



UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO

RESERVA E ALIENAÇÃO EM GARANTIA NO  
DIREITO DA OHADA

**Samora Ilídio Delgado Sampa**

Orientador: Prof. Doutor Hugo André Ramos Alves

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em  
Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Civil

2023

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**Faculdade de Direito**

**RESERVA E ALIENAÇÃO EM GARANTIA NO DIREITO DA OHADA**

Samora Ilídio Delgado Sampa

Orientador: Prof. Doutor Hugo André Ramos Alves

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, na especialidade de  
Ciências Jurídico-Civil

Juri:

Presidente:

— Doutor António Pedro Pereira Nina Barbas Homem, Professor Catedrático e Presidente do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Presidente do júri.

Vogais:

— Doutora Margarida Manuel Barroso da Costa Andrade, Professora Auxiliar  
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, arguente;

— Doutora Isabel Menéres Campos, Professora Auxiliar  
Escola do Porto da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa;

— Doutor Manuel Januário da Costa Gomes, Professor Catedrático  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

— Doutor Fernando Manuel Pereira de Loureiro Bastos, Professor Associado  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;

— Doutor Hugo André Ramos Alves, Professor Auxiliar  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Orientador;

— Doutora Catarina Luísa Monteiro Pires, Professora Auxiliar  
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, arguente.

## **Reserva e Alienação em Garantia no Direito da OHADA**

### **Advertências e regras de citação**

1. Quando se citar uma disposição legal sem mais referências entende-se que a mesma pertence ao AUG.
2. As disposições legais só se reproduzem quando for necessária a análise do texto para o efeito da interpretação ou devido à dificuldade de acesso que o leitor poderá ter em relação à mesma, nomeadamente por ser legislação que não vigora em Portugal e cujo texto não se encontra publicado na Internet.
3. As traduções realizadas são da nossa inteira responsabilidade.
4. Os dados bibliográficos de obras citadas constam do índice bibliográfico final. Não se incluem no índice bibliográfico obras referidas colateralmente.
5. As obras bibliográficas referidas no texto, quando mencionadas pela primeira vez, são indicadas através da menção, em nota de rodapé de seguinte modo: autor, título da obra, número da edição (se não for a primeira), número de volume (se a obra for composta por mais de um volume), editora, lugar da publicação e o ano da publicação. Na citação de artigos de revista, além desses elementos, faz-se referência ao nome e número do periódico. Nas referências subsequentes, as indicações seguintes ao nome do autor são substituídas pelo título abreviado, acompanhado de *cit.*
6. As citações são feitas mediante remissão para a página da respectiva obra ou, sendo possível, mediante a indicação do número de margem.
7. As revistas e jornais com ordenação sequencial são citados mediante indicação do ano e das páginas.
8. As citações de obras que utilizam exclusivamente o sistema de numerações de margem e em que este sistema se caracterize por uma numeração no início de cada capítulo são referenciadas mediante a indicação do respectivo número de margem.
9. Nas referências bibliográficas em notas de rodapé, os autores portugueses são citados mediante referência aos nomes pelos quais são conhecidos e aos autores estrangeiros, em regra, mediante a indicação do último nome e inicial do primeiro nome.
10. Na citação de jurisprudência, inclui-se, sempre que possível, a identificação do tribunal, a data da decisão, a fonte ou o local de publicação.
11. As decisões portuguesas sem referência à respectiva fonte foram consultadas no sítio [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

## LISTA DE ABREVIATURAS

- AAFDL** – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
- AAOIFI** – *Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions*
- ABS** – *Association des Banques Suisses*
- Ac.** – Acórdão
- aCO** – *Code fédéral des obligations du 14 juin 1881 (RO V [1880-1881] 577)* - Suíça
- aCP** – *Code pénal suisse dans sa teneur antérieure à la modification du 17 Juin 1994 (RO 1994 2290)* – Suíça
- ADC** – *Anuario de Derecho Civil*
- AFF** – *Assotiation Française des Fiduciaires*
- AJPI** – *Actualité Juridique de la propriété immobilière*
- AKtG** – *Aktiengesetz*
- ALD** – *Actualité juridique Dalloz*
- aLFP** – *Loi fédérale sur les fonds de placement du 1er juillet 1966 - RO 1967 125*– Suíça
- Art.** – Artigo
- Arts.** – Artigos
- AUDCG** – Acto Uniforme da OHADA Relativo ao Direito Comercial Geral
- AUDSC/ACE** – Acto Uniforme da OHADA Relativo ao Direito das Sociedades Comerciais e do Agrupamento de Interesse Económico
- AUG** – Acto Uniforme da OHADA Relativo à Organização das Garantias
- AUOPCAP** – Acto Uniforme da OHADA para a Organização dos Processos Colectivos de Apuramento do Passivo
- AUOPSCE** – Acto Uniforme da OHADA para a Organização dos Processos Simplificados de Cobrança e de Execução
- AUS** – Acórdão uniformizador do STJ
- BBF** – *Bulletin de la banque de France*
- BBTC** – *Banca, Borsa e Tiloli de credito*
- BCEAO** – Banco Central dos Estados de África Ocidental
- BFDB** – Boletim da Faculdade de Direito de Bissau
- BGB** – *Bürgerliches Gesetzbuch*
- BGH** – *Bundesgerichtshof*
- BJED** - *Bulletin Joly Entreprises en Difficulté*

**BOAD** – Banco Oeste Africano do Desenvolvimento

**BOT** - *Build-Operate-Transfer*

**BODACC** - *Bulletin Officiel des Annonces Civiles et Commerciales*

**Bull. Cass. Ass. plén.** – *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (assemblée plénière)*

**Bull. Civ.** – *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (chambres civiles)*

**Bull. Com.** – *Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation (chambre commerciale)*

**Bull. Joly Sociétés** – *Bulletin mensuel Joly Sociétés*

**C.Com.** – *Code de Commerce*

**C. Com.** – Código Comercial de 1888

**CA** – *Cour d’appel Cass.*

**Cass. Ass. Plen.** – *Arrêt de l’assemblée plénière de la Cour de Cassation*

**Cass. Ch. mixte** – *Arrêt de la chambre mixte de la Cour de Cassation*

**Cass. Ch. Réunies** – *Arrêt des chambres réunies de la Cour de Cassation*

**Cass. Civ.** – *Arrêt d’une Chambre civile de la Cour de Cassation*

**Cass. Com.** – *Arrêt de la Chambre commerciale et financière de la Cour de Cassation*

**Cass. Soc.** – *Arrêt de la Chambre sociale de la Cour de Cassation*

**CcC** - *Code civil du Québec du 18 décembre 1991*

**CC** – Código Civil de 1966

**CCIt** – *Codice Civile* (Itália)

**CCM** - Código Comercial de Macau

**CEMAC** – Comunidade Económica e Monetária de África Central

**Cf.** – Conferir/confrontar

**CIC** – Código de Imposto de Capitais

**CJ** – Colectânea de Jurisprudência

**CIRE** – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

**Cit.** – Citada

**CMF** = *Code monétaire et financier*

**CPC** – Código de Processo Civil

**CRCom.** – Código do Registo Comercial

**CRGB** – Constituição da República da Guiné-Bissau

**CRP** – Constituição da República Portuguesa

**Crp** – Cláusula da reserva de propriedade

**Consob** – *Commissioni Nazionale per la Società e la Borsa*

**CSC** – Código das Sociedades Comerciais

**CTF** – Ciência e Técnica Fiscal (Boletim da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos), Lisboa, Ministério das Finanças

**CVM** – Código dos Valores Mobiliários

**D** – *Digesto*

**D. Aff.** – *Dalloz affaires*

**D.** – Dalloz

**Dalloz Jur. Gén.** – *Dalloz jurisprudence*

**DCom** – *Il Diritto Commerciale*

**Defrénois** – *Répertoire général du notariat Defrénois*

**DIGESTO** – *Digesto delle Discipline Privatistiche*

**DJ** – Direito e Justiça

**DL** – Decreto-lei

**Dr et patr.** – *Droit & Patrimoine*

**e.g.** – *exempla gratia*

**ECP** – Empresas de Capitais Públicos, bases gerais das empresas de capitais públicos (Decreto n.º 55/93, de 25 de Outubro)

**ECS** – *L'expert-comptable suisse*

**ED** – *Enciclopedia del Diritto*

**Ed.** – Edição

**ESI** – *Edizioni Scientifiche Italiane*

**FCFA** – Franco da Comunidade Financeira Africana

**GAJ civ** – *Grands arrêts – jurisprudence civile*

**GAMIEL** – Gabinete Africano e Mauriciano de Investigação e de Estudos Legislativos

**Gaz. Pal.** – *Gazette du Palais*

**GCo** – *Giurisprudenza Commerciale*

**GI** – *Giurisprudenza Italiana*

**GiurComm** – *Giurisprudenza Commerciale*

**GmbH** – *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*

**GmbH – Gesetz** – *Lei Alemã Sobre as GmbH*

**i.e.** – *id est*

**IDET** – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho

**J - Cl. Civil** – *JurisClasseur civil*

**J - Cl. Com** – *JurisClasseur commercial*

**JCP** – *Juris-Classeur Périodique*<sup>1</sup>:

**JCP E** – *JurisClasseur Périodique (semaine juridique) éditions entreprises*

**JCP G** – *JurisClasseur Périodique (semaine juridique) édition générale*

**JCP N** – *JurisClasseur Périodique (semaine juridique) édition notariale*

**JLMB** – *Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles*

**JO** – *Jornal Oficial*

**JO** – *Journal officiel de la République française (lois et règlements)*

**JORF** – *Journal Officiel Lois et Décrets*

**Juris-Data** – *Juris-Data, banque de données juridiques Editions du Jurisclasseur/Litec*

**LFP** – *Loi fédérale sur les fonds de placement du 18 avril 1994 (RO 1994 2523) - Suíça*

**LGDJ** – *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*

**LPA** – *Petites affiches*

**LQR** – *The Law Quarterly Review*

**LRB** – *Lei Relativa à Regulamentação Bancária (Lei n.º 10/97, de 2 de Dezembro)*

**LSFD** – *Lei Relativo ao Sistema Financeiro Descentralizado*

**LSQ** – *Lei das Sociedades por Quotas, de 11 de Abril de 1901*

**LULL** – *Lei Uniforme sobre Letras e Livranças*

**n.** – *Nota*

**n.º** – *Número*

**NDI** – *Novo Digesto Italiano*

**nLP** – *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1989 (RS 281.1)*  
- *Suíça*

**Nm.** – *Número de margem*

**NssDI** – *Novissimo Digesto Italiano*

**Ob.** – *Obra*

**OCAM**- *Convenção da Organização Comum Africana e Malgaxe*

**OHADA** – *Organização para Harmonização do Direito dos Negócios em África*

**P./pp** – *Página/Páginas*

**p. ex.** – *Por exemplo*

---

<sup>1</sup> Lista das principais revistas da JCP: JCP - *La Semaine Juridique - Edition Générale*; JCP - *La Semaine Juridique - Notariale et Immobilière*; JCP - *La Semaine Juridique – Social*; JCP - *La Semaine Juridique - Entreprise et Affaires*; JCP - *La Semaine Juridique - Administrations et Collectivités Territoriales*; JCP - *Revue de Droit Fiscal*; *Contrats - concurrence – consommation*; *Droit administratif*; *Procédures*; *Responsabilité civile et Assurances*; *Revue de droit bancaire et financier* e *Revue des procédures collectives*.

**Pas.** – *Pasicrisie Belge - Recueil general de la jurisprudence des cours et tribunaux*

**RCCM** – Registo do Comércio e do Crédito Mobiliário

**RChDP** – *Revista Chilena del Derecho Privado*

**RD bancaire et bourse** – *Revue de droit bancaire et de la bourse*

**RDC** – *Revue des contrats*

**RDCiv** – *Rivista di Diritto Civile*

**RDE** – Revista de Direito e da Economia

**RDTCom.** – *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*

**ref.** – Referência

**reimp.** – Reimpressão

**Rep. Civ. Dalloz** – *Répertoire Dalloz de droit civil*

**Rep. Com. Dalloz** – *Répertoire Dalloz de droit commercial*

**RERSM** – *Revue de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA)*

**Rev. Proc. Coll** – *Revue des procédures collectives*

**Rev. Sociétés** – *Revue des sociétés*

**RFDUC** – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**RFDUL** – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

**RFDUP** – Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

**RFPDF** – Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal

**RJ** – Revista Jurídica

**RJ com.** – *Revue de jurisprudence commerciale*

**RJDA** – *Revue de jurisprudence de Droit des Affaires (Francis Lefebvre)*

**RGZ** – *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Suíça)*

**RL** – Relação de Lisboa

**RLJ** – Revista de Legislação e de Jurisprudência

**ROA** – Revista da Ordem dos Advogados

**RTDCiv** – *Revue Trimestrielle de Droit Civil*

**RTDcom** – *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*

**RTDPC** – *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*

**Sep.** – Separata

**SI** – *Scientia Iuridica*

**SIDiC** – *Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile*

**ss.** – Seguintes

**STJ** – Supremo Tribunal de Justiça



**T** – Tomo

**TCJA** – Tribunal Comum da OHADA de Justiça e de Arbitragem

**Trad.** – Tradução

**UAM** - União Africana e Mauriciana

**UCP** – Universidade Católica Portuguesa

**UDEAC** – União Aduaneira e Económica dos Estados da África Central

**UEMOA** – União Económica e Monetária da África Ocidental

**UMOA** – União Monetária Oeste - Africana

**UTET** – *Unione Tipografico-Editrice Torinese*

**v.** – Ver

**V.** Volume

## PRELIMINARES

### INTRODUÇÃO

#### 1. Procura de novos mecanismos

Atendendo à prática, sobretudo comercial, é facto indesmentível que as garantias não param de se propagar porque os credores, para acautelar eventuais incumprimentos, procuram novos mecanismos no sentido de melhor preservarem o respectivo direito de crédito. Assim, “ressurgem”, ao lado das garantias<sup>2</sup> clássicas, novas figuras, muitas vezes

---

<sup>2</sup> Sobre as garantias no nosso sistema jurídico, cf., nomeadamente Pedro Romano Martinez/Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, 5.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2006; L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2013; Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, Almedina, Coimbra, 2010; Calvão da Silva, *Mandato de Crédito e Carta de Conforto*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 245-264, p. 244; Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, Almedina, Coimbra, 2010; Paulo Cunha, *Da garantia nas Obrigações*, Apontamentos das Aulas do Direito Civil do 5.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pelo E. Pamplona Corte-Real, Lisboa, 1939; António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, X, *Direito das Obrigações, Garantias*, Almedina, Coimbra, 2015; Tiago Reis de Athayde Matta, *da Garantia Fiduciária no Âmbito do Sistema Financeiro*, in *Garantias das Obrigações* (coord: Jorge Ferreira Sinde Monteiro), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 552-564; Manuel Januário da Costa Gomes, *Segurança, Subgarantia e Sobregarantia entre os Três “S” do Direito das Garantias*, in *Revista Jurídica da AAFDL*, n.º 30, 2016, AAFDL, PP. 71-95; Manuel Januário da Costa Gomes, *Estudos de Direito das Garantias*, I, Almedina, Coimbra, 2004. Regime da carta de garantia, *Boletim da FDB*, 2005; Manuel Januário da Costa Gomes, *A Fiança no Quadro das Garantias Pessoais. Aspectos de Regime*, in *FDUL, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, (separata, pp. 79-119); Manuel Januário da Costa Gomes, *O Mandamento da Determinabilidade da Fiança Omnibus e o AUJ n.º 4/2001*, in Rui Manuel da Moura Ramos/Carlos Ferreira de Almeida/António Marques dos Santos/Pedro Pais de Vasconcelos/Luís de Lima Pinheiro/Maria Helena Brito/Dário Moura Vicente, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 49 ss.; Manuel Januário da Costa Gomes, *A Chamada “Fiança Ao Primeiro Pedido*, em *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, Coimbra, Almedina, 2003, p. 833 ss.; Manuel Januário da Costa Gomes, *Pluralidade de Fiadores e liquidação das situações fidejussórias*, in (Sep) *Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, 2007, pp. 803 ss.; Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória da Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador*, Almedina, Coimbra, 2000; Manuel Januário da Costa Gomes, *A estrutura negocial da fiança e a jurisprudência recente*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, *Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*, Lex, Lisboa, pp. 323 ss.; Manuel Januário da Costa Gomes, *O Regime da Fiança no AUG da OHADA – Alguns Aspectos*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau*, n.º 6, Junho de 2004, pp. 325 ss.; George Abreu Souza, *O Arresto como Garantia das Obrigações*, AAFDL, Lisboa, 2004; Rita Barbosa da Cruz, *O Arresto*, in: *Revista da FDL*, n.º 132 I-II (Janeiro - Junho), Editora internacional. Lda., Lisboa, 2000; Sónia Cristina Mestre Valadas, *O Arresto como Garantia Geral das Obrigações*, AAFDL, Lisboa, 2002; Luís Manuel Telles de Menezes Leitão, *Garantia das obrigações*, Coimbra, Almedina, 5.<sup>a</sup> ed., 2016; Paulo Manuel Melo de Sousa Mendes, *A garantia geral das obrigações in: Revista jurídica da AAFDL*, n.º 6, Lisboa, 1986; Manuel Duarte Gomes da Silva, *Ensaio sobre Direito Geral das Garantias*, Ministério das Finanças, Lisboa, 1965; Orlando Courrêge, *Direito das Obrigações: Garantia na Relação obrigacional*, AAFDL, Lisboa 1943; Paulo Cunha, *Da Garantia nas Obrigações*, AAFDL, Lisboa, 1939; Manuel Castelo Branco, *Garantia Autónoma*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 53, Lisboa; Manuel Januário da Costa Gomes, *O Regime da Carta de Garantia no AUG da OHADA. Alguns Aspectos*, Almedina, Coimbra, 2004; Manuel Januário da Costa Gomes, *A Fiança No Quadro Das Garantias Pessoais. Aspectos De Regime*, in *FDUL Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, (separata, pp. 79-119); Mónica Jardim, *Garantia Autónoma*, Coimbra, Almedina 2002; Diogo Leite de Campos, *A Alienação em Garantia, Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal, 150.º Aniversário (1846-1996)* Lisboa, Banco de Portugal, 1996; Pedro Romano Martinez/António Sequeira Ribeiro, *Garantias Bancárias*, em *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, organizado pelos PROFESSORES DOUTORES ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, LUÍS MENEZES

fruto das relações internacionais e da imaginação dos operadores jurídicos<sup>3</sup>. A complexidade da vida moderna, o formalismo e rigidez das garantias reais (nomeadamente, a hipoteca) e a dinâmica do tráfego comercial, incitam a criação e o “ressurgimento” de institutos jurídicos atípicos para fazer face a tais necessidades sociais. Todos os negócios envolvem riscos<sup>4</sup>, mas a crise financeira de 2007-2009 e os escândalos societários<sup>5</sup> de acentuado impacto que a antecederam<sup>6</sup>, entre múltiplas implicações levaram os credores e as instituições financeiras, em especial, a preocupar-se, cada vez mais, com as garantias.

É neste contexto que o legislador da OHADA instituiu a alienação em garantia. Propomo-nos levar a cabo uma investigação jurídica sobre a “Alienação em Garantia no Direito da OHADA”. A questão da alienação em garantia ainda não conheceu um tratamento doutrinário na Guiné-Bissau e em todo o espaço OHADA, razão pela qual permanece em aberto. O AUG foi objecto de profundas alterações em Dezembro de 2010. A alienação em garantia foi introduzida, como nova modalidade de garantia, na nova versão do AUG, nos termos do qual: (A): a propriedade de um bem móvel pode ser retida para garantia de uma obrigação através da cláusula de reserva de propriedade; (B): a propriedade de um bem pode ser cedida para garantir o cumprimento de uma obrigação; (C): um crédito - pode ser cedido a título de garantia; (D): Pode-se efectuar uma transferência fiduciária de uma quantia em dinheiro a título de garantia.

A determinação do regime jurídico das garantias, principalmente as garantias especiais, ao nível da OHADA assume uma importância para o fomento do investimento

---

LEITÃO E JANUÁRIO DA COSTA GOMES, II - Direito Bancário, Almedina, Coimbra, 2002; Guilherme Moreira, *Patrimónios Autónomos nas Obrigações*, in BDF 7 (1921-1923), pp. 47-64; Vaz Serra, *Fiança e figuras análogas*, BMJ 71/296 (n.º18); Calvão da Silva, *Garantias Acessórias e Garantias Autónomas*, in *Estudos de Direito Comercial (Parecer)*, 1999, Mónica Jardim, *Garantia Autónoma*, Coimbra, Almedina 2002; Margarida Costa Andrade, *O penhor financeiro com direito de disposição de valores mobiliários*, in, *Separata da ROA*, Ano 70, 2010; Isabel Meneres Campos, *A reserva de Propriedade: do vendedor ao financiador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013; Isabel Meneres Campos, *da Hipoteca*, Almedina, Coimbra, reimp., 2003; Tiago Reis de Athayde Matta, *Fidúcia, Relatório de Mestrado*, FDUC, Coimbra, 2006; Tiago Reis de Athayde Matta, *Da garantia fiduciária no âmbito do sistema financeiro*, in *Garantia das Obrigações*, Coord. Sinde Monteiro, Almedina, Coimbra, 2007, p. 525-563; Isabel de Matos, *O Pacto Comissório. Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, Coimbra, 2006; Vaz Serra, *Hipoteca. Anteprojecto do Código Civil*, BMJ, n.º 62, pág. 54 e Vaz Serra, *Privilégios*, BMJ, n.º 69, p. 41.

<sup>3</sup> Cf. Pedro Romano Martinez/Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, 5.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 5.

<sup>4</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *A Fiança no Quadro das Garantias Pessoais*, cit., p. 95.

<sup>5</sup> Cf. Paulo Câmara, *Conflito de Interesses no Direito Financeiro e Societário: Um Relato Anatômico*, in Paulo Câmara/José Ferreira Gomes/João São/Gião/Rui De Oliveira Neves/Sofia Leite Borges/Gonçalo C. dos Santos/Hugo M. Santos/Gabriela Figueiredo Dias, *Conflito de Interesses no Direito Financeiro e Societário. Um Balanço a Partir da Crise Financeira*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 9 ss., p. 12.

<sup>6</sup> Cf. François Barriere, *Une Cause de la Crise Financière: Un Défaut de Réglementation?*, JCP E, 2009, p. 1571.

estrangeiro na Guiné-Bissau, funcionando igualmente como facilitadora do acesso ao crédito bancário. A entrada em vigor do AUOPSCE não contribuiu muito para a exequibilidade de certas garantias, nomeadamente a hipoteca. Por outro lado, nos termos do disposto no artigo 226.º do AUG, tratando-se de uma penhora de um bem móvel.

São graduados em primeiro lugar os credores por despesas de justiça, em segundo lugar, privilégio especial do conservador, em terceiro lugar, credores de salário superprivilegiados e só em quarto lugar o credor pignoratício. De igual modo, também em processo de insolvência, nos termos dos artigos 166.º e 167.º do AUPCAP, aplica-se a mesma graduação de créditos.

Ou seja, as garantias acima referidas prevalecem sobre o penhor, mesmo que anterior, o que sucede também com a hipoteca nos termos do artigo 225.º do referido AUG. Por estas razões, parece inegável o interesse prático suscitado pela alienação em garantia, facto que é expressamente reconhecido pelo legislador da OHADA.

Com a presente investigação, procuramos compreender a essência desta garantia, as suas vantagens e desvantagens em relação às garantias tradicionais, o seu regime jurídico e a sua individualização, de modo que possamos aferir do respectivo regime jurídico. Por outro lado, faremos uma análise de compatibilização específica entre, digamos, “alienações em garantia” e o nosso Direito interno. Assim, a nossa investigação vai incidir no direito constituído, doutrina e jurisprudência relacionados com o tema, sem prejuízo de, na medida do possível, tecermos algumas considerações acerca do direito a constituir. Tudo para concluir que a verificação dos fenómenos acima referidos torna essencial uma análise do regime, doutrina, jurisprudência (sendo uma actividade essencialmente criadora<sup>7</sup>) e todas as fontes relacionadas com esta garantia.

## **2. Característicos**

*I. Direito específico sobre coisa alheia - Garantias baseadas na prioridade.* No nosso sistema, as principais obras sobre garantias distinguem garantias gerais das garantias especiais, referindo sobre as garantias gerais os meios da sua conservação<sup>8</sup>. Diferentemente do nosso sistema, no sistema alemão, as garantias referem-se ao que no

---

<sup>7</sup> Cf. Ruy de Albuquerque, *O Prof. Manuel Duarte Gomes da Silva, o Mestre e o Homem por detrás da Obra*, in RUY DE ALBUQUERQUE/MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Edição da FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 137.

<sup>8</sup> Cf. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 50.

nosso sistema corresponde a garantias especiais<sup>9</sup>. A garantia geral identifica-se com a responsabilidade patrimonial<sup>10</sup>, na medida em que permite efectivar as regras desta. Na garantia geral, no caso de incumprimento, o devedor obtém a sua satisfação do seu crédito através da penhora do bem do devedor e, em regra, a venda do mesmo bem. Nos termos do artigo 817.º do Código Civil, não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, o credor tem o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e executar o património do devedor. Por outro lado, nos termos do artigo 601.º do Código Civil, o património do devedor constitui a garantia geral dos credores. Não havendo causas legítimas da preferência, nos termos do artigo 604.º CC, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor quando o património deste não for suficiente para satisfazer integralmente as dívidas. Tendo em conta esta paridade, os credores diligentes procuram vantagens em relação aos restantes credores através das garantias que conferem preferências – garantias reais.<sup>11</sup> As garantias reais conferem ao seu titular um reforço qualitativo, ou seja, o direito à satisfação do seu crédito pelo valor de certo bem, com preferência<sup>12</sup> sobre os credores comuns e sobre os outros titulares de créditos garantidos graduados abaixo do seu.<sup>13</sup> Este reforço quase coincide com a noção de direito real de garantia. Com efeito, o titular de garantia real está numa posição de vantagem face aos outros credores comuns do mesmo devedor em relação ao valor do bem objecto de garantia. Este direito, em regra, prevalece sobre outros direitos reais de garantia constituídos posteriormente e pode ser exercido mesmo se for alienado a um terceiro. Há, todavia, situações que constituem simples preferência na execução face aos credores comuns, nomeadamente privilégios creditórios, mas o reforço continua a ser qualitativo.

## *II. Credor titular do objecto de garantia - Garantias baseadas na titularidade.*

Em termos legais, nos termos do disposto no artigo 226.º AUG, tratando-se de uma

---

<sup>9</sup> Cf. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., p. 50.

<sup>10</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 19 e Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações*, p. 505 ss.

<sup>11</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 17.

<sup>12</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, cit., p. 19 e Calvão da Silva, *Mandato de Crédito e Carta de Conforto*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 245-264, p. 244.

<sup>13</sup> Cf. Manuel Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 78; Carlos Mota Pinto, *Direitos Reais* (por ÁLVARO MOREIRA E CASTRO FRAGA), Almedina, Coimbra, p. 137; António Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, II, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, Lisboa, 1979, pp. 1055 e seguintes e L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 64. Nota-se que este binómio é da autoria de Paulo Cunha, *Da Garantia nas Obrigações*, AAFDL, Lisboa, 1939.

penhora de um bem móvel, são graduados em primeiro lugar os credores por despesas de justiça, em segundo lugar, privilégio especial do conservador, em terceiro lugar, credores de salário superprivilegiados e só em quarto lugar o credor pignoratício. De igual modo, também em processo de insolvência, nos termos dos artigos 166.º e 167.º do AUOPCAP, aplica-se a mesma graduação de créditos. Ou seja, as garantias acima referidas prevalecem sobre o penhor, mesmo que anterior, o que sucede também com a hipoteca nos termos do artigo 225.º do referido AUG. Nas últimas décadas, sobretudo na Europa, tem-se verificado uma crise de confiança dos credores no penhor e na hipoteca<sup>14</sup>. É frequentemente a recondução da causa da crise às garantias tradicionais<sup>15</sup> têm sido reconduzidas fundamentalmente ao desenvolvimento da produção industrial, o acréscimo da circulação de bens e a transição para a economia bancária e financeira. No Direito francês, a principal fonte de inspiração do legislador da OHADA, nos anos oitenta, as garantias reais tradicionais foram sacrificadas.

Os credores munidos de penhor e de hipoteca eram frequentemente prejudicados nos processos de insolvência – *procédure collective* – razão pela qual a qualidade de proprietário<sup>16</sup> do bem objecto de garantia real tornou-se atractiva<sup>17</sup>. Em Portugal, PAULO

<sup>14</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 12.

<sup>15</sup> Sobre o recurso às novas garantias em Itália, cf. D. Di Pietro, *Bonds*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turim, p. 41, C. Cicero, *Fideiussione Omnibus*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turim, p. 63, C. Pisani, *Pegno Omnibus*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turim, p. 87, A. Veneziano, *Pegno Rotativo*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turim, p. 127, M. Rossetti, *Assicurazione Fideiussoria*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turim, p. 147, M. Cannizzo, *Ipoteca Cambiaria*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turim, p. 197, R. de Nictolis, *Letere di Patronage*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turim, p. 211, N. Parrino, *Cessione del Credito in Garanzia*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turim, p. 251, C. Pizani, *Alienazioni a Scopo de Garanzia*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turim, p. 271, N. Parrino, *Mandato de Credito*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turim, p. 221 e N. Parrino, *Mandato Irrevocabile All'incasso*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turim, p. 331.

<sup>16</sup> Cf. D. Valentino, *La circolazione dei beni in funzione di garanzia*, in RDC, 2007, pp. 511 ss. p. 534.

<sup>17</sup> Cf. Dominique Legeais, *Droit des Sûretés et Garanties du Crédit*, 10.<sup>a</sup> ed., LDGJ, 2015, p. 450. No mesmo sentido, um dos autores franceses que dedicou muitas linhas à matéria do Direito das Garantias, Pierre Crocq, *L'Étrange Refus de la Cession de Créance de Droit Commun à Titre de Garantie*, RTDCiv., 2007, p. 160; Pierre Crocq, *Lacunes et Limites de la Loi du 19 Février 2007 au Regard du Droit des Sûretés*, Dalloz, 2007, p. 1354; Pierre Crocq, *La Fiducie Préservée des Audaces du Législateur*, n.º 38, Dalloz, 2009, p. 2559; Pierre Crocq, *Dix Ans Après: l'Évolution Récente des Propriétés-Garanties*, in *Ruptures*,

CUNHA já advogava que um bom sistema de garantias reais deve oferecer meios de constituição fácil e rápida<sup>18</sup>, ou seja, o reconhecimento da necessidade de encontrar formas eficientes, simples e expeditas de execução das garantias não é muito recente. Por último, as garantias reais tradicionais apresentam-se rígidas, onerosas e frágeis na perspectiva da execução, nos termos dos artigos 225.º e 226.º AUG<sup>19</sup>, nomeadamente o seu prejuízo por designadas garantias ocultas.

É certo que o Direito das Garantias, em virtude de industrialização das economias e da transição para a economia bancária e financeira, foi progressivamente alargando a admissibilidade das garantias reais mobiliárias sem desapossamento, de forma a assegurar a permanência da coisa objecto de garantia no circuito económico e a dispensar os custos associados à custódia da coisa a cargo do credor<sup>20</sup>. Com a alienação da propriedade em garantia, o credor adquire o direito de propriedade e uma das características da propriedade é que cabe ao proprietário, em regra, o exclusivo<sup>21</sup> de aproveitamento da coisa e o direito de propriedade pode existir sem a concorrência de qualquer outro direito real.

### **3. A funcionalização e equilíbrio de posições no seio de interesses contrapostos**

As garantias das obrigações não se definem pela respectiva natureza ou estrutura; definem-se pela respectiva função. As garantias, no fundo, visam assegurar o cumprimento da obrigação a que o devedor se encontre adstrito. Em abstrato, qualquer situação jurídica pode ser associada com o objectivo de assegurar a execução de uma obrigação. A permissão inerente a qualquer direito subjectivo, em conjunto com a liberdade contratual, a tanto conduz.<sup>22</sup> É essa ocorrência que a doutrina<sup>23</sup> moderna designa de titularidade com função de garantia: assegurar uma obrigação com uma posição jurídica; em regra, um direito subjectivo. Quaisquer direitos subjectivos podem ser objecto de uma funcionalização *garantística* dentro de determinados limites. O protótipo é, na Guiné-Bissau, o direito de propriedade, pelo que a titularidade com função de garantia deve ser

---

*Mouvements et Continuité du Droit autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004; Pierre Crocq, *Le Cœur du Dispositif Fiduciaire*, Revue Lamy-Droit Civil, n.º 40, 2007; Pierre Crocq, *Sûretés Mobilières: État des Lieux et Prospective*, in: Revue des Procédures Collectives n.º 6, Novembro, 2009.

<sup>18</sup> Cf. Paulo Cunha, *Da garantia nas Obrigações*, Apontamentos das Aulas do Direito Civil do 5.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pelo E. Pamplona Corte-Real, Lisboa, 1939, p. 46.

<sup>19</sup> No mesmo sentido em relação ao Direito Português, cf. Catarina Pires, *Alienação*, cit. P.12.

<sup>20</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação*, cit., p. 13.

<sup>21</sup> Cf. Bougerol-Prud'homme, *Exclusivité et garanties de paiement*, Lextenso éditions, Paris, 2012, p. 11.

<sup>22</sup> No Direito Português, cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, X, Direito das Obrigações, Garantias*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 849.

<sup>23</sup> Cf. A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, X, Direito das Obrigações, Garantias*, cit., p. 849.

ponderada<sup>24</sup> a propósito da propriedade depois de conhecidos os seus requisitos. Na doutrina, a matéria da titularidade com função de garantia é incluída por alguns autores no estudo de Direito Bancário<sup>25</sup>, na medida em que corresponde a técnicas próprias de financiamento bancário. Alguns incluem-na no estudo geral sobre Direito das Garantias<sup>26</sup>.

Devido ao seu aperfeiçoamento ao longo de milénios, através das mais diversas épocas históricas, o Direito Civil foi procurando um equilíbrio de posições no seio de interesses por vezes contrapostos.<sup>27</sup> De acordo com JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Quanto à desproporção entre meio e o fim, tudo se reduz a uma diferença de perspectivas: o meio é excessivo para o fim convencionado considerado em abstracto, mas é o adequado a tal fim (na construção das partes) no caso concreto – circunstâncias que não imuniza o fiduciante do risco de abuso pelo fiduciário.*<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> Cf. A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, X, Direito das Obrigações, Garantias, cit.*, p. 849.

<sup>25</sup> Cf. A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, X, Direito das Obrigações, Garantias, cit.*, p. 849.

<sup>26</sup> Cf. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias, cit.*, p. 418 – 626.

<sup>27</sup> Por isso, sem impedir os avanços e enquadramentos de novas realidades, o Direito Civil, cuja base é o Código de 66, deve ser tomado como um modo básico de relacionamento entre as pessoas. Com isto, pretende-se demonstrar que não há necessidade de rejeitar os avanços e enquadramentos de novas realidades, mas não se deve perder de vista a necessidade de proteger a parte mais fraca, impedindo que as vantagens aparentes se transformam em empobrecimentos, em desconsideração pela dignidade humana, Cf. A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, X, Direito das Obrigações, Garantias, cit.*, p. 4. A titularidade - garantia ocupa uma posição importante no universo das garantias, tendo em conta o seu grau de protecção que confere ao credor – exclusividade - e pela dinamização que confere nas relações comerciais. Cf. Tiago Reis de Athayde Matta, *Da Garantia Fiduciária no Âmbito do Sistema Financeiro*, in *Garantias das Obrigações* (Coord: Jorge Ferreira Sinde Monteiro), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 552-564, p. 528. Todavia, deve-se prevenir a captura de riqueza dos garantes, sem contrapartida, a pretexto de garantir obrigações. Também o Direito das Garantias não pode prejudicar os credores, ou seja, não pode proteger os devedores ao ponto de excluir a protecção do crédito.

<sup>28</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória da Dívida, cit.*, p. 88, (347).



#### 4. Equilíbrios entre pacto comissório, alienação em garantia e a autonomia privada

Entre o pacto comissório, a alienação em garantia e a autonomia privada<sup>29</sup>, o sistema tem de encontrar um equilíbrio<sup>30</sup>, aspecto que requer uma análise profunda.<sup>31</sup> Sempre houve receios em relação ao recurso a este tipo de garantia na prática comercial devido, sobretudo, às dúvidas sobre a sua licitude, pois, sociologicamente, o papel de alienação em garantia – tutela eficaz e dinâmica aos direitos dos credores e a possibilidade de *sobre satisfação*<sup>32</sup> dos mesmos – parece configurar-se em outros contornos não muito louváveis<sup>33</sup>. Efetivamente, o excesso na prestação de garantias paralisa os bens e dificulta a actividade produtiva dos devedores e dos garantes. Ademais, também não se deve perder de vista que os credores procuram afastar certas regras para prevenir entraves e os credores aceitam o mesmo afastamento para conseguirem com mais rapidez o crédito, aliás, um crédito maior.<sup>34</sup> Em relação à alienação da propriedade em garantia, em abstracto, pode permitir o afastamento da proibição dos pactos comissórios, as diversas regras que estruturam a acessoriedade e subsidiariedade, assim como as que tutelam os garantes.<sup>35</sup>

A consagração da alienação em garantia pelo legislador da OHADA não constitui novidade. Como veremos, no Direito Romano, pontificava a propriedade com função de garantia, em concreto, a alienação da propriedade em garantia, ou seja, na *fiducia cum creditore*, cuja origem remonta, provavelmente, ao Século IV a.C.<sup>36</sup> e que caiu em desuso na época pós-clássica, por via da substituição pelo penhor e pela hipoteca<sup>37</sup> para limitar os seus inconvenientes pessoais, sociais e económicos. Tudo isto para demonstrar que é necessário um equilíbrio entre a posição do credor e a do garante e este equilíbrio requer uma análise do Direito Civil e a própria origem e evolução histórica da alienação em garantia. Por outro lado, estas considerações serão tomadas em conta, mas ainda não é

---

<sup>29</sup> Cf. Emilio Betti, *Su Gli Oneri e i limite dell'autonomia privata in tema di Garanzia e Modificazione di Obbligazione*, in RDCom, II, 1931, pp. 688 ss. p. 671 ss.

<sup>30</sup> Cf. G. Tarantino, *Patto Commissorio, Alienazioni in Garanzia ed Autonomia Privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, comentário à Cass. Civile, Sez. II, 3/02/2012, n. 1675, in I contratti Ano XX, p. 1031.

<sup>31</sup> Cf. A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, X, , cit., p. 851.

<sup>32</sup> Sobre o conceito, cf. Januário Costa Gomes, *Segurança, Subgarantia e Sobregarantia entre os Três “S” do Direito das Garantias*, in Revista Jurídica da AAFDL, n.º 30, 2016, AAFDL Editora, pp. 71-95, (p. 95).

<sup>33</sup> Cf. Tiago Reis de Athayde Matta, *Da Garantia*, cit., p. 530.

<sup>34</sup> Cf. A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, X, , cit., p. 851.

<sup>35</sup> Cf. A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, X, , cit., p. 852.

<sup>36</sup> Cf. A Santos Justo, *Manual de Direito Privado Romano*, Petrony, 2018, p. 232.

<sup>37</sup> Cf. A Santos Justo, *Manual de Direito Privado Romano*, cit, p. 233 e 236.

momento para concluir se o AUG estabelece uma permissão genérica ou as situações de alienação em garantia só é possível nas modalidades previstas na lei.

## **5. Plano de exposição**

O nosso estudo começará com uma breve análise da evolução histórico dogmático dos negócios fiduciários. De seguida, vamos proceder à análise *jus* - positiva do regime jurídico instituído pela OHADA. Em relação ao regime, optamos por um método indutivo. Não se parte de uma conclusão pré-assumida, mas antes dos particulares aspectos dos problemas e do regime jurídico.

Assim, começaremos por analisar e determinar os tipos em concreto de alienação em garantia instituídos pela OHADA. Uma vez determinados os tipos, estaremos em condições de determinar o âmbito de admissão da alienação em garantia no Ordenamento Jurídico Guineense. Feita a análise do regime, tentaremos determinar os interesses protegidos com a admissão e a regulação de alienação em garantia. Em qualquer caso, não deixaremos de abordar as questões que nos parece que ainda analisadas, dentro de cada um dos capítulos serão abordadas as questões que nos parecem mais importantes, tendo em conta a sua atenção assente na sua exposição legal, jurisprudencial e doutrinária. Por fim, serão tomadas as devidas posições, respeitantes às questões abordadas ao longo do texto. A dissertação divide-se em quatro pontos, a saber, (I) evolução histórico – dogmática, (II) estudo de Direito positivo, (III) regime instituído pela OHADA e (IV) balanço, reflexões de *iure condendo* e conclusões.

## **6. Âmbito da investigação/Delimitação**

Na Guiné-Bissau e nos países membros da OHADA, é escasso, senão inexistente, o estudo sobre alienação em garantia, por isso, teremos de recorrer a outros ordenamentos jurídicos, sobretudo os que influenciaram directamente o nosso Direito e o Direito da OHADA – Direito Português e Direito Francês. Concentraremos o nosso estudo, sem prejuízo de análises específicas em relação aos bens imóveis, nos bens móveis.

O objecto do presente estudo é o Direito constituído, com reflexões sobre o Direito a constituir. Contudo, devemos reconhecer que nem todos os caminhos são directos, razão pela qual, em certos pontos, teremos de fazer desvios antes de entrar de imediato no cerne do estudo, mormente quando tal desvio nos pareça importante para revelar pistas ou enriquecer a questão em análise ou a nossa posição. Conscientes de que a matéria objecto do nosso estudo, em vários aspectos, é geradora de controvérsia doutrinal, é bom realçar,

desde já, que as posições a tomar sempre procurarão estabelecer equilíbrio nas relações entre devedor (principal e ou garante) e o credor. Assim, apresentamos este estudo na esperança de as considerações aqui tecidas, os problemas levantados e as propostas de soluções, embora humildes, possam contribuir de alguma forma para esclarecer o sentido dos problemas provenientes deste tema.

## **7. Metodologia**

Por outro lado, na Guiné-Bissau, é necessário efectuar um estudo tendente a analisar o ajustamento do Direito interno com o Direito da OHADA. Com efeito, o presente estudo vai constituir-se, na medida do possível, numa dialéctica entre o Direito nacional e Direito da OHADA, sem descurar um brevíssimo bosquejo de índole de descrição de outros Direitos, feita a propósito de cada capítulo em que expressaremos sempre as nossas opiniões. Como é sabido, a comparação de Direitos é o ramo da ciência jurídica cujo objecto é o Direito na sua pluralidade e na diversidade de expressões culturais e que procede ao estudo comparativo destas no sentido de conseguir uma melhor compreensão dos fenómenos jurídicos<sup>38</sup>. Por isso, a selecção dos ordenamentos jurídicos a analisar neste estudo fundamentar-se-á na afinidade dos sistemas jurídicos, particularmente por serem aqueles que se diagnostica terem exercido maior influência na construção normativa na nossa matéria das garantias, antes e depois das normas comunitárias. Assim, daremos mais relevância ao sistema Jurídico português por ser aquele que exerceu e que continua a exercer maior influência na Guiné-Bissau, bem como ao sistema francês, por ser a principal fonte de inspiração do legislador da OHADA, sem prejuízo de breves referências a outros sistemas que exercem influências na construção do Direito vigente. Por outro lado, vamos fazer uma análise que nos permita descobrir soluções para determinados problemas – micro - comparação<sup>39</sup> e os problemas derivados dos negócios fiduciários. Por outro lado, sem pretensão de fazer uma análise exaustiva da reconstituição histórica de alienação em garantia, julgamos que, ao se tratar duma investigação, é necessário conceder especial atenção ao aspecto temporal, ou seja, um recorte cronológico que permita observar o seu objecto de forma precisa e localizada no

---

<sup>38</sup> Cf. Dário Manuel Moura Vicente, *O Direito Comparado após a Reforma de Bolonha*, in RFDUL, Coimbra Editora, Lisboa, 2009, p. 12.

<sup>39</sup> Cf. Dário Manuel Moura Vicente, *Direito Comparado, I, Introdução e Parte Geral*, Almedina, 2008, p. 24.

tempo. Por esta razão, tentaremos destacar a importância da cronologia e da sucessão dos acontecimentos históricos relevantes para o presente estudo, na medida em que um acontecimento, de certo modo, exerce a influência sobre outro que lhe sucede. Razão pela qual, no presente estudo, tentaremos traçar fronteiras entre os acontecimentos legislativos, com destaque para aqueles que antecedem o AUG nessa matéria.

## **8. Relevância do tema**

*I. Relevância científica.* A alienação de um bem em garantia de um crédito é uma figura conhecida na prática. A alienação em garantia constitui uma técnica destinada a favorecer a concessão de crédito a uma taxa reduzida. Actualmente, é comumente usada nos mercados financeiros internacionais. No universo das garantias, a alienação em garantia ocupa posição importante<sup>40</sup>, devido ao grau de protecção que confere a credor e pela dinamização que confere nas relações comerciais<sup>41</sup>. O interesse do tema inicia-se pela especificidade da alienação em garantia, sobretudo, quando tem por objecto uma coisa, em relação a outras garantias reais, ou seja, não consiste no direito do credor sobre um bem alheio - na preferência de pagamento pelo produto da venda do bem objecto de garantia -, dado que, por meio de alienação em garantia transfere-se a propriedade do bem para a esfera jurídica do credor, o credor torna-se proprietário da coisa objecto de garantia. Todavia, até recentemente, o recurso a este tipo de garantia é pouco comum na prática comercial devido, atentas as dúvidas relativas à sua licitude.

Com efeito, sociologicamente, o papel da alienação em garantia<sup>42</sup> parece configurar-se em outros contornos não muito louváveis<sup>43</sup>, na medida em que pode gerar o enriquecimento sem causa e ainda pode prejudicar os credores do devedor alienante.

A alienação em garantia ainda não teve um tratamento doutrinário exaustivo na Guiné-Bissau, apesar de ter um regime jurídico próprio, pois na Guiné-Bissau e nos Estados Partes da OHADA, em 2010, foi consagrado como uma das garantias mobiliárias, a par do penhor e do direito de retenção. Foi o próprio AUG que consagrou a alienação

---

<sup>40</sup> Cf. Carlos Quadrado Perez, *Efectos de la Insolvencia del Deudor en el Marco de la Cesión de Créditos*, in Carlos Quadrado Perez (Coord.) *La Hipoteca en el Desarrollo del Modelo Económico*, Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 78.

<sup>41</sup> Cf. Tiago Reis de Athayde Matta, *Da Garantia Fiduciária no Âmbito do Sistema Financeiro*, in *Garantias das Obrigações* (Coord: Jorge Ferreira Sinde Monteiro), Almedina, Coimbra, 2007, PP. 552-564, p. 528.

<sup>42</sup> Sobre este conceito, cf. Januário Costa Gomes, *Segurança, Subgarantia e Sobregarantia entre os Três “S” do Direito das Garantias*, in *Revista Jurídica da AAFDL*, n.º 30, 2016, AAFDL Editora, PP. 71-95, p. 95.

<sup>43</sup> Cf. Tiago Reis de Athayde Matta, *Da Garantia*, cit., p. 530.

em garantia como uma garantia, dotando-a de um regime próprio. A dificuldade na execução das garantias, sobretudo reais, despertou um interesse prático, legislativo e doutrinário pela alienação em garantia. Com este instrumento pretende-se evitar que a fragilidade das garantias “tradicionais”, consubstancia a redução da concessão de crédito, em prejuízo, nomeadamente dos bancos como dos devedores, com certa ambiguidade, comerciantes *praxis* tem criado novas figuras e recuperado experiências antigas.

Somos do entendimento que não se pode negar a actualidade deste tema. Devido à utilidade da resposta que as soluções gerais e comuns não conseguem dar nessa matéria em certos aspectos nucleares, nota-se uma recente densificação no regime positivo atinente à alienação em garantia. como é sabido, sem garantia, dificilmente se consegue o crédito, sem crédito, dificilmente podemos falar em economia moderna<sup>44</sup>. Todavia, a alienação em garantia pode gerar situações de injustiça, sobretudo, em relação ao garante, motivo pelo qual urge analisar este instituto.

*II. Relevância económica e financeira.* A CRGB reconhece a propriedade privada que incide sobre os bens que não sejam propriedade do Estado. Nos termos do artigo 12.º da CRGB, são propriedade do Estado o solo, subsolo, as águas, as riquezas minerais, as principais fontes de energia, a riqueza florestal e as infraestruturas sociais. A Lei 5/75, de 5 de Maio de 1975 integra o solo, na totalidade do território nacional, quer seja urbano, rústico ou urbanizado, sendo insusceptível de redução à propriedade privada. Nos termos do artigo 192.º AUG, a hipoteca pode incidir sobre terrenos, suas benfeitorias, construções supervenientes e edifícios. O problema não se coloca a nível da hipoteca dos edifícios. A questão que se coloca é precisamente sobre a hipoteca de terrenos, quando a Constituição determina que o solo pertence ao Estado, o que significa que apenas este, em princípio, pode dar de hipoteca terrenos. Sendo assim, os particulares podem apenas hipotecar os edifícios de que sejam proprietários, mas não os terrenos onde os mesmos se encontram. Todavia, existe uma distinção entre mercados de terras e mercados de títulos de terra. Enquanto no primeiro se negocia a transferência da propriedade, no segundo transferem-se os títulos de uso e aproveitamento, permanecendo o Estado como proprietário dos recursos, embora os direitos de uso possam ser negociados entre terceiros. Ou seja, se a terra está fora do comércio por parte dos particulares, nada na Constituição impede que o direito de uso e aproveitamento sejam livremente

---

<sup>44</sup> Cf. Laurent Aynès/Pierre Crocq, *Les Surûts. La Publicité Foncière*, 2.<sup>a</sup> ed., Defrénois, Paris, 2007, p. 1.

transaccionáveis<sup>45</sup>, o que, aliás, corresponde, na Guiné-Bissau, a uma realidade factual. É necessário pensar na possibilidade da alteração constitucional no que diz respeito à propriedade da terra efetivamente, seria desejável uma modificação do regime da propriedade, com vista a permitir a titularidade da propriedade privada sobre a terra. Esta modificação iria ao encontro das necessidades do desenvolvimento económico, na medida em que contribui para a melhoria da segurança dos credores, tendo sido já adoptada noutros países da África Ocidental, nomeadamente no artigo 15.º da Constituição do Burkina Faso, no artigo 15.º da Constituição senegalesa ou na Constituição dos Camarões, revista pela Lei Constitucional de 18 de Janeiro de 1996. Por outro lado, esta medida contribuiria para o crescimento do financiamento bancário, com a possibilidade de a própria terra ser dada em garantia hipotecária<sup>46</sup>, dinamizando assim a economia. Podia também contribuir muito para o investimento na terra, nomeadamente investimento estrangeiro, tornando-a mais rentável, criando riquezas para o país. Portanto, com a consagração da alienação em garantia por legislador da OHADA torna-se ainda mais discutível se os particulares podem alienar ou não em garantia os títulos de uso e aproveitamento da terra.

*III. Relevância social.* Na Guiné-Bissau, existe um sistema de serviços pautado pela desarticulação e jurisdição. A experiência bancária revela que poucos créditos são concedidos para a aquisição de habitação, com o resultado de a maioria das casas serem auto construídas e autofinanciadas. Estes problemas são causados essencialmente por falta de financiamento a longo prazo por parte das instituições financeiras no crédito, bem

---

<sup>45</sup> Quanto ao procedimento, dispõe o artigo 31.º da Lei da Terra que os direitos de uso privativo da terra, titulado por contrato administrativo de concessão, são transmissíveis por contrato *inter vivos* e por sucessão hereditária. Para o efeito, o concessionário que pretender transmitir a sua posição contratual (designada de venda de terreno), deve requerer autorização à entidade concedente (Câmara Municipal, em Bissau; Comité de Estado, nas regiões). Ao requerimento deverá ser junta declaração do cedente de que aceita as condições estipuladas. Com a aceitação do cedente/concessionário, a entidade concedente poderá solicitar informações suplementares e deverá decidir no prazo máximo de 60 dias, findo o qual, sem decisão expressa, o requerimento se considerará tacitamente autorizado. Se o requerimento for deferido, serão notificados o requerente e o transmissário para celebração do contrato de cessão da posição contratual, o qual deverá ser, no prazo de 30 dias, registado na Conservatória e depositada uma cópia na Comissão Fundiária Nacional. No caso de deferimento tácito o requerente notificará a entidade concedente da data em que pretende celebrar o contrato de cessão da posição contratual, seguindo-se, se não houver oposição fundamentada, os demais termos. A transmissão por sucessão hereditária, não depende de autorização, ficando apenas sujeita a notificação à entidade concedente e à Comissão Fundiária Nacional e a registo, no prazo indicado no artigo 31.º da Lei da Terra. Das decisões de não autorização ou de oposição da entidade concedente cabe recurso a interpor, nos termos e prazos legais, para o Tribunal competente.

<sup>46</sup> Parece-nos que se deve admitir desde logo o registo provisório de hipoteca sobre a terra com um prazo alargado (4 anos), que passaria a definitivo, por mero efeito, do averbamento da construção, entretanto erigida.

como pelos elevados custos associados com a legalização dos imóveis e o respectivo registo a par da impossibilidade de dar o terreno como garantia.

A proibição legal de hipotecar o prédio rústico impede o financiamento para a construção de edifícios numa parcela de terreno livre. Para superar tal impedimento, é normalmente acordada a autorização ao banco para a constituição da hipoteca. Mesmo nestes casos, a concessão de crédito bancário “garantido” por contrato-promessa de hipoteca ou autorização para a constituição de hipoteca provisório gera riscos para o sector bancário, uma vez que, nos termos da lei, se a construção não for concluída no prazo estipulado, os bancos não têm como rentabilizar os bens dados em garantia e não têm nenhuma preferência de pagamento sobre os mesmos bens, no caso da execução. Com efeito, na Guiné-Bissau, apenas um número muito limitado da população, com um rendimento elevado, pode aceder ao crédito bancário para a construção de habitação própria. Em regra, apenas é concedido empréstimo para construção de habitação desde que sejam dados em garantia outro imóvel, depósitos bancários ou activos de valor superior ao montante do empréstimo pedido. Caso o interessado não detenha activos susceptíveis de serem dados em garantia, os bancos apenas concederão financiamento bancário após a implantação do edifício e o seu registo, com base na certidão de benfeitorias emitida para o efeito, e a hipoteca constituída sobre o edifício e as benfeitorias realizadas na terra.

Os constrangimentos acima descritos têm impacto no desenvolvimento da política de habitação e no acesso ao financiamento bancário por parte da classe média. Para além das elevadas taxas de juro, entre (10% e 14%), os bancos exigem, em regra, que os mutuários suportem 30% do valor da obra, bem como as seguintes garantias: a) Seguro de vida do mutuário e seguro da propriedade contra incêndios; b) Procuração irrevogável conferida pelo mutuário a favor do banco, atribuindo poderes de venda do imóvel em caso de incumprimento; c) Livrança em branco, emitida pelo mutuário, que pode ser preenchida e utilizada pelo banco como ordem de pagamento da dívida, em caso de incumprimento do mutuário. A rigidez da actual política de uso e utilização da terra, aliada à incerteza que rodeia o registo da propriedade contribuem para um agravamento das taxas de financiamento bancário por forma a incorporar o risco subjacente às operações de financiamento que envolvem bens imóveis. Com efeito, torna-se pertinente a análise da alienação em garantia, no sentido de estudar se é possível alienar os direitos conferidos pela concessão em garantia, como forma de resolver os problemas

económicos, financeiros e sociais aqui mencionados, sem perder de vista os problemas de assimetria contratual.<sup>47</sup>

*IV. Relevância da investigação na Ordem Jurídica Bissau – Guineense.* Na Guiné-Bissau, a alienação em garantia foi recentemente objecto de consagração legislativa, pois uma das inovações introduzidas pelo AUG na sua nova formulação é admissibilidade de transmissão de bens em garantia e fazer uma conciliação do Direito interno com o regime de alienação em garantia instituído pela OHADA. O presente estudo visa apreender a essência da alienação em garantia, o seu regime jurídico e a experiência prática. No fundo, o objectivo da nossa dissertação resume-se principalmente na identificação dos problemas, levantamento das questões e procura das respectivas respostas, pois o tema reclama uma reflexão jurídica profunda e adequada. O presente estudo visa compreender a origem desta garantia, a respetiva evolução e o tratamento de que é objeto noutros ordenamentos jurídicos. Visa também compreender as suas fases, desde constituição à extinção, bem como a sua relação com outras garantias, sem descurar a relação com a proibição do pacto comissório. Neste texto, ainda procuraremos estabelecer o enquadramento desta garantia no âmbito do Direito das Garantias.

## **9. Incerteza, insegurança, risco e alienação em garantia**

*I.* As garantias conjuntamente com a incerteza e a insegurança<sup>48</sup>, sendo certo que todos os negócios envolvem riscos<sup>49</sup>.

*II. Incerteza.* As relações humanas desenvolvem parâmetros nebulosos e dependem de variáveis naturais incontrolláveis. As situações legitimadas pelo Direito e os casos concretos carecidos de solução desenvolvem-se em obediência a uma complexidade causal inabarcável. Na prática, tornam-se imprevisíveis. A essência do jurídico – solução científica de casos concretos - é embaraçada pelas complexidades de muitos elementos e depende de uma decisão constitutiva. Da incerteza passa-se à insegurança. Desconhecer o futuro é um problema intelectual, mas não só; ficam também em causa os dados existenciais. Os bens adquiridos são sempre de permanência dúbia. Ao longo do tempo, as comunidades têm desenvolvido esquemas, sobretudo, jurídicos com o objectivo de

---

<sup>47</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Vulnerabilidade e Assimetria Contratual*, RFDUL, ano LXII, n.º 1, T. 1, 2021, pp. 305 ss., p. 324.

<sup>48</sup> Seguimos, no essencial, a ordenação do António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, X, Direito das Obrigações, Garantias*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 29 e seguintes.

<sup>49</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *A Fiança no Quadro das Garantias Pessoais. Aspectos de Regime*, in FDUL Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, (separata, pp. 79-119), p. 95.



combater a insegurança. Entre estes esquemas, devem-se inserir as garantias das obrigações.

*III. Insegurança.* A insegurança no Direito pode ser traduzida através da ideia de risco. Nem sempre é possível antever o que se segue o que provoca incertezas básicas da vida económica. A álea exprime uma margem de flutuações nos eventos futuros e o risco exprimiria a eventualidade negativa da álea - probabilidade de diminuição, numa situação previamente considerada. Com efeito, em relação ao futuro pode acontecer em função do risco envolvido. No direito das obrigações esse risco é maior, pois o objecto da obrigação é a prestação. O risco, por sua vez, gera desconfiança. O risco nas obrigações pode ser controlado, minimizado ou suprimido através das garantias, sobretudo, alienação em garantia. Com efeito, em relação ao futuro pode acontecer em função do risco envolvido. No Direito das Obrigações esse risco é maior e o risco, por sua vez, gera desconfiança.

*IV. Risco.* O risco nas obrigações pode ser controlado, minimizado ou suprimido através da prestação de garantias, sobretudo, alienação em garantia, na medida em que nesta modalidade de garantia transfere-se a titularidade do bem para a esfera jurídica do credor, o credor torna-se proprietário da coisa objecto de garantia. Todavia, quando se trate de alienação em garantia, devem ser destacados os riscos em relação ao garante. Pois nesta modalidade de garantia verifica-se o risco de não haver a retransmissão do bem alienado, apode haver violação do fim da garantia – alienação indevida do bem a terceiro ou incumprimento dos deveres de conservação durante a pendência da garantia. E, ainda, o bem transmitido pode ser agredido no concurso de credores<sup>50</sup>. Com efeito, nesta

---

<sup>50</sup> A protecção do credor perante a execução da garantia no âmbito da OHADA constitui preocupação da doutrina africana. Cf. nomeadamente: Birika Jean Claude Bonzi, *La Saisie immobilière. Acte du Séminaire de Formation Continue des Juges des Cours et Tribunaux*, Ouagadougou, 2001, p. 48; Marc Donnier, *Les Voies d'Exécution et Procédures de Distribution*, Litec, 5<sup>o</sup> ed., 1999; Guy. A. Kouassigan, *Droits des Biens, Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, V, NEA, Abidjan, 1982, p. 493; Jean Vincent, *Les voies d'exécution et procédures de distribution*, 13.<sup>a</sup> Ed., Dalloz 1978; Kéba M'baye, *Organisation Judiciaire, Procédures et voies d'Exécution*, Encyclopédie juridique de l'Afrique; Christian Laporte, *La Nouvelle Saisie Immobilière: première approche du décret du 27 juillet 2006*, *Revue Juris-Classeur: les procédures* n.º 11, Novembro, 2006, p. 4; Souley Hamadou, *L'Opportunité des Prises des Garanties Hypothécaires, Rapport de stage de DESS Droit des Affaires*, UFR/SJP, ano 2003/2004, p. 53; Djibril Abarchi, *L'introduction du « tolme » ou « djinguina » dans le nouveau code de commerce nigéria : une tentative de valorisation d'une sûreté aux suites incertaines*, in *Revue nigérienne de droit*, p. 55, in : <http://www.ohada.com/doctrine>, OHADATA D-03-11); Kouliga Nikiema, *Droit des Biens et Droit Foncier*, Collection Précis de Droit Burkinabè, Outubro, 2008, p. 339; Birika Jean Claude Bonzi, *Théorie et Pratique des Saisies*, I, *Les procédures simplifiées de recouvrement des créances et les saisies mobilières*, Collection Précis de Droit Burkinabè, Julho, 2008; Serge Guinchard, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz 2007/2008, p. 1908; Boris Martor/Sébastien Thouvenot, *Le Droit Uniforme Africain des Affaires Issu de l'OHADA*, Litec 2006, p. 344; Serge Guinchard, *Droit et Pratique des Voies d'Exécution*, Dalloz 2004, p. 1593; J. Lbergel/Marc Andre, *Droit Immobilier*, LAMY, 2003; N'Diaw Diouf/Anne Marie Assi-Esso, *Recouvrement des Créances et Voies d'Exécution*, Collection Droit Uniforme Africain, Bruylant, 2002, p. 254; François Anoukaha/Aminata Cisse, *Sûretés*, Collection Droit Uniforme Africain, Bruylant 2002, p. 279; Joseph Issa-

modalidade de garantia, em relação ao garante, também existe incertezas, insegurança e o risco. Por isso, na alienação em garantia, o risco deve ser analisado não só em relação ao credor, mas também em relação ao garante e deve-se dar atenção à necessidade de equilíbrio entre a titularidade do bem, a convenção e o poder de abuso por parte do beneficiário da garantia.

## 10. Crise das garantias tradicionais?

I. Nas últimas décadas, não só em África, mas também na Europa, tem-se verificado uma crise de confiança dos credores no penhor e na hipoteca<sup>51</sup>. A causa da crise das garantias tradicionais frequentemente se reconduz ao desenvolvimento da produção industrial, a acréscimo da circulação de bens e a transição para a economia bancária e financeira.

II. No Direito francês, a principal fonte de inspiração do legislador da OHADA, nos anos oitenta, as garantias reais tradicionais foram sacrificadas. Os credores munidos de penhor e de hipoteca eram frequentemente prejudicados nos processos de insolvência – “*procédure collective*” – razão pela qual a qualidade de proprietário do bem objecto de garantia real tornou-se atractiva<sup>52</sup>. A consagração da alienação em garantia no Direito francês foi muito influenciada pelo sistema jurídico *common law*, nomeadamente a figura do *trust* inglês.<sup>53</sup>

---

Sayegh/Jacqueline Oble Lohoues, *Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique*, Collection Droit Uniforme Africain, Bruylant 2002, p. 245; N'Diaw Diouf, *La Saisie Immobilière*, Communication dans le Cadre du Séminaire de Formation des Magistrats de l'ERSUMA, p. 21, in <http://www.ohada.com/doctrine>, OHADATA D-05-13; Cheikh Tidiane Lam, *Regard sur Quelques Jugements Rendus à l'Audience Éventuelle* in <http://www.ohada.com/doctrine>, OHADATA D-05-13 e J.M Lesguiller, *La Saisie Immobilière, une Procédure qui Marche Bien* : JCPG, 1978, I, p. 2901.

<sup>51</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 12. Na jurisprudência, a título de exemplo, cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Outubro de 2010, Processo: 114-A/2001.P1. S1, Relator: João Camilo, *prioridade de pagamento que o artigo 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*. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 27 de Novembro de 2007, Processo: 07A3680 Relator: Silva Salazar, .... *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, de 25 de Fevereiro de 2010 Processo: 114-A/2001.P1, Relator: Teixeira Ribeiro, ... *a hipoteca que garante os créditos hipotecários concedidos nos termos dos artigos 1º, al. c), 6º, n.º3 e 11º, todos do DL n.º 125/90, de 16.04 (na redacção introduzida pelo DL n.º 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 n.º2 daquele artigo 6º*.

<sup>52</sup> Cf. Dominique Legeais, *Droit des Sûretés et Garanties du Crédit*, 10.º ed., LDGJ, 2015, p.450.

<sup>53</sup> Cf. Idem, p. 451.

III. Em Portugal, PAULO CUNHA já avisava que um bom sistema de garantias reais deve oferecer meios de constituição fácil e rápida<sup>54</sup>, ou seja, o reconhecimento da necessidade de encontrar formas eficientes, simples e expeditas de execução das garantias não é muito recente. Por último, as garantias reais tradicionais apresentam-se rígidas, onerosas e frágeis na perspectiva da execução, nos termos dos artigos 225.º e 226.º AUG<sup>55</sup>.

IV. É certo que o Direito das Garantias, em virtude de industrialização das economias e da transição para a economia bancária e financeira, foi progressivamente *soltando* das garantias reais mobiliárias com desapossamento, por forma a assegurar a permanência da coisa objecto de garantia no circuito económico e a dispensar os custos associados à custódia da coisa a cargo do credor<sup>56</sup>. Todavia, deve-se confirmar que a consagração de alienação em garantia por legislador da OHADA não se deve só à dinâmica económica e comercial interna de Estados Partes, mas também à iniciativa de adoptar algumas figuras instituídas no Ordenamento Jurídico Francês, nomeadamente a Lei de 19 de Fevereiro de 2007 e de 30 de Janeiro de 2009.

---

<sup>54</sup> Paulo Cunha, *da Garantia nas Obrigações*, Apontamentos das Aulas do Direito Civil do 5.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, pelo E. Pamplona Corte-Real, Lisboa, 1939, p. 46.

<sup>55</sup> No mesmo sentido em relação ao Direito português, cf. Catarina Pires, *Alienação*, *cit.* P.12.

<sup>56</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação*, *cit.*, p. 13.

**PARTE I**  
**HISTÓRIA E DOGMA DOS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS**

## **CAPÍTULO I**

### **EVOLUÇÃO HISTÓRICO-DOGMÁTICA DOS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS**

#### **1. A relevância de estudo do Direito Romano**

*I. Generalidades.* Roma continua a ser importante. Ignorar os romanos não é simplesmente virar a cara ao passado distante. Roma ainda ajuda a definir a maneira como compreendemos o nosso mundo e como pensamos acerca de nós mesmos, desde as maiores teorias até aos aspectos menos relevantes. Passados 2000 anos, Roma continua a escorar a cultura e a política ocidentais.<sup>57</sup> O AUG consagra a alienação em garantia como uma das garantias, e até hoje não foi efectuado, na Guiné-Bissau<sup>58</sup>, o seu confronto com a fidúcia do Direito romano a fim de procurar determinar as raízes desta “nova” garantia.

---

<sup>57</sup> Cf. Mery Beard, *SPQR, Uma História da Roma Antiga* (tradução de Pedro C. Guerra/Rita C. Guerra, título original – *SPQR, A History of Ancient Rome*), Bertrand Editora, Lisboa, 2016, p. 17.

<sup>58</sup> Na Guiné-Bissau, ainda os ensinamentos universitários não têm demonstrado as vantagens formativas do Direito Romano, cf. Eduardo Vera-Cruz Pinto, *A Disciplina do Direito Romano em Portugal e nos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa*, in *REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA*, XLVI, n.º 1, 2005, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 371 ss, p. 377.

Para compreendermos a feição actual da alienação, temos de efectuar um estudo histórico dos negócios fiduciários. Por outro lado, com a consagração legal da alienação em garantia no AUG, parece-nos importante efectuar um estudo histórico e actual dos negócios fiduciários, não só para perceber as soluções e determinar se os negócios consagrados pelo AUG são efectivamente fiduciário, mas também para determinar a actual posição<sup>59</sup> dos negócios fiduciários na nossa ordem jurídica.

*II. Aspecto teórico e filosófico.* Para uma análise global e compreensiva de qualquer figura, não nos podemos mover exclusivamente em plano reduzido de apreciações concretas. O problema e a análise determinam-se num terreno algo mais elevado e e supões a abordagem de uma outra questão mais árdua e essencial a saber: em que consiste a medula de Direito e que reacções tem com a sua história? A história jurídica tem um valor independente e um fim específico, sendo certo que o dogma jurídico não pode desarticular-se de um modo total das circunstâncias históricas em que foi formado. O valor da história jurídica é sempre determinado em função do fenómeno que é eficiente para que a dogmática possa ser desarticulada de um modo total das actuais circunstâncias definidas pelos eventos históricos que foram criados. Para o presente estudo, por uma sistemática jurídica aceitável, não se deve prescindir da análise do Direito Romano que informa, durante séculos, os Ordenamentos Jurídicos de muitos povos, sobretudo a *fiducia* romana em relação ao tema objecto do presente trabalho.<sup>60</sup>

*III. Utilidade prática.* Quando se aborda um problema jurídico presente, podemos, por uma questão prática, pensar que o estudo de um Direito pretérito pode ser compreendido no presente, ou seja, quando comporta uma concepção prática e soluções das exigências da vida actual. As modificações que as exigências sociais vão impondo se realizam de um modo progressivo que, afectando os institutos concretos, mas deixando intactos o valor e a sistemática total.<sup>61</sup> Subsistem o valor dos conceitos e princípios gerais, nomeadamente a liberdade contratual, condições de validade dos negócios jurídicos, estrutura fundamental dos contratos, efeitos específicos dos direitos reais (no caso em concreto, a propriedade), o âmbito dos direitos reais de garantia. Razão pela qual, para o presente estudo, o Direito Romano não deve ser posto de lado, sobretudo na Guiné-

---

<sup>59</sup> Cf. Nicolò Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, Giuffrè, Milão, 1971, p. 9.

<sup>60</sup> Cf. Ursicino Alvarez Suarez, *Horizonte del Derecho Romano*, in *Estudios Matritenses de Derecho Romano*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1944, p. 25 26.

<sup>61</sup> Cf. Dias Marques, *História do Direito Português*, (Apontamentos das lições do Prof. Doutor Dias Marques ao 1.º Ano Jurídico de 1953/54, por Maria Fernanda Santos), AAFDL, Lisboa, 1953, p. 24-25.

Bissau, onde ainda não temos um estudo sobre a matéria em análise, o que se explica de seguinte modo<sup>62</sup>:

- a) O Direito Romano constitui um dos elementos integradores da legislação francesa e guineense, sobretudo nos Códigos Civis. O Direito não pode desligar-se da sua história, pois há muitos institutos, como a alienação em garantia, que só podem ser compreendidos com base na análise da sua raiz remota. Por isso, é necessário um estudo da evolução da alienação em garantia, que hoje encontramos no AUG, e analisar qual foi a sua origem, o seu processo evolutivo, os elementos que influenciaram a sua evolução e a linha da sua evolução até a sua positivação no AUG;
- b) O Direito Romano constitui um elemento imprescindível para um estudo aprofundado da alienação em garantia, podendo servir de fundamento para ajudar a colmatar lacunas do legislador da OHADA nas próximas revisões do AUG.
- c) Depois da análise da evolução histórica da alienação em garantia, o Direito, sobretudo Romano e Germânico, poderão vir a servir de base de argumentos a favor e contra a qualificação, sistematização e soluções consagradas no AUG;
- d) O Direito Romano fornece elementos para a análise dos elementos que constituem o alicerce e evolução da alienação em garantia e o estudo sobre a propriedade. Outro aspecto em que releva o estudo do Direito romano é o Direito Comparado sobre a alienação em garantia, uma vez que a compreensão da figura no próprio Direito Romano permitirá coordenar os diversos Direitos hoje vigentes.

## **2. Alienação fiduciária romana**

### **2.1. Generalidades**

A propriedade, no Direito romano, era utilizada para fins de garantia de uma obrigação, sujeitando a coisa objecto de garantia à acção directa do credor – *obligatio rei, res*. Antes do surgimento do penhor e da hipoteca, a *fiducia cum creditore contracta* desempenhava as funções de garantia.<sup>63</sup> Tendo em conta a visão moderna das garantias, o sistema romano parece delicado em muitos aspectos, nomeadamente a (I) constituição do penhor por uma simples convenção; (II) hipotecas voluntárias sobre a totalidade dos bens do devedor (bens presentes e futuros); (III) hipotecas legais também de carácter geral; (IV) hipotecas privilegiadas. Havia um sistema complexo e perigoso devido à falta

---

<sup>62</sup> Cf. Ursicino Alvarez Suarez, *Horizonte del Derecho Romano*, cit. p. 27 e ss.

<sup>63</sup> Cf. Juan Iglesias, *Derecho Romano – Historia e Instituciones*, 10.ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1994, p. 315.

de segurança relacionada com a publicidade. A hipoteca não desempenhava a função económica que actualmente desempenha, razão pela qual havia pouca tutela destinada ao devedor hipotecário. Por outro lado, no Direito romano, os credores, nas garantias pessoais, encontravam todas as seguranças derivadas da fidelidade.<sup>64</sup> No Direito romano, as garantias reais não tiveram a importância que hoje assumem no direito moderno, porque os romanos tiveram sempre preferência, quando se tratava de assegurar o cumprimento de uma obrigação, pelas garantias pessoais, que consistiam num reforço quantitativo, ou seja, colocavam ao lado do fiador outra pessoa obrigada a responder pela mesma dívida. Todavia, embora as garantias reais, especialmente a hipoteca, não tenham alcançado o auge que tiveram no direito moderno, também em Roma eram utilizadas como meio de assegurar o cumprimento, conferindo ao credor determinadas faculdades directamente sobre as coisas do devedor ou terceiro, faculdades que possuíam as características próprias e, especialmente, por *actiones* que lhes abrangia, figuras autónomas de *iura in re aliena*.<sup>65</sup> O *pignus* e a *hypotheca* constituíam os direitos reais de garantia no Direito romano, mas deve-se ter em conta que a hipoteca e penhor não eram as únicas garantias reais no Direito romano, pois havia outra modalidade de garantia real que existiu antes<sup>66</sup> e coexistiu com elas durante muito tempo, que embora não correspondia a nenhum tipo especial de *ius in re* (direito real sobre coisa alheia<sup>67</sup>), porque o que confere ao credor é a propriedade e que contribuiu muito para o desenvolvimento do direito real de garantia no Direito romano, a *fiducia*.<sup>68</sup>

## 2.2. Caracterização geral da *fiducia* romana

*I. Caracterização geral.* As inspirações e bases do negócio fiduciário remontam ao Direito romano<sup>69 70</sup>. No Direito romano, a fidúcia (*fiducia*), em termos gerais, era um

---

<sup>64</sup> Cf. Juan Iglesias, *Derecho Romano – Historia e Instituciones*, cit., p. 315.

<sup>65</sup> Cf. J. Arias Ramos/J. Arias Bonet, *Derecho Romano, I Parte General. Derechos Reales*, 17.<sup>a</sup> ed., Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, p. 310.

<sup>66</sup> Cf. José Garido, *Tratado de Las Preferencias del Crédito*, Civitas, Madrid, 2000, p. 192, Navaro Martorell, *La Propiedad Fiduciaria*, Bosch, Barcelona, 1950, p. 27, Alberto Burdese, *Lex Commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Giappichelli, Torino, 1949, p. 17 e Jordano Barea, *El Negocio Fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1969, p. 54, Catarina Pires, *Alienação*, cit., p. 25.

<sup>67</sup> Cf. Frederico Fernández de Buján, *Sistema Contractual Romano*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 419.

<sup>68</sup> Cf. Frederico Fernández de Buján, *Sistema Contractual Romano*, cit., p. 419.

<sup>69</sup> Cf. Jean-Philippe, *Le Transfert Fiduciaire: “Doner pour Reprendre”*: *Mancipio dare ut Remancipetur. Analyse Historique et Comparatiste de la Fiducie-gestion*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 80, ver em resumo in RIDC, ano 2001, 53, n.º 3 pp. 751-754.

<sup>70</sup> Com o estudo da *fiducia* no Direito Romano, pretendemos aferir se a alienação em garantia consagrada pelo AUG apresenta as mesmas características da *fiducia* romana, na sua vertente de garantia. Para o efeito, começaremos por analisar os aspectos que nos parecem mais marcantes da *fiducia* romana em geral e, em especial, enquanto garantia das obrigações, nomeadamente o seu enquadramento no sistema contratual



contrato em que uma pessoa (fiduciante), utilizando um negócio jurídico formal (*mancipatio* ou *in iure cessio*), transferia a propriedade de uma coisa ou poder jurídico sobre certa pessoa para a outra pessoa (fiduciário), que se obrigava a restituí-la depois de realizar o fim definido num acordo denominado *pactum fiduciae*.<sup>71</sup>

A fidúcia terá surgido por volta do século IV a.C., começou a decair na época clássica e desapareceu no direito justiniano, razão pela qual os textos do Digesto foram interpolados pelos compiladores que substituíram a palavra *fiducia* pelo vocabulário *pignus*.<sup>72</sup> O fiduciante, no processo das fórmulas, era tutelado pela *actio fiduciae* de boa-fé e o demandado incorria, se fosse condenado, em *infamia* e o fiduciário através da *actio fiduciae* também, através da qual podia reclamar as despesas feitas na coisa e ressarcir-se dos danos eventualmente causados.<sup>73</sup> Etimologicamente, a palavra *fiducia* significa confiança<sup>74</sup> e foi aplicada para a satisfação de diversas finalidades<sup>75</sup>, nomeadamente<sup>76</sup>:

---

romano, a sua origem, o seu desenvolvimento, a sua estrutura, a sua natureza contratual, obrigação de restituição em relação ao fiduciário, as formas de satisfação do credor. A importância do estudo do negócio fiduciário relaciona-se, em regra, pela complexidade do próprio negócio fiduciário, que é consequência da peculiar configuração estrutural e funcional que subjaz à relação entre fiduciante e fiduciário e que coloca desafios sérios de revisão de postulados bem consolidados. Ademais, a importância do estudo dos negócios fiduciários deriva do problema da sua oponibilidade a terceiros, da posição jurídica do fiduciante e fiduciário, a natureza da coisa fiduciada, nomeadamente propriedade. Estes aspectos conduzem a discussão para as fronteiras entre os Direitos Reais e o Direito das Obrigações. Os problemas relacionados com os negócios fiduciários e a necessidade das respostas implicam a harmonização de coordenadas estruturantes do sistema de direito privado, relacionadas com equilíbrio entre protecção do crédito e a admissão da autonomia privada, com a possível elasticidade do princípio da tipicidade das situações jurídicas reais, com natureza absoluta do direito de propriedade e com efeitos reflexos de certas pretensões obrigacionais. A relação entre fiduciante e fiduciário é intensamente moldada pelo fenómeno de dissociação entre propriedade e interesse que caracteriza o negócio fiduciário, o que acaba por impor a adaptação de certas regras estruturais dos negócios jurídicos e, em particular, dos contratos, ao contexto particular das relações de natureza fiduciária. Assim sucede com a necessária concretização do conjunto de deveres acessórios a que o fiduciário se vincula. A profunda disseminação do negócio fiduciário no comércio jurídico deu popularidade ao mesmo, um facto que obrigou a ciência jurídica a um esforço de contínua actualização das construções em torno do negócio fiduciário. Todavia, para a compreensão das características, âmbito, dos fundamentos, da admissibilidade e dos problemas suscitados pelos negócios fiduciários, parece-nos necessário um estudo histórico-evolutivo, cf. Francisco Cuenca Boy, *La investigación en Derecho Romano. Consideraciones sobre algunos métodos en particular*, in Jornadas Romanísticas, BFDUC, STVDIA IURIDICA, 70, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 109-135 e Paulo Pulido Aragão, *Lições de História do Direito Romano, Peninsular e Português*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 13-19 e 111-149, do instituto, por forma a dar melhor resposta aos problemas actuais. Também nos parece importante verificar se a alienação em garantia consagrada pelo legislador francês apresenta as mesmas características da *fiducia* romana para que possamos apurar se o estudo desse instituto pelos jûris franceses terá contribuído para fornecer aos seus legisladores alguns elementos que contribuem para a criação de uma forma de garantia considerada sólida para limitação dos riscos inerentes ao financiamento.

<sup>71</sup> Cf. Juan Iglesias, *Derecho Romano – Historia e Instituciones*, 10.ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1994, p. 316 e Santos Justo, *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 168.

<sup>72</sup> Cf. A Santos Justo, *Breviário de Direito Privado Romano*, cit., p. 169.

<sup>73</sup> Cf. A Santos Justo, *Breviário de Direito Privado Romano*, cit., p. 169.

<sup>74</sup> Cf. Ernout-Meillet, *Dictionnaire Étymologique de la langue latine*, Paris, 1959, p. 233 e António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, Coimbra, 1988, p. 2.

<sup>75</sup> Cf. Frederico Fernández de Buján, *Sistema Contractual Romano*, cit., p. 418.

<sup>76</sup> Cf. A Santos Justo, *Breviário de Direito Privado Romano*, cit., p. 169.

- a) *Fiducia cum creditore* – destinava-se a garantir o cumprimento de uma obrigação, nos termos da qual, o garante/fiduciante transferia a propriedade de uma coisa ao credor/fiduciário, que se obrigava a restituir depois da satisfação do seu crédito; ou seja, era feita predominantemente no interesse do fiduciário<sup>77</sup>;
- b) *Fiducia cum amico* – na *fiducia cum amico*, o fiduciante transferia a propriedade de uma coisa a uma pessoa leal, com vista a satisfação de diversos fins, nomeadamente:
- b. 1) Depósito – antes do reconhecimento do contrato de depósito, o fiduciante transferia a propriedade de uma coisa ao fiduciário para que a guardasse e e restituir decorrido certo prazo ou a pedido de fiduciante;
- b. 2) Comodato – também antes de ser reconhecido o contrato de comodato, o fiduciante transferia a propriedade de uma coisa ao fiduciário, para que a usem e restituírem decorrido certo prazo ou depois da utilização prevista.

II. *Campo de aplicação*. A fidúcia tinha um campo de aplicação vasto<sup>78</sup>, em que o devedor alienava uma coisa ao credor, na forma de *mancipatio* - acto formal<sup>79</sup>, abstracto,

---

<sup>77</sup> Cf. Laura Santoro, *Il Negozio Fiduciario*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 199.

<sup>78</sup> Cf. Ebert Chamoun, *Instituições de Direito Romano*, Forense, São Paulo, 1962, p. 343.

<sup>79</sup> Na *fiducia cum creditore*, o fiduciante transferia a propriedade da coisa objecto de garantia para o credor, que se obrigava a retransmiti-la se a obrigação garantida fosse cumprida. Na *fiducia cum amico*, o fiduciário/adquirente era um *amico* que adquiria a propriedade no interesse do alienante (custódia administração ou disposição de direito). Ora, o que estes negócios, inclusive a *tutela fiduciae*, tinham em comum era o facto de, em termos estruturais, serem constituídos por um negócio solene - *mancipatio* ou *iure in cessione* - e por um pacto - *pactum fiduciae* -, que regulava a relação fiduciária [Com efeito, na *fiducia* romana, destacavam-se dois aspectos em comum – utilização da *mancipatio* com o propósito não apenas de transmissão da propriedade e as obrigações assumidas pelo fiduciário não podiam ser exigidas judicialmente. Esta unidade desapareceu no decurso do período arcaico, devido ao desuso da *mancipatio* e *in iure cessione*, substituídos por outros mecanismos translativos de direito, cf. Claude Witz, *La Fiducie en Droit Privé Français*, cit., p. 26. e o reconhecimento, através do pretor que as relações fiduciárias eram merecedoras de protecção jurídica, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 943. Se o devedor cumprir integralmente a sua obrigação e o credor não restituir voluntariamente a coisa objecto da *fiducia*, o fiduciante dispunha da *actio fiduciae* que, por ser uma *actio in personam*, embora apenas lhe permitia a obtenção do valor da coisa fiduciada, cf. António Alberto Vieira Cura, *A Fiducia Romana e a Alienação Fiduciária...*, cit., p. 187. Na idade média, emergiram alguns negócios fiduciários que são reconduzíveis, em regra aos negócios fiduciários para administração, nomeadamente o executor testamentário, *Truhand* e *uses*, ou negócio fiduciário em benefício de outrem tem, em regra, a finalidade de atribuir ao beneficiário os resultados de gestão prudente realizada pelo fiduciário. Em regra, o fiduciante transfere o direito, normalmente da propriedade, ao fiduciário/administrador, em vez de doar o bem directamente ao beneficiário, entre outras razões, como forma de proteger o beneficiário contra a sua inexperiência ou prodigalidade. O beneficiário receberá os proventos da gestão realizada pelo fiduciário que lhe transmitir ou não o direito da propriedade, cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 49. Mais tarde, na passagem do século XIX para o século XX, renasce a *fiducia cum creditore*, trazendo consigo a unidade fiduciária. A ciência jurídica apresenta o negócio fiduciário para administração e o negócio fiduciário para a garantia como duas modalidades de um conceito unitário mais vasto – o negócio fiduciário. A *fiducia* baseava-se em dois aspectos – utilização de um negócio translativo com um propósito que não o seu fim e a impossibilidade do fiduciante/proprietário original recorrer aos tribunais em caso de violação das obrigações contraídas pelo fiduciário. Actualmente, em alguns países, o negócio fiduciário continua a se legalmente atípicos e noutros legalmente típicos e o direito protege a

usado com várias finalidades, nomeadamente a transmissão da propriedade *res mancipi* – ou *in cessio* – frente ao pretor, em um acto formal e abstracto modelado à semelhança da *legis actio sacramento in rem* e que constituía um modo de aquisição de propriedade, que se aplicava à *res mancipi* e às *res nec mancipi* – e com a finalidade de garantia: *fiducia cum creditore pignoris iure*.<sup>80</sup> A transmissão da coisa era acompanhada de uma convenção de fidelidade (*fiducia*) que o obrigava a restituir a coisa uma vez saldada a dívida (*lex pactum, pactum conventum*, ou conceito moderno de *pactum fiduciae*).<sup>81</sup> Com base nesta convenção, o devedor, se cumprisse, dispunha, contra o credor-fiduciário, de uma acção pessoal restituitória designada *actio fiduciae*.<sup>82</sup> Em relação ao credor, era-lhe atribuída uma acção contrária à do devedor (*bonae fidei iudicium*), nos termos da qual podia exigir a indemnização pelas despesas feitas com a coisa ou prestações que pudesse deduzir.<sup>83</sup> *Fides*, significa vinculação à palavra dada, dever de cumprir aquilo que foi acordado e é nela que se apoia a *actio fiduciae*.<sup>84</sup> No direito clássico, a referida acção pertencia aos *boni fidei iudicia*, integrando o *ius civile*. Todos os homens, independentemente da nacionalidade, pela *fides*, na qualidade de credor adquirente da propriedade, deviam tratar a coisa como mero fiduciário, não a alienando, conservando-a e abstendo-se de praticar qualquer acto que a possa agravar.<sup>85</sup> Na *fiducia cum creditore*, se o crédito fosse satisfeito ou se ocorresse a substituição da garantia ou a mora do credor, o devedor, através da *actio fiduciae*, podia exigir a retransmissão da coisa. Se o credor não cumprisse e a coisa fosse dada como garantia com *pactum fiduciae*, se tivesse sido vendida por um preço superior ao do valor da dívida, a acção cingia-se apenas a exigir o excesso ou remanescente, *superfluum*.<sup>86</sup>

No antigo Direito<sup>87</sup> de Roma, se o devedor não cumprisse, o credor podia ficar com a coisa dada em garantia, que o tornava o “proprietário” podendo pagar-se através da coisa dada em garantia. Convencionalmente, recorria-se a *lex commissoria*, nos termos da qual, o credor conservava a coisa no seu património, cobrando-se do crédito em

---

posição jurídica do beneficiário, perdendo assim, em termos históricos, a razão de ser do tratamento unitário, cf. A. Baarreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 943 -946].

<sup>80</sup> Cf. Eduardo Vera-Cruz Pinto, *O Direito das Obrigações em Roma*, I, AAFDL, Lisboa, 1997, p. 169.

<sup>81</sup> Cf. Eduardo Vera-Cruz Pinto, *O Direito das Obrigações em Roma*, cit., p. 169.

<sup>82</sup> Cf. Eduardo Vera-Cruz Pinto, *O Direito das Obrigações em Roma*, cit., p. 169.

<sup>83</sup> Cf. Eduardo Vera-Cruz Pinto, *O Direito das Obrigações em Roma*, cit., p. 169.

<sup>84</sup> Cf. Eduardo Vera-Cruz Pinto, *O Direito das Obrigações em Roma*, cit., p. 169.

<sup>85</sup> Cf. Eduardo Vera-Cruz Pinto, *O Direito das Obrigações em Roma*, cit., p. 170.

<sup>86</sup> Cf. Eduardo Vera-Cruz Pinto, *O Direito das Obrigações em Roma*, cit., p. 172.

<sup>87</sup> Sobre fontes do Direito romano, cf. Eduardo Vera-Cruz Pinto, *As Fontes de Direito Romano (O Contributo de Raúl Ventura)*, in separata de *Estudos Em Homenagem Ao PROF. DOUTOR RAÚL VENTURA*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 33-162.

incumprimento na eventualidade de o devedor não cumprir<sup>88</sup>. Também o credor podia vender a coisa objecto de garantia sem ter de esperar a autorização do devedor fiduciante. Neste caso, o credor arriscava-se a ser condenado uma vez exercida a *actio fiduciae*, por violação de deveres baseados na *fides*, o que implicava a infâmia, excepto se houvesse o *pactum de vendendo*. Havendo *pactum de vendendo*, o devedor ficava com o direito de receber a diferença entre o preço da coisa e o montante da dívida não paga. Na maioria dos casos o valor das coisas era superior ao valor do crédito. Por este motivo, a *lex commissoria* foi substituída pelo pacto de venda, *pactum ut vendere liceret; pactum de distrahendo*. Se a coisa fosse vendida por preço inferior ao do crédito, a obrigação subsistia em relação à diferença.<sup>89</sup> O preço era frequentemente mais baixo porque o credor-fiduciário, ao vender a coisa, não assumia a garantia dos vícios sobre a mesma.<sup>90</sup>

III. A *fides* como fundamento da *fidúcia*. Originalmente, a *fiducia* romana não implicava a transmissão da propriedade no sentido hodierno. Era um negócio jurídico baseado na *fides bona*, em que o *dominus* confiava ao cessionário um *usus* da coisa, com fins de garantia ou depósito, mas com a intenção de restituir, uma vez atingidos os propósitos das partes.<sup>91</sup> A *fides*<sup>92</sup> romana constitui a base<sup>93</sup> linguística e conceptual da boa-fé no Direito Civil, sendo indispensável o interesse no estudo da sua evolução.<sup>94</sup> Há, basicamente cinco prismas semânticos da *fides*. Em primeiro lugar, a *fides-sacra*, que culmina com sanção religiosa contra o ladrão que defraudasse a *fides* do cliente. Em segundo lugar, a *fides-facto* representa uma recondução da *fides* à noção de garantia, associadas a alguns institutos, nomeadamente o da tutela. E, finalmente, a *fides-ética*, que expressa a ideia de que a garantia inerente à *fides* passou a residir na qualidade da pessoa, ganhou uma coloração moral, um sentido de dever, ainda quando não recebida pelo Direito<sup>95</sup>.

---

<sup>88</sup> Cf. Eduardo Vera-Cruz Pinto, *O Direito das Obrigações em Roma*, cit., p. 172.

<sup>89</sup> Cf. Eduardo Vera-Cruz Pinto, *O Direito das Obrigações em Roma*, cit., p. 172.

<sup>90</sup> Cf. Eduardo Vera-Cruz Pinto, *O Direito das Obrigações em Roma*, cit., p. 172.

<sup>91</sup> Cf. Joaquín de Arespacochaga, *El Trust, la Fiducia y Figuras Afines*, MP, Madrid/Barcelona, 2000, p. 17.

<sup>92</sup> Sobre relação entre *fides* e a *fiducia*, cf. Giovanni Diurni, *Fides e fiducia nel dibattito attuale*, in revista di storia giuridica dell'età medievale e moderna, Spoglio, pp. 4-38, p. 4 ss., Enrico Ginevra, *La partecipazione fiduciaria in S. P. A.*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 17 ss. e Enrico Ginevra, *La fiducia: il fenomeno e le tipologie. Fiducia "romanistica", "germanistica", "anglosassone"*, Giuffrè, Milão, 2012.

<sup>93</sup> Cf. Claude Witz, *Rapport Introductif, Les Operations Fiduciaires*, LGDJ, Paris, 1985, p. 3.

<sup>94</sup> Cf. A. Menezes Cordeiro, *Da Boa fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 54. Sobre a influência da *fides* na evolução do Direito Civil clássico, cf. F. Bertoldi, *Alcune osservazioni sulla Fiducia nella letteratura romanistica*, in *Le situazioni affidanti* (cord. M. Lupoi), Torino 2005, p. 1 ss.; G. Dumézil, *Credo et fides*, in *Idee romaines*, Paris 1969, pp. 48-58 e A. Carcaterra, *Dea Fides e fides. Storia di una laicizzazione*, in *SDHI*, 50/1984, pp. 199-234.

<sup>95</sup> Cf. A. Menezes Cordeiro, *Da Boa fé no Direito Civil*, cit., p. 57-58.

Com a *fides*, em geral, pretende-se transmitir a noção que a palavra dada, o compromisso (*hoc sensu*, a confiança), é a base da sociedade e da ordem política. Assim, a *fides*-poder traduz-se na discricionariedade travada pelos *mores*, que evolui para a virtude do mais forte, a *fides*-promessa que ilustra um acto de garantia perante submissão pessoal – adstrição à palavra dada. E, por outro lado, uma *fides* com característica das relações externas, base de convénios levemente assumidos e, por isso, de acatar.<sup>96</sup> Sem entrar no estudo na sua origem e desenvolvimento<sup>97</sup>, a *fides* conservaria uma conexão mística, capaz de provocar reacções afectivas nas pessoas. A sua menção implicava a referência a algo de transcendente.<sup>98</sup> A *fides*, todavia, não estava em condições de, por si só, trazer força vinculativa, que nunca perdera, sendo certo que a sua aplicação múltipla não permitiria o desenvolvimento que, posteriormente, se veio a registar.<sup>99100</sup>

IV. *Etimologia: Bonae fidei iudicia*. A *bonae fidei iudicia* impôs-se como criação do pretor, com base na competência própria e não a mandato de fontes oriundas da *fides*<sup>101</sup>.

A expressão *fides bona* foi criada pelo pretor, com um sentido técnico-jurídico. A *fides* constituía algo ligado ao poder, confiança, garantia e respeito e *bona* inculcava algo de axiologicamente positivo, formando, assim a *fides bona* um conceito técnico com natureza pretoriana nas regras aplicáveis nas *bonae fidei iudicia*.<sup>102</sup> No período clássico, a *fides bona* teria revestido a natureza de norma jurídica objectiva de comportamento honesto e correcto, respeitador da lealdade e dos costumes do tráfego.<sup>103</sup> Em Roma, a palavra *actio* era utilizada em dois sentidos<sup>104</sup>:

- a) Em sentido *formal*, significava instrumento que franqueava ao processo, acto das partes dirigidos à tutela jurisdicional;

<sup>96</sup> Cf. A. Menezes Cordeiro, *Da Boa fé no Direito Civil*, cit., p. 67-68.

<sup>97</sup> Para o efeito, cf. L. Peppe, *Alcune considerazioni circa la fiducia romana*, in *Fides, Fiducia, Fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica* (coord. L. Peppe), Pádua 2008, 184; F. Bertoldi, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena 2012, pp. 22 ss. e R. Fercia, *Fiduciam contrahere e contractus fiduciae. Prospettive di diritto romano ed europeo*, Nápoles 2012, 510.

<sup>98</sup> Cf. A. Menezes Cordeiro, *Da Boa fé no Direito Civil*, cit., p. 70-71.

<sup>99</sup> Cf. A. Menezes Cordeiro, *Da Boa fé no Direito Civil*, cit., p. 70.

<sup>100</sup> Cf. Mariano Navaro Montorell, *La Propiedad Fiduciaria. La Fiducia Historica – los modernos negocios fiduciarios – la propiedad fiduciaria*, Bosch, Barcelona, 1950, p. 40.

<sup>101</sup> Cf. Fábio Queiroz Pereira, *Fiducia. Origem e Estrutura no Direito Romano*, in *Justiça e História*, X, n.º 19-20, 2010, p. 17-18.

<sup>102</sup> Cf. Martin Josef Schermaier, *Bona Fides in Roman Contract Law*, in *Good Faith in European Contract Law*, publicada por Reinhard Zimmermann – Simon Whittaker, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge, 2000, p. 63 ss.

<sup>103</sup> Cf. A. Menezes Cordeiro, *Da Boa fé no Direito Civil*, cit., p. 97-104.

<sup>104</sup> Cf. Juan Iglesias, *Derecho Romano. Historias e Instituciones*, 10.º ed., Arel Derecho, Barcelona, 1994, p. 173 e Raúl Ventura, *Proceso Civil Romano*, (pol.), 1947, p. 4.

- b) Em sentido *material*, significava o direito reclamado, ou cujo cumprimento se exigia – pretensão.

Em Roma, faltava um conceito unitário de “reclamação”. Em termos formais, não há *actio* sem as particulares *actiones* com diversos nomes. Cada direito era tutelado por uma *actio*, por isso, não havia pretensões com tutela judicial quando em relação a ela não fosse concedida uma acção. No âmbito do *Ius Civile*, a *actio* (leia-se, pretensão, enunciado em *intentio* de *legio actio* ou da fórmula) era a sombra do direito substantivo. No âmbito pretoriano, o direito é um reflexo da *actio*, mas isso não excluía que fora sempre sentida como algo preexistente ao processo: da existência da *actio* inferisse a existência da posição jurídica que incorpora.<sup>105</sup> Uma das acções pretorianas era a *actio bona fidei iudicia*. O *bonae fidei iudicia* é a acção que, entre outras funções protege o contraente de boa-fé em caso violação do dever de lealdade na relação. Os *bonae fidei iudicia* permitiram que o juiz recorresse à boa-fé alargando a bitola de decisão. Poderia assim atender no âmbito do *bonae fidei iudicia*, entre outros aspectos, aos pactos não formais, nos quais as partes se reservavam ou concediam faculdades especiais sempre que tivessem sido celebrados contemporaneamente ao contrato formal, devendo igualmente verificar se o devedor infringiu deveres acessórios impostos pela relação obrigacional, nomeadamente deveres de protecção e lealdade. Na base de *bonae fidei iudicia* surgiu a *fiducia*.<sup>106</sup>

### 2.3. Evolução e fundamento da *fiducia romana*

I. A *fiducia* constitui a mais antiga garantia real do Direito romano<sup>107</sup>. Atento o facto de os *jusrprivatistas* não se ocuparem directamente do tempo de um modo directo<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> Cf. Juan Iglesias, *Derecho Romano. Historias e Instituciones*, cit., p. 174

<sup>106</sup> Cf. A. Menezes Cordeiro, *Responsabilidade Bancária, Deveres Acessórios e Nexos de Causalidade*, in Estudos de Direito Bancário (Coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, MIGUEL BRITO BASTOS E ANA ALVES LEAL), Almedina, Coimbra, 2018, p. 14.

<sup>107</sup> Cf. Adele Nicoletti, *Fiducia*, (*Diritto Romano*), in Novissimo Digesto Italiano, VII, pp. 294-297, 295. Sobre a evolução da *fiducia*, cf., nomeadamente António Alberto Vieira Cura, *Fiducia cum Creditore*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Suplemento XXXIV, Coimbra, 1991, Alvaro D'Ors, *Derecho Privado Romano*, 8ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1991, GAIUS, *Institutas do Jurisconsulto Gaio* (Tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella), Revista dos Tribunais, S. Paulo, 2004 e Giuseppe Grosso, *Fiducia*, Enciclopedia del Diritto, XVII, Milão, 1968.

<sup>108</sup> Giovanni Diurno, *Fiducia: Tecniche e Principi Negoziati nell'Ato Medioevo*, G. Giappichelli, Torino, 1992, p. 17. Quanto à datação problemática do instituto, a doutrina acredita que pode ser colocada num intervalo de tempo entre os séculos V e II a. C. cf. Paolo Frezza, *Le garanzie delle obbligazioni*, II, CEDAM, pp. 3-5; Carlo Alberto Maschi, *La categoria dei contratti reali: Corso di diritto romano*, Giuffrè, Milão, 1973, p. 229 ss. e Nicla Bellocci, *La struttura della fiducia*, Jovene, 1983, p. 226-231.

ou, sequer, como prioridade, vamos dar relevância aos aspectos relacionados com a estrutura da *fiducia* no Direito romano.

II. A *fiducia* desenvolveu-se em plena época arcaica (753 a.C. - 130 a. C.), sendo caracterizada pela circunscrição das soluções jurídicas disponíveis e por uma reduzida interferência do Direito nas relações pessoais.<sup>109</sup> Ou seja, a *fiducia* nasceu em ligação com o formalismo férreo e a rígida tipicidade do sistema contratual romano<sup>110</sup>. Aparentemente, a *fiducia cum amico* é mais antiga<sup>111</sup> do que a *fiducia cum creditore*, tendo sido utilizada com propósitos diversos<sup>112</sup>, como o depósito ou comodato antes da criação e consolidação destes tipos contratuais, assim como para doações *mortis causas* ou efectuadas por interposta pessoa<sup>113</sup>. Tendo em conta os aspectos já analisados, mas também a escassa previsão dos negócios jurídicos na primeira fase do ordenamento civil romano, bem como o surgimento de novas necessidades que lhe eram estranhas e que, por sua vez, exigiam a protecção jurídica, a *fiducia* surgiu e realizou duas funções - Satisfazer necessidades<sup>114</sup> estranhas ao ordenamento civil romano, que exigiam a protecção jurídica e abriu a porta à formação de novas figuras negociais, embora no âmbito do *ius praetorium*<sup>115</sup>.

III. Perante o desinteresse do “legislador”, o Pretor reagiu. Por um lado, apoiado em jurisprudência inovadora, ofereceu a solução através do recurso à *fiducia cum amico* e à *fiducia cum creditore*. Por outro, os *filiifamilias* viam os respectivos *matrimonii* dificultados pela necessidade de obterem a autorização do *patrum*, bem como pela aversão das futuras *uxores* em se sujeitarem à dependência dos sogros. As mulheres tinham poucas ou nulas liberdades para testar, estando dependentes de tutores que controlavam e limitavam os seus actos e eram oneradas com *sacra*. Esta falta de liberdade impressionava a renovada consciência ético-jurídica romana. Por isso, pretor ofereceu *aos filli* e *às filiae a fiducia*, franqueando a possibilidade de afastarem as limitações e os ónus impostos pelo

---

<sup>109</sup> Cf. Sebastião Cruz, *Direito Romano (ius romanum)*, I, *Introdução. Fontes*, 4.ª ed., Coimbra, 1984, p. 44.

<sup>110</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *Em tema de Negócio Fiduciário*, (policopiado), FDUL, p. 30.

<sup>111</sup> Cf. Emilio Betti, *Instituzioni di Diritto Romano*, 2.ª ed., Giuffrè, Milão, 1947, p. 468.

<sup>112</sup> Cf. S. Romeo, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano tra teoria e prassi*, Milão, 2010, p. 243 e G. Grosso, *Fiducia (diritto romano)*, in ED. XVII, Milão, 1968, p. 386.

<sup>113</sup> Cf. A. Santos Justo, *As Acções do Pretor (actiones praetoriae)*, separata do vol. LXV do BFDUC, 1989, pp. 2225.

<sup>114</sup> Eis algumas das necessidades comerciais e industriais romanas elencadas por SANTOS JUSTO, Cf. A Santos Justo, *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)*, cit., p. 4 e 5: a satisfazer a necessidade de ceder gratuitamente o uso de uma coisa, atenta a inexistência do *commodatum*; guardar uma *res* a um amigo para, desta forma, o seu domínio poder ser transferido, sendo certo que o *depositum* anda não era conhecido; satisfazer as preocupações de um devedor que pretendia ficar garantido contra um eventual empobrecimento – ou, no casos de obtenção de crédito por parte do devedor – do devedor quando o Direito Romano ainda se dotara do *pignus* e da *hypotheca*.

<sup>115</sup> Cf. A Santos Justo, *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)*, (segundo as prelecções ao 5.º ano jurídico no ano lectivo de 1987/1988) Coimbra, p. 4.

*ius civile*.<sup>116</sup> O surgimento dos contratos de *commodatum e depositum* implicou a diminuição do recurso à *fiducia*, mas não ditou a seu desaparecimento, tendo em conta a amplitude de funções que podia desempenhar.<sup>117</sup> Com o surgimento do *pignus* e da *hypotheca*, a *fiducia* deixou de ser necessária para passar a ser voluntária, eleita pelas partes, em termos de garantia, como melhor forma de satisfação dos seus interesses, dado que a propriedade é transferida para o credor.<sup>118</sup>

IV. A *fiducia* desapareceu na época justinianeia devido ao desuso da *mancipatio* e da *in iure cessio*, mas não em virtude da sua substituição por outros instrumentos mais aptos à prossecução dos fins que visava alcançar.<sup>119120</sup>

V. Na idade média, com o renascimento do Direito Romano pelos Glosadores, a *fiducia*, da forma como era concebida pelos romanos, é totalmente ignorada. Só mais tarde, no século XIX, é que os juristas alemães trouxeram a *fiducia* à luz. Os trabalhos desenvolvidos pela escola da pandectística e a descoberta das interpolações na compilação justinianeia, novas fontes, sobretudo, as *Institutiones* de Gaio (1816), e da Tábua *Baetica* (1867), trouxeram uma imagem mais precisa da *fiducia* romana.<sup>121</sup>

VI. No final do século XIX, analisada a *fiducia*, assente no material histórico proporcionado pelo modelo da *fiducia* romana, nasceu a categoria dos negócios fiduciários, que o Direito romano desconhecia devido à aversão da *iurisprudencia* a formulações gerais.<sup>122</sup> A prática negocial alemã conhecia um conjunto de negócios em que se verificava a transferência da propriedade de uma coisa ou a cessão de um crédito em garantia. Nos finais do século XIX, colocou-se a questão se estes negócios não seriam negócios simulados. Assim surgiu o trabalho de Regelsberger, que demonstra que estes negócios são diferentes dos negócios simulados, pois são verdadeiramente queridos pelas partes, enquadrando-os numa nova categoria que denomina de negócio fiduciário, caracterizado pela desproporção entre fim e meio, ou seja, para a obtenção de um determinado resultado é escolhida uma forma jurídica que concede mais do que o que

---

<sup>116</sup> Cf. A Santos Justo, *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)*, cit., p. 5.

<sup>117</sup> Cf. Claude Witz, *La Fiducie en Droit Privé Français*, Economica, Paris, 1981, p. 24.

<sup>118</sup> Cf. Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência (Em Particular da Posição do Cessionário na Insolvência)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 31.

<sup>119</sup> Cf. Claude Witz, *La Fiducie en Droit Privé Français*, Economica, Paris, 1981, p. 26.

<sup>120</sup> Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, 3.ª Ed., Almedina Coimbra, 2002, p. 210.

<sup>121</sup> Cf. Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, (trad. A. M. Botelho Hespanha, Tit. Orig.: *Privatrechtsgeschichte der neuzeit unter besonderer berücksichtigung der deutschen entwicklung*), 2.ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993, pp. 507 e 508.

<sup>122</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, Coimbra, 1988, p. 17 e Cf. Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão*, cit., p. 32.



seria necessário para alcançar esse resultado. A sua construção teve enorme aceitação da doutrina como da jurisprudência.<sup>123</sup>

## 2.4. Objecto, transversalidades e funções da *fiducia* romana

*I. Generalidades.* Em relação ao objecto da *fiducia* romana não há unanimidade entre os autores. Alguns restringem a aplicação da *fiducia* à *res Mancipi*, excluindo as *res nec Mancipi* do seu âmbito de aplicação. Alguns admitem que as *res nec Mancipi* também podiam constituir objecto da *fiducia*.<sup>124</sup> Todavia, no estado actual das fontes, parece que não é possível encontrar apoio para a tese de aplicabilidade da *fiducia* a todas as coisas, ou seja, tudo indica que apenas as *res Mancipi* podiam ser objecto da *fiducia*.<sup>125</sup>

*II.* O âmbito de aplicação da *fiducia* era muito vasto<sup>126</sup>. Para além do campo patrimonial, abrangia também a esfera pessoal<sup>127</sup>, permitindo alcançar fins diversos<sup>128</sup> de ordem familiar ou sucessório, por exemplo, excluir um filho da *39iduci potestas* através da *Mancipatio*.<sup>129</sup> A *fiducia* era um negócio que desempenhava diversas finalidades.<sup>130</sup> Aliás, há quem<sup>131</sup> defenda que a *fiducia* constitui o núcleo central a partir da qual se desenvolveram os demais contratos. Ou seja, durante todo este período, a *fiducia* assumiu uma importância transversal, com as seguintes concretizações designadamente: Direito da Família em relação aos sub-ramos de Direito matrimonial e Direito tutelar; Direito das Sucessões, em relação ao *fideicommissum*; Direito das obrigações, *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*.<sup>132</sup> Aparentemente, a *fiducia* mais frequente desempenhava funções de garantia<sup>133</sup>. Como vimos, a *fiducia cum creditore* destinava-se a garantir o cumprimento de uma obrigação. Na *fiducia cum amico*, o fiduciante transferia a

<sup>123</sup> Cf. Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão*, cit., p. 34.

<sup>124</sup> Cf. Fritz Schulz, *Derecho Romano Clássico* (título original: *Classical Roman Law*), Bosch, Barcelona, 1960, p. 388.

<sup>125</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, Coimbra, 1988, p. 13: com ampla bibliografia citada sobre objecto da *fiducia*.

<sup>126</sup> Cf. Adele Nicoletti, *Fiducia, (Diritto Romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, pp. 294-297, 295. A influência da *fiducia* foi transversal a todo o Direito romano - no Direito das obrigações está ligada a *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditore*; do Direito da família, essencialmente, nas relações matrimoniais e tutelar; no Direito sucessório com o *fideicommissum* e com os instrumentos testamentais; no Direito das coisas com a *Mancipatio*. Cf. A. Santos Justo, *Breviário do Direito Privado Romano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

<sup>127</sup> Giuseppe Messina, *Negozi Fiduciari, introduzioni e parte I*, in *Scritti Giuridici*, I Giuffrè, Milão, 1948, p. 131.

<sup>128</sup> Cf. Sérgio Rodriguez Azuero, *Negócios Fiduciários Civiles y Planificación Patrimonial, Planificación Patrimonial y Sucesoria*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2012, p. 35

<sup>129</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 40.

<sup>130</sup> Cf. Frederico Fernández de Buján, *Sistema Contractual Romano*, Dykinson, Madrid, 2013, p. 419.

<sup>131</sup> Cf. Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clássico*, Universidad de Sevilla, Sevilha, 1995, p. 630.

<sup>132</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 706.

<sup>133</sup> Cf. Fernando Betancourt, *Derecho Romano Clássico*, cit., p. 630.

propriedade de uma coisa a uma pessoa leal, com vista à satisfação de diversos fins, nomeadamente depósito e comodato.<sup>134</sup>

*III. Fiducia cum amico.* Na *fiducia cum creditore*, o fiduciário é um credor que detém a propriedade em garantia e, na *fiducia cum amico*, o fiduciário é um *amigo* que adquire a propriedade<sup>135</sup> (custódia<sup>136</sup> gestão ou disposição de direito).<sup>137</sup> Um dos exemplos é o caso da utilização da *fiducia* no âmbito do mandato em que, em primeiro lugar, é a hipótese do mandato de administração, em que as partes acordam a atribuição imediata da propriedade ao mandatário. Aqui, a relação de confiança deriva de um verdadeiro e próprio negócio fiduciário: fiduciante transferia a propriedade para o fiduciário, em regra, para a protecção do próprio bem. Assim, o fiduciário adquiria o direito de gozo e o dever de o administrar em nome próprio, mas no interesse do fiduciante. Findo o período acordado, o fiduciário devia retransmitir a propriedade ao fiduciante. É claro, no entanto, que, para administrar uma coisa ou um património, não era necessário ser proprietário da mesma. No mandato para administração, a *causa mandati* não justificava a causa translativa da propriedade do mandante para o mandatário. No mandato (sem representação) para alienar, a causa do mandato justificava o efeito translativo do direito – era uma necessidade lógico-jurídica –, pois o mandatário devia ser titular do direito objecto de alienação. A aquisição da propriedade por parte do mandatário efectivava-se no momento em que este transmitia o direito a terceiro, pelo que, antes da execução do mandato, o mandatário ainda podia resolver o contrato e o mandatário deixava de estar investido na posição real.<sup>138</sup>

*IV. Fiducia com fins de depósito.* O depósito estava estritamente relacionado com a lealdade, a amizade e a boa-fé.<sup>139</sup> O depósito caracterizava-se pela gratuidade, sendo certo que o depositário respondia apenas quando a sua conduta fosse manifestamente desleal e contrária à finalidade do contrato de depósito.<sup>140</sup> Há quem<sup>141</sup> defenda que a *fiducia cum amico* foi a figura a que os Romanos recorriam antes da

---

<sup>134</sup> Cf. A Santos Justo, *Breviário de Direito Privado Romano*, cit., p. 169.

<sup>135</sup> Cf. Michele Fragali, *Fiducia*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Giuffrè, pp. 383-436, p. 385.

<sup>136</sup> Cf. Mario Casella, *Negoziio Fiduciario*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXVIII, Giuffrè, pp. 31-52, P. 38.

<sup>137</sup> Cf. Umberto Giacomelli, *Brevi Osservazioni sul Negoziio Fiduciario* (pol.), Milão, 2007, p. 5.

<sup>138</sup> Cf. Umberto Giacomelli, *Brevi Osservazioni sul Negoziio Fiduciario* (pol.), Milão, 2007, p. 5.

<sup>139</sup> Cf. María Dolores Parra Martín, *El Contrato de Depósito en los Rescriptos de Deocleciano*, in FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBA (org.), *O Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 743-758, p. 743.

<sup>140</sup> Cf. María Dolores Parra Martín, *El Contrato de Depósito en los Rescriptos de Deocleciano*, cit., p. 744.

<sup>141</sup> Cf. A Santos Justo, *O Depósito no Direito Romano - Algumas Marcas Romanas no Direito Português*, in FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBA (org.), *O Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 21-73, p. 31.

*iurisprudencia* ter criado o *depositum*. Trata-se de um negócio jurídico formal, nos termos do qual o fiduciante transferia a propriedade de uma coisa para o fiduciário e este se obrigava a restituí-la depois de realizado o fim (custódia) definido no *pactum fiduciae*.<sup>142</sup> Neste negócio, o fiduciante visa colocar a coisa de que é proprietário em maior segurança no poder de outrem sem poder usá-la.<sup>143</sup> Contudo, a *fiducia* era um instituto com normas próprias, não sofrendo modificação na sua estrutura<sup>144</sup>. A responsabilidade do fiduciário era a mesma independentemente da função que a *fiducia* desempenhasse; o fiduciário tornava-se *dominus* da coisa com todas as suas consequências e o fiduciante era tutelado com a *actio ex fiduciae*, cuja natureza era pessoal. Tendo em conta o regime gravoso para o fiduciante, a *iurisprudencia* romana acabaria por criar uma figura mais adequada ao estrito fim da custódia: o contrato de depósito<sup>145</sup>.

V. *Fiducia com fins de mandato*. O mandato constitui um fruto da actividade comercial<sup>146</sup> que, a partir de 111 a. c., fez encontrar nos mesmos mercados do Mediterrâneo os romanos e estrangeiros e cuja protecção jurídica era devida ao pretor peregrino e apenas mais tarde foi acolhida nas relações entre romanos e protegida pelo *praetor urbanus* – recepção de *ius gentium* no *civile*.<sup>147</sup> A *fiducia cum amico* foi utilizada para alcançar a segurança jurídica da coisa do fiduciante, mediante a investidura do fiduciário na titularidade do direito sobre a coisa, com a faculdade de usar a coisa desde que tal constasse do *pactum fiduciae*. A mentalidade romana, nos tempos mais recuados, era adversa à cedência gratuita do uso das coisas. Assim, o comodato não era reconhecido pelo pretor, motivo pelo qual os proprietários concediam a um amigo o uso da coisa (investindo-o no direito de propriedade), que deveria ser restituída uma vez decorrido certo prazo ou quando o fiduciante exigisse a restituição<sup>148</sup>. Todavia, tal como o contrato de depósito, também não se pode sustentar que o comodato teve origem na *fiducia*, pois eram institutos distintos,<sup>149</sup> embora se admita a utilização da *fiducia* para alcançar os objectivos do mandato.

---

<sup>142</sup> Cf. A Santos Justo, *O Depósito no Direito Romano - Algumas Marcas Romanas no Direito Português*, cit., p. 32.

<sup>143</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 45.

<sup>144</sup> Cf. Nicolò Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, cit., pp. 97 a 99.

<sup>145</sup> Cf. A Santos Justo, *O Depósito no Direito Romano - Algumas Marcas Romanas no Direito Português*, cit., p. 32.

<sup>146</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Contrato de Mandato*, AAFDL, Lisboa, 2007, p. 7.

<sup>147</sup> Cf. António Menezes Cordeiro (coord.), *Direito das Obrigações*, III, - *Contratos em Especial (Compra e Venda, Sociedade, Mútuo, Mandato e Empreitada)*, 2.<sup>a</sup> ed., AAFDL, Lisboa, 1991, p. 267.

<sup>148</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 55.

<sup>149</sup> Cf. Nicolò Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, cit., p. 199.

VI. *Fiducia com fins de doação mortis causa.* A doutrina considera que a *fiducia* também foi utilizada com a finalidade de efectuar uma doação *mortis causa*.<sup>150</sup> A explicação prende-se com o facto de a revogação convencional da doação apenas poder ocorrer, ainda no Direito romano clássico, por recurso à *stipulatio* (nos termos do qual, o donatário obrigava-se autonomamente à restituição)<sup>151</sup> ou mediante a celebração da *fiducia*. Nesta situação, o donatário adquiria a propriedade da coisa, mas obrigava-se em simultâneo a restituí-la, contanto que verificadas certas circunstâncias.<sup>152</sup> Recorria-se à *fiducia*<sup>153</sup> para efectuar a doação cujos efeitos não se produziriam quando ocorresse a pré-moriência do donatário em relação à doadora, dado que era esse um dos meios admitidos para afastar convencionalmente a irrevogabilidade que caracterizava as disposições efectuadas *donationis causa*.<sup>154</sup>

VII. *Fiducia com fins de doação por interposta pessoa.* Na época clássica, para a transferência da propriedade de um *fundus* (*res Mancipi*), exigia-se um dos actos solenes - *iure civilis* e, *traditio* ou *tradere*.<sup>155156</sup> Um caso referido na doutrina<sup>157</sup> é o de uma mulher que pretendia que o seu filho, depois da morte do respectivo *pater*, sob cuja *potestas* se encontrava, viesse a tornar-se proprietário de um certo *fundus* (o que era impossível por não ter capacidade patrimonial). Para o efeito, transferiu a propriedade do mesmo *fundus* para o seu marido, através do negócio formal, a que se juntou o *pactum* que obrigava o marido a restituir a propriedade ao filho. Assim, adoptou a estrutura da *fiducia* para fazer doação ao filho, sendo certo que o intermediário era o marido. Recorriam à *fiducia* sempre que a mulher *sine manu* queria doar bens ao filho, tivesse receio de falecer antes de aquele se tornar *sui iuris*, dado que só nesta altura os bens poderiam radicar-se na sua esfera jurídica.<sup>158</sup>

VIII. *Fiducia manumissionis causa.* Esta *fidúcia* consistia na alienação de um escravo<sup>159</sup> acompanhado de um mandato conferido ao adquirente para o *manumitir* após

<sup>150</sup> Sobre o conceito de *mortis causa* no Direito romano, cf. Stanislau Cugia, *L'Espressione "Mortis Causa"*, Libraio Editore, Nápoles, 1910, p. 11.

<sup>151</sup> Cf. Alberto Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano*, Editrice Torinese, Torino, 1964, p. 513.

<sup>152</sup> Cf. Biondo Biondi, *Sucessione Testamentaria – Donazioni*, Giuffrè, Milão, 1943, p. 699.

<sup>153</sup> Cf. Vincenzo Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano*, E. Jovene, 14.<sup>a</sup> ed., Nápoles, 1998, p. 583.

<sup>154</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 60.

<sup>155</sup> Cf. Carlo Longo, *Corso di Diritto Romano – La Fiducia*, Giuffrè, Milão, 1946, p. 80.

<sup>156</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 61.

<sup>157</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 61 e Carlo Longo, *Corso di Diritto Romano – La Fiducia*, Giuffrè, Milão, 1946, p. 78.

<sup>158</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 61 e Carlo Longo, *Corso di Diritto Romano – La Fiducia*, Giuffrè, Milão, 1946, p. 78.

<sup>159</sup> Cf. Carlo Longo, *Corso di Diritto Romano – La Fiducia*, Giuffrè, Milão, 1946, p. 81.

a morte do *tradens*, sendo certo que no tempo de Gaius, autor do fragmento em que se baseia a doutrina, o mandato *post mortem* não era admitido.<sup>160</sup> A *manumissio* realizada por quem apenas tivesse o escravo *in bonis* não determinava a aquisição da liberdade por parte deste. Verifica-se uma *tuitio praetoria* que, não conferindo liberdade e capacidade ao escravo, impedia o *dominus* de reivindicar o escravo manumitido. O escravo seria mancipado (*ea lege ut post mortem mean manumittatur*) e a *obligatio* subsistente consistia em restituir o escravo ao fiduciante. A *manumissio* era efectuada pelo fiduciário, momento a partido do qual era extinta a sua responsabilidade pela restituição. Antes da efectivação da *manumissio* pelo fiduciário, o fiduciante, com base na *actio fiduciae*, podia revogar a sua decisão de transferência da propriedade e exigir a restituição.<sup>161</sup>

IX. A *coemptio fiduciae causa*. A *conventio in manum* era o acto pelo qual a mulher ficava submetida ao poder jurídico (*manus*) do marido ou do *paterfamilias*, desde que ele fosse *filiusfamilias*. Assim, deixava de pertencer à família de origem para passar a pertencer à família do marido. Havia duas formas de aquisição da *manus*, *confarreatio* (cerimónia religiosa<sup>162</sup> realizada na presença do sacerdote de Júpiter) e *usus* (usucapião sobre a mulher – aquisição da *manus* pelo *paterfamilias*, que exercia o poder de facto há mais de um ano sobre a mulher).<sup>163</sup> A *coemptio fiduciae causa* resultou da transformação da verdadeira *coemptio*. Esta era um dos modos por que podia realizar-se a *conventio in manus* – consistia na compra da mulher, por parte do marido (se fosse *paterfamilias*) ou do respectivo pater (se aquele fosse *filiusfamilia*), realizada mediante *mancipatio*, por um preço simbólico (*imaginaria venditio*), com a indicação do escopo do acto (*matrimoni causa*).<sup>164</sup>

Mais tarde, a *coemptio* passou a ser usada para outros fins, nomeadamente, para afastar a tutela legítima dos agnados da mulher; permitir a feitura do testamento; para a libertar do culto dos *sacra*. Em todos estes casos, a *coemptio* feita com o marido ou com um estranho para alcançar objectivos diferentes daquele a que inicialmente se destinava, dizia-se realizada *fiduciae causa*.<sup>165</sup> A *coemptio tutelae evitandae causa*. Nesta modalidade, a mulher submetia-se à *manus* de uma pessoa da sua confiança mediante *coemptio* associada a um *pactum fiduciae*, ficando o *coemptionador* obrigado a

---

<sup>160</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 65.

<sup>161</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 66.

<sup>162</sup> Cf. Jean Gaudmet, *Études de Droit Romain*, III, Jovene Editore, Camerino, 1979, p. 329.

<sup>163</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 72.

<sup>164</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 73.

<sup>165</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 75.

remancipá-la. De seguida, em cumprimento da obrigação contraída, o fiduciário remancipava a mulher à pessoa que ela tivesse escolhido, com o dever de manumitir, ficando *liber in mancipio* em relação ao *emptor fiduciarius*, com a *manumissio* da mulher, o *manumissor* tornava-se o seu tutor fiduciário.<sup>166</sup>

X. *A coemptio interimendorum sacrorum causa*. Recorriam a esta figura as mulheres que pretendiam subtrair-se aos encargos do culto doméstico. Para o efeito, recorriam a um velho celibatário, para quem, com a realização da *coemptio*, passariam os *sacra*, e que deveria continuar o culto até à morte, fornecendo-lhe à mulher os meios necessários para tal, além de uma remuneração pelo serviço a *prestor*.<sup>167</sup>

XI. *A emancipatio*. A *emancipatio* era utilizada para a aquisição e renúncia da *patria potestas*.<sup>168</sup> Quando se tratasse de um *filius*, o *paterfamilias* mancipava-o a um fiduciário, ficando o mancipado *in causa mancipii*, mas o *emptor* fiduciário ficava obrigado a remancipá-lo ou a remanumití-lo, normalmente pelo *pater*, ficando assim patrono do próprio filho. Assim, repetida três vezes, o filho adquiria a autonomia familiar, tornando-se *sui iuris*. Tratando-se de outro descendente que não o *filius*, não se exigiam as três *macipationes*, sendo suficiente uma para sair da *patria potestas*.

XII. *A adoptio*. Consiste no acto pelo qual era transferida a *patria potestas* sobre um *filius* de um *paterfamilias* para outro. Este resultado não podia ser obtido directamente devido ao carácter inalienável e intransmissível da *patria potestas*. A *iurisprudencia*, aproveitando-se de actos jurídicos utilizados com outros objectivos, descobriu uma forma de o atingir.<sup>169</sup>

XIII. *A mancipatio familiae*. Em Roma, havia duas formas de testamento: a) *Comitiis*: tinha lugar perante o *populus* reunido no *comitia curiata*, que era convocado para esse fim apenas duas vezes por ano; b) *In procinctu*: tinha carácter excepcional, efectuava-se no campo da batalha, de forma verbal, declarava as disposições de última vontade perante companheiros de arma. Com efeito, quem se encontrava prestes a falecer fora do campo da batalha e no intervalo dos *comitia*, não tinha meios aptos a determinar o destino dos seus bens para após a morte, ou seja, aplicavam-se as regras da sucessão

---

<sup>166</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 75.

<sup>167</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 80.

<sup>168</sup> Cf. A. Santos Justo, A «*Fictio Iuris*» no *Direito Romano – Aspectos Gerais*, BFDUC (Sep.), Coimbra, 1983, p. 42. Sobre a apreciação desta obra, cf. Ruy de Albuquerque, A «*Fictio Iuris*» no *Direito Romano – apreciação crítica de uma Dissertação de Doutoramento*, in RFDUL, vol. XXX, 1989, Lisboa, pp. 477-501.

<sup>169</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 89.

não testamentária.<sup>170</sup> Assim, as pessoas que se encontrassem em situação de urgência e que pretendessem determinar o destino dos seus bens *post mortem* procediam à venda fictícia a uma pessoa de confiança (fiduciário), que ficava incumbido de os distribuir de determinada maneira após a morte do alienante fiduciante.<sup>171</sup>

## 2.5. Estrutura contratual da *fiducia cum creditore*

I. Em termos estruturais, a *fiducia cum creditore* era constituída por um negócio<sup>172</sup> solene (*mancipatio* ou *iure in cessio*<sup>173</sup>) e por um pacto - *pactum fiduciae*. Através da *mancipatio* ou *iure in cessio*, o fiduciante transferia<sup>174</sup> a propriedade da coisa objecto de

---

<sup>170</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 93.

<sup>171</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 93.

<sup>172</sup> A orientação dominante na doutrina romanista entende que a *fiducia* era um contrato, cf. António Alberto Vieira Cura, *A Fiducia Romana e a Alienação Fiduciária no Direito Actual*, cit., p. 183. No Direito romano clássico, o contrato pressupunha sempre um acordo de vontade das partes e dele nascia a obrigação para uma ou ambas as partes. Na *fiducia*, além de assentar no acordo das partes, era fonte de obrigações, nomeadamente a de restituir a coisa depois do cumprimento da obrigação garantida. A doutrina considera que a *fiducia* era um contrato real *quoad constitutionem*, porque para a sua perfeição não era suficiente o consenso, ou seja, sem a transmissão da coisa a *fiducia cum creditore* não produzia os seus efeitos, cf. António Alberto Vieira Cura, *A Fiducia Romana e a Alienação Fiduciária no Direito Actual*, cit., p. 187 e *Fiducia Cum Creditore*, cit., pp. 91-97.

<sup>173</sup> Cf. A Santos Justo, *Direito Privado Romano – III (Direitos Reais)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 94 e 97.

<sup>174</sup> A *fiducia cum creditore* era constituída através de um contrato real, cf. A. Santos Justo, *A «Fictio Iuris»*, cit., p. 12. Controversa a qualificação da fidúcia, ou seja, se era ou não incluído na categoria de contratos reais. Considerando que não, cf. P. Voci, *La dottrina romana del contratto*, Milão, 1946, p. 74-75; G. Grosso, *Il sistema reale dei contratti*, Torino, 1963, p. 114 ss. e V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, XIV, Nápoles, 1960, p. 302. Considerando que a fidúcia constituía um mero *pactum*, cf. B. Biondi, *Contratto e stipulatio*, Milão, 1953, p. 81. Considerando que podia ser qualificado de contrato real, cf. Federica Bertoldi, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Mucchi, 2012, p. 87 -88] celebrado através de *mancipatio* ou *iure cessio*, cf. Pablo Fuenteseca, *Lines Generales dela «Fiducia cum Creditore» em Derecho Romano de Obbligaciones*, in *Homenage al Profesor José Luis Murga Gener*, Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, pp. 387-438, p. 407, com vista a garantir o cumprimento duma obrigação. Assim, por meio da *fiducia cum creditore*, o devedor ou terceiro podia garantir o cumprimento duma obrigação através da transferência da propriedade (*dominium*) de uma *res mancipi* para o credor. O credor obrigava-se a restituir a propriedade depois do cumprimento da obrigação garantida, cf. Michele Fragali, *Fiducia*, cit., p. 385. Nicolò Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, cit., p. 280. Na *fiducia cum creditore*, o credor adquiria a propriedade plena da coisa e podia reivindicá-la de quem dela se tivesse apoderado e subtraí-la de eventuais pretensões dos outros credores do fiduciante. Por outro lado, o fiduciante/alienante perdia a legitimidade de alienar ou onerar a coisa objecto da *fiducia*/garantia. Assim, o devedor corria o risco de não recuperar o direito de propriedade sobre a coisa alienada, mesmo depois do cumprimento da dívida garantida pela propriedade, porque a acção de que dispunha (*actio fiduciae*) tinha efeito meramente obrigacional, cf. Michele Fragali, *Fiducia*, cit., p. 387 e 388. Por isso, quando a *iurisprudencia* criou o *pignus* e a hipoteca, que permitiram conciliar os interesses dos credores e dos garantes, a *fiducia cum creditore* entrou em

garantia para o credor; o *pactum fiduciae* regulava a relação fiduciária, ou seja, criava a obrigação de o credor emancipar (ou realizar a *in iure cessio*) a coisa ao garante/fiduciante após o cumprimento da obrigação garantida e a obrigação de o garante ressarcir ao credor as despesas e os prejuízos causados pela coisa.<sup>175</sup>

II. *Dualidade de negócios com única finalidade económica.* A doutrina não é pacífica quanto à qualificação da *fiducia*, ou seja, se se trata de dualidade de negócios ou se trata de apenas um único negócio.<sup>176</sup> Certo é que existem dois acordos na *fiducia*, sobretudo no caso da *fiducia cum creditore*, a saber: a) *Elemento material: Mancipatio* ou *iure in cessio*, o fiduciante transferia a propriedade da coisa; b) *Elemento obrigacional: o pactum fiduciae* regulava a relação fiduciária, criava a obrigação de o credor restituir a coisa ao fiduciante após o cumprimento. Alguns consideram que se trata de dois negócios com uma única finalidade económica, sustentando que o primeiro negócio (de transmissão da propriedade) é abstracto e o segundo negócio (*pactum fiduciae*) constitui a causa da primeira.<sup>177</sup> Alguns consideram ainda que se tratava de um negócio misto.<sup>178</sup>

## 2.6. A posse e a restituição da coisa na *fiducia cum creditore*

I. *A posse e a conservação da coisa.* O fiduciante/alienante perdia a posse da coisa fiduciada, mas podia, acordado, conservar a sua posse. Na *fiducia*, a coisa objecto da propriedade, em regra, permanecia na posse do devedor. Se a coisa permanecesse na posse do devedor por um período superior a um ano, mesmo tratando-se de imóvel, este podia invocar a usucapião, recuperando a propriedade sobre a coisa. O credor, para exigir as despesas feitas com a conservação e melhoramento da coisa fiduciada e o ressarcimento dos danos que causasse, gozava de<sup>179</sup>: (i) se fosse possuidor da coisa: *ius retentionis*; (ii) se fosse demandado pelo garante: compensação; (iii) se da *actio fiduciae contraria*. Sendo proprietário da coisa, o credor podia reivindicá-los de terceiros e contra o próprio garante que tivesse mantido ou recuperado a sua posse e gozava de *actio confessoria* para afirmar uma servidão e *actio negatoria* para negar uma servidão.<sup>180</sup> Se

---

decadência, cf. A Santos Justo, *Direito Privado Romano – II (Direito das Obrigações)*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 168.

<sup>175</sup> Cf. Pablo Fuenteseca, *Lines Generales dela «Fiducia cum Creditore» em Derecho Romano de Obligationes*, cit., p. 405.

<sup>176</sup> Cf. Mario Casella, *Negoziio Fiduziario*, cit., p. 40.

<sup>177</sup> Cf. Mario Casella, *Negoziio Fiduziario*, cit., p. 40.

<sup>178</sup> Cf. Mario Casella, *Negoziio Fiduziario*, cit., p. 41.

<sup>179</sup> Cf. A Santos Justo, *Direito Privado Romano – II (Direito das Obrigações)*, cit. p. 169.

<sup>180</sup> A Santos Justo, *Direito Privado Romano – II (Direito das Obrigações)*, cit. p. 169.



a coisa permanecesse na posse do devedor por um período superior a um ano, mesmo tratando-se de imóvel, este podia invocar a usucapião, recuperando a propriedade sobre a coisa<sup>181</sup>.

II. *Obrigação de restitui o da coisa fiduciada*. Com o cumprimento da obriga o garantida, nascia na esfera jurídica do fiduciário a obriga o de restitui o da coisa objecto de *fiducia*/garantia. Contudo, o cumprimento da obriga o garantida pela *fiducia* não determinava automaticamente reaquisi o da propriedade sobre a coisa objecto de garantia por parte do fiduciante. No Direito romano, a *fiducia cum creditore* não era configurado como uma transferência da propriedade submetida a condi o resolutiva – que faria cessar os efeitos de aliena o da propriedade – que era estranha ao Direito Romano. Se a divida fosse apenas parcialmente cumprida, tendo em conta o carácter da indivisibilidade, a garantia mantinha-se enquanto subsistisse uma parte da divida.<sup>182</sup> O cumprimento da obriga o era a fonte da obriga o de restitui o<sup>183</sup> da coisa fiduciada.

---

<sup>181</sup> Este tipo de usucapião denominava-se *usureceptio*. Com efeito, para evitar esta situa o, o credor tomava a precau o de deixar a coisa na posse do devedor na qualidade de locatário, ou acordava com o devedor que este declarasse que possuía a *res* a título precário, cf. Emillio Costa, *Storia del Diritto Romano Privato – Delle Origini alle Compilazioni Giustinianee*, Fratelli Bocca Editori, Milão, 1911, p. 234. Nestas duas situa es, o devedor carecia de legitimidade para adquirir através da usucapião, cf. Alfredo di Pietro, *Derecho Privado Romano*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 155. Com efeito, na *fiducia*, a propriedade civil da coisa   transmitida   transmitida ao credor, mas, em regra, a posse não   transmitida e permanece com o devedor fiduciante e se o credor-fiduciário não fosse diligente o devedor - fiduciário podia readquirir a propriedade sobre a coisa objecto de garantia por via de usucapião extraordinária, cf. Enzo Nardi, *Instituzioni di Diritto Romano*, Giuffr , Milão, 1986, pp. 55 a 58. Este modo de “reaquisi o” era facilitado, dado que, decorrido um ano, o devedor - fiduciário podia readquirir a propriedade sobre a coisa sem necessidade de título e apesar de saber que a coisa não lhe pertence, cf. Eduardo Vera-Cruz Pinto, *O Direito das Obriga es em Roma*, I, AAFDL, Lisboa, 1997, p. 171.

e António Alberto Vieira Cura, *A Fiducia Romana e a Aliena o Fiduciária no Direito Actual*, in *Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, cit., p. 189.

<sup>182</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *A Fiducia Romana e a Aliena o Fiduciária no Direito Actual*, in *Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, (FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 171-213, pp. 186 e 187.

<sup>183</sup> Sem entrar aprofundadamente nesta discussão, importa realçar que há uma divergência em rela o ao fundamento da obriga o de restitui o. Alguns romanistas consideram que a obriga o da restitui o da propriedade da coisa fiduciada, depois do cumprimento, tinha o seu fundamento no negócio solene de transferência de propriedade, realizado *fiduciae causa*, ao passo que a doutrina dominante considera que a obriga o de restitui o tinha por fundamento no *pactum fiduciae*, por todos, vide António Alberto Vieira Cura, *A Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 219 e 220. Não se encontra, todavia, nas fontes uma confirma o de que o fundamento da restitui o se encontra no *pactum fiduciae*, embora seja a posi o dominante na doutrina romanista. No *pactum conventum* da *fórmula baetica*, não há obriga o de restitui o, ou seja, limita-se a conceder ao fiduciário o direito de vender os objectos fiduciários, pressupondo, desta forma, a existência de tal obriga o, cujo cumprimento demarca de forma negativa, António Alberto Vieira Cura, *A Fiducia Romana e a Aliena o Fiduciária no Direito Actual*, in *Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, cit., p. 188. Em termos similares, a *Mancipatio Pompeiana* faz referência   *imaginaria venditio* dos escravos feita pelo garante   credora, com a inten o de lhes serem restituídos no caso de cumprimento da obriga o garantida: cf. Giovanni Crisculi, *Fiducia e fiducie in diritto privato. Dai negozi fiduciaru ai contrati uberrimae fidei*, in *Revista di diritto Civile*, anno XXIX, 1, 1983, pp. 136-167. Por outro lado, a fundamenta o de restitui o da propriedade da *res fiduciae data* no *pactum fiduciae* tem como obstáculo o princípio de que o pacto não origina uma *obligatio*, mas somente uma *exceptio* - princípio que não sofre deroga o quanto ao *pactum fiduciae*, cf. António Alberto Vieira Cura, *A Fiducia Romana e a*

Se o devedor cumprisse integralmente a sua obrigação e o credor não restituísse voluntariamente a coisa objecto da *fiducia*, o fiduciante dispunha da *actio fiduciae* que, por ser uma *actio in personam*, apenas lhe permitia a obtenção do valor da coisa fiduciada.<sup>184</sup>

## 2.7. A execução da *fiducia cum creditore*

*I. Generalidades.* Em regra, do direito moderno, tendo em conta a proibição do pacto comissório, nas garantias reais tradicionais – hipoteca e penhor – se o devedor não cumprir, o credor não pode fazer seu o bem dado em garantia, pelo que, em caso de incumprimento da obrigação garantida, a alternativa é a execução judicial da garantia.<sup>185</sup> Mas, no Direito romano, maxime, no caso da *fiducia cum creditore*, se a obrigação garantida não fosse cumprida, o credor podia satisfazer o seu crédito conservando apenas a coisa fiduciada em garantia e, se houvesse um *pactum vendendi*, podia vendê-la.<sup>186</sup> Aliás, há quem afirme que, inicialmente, na *fiducia cum creditore*, o *pactum fiduciae* era estruturado de tal forma que extinguiu todas as obrigações do fiduciário no caso de incumprimento do fiduciante<sup>187</sup>.

*II. Lex comissoria.* Sem prejuízo do referido no ponto antecedente, parece poder admitir-se que um dos meios de satisfação do credor, no caso de incumprimento, era o de constituir-se no direito de conservar definitivamente o direito da propriedade sobre a coisa objecto da *fiducia*. Parece que anteriormente não havia a necessidade de um pacto que

---

*Alienação Fiduciária no Direito Actual*, in *Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, cit., p. 189.

<sup>184</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *A Fiducia Romana e a Alienação Fiduciária no Direito Actual*, in *Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, cit., p. 187 e Nicola Bellocci, *La Tutela della Fiducia nell'Época Republican*, Milão, 1974, p. 17.

<sup>185</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, cit., p. 175.

<sup>186</sup> Cf. Paolo Frezza, *Le Garanzie delle Obbligazioni. Corso de Diritti Romano*, CEDAM, Milão, 1962, p. 42.

<sup>187</sup> Neste sentido, cf. A. Guarino, *Diritto Privato Romano*, Jovene Napoli, 1997, p. 776, sobre fiducia em geral, cf. G. Grosso, *Fiducia (diritto romano)*, in Enc. Dir., XVII, 1968, p. 384; A. Burdese, *Fiducia (diritto romano)*, in NDI, VII, 1968, p. 294; G. Messina, *Negozi fiduciari*, in *Scritti giuridici*, I, UTEC, Milan, 1948, p. 105. Do ponto de vista histórico-comparatista, cf. L. Cariota-Ferrara, *I negozi fiduciari*, ESI, Nápoles, 1978. Cf. Também Mirzia Bianca, *La fiducia attributiva*, Torino, 2002; L. Santoro, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002; U. Carnevali, *Negozio giuridico III) Negozio fiduciario*, in Enc. Giur. Treccani, XX, 1990; G. Criscuoli, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in Riv. Dir. Civ., 1983, I, p. 136; M. Zaccheo, *Gestione fiduciaria e disposizione del diritto*, Milan, 1991; A. Canepa/U. Morello, *Il negozio fiduciario*, in I Contratti in Generale, Dir. da G. Alpa/M. Bessone, III, UTEC, Torino, 1991, p. 703; M. Trimarchi, *Negozio giuridico e) Negozio fiduciario*, in Enc. Dir., XXVIII, 1978, p. 32 e P.M. Putti, *Negozio fiduciario*, in Dig. Disc. Priv., Sez. Civ., Aggiorn. 2003, p. 911.

legitimasse o credor fiduciário a constituir-se no direito de conservar definitivamente o direito da propriedade sobre a coisa objecto da *fiducia* em caso de incumprimento, a fim de evitar uma eventual responsabilidade por falta de restituição da coisa fiduciada em garantia, pois a restituição estava condicionada ao cumprimento da obrigação. Este condicionamento determinava que a referida obrigação de restituição se extinguia em caso de cumprimento da dívida garantida.<sup>188</sup> Acredita-se que este terá sido o regime inicial da *fiducia*. No caso de incumprimento da dívida garantida, o credor podia conservar a coisa fiduciada, conferindo a possibilidade de obter o enriquecimento sem causa à custa do fiduciante, o que pode estar na base de consagração, na prática negocial, de um novo modo de satisfação do credor, *pactum vendendi*.<sup>189</sup>

*III. Pactum commissorium.* Permitia-se, no Direito Romano, que nos contratos de compra e venda e nos contratos de garantia a inclusão de uma cláusula designada genericamente por *lex commissoria*.<sup>190</sup> *commissio* era a cláusula, em virtude da qual se o devedor não cumprisse as suas obrigações dentro do prazo, o credor adquiria a coisa dada em garantia, cobrando assim o crédito não satisfeito.<sup>191</sup> A *lex commissoria* era uma cláusula contratual.<sup>192</sup> A função e o respectivo âmbito variavam<sup>193</sup>: quando era introduzida num contrato de compra e venda, a *lex commissoria* concedia ao vendedor a faculdade de resolver<sup>194</sup> o contrato, caso o preço não fosse pontualmente pago pelo comprador.<sup>195</sup> Já nas garantias reais, quando era introduzida na *fiducia*, penhor ou

---

<sup>188</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *A Fiducia Romana e a Alienação Fiduciária no Direito Actual*, in *Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, cit., p. 190, A. Biscardi, *La "lex commissoria" nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milão, 1962, p. 575; M. Ferrari, *Vendita a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giur. It.*, 1951, I, 1, C. 799 e V. Andrioli, *Divieto del patto commissorio*, in *Comm. Cod. Civ.* (C. Branca), art. 2740 – 2899, 2.<sup>a</sup> ed., Bologna – Roma, 1955, p. 57.

<sup>189</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 242.

<sup>190</sup> *Lex* era utilizada no sentido de *pactum* e não de lei em sentido técnico, e *commissoria* tem o significado de cadere in commissum, ou seja, o de violar o pacto acordado entre as partes cf. Isabel de Matos, *O Pacto Commissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, 2006, p. 27.

<sup>191</sup> Cf. M. Talamanca, *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, in *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, Roma, 2006, p. 10.

<sup>192</sup> Cf. Raúl Ventura, *Direito Romano - Obrigações*. Lições do ano lectivo de 1951-1952, Zacarias Miranda, Lisboa, p. 279.

<sup>193</sup> Cf. Ana Isabel Afonso, *A condição – Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, Porto, Universidade Católica Editora, 2014, pp. 486-487 advoga que a origem do pacto commissório é a *lex commissoria* do Direito Romano, que assumia significados diversos: de cláusula resolutiva, quando inserida em contrato sinalagmático; de cláusula acessória quando inserida em contrato de garantia real com o alcance de permitir ao credor apropriar-se do bem dado em garantia, uma vez verificada a falta de cumprimento. Cf. G. Archi, *La restituzione dei frutti nelle vendite con 'in diem addictio' e con 'lex commissoria'*, in *Estudos em Homenagem ao UMBERTO RATTI*, Milão, 1934, p. 329 ss.

<sup>194</sup> Cf. P. Ziliotto, *Vendita con 'lex commissoria' o in diem addictio: la portata dell'espressione 'res inempta'*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Estudos em homenagem ao A. BURDENSE, IV, Pádua, 2003, p. 475.

<sup>195</sup> Cf. Adolfo Wegmann Stockebrand, *Algunas Consideraciones sobre La Prohibición del Pacto Comisorio y el Pacto Marciano*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº13, pp. 95-122

hipoteca, a cláusula permitia que o credor conservasse no seu património a coisa dada em garantia se a dívida não fosse paga “*pactum commissorium*”<sup>196</sup> e permitia ao credor, sobretudo pignoratício, fazer sua a coisa dada em garantia, caso o devedor não cumprisse a obrigação. Alguns autores consideram que a faculdade de fazer sua a coisa dada em garantia<sup>197</sup> era inerente à *fiducia*<sup>198</sup>. Ainda no Direito Romano se encontram as origens do declínio e da sua proibição do *pactum commissorium*, pois este foi proibido pelo Imperador Constantino, mediante um édito datado aproximadamente do ano 320 d.C., referido no Código Justiniano – Livro 8, Título 35, - 3 e no Código Teodosiano - Livro 3, Título 3.<sup>199</sup> A proibição teve três motivos<sup>200</sup>: a) a figura do penhor desenvolveu-se de tal forma que, por si mesma, constituía uma garantia suficiente; b) através do pacto comissório ocultavam-se negócios usurários, uma vez que o valor da coisa era, em regra, muito superior ao valor do crédito garantido; c) a proibição foi motivada pela influência exercida pelos princípios ético-religiosos cristãos<sup>201</sup>.

Depois da sua proibição, uma das formas da execução das garantias era através do *pactum de vendendo*<sup>202</sup>, em que era autorizada a venda da coisa dada em garantia, podendo o credor fazer-se pagar com o produto da venda, restituído o excedente (*superfluum*)<sup>203</sup>. A proibição do pacto comissório teve a sua evolução e intensidade de acordo com cada Ordenamento jurídico.<sup>204</sup>

---

<sup>196</sup> Cf. Raúl Ventura, *Direito Romano – Obrigações*, cit., p. 244.

<sup>197</sup> Cf. Vincenzo Lojanoco, *Il Patto Commissorio nei Contratti di Garanzia*, Giuffrè, Milão, 1952, p. 2-5.

<sup>198</sup> Cf. Alberto Burdese, *Manuale di Diritto Privato Romano*, 4.<sup>a</sup> ed., Utec, Torino, 1993, cit., p. 341. Exprimindo as dúvidas sobre esta posição, aliás, sobre as diversas posições, cf. Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 307 ss.

<sup>199</sup> Cf. Arnaldi Biscardi, *La Lex Mercatoria Nel Sistema delle Garanzie Reali*, In *Estudos em Homenagem ao de EMILIO BETTI*, II, Giuffrè, Milão, (Sep.), 1961, p. 585.

<sup>200</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 32-34.

<sup>201</sup> Os valores cristãos não se compadeciam com a *lex comissoria*, porque considerava-se que servia os interesses dos mais fortes em detrimento dos interesses daqueles que se encontravam economicamente mais carenciados e, consequentemente, mais fracos - os devedores, cf. Isabel de Matos, *O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, 2006, p. 37. Considerava-se que a *lex comissoria* era contrária à boa-fé e aos bons costumes e, desde os primeiros tempos da Igreja Católica, tanto os Apóstolos como os Padres, proibiam a usura, considerando-a um pecado. Assim, através do já referido édito, o imperador Constantino impôs, por via legal, o que já resultava da consciência religiosa e moral vigente naquela época, cf. Manuel Ignacio Feliu Rey, *La prohibición del pacto comisorio y la opción em garantía*, Cívitas, Madrid, 1995, p. 36.

<sup>202</sup> Cf. U. Brasiello, *Vendita con patto di riscatto o «de retrovendendo» in funzione di garanzia*, *Comentários a Cass. Civ.*, n.º 53 de 4 Janeiro de 1950, in *Giur. Compl. Cass. Civ.* 1950/I, p. 98 ss.; G. Pugliese, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in *RDCiv.*, 1955, p. 1070 ss.; A. Luminoso, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *RDCiv.* 1/1990, p. 224 e F. Realmonte, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro It.* I/1989, p. 1441.

<sup>203</sup> Cf. Paolo Frezza, *Le Garanzie delle Obbligazioni. Corso de Diritti Romano*, CEDAM, Milão, 1962, p. 42 e Santos Justo, *Direito Privado Romano*, cit., p. 214.

<sup>204</sup> .

IV. *Pactum vendendi*. Primitivamente, como vimos, se a obrigação garantida não fosse cumprida, o credor podia satisfazer o seu crédito conservando apenas a coisa fiduciada em garantia e, se houvesse um *pactum de vendendo*, podia vendê-la.<sup>205</sup> A venda era realizada um mês e meio depois do incumprimento, talvez pela necessidade de organizar a venda em hasta pública.<sup>206</sup> Todavia, há fontes que revelam que, mesmo havendo um *pactum vendendi*, o credor não poderia ser forçado a vendê-lo, ainda que o fiduciante estivesse insolvente, pois este *pactum* era determinado no seu interesse. Há elementos que indicam que, por vezes, podia haver motivos para forçar o credor a vender a coisa objecto da *fiducia*, nomeadamente no caso do valor da coisa fiduciada ser muito superior ao valor da dívida ou quando a coisa pudesse ser vendida por melhor preço no imediato do que mais tarde.<sup>207</sup> Devido à frequência do *pactum de vendendi*, na época dos severos passou a constituir um modo normal de satisfação do credor, considerando-se desnecessário o referido pacto.<sup>208</sup>

## 2.8. Decadência da *fiducia romana*

Com o surgimento do *pignus* e da *hypotheca*, a *fiducia* deixou de ser necessária para passar a ser voluntária<sup>209</sup>. A *fiducia* desapareceu na época justiniana devido ao desuso da *mancipatio* e da *in iure cessio*, mas não pela sua substituição por outros instrumentos mais aptos à prossecução dos fins que visava alcançar.<sup>210</sup> Daí a substituição pelo *pignus* pelos compiladores do texto justiniano.<sup>211</sup> Na idade média, com o renascimento do Direito Romano pelos Glosadores, a *fiducia*, da forma como era concebida pelos romanos, é totalmente ignorada.<sup>212</sup>

---

<sup>205</sup> Cf. Paolo Frezza, *Le Garanzie delle Obbligazioni. Corso de Diritti Romano*, CEDAM, Milão, 1962, p. 42.

<sup>206</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *A Fiducia Romana e a Alienação Fiduciária*, cit., p. 191.

<sup>207</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *A Fiducia Romana e a Alienação Fiduciária no Direito Actual*, cit., p. 193, C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. Dir. Civ. it.* Diretto da F. Vassalli, VII, t. I, Torino, 1972, p. 618 e A. Luminoso, *La vendita con riscatto*, in *Comm. Cod. Civ.* Diretto da P. Schlesinger, Milão, 1987, p. 11.

<sup>208</sup> Cf. A. Santos Justo, *Direito Privado Romano – II (Direito das Obrigações)*, cit. p. 170.

<sup>209</sup> Cf. Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência (Em Particular da Posição do Cessionário na Insolvência)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 31.

<sup>210</sup> Cf. Claude Witz, *La Fiducie en Droit Privé Français*, Economica, Paris, 1981, p. 26.

<sup>211</sup> Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, 3.ª Ed., Almedina Coimbra, 2002, p. 210.

<sup>212</sup> Cf. I. Glard, *Droit Romain: De la fiducie*, Faculté de Droit de Rennes, 1894, p. 17.

### 3. O negócio fiduciário no Direito Intermédio

*I. As manifestações da fidúcia no Direito Intermédio.* Na idade média, muitos povos que se instalaram na parte Ocidental do Império Romano desenvolveram, de forma autónoma<sup>213</sup>, figuras que faziam especial apelo à confiança na outra parte. São estes negócios que passaremos a analisar de forma resumida.

*Carta venditionis.* Com fins de garantia, era frequente a transmissão da propriedade sobre um prédio através de uma *carta venditionis*, em simultâneo o adquirente obrigava-se, mediante uma *contracarta*, a retransmitir o direito adquirido e a restituir a *carta venditionis* se a dívida fosse paga.<sup>214</sup>

*A Verfallpfand.* Na *Verfallpfand*, o devedor transmitia ao credor a propriedade de uma coisa sua *suspensivamente* condicionada ao não cumprimento da obrigação por si contraída. O credor não adquiria a propriedade com a constituição da garantia, ou seja, só a adquiria com a verificação da condição – o não cumprimento pontual. Por isso, não coincide com o negócio fiduciário do Direito romano.<sup>215</sup>

*O Salmann.* O *Salmann* é um intermediário a quem se transmite um direito de propriedade sobre uma coisa para que este o retransmita a uma outra pessoa, o beneficiário, aquele que adquire para outrem (no novo Direito germânico medieval).<sup>216</sup> A transferência da propriedade podia ter diversos motivos, nomeadamente se alguém partisse para a guerra ou para uma longa viagem, o *Salmann* obriga-se a transmitir o direito ao beneficiário só no caso da morte do alienante ou retransmiti-lo ao alienante se este conseguisse regressar.<sup>217</sup> Esta figura teve importância na construção do chamado negócio fiduciário germânico, em que a transmissão do direito ficava resolutivamente condicionada a determinados factos, nomeadamente o incumprimento do fiduciário.

*Heres fiduciarius.* Outra figura marcante da fidúcia medieval é a *Heres fiduciarius* (fidúcia sucessória secreta)<sup>218</sup>. Num caso analisado por Iavolenus, Saturninus instituiu Maximus como seu herdeiro, estabelecendo que, quando o seu filho alcançasse 16 anos

---

<sup>213</sup> Sobre métodos medievais, cf. Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, cit., pp. 38 ss.

<sup>214</sup> Cf. Giuseppe Messina, *Negozi Fiduciari, Introduzioni e parte I*, in Scritti Giuridici, I, Giuffrè, Milão, 1948, p. 139, Pedro Pais de Vasconcelos, *Em Tema de Negócio Fiduciário*, cit, p. 36 e M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit, p. 35.

<sup>215</sup> Cf. Giuseppe Messina, *Negozi Fiduciari*, cit, p. 147 e M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit, pp. 35 e 36.

<sup>216</sup> Cf. Giuseppe Messina, *Negozi Fiduciari*, cit, p. 142 e M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit, p. 36.

<sup>217</sup> Cf. Giuseppe Messina, *Negozi Fiduciari*, cit, p. 152 e M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit, p. 37.

<sup>218</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 724.

de idade, todos os bens herdados por Maximus deveriam ser transmitidos ao filho<sup>219</sup>. Sucede que a criança faleceu antes de atingir 16 anos. Sobre os bens recebidos pelo fiduciário Maximus Iavolenus considerou que Maximus não detinha qualquer direito sobre os bens recebidos, sustentando igualmente que tal titularidade pertence aos herdeiros da criança falecida. Nada indica a diferença entre a figura do fideicomissário e do herdeiro fiduciário, mas Bártolo defendia que o fiduciário estaria também obrigado (natural e civilmente) a dar cumprimento à vontade exteriorizada pelo *de cuius* quando o beneficiário apenas lhe fosse indicado oral e secretamente.<sup>220</sup>

*II. Epítome: A fiducia cum creditore* encontra as suas origens no Direito Romano. Não tendo sido, porém, objecto de compilação através do *Corpus Iuris Civilis*, também, não foi acolhido nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas ou Filipinas (que dispõe no seu Livro IV, Título III: “*se o devedor, que obrigou alguma sua coisa ao seu credor, a vender a outrem, ou a alhear per qualquer outra maneira, e a passar a seu poder, passará a coisa com seu encargo da obrigação, e poderá o credor demandar o possuidor della, que ou lhe pague a dívida, por que lhe foi obrigada, ou lhe dê e entregue a dita coisa, para haver per ella pagamento de sua dívida; demandando porém o credor primeiro o seu devedor, e fazendo em seus bens e de seu fiador (se o tiver dado) execução, como se per Direito deve fazer*”, nem pelo Código Napoleónico, nem pelos demais Códigos Civis europeus do século XIX. A consagração de figuras como a *hypotheca* ou o *pignus* quase fez esquecer a alienação fiduciária em garantia, tanto na prática contratual, como na doutrina e na jurisprudência, até aos finais do Século XIX.

#### **4. Ressurgimento da fidúcia no século XIX**

*I. Justificação do Estudo - o Direito Comum e de Pandectas.* O Direito Romano seria aquele que mais influenciou os códigos vigentes, nomeadamente o Direito Justinaneu reelaborado por Glosadores e Comentadores e aplicado em parte nos séculos XVII e XVIII. Na Alemanha, este Direito foi designado de *Direito Romano Comum* e teve a virtualidade de provocar o nascimento de uma literatura jurídica que formou a base da ciência jurídica civilista.<sup>221</sup> O curso dos pandectistas era, no fundo, um curso de Direito

---

<sup>219</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 725.

<sup>220</sup> *Idem.* Sobre a *fiducia* sucessória secreta no Direito Comparado, vide Sérgio Cámara Lapuente (com a colaboração do Juan B. Vallet de Goytisolo), *La Fiducia Sucessoria Secreta*, S. L. Dykinson, Madrid, 1996, p. 1367 ss.

<sup>221</sup> Cf. Ursicino Alvarez Suarez, *Horizonte del Derecho Romano*, cit., p. 51.

Romano intensificado, onde se tratava, por extenso e directamente, sobre as fontes. Há muitos aspectos relacionados com a evolução de muitos institutos jurídicos que só podem ser analisadas com base no estudo efectuado pelos Pandectistas, por isso, estes devem ser estudados para perceber o laço da união entre o Direito Romano e os Direitos actuais. Este estudo tem, basicamente, as seguintes funções:<sup>222</sup> dogmática – para completar a evolução de dogmas e definir o conceito dos negócios fiduciários e de alienação em garantia; histórica – para analisar de que modo influenciaram os conceitos dos negócios fiduciários modernos e de alienação em garantia em diversas legislações; direito Comparado – analisar de ponto de vista do Direito comum, os fundamentos coincidentes de diferentes sistemas legislativos na matéria dos negócios fiduciários modernos e de alienação em garantia. A partir do século XIX, a *fiducia cum creditore* reaparece com os trabalhos da pandectística alemã, pela pena de KOHLER, GOLTZ e REGELSBERGER e foi no Ordenamento Jurídico Alemão que se registaram grandes avanços no tratamento dogmático e científico da fidúcia. A corrente germanista esforçou-se por proteger o fiduciante, em que a transferência da propriedade submetida a uma condição resolutiva com efeitos reais que assegurava o regresso automático do bem ao património do fiduciante. Todavia, a visão romanista acabou por prevalecer, influenciando a construção dogmática actual da alienação em garantia<sup>223</sup>, não podemos esquecer que no início do século XX o nosso civilismo conheceu uma viragem decisiva e com consequência profundas, com tal amplitude que conduziu à deslocação da nossa Ordem Jurídica do sistema napoleónico para o germânico<sup>224</sup>.

II. *A redescoberta efetuada pela pandectística tardia.* A partir dos finais do século XIX, ressurge a análise da *fiducia cum creditore* com os trabalhos da pandectística alemã<sup>225</sup>, contribuindo para os significativos avanços operados no tratamento dogmático e científico da fidúcia, inclusive para a concepção do moderno negócio fiduciário. Na idade média, muitos povos que se instalaram na parte Ocidental do Império Romano desenvolveram, de forma autónoma<sup>226</sup>, figuras que faziam especial apelo à confiança na outra parte<sup>227</sup>, tanto com escopo de garantia, quanto para fins de administração. Os

---

<sup>222</sup> Cf. Ursicino Alvarez Suarez, *Horizonte del Derecho Romano*, cit., p. 53.

<sup>223</sup> Cf. Nicoló Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, cit., p. 42-43.

<sup>224</sup> António Menezes Cordeiro, *A Modernização do Direito Civil- I – Aspectos Gerais*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 37.

<sup>225</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 30.

<sup>226</sup> Sobre métodos medievais, cf. Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, cit., pp. 38 ss.

<sup>227</sup> Sobre a construção autónoma realizada no Direito inglês, cf. Maria João Tomé/Diogo Leite de Campos, *A propriedade fiduciária (trust). Estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 19.



aperfeiçoamentos destas soluções influenciaram fortemente o desenvolvimento das estruturas fiduciárias do Direito Alemão. Partindo da análise dos negócios baseados na transmissão da propriedade para fins de garantia, REGELSBERGER<sup>228</sup> rejeitou a recondução destas figuras à categoria dos negócios simulados, enquadrando-os numa categoria autónoma que designou de negócio fiduciário – *fiduziarische Geschäft* – em que não há desconformidade entre a vontade real e vontade declarada e em que assenta numa verdadeira intenção das partes, ou seja, as partes recorrem a um negócio cujo objecto legal não coincide, em parte, com o propósito das partes. Na alienação em garantia, a vontade exteriorizada corresponde efectivamente à vontade real.<sup>229</sup> Esta categoria seria combinada com um efeito real e com um efeito obrigacional, dando origem à ideia de desproporção entre o fim e o meio, que, como veremos, alguns autores viriam a considerar como traço caracterizador do negócio fiduciário.<sup>230</sup>

*III. Construção Germanista.* Para fazer face ao risco que o fiduciante corria em virtude das limitações de carácter meramente obrigacional ao exercício do direito, ALFRED SCHULTZE, baseado num outro modelo histórico retirado dos povos

---

<sup>228</sup> O termo negócio fiduciário foi introduzido na literatura jurídica por REGELSBERGER. A construção do reconhecido pandectista baseia-se nos seguintes aspectos: a) vontade declarada pelas partes corresponde efectivamente à sua vontade real, o que não se confunde com a simulação; b) As partes recorrem a um tipo cuja *ratio* extravasa o fim visado pelas partes, ou seja, os poderes/titularidade transmitidos pelo sujeito passivo ao sujeito activo extravasam o que seriam necessários para a realização dos propósitos pretendidos; c) O sujeito activo, em compensação, só pode utilizar tais poderes/titularidade que lhe foram transmitidos para os fins determinados; d) O recurso ao contrato tipo impõe-se como meio para alcançar, indirectamente, os propósitos manifestados e pretendidos; e) A adaptação do contrato tipo a que as partes recorrem, aos fins pretendidos pelos mesmos, não é proibida por lei..

<sup>229</sup> Cf. A Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 733.

<sup>230</sup> Cf. André Figueiredo, *O negócio fiduciário perante terceiros*, cit., p. 38.

germânicos<sup>231</sup>, construiu o denominado negócio fiduciário germânico,<sup>232</sup> cuja particularidade, em termos gerais, reside na limitação do poder do fiduciário com eficácia

---

<sup>231</sup> É habitual, entre os autores dedicados à matéria dos negócios fiduciários, destacar a nitidez da *fiducia* romana em relação às figuras fiduciárias germânicas, que alguns consideram contraditórias e obscuras. Esta contradição é explorada por uma parte da doutrina para explicar que só a *fiducia* romana merece a qualificação enquanto negócio fiduciário, sendo, por conseguinte, a única fidúcia que pode servir de directriz dos modernos negócios fiduciários. Não é fácil explicar a natureza da *Treuhand*, pelo que alguns autores consideram que é uma tarefa reservada aos especialistas em Direito Germânico, cf. Frederico de Castro y Bravo, *El Negocio Juridico. Tratado Practico y Critico de Derecho Civil*, X, Instituto Nacional de Estudios Juridicos, Madrid, 1967, p. 392, e desapareceu devido ao desuso da *mancipatio* e *in iure cessio* e não pela sua substituição por outros instrumentos mais aptos à prossecução dos fins que visava alcançar, cf. Claude Witz, *La Fiducie en Droit Privé Français*, Economica, Paris, 1981, p. 26. A *Treuhand* nasceu também associada aos formalismos próprios dos Direito primitivos, por um acto solene - investidura em *gewere*. Nas fontes medievais do Direito germânico, encontra-se a palavra “Gewere”, com que se traduzem os vocábulos “*uestitura*” e “*inuestitura*” dos textos jurídicos medievais escritos em latim e empregada em diferentes sentidos. Primitivamente designava o acto, nos termos se procedia à transferência da propriedade sobre um bem imóvel, no qual o antigo proprietário se renunciava a sua titularidade (“*Auflassung*”). Depois, “Gewere” passou a indicar, também, a relação da propriedade entre pessoa e coisa, quer essa relação tivesse por objecto coisa móvel ou imóvel, quer ela surgisse por modo de aquisição derivada ou originária. No fundo, significa uma coisa sobre a qual incide o direito de propriedade. as fontes jurídicas francesas mencionam a “*gewere*” com o termo “*saisine*”, as italianas, com a expressão “*tenuta*”, e as inglesas, com a palavra “*seisin*”. No Direito Germânico medieval, a “Gewere” correspondia à *possessio*, que foi introduzido no Direito Alemão com a recepção do Direito Romano. Todavia, a “Gewere” não era totalmente igual à *possessio*, no Direito Romano distinguia-se, acentuadamente, propriedade, posse e detenção e, o Direito Germânico medieval desconheceu, quanto às coisas móveis, a diferença entre posse e detenção, embora a maioria dos germanistas entenda o contrário, alguns autores negam que o Direito Germânico medieval tenha estabelecido distinção entre propriedade e posse. Divergem os juristas germânicos em relação ao conceito de “Gewere”. Cf. José Carlos Moreira Alves, *A Gewere, Um Instituto do Antigo Direito Germânico*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, V, 63, 1968, pp. 194 – 228, p. 200-204, - nos termos do qual, o fiduciário (*Treuhand*, *Salmann*, *manus fidelis*) é investido na titularidade do fiduciante, cf. . Frederico de Castro y Bravo, *El Negocio Juridico*, cit., p. 392.

A aplicação deste instituto se mantém e continua a aplicar-se até a entrada e durante o decurso da Idade Média. Com o seu desenvolvimento, a *fiducia* do Direito Germânico foi abandonando a separação entre o negócio formal de atribuição da titularidade e a convenção que regula a finalidade de atribuição, assim como foi distinguindo a titularidade do fiduciário enquanto portador de uns poderes e faculdades adequados aos fins para a qual é lhe atribuído a titularidade, cf. Frederico de Castro y Bravo, *El Negocio Juridico*, cit., p. 392. Tal como a *fiducia* romana, a fidúcia germânica tinha uma aplicação transversal. Destaca-se o exemplo de entrega e atribuição da titularidade de bens ao amigo de confiança antes de iniciar uma longa e perigosa viagem; a aquisição da propriedade feita por estrangeiros por intermédio de um amigo nacional no sentido de evitar a aplicação da lei que restringe ou proíbe tal aquisição e, sobretudo, e para o que nos interessa, a transmissão da propriedade em garantia, influenciada pelo Direito lombardo. O Reino Lombardo, foi um Estado que existiu na Península Itálica a partir do séc. VI, como resultado da conquista de grande parte da península pelos Lombardos, e durou até a conquista Franca no séc. VIII. A conquista lombarda trouxe como consequência a divisão política da península Itálica, que permaneceria por três séculos com uma parte Bizantina e uma parte lombarda. Os lombardos foram uma das tribos que formavam os Suevos e, durante o século I, viveram no Norte da actual Alemanha e no baixo Rio Elba, cf. Franco Gaeta/Pasquale Villani/Claudia Petraccone, *Corso di storia, I - Dalla Crisi del Trecento alla metà del Seicento*, Principato, Milão, 1997, p. 67-80.

Regra geral, na fidúcia germânica, diferentemente da *fiducia* romana, não se verifica a transmissão “definitiva/plena” No Direito Germânico, a *fiducia* assumiu aspecto específico. A transmissão da propriedade do fiduciante ao fiduciário não se fazia de modo ilimitado, ou seja, a propriedade era *resolúvel*, possibilitando-se, assim, a sua reivindicação se e quando o fiduciário violasse a obrigação de fazer dela o uso nos termos acordados. Deve-se realçar que o sistema germânico de publicidade tornou possível esse aperfeiçoamento da relação, protegendo assim a posição do fiduciante. O registo tornava o negócio conhecido de terceiros, impedindo que estes adquirentes alegassem a ignorância da limitação da propriedade, decorrente do *pactum fiduciae*. da propriedade para o fiduciário, considerando alguns que se verificava a separação da propriedade formal, que legitimava a actuação do fiduciário, da propriedade material, que permanecia na esfera do fiduciante, ou seja, os poderes do fiduciário eram limitados em função

face a terceiros, ou seja, se o fiduciário exercer o seu direito transmitido para fins diversos daqueles para os quais ele lhe foi transferido, o referido direito retransfere-se ao alienante fiduciante. Na construção de SCHULTZE, centrado no preenchimento dos direitos do *Treuhänder* e na catalogação da natureza da posição jurídica ocupada, o autor, com base nos documentos históricos, entende que o proprietário originário transmite os bens para o *Treuhänder* livres de ónus e limitações, pelo que o adquirente seria titular do direito de propriedade pleno, podendo aliená-lo livremente sem incorrer em qualquer tipo de incumprimento. Esta não seria a regra dado que geralmente o testador indicava expressamente o fim que deveria ser dado aos bens.<sup>233</sup> Assim, o autor considera que o contrato incorpora uma condição suspensiva, sendo essa condição accionada sempre que o fiduciário transmita os bens para terceiros que não tenham sido indicados pelo testador ou por qualquer razão sempre que o objecto que esteja na origem da relação deixe de ser possível. Nestas situações, o direito de propriedade regressa à esfera jurídica do testador, se for vivo, ou para os seus herdeiros, no caso contrário.<sup>234</sup> A teoria de SCHULTZE limitava-se aos bens imóveis. A tese de SCHULTZE foi criticada por MESSINA que pôs em causa a interpretação de SCHULTZE quanto aos documentos históricos. MESSINA considera que o documento indicava que *Treuhänder* era titular de um direito de propriedade limitado, tendo o testador ou os seus herdeiros o direito de revogar o contrato celebrado com o terceiro adquirente.<sup>235</sup> Após sublinhar a continuidade histórica do

---

do fim da fidúcia. Com efeito, o surgiram várias opiniões no sentido de qualificar a relação entre o fiduciante e fiduciário e a natureza da titularidade do fiduciário. Assim, podemos, a título perfunctório, assinalar, cf. Hans Planitz, *Principios de Derecho Privado Germánico*, Bosch, Barcelona, 1957, p. 40 – 41:

- a) LOENING: o fiduciário adquire a propriedade, mas o fiduciante conserva um amplo direito real de uso;
- b) HEUSLER; o fiduciário adquire o “direito real de administração” sobre a propriedade do fiduciante;
- c) SCHULTZE: a propriedade do fiduciário se encontra sujeita à condição resolutiva, nomeadamente morte, violação do *pactum fiduciae* ou extinção da finalidade do negócio fiduciário;
- d) BEYERLE: Existência de compropriedade entre fiduciante e fiduciário;
- e) MESSINA: um direito de propriedade limitado aos propósitos das partes, com poderes amplos ou reduzidos em função da amplitude dos propósitos das partes;

SIEBERT: uma conformação da eficácia real da propriedade do fiduciário, em função da relação interna entre fiduciante e fiduciário, cf. Hans Planitz, *Principios de Derecho Privado Germánico*, cit., p. 373 -374. Não se pretende efectuar uma análise crítica das teorias acima referida, mas a sua descrição releva para a comparação da *fiducia* romana com a fidúcia germânica e para a análise da construção moderna dos negócios fiduciários.

<sup>232</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 43.

<sup>233</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 736 e 737.

<sup>234</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 737.

<sup>235</sup> Cf. Giuseppe Messina, *Negozi Fiduciari, introduzioni e parte I*, cit., p. 157.

instituto, SCHULTZE inicia o seu estudo moderno sobre *Treuhand*, elencando o que considera serem as três características basilares da posição do fiduciário<sup>236</sup>:

- a) É titular de direitos próprios;
- b) A posição jurídica ocupada foi construída com vista à prossecução de interesses alheios;
- c) A posição foi assumida com consciência das suas limitações.

Quanto à natureza da posição do fiduciário, SCHULTZE afirmou que o que distingue a *fiducia* romana da *fiducia* germânica é de ordem histórica, na medida em que a primeira se desenvolveu em torno da *mancipatio* e a segunda teve como base a figura do executor testamentário.<sup>237</sup>

A principal distinção entre a *fiducia* romana e *fiducia* germânica reside na posição do fiduciário. Como vimos, na *fiducia* romana, a titularidade pelo fiduciário da coisa é plena, correndo o fiduciante o risco da violação do pacto obrigacional da *fiducia*. Na *fiducia* germânica, a titularidade pelo fiduciário da coisa não é plena, passando a ser modelada funcionalmente pelo fim da *fiducia*. Ou seja, diferentemente da *fiducia* romana, na *fiducia* germânica, há uma separação entre a titularidade formal do direito e a legitimidade do seu exercício, com a conservação da titularidade do direito na esfera jurídica do fiduciante e a atribuição ao fiduciário a mera legitimidade para o exercício do referido direito. Na sua construção inicial, a *fiducia* germânica é desenvolvida através da transferência para o fiduciário de um direito condicionado ao fim estabelecido pelas partes. Assim, o incumprimento por parte do fiduciário gera a verificação da condição e a imediata retransmissão do direito para o fiduciante. Esta construção pressupõe a admissibilidade de uma propriedade temporária e resolúvel, em contraste com o princípio geral da perpetuidade do direito do proprietário. Importa reter que na *fiducia* germânica o direito que o fiduciante transferia para o fiduciário era limitado por uma condição resolutiva, com eficácia *erga omnes*. No caso de incumprimento da obrigação garantida, a condição tinha-se por não verificada e o credor passava automaticamente de proprietário resolúvel a proprietário pleno. Também o fiduciante podia ser autorizado a alienar o bem objecto da *fiducia*/garantia.

*IV. Construção Romanista.* Em termos genéricos, segundo REGELSBERGER, o negócio fiduciário de matriz romana pode ser definido como um negócio pelo qual se

---

<sup>236</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust, cit.*, p. 738.

<sup>237</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust, cit.*, p. 738.

transfere para outrem um direito para fins diversos, obrigando-se o adquirente a exercer o direito adquirido de acordo com os fins previstos no negócio e a retransmiti-lo ao alienante, ou a terceiro, decorrido certo período de tempo ou verificado certo facto.<sup>238</sup> Com efeito, a transmissão do direito seria plena, o seu livre exercício pelo fiduciário limitado apenas pelas obrigações contraídas e, sem efeitos perante terceiros. Com a ciência jurídica centrada no *Corpus Juris Civilis*, a *fiducia* esteve durante muito tempo afastada do pensamento jurídico. Com a descoberta das Instituições de Gaio, permitiriam ter uma visão mais precisa do âmbito e a transversalidade da *fiducia* romana. Todavia, durante grande parte do século XIX, a doutrina dedicou pouca atenção à *fiducia*.<sup>239</sup> Importa destacar REGELSBERGER, pandectista que, seguido pela doutrina e tribunais, no século XIX, apresentou as linhas gerais da fidúcia moderna, que irão acompanhar toda a discussão doutrinária até aos dias de hoje.<sup>240</sup> O autor, num artigo que tem por objecto a cessão da posição contratual para encobrir objectivos destintos, chama atenção para a necessidade de distinguir os contratos simulados de uma outra modalidade de contratos, que denomina de contratos fiduciários. No contrato simulado, há desconformidade entre a vontade real e a vontade exteriorizada, sendo um negócio vazio. Nos negócios fiduciários, há uma verdadeira intenção. Recorre-se a um tipo de contrato cujo objecto legal não coincide, por inteiro, com os propósitos prosseguidos pelas partes, ou seja, a vontade exteriorizada corresponde efectivamente à vontade real.<sup>241</sup> OERTMANN chama a atenção em relação às diferenças entre a construção romana e a construção apresentada por REGELSBERGER, sustentando que a *fiducia* era um negócio jurídico completo, caracterizado por uma conformidade jurídica e económica a todo o nível, já na fidúcia moderna, nos moldes apresentados por REGELSBERGER, as partes, conquanto se conformassem com os efeitos jurídicos produzidos, não os pretendiam na sua totalidade. Por isso, entende que a *fiducia* apresentada por REGELSBERGER não pode ser considerada como uma continuadora da *fiducia* romana. A tese de OERTMANN foi criticada por alguns autores que asseguram que tanto a *fiducia* romana, como a fidúcia moderna se caracterizam por uma desproporção entre os meios jurídicos usados e os fins económicos prosseguidos pelas partes. Esta representação da fiducia reflete-se na sua estrutura: *fiducia – mancipatio e pactum fiduciae*; fidúcia – negócio real translativo e

---

<sup>238</sup> Cf. Claude Witz, *La Fiducie en Droit Privé Français*, cit., p. 15.

<sup>239</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 730.

<sup>240</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 733.

<sup>241</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 734.

negócio obrigacional fiduciário. Ambos agregam dois negócios formalmente diferentes, mas ambos indispensáveis para a prossecução dos fins visados pelas partes no negócio fiduciário.<sup>242</sup>

VI. Quanto à construção moderna dos negócios fiduciários, a tese romanística de REGELSBERGER impôs-se<sup>243</sup>, dando relevância à vontade das partes acordados e exteriorizadas nos exactos termos. Por isso, alguns autores afirmam que o negócio será verdadeiramente fiduciário quando se adapta à forma típica em que tudo depende da fidelidade, confiança que fiduciante deposita no fiduciário<sup>244</sup>, designando de negócios fiduciários impuros aqueles em que se baseia na mesma confiança, mas a confiança não constitui a base da conduta do fiduciário – a confiança não é a base da conduta desleal do fiduciário, porque o fiduciante não é protegido apenas pela obrigação assumida pelo fiduciário, mas sim está assegurado mediante um vínculo de índole real.<sup>245</sup>

## **5. Da construção fiduciária depois dos pandectistas à actual construção fiduciária.**

### **5.1. Caracterização inicial da fidúcia moderna**

*I. Excesso do meio sobre o fim.* Tradicionalmente, o negócio fiduciário tem sido caracterizado pelo excesso do meio sobre o fim visado pelas partes.<sup>246</sup> Considera-se que se verifica o excesso do meio sobre o fim, argumentando-se para o efeito que as partes se serviriam de uma forma jurídica mais ampla do a necessária para o fim visado pelas partes<sup>247</sup>. Um exemplo: as partes recorrem à transmissão da propriedade, *rectius*, à alienação da propriedade em garantia quando seria necessário um simples penhor sobre a

<sup>242</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 734 e 735.

<sup>243</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 839.

<sup>244</sup> Cf. Nicoló Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, Giuffrè, Milão, 1971, p. 168-169.

<sup>245</sup> Cf. Mariano Navaro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica – los modernos negocios fiduciarios – la propiedad fiduciaria*, Bosch, Barcelona, 1950, p. 78.

<sup>246</sup> Cf. Nicoló Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, Giuffrè, Milão, 1971, p. 64-65 e Ana Canepa/Umberto Morelo, *Il Negozio Fiduciario*, in *Valori Mobiliari*, Cedam Padova, Giuffrè, 1971, pp. 207 ss., p. 208.

<sup>247</sup> Cf. Francesco Ferrara, *La Simulation de los Negocios Juridicos (actos e contratos)*, Victoriano Suarez, Madrid, 1926, p. 84, Tomaso Mancini, *In Tema de Negozio Fiduciario*, FI, 1960, pp.1838 p. 1840, Francesco Messineo, *Dottrina Generale del Contratto (artigo 1321.º-1469.º Cod. Civ.)*, Giuffrè, Milão, 1952, p. 340, J. Garigues, *Negocios Fiduciarios en Derecho Mercantil*, Galo Sáez, Madrid, 1955, p. 14. No mesmo sentido, em Portugal, cf. Maria João Vaz Tomé, *Fundo de Investimento Mobiliário abertos*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 173, João Calvão da Silva, *Anotação ao acórdão do STJ de 16-5-2000*, in RLJ, ano 133, p. 87, J. Beleza dos Santos, *A Simulação em Direito Civil*, I, Coimbra, 1955, Inocência Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 190, José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Teoria Geral, II. Acções e Factos Jurídicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 197-198, J. Castro Mendes, *Teoria geral do Direito Civil*, II, AAFDUL, Lisboa, 1979, 164 e Fernando Pessoa Jorge, *O Mandato sem Representação*, cit., p. 325.

coisa ou a transmissão da propriedade para administração quando o contrato de mandato dispensaria a transmissão da propriedade para atingir o mesmo fim.

*II. Poder de abuso.* Como referimos no número anterior, no negócio fiduciário para administração, o negócio fiduciário poderá ou não traduzir numa situação de desproporção entre o meio e o fim visado pelas partes, por essa razão, foi proposto, para caracterizar o negócio fiduciário, o poder de abuso<sup>248</sup> que se concretiza nos seguintes termos:

- a) Transmitindo o direito objecto da transmissão fiduciária a terceiro ou;
- b) Recusar-se a retransferir-lo ao fiduciante.

Assim, verificando-se uma das situações acima referidas, o fiduciante suporta as consequências deste incumprimento, restando-lhe o recurso à tutela indemnizatória.<sup>249</sup> Dado que este abuso se traduziria num incumprimento, alguns autores criticam o recurso ao abuso como elemento caracterizador do negócio fiduciário.<sup>250</sup> A transmissão de direito ao fiduciário faz parte da fidúcia. O fiduciário vincula-se a exercer este direito de determinada forma e, em regra, a retransferir-lo ao fiduciante ou a terceiro verificando-se determinado evento.

*III. Existência da estrutura fiduciária.* A estrutura fiduciária consiste na transmissão de um direito cujo exercício é limitado obrigacionalmente e em que o adquirente/fiduciário, verificando-se um determinado circunstancialismo, deverá retransmitir à outra parte ou terceiro<sup>251</sup>. O bem é confiado ao fiduciante, em regra, para garantir o cumprimento de uma obrigação ou para ser administrado. Esta descrição inclui directa ou indirectamente as três características mencionadas dos negócios fiduciários.<sup>252</sup> Da estrutura fiduciária decorre um risco, pois a transmissão de um direito para o fiduciário implica que o bem passe a integrar um património geral, devendo o fiduciário exercê-lo nos termos acordados, estando obrigado à respectiva retransmissão.<sup>253</sup>

---

<sup>248</sup> Na doutrina portuguesa, aderindo em parte aos argumentos de Grasseti, cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória da Dívida*, cit., p. 88, Diogo Leite de Campos, *A Locação Financeira*, cit., p. 32 e Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, cit., p. 261.

<sup>249</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 59.

<sup>250</sup> Cf. Nicoló Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, cit., p. 100 – 101 e Italo Bologna, *Considerazioni sui negozi fiduciari*, in RDCiv, 1955, pp. 618 ss., p. 627.

<sup>251</sup> Cf. Luigi Cariota-Ferrara, *El Negocio Jurídico*, (trad. para castelhano de Manuel de Albaladejo), Aguilar, Madrid, 1956, p. 197.

<sup>252</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propiedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 67 – 68.

<sup>253</sup> Francesco Macario, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in RDCiv, 2006, p. 361, D. Valentino, *La circolazione dei beni in funzione di garanzia*, in Rassegna di Diritto Civile, II, pp. 511-547, 2007, p. 534, Francesco Macario, *I contratti di garanzia finanziaria nella direttiva 2002/47/CE*, in Contratti, 2003, p. 88, Nicola Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, ESI, Nápoles, 2000, pp. 88 ss. Em relação à cessão de crédito, cf. Giuseppe Bavetta, *La*

## 5.2. Construção clássica dos negócios fiduciários

I. *Generalidades.* A análise da estrutura dos negócios fiduciários implica a concentração em cada um dos seus próprios elementos constitutivos. Com efeito, a análise inicia-se pelo elemento subjectivo, a confiança do depositante na lealdade do fiduciário e o poder de abuso deste, relacionada com a desproporção entre o meio utilizado e o fim pretendido pelas partes.

II. *Investimento de confiança.* Conforme ficou demonstrado, modernamente<sup>254</sup>, surgem os chamados negócios fiduciários que alguma doutrina considera que não podem ser constituídos legal ou jurisprudencialmente, porque não seriam uma fidúcia pura<sup>255</sup> mas, mais que a vontade das partes, a confiança, de acordo com a origem da *fiducia* romana. A confiança que o fiduciante deposita no fiduciário constitui uma das primeiras bases do negócio fiduciário, é neste ponto de vista que o fiduciante pode exigir ao

---

*cessione di credito a scopo di garanzia*, in Dir. Fall., I, 1995, pp. 588 ss., Aldo Dolmett/Giuseppe Portale, *Cessione del credito e cessione in garanzia nell'ordinamento italiano*, in BBTC, I, 1999, pp. 100 ss, Bruno Inzitari, *Forme di garanzie atipiche e indirette nel fallimento: la cessione del credito a scopo di garanzia*, in Fallimento, 2002, pp. 963 ss., Fabrizio Maimeri, *Le garanzie bancarie «improprie*, Giuffrè, Torino, 2004, pp. 17 ss. Na jurisprudência, Cass. de 13 de Maio de 1983 n.º 3800, in Riv. Not., 1983, II, p. 765 ss. deu início à inversão de precedente orientação jurisprudencial na matéria, favorável a validade de alienação em garantia com efeito imediato.

<sup>254</sup> Na relação entre a fidúcia moderna e a fidúcia histórica, na perspectiva substantiva, alguns autores consideram que a fidúcia moderna não constitui uma continuidade das fidúcias antigas, devido às hipotéticas diferenças estruturais entre os dois mecanismos. Todavia, a doutrina contemporânea considera que a fidúcia é uma continuidade das fidúcias antigas, ou seja, defende a unidade material do negócio fiduciário, o que é sinónimo de aproximação da fidúcia moderna à *fiducia* romana. O modo como a *fiducia* romana e a *Treuhand* foram empregues na construção moderna do negócio fiduciário responde, por si só, a questão da determinação da ligação entre as construções fiduciárias modernas e as construções fiduciárias antigas. Nos finais do século XIX, a doutrina e jurisprudência alemãs foram confrontados com novos tipos de relações jurídicas, impulsionadas pelos desenvolvimentos comerciais e financeiros. Perante esta situação, o leque de mecanismos que tinham à disposição não se adequava às especificidades concretas das novas realidades. Esta necessidade em solucionar os novos casos levou a doutrina a recorrer à *fiducia* romana e à fidúcia germânica medieval como forma de conferir maior densidade dogmática e sistemática à construção. Com efeito, a doutrina moderna considera que os negócios fiduciários contemporâneos são, não apenas continuadoras da *fiducia* romana e da Europa medieval e moderna, herdeiros de um instituto jurídico atemporal, baseada numa intensa relação de confiança com propósitos práticos. A fidúcia surgiu e ressurgiu sempre que o Direito positivado se encontra em dificuldades ou se mostre desadequados para acompanhar as novas necessidades sociais, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 739 - 740: *Fiducia* – para fazer face a rudimentar Direito Romano; *Uses/treuhand* – para fazer face às rígidas sociedades feudais; Negócios fiduciários – para responder às necessidades comerciais contemporâneas, em especial, a alienação fiduciária em garantia para fazer face às necessidades decorrentes da industrialização das economias e da transição para uma economia bancária e financeira, cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 13; *Trust* – para responder às necessidades derivadas da globalização do sistema financeiro. Curiosamente, em cada uma das diferentes fases, a doutrina recorre às construções precedentes, na procura de bases e fundamentos dogmáticos, sem, no entanto, modificar o núcleo caracterizador da fidúcia.

<sup>255</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 60.



fiduciário o cumprimento da sua obrigação não obstante a inexistência de alguma acção real com suporte legal. A confiança que o fiduciário transmite ao fiduciante deriva de várias qualidades, nomeadamente as suas qualidades técnicas e morais, tal como a honra e na fidelidade. Este investimento de confiança está ligado ao risco fiduciário e melhor se compreende se for articulado com este. No negócio fiduciário, como a própria terminologia indica, a confiança desempenha um papel importante e fundamental em qualquer contrato. O fiduciante decide correr o risco fiduciário, confiando no fiduciário. Em termos objectivos, o risco é enorme, mas, em termos subjectivos, é reduzido porque existe uma confiança estrutural do fiduciante no cumprimento do *pactum fiduciae* pelo fiduciário.<sup>256</sup> Na verdade, é em função desta confiança que o fiduciante assume o risco objectivo. Por vezes, no negócio fiduciário, a opção do fiduciante é influenciada pela qualidade técnica do fiduciário, sobretudo na fidúcia para administração. Todavia, este sentimento não é exclusivo da fidúcia, pelo que mesmo nestas situações, este elemento concorre com a confiança no fiduciário como elemento essencial. Por outro lado, a confiança moral - honra e fidelidade do fiduciário – que funciona como, digamos, um *backup* da obrigação assumida pelo fiduciário de gerir, não de determinada forma, mas sim, de não abusar do excesso entre o meio que lhe foi concedido e o fim a que se obriga, em regra, o efeito real do negócio e o fim económico prosseguido pelas partes.<sup>257</sup>

*III. poder de abuso do fiduciário.* O efeito translativo do negócio fiduciário confere ao fiduciário amplos poderes em relação aos bens recebidos no âmbito do negócio fiduciário. Como referido, poderá não ocorrer numa situação de desproporção entre o meio e o fim visado pelas partes. Por essa razão, foi proposto, para caracterizar o negócio fiduciário, que o poder de abuso na transmissão de um direito ao fiduciário comporta um risco.<sup>258</sup> Assim, verificando-se o incumprimento por parte do fiduciário, o fiduciante suporta as consequências deste incumprimento, restando-lhe a indemnização pelos danos sofridos pelo incumprimento.<sup>259</sup> Em relação aos terceiros, os poderes conferidos ao fiduciante cria uma situação que pode ser grave, na medida em que o fiduciante pode transmitir-lhes os bens objecto da fidúcia. A doutrina considera que é difícil existir este poder de abuso sem a desproporção entre o meio e o fim. Todavia, há quem ponha em causa a existência de desproporção entre o meio e o fim porque o meio é indispensável

---

<sup>256</sup> Cf. Pedro Paes de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, cit., p. 289.

<sup>257</sup> Cf. Nicolò Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, cit., p. 90.

<sup>258</sup> Cf. Cosimo M. D'Arrigo, *L'Interposizione Reale*, in *Mandato, Fiducia e Trust. Esperienze a confronto*, (Org. Francesco Alcaro e Raffaele Tommasini, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 105 ss., p. 106.

<sup>259</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 59.

para alcançar o fim visado pelas partes<sup>260</sup>. Contudo, existe a desproporção e a possibilidade de abuso em relação à obrigação assumida pelo fiduciário, em prejuízo do fiduciante que se contentará com a indenização porque quando o fiduciário alienou o bem era proprietário.<sup>261</sup>

IV. *A complexidade*. Nem todos os negócios em que exista confiança são fiduciários. No negócio fiduciário, a confiança é um elemento normal em todos os contratos. O que difere o negócio fiduciário dos negócios *intuitu personae* é o facto de que no negócio fiduciário, na maioria da opinião dos autores, existe um negócio translativo de direito e um pacto fiduciário, em regra, um negócio real e um negócio obrigacional, de cuja complexa coexistência deriva o negócio fiduciário.<sup>262</sup> Já no Direito romano, a *fiducia*, sobretudo, *cum creditore* era constituída por um negócio solene (*mancipatio* ou *iure in cessio*<sup>263</sup>) e por um pacto – *pactum fiduciae*.<sup>264</sup> Não há, pois, unanimidade quanto à dualidade de negócios na estrutura fiduciária baseada, ou seja, em dualidade de contratos de índoles diversas – real e obrigacional<sup>265</sup>. Assim, a doutrina tradicional elenca os elementos que constituem a estrutura complexa dos negócios fiduciários<sup>266</sup>.

V. *Elemento real*. O elemento real consiste na atribuição da titularidade de um direito – propriedade ou crédito – com a confiança de que será cumprida a sua adaptação a um determinado fim, ou seja, o fim estabelecido pelas partes. Há que esclarecer algumas questões antes de avançar. Estas questões encontram-se relacionadas com a distinção entre os negócios com eficácia real, direitos reais e titularidade fiduciária.<sup>267</sup> Um dos princípios aplicáveis aos Direitos Reais é o da tipicidade, nos termos do qual só são reais os direitos que a lei qualifica como tal, conforme decorre do artigo 1306.º CC. No nosso ordenamento jurídico existe um sistema de *numerus clausus* de direitos reais, sendo certo que não é estabelecido propriamente um *numerus clausus* dos negócios com efeitos reais.

---

<sup>260</sup> Cf. Nicolò Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, cit., p. 115.

<sup>261</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 83.

<sup>262</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 83.

<sup>263</sup> Cf. A Santos Justo, *Direito Privado Romano – III (Direitos Reais)*, cit, p. 94 e 97.

<sup>264</sup> Através da *mancipatio* ou *iure in cessio*, o fiduciante transferia a propriedade da coisa objecto de garantia para o credor; o *pactum fiduciae* regulava a relação fiduciária, ou seja, criava a obrigação de o credor emancipar (ou realizar a *iure in cessio*) a coisa ao garante/fiduciante após o cumprimento da obrigação garantida e a obrigação de o garante ressarcir ao credor as despesas e os prejuízos causados pela coisa, cf. Pablo Fuentesecca, *Lines Generales dela «Fiducia cum Creditore» em Derecho Romano de Obbligaciones*, cit., p. 405.

<sup>265</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 85.

<sup>266</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 85.

<sup>267</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 85.

Com efeito, no âmbito do negócio fiduciário, quando se fala de atribuição patrimonial ou de transmissão fiduciária (propriedade ou titularidade), esta refere-se ao negócio cujo objecto é um direito real.<sup>268</sup> Convém esclarecer que este negócio pode ter por objecto um crédito, nomeadamente a cessão de crédito. Ou seja, em relação ao princípio da tipicidade, não existe *numerus clausus* de negócios transmissivos de direitos reais<sup>269</sup>, vigora neste particular, o princípio da autonomia privada<sup>270</sup>. É difícil encontrar autor que afirme que não fala da atribuição patrimonial como característica do negócio fiduciário, sendo certo que alguns incluem-na na própria definição deste negócio<sup>271</sup>.

Na doutrina italiana, é frequente a distinção entre a fidúcia estática e a fidúcia dinâmica. Na fidúcia dinâmica, o fiduciante, através de um negócio translativo, transmite o direito ao fiduciário, ficando investido na qualidade do titular de direito. Na fidúcia estática, o fiduciário já era titular de direito que não adquiriu do fiduciante, mas porque já lhe pertencia ou por lhe ter adquirido de um terceiro e obriga-se a utilizá-lo de certo modo, transferindo-o mais tarde ao fiduciante ou a terceiro.<sup>272</sup>

VI. *Elemento obrigacional.* No Direito romano, o *pactum fiduciae*<sup>273</sup>, regulava a relação fiduciária, criava a obrigação de o credor restituir a coisa ao fiduciante após o cumprimento. Na fidúcia moderna, este elemento designa-se, em termos doutrinários, de elemento obrigacional, que consiste no pacto nos termos do qual o fiduciário assume a obrigação pessoal de usar o bem transmitido de acordo com o fim<sup>274</sup> estabelecido pelas partes. Em termos psicológicos, este elemento é determinante para que o fiduciante assumo o risco de recorrer a este meio para atingir o fim visado pelas partes. Em termos formais, este elemento constitui o reflexo do fim económico do negócio fiduciário. Em regra, deste elemento derivam várias obrigações, nomeadamente na alienação em garantia, para o credor, em função do bem transmitido, ou seja, a finalidade da

---

<sup>268</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 85.

<sup>269</sup> Cf. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., p. 594.

<sup>270</sup> Cf. José de Oliveira Ascensão, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, cit., p. 162 a 168.

<sup>271</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 86.

<sup>272</sup> Cf. Umberto Giacomelli, *Brevi Osservazioni sul Negoziio Fiduciario*, cit., p. 2 e Nicolò Lipari, *Il Negoziio Fiduciario*, cit., p. 390.

<sup>273</sup> Este acordo se caracterizava como um *nudum pactum* – “pacto nu” - ou seja, desprovido de *actio* – assim, o fiduciante tinha que confiar (*fides*) no fiduciário, pois inexistia acção para condená-lo a cumprir o referido *pactum*. A evolução do *ius civile* permitiu o reconhecimento da fidúcia como um contrato, criando-se com isso instrumentos processuais necessários ao seu cumprimento – a *Actio Fiduciae*, concedida ao fiduciante quando o fiduciário não restituía a coisa ou não lhe dava o destino inicialmente convencionado, e a *Actio Fiduciae Contraria*, que permitia ao fiduciário exigir do fiduciante o cumprimento das obrigações que porventura existissem entre um e outro, podendo, inclusive, exercer direito de retenção (*ius retentionis*) da coisa até o cumprimento.

<sup>274</sup> Cf. André Figueiredo, *O Negócio Fiduciário Perante Terceiros*, cit., p. 322.

transmissão e a sua retransmissão após o cumprimento da obrigação. Em regra, a transmissão do direito efectua-se por referência a um tipo contratual conhecido, que pode ser compra e venda, doação ou outro negócio translativo, sendo depois adaptado a uma finalidade diversa. Sendo que o que se verifica uma funcionalização em sentido atípico da titularidade real, obrigacional ou outra do fiduciário, tendente à prossecução de finalidades não incluídas no negócio translativo – elemento real<sup>275</sup>. Ora, o elemento obrigacional vem adaptar a função típica da transmissão da titularidade aos fins estabelecido pelas partes. Este elemento obrigacional tem efeitos meramente obrigacionais e serve para delimitar as faculdades conferidos ao fiduciário através do elemento real, ou seja, translativo, por isso, alguns autores o consideram um elemento negativo<sup>276</sup> ou subordinado ao real. Todavia, o elemento obrigacional também desempenha um papel positivo, na medida em que é a causa do negócio fiduciário e, sobretudo, da transmissão. Pois o elemento obrigacional determina a realização do elemento material e a sua adaptação ao fim especial prosseguido pelas partes. Este elemento limita obrigacionalmente as faculdades do fiduciário, mas antes, é a causa da transmissão que lhe confere os amplos poderes que vem agora determinar restritivamente o seu exercício.<sup>277</sup>

*VI. Relação entre elemento real e elemento obrigacional.* No negócio fiduciário, conjugam-se os dois elementos – real e obrigacional – para atingir o fim pretendido pelas partes<sup>278</sup>. Todavia, vimos que na fidúcia estática não se verifica a transmissão do direito, ou seja, já se encontrava na esfera do fiduciário. Por isso, alguns autores consideram que neste caso – fidúcia estática – não se pode falar do negócio fiduciário típico<sup>279</sup>. Na análise da relação entre estes elementos, pretende-se determinar se cada um destes elementos constitui um negócio autónomo<sup>280</sup> e, em caso afirmativo, qual a relação entre ambos. Assim, surgiram várias teorias<sup>281</sup> para explicar a relação entre estes elementos.

---

<sup>275</sup> Cf. Pedro P. de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, cit., p. 259.

<sup>276</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propiedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 79. Sobre este aspecto na literatura italiana, cf., por todos, Salvatore Romano, *L'accordo fiduciario ed il problema della sua rilevanza*, in AAVV, *Studi in onore di Gioacchino Scaduto*, III *Diritto civile e diritto romano*, Giuffrè, Milão, 1970, pp. 35-88, p. 47.

<sup>277</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propiedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 90.

<sup>278</sup> Cf. Miguel Virgos Soriano, *El Trust y el Derecho Español*, Thomson, Navarra, 2006. 48.

<sup>279</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propiedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 87.

<sup>280</sup> Cf. Tullio Ascarelli, *Negócio Jurídico Indirecto*, Jornal do Fôro, Lisboa, 1965, p. 17.

<sup>281</sup> A doutrina de autonomia e subordinação do elemento obrigacional - Esta doutrina é sustentada essencialmente por SCHÖNY, asseverando que o elemento real e elemento obrigacional constituem verdadeiros negócios autónomos, considerando ainda que entre ambos existe um laço forte de ligação, que lava, no ponto de vista das partes do negócio fiduciário, estes negócios a perderem a autonomia. Para GENNARO, *I Contratti Misti. Delimitazione, Classificazione e Disciplina. Negotia Mixta Cum Donatione*,

### 5.3. Actual construção dos negócios fiduciários

*I. Generalidades.* Actualmente, ficaram afastadas as dúvidas quanto à absorção dos negócios fiduciários pelo regime da simulação<sup>282</sup>. No contrato simulado, há divergência entre a vontade real e a vontade manifestada, sendo os negócios vazios. Nos negócios fiduciários há uma verdadeira intenção. As partes socorrem-se de um tipo de contrato cujo objecto legal não coincide, por inteiro, com os propósitos prosseguidos pelas mesmas. Por outro lado, quanto aos elementos que compõem o conceito dos negócios fiduciários, consideram que há sempre neste negócio uma desproporção entre o meio usado pelas partes e o fim pretendido que se traduz no poder de abuso que a transmissão de um direito ao fiduciário comporta, na medida em que o

---

Cedam, Padova, 1934, p. 75, existe uma contraposição entre elemento real e obrigacional e ambos são negócios autónomos que se confluem de forma imediata e reflexa. Segundo esta doutrina, os dois negócios exercem uma sobre outra a recíproca influência em que predomina o negócio real, cf. Carmelo Scuto, *Il Concetto del Contratto e le sue Varie Applicazioni*, in RDCom., 1930, I, p. 663, sobre obrigacional, ou seja, o negócio obrigacional limita o real.

*Doutrina do negócio único: real-obrigacional* - Para esta doutrina, existe um nexo estrutural entre o elemento real e obrigacional, constituindo apenas um negócio, cf. Nicolò Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, cit., p. 297, único misto, ou seja, uma unidade substancial. MARCEL PLANIOL E GEORGES RIPERT consideram ainda que a tradicional concepção de que o negócio obrigacional com efeito meramente obrigacional visa apenas limitar o negócio real deriva da inexistência da desproporção entre os efeitos do negócio real e fim pretendido pelas partes. Por isso rejeitam tal subordinação. Sustentam ainda estes autores que existe sempre a função limitativa entre os efeitos, ou seja, o efeito obrigacional limita o efeito real, sendo certo que a dependência não é unilateral, mas sim recíproca, pois o efeito obrigacional actua como causa justificadora, cf. Emilio Betti, *Teoria General del Negozio Giuridico*, ESI, 1969, p. 324, do efeito real, cf. Marcel Planiol e Georges Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, LGDJ, VI, Paris, 1930, p. 17- 18 e Marcel Planiol/Georges Ripert, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 2.<sup>a</sup> ed., II, LGDJ, Paris, 1937, p. 311. *A interdependência dos negócios conexos* - Para esta doutrina, deve-se abandonar o parcelamento dos elementos que constituem o negócio fiduciário, de modo a entendê-lo como uma unidade, sem fazer perder a individualidade própria de cada elemento constitutivo. Ou seja, o negócio fiduciário enquanto negócio único, com elementos que podem ser individualizados não diminui a interdependência entre os seus elementos. Por isso, entende-se que esta interdependência constitui uma subordinação mútua – nem subordinação do elemento real ao obrigacional, nem obrigacional em relação ao elemento real. Para esta doutrina, a confiança que o fiduciante deposita no elemento obrigacional leva-o a celebrar o negócio fiduciário; ergo, o elemento obrigacional não pode ser visto como um mero pacto limitativo de valor negativo, na medida em que através dele é que se alcança a atribuição da titularidade, cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 93. Por sua vez, os efeitos obrigacionais dependem do efeito real – transmissão do direito, de modo que os efeitos de cada um dos elementos surja em consideração da efectivação do outro. Assim, os elementos – real e obrigacional – são essenciais para a construção do negócio fiduciário. Por esta razão, considera-se que o negócio fiduciário, embora complexo, constitui um único negócio. O negócio fiduciário é composto por dois negócios simples, unidos intimamente por um vínculo consensual de força exclusivamente fiduciária, que regula a interdependência que deve existir entre os dois negócios, por causa de um fim convencionado pelas partes. Ou seja, nem autónomos, nem unidos essencialmente; e tão pouco com clara subordinação do negócio obrigacional na qualidade de pacto acessório. Para esta doutrina, que no fundo vem reforçar a doutrina do negócio único real-obrigacional, o negócio fiduciário é uma conexão dos contratos distintos, mas a intenção das partes é querida como um todo, de modos que se encontram entre si em recíproca dependência, cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 94.

<sup>282</sup> Cf. Luís Cinha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil. Em Comentário ao Código Civil Português*, V, Coimbra Editora, Coimbra, p. 714-715.

fiduciário/adquirente pode violar a obrigação que sobre ele recai, ou seja, a transmitindo o direito objecto da transmissão fiduciária a terceiro ou a recusa da retransmissão ao fiduciante. Como veremos, a desproporção entre o meio e o fim também deixou de ter a importância que tinha na construção de REGELSBERGER. Com a evolução da doutrina, as novas actividades económicas, a evolução jurisprudencial, a protecção legal do fiduciante e o decurso do tempo, questiona-se se continua a existir um elemento caracterizador<sup>283</sup> do negócio fiduciário.

*II. Teses da transmissão - sequência da Construção de REGELSBERGER.* Nos finais do século XIX até início do século XX, a transmissão do direito era considerada como elemento caracterizador do negócio fiduciário. Os autores espanhóis da década de 50 relevaram muito o elemento transmissão da propriedade como caracterizador da fidúcia.<sup>284</sup> Na literatura jurídica portuguesa, CUNHA GONÇALVES, ainda na vigência do Código de Seabra, tinha uma orientação própria, considerando inadmissível o negócio fiduciário na Ordem Jurídica Portuguesa, na sua caracterização, fazendo relevar as limitações que acompanham o direito transmitido.<sup>285</sup> MANUEL DE ANDRADE<sup>286</sup>, VAZ SERRA<sup>287</sup>, PESSOA JORGE<sup>288</sup>, BELEZA DOS SANTOS<sup>289</sup> e ORLANDO DE

---

<sup>283</sup> Neste particular pretende-se, sobretudo, analisar a visão unitária tradicional do negócio fiduciário, a sua adequação jurídica científica e o seu interesse prático. O negócio fiduciário pode assumir diferentes concretizações. É importante analisar se o tratamento unitário dos negócios fiduciários, nomeadamente para administração e para garantia, é aceitável actualmente. Quanto à estrutura dos negócios fiduciários, não é difícil detectar diferenças entre a estrutura fiduciária de origem anglo-saxónica e os negócios fiduciários continentais. O negócio fiduciário estático coaduna-se mais com a fidúcia para administração do que com a fidúcia para garantia, pois na fidúcia para administração a transferência do direito não é um elemento indispensável. A fidúcia dinâmica implica necessariamente a transferência de um direito ao fiduciário. Diferentemente da fidúcia dinâmica, na fidúcia estática o fiduciário já é titular da referida posição jurídica ou adquire-a a um terceiro que depois se obriga a exercê-la de determinada forma a favor do fiduciante ou de terceiro. Por essa razão, no negócio fiduciário de garantia, se o bem objecto de garantia já se encontrava na esfera jurídica do credor, ainda assim se pode do negócio fiduciário para garantia, nomeadamente a reserva de propriedade. Ou seja, mesmo na situação em que o mutuário mantenha a titularidade do direito quando o deveria transmitir para o mutuante, acordando que o mesmo direito torna-se objecto de garantia fiduciária, não estamos diante de uma alienação em garantia, pois uma das características da alienação em garantia diz respeito à detenção da qualidade de credor antes de ser titular do bem objecto de garantia. Portanto, a manutenção do direito na esfera do credor não desempenha a função de transmissão, dado que o direito já lhe pertencia antes de ser credor. Com efeito, centrar unicamente na assunção da posição do fiduciário, mesmo numa perspectiva estrutural, não é conveniente em relação à alienação fiduciária em garantia. Assim, é pertinente proceder à análise da bondade da conceptualização harmonizada do negócio fiduciário, recorrendo à *fiducia cum creditore* e à *fiducia cum amico*, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 942.

<sup>284</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propiedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 85.

<sup>285</sup> Cf. Luís Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, V, cit., p. 715-716.

<sup>286</sup> Cf. Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, *Facto Jurídico*, em *Especial Negócio Jurídico*, Almedina Coimbra, 1960, p. 175.

<sup>287</sup> Cf. Adriano Vaz Serra, *A Cessão de Créditos ou de Outros Direitos*, in BMJ, 1955, p. 147-148.

<sup>288</sup> Cf. Fernando Pessoa Jorge, *O Mandato sem Representação*, Almedina, Coimbra, 2001 (Reim.), p. 325.

<sup>289</sup> Cf. José Beleza dos Santos, *Simulação em Direito Civil*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1921, p. 112-114.

CARVALHO<sup>290</sup> assentam essencialmente na transmissão do direito como elemento caracterizador do negócio fiduciário. Mesmo após a admissibilidade dos negócios fiduciários alguns autores ainda continuam a centrar na transmissão para caracterizar este negócio.<sup>291</sup> Recentemente, CATARINA PIRES e HUGO RAMOS ALVES consideram que o negócio fiduciário redonda na transmissão de um direito<sup>292</sup>.

*III. A restrição da fidúcia na jurisprudência alemã.* Na Alemanha, a teoria desenvolvida pela jurisprudência traduz-se na restrição do conceito de negócio fiduciário pleno às relações assentes numa transmissão imediata e directa de um direito da esfera jurídica do fiduciante para o do fiduciário.<sup>293</sup> Com efeito, se não for verificada esta transmissão, fica impossibilitada a aplicação do regime fiduciário jurisprudencial. Assim, o regime jurisprudencial não é aplicável à fidúcia *estática* porque nela não se verifica a tal transmissão.<sup>294</sup> Todavia, o facto de não ser incluído no conceito jurisprudencial de fidúcia, não é sinónimo de proscrição da fidúcia estática. Apenas se verifica a circunscrição dos mecanismos que os beneficiários têm a sua disposição. Por outro lado, os tribunais alemães estão a desenvolver-se no sentido da inclusão da fidúcia estática no conceito jurisprudencial de fidúcia.<sup>295</sup>

*IV. Desproporção entre o meio e o fim como obstáculo à fidúcia estática.* Para NAVARRO MONTORELL<sup>296</sup> se não ocorrer à transferência de propriedade, dificilmente se conjugará com um elemento muito importante do negócio fiduciário, que é a atribuição de confiança e o risco fiduciário. Este autor considera que dificilmente se poderá falar na desproporção entre o meio e o fim, motivo pelo qual entende que deve-se falar de negócio fiduciário impuro, sublinhando ainda o facto de, no caso de alienação da coisa, ser mais difícil a sua reivindicação por parte do fiduciante. Somos do entendimento que este elemento, na fidúcia moderna, deve designar-se de negócio de transmissão, porquanto pode ter por objecto um direito de crédito. O autor considera que um negócio fiduciário

---

<sup>290</sup> Cf. Orlando de Carvalho, *Negócio Jurídico Indirecto*, cit., p. 124.

<sup>291</sup> Cf. Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 188 e João de Castro Mendes, *Direito Civil: Teoria Geral*, III, AAFDL, Lisboa, 1968, p. 237-238. Na jurisprudência, cf. Ac. da Relação de Lisboa, de 22 de Abril de 1999, proc. N.º 0000382 e de STJ, de 17 de Dezembro de 2002, proc. n.º 02ª3267 que consideram que a transmissão do direito é um elemento caracterizador do negócio fiduciário.

<sup>292</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, cit., p. 308 e Catarina Pires, *Alienação em Garantia* cit., p. 71. Compreende-se porque estes autores, nas referidas obras referem-se aos negócios fiduciários de garantia, nos termos do qual, em regra, verifica-se a transmissão do direito para fins de garantia.

<sup>293</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 849.

<sup>294</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 849.

<sup>295</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 849.

<sup>296</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propiedad Fiduciaria*, cit., p. 87.

puro tem de comportar a transmissão de um direito, não bastando que a sua mera titularidade seja assegurada pelo fiduciário. Esta qualificação foi rejeitada em virtude de se entender que a desproporcionalidade entre o meio empregue e o fim visado pelas partes pode consubstanciar um elemento caracterizador do negócio fiduciário, considera-se que a desproporção entre o meio e o fim constitui uma decorrência da fidúcia, mas não uma causa.<sup>297</sup>

V. *A impossibilidade de abuso como obstáculo à fidúcia estática*. Vimos que NAVARRO MONTORELL<sup>298</sup> considera que dificilmente se poderá falar na desproporção entre o meio e o fim na fidúcia estática. Esta posição assenta na convicção de que a desproporcionalidade é um elemento intrínseco do negócio fiduciário. A doutrina clássica já vinha admitindo que em relação aos elementos que compõem o conceito dos negócios fiduciários, sobretudo para administração, poderá não haver desproporção entre o meio e o fim, razão pela qual foi proposto, para caracterizar o negócio fiduciário, o poder de abuso que a transmissão de um direito ao fiduciário comporta. Todavia, uma parte da doutrina clássica entende que é difícil existir este poder de abuso sem a desproporção entre o meio e o fim. Todavia, há quem ponha em causa a existência de desproporção entre o meio e o fim porque o meio é indispensável para alcançar o fim visado pelas partes<sup>299</sup>. Esta doutrina considera que o fiduciante confere os meios mais amplos ao fiduciário, meio este superior ao necessário para a prossecução do fim visado pelas partes. Confere estes poderes ao fiduciário devido à confiança depositada nele, por isso, motivo pelo qual a confiança era alcandorada a elemento fundamental no negócio fiduciário.

VI. *Superação da doutrina e jurisprudência da transmissão - LIPARI - Fidúcia estática*. Em Itália, já se considerava que o negócio fiduciário não pressupõe a transferência do direito da esfera do fiduciante para a do fiduciário, tendo em conta a dupla dimensão do negócio fiduciário, interna e externa. O conceito da dimensão externa não respeita à transmissão do direito, mas a todos os aspectos deste negócio que estejam relacionados com a titularidade do direito. Deve-se identificar um direito na esfera do fiduciário, que se compromete a actuar em benefício do terceiro.<sup>300</sup> Na doutrina

---

<sup>297</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 850.

<sup>298</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria*, cit., p. 87.

<sup>299</sup> Cf. Nicolò Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, cit., p. 115.

<sup>300</sup> Cf. Casere Grassetti, *Trust Anglosassone, Proprietà Fiduciaria e Negozio Fiduciario*, in RDComm, 34, 1936, p. 551.



italiana<sup>301</sup>, é frequente a distinção entre a fidúcia estática e a fidúcia dinâmica. A fidúcia dinâmica implica necessariamente a transferência de um direito ao fiduciário. Diferentemente da fidúcia dinâmica, na fidúcia estática, o fiduciário já é titular da referida posição jurídica ou o adquire a um terceiro que depois se obriga a exercer de determinada forma a favor do fiduciante ou de terceiro. Esta distinção/modalidade ganhou interesse com a publicação de *Il Negozio Fiduciario* de LIPARI<sup>302</sup>, autor que considera que a fidúcia estática é caracterizada pela mera assunção da obrigação por parte do titular de direito, que irá exercer a posição ocupada em função dos fins propostos pelas partes. A posição de Lipari teve acolhimento doutrinal e jurisprudencial em Itália. No entanto, a maioria da doutrina continua a definir o negócio fiduciário como um negócio translativo.<sup>303</sup>

VII. *Pestana de Vasconcelos - fidúcia não translativa*. PESTANA DE VASCONCELOS, que dedicou uma parte significativa da sua dissertação de doutoramento aos negócios fiduciários, em especial, a fidúcia estática e dinâmica,<sup>304</sup> admite a validade e a qualificação deste negócio enquanto negócio fiduciário. Todavia, este autor, na caracterização do negócio fiduciário, não realçou este aspecto, ou seja, não deu relevância ao facto de que a fidúcia pode ser constituída sem que haja a transmissão do direito do fiduciante para o fiduciário, afirmando que o que caracteriza o negócio fiduciário é a existência da estrutura fiduciária que consiste na *transmissão* de um direito cujo exercício está limitado obrigacionalmente e que o fiduciante deverá, verificado um determinado circunstancialismo, *retransmitir* ao fiduciante ou ao terceiro. Ainda considera que é como que este direito fosse *confiado* por fiduciante ao fiduciário essencialmente por forma a garantir um crédito ou para ser administrado.<sup>305</sup>

---

<sup>301</sup> Cf. Francesco Galgano, *Diritto Civile e Commerciale*, II, cit., p. 458, Vincenzo M. Trimarchi, *Negozio fiduciário*, cit., p. 48, Giovanni Criscuoli, *Fiducia e Fiducie in Diritto Privato*: cit., p. 141 e Giovanni Meruzzi, *Intestazione a Società Fiduciarie di Titoli Azionari*, cit., p. 393.

<sup>302</sup> Cf. Nicolò Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, cit., p. 150 ss.

<sup>303</sup> Cf. Michele Graziadei, *Acquisto per Conto di un Comitato non Riconosciuto, e Dissociaciazione della Proprietà*, in RDCiv, 1988, II, 34, p. 127ss.

<sup>304</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 54. Todavia, esta modalidade de *fiducia*, como referimos não se confunde com os negócios em que uma das partes se obriga a adquirir um determinado direito para o outro contraente. No caso atrás referido, o fiduciário obriga-se, mediante *pactum fiduciae*, a realizar a aquisição para o fiduciante de um direito que lhe deverá transferir em cumprimento da obrigação assumida. Diferentemente da *fiducia* estática, quando o fiduciário se obriga a adquirir um determinado direito para o fiduciante, não se trata da situação em que o fiduciário já fosse titular do direito. Ou seja, a posição fiduciária do fiduciário implica a celebração de um negócio com terceiro, pelo qual se adquire o direito que *ex vi* do negócio inicial obrigou-se a retransmitir ao fiduciante, razão pela qual a doutrina lhe classifica de negócio fiduciário indirecto

<sup>305</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 67.

VIII. *Trust*. Na doutrina portuguesa, alguns autores reconhecem que os negócios fiduciários não têm necessariamente na sua origem a transmissão de um direito. No mesmo sentido, FERRER CORREIA<sup>306</sup>. Por outro lado, PAIS DE VASCONCELOS<sup>307</sup> admite a constituição de uma situação fiduciária através de *atribuição por omissão*. Esta situação inclui os casos em que as partes acordam na conservação do direito na esfera jurídica do devedor, contanto que este passe a assumir a posição do fiduciário. MENEZES CORDEIRO<sup>308</sup> e OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>309</sup> abrem as portas aos casos que não assentam num negócio translativo. JANUÁRIO DA COSTA GOMES<sup>310</sup> reconhece a validade da fidúcia estática e negócios fiduciários constituídos por simples manifestação de vontade do fiduciário. Haverá algum impedimento para que o negócio fiduciário, no Direito português resulte não de uma transmissão em vida ou em morte, mas da simples assunção dessa obrigação, por parte do titular do direito? Não cremos. De resto, estamos plenamente convencidos de que nenhum dos autores acima mencionados, confrontados com esta questão, responderia de forma diferente.<sup>311</sup>

Actualmente, a doutrina europeia desenvolve-se no sentido de aceitar a constituição dos negócios fiduciários não translativos. Nos termos do artigo 2.º da Convenção Sobre a Lei Aplicável ao *Trust* e ao seu Reconhecimento – HAIA 1985 – “*Para os propósitos desta Convenção, o termo trust se refere a relações jurídicas criadas – inter vivos ou após a morte – por alguém, o outorgante, quando os bens forem colocados sob controle de um curador para o benefício de um beneficiário ou para alguma finalidade específica*”. Esta convenção dá relevância à posição jurídica do fiduciário sobre os bens deste objecto de *trust*<sup>312</sup>. Em Portugal, O próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 352-A/88, de 3 de Outubro, alterado pela Lei n.º 89/2017 de 21 de Agosto, que instituiu, no âmbito da Zona Franca da Madeira, a figura do *trust* numa das suas passagens refere “...*instrumentos de gestão fiduciária (trust), ...*”

IX. *Ainda em busca do elemento caracterizador - assunção da posição do fiduciário*. Recentemente, a doutrina considera que o elemento caracterizador do negócio

<sup>306</sup> Cf. António Ferrer Correia, *Sociedades Fictícia e Unipessoais*, Atlântida, Coimbra, 1943, p. 171.

<sup>307</sup> Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Em Tema de Negócio Fiduciário*, cit., p. 128-129.

<sup>308</sup> Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, II - Direito das Obrigações*, vol. II – *Contratos Negócios Unilaterais*, Almedina, Coimbra, 2010, na página 259, na caracterização da fidúcia moderna, refere “*normalmente*” uma transferência do bem para fiduciário.

<sup>309</sup> Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Teoria Geral*, II – *Acções e Factos Jurídicos*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 308.

<sup>310</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória*, cit., p. 87.

<sup>311</sup> No mesmo sentido, A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 844.

<sup>312</sup> Cf. Afonso Patrão, *Reflexões sobre o Reconhecimento de Trust Voluntários sobre Imóveis Situados em Portugal*, in Boletim da FDUC, LXXXVII, UNIVERSIDADE DE COIMBRA, 2011, p. 376.

fiduciário consiste na localização do direito assumido em fidúcia na esfera jurídica do fiduciário.<sup>313</sup> Considera BARRETO MENEZES CORDEIRO<sup>314</sup> que a origem da relação fiduciária remonta à assunção da posição do fiduciário e não à transmissão do direito. Refere ainda o autor que o facto de a transmissão coincidir em regra com a assunção consubstancia um mero dado estático, porque não é a transmissão que faz nascer a relação fiduciária, mas sim a declaração de que determinada posição jurídica apenas irá ser exercida nos termos acordados pelas partes. Este autor conclui que o primeiro elemento caracterizador do negócio fiduciário consiste na localização do direito assumido em fidúcia na esfera jurídica do fiduciário, ou seja, a assunção da posição fiduciária.

X. *O pactum fiduciae e a superfluidade da transmissão.* Chegado a este ponto, ficou demonstrado que grande parte da doutrina recente admite a modalidade do negócio fiduciário estático<sup>315</sup>. É necessário compatibilizar, ou pelo menos, analisar a relação deste facto com o problema de autonomia ou não do *pactum fiduciae*. Qual será a qualificação do *pactum fiduciae* se se admite a existência do negócio fiduciário sem transmissão do direito? Será a uma mera cláusula inserida num contrato típico a que as partes recorrem para atingir os fins visados, ou será um negócio autónomo? Fazendo um brevíssimo bosquejo pela doutrina lusófona<sup>316</sup>, encontramos algumas tentativas de resposta. Para PEDRO PAIS DE VASCONCELOS<sup>317</sup> o *pactum fiduciae* consiste numa simples cláusula, na medida em que define o negócio fiduciário como um contrato atípico, construído geralmente através do recurso a tipo contratual conhecido, susceptível de ser

---

<sup>313</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 852.

<sup>314</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 852.

<sup>315</sup> Considera-se que não obsta à qualificação como fiduciário o facto de no depósito de *escrow* poder não se verificar a efectiva transferência da propriedade dos bens para o depositário., cf. Fátima Fonseca, *O Contrato de Depósito Escrow*, in RDS, IX, 2017, n.º 4, pp. 801 ss, p. 822-823.

<sup>316</sup> Sobre negócios fiduciários na doutrina brasileira, cf. Vilson Rodrigues Alves, *Alienação Fiduciária em garantia*, Millennium, Campinas, 1998; Alfredo Buzaid, *Ensaio sobre a Alienação Fiduciária em Garantia*, RT 401/9-29, Março, São Paulo, 1969; Melhim Namem Chalhub, *Trust: Perspectivas do Direito contemporâneo na transmissão da Propriedade para Administração de Investimentos e Garantia*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001; Christoph Fabian, *Fidúcia, Negócios Fiduciários e Relações Externas*, Sérgio Antônio Fabris Porto Alegre, 2007; Waldemar Ferreira, *O "Trust" Anglo-americano e o "Fideicomisso" Latino-americano*, *Revista da Faculdade de Direito da USP* 51/182-202, São Paulo, 1956; Orlando Gomes, *Contrato de Fidúcia* ("Trust"). *RF* 211/11-20, Forense, Jul.-Set, Rio de Janeiro, 1965; Otto de Souza Lima, *Negócio fiduciário*, RT, São Paulo, 1962; Judith Martins-Costa, *Os Negócios Fiduciários (considerações sobre a possibilidade de acolhimento do "trust" no Direito Brasileiro)*, 48/54-79, Dez.-Mar, *Ajuris*, Porto Alegre, 1990; José Carlos Moreira Alves, *Da Alienação Fiduciária em Garantia*. 2.ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1979; Silvia Opitz, *Alienação Fiduciária em Garantia, Aplicação da Lei 4.728, de 14.07.1965*, Borsoi, Rio de Janeiro, 1970; Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*. 3.ª ed., RT, São Paulo, 1982; Paulo Restiffe, *Garantia Fiduciária: Direito e Ações*. 2.ª ed., RT, São Paulo, 1976 e Eduardo Salomão Neto, *O Trust e o Direito Brasileiro*, TR, São Paulo, 1996; Arnoldo Wald, *Algumas Considerações a Respeito da Utilização do "Trust" no Direito Brasileiro*, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 99/105-120, Malheiros, São Paulo, 1995.

<sup>317</sup> Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, cit., p. 262.

adaptado a uma finalidade diferente da sua própria, através de uma convenção obrigacional de adaptação. MENEZES CORDEIRO<sup>318</sup> sustenta que, no negócio fiduciário, as partes inserem, numa estrutura contratual típica uma cláusula fiduciária. No mesmo sentido, CARVALHO FERNANDES<sup>319</sup> considera que o negócio fiduciário é um negócio atípico, nos termos do qual, as partes adequam, mediante uma cláusula obrigacional, o conteúdo de um negócio típico. JANUÁRIO DA COSTA GOMES<sup>320</sup> referindo-se à fidúcia dinâmica, considera que o *pactum fiduciae* consiste numa cláusula que se adjunta a um negócio de alienação. BARRETO MENEZES CORDEIRO<sup>321</sup> entende que da conjugação das duas premissas – aceitação da fidúcia estática e a qualificação do *pactum fiduciae* como mera cláusula – resultaria que a fidúcia estática seria uma cláusula sem contrato, o que considera que, tanto na perspectiva jurídica como numa perspectiva lógica, não pode ser aceite. Para este autor, a aceitação da fidúcia estática e a qualificação do *pactum fiduciae* como mera cláusula seria idêntico a conceber um termo ou uma condição desinserida de qualquer negócio, aprontando que a autonomia estrutural da fidúcia estática emancipou, indirectamente, um negócio fiduciário. Por essa razão o autor sustenta que deve-se excluir a construção que apresente o negócio fiduciário como uma modalidade do negócio indirecto<sup>322</sup>, pois este pressupõe a existência de um outro negócio, o que considera que não se verifica necessariamente. Conclui o autor que o negócio fiduciário é *um negócio*<sup>323</sup>:

a) Autónomo; b) completo e; c) típico; d) que se caracteriza pela assunção, por parte do titular de um direito, da obrigação de actuar, no âmbito de uma determinada posição jurídica, nos exactos termos acordados.

Demonstrada a posição doutrinária quanto à qualificação do *pactum fiduciae* e à necessidade da transmissão de um direito nos negócios fiduciários, parece pertinente

---

<sup>318</sup> Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil*, II/II, cit., p. 268.

<sup>319</sup> Cf. Luís Carvalho Fernandes, *A Admissibilidade do Negócio Fiduciário no Direito Português*, cit., p. 229.

<sup>320</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, cit., p. 87.

<sup>321</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 853.

<sup>322</sup> Para um estudo aprofundado dos negócios indirectos, cf. Tullio Acararelli, *Negócio Jurídico Indirecto*, Jornal do Fôro, Lisboa, 1965, p. 7 ss.

<sup>323</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 853. Segundo ANDRÉ FIGUEIREDO, *um negócio fiduciário poderá “ser descrito como o contrato do qual resulta, directa ou indirectamente, uma atribuição plena e exclusiva (ainda que temporária) de um bem ao fiduciário - maxime, de um direito de propriedade sobre uma coisa -, gravada porém por um vínculo funcional de natureza obrigacional que instrumentaliza a situação jurídica em que fica investido o fiduciário à prossecução de um interesse alheio - pertencente ao fiduciante -, e que impõe, nos termos estipulados, a (re)transmissão daquele acervo patrimonial e respectivos frutos para a esfera do fiduciante”*, cf. André Figueiredo, *O Negócio Fiduciário Perante Terceiros*, cit., p. 83.

referir que, na maioria dos casos, o negócio fiduciário tem origem na transmissão de um direito. Como ficou demonstrado na análise da parte histórica, a *fiducia* romana, sendo a origem dos negócios fiduciários, era baseada num negócio translativo. Ora, as inspirações e bases do negócio fiduciário remontam ao Direito romano<sup>324</sup>.<sup>325</sup> Actualmente, o negócio fiduciário, na maioria dos casos, tem origem na transmissão de um direito e, para o que nos interessa – alienação em garantia – verifica-se sempre a transmissão do direito. Portanto, de acordo com a teoria simulatória, sendo nulo o negócio translativo, o bem nunca saiu da esfera jurídica do fiduciante, na medida em que a nulidade produz efeitos retroactivos.

#### a) As doutrinas anti - posição de fiduciário - a doutrina simulatória

*I. A causa enquanto objecto da discussão doutrinária.* A causa<sup>326</sup> constitui a causa de discussão doutrinária. França constitui a tradicional representante da escola causalista<sup>327</sup>. Nos termos do artigo 1108.º do *Code Civil*, a causa constituía um dos requisitos de validade dos contratos, ao lado do consentimento, da capacidade e do objecto determinado. Vários outros países enumeram também a causa como requisito dos contratos, nomeadamente *CCit*, artigo 1325.º 2); Código Civil Espanhol, artigo 1261.<sup>328</sup>, dentre outros<sup>329</sup>. Em Espanha, a doutrina, em relação aos negócios jurídicos de atribuição

---

<sup>324</sup> Cf. Jean-Philippe, *Le Transfert Fiduciaire: "Doner pour Reprendre": Mancipio dare ut Remancipetur. Analyse Historique et Comparatiste de la Fiducie-gestion*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 80, ver em resumo in RIDC, ano 2001 Vol. 53 n.º 3 pp. 751-754.

<sup>325</sup> Cf. Juan Iglesias, *Derecho Romano – Historia e Instituciones*, cit., p. 316 e Santos Justo, *Breviário de Direito Privado Romano*, cit, p. 168.

<sup>326</sup> A causa do negócio jurídico tem suscitado diversas discussões na doutrina. As dificuldades relacionam-se, essencialmente, pela polissemia do seu conceito e pelas incertezas quanto à sua delimitação relativamente a outras figuras. Discute-se ainda o papel que lhe deve ser reconhecido no âmbito da formação dos negócios jurídicos e dos limites à autonomia privada. ... *estudar a causa equivale a procurar "o quarto lado do triângulo"*, cf. Ana Filipa Morais Antunes, *A Causa do Negócio Jurídico no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016, p. 7-15 e Karl Larenz, *Base del Negocio Juridico y Cumplimento de los Contratos*, Editora Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 80.

<sup>327</sup> Mas a *cause* desapareceu na recente reforma do Direito dos Contratos.

<sup>328</sup> Artigo 1261.º: sob epígrafe: *De los requisitos esenciales para la validez de los contratos Disposición general...*

*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:...*

3.º *Causa de la obligación que se establezca.*

<sup>329</sup> Nomeadamente o Código Civil Argentino, artigo 499.º; Código Civil Chileno, artigo 1145.º; Código Civil Belga, artigo 1108.º; Código Civil Uruguaio, artigo 1287.º; Código Civil Venezuelano, artigo 1141.º. o nosso Código Civil não refere expressamente a causa como requisito dos contratos. Por não fazerem qualquer referência à causa no negócio jurídico em seus diplomas civis, Suíça, Peru, México e Alemanha integram a chamada escola anticausalista. Na Alemanha, o BGB, no § 138.º, limita-se a prever a nulidade do negócio jurídico "que ofende os bons costumes". A propósito, reforçando a posição anti-causalista, cf. Frederico de Castro y Bravo, *El Negocio Juridico. Tratado Practico y Critico de Derecho Civil*, X, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967, p. 177. O Direito Alemão não faz distinção de tratamento entre os negócios jurídicos causais e os abstractos, cf. Juan-Bautista Jordano, *Los Contratos Atipicos*, in

– os negócios nos termos dos quais se atribui direito à contraparte ou a terceiro – sustenta que estes necessitam de um fundamento jurídico, uma causa, por virtude da qual a atribuição se justifica. Como paradigma, a transmissão da propriedade necessita de uma causa por virtude da qual se justifique. Considera-se que a transmissão da propriedade não ocorre por si mesma, ou seja, tem que ter uma causa, que pode ser um negócio jurídico, nomeadamente a compra e venda ou um fundamento legal, quando se encontra, em virtude da lei, obrigado a transmitir o referido direito.<sup>330</sup> Uma parte da doutrina espanhola, em relação à estrutura dos negócios fiduciários, até meados do século passado, continuava a defender a teoria dualista do negócio fiduciário. MANUEL ALBALADEJO<sup>331</sup> considera que a causa do negócio fiduciário consiste na “permuta” do direito que se transmite, para a vantagem que com essa transmissão obtém o fiduciante.

Assim, o autor sustenta que a causa do negócio fiduciário consiste:

- a) Nas vantagens obtidas com a transmissão do bem na alienação fiduciária para a garantia – a garantia da dívida;
- b) Nas vantagens obtidas com a transmissão do bem nos negócios fiduciários para a administração do bem – a administração do bem;
- c) Nas vantagens obtidas com a transmissão do bem nos negócios para a cobrança da dívida – cobrança efectiva da dívida.

Todavia, nos termos do artigo 1274.º do Código Civil Espanhol, a causa dos contratos onerosos é a contraprestação e dos contratos gratuitos a mera liberalidade do alienante, considerando que o CASTRO Y BRAVO que a *causa fiduciae* não pode ser qualificada como onerosa, na medida em que o bem é transmitido sem qualquer contraprestação e, também não pode ser qualificada como gratuita na medida em que a transmissão do direito visa garantir o cumprimento da obrigação e também do interesse do alienante. JORDANO<sup>332</sup>, por seu turno, considera que a causa do negócio fiduciário não corresponde a nenhuma das causas clássicas, razão pela qual advoga que a causa do negócio fiduciário é atípica. Em relação a esta teoria, CASTRO Y BRAVO considera que sendo o negócio fiduciário constituído por dois negócios independentes, cada um deles deve ter uma causa própria e adequada. Assim, a causa do *pactum* seria a assunção da

---

Revista General de Legislacion y Jurisprudencia – Julho-Agosto de 1953, Reus, Madrid, 1953, p. 23. A doutrina anti-causalista é tradicionalmente criticada em Itália, cf. Antonio Motta, *La Causa delle Obbligazioni nel Diritto Civile Italiano*, Bocca, Torino, 1929, p. 104.

<sup>330</sup> Cf. Werner Flume, *El Negocio Jurídico*, Fundació Cultural del Notariado, Madrid, 1998, p. 193.

<sup>331</sup> Cf. Manuel Albaladejo, *El Negocio Jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 224-226.

<sup>332</sup> Cf. Juan-Bautista Jordano, *Propriedad Fiduciaria y Negocio Fiduciario*, [s. n., s. d.], p. 5-7.

titularidade do direito em função dos fins acordados pelas partes. Com efeito, questiona-se, se se olhar para o negócio fiduciário como um todo, qual seria a causa do negócio translativo.<sup>333</sup> Ou seja, o negócio translativo não teria causa adequada. Consequentemente, este autor afastou a tese dualista e adopta a construção unitária. CASTRO Y BRAVO considera que a matriz negocial do negócio fiduciário é o contrato de compra e venda. Todavia, o negócio fiduciário está em dissonância com a compra e venda pelo que esta só pode ser encarrado como simulado. Assim, avança com a figura da venda em garantia, cuja causa seria proporcionar mais protecção ao mutuário, mas a causa de compra e venda – transmissão plena e definitiva do direito de propriedade – não se adequa aos negócios fiduciários.<sup>334</sup> Assim, conclui que o negócio dissimulado tem uma natureza simples e típica, resumindo, para os negócios fiduciários em garantia, numa garantia e, para os negócios fiduciários para administração, genericamente, em contrato de mandato.<sup>335</sup> A doutrina moderna do negócio fiduciário centra muito na possibilidade da transmissão plena e temporária do direito e a protecção dos beneficiários contra hipótese de abusos cometidos pelos fiduciários, que no caso da insolvência deste. A construção de BRAVO permite responder a estas preocupações de seguinte modo.<sup>336</sup>:

- a) Dado que o contrato simulado não produz efeitos entre as partes, o fiduciante pode reivindicar o direito de propriedade a todo o tempo;
- b) No caso de alienação, o fiduciante pode reivindicar a propriedade aos terceiros adquirentes de que tenham o conhecimento da natureza simulatória da transmissão;
- c) Os terceiros adquirentes que não conhecem a natureza simulatória da compra e venda e que tenham adquirido a título oneroso, são protegidos pelo regime da simulação.

Com efeito, ao contrato de compra e venda seria aplicado o regime de simulação, ocultação da causa, mas este regime adequa-se às pretensões doutrinárias.

*II. Debilidades.* Esta solução corresponde a uma negação do negócio fiduciário e foi objecto de críticas jurisprudenciais e doutrinárias, sublinhando-se que, nos negócios fiduciários, a transmissão do direito é pretendida efectivamente pelas partes e não estão

---

<sup>333</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust, cit.*, p. 857.

<sup>334</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust, cit.*, p. 857.

<sup>335</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust, cit.*, p. 857.

<sup>336</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust, cit.*, p. 858.

preenchidos os requisitos clássicos<sup>337</sup> da simulação,<sup>338</sup> de acordo com o nosso ordenamento – acordo entre o declarante e o declaratório; divergência entre a vontade real e vontade declarada; intenção de enganar terceiros.

*III. A Doutrina do Patrimoine indépendant.* Esta teoria teve por base a análise do *trust*. Interessa ao nosso estudo os elementos nucleares do *trust* terão de corresponder necessariamente às características partilhadas por todos os negócios fiduciários, procurando assim o conteúdo comum a todos os tipos de *trust*.<sup>339</sup> Sustenta esta construção que reconhecendo o sistema a constituição do *trust* quando o titular de direito não se exteriorize a sua vontade neste sentido, não será correcto afirmar-se que a validade de *trust* depende de concordância do titular do bem objecto do deste negócio, afastando, deste modo, o elemento identificativo do *trust*. Por outro lado, em relação aos *trusts* constituídos a favor de objectos inanimados ou animais, considera dispensáveis os beneficiários<sup>340</sup>. Esta construção afastou as construções clássicas desta figura – real e obrigacional –, considerando que *trust* é um instituto jurídico que consiste num património independente de qualquer sujeito, constituído por um propósito identificado. Assim, o *trust* é perspectivado como um património autónomo. Considera inda esta construção que o fiduciário é um mero gestor e não proprietário, ou seja, é um gestor a que é exigida a prossecução determinadas pelo fiduciante, razão pela qual os bens não respondem pelas suas dívidas e nem entram na sua herança, concluindo assim que essa massa de bens é autónoma e constitui uma universalidade. Considera que o *trust* é uma pessoa coletiva e partilha a natureza jurídica com fundações, heranças jacentes ou património dos ausentes. O principal defensor desta teoria considera que no caso do sistema continental receber a fidúcia anglo-saxónica, será mais fácil que lhe atribua a personalidade jurídica.<sup>341</sup> Esta tese foi defendida por LAPAULLE e tem merecido atenção por parte dos legisladores.<sup>342</sup> A lei geral de títulos e operações de crédito de 1932 deste país foi inspirada na versão de LEPAULLE, nomeadamente os seus artigos 346.º e 347.º, sobretudo este último artigo que permite constituir fidúcia sem indicar a pessoa do

---

<sup>337</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Da Simulação no Direito Civil*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 65.

<sup>338</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 864.

<sup>339</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 866.

<sup>340</sup> Esta construção confronta a natureza obrigacional e real do *trust* e concluem que nenhuma das duas posições deve ser acolhida. A natureza obrigacional torna-se3 frágil na medida em que é válida a constituição de *trust* sem sujeitos beneficiários. Em relação aos direitos reais, esta natureza torna-se frágil na medida em que num *trust* sem *settlor*, sem *trustee* ou sem beneficiários os direitos reais objecto da operação não teriam titulares, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 866.

<sup>341</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 867-868.

<sup>342</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 867-872.



fiduciário. O Supremo Tribunal veio a pôr fim à querela doutrinária, considerando que a titularidade do direito pertence ao fiduciário, por forma a administrar convenientemente os bens que lhe foram confiados. Por outro lado, em 1879, o instituto fiduciário foi introduzido no Direito do Quebeque. Com a adopção do Novo Código civil na década de 90, o regime jurídico do *trust* sofreu importantes alterações. Nos termos do artigo 1260.º do referido Código, a fidúcia é constituída por três elementos: a declaração da vontade do constituinte; transmissão dos bens para o novo património e; anuência do fiduciário em ocupar a função de administrador do património. Por outro lado, nos termos do artigo 1261.º, o referido património que constitui a fidúcia é distinto do património de todos os restantes intervenientes, considerando que nenhuma das partes é titular do direito real sobre os bens constituídos em fidúcia.<sup>343</sup>

*III. Debilidades:* esta tese foi criticada pela doutrina de *Common Law*, advogando que Lepaulle centra a sua análise de algumas modalidades de *trust* para extrair as conclusões extensíveis a todos os tipos de *trusts*. Outra crítica refere-se ao facto do LEPAULLE considerar que a validade do *trust* não exige a presença de um *trustee*. Regra geral, a estrutura de qualquer *trust* pressupõe a nomeação de um *trustee*. A doutrina considera que o fiduciário é o legítimo titular dos bens constituídos na fidúcia. Por fim, considera-se que Lepaulle confunde o conceito de património de afectação com o de património autónomo. O património de afectação consubstancia um património sem sujeito e o património autónomo consiste numa mera autonomização de um conjunto de bens dentro da esfera jurídica do mesmo sujeito e considera-se que os bens constituídos em *trust*, à luz do Direito inglês, devem ser interpretados como um património de afectação e não como património autónomo.<sup>344</sup> Por outro lado, com base nos artigos 981.ºa e 981.ºb do Código Civil do Quebeque, surgiram teorias, nomeadamente a de considerar que a *fiducia* constitui uma pessoa jurídica autónoma e que constitui um património autónomo de afectação. Por outro lado, LEPAULLE recorre às figuras da fundação, do património dos ausentes e das heranças jacentes para confirmar a normalidade da constituição dos patrimónios autónomos. Sucede que, diferentemente da posição atrás referida, no nosso Direito Interno, as fundações têm personalidade jurídica, nos termos do artigo 158.º/2 CC, a herança jacente tem personalidade judiciária, nos termos do artigo 6.º CC e, por fim, à ausência declarada aplica-se o regime das sucessões

---

<sup>343</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust, cit.*, p. 875.

<sup>344</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust, cit.*, p. 870.

pelo que o património constitui uma pessoa jurídica rudimentar<sup>345</sup> até ser aceite.<sup>346</sup> Por outro lado, quanto à transmissão dos bens, de acordo com o disposto no artigo 1316.º CC, há diferentes formas de transmissão de propriedade, nos termos do qual, excepto a ocupação de animais e outras coisas móveis que nunca tiveram dono, a aquisição da propriedade pressupõe a transmissão de uma esfera jurídica para a outra<sup>347</sup>. Com efeito, considerar o *trust* e o negócio fiduciário como patrimónios autónomos e puros e sem personalidade será difícil enquadrá-los no nosso Ordenamento Jurídico, mesmo sendo admitido pelo legislador será reconduzido à figura de pessoa colectiva rudimentar.<sup>348</sup>

*IV. A clássica desproporcionalidade: A influência de REGELSBERGER.* Esta doutrina<sup>349</sup> foi seguida na Alemanha, mas, actualmente, apenas uma parte da doutrina alemã mantém esta orientação, sendo certo que a maioria abandonou a orientação clássica de REGELSBERGER. Em Itália, a doutrina<sup>350</sup> tem vindo a caracterizar o negócio fiduciário pela desproporcionalidade entre o meio e o fim e a doutrina moderna continua a adoptar este aspecto para caracterizar os negócios fiduciários, inclusive a doutrina mais recente<sup>351</sup>.

*V. A influência da fiducia cum creditore e cum amico na Doutrina clássica Portuguesa.* Em Portugal, em relação aos negócios fiduciários, grande parte da doutrina centra a atenção na *fiducia* romana. Assim, a desproporção entre o meio e o fim foi

---

<sup>345</sup> De acordo com o sumário do Ac. STJ, de 20 de Outubro de 2005: *...estando, numa fundação ainda não reconhecida, expresso o elemento intencional (vontade de constituição da fundação) e existindo a dotação (património a ela destinado) configura-se uma fundação de facto que apenas não constitui uma pessoa colectiva jurídica por falta da outorga do reconhecimento. Estar-se-á, nesse caso, em face de uma pessoa rudimentar, consistente numa realidade a quem a lei recusa a titularidade de direitos civis, mas cuja falta de personalidade jurídica se resolve com recurso aos artigos 195º e seguintes do Código Civil, similarmente ao que acontece com as associações sem personalidade e as comissões especiais. Uma fundação que não tenha ainda sido reconhecida, mas que disponha de património, estando representada em juízo por administrador, goza de personalidade e de capacidade judiciária, nos termos das disposições dos artigos. 6.º, 9.º e 22.º do Código de Processo Civil...* cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, V, 2011, (reimp. 2005), p. 609.

<sup>346</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 883.

<sup>347</sup> Para maiores desenvolvimentos, cf. Luís Carvalho Fernandes, *Da Renúncia dos Direitos Reais*, in *O Direito*, 138, 2006, p. 477 ss.

<sup>348</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 884.

<sup>349</sup> Regelsberger e alguns autores mais recentes caracterizam o negócio fiduciário através da desproporção entre os meios jurídicos utilizados pelas partes e os fins propostos. Considera-se que as partes criam um desequilíbrio desejado pelo próprio fiduciante com vista à obtenção do fim económico visado pelas partes – recorrem a um negócio típico, cuja *ratio* extravasa os propósitos pretendidos pelas partes, nos termos do qual o fiduciante concede mais poderes/direito ao fiduciário, do que aqueles que seriam necessários à luz dos propósitos com a contratualização.

<sup>350</sup> Cf. Bartolomeu Dusi, *Istituzioni di Diritto Civile*, I, Libreria Scientifica Giampichelli, Torino, 1929, p. 34-35. Em relação às críticas dirigidas a esta posição, Cesare Grassetti, *Del Negozio Fiduciario e della sua Ammissibilità nel nostro Ordinamento Giuridico*, RDComm 1936, p. 377-378.

<sup>351</sup> Cf. Roberto Giovagnoli/Marco Fratini, *Garanzie Reali e Personali: Percorsi Giurisprudenziali*, Giuffrè, Milão, 2210, p. 10 e Maria Astone, *Destinazione di Beni allo Scopo: Fattispecie ed Effetti*, Giuffrè, Milão, 2010, p. 176, *cits.* por Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 888.

adoptada pela doutrina clássica – VAZ SERRA<sup>352</sup>, GALVÃO TELLES<sup>353</sup>, MANUEL DE ANDRADE<sup>354</sup>, BELEZA DOS SANTOS<sup>355</sup>, CASTRO MENDES<sup>356</sup>, PESSOA JORGE<sup>357</sup> e GONÇALVES DIAS<sup>358</sup>. As críticas formuladas por PAIS DE VASCONCELOS<sup>359</sup> não foram acompanhadas, pelo que grande parte da Doutrina – OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>360</sup>, CARVALHO FERNANDES<sup>361</sup> e CALVÃO DA SILVA<sup>362</sup> - continua a considerar que a desproporção entre o meio e o fim constitui o elemento caracterizador dos negócios fiduciários. Aqui, a relação de confiança deriva de um negócio fiduciário - transferência da propriedade<sup>363</sup>. Assim, o meio jurídico utilizado na *fiducia cum creditore* é a transmissão da propriedade e o fim económico visado é a garantia do cumprimento. Com efeito, muitos autores afirmam que na fidúcia existe necessariamente a desproporção entre o meio e o fim na fidúcia.

#### 5.4. Caso especial da fidúcia translativa

*I. A depreciação da alienação do direito.* A doutrina moderna do negócio fiduciário, pelo menos uma parte recente, desvaloriza a transmissão do direito como elemento caracterizador do negócio fiduciário<sup>364</sup>. Vimos que a doutrina clássica espanhola<sup>365</sup> considera que dificilmente se poderá falar na desproporção entre o meio e o fim na fidúcia estática, porque a respectiva construção assenta na convicção de que a desproporcionalidade é um elemento intrínseco dos negócios fiduciários. Nos anos 70, em Itália, já se considerava que o negócio fiduciário não pressupõe a transferência do

<sup>352</sup> Cf. Adriano Vaz Serra, *A Cessão de Créditos ou de Outros Direitos*, cit., p. 157.

<sup>353</sup> Cf. Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, cit., p. 189-191.

<sup>354</sup> Cf. Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, cit., p. 175.

<sup>355</sup> Cf. José Beleza dos Santos, *Simulação em Direito Civil*, I, cit., p. 114-117.

<sup>356</sup> Cf. José de Castro Mendes, *Teoria Geral*, II, cit., p. 236-237.

<sup>357</sup> Cf. Fernando Pessoa Jorge, *O Mandato sem Representação*, cit., p. 325.

<sup>358</sup> Cf. José Gonçalves Dias, *Da Letra e da Livrança Segundo a Lei Uniforme e o Código Comercial*, VI, 2.ª Parte, Livraria Gonçalves, Coimbra, 1943, p. 524.

<sup>359</sup> Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, cit., p. 266-267.

<sup>360</sup> Cf. José de Oliveira Ascensão, *Teoria Geral*, II, cit., p. 223.

<sup>361</sup> Cf. Luís Carvalho Fernandes, *A Admissibilidade do Negócio Fiduciário no Direito Português*, cit., p. 227.

<sup>362</sup> Cf. João Calvão da Silva, *Anotação*, cit., p. 87.

<sup>363</sup> Em regra, o fiduciante transfere a propriedade para o fiduciário para a protecção do próprio bem, este adquire o direito de gozo e o dever de o administrar em nome próprio, mas no interesse do alienante/fiduciante, findo o período acordado, o adquirente/fiduciário deve retransmitir a propriedade ao fiduciante. É claro, no entanto, que, para administrar uma coisa ou um património, não é necessário ter o título de propriedade sobre a mesma, que também inclui as faculdades de gozo e disposição.

<sup>364</sup> Cf. Nicolò Lipari, *Fiducia Statica e Trusts*, in RDCiv, 1996, III (Setembro), p. 483-496, p. 487.

<sup>365</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propiedad Fiduciaria*, cit., p. 87.

direito da esfera do fiduciante para a do fiduciário, tendo em conta a dupla dimensão dos negócios fiduciários, o conceito da dimensão externa não respeita à transmissão do direito, mas a todos os aspectos deste negócio que estejam relacionados com a titularidade do direito.<sup>366</sup> Em Portugal, ficou demonstrado que grande parte da doutrina recente admite a modalidade do negócio fiduciário estático, ou seja, o negócio fiduciário em que não se verifica o elemento translativo do direito da esfera jurídica do fiduciante para fiduciário, pronunciando-se neste sentido, FERRER CORREIA<sup>367</sup>, PAIS DE VASCONCELOS<sup>368</sup>, MENEZES CORDEIRO<sup>369</sup>, OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>370</sup> e JANUÁRIO DA COSTA GOMES<sup>371</sup>, que reconhecem a validade da fidúcia estática e negócios fiduciários constituídos por manifestação de vontade do fiduciário. Recentemente, PESTANA DE VASCONCELOS demonstrou que na fidúcia estática o fiduciário é titular da posição jurídica, que depois se obriga a exercer de determinada forma a favor do fiduciante ou de terceiro.<sup>372</sup> BARRETO MENEZES CORDEIRO afirma que não haverá qualquer impedimento para que o negócio fiduciário, no Direito português, resulte não de uma transmissão, mas da simples assunção dessa obrigação, por parte do titular do direito.

*II. Tendência na moderna construção fiduciária - agregação de dois elementos:* Transmissão do direito; Assunção da obrigação.

Actualmente, há uma aceitação pacífica da fidúcia não translativa. Todavia, ficou assinalado que, na maioria dos casos, a relação fiduciária tem origem num negócio translativo de direito, ou seja, a assunção da obrigação por parte do fiduciário é contemporânea da aquisição da titularidade do direito. Com efeito, devido à influência histórica da origem da *fiducia* romana, o peso que a transmissão do direito exerce nos negócios fiduciários e a preocupação com a tutela do fiduciante em relação ao direito alienado, a doutrina tende a incorporar a transmissão do direito na construção dos negócios fiduciários, construindo assim o negócio fiduciário em torno de agregação da transmissão do direito para o fiduciário e da assunção da obrigação por parte deste.<sup>373</sup> Considerar que o elemento caracterizador dos negócios fiduciários é a assunção da posição do fiduciário resolve problemas quanto à sua construção.<sup>374</sup> Todavia, a fidúcia

---

<sup>366</sup> Cf. Casere Grasseti, *Trust Anglosassone, Proprietà Fiduciaria e Negozio Fiduciario*, cit., p. 551.

<sup>367</sup> Cf. António Ferrer Correia, *Sociedades Fictícia e Unipessoais*, cit., p. 171.

<sup>368</sup> Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Em Tema de Negócio Fiduciário*, cit., p. 128-129.

<sup>369</sup> Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, II, cit., p. 259.

<sup>370</sup> Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Teoria Geral*, II, cit., p. 308.

<sup>371</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, cit., p. 87.

<sup>372</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 54.

<sup>373</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 901.

<sup>374</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 901

dinâmica constitui a generalidade dos casos e exerce uma função importante a nível histórico e dogmático em toda a matéria do negócio fiduciário, razão pela qual merece uma análise autónoma.

*III. A teoria do duplo contrato.* De acordo com a construção clássica dos negócios fiduciários, a diferença entre o negócio fiduciário e os negócios *intuitu personae* é essencialmente o facto de que no negócio fiduciário existe um negócio translativo de direito e um pacto fiduciário, de cuja complexa coexistência deriva o negócio fiduciário.<sup>375</sup> Ficou também demonstrado que não há unanimidade quanto à dualidade de negócios na estrutura fiduciária<sup>376</sup>. Assim, a doutrina tradicional elenca os elementos que constituem a estrutura complexa dos negócios fiduciários<sup>377</sup>. A teoria dualista clássica baseia-se numa separação efectiva e formal do negócio fiduciário em dois contratos distintos.<sup>378</sup> Um contrato real, que consiste na atribuição de titularidade de um direito – propriedade ou crédito – com a confiança de que será cumprida a sua adaptação a um determinado fim estabelecido pelas partes. O segundo contrato seria obrigacional, nele o fiduciário assume a obrigação pessoal de usar o bem transmitido de acordo com o fim estabelecido pelas partes. Esta teoria defende que no primeiro contrato apenas se transmite o direito e o novo proprietário não assume nenhuma obrigação para com o alienante. Assim, a natureza fiduciária deriva de um outro contrato, diferente do primeiro, que pode ser celebrado no momento posterior.

*IV. A tese dualista e os sistemas latinos:* na Alemanha, a construção dualista de GOLTZ foi seguida por um número considerável de autores. Considera-se, todavia, que o fosso que separa a Ciência Jurídica alemã indicia que a transposição da teoria dualista para os ordenamentos jurídicos latinos não teve em consideração as especificidades dogmáticas do Direito alemão.<sup>379</sup> Considera BARRETO MENEZES CORDEIRO que a tese de GOLTZ deve ser analisada e interpretada de acordo com o respectivo contexto histórico-dogmático, dado que nos finais do século XIX e início do século XX a Ciência Jurídica alemã estava empenhada em distinguir os negócios fiduciários da simulação e a construção de GOLTZ teve como o elemento central afastar o regime da simulação dos negócios fiduciários, provando que a doutrina simulatória moderna é contemporânea da

---

<sup>375</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 83.

<sup>376</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 85.

<sup>377</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 85.

<sup>378</sup> Cf. Marco Montefameglio, *La Protezione dei Patrimoni – Dagli Strumenti Tradizionali ai Nuovi Modelli di Segregazione Patrimoniale*, 3.<sup>a</sup> ed., Maggiore Editore, Dogana (Rep. San Marino), 2015, p. 18.

<sup>379</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 904-906.

construção fiduciária moderna.<sup>380</sup> Por outro lado, reconheceu as semelhanças entre os negócios simulados e os negócios fiduciários. Tal como na simulação, os negócios fiduciários são formados por dois contratos, o que torna o negócio enquanto todo um pouco contraditório. Esclarece, todavia, que, diferentemente dos negócios simulados, nos negócios fiduciários todos os negócios são pretendidos, ou seja, o primeiro contrato (transmissão) e o segundo contrato (a circunscrição da posição jurídica do fiduciário).<sup>381</sup> Esta construção considera que no negócio simulado as partes simulam a transmissão de um bem, conquanto apenas pretendam a constituição duma garantia a favor do adquirente, negócios que verdadeiramente celebram. No entanto, no negócio fiduciário o bem é realmente alienado, estipulando-se que o fiduciário deve restituir o bem em caso de cumprimento da obrigação garantida, pelo que considera idênticas as estruturas negociais, residindo as diferenças apenas na intencionalidade da transmissão. Um dos seguidores da doutrina dualista, quanto à estrutura dos negócios fiduciários, considera que o negócio da transmissão do bem, ou seja, o primeiro contrato, tem uma natureza abstracta, sendo alheio aos propósitos subjacentes à própria transmissão. Esta abstracção nos negócios translativos do Direito alemão refere-se à irrelevância do negócio que estiver na base da transmissão. Diferentemente, no nosso Direito, o direito de propriedade é transmitido com a celebração do contrato, nos termos do artigo 408.º/1 CC. No Direito alemão, a transmissão do direito de propriedade ocorre com o seu registo ou tradição<sup>382</sup>, conforme se trate de imóveis ou móveis, respectivamente, artigos 873.º e 929.º do BGB. Em termos artificiais, a separação entre a causa e a transmissão, traduz-se na coexistência de dois negócios – o negócio da transmissão do bem e o negócio que esteja na sua origem. Com efeito, a teoria dualista deve ser interpretada de acordo com as especificidades do Direito

---

<sup>380</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 905.

<sup>381</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 905.

<sup>382</sup> O BGB estabelece a diferença entre negócio causal (relações obrigacionais ou contratuais (*Verpflichtungsgeschäft*) e abstracto (negócio jurídico dispositivo ou de eficácia real (*Verfügungsgeschäft*)). Desta diferença entre negócio causal e abstracto surgem os princípios da abstracção e da separação de negócios (*Abstraktions und Trennungsprinzip*) que caracterizam de forma particular o Direito alemão. A parte dogmática deste princípio apenas pode ser correctamente entendida através de uma delimitação entre os princípios de transmissão de propriedades existentes. Ou seja, faz distinção entre acto criador de obrigações e acto de disposição, sendo este último pertencente dos Direitos Reais. Quanto à aquisição do direito de propriedade sobre bens móveis, o BGB (§ 929 a § 931) elenca várias situações, nomeadamente aquisição por transmissão. Entre os meios de aquisição se inclui a *traditio*, a compra e venda (§ 433 e ss.), que constitui um contrato puramente obrigacional, ou seja, não é suficiente para transmitir o direito de propriedade, com o contrato de compra e venda só se cria um vínculo pessoal e a sua função, na transmissão do direito real é apenas servir de fundamento, de causa à modificação da relação real. Para a transmissão da propriedade, é necessário o acordo que, nos termos do § 929 do BGB, representa um novo acto de vontade, de ambas as partes. Faltando o acordo, não há transferência da propriedade. Significa que, em matéria de móveis, não basta a entrega da coisa, mas é necessário o acordo translativo, embora não haja necessidade de que se verifique a presença simultânea das partes.

alemão. O primeiro contrato não se reduz a um qualquer negócio de transmissão de propriedade, mas à transmissão *per se*, pelo que toda a matéria relacionada com os termos substantivos em que se baseia a transmissão é agregada pelo segundo contrato.<sup>383</sup> No nosso sistema, bem como no francês, no italiano, e no espanhol, tendo em conta o princípio da consensualidade, artigo 408.º CC, o direito de propriedade transmite-se, em regra, por mero efeito do contrato. Este sistema unitário obsta à transposição da doutrina dualista devido à incongruência com o sistema legal<sup>384</sup>.

### **5.5. A fidúcia translativa no Direito interno Bissau - guineense**

Tendo em conta o princípio da consensualidade (artigo 408.º CC), o direito de propriedade transfere-se da esfera jurídica do alienante para a do adquirente por mero efeito do contrato, obstando assim a transposição da doutrina dualista de GOLTZ. Todavia, parte considerável da doutrina latina considera que tal impossibilidade de transposição, *per se*, não obsta à recepção do negócio fiduciário, surgindo assim vários argumentos no sentido de moldar o mecanismo jurídico às limitações e exigências do sistema interno destes países<sup>385</sup>. Basicamente, estes argumentos podem ser agrupados em teorias dualistas e unitárias. Para a teoria dualista, que tem como expoente máximo, em Itália, FERRARA, o negócio fiduciário é uma forma complexa que resulta da união de dois contratos<sup>386</sup> com natureza e efeitos não coincidentes, ou seja, um contrato real positivo – transmissão plena e irrevogável de um direito; e um contrato obrigacional

---

<sup>383</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 907.

<sup>384</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 908.

<sup>385</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 908.

<sup>386</sup> O autor concentra-se na fidúcia dinâmica, pois a concepção da teoria dualista não é suficientemente ampla para incluir a fidúcia estática, na medida em que não consubstancia um negócio translativo. Pois não é razoável negar a qualificação como negócio fiduciário à fidúcia estática apenas porque não consubstancia uma transmissão, aliás, como foi demonstrado pelo Lipari, verificando-se uma actuação do fiduciário que se comprometeu a actuar no interesse e por conta do fiduciante, em relação a determinados direitos que já integravam o seu património. A estrutura do negócio fiduciário, no nosso caso, alienação em garantia, não está baseada numa união de negócios jurídicos, cf., Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, cit., p. 262; Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., pp. 918-919. Carvalho Fernandes, *A admissibilidade do negócio fiduciário* cit., p. 252. Adoptando a teoria do duplo efeito, Beleza dos Santos, *A simulação em direito civil*, cit., pp. 114-115. Uma união de negócios jurídicos tem como requisito, pelo menos, dois negócios, cf. Vaz Serra, *União de contratos. Contratos mistos* sep. BMJ, n.º 91, Lisboa, 1960, pp. 6 ss. A disjunção dos efeitos obrigacionais em relação aos efeitos reais é talentosa, mas artificial, cf. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 917. A alienação em garantia constitui um negócio unitário, com eficácia real e obrigacional. A eficácia real produz a transmissão do direito e os efeitos obrigacionais esclarecem a posição jurídica do adquirente e do alienante, conformando-a com a função de garantia. A teoria dualista não é um elemento caracterizador do negócio fiduciário porque a estrutura dualista ocorre em outros tipos contratuais no sistema alemão de transmissão de direitos de crédito e reais. Esta teoria contaminou o negócio fiduciário de equívocos nos sistemas causais.

negativo – nos termos do qual o fiduciário se obriga a utilizar o direito transmitido nos exactos termos acordados e a sua retransmissão ao alienante, verificadas as condições estipuladas, considerando que o negócio obrigacional sujeita-se ao negócio real.<sup>387</sup> Esta construção, embora com diferentes fundamentos, foi aceite por grande parte da doutrina italiana. A doutrina mais recente chama a atenção para o facto de esta ser uma solução de recurso, pois constitui a única solução possível à luz dos princípios do sistema interno italiano. A maioria dos defensores da tese dualista assenta a sua posição na ilegalidade da *causa fiduciae*.

Diferentemente da doutrina portuguesa, a doutrina dominante defende a vigência de um *numerus clausus* em relação aos negócios translativos, razão pela qual inviabiliza uma construção unitária atípica. Uma construção unitária do negócio fiduciário implicaria um contágio da causa subjacente à transmissão do direito, o que significa que a causa deixaria de ser típica, afectando a licitude do próprio negócio.<sup>388</sup> Em Espanha, MARTORELL começa por considerar que se deve abandonar o parcelamento dos elementos que constituem o negócio fiduciário e deve ser considerado como uma unidade, mas considera que não deve fazer perder a individualidade própria de cada elemento constitutivo. Ou seja, o negócio fiduciário enquanto negócio unitário, com contratos que podem ser individualizados não faz diminuir a interdependência entre os seus elementos. Por isso, sustenta que esta interdependência constitui uma subordinação mútua – nem subordinação do elemento real ao obrigacional, nem obrigacional em relação ao elemento real. Considera ainda que o negócio fiduciário é composto por dois negócios simples, unidos intimamente por um vínculo consensual de força exclusivamente fiduciária, que regula a interdependência que deve existir entre os dois negócios, por causa de um fim convencionado pelas partes.<sup>389</sup> Quanto às teorias unitárias, dentro desta, alguns consideram que o negócio fiduciário constitui:

- a) Um tipo de negócio indirecto e;
- b) Alguns consideram que se trata de um negócio atípico, com uma causa própria<sup>390</sup> – *causa fiduciae*.

Alguns autores qualificam o negócio fiduciário como um negócio indirecto, sustentando que o fim prosseguido pelas partes não coincide com o fim típico do tipo

---

<sup>387</sup> Cf. Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari: Transferimento...*, cit., p. 747.

<sup>388</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 910.

<sup>389</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propiedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 94.

<sup>390</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 912.



contratual utilizado.<sup>391</sup> Esta doutrina, actualmente, ocupa um papel histórico<sup>392</sup>. O domínio fiduciário é disputado pela tese unitária da *fiduciae causa*<sup>393</sup> e pela tese dualista da coligação de contratos. Há quem considere que constitui um erro apresentar a união de contratos ou o negócio atípico como exemplo de negócios indirectos, ou seja, as teses dualista e do negócio atípico *causa fiduciae*, respectivamente, considerando que, no caso de união de contratos, o fim prosseguido é conseguir directamente através da conjugação de pluralidade de contratos e no negócio atípico pretende atingir o objectivo não através de um tipo legal modificado, mas por intermédio de um negócio atípico.<sup>394</sup> BARRETO MENEZES CORDEIRO<sup>395</sup> assevera que a crítica formulada por ALBADEJO não contradita formalmente a teoria indirecta, advogando que, à luz de tal concepção, o negócio fiduciário seria um negócio típico modificado, de modo a concluir que esta visão não pode ser aceite, porquanto reconduziria a fidúcia à categoria de simples cláusula contratual. As dificuldades concitadas pela tese unitária do negócio fiduciário são de ordem jurídica e não meramente de ordem lógica.<sup>396</sup> Como vimos, segundo uma parte da tese unitária, o negócio fiduciário seria um negócio atípico, com uma causa própria – *causa fiduciae*. Esta concepção é criticada por uma parte da doutrina italiana, em larga medida apoiada pela doutrina dualista, sustentando que um contrato translativo com causa atípica implica a constituição de um novo direito real. Mais: alguns consideram que, também na concepção dualista – na vertente de união de contratos –, a causa do negócio

---

<sup>391</sup> Cf. Tullio Ascarelli, *Il Negozio Indiretto e la Società Commerciali*, in *Studi di Diritto Commerciale in Onore di Cesar Vivante*, I, Il Foro Italiano, Roma, 1931, pp. 23-98, p. 30-31, Paolo Greco, *Le Società di [Comodo], e il Negozio Indiretto*, in *RDComm*, I, 30, 1932, pp. 757-808, p. 777 e Francesco Santoro-Passarelli, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, 9.<sup>a</sup> ed., Jovene, Nápoles, 1989, p. 181, Francesco Maria Dominedò, *La Costituzione Fittizia del Anonime*, in *Studi di Diritto Commerciale*, in *Onore di Vivante*, II, Il Foro Italiano, Roma, 1931, pp. 659-712, p. 692, Gino de Genaro, *I Contratti Misti: Delimitazione, Classificazione e Disciplina Negotia Mixta cum Donatione*, CEDAM, Pádua, 1934, p. 76, Mariano Navarro Martorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 131, Javier Gómez Galligo, *Titularidades Fiduciarias*, in *Actualidad Civil*, 1992, pp. 532 – 5557, p. 534, Juan Vallet de Goytisolo, *Negocios en Fraude de Ley, Simulados, Fiduciarios e Indirectos*, in *RJNot*, 14, 1995, pp. 199-231, p. 231 e, na jurisprudência espanhola, STS, de 10 de Novembro de 1958, in *Jur Civ*, 1958, pp. 190 – 214, p. 211.

<sup>392</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 913.

<sup>393</sup> Cf. Maria Constanza, *Il Contratto Atípico*, Giuffrè, Milão, 1981, p. 18 e mais categoricamente na sua obra *Numerus Causus dei Diritti Reali e Autonomia Contrattuale*, in *Studi in Onore di Cesare Grassetti*, I, Giuffrè, Milão, 1980, pp. 423 ss., p. 434, Angelo Saturno, *La Proprietà nell'interesse Altrui nel Diritto Civile Italiano e Comparato*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999, p. 23, Cesare Grassetti, *Del Negozio Fiduciario*, cit., p. 378, que define o negócio fiduciário como um negócio unitário com uma causa atípica, denominada *causa fiduciae*, que, não obstante não estar prevista na lei, possui raízes históricas e culturais, posição acolhida por grande parte da doutrina italiana, nomeadamente Angelo Januzzi, *Le Società Fiduciarie*, Giuffrè, Milão, 1988, p. 17 e Tommaso Mancini, *In Tema di Negozio Fiduciario*, *Foro Italiano*, 83, 1960, pp. 1838-1841.

<sup>394</sup> Cf. Manuel Albadejo, *El Negocio Juridico*, cit., p. 637.

<sup>395</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 914.

<sup>396</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 915.

translativo seria afectada, dado que no negócio translativo seria sempre atípica.<sup>397</sup> Na doutrina italiana prevalece, actualmente, uma construção próxima da *fiducia* romanística<sup>398</sup>, que confere ao fiduciário a titularidade tendencialmente plena<sup>399</sup> e exclusiva do bem ao fiduciário, plenamente adequado à tipicidade do direito de propriedade. A teoria unitária não teve grande acolhimento em Espanha, tendo sido, aliás, abandonada.<sup>400</sup>

Não obstante algumas diferenças entre os diversos ordenamentos jurídicos, é possível recorrer à doutrina portuguesa para analisar a questão da fidúcia translativa no âmbito do Direito interno bissau-guieneense. Para BELEZA DOS SANTOS, há duas convenções diferentes no negócio fiduciário – sendo uma positiva, nos termos do qual se aliena o direito, e a outra o pacto fiduciário, uma convenção negativa, nos termos da qual o adquirente do direito se obriga perante o alienante a fazer apenas certo e determinado uso do direito transmitido. O autor parece acolher a construção de GOLTZ. Todavia, concebe o negócio fiduciário como um contrato ao qual se associa uma cláusula acessória: o pacto fiduciário. GONÇALVES DIAS, tal como BELEZA DOS SANTOS, entende que o negócio fiduciário é constituído por duas convenções, mas também apresenta o pacto fiduciário como uma cláusula acessória do negócio principal. Aparentemente, é esta a posição apoiada pela doutrina tradicional portuguesa - PEDRO PAIS DE

---

<sup>397</sup> Cf. Angelo Luminoso, *Appunti sui Negozi Translative Atipici: Corso di Diritto Civile*, Giuffrè, Milão, 2007, p. 54.

<sup>398</sup> Cf. Alberto Mazzoni, *Les Opérations Fiduciaires en Droit Italien – Pratiques, Validité, Régime, Juridique des Plusiers Pays Européens et dans le Commerce International*, LCDG, Paris, pp. 335 ss., p. 335, Paola Iamiceli, *Unità e Separazione dei Patrimoni*, CEDAM, Pádova, 2003, p. 91-92. Todavia, ainda se discute na doutrina italiana a admissibilidade da construção/modelo fiduciário próximo da germânica, fundado na fragmentação entre a titularidade de um direito e legitimidade para o seu exercício. Cf. Antonio Gambaro, *Il Diritto di Proprietà, Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, org. Cicu/Messina, VIII, Milão, 1995, p. 614.

<sup>399</sup> Cf. Francesco Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Nápoles, 1981, p. 177 ss., D. Barbero, *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano*, I, UTET, Torino, 1962, p. 430, Walter D'avanzo, *Istituzioni di Diritto Civile*, Stamperia Nazionale, Roma, 1950, p. 70 ss., Roberto de Ruggiero, *Istituzioni di Diritto Civile*, I, Giuffrè, Milão, 1961, p. 99, Francesco Messineo, *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, I, Giuffrè, Milão, 1957, p. 576 ss., Andrea Torrente, *Manuale di Diritto Privato*, Giuffrè, Milão, 1960, p. 147 e A. Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, CEDAM, Padova, 1962, p. 150 e ss.

<sup>400</sup> Cf. Manuel Albadejo, *Mandato para Adquirir y Titularidad Fiduciaria*, in *Anuario de Derecho Civil*, 36, 1983, p. 1437 e Manuel Albadejo, *Las Obligaciones Solidarias*, in *Anuario de Derecho Civil*, 45, 1992, p. 861.

VASCONCELOS<sup>401</sup>, MENEZES CORDEIRO<sup>402</sup>, CARVALHO FERNANDES<sup>403</sup> e JANUÁRIO DA COSTA GOMES<sup>404</sup>. Todavia, de acordo com o nosso Direito, a teoria menos compatível com o nosso sistema é a dualista, pois estabelece uma separação formal e substancial entre efeitos reais e substanciais dos negócios fiduciários, criando um fosso entre a transmissão do bem e a obrigação assumida pelo fiduciário, formando a falsa ideia de que a constituição da relação fiduciária não está na origem da própria transmissão. Por outro lado, a teoria dualista qualifica o negócio fiduciário como união de contratos – pressupõe dois contratos –, aspecto que, de acordo com a doutrina mais recente não se verifica nos negócios fiduciários. Considera-se também que, na fidúcia translativa, a transmissão do direito não deve ser expressa como um facto distinto das obrigações assumidas pelo fiduciário/adquirente e que *ambas as faces do negócio contribuem para um todo final*<sup>405</sup>. O negócio fiduciário translativo, nomeadamente de garantia, corresponde a uma situação funcionalmente ligada a um direito de crédito e impõe a ligação funcional, sendo a causa da garantia que explica as limitações de natureza obrigacional e a imposição de deveres fiduciários<sup>406</sup>. Ou seja, o negócio fiduciário tem uma causa única<sup>407</sup>. Na Guiné-Bissau, não existe um princípio de *numerus clausus* dos negócios translativos, pelo que não se coloca o problema assaz discutido em tempos na Itália<sup>408</sup>, ou seja, se pode haver um negócio translativo atípico, razão pela qual a doutrina italiana dualista acolheu a construção de GOLTZ.<sup>409</sup> O fosso criado entre o negócio

---

<sup>401</sup> Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, cit., p. 262. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS o *pactum fiduciae* consiste numa simples cláusula, na medida em que define o negócio fiduciário como um contrato atípico, construído geralmente através do recurso a tipo contratual conhecido..., MENEZES CORDEIRO considera que no negócio fiduciário, as partes inserem, numa estrutura contratual típica uma cláusula fiduciária..., CARVALHO FERNANDES considera que o negócio fiduciário é um negócio atípico, nos termos do qual, as partes adequam, mediante uma cláusula obrigacional, o conteúdo de um negócio típico e JANUÁRIO DA COSTA GOMES referindo-se a fidúcia dinâmica, considera que o *pactum fiduciae* consiste numa clausula ... junta-se aos autores tradicionais, a jurisprudência portuguesa, Ac. STJ, de 16 de Março de 2011, proc. n.º 279/2002, STJ, de 17 de Dezembro de 2002, proc. n.º 02ª3267 e STJ, de 11 de Maio de 2006, proc. n.º 06B1501.

<sup>402</sup> Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado do Direito Civil*, II/II, cit., p. 268.

<sup>403</sup> Cf. Luís Carvalho Fernandes, *A Admissibilidade do Negócio Fiduciário no Direito Português*, cit., p. 229.

<sup>404</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, cit., p. 87. Em resumo:

<sup>405</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 918.

<sup>406</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação*, cit., p. 305.

<sup>407</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 918.

<sup>408</sup> Piero Schlesinger, *il pagamento al terzo*, Giuffrè, Milão, 1961, p. 24 ss., Luigi Cariota Ferrara, *azioni sociali i negozio fiduciario*, Giurisprudenza italiana, 1937, n.º 1, I, p. 665 ss. e Angelo Luminoso, *Appunti sui Negozi Translative Atipici*, cit., p. 5 ss.

<sup>409</sup> Todavia, actualmente, em Itália, a doutrina tende a considerar como unitário o negócio fiduciário, cf. Giovanni Furggiale, *La Fiducia e il Problema dei Limiti del Sistema*, in *Mandato Fiducia e Trust. Esperienze a confronto*. (org. Francesco Ancaro e Raffaele Tommasini), Giuffrè, Milão, 2003, pp. 7 s., p. 11.

translativo e o negócio obrigacional pela doutrina dualista criou no seio da mesma a convicção de que a posição jurídica do beneficiário da relação tem uma natureza exclusivamente obrigacional, o que gera a rejeição de qualquer privilégio em face do bem objecto da fidúcia, no caso de insolvência do fiduciário, assim como limita os mecanismos de defesa do fiduciante à indemnização, no caso de incumprimento das obrigações assumidas pelo fiduciário.<sup>410</sup> Com efeito, tudo aponta para a construção unitária do negócio fiduciário dinâmico. Não se deve considerar que a fidúcia é constituída através de um negócio típico, nomeadamente compra e venda, ao qual é associada uma cláusula fiduciária porque já vimos que pode haver fidúcia estática e, ademais, a compra e venda é um contrato em regra independente de qualquer relação obrigacional prévia, ao passo que na alienação fiduciária em garantia há sempre um prévio relacionamento obrigacional cujo cumprimento a alienação do direito vai garantir. No *trust*, por exemplo, há um leque vasto de cláusulas que especificam as obrigações assumidas pelo fiduciário e que não podem ser qualificados como uma mera cláusula, ou seja, o *pactum fiduciae* não deve ser qualificado como uma mera cláusula.<sup>411</sup> Assim, não existindo no nosso Direito interno o princípio de *numerus clausus* dos negócios translativos, a transmissão do direito não tem de ser feita com recurso a um negócio típico. A fidúcia dinâmica, de acordo com o nosso Direito interno, é atípica<sup>412</sup>.

Em Portugal, BARRETO MENEZES CORDEIRO<sup>413</sup> advoga que, *o negócio fiduciário dinâmico é um negócio atípico, que se caracteriza pela assunção, por parte do transmissário de um direito, da obrigação de actuar, no âmbito da posição jurídica que lhe foi transmitida, nos exactos termos acordados.*

Importa ainda referir duas figuras tratadas pela doutrina no âmbito dos negócios fiduciários e que nos suscita algumas perplexidades. Efectivamente, da leitura de diferentes autores tais figuras são qualificadas de forma não coincidente.

## **6. Critério da determinação da fiduciariiedade do negócio**

*I. Generalidades.* Para determinar o carácter fiduciário de um negócio jurídico é necessário desenvolver operações jurídicas. Com efeito, a doutrina tem avançado com

---

<sup>410</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust, cit.*, p. 918.

<sup>411</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust, cit.*, p. 919.

<sup>412</sup> Veremos, mais adiante, se a alienação em garantia instituída pelo AUG constitui um negócio fiduciário ou não e até que ponto, no sentido de determinar se a fidúcia deixou de constituir um negócio atípico nos países membros da OHADA.

<sup>413</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust, cit.*, p. 993.

propostas ou métodos adequados a determinar a fiduciariiedade dos negócios, nos termos que analisaremos de seguida.

*II. O método do CASTRO Y BRAVO.* CASTRO Y BRAVO<sup>414</sup>, afirma que para determinar o carácter fiduciário de um negócio é necessário realizar três operações intimamente relacionadas. Assim, devem ser seleccionados os factos provados, no sentido de determinar provas, deduzir dos factos qual terá sido a verdadeira intenção das partes, e, com base nestes elementos proceder a qualificação do negócio em categoria jurídica mais adequada à sua natureza. Assim, o método referido ora descrito apresenta as seguintes fases e elementos: *p (i) rova*: em relação aos meios de prova utilizáveis, o autor defende que valem as máximas avançadas para os negócios dissimulados. Considera ainda que a prova será fácil se duma contra-declaração ou de uma declaração complementar resultar o carácter fiduciário da alienação efectuada. Na perspectiva do autor, a prova será difícil se não houver um documento escrito<sup>415</sup>, caso em que a prova terá de ser efectuada com base nas declarações verbais das partes; *(ii) interpretação*: o intérprete deve averiguar a vontade comum das partes, tendo em consideração todas as circunstâncias anteriores, concomitantes e posteriores à formação do negócio, para dar um tratamento adequado à natureza do negócio e não deixar arrastar-se pela estrutura formal do mesmo e o seu conteúdo usado como um simples meio veicular; *(iii) qualificação*: o intérprete deve verificar se o negócio celebrado pelas partes não cabe no âmbito da classificação de outras figuras jurídicas, de modo a determinar se se trata ou não de uma simulação, ou seja, se não se trata de um negócio, mas sim de dois negócios sucessivos. Para o jurista espanhol, se se verificar tal situação, fica provado o carácter fiduciário do negócio, sendo mais fácil determinar o sujeito a favor de quem foi constituída a fidúcia, nomeadamente a favor do fiduciário se se tratar de uma cessão efectuada por meio de compra e venda; a favor do fiduciante se a situação fiduciária for criada para atingir os fins do mandato, interposição de pessoas, depósito ou gestão.

*III. Apreciação.* Convém ter presente que na construção do negócio fiduciário de CASTRO Y BRAVO, este negócio tem como matriz negocial o contrato de compra e venda. Para o autor, se o negócio fiduciário fosse constituído por dois negócios independentes, cada um deles devia ter uma causa própria e adequada. Assim, a causa do

---

<sup>414</sup> Cf. Federico de Castro y Bravo, *El Negocio Jurídico*, cit., p. 439 -440.

<sup>415</sup> Deve-se chamar a atenção que em todo o caso o texto contratual não é suficiente para efectuar uma interpretação correcta, pois pressupõe que a declaração de cada uma das partes estejam completas, cf. Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, III, Lisboa, p. 865.

*pactum* seria a assunção da titularidade do direito em função dos fins acordados pelas partes, considerando que a matriz negocial do negócio fiduciário é o contrato de compra e venda simulado<sup>416</sup>, sendo certo que o contrato dissimulado tem uma natureza típica: simples garantia, nos negócios fiduciários de garantia; administração, no contrato de mandato. O método proposto por CASTRO Y BRAVO parece forçar o intérprete aquilatar a existência de uma transmissão do direito, mas vimos que pode haver negócio fiduciário sem que haja verdadeiramente uma transmissão. Assim, na perspectiva do autor, se não houver a transferência do direito, em princípio, não estaremos perante um negócio fiduciário.

*IV. Interpretação de acordo com o Direito Civil Guineense.* Para qualificar se um negócio é fiduciário, é necessário efectuar a sua interpretação<sup>417</sup>. Os negócios jurídicos são actos de autonomia privada através dos quais as pessoas regem os respectivos interesses. Portanto, são acções humanas com certo sentido, o qual carece de interpretação<sup>418</sup>, o que constitui uma questão de facto<sup>419</sup>. Quanto à interpretação dos negócios jurídicos, o AUG nada diz. Como é sabido, há vários sistemas de interpretação que aparentemente divergem. Há sistemas subjectivistas, que privilegiam a vontade real dos declarantes, nomeadamente o Direito francês, artigo 1556.º ss. do *Code Civil* e o italiano, artigo 1632 ss. *CCIt*. Paralelamente, há sistemas objetivistas, assentes na realidade objectiva da declaração, como os artigos 236.º ss. CC e o alemão, § 133 e 157 do BGB. No entanto, a distinção entre estes sistemas não é clara, pois todos assentam na prevalência da vontade real.<sup>420</sup>

---

<sup>416</sup> Em Espanha, ainda parte da doutrina e jurisprudência continua a defender esta posição, cf. Luis Humberto Clavería Gozálbéz, *Notas Sobre el Denominado Negocio Juridico Fiduciario*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2012, n.º 4, pp. 541 ss, p. 543. Na jurisprudência, cf. Sentencia n.º 697/1999 de TS, 27 de Julio de 1999, TS, 15 de Junio de 1999, in (RJ 1999, 4474), Tribunal de Casación, de 1 de Febrero de 2002 e Tribunal de Casación, de 30 de Mayo de 2008, ambos in: <https://diariojuridico.blogs.sapo.pt/porta-de-jurisprudencia-espanhola-1523052>.

<sup>417</sup> Nesta parte seguimos o nosso *Os Negócios entre a Sociedade e os Sócios no Direito da OHADA*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 60 e 63.

<sup>418</sup> Cf. Pedro Pais Vasconcelos, *Teoria Geral de Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2010, 6.ª ed., p. 545.

<sup>419</sup> Neste sentido cf. Ac. STJ de 10 de Abril de 1986, in BMJ, n.º 356, p. 365, ac. STJ de 13 de Novembro de 1986, in BMJ, n.º 361, p. 496, ac. STJ de 4 de Dezembro de 1986, in BMJ, n.º 362, p. 526, ac. STJ de 2 de Fevereiro de 1988, in BMJ, n.º 374, p. 436 e ac. STJ de 23 de Janeiro de 1996, in BMJ, n.º 453, p. 475.

<sup>420</sup> Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *UNIDROIT – Interpretação do contrato (comparação entre as regras UNIDROIT e as regras do Código Civil Português)*, in *Revista Themis*, 1, 2 (2000), p. 237

V. *O processo qualificativo da fidúcia – Generalidades.* A qualificação de um negócio é uma operação nos termos da qual perante o negócio objecto da qualificação o intérprete determina a que tipo pertence<sup>421</sup>. Quer nos tribunais, quer no labor doutrinário ou na prática contratual existe a tentação de recondução dos negócios a um certo tipo<sup>422</sup>, como modo de identificar a respectiva disciplina e de captar o respectivo regime. Para o efeito, é necessário recorrer a índices do tipo que são as características susceptíveis de individualizar certos contratos, para o distinguir dos outros tipos.

VI. *Restrição do exercício do direito próprio como índice da fiduciariiedade.* As qualidades das partes são susceptíveis de contribuir para a qualificação dos negócios jurídicos<sup>423</sup>. Contudo, nem sempre é assim, porque há tipos contratuais indiferentes às qualidades das partes. Certo é que há negócios que são tipicamente celebrados entre contraentes com determinadas qualidades, qualidades essas que contribuem para a respectiva qualificação. Existem muitos casos em que as qualidades das partes influenciam na qualificação, é o que sucede com o contrato de casamento. No ordenamento jurídico guineense, a diferença de sexo consta ainda como elemento qualificante na definição legal do contrato de casamento, nos termos do artigo 1577.º CC e no artigo 1.º da Lei n.º 1776, de 3 de Maio de 1976<sup>424</sup>, sendo juridicamente inexistente o casamento contraído por duas pessoas do mesmo sexo (artigo 1628.º CC). Neste caso, não estamos diante de facto gerador de nulidade do casamento, por imoralidade ou por contrariedade à lei, mas sim de facto impeditivo da qualificação como casamento<sup>425</sup>. Para além do casamento, existem outros casos em que as qualidades das partes são qualificantes, como é o caso do contrato de suprimento, tipicamente celebrado entre a sociedade e o sócio nessa qualidade, tal como os acordos parassociais. Assim, a qualidade das partes pode suscitar questões que não são de qualificação, mas que pertencem à matéria de legitimidade. Deste modo, as

---

<sup>421</sup> Segundo Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 111, a qualificação corresponde à subsunção de um *quid* a um conceito utilizado por uma norma jurídica. Para Maria Costanza, *Il Contratto Atípico*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 176, qualificar um contrato é definir em termos jurídicos uma *facti-species* negocial, enquadrar o acto de autonomia num esquema ou estrutura jurídica. Para Pedro Pais de Vasconcelos, *Contrato de Utilização de Lojas em Centros Comerciais, Qualificação e Forma*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 56, II, Lisboa, 1996, p. 536, a qualificação é um juízo predicativo que tem por conteúdo o reconhecimento nesse contrato da qualidade de corresponder, ou não a este ou àquele tipo, este ou aquele modelo paradigmático de contrato.

<sup>422</sup> Maria Helena Brito, *O Contrato de Concessão Comercial*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 156, Ugo Carnevale, *Il problema del factoring, tipicità e atipicità nei contratti*, Giuffrè, Milano, 1983 e Corbo, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Giuffrè, Milano, p. 20.

<sup>423</sup> Cf. Pedro Pais Vasconcelos, *Contratos atípicos*, cit., p. 159. A propósito dos tipos de crime, cf. Manuel Gonçalves Cavaleiro de Ferreira, *A Tipicidade na Técnica do Direito Penal*, Imprensa Lucas, Lisboa, 1935, p. 22.

<sup>424</sup> Publicado no Boletim Oficial n.º 18 de 4 de Maio de 1976.

<sup>425</sup> Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos*, ob. cit., p. 159.

qualidades das partes só são qualificantes se forem determinantes, em termos legais ou sociais, para a respectiva qualificação, ou seja, quando as qualidades das partes constituem um elemento determinante para a individualização do tipo em causa. No negócio fiduciário, o elemento qualificante não é propriamente a qualidade das partes, mas sim a posição de uma das partes enquanto titular de um direito funcionalizado, no âmbito dessa posição jurídica, a actuar no interesse de um terceiro ou da contraparte. Sem afastar outros índices, nomeadamente o risco, a possibilidade de abuso, a confiança e eventualmente a transmissão do direito na fidúcia dinâmica, a especial posição do titular do direito é um índice ponderoso na determinação da fiduciariade de um negócio. Todavia, a posição do fiduciário não constitui o único índice na qualificação dos negócios fiduciários, pois todos estes elementos ou características frequentes nos negócios fiduciários podem servir de índice qualificativo, nomeadamente o risco e inerente poder de abuso, e alienação de bem. No entanto, apenas estaremos diante de um negócio fiduciário se, com base nestes índices, ficar demonstrado que do negócio *sub judice*, o titular do direito compromete-se, no âmbito dessa posição jurídica, a actuar no interesse de um terceiro ou da contraparte.

## **7. A vertente fiduciária de financiamentos/garantias**

*I. Financiamento/garantia na venda a retro.* Nos termos do artigo 927.º CC<sup>426</sup> diz-se a retro a venda em que se reconhece ao vendedor a faculdade de resolver o contrato. A

---

<sup>426</sup> Já nas Ordenações Filipinas, Livro IV, Tít. IV: *Licita cousa he, que o comprador e vendedor ponham na compra e venda, que fizerem, qualquer cautela, pacto e condição, em que ambos acordarem, com tanto que seja honesta, e conforme ao Direito: e por tanto se o comprador e vendedor na compra e venda se acordassem, que tornando o vendedor ao comprador o preço, que houvesse pela cousa vendida, até tempo certo, ou quando quizesse, a venda fosse desfeita, e a cousa vendida tornada ao vendedor, tal avença e condição, assi acordada pelas partes val: e o comprador, havendo a cousa comprada a seu poder, ganhará e fará cumpridamente seus todos os fructos e novos, e rendas, que houver da cousa comprada, até que lhe o dito preço seja restituído.*



venda a retro<sup>427</sup> envolve a subordinação da venda a condição resolutiva<sup>428</sup>. Essa condição, por ser dotada de natureza potestativa, a sua verificação fica dependente de declaração de vontade do vendedor<sup>429</sup>. Uma das finalidades da celebração da venda a retro é proporcionar uma garantia de cumprimento ao comprador<sup>430</sup>, no fundo, o comprador mutuou determinada quantia a favor do vendedor e, este, a título de garantia de cumprimento da obrigação de restituição, vendeu-lhe o bem (que poderia ter sido dado em hipoteca ou penhor, ou até alienado em garantia) mas conservando o direito de o reaver desde que resolva o contrato de compra e venda e restituir o preço<sup>431</sup>. A posição do comprador/mutuante torna-se mais segura na medida em que o bem que lhe pertencia a título precário, se tornar irreversivelmente seu, caso a quantia mutuada não lhe seja restituída, na medida em que a impossibilidade de resolver a compra e venda dentro dos prazos legais, artigo 929.º CC, consolida a aquisição. Por outro lado, no caso de “incumprimento” não terá a necessidade de intentar acção executiva, nem da consequente concorrência dos credores do vendedor/mutuário. Todavia, parece que não se pode permitir que, indirectamente, se obtenha resultado similar ao do pacto comissório através

---

<sup>427</sup> Sobre a venda a retro, cf. Pedro de Albuquerque, *Contrato de Compra e Venda. Introdução, Efeitos Essenciais e Modalidades*, in *Direito das obrigações*, 3.º vol. (Lições coordenadas pelo PROF. DOUTOR A. MENEZES CORDEIRO), AAFDL, Lisboa, 1991, pp. 39, ss., L. M. Pestana de Vasconcelos, *A Venda a Retro como Instrumento de Concessão de Crédito Garantido. Do Direito Civil ao Direito Bancário*, FDUP, Porto, 2007, Manuel Baptista Lopes, *Do Contrato de Compra e Venda, no Direito Civil, Comercial e Fiscal*, Almedina, Coimbra, 1971, pp. 203, ss. e Francisco Brito Pereira Coelho, *Causa Objectiva e Motivos Individuais no Negócio Jurídico*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. II, *A parte geral do Código e a teoria geral do direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 437. Em Itália, Alberto Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, 40.ª ed., Cedam, Pádua, 2001, pp. 779, Francesco Macario, *Vendita I*, EGT, pp. 34 e Domenico Barbero/Antonio Liserre/Giorgio Florida, *Il sistema del diritto privato*, 3.ª ed., UTET, Turino, 2001, pp. 718, ss.. Em França, Jean-Baptiste Seube, *Droit des Sûretés*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 224 e Annick Perrot, *La Vente à Réméré de Valeurs Mobilières*, RTDCom., pp. 1, ss. Em Espanha Bruno Rodríguez-Rosado, *Fiducia y Pacto de Retro en Garantía*, Marcial Pons, Barcelona, 1998, pp. 147, ss. e Maria del Carmen Pérez Conesa, *Comentarios al Código Civil* (Coor. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Arazandi, 2001. Na jurisprudência portuguesa, cf. Acórdão do STJ, de 19 de Setembro de 2006 (Moreira Camilo), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>428</sup> Era entendida duante muito tempo por retrovenda cf, por exemplo, Vicente Ferrer, *Curso de Direito Natural*, 2ª ed., Coimbra, Imprensa da Universidade, 1856, pág. 150. Sobre a distinção entre caducidade resolutiva e caducidade extintiva, cf. Dias Marques, *Noções Elementares de Direito Civil*, Centro de Estudos de Direito Civil, Lisboa, 1973. P. 105.

<sup>429</sup> Cf. Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, Almedina, Coimbra, 1987, p. 367.

<sup>430</sup> Cf. F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con clausola di riscatto*, in Riv. Dir. Proc., 1946, II, p. 157 e C. M. Bianca, *Vendita con patto di riscatto e alienazione in garanzia*, in Foro pad., 1969, I, c. 1239.

<sup>431</sup> Cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Outubro de 2004, Proc. n.º 04B2740. Sobre os juros e frutos produzidos pela coisa, a doutrina tem considerado que não têm que ser restituído, ou seja, cada um dos contraentes pode retê-los, cf. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Cessao da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, p. 419, José Carlos Brandão Proença, *A Resolução do Contrato no Direito Civil*, BFDUC, XXII, Coimbra, 1975, pp. 235, p. 397, Jorge Ribeiro de Faria, *A Natureza da Indemnização no Caso de Resolução do Contrato. Novamente a questão*, in *Estudos em Comemoração dos Cinco anos (1995-2000) da FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 11, p. 11 e Angelo Carlo Pelosi, *Vendita con Patto di Riscatto*, ED, XLVI, pp. 517 p. 520 e A. de Martini, *Il concetto di negozio fiduciario e la vendita a scopo di garanzia*, in Giur. It., 1946, I, 3, c. 321.

da venda a retro. Daí que sejam nulas, nos termos do artigo 928º, a estipulação de pagamento de dinheiro ao comprador ou de qualquer outra vantagem para este, como contrapartida da resolução, a convenção “que declare o vendedor obrigado a restituir, em caso de resolução, preço superior ao fixado para a venda”. Uma das razões que levou o legislador a estabelecer o respectivo regime com alguma minúcia tem a ver com o entendimento, predominante na época da elaboração do Código Civil de 1966, segundo o qual o negócio fiduciário seria nulo por fraude à lei. Isso tornava necessário proporcionar aos interessados um instrumento alternativo.<sup>432</sup> Assim, o recurso à venda a retro, sob perspectiva da sua aptidão para desempenhar as funções de garantia, será preferível, do prisma de quem empresta dinheiro, ao recurso ao mútuo com garantia real. Em regra, o vendedor precisa de uma determinada soma pecuniária, mas não pretende alienar definitivamente a coisa, recorre à venda a retro, obtendo o financiamento reservando o direito de resolver o contrato e a consequente retransferência do direito alienado mediante a restituição do preço. Assim, a transferência da coisa representa a garantia do cumprimento da obrigação da restituição do preço. Com efeito, em termos práticos, a venda a retro acaba por ser utilizada para fins de crédito e garantia<sup>433</sup>. Quando a venda a retro tiver a finalidade de crédito e garantia é parcialmente semelhante a estrutura fiduciária, pois verifica-se a transmissão de um direito que o vendedor visa mais tarde readquirir, embora o mecanismo que permita a reaquisição é diferente. O vendedor não tem um direito de crédito à recompra, mas à extinção do próprio contrato mediante resolução com a consequente restituição/reaquisição do bem.<sup>434</sup> A venda a retro com fins de crédito e garantia<sup>435</sup>, não obstante ter na sua essência a estrutura fiduciária, sempre que

---

<sup>432</sup> Mais, na vigência do Código de Seabra, segundo a tese dominante, era proibida a venda a retro e nula a venda realizada contra essa proibição cf. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14 de Junho de 1983, Processo n.º 070799. O pacto de retrovenda implica a celebração de outra venda com os efeitos contrários ao da primeira. Esse pacto tem efeitos meramente obrigacionais, sendo, geralmente, qualificado como contrato promessa, cf. Inocêncio Galvão Telles, *Contratos Cíveis, Projecto Completo de um Título do Futuro Código Civil Português e Exposição de Motivos*, in BMJ, n.º 83, 1959, pp. 114 ss., p. 134, Domenico Rubino, *La Compravendita*, 2.ª ed., in TDCivCom., XXIII, Giuffrè, Milão, 1971, p. 1028, Massimo Bianca, *Vendita, Diritto Vigente* in Novissimo Digesto Italiano, XX, p. 604 ss., p. 622, Raúl Ventura, *O Contrato de Compra e Venda no Código Civil, O Preço, Venda a Retro*, in ROA 1980, pp. 605 ss., p. 660, Raúl Ventura, *O Contrato de Compra no Código Civil, Efeitos Essenciais: transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; a obrigação de entregar a coisa*, in ROA, 1983, pp. 587 ss., e Domenico Barbero, *Sistema Istituzionale del Diritto Privato Italiano, II, Obbligazioni e Contratti. Successioni per causa di Morte*, 5.ª ed., UTET, Torino, 1958, p. 306.

<sup>433</sup> Cf. Pedro Romano Martinez, *Direito das Obrigações (Parte Especial), Contratos, Compra e Venda, Locação, Empreitada*, 2.ª ed., Almedina Coimbra, 2003, p. 83 e Galvão Telles, *Contratos Cíveis*, cit., p. 136.

<sup>434</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 306.

<sup>435</sup> Cf. G. de Nova, *Identità e validità del lease-back*, in Riv. it. Leasing, 1989, p. 471, M. L. de Rosa, *Lease Back e Patto Commissorio*, in Riv. It. Leasing, 1989, p. 213, R. Clarizia, *Causa di Finanziamento e Lease-Back*, in Riv. it. Leasing, 1991, p. 3. G. Cesaro, *Lease Back e patto commissorio*, in Riv. Not., 1986, 790

tenha por objecto imóveis ou móveis sujeitos a registo, não gera o mesmo risco fiduciário que a adopção da estrutura fiduciária implica.<sup>436</sup>

II. *Financiamento/garantia na sale and lease back*. Portugal<sup>437</sup> tem um regime próprio de locação financeira. Na Guiné-Bissau<sup>438</sup> só recentemente se instituiu o regime da locação financeira<sup>439</sup>. A locação/venda assemelha-se igualmente à locação financeira. No Direito Comparado, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 171/79, de 6 de Junho, em Portugal<sup>440</sup> (aplicável ao nosso Ordenamento Jurídico), procurou-se

---

ss., C. Chessa, *Sale and Lease Back: qualificazione dell'operazione ed interferenze con il divieto del patto commissorio*, in Giur. comm., 1994, II, p. 669 e F. Chiomenti, *Il Leasing Finanziario e le Scuole Giuridiche Ortopediche*, in RDCom., 1988, II, p. 94 ss.

<sup>436</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 310.

<sup>437</sup> Veja o Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho, alterado pelo Decreto-Lei n.º 265/97, de 2 de Setembro. Sobre aspectos do regime cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Março de 2012, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 20 de Abril de 2006, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15 de Janeiro de 2009, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de Abril de 2008, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 17 de Dezembro de 2015, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Dezembro de 2006, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 2 de Julho de 2009, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 9 de Junho de 2011, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de Março de 1999, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Ainda sobre a jurisprudência referente ao contrato de *leasing*, cf. Rui Pinto Duarte, *A jurisprudência portuguesa sobre leasing: algumas observações*, Livraria Almedina, Lisboa, 2000.

<sup>438</sup> Na literatura lusófona, Sobre a locação financeira, cf., nomeadamente M. Pestana de Vasconcelos, *Dos Contratos de Cessão Financeira (Factoring)*, Boletim da FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, Studia Iuridica, Coimbra Editora/Universidade de Coimbra, n.º 43, 1999, págs. 472, M. Pestana de Vasconcelos, *O Contrato de Forfaiting (ou de Forfaitização)*, in: *Estudos em Memória do PROFESSOR DOUTOR JOSÉ DIAS MARQUES* (coordenação dos PROFESSORES DOUTORES RUY DE ALBUQUERQUE E ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 537-570, M. Pestana de Vasconcelos, *Do Reporte com Função de Crédito e Garantia*, in: *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, homenagem aos PROFS. DOUTORES A. FERRER CORREIA, ORLANDO DE CARVALHO E VASCO LOBO XAVIER* (coordenação do PROFESSOR DOUTOR ANTÓNIO PINTO MONTEIRO), III, vária, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 9-59, M. Pestana de Vasconcelos, *A Venda a Retro como Instrumento de Concessão de Crédito Garantido. Do Direito Civil ao Direito Bancário*, in: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO, IV, 2007, pp. 221-262, Coimbra Editora, Coimbra, 2007 e M. Pestana de Vasconcelos, *Os Contratos de Garantia Financeira. O Dealbar do Direito Europeu das Garantias*, in: *Estudos em Honra do PROFESSOR DOUTOR JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO* (coordenação dos PROFESSORES DOUTORES ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS E PAULA COSTA E SILVA), II, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1273-1305.

<sup>439</sup> Cf. Federica Rocco, *Contratto di Sale and Lease Back e Divieto di Patto Commissorio: l'orientamento della suprema corte*, in RDCom, 1997, p. 160, I. Riva, *Il Contratto di Sale and Lease Back e il Divieto del Patto Commissorio*, in CEI, 2001, p. 300 ss., Roberto Pardolesi, *Leasing Finanziario: si ricomincia da due*, in Foro it., 1990, I, p. 471 ss. e G. de Nova, *Il Lease Back Anomalo è in Frode al Divieto del Patto Commissorio*, in Riv. it. Leasing, 1988, 204 ss.

<sup>440</sup> Veja as primeiras bibliografias sobre a matéria em Portugal, Mota Pinto, *Uma Nova Modalidade Jurídica de Financiamento Industrial: o leasing*, in BMJ 231 (1973), pp. 7 ss., Rui Pinto Duarte, *A Locação Financeira (Estudo Jurídico do Leasing Financeiro)*, Principia, 1983, João Calvão da Silva, *Locação Financeira e Garantia Bancária*, in *Estudos de Direito Comercial (Parecer)*, 1996, Diogo Leite de Campos, *A Locação Financeira*, AAFDL, Lisboa, 1995, Manuel Januário da Costa Gomes, *Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2013, Fernando de Gravato Morais, *Manual de Locação Financeira*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 358 e Fernando de Gravato Morais, *Locação Financeira de Estabelecimento Comercial*, in AAVV, 20 anos do CSC, 2007, p. 637.

fundamentar a admissibilidade da locação financeira justamente na disposição contida no n.º 2 do artigo 936.º CC. A locação financeira se distingue da locação/venda na medida em que na primeira a celebração da compra e venda do bem anteriormente locado depende de uma manifestação de vontade nesse sentido proferida pelo locatário, ao passo que, na segunda, a “metamorfose” da locação em venda opera automaticamente. Na locação financeira, o locador concede ao locatário um financiamento - o gozo temporário de uma coisa corpórea, adquirida para o efeito, pelo próprio locador a um terceiro, por indicação do locatário.<sup>441</sup> Com efeito, a locação financeira implica a celebração de um outro contrato com o fornecedor, ou seja, que este celebra com o locador financeiro, nos termos do qual, este adquire a coisa cujo gozo cede ao locatário financeiro. Apesar de ter três sujeitos no esquema, a locação financeira não se trata de um negócio trilateral, ou seja, é bilateral – entre locador financeiro e locatário financeiro. Assim, a função desempenhada pela locação financeira é de financiamento, o locador ao adquirir o bem escolhido pelo locatário para depois lhe proporcionar gozo<sup>442</sup>, mediante o pagamento de rendas que posteriormente são calculados por forma a cobrirem o preço de aquisição, os juros e despesas associadas, consiste no financiamento do uso do bem durante parte da sua vida útil<sup>443</sup> e possibilitar a sua posterior aquisição, mantendo a propriedade na esfera jurídica do locador como garantia<sup>444</sup> – financiamento garantido pela propriedade do bem<sup>445</sup>, o aspecto que explica um conjunto de consequências em termos de regime no Direito

---

<sup>441</sup> Cf. Giorgio de Nova, *Il Contratto di Leasing/Com Sentenze ed Altri Materiali*, Giuffrè, 1995, p. 4.

<sup>442</sup> Cf. João Calvão da Silva, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra 2001, p. 424.

<sup>443</sup> Cf. Diogo Leite de Campos, *Ensaio de Alálise Tipológica de Locação Financeira*, BFDUC, 1987, pp. 1 ss., p. 10.

<sup>444</sup> Cf. António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Bancário*, cit., p. 600, Rui Pinto Duarte, *Alguns Aspectos Jurídicos de Contratos não Bancários de Aquisição e Uso de Bens*, in *Revista da Banca*, 1992, p. 63, R. Giovanoli, *Tendances Modernes du Droit des Sûretés Bancaires et Contrôle Prudenciel des Banques*, Ceditac, Lausanne 1997, p. 68.

<sup>445</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 278.

Comparado<sup>446</sup>. Uma das modalidades<sup>447448</sup> da locação financeira é a locação financeira restitutiva<sup>449</sup> - *sale and lease back*. Na locação financeira restitutiva, o locatário vende a locador financeiro uma coisa que este de imediato lhe dá em locação financeira<sup>450</sup>. Em

---

<sup>446</sup> Sobre o regime em Portugal, cf. João Calvão da Silva, *Locação Financeira e Garantia Bancária*, cit., p. 23 e seguintes. Em Itália, Cf. C. Pelosi, *Divieto del Patto Commissorio, Lease Back e Frode alla Legge*, in Riv. It. De leasing, 1985, 58 ss., C. Pelosi, *Lease-back e Divieto del Patto Commissorio*, in Riv. it. Leasing, 1989, p. 485 e ss., A. Luminoso, *Lease Back, Mercato e Divieto del Patto Commissorio*, in Giur. Comm., 2000, I, p. 489 ss., Francesco Denozza, *La Sorte del Sene Locato nella Risoluzione del Contratto di Leasing (profili differenziali tra leasing, vendita con patto di riservato dominio e patto commissorio)*, in Riv. it. Leasing, 1986, II, p. 9, e G. de Nova, *Il Contratto di Leasing*, Milão, 1995, p. 65-79.

<sup>447</sup> Há quem considere que a locação financeira restitutiva extravasa a noção tipificada de locação financeira, devido à diferença entre a função de financiamento da locação financeira e a do *sale and lease back*, dado que esta é uma pura concessão de crédito pela entrada de dinheiro resultante do pagamento do preço de um bem que se vendeu mas se continua a gozar, reembolsando-se esse dinheiro a prestações, a locação financeira é um financiamento da utilização (e eventual aquisição) de um determinado bem. Acrescentam ainda que, fazendo o diploma legal que tipifica a locação financeira várias referências ao fornecedor do bem, pressupõe-no sempre como terceiro face ao contrato de locação financeira. Diz-se ainda que, mesmo que se admitisse o *sale and lease-back*, ele cairia sempre na previsão do artigo 929º, n.º1 CC relativa à venda a retro. Do lado oposto, encontram-se os autores que entendem que o *sale and lease-back* enquadra-se no âmbito da noção tipificada de locação financeira. V. Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 49 ss. e Massimo La Torre, «*Le tipologie particolari dell'operazione*», *Manuale del leasing*, EGEA, Milão, 1998, Milão, pp. 177 ss. e M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 285.

<sup>448</sup> O Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 18 de Março de 1999, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) considera em resumo que: quer o locador, quer o locatário podem fornecer os bens locados; a locação financeira não é só a modalidade em que o utente obtém, em locação financeira, um bem móvel ou imóvel adquirido pela sociedade de locação financeira a um terceiro, ou mandado construir por ela mesma; o bem, móvel ou imóvel, pode ser adquirido pela sociedade de locação financeira ao utente; e, por fim, que esta modalidade, denominada *sale and leaseback*, nos países anglo-saxónicos.

<sup>449</sup> Sobre esta modalidade, cf. Ana Filipa Morais Antunes, *O contrato de locação financeira restitutiva: do diálogo difícil com a proibição legal do pacto comissório*, Universidade Católica Editora, Lisboa 2008, Diogo Leite de Campos, *A locação financeira na ótica do utente*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 43, Lisboa, 1983, Luís Fernando Reglero Campos, *Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio*, in Tratado de las garantías en la contratación mercantil, T. II (Garantías reales), vol. I (garantías mobiliárias), Editorial Civitas, Madrid, 1996, Matilde Pacheco Cañete, *Contrato de lease-back*, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2004, Rui Pinto Duarte, *Escritos sobre Leasing e Factoring*, Cascais, Principia, 2001, María del Carmen Garcia Garnica, *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, Alessandro Munari, *Il leasing finanziario nella teoria dei crediti di scopo*, in Collana “*Studi di diritto privato, della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Milano*”, Giuffrè, Milão, 1989, Duarte Vieira Pestana de Vasconcelos, *A locação financeira*, in ROA, Ano 45, Lisboa, 1985, Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, *A venda a retro como instrumento de concessão de crédito garantido. Do Direito Civil ao Direito Bancário*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, IV, 2007, Nicolò Visali, *La problematica del leasing finanziario come tipo contrattuale*, in Rivista di Diritto Civile, Parte II, 2000.

<sup>450</sup> Cf. François Collart Dutilleul/Philippe Delebecque, *Contrats Civils et Commerciaux*, Dalloz, Paris, 2002, p. 76, Diogo Leite de Campos, *Nota sobre a Admissibilidade da Locação Financeira Restitutiva (lease-back) no Direito Português*, ROA, 1982, p. 775, José Carlos Moitinho de Almeida, *A Locação Financeira (leasing)*, in BMJ n.º 231, pp. 5 ss., p. 11, J. Andrade Mesquita, *Direitos Pessoais de Gozo*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 41, João Paulo Remédio Marques, *Locação Financeira Restitutiva (sale and lease back) e a Proibição dos Pactos Comissórios – negócios fiduciários, mútuo e acção executiva*, BFDUC, 2001, p. 589, Mauro Bussani, *Proprietà-garanzia e Contratto. Formule e Regole nel Leasing Finanziario*, Universidade de Trento, Trento, 1992, p. 161, Rossanna de Nictolis, *Nuove Garanzie Personali e Reali, Garantienvvertrag, Fideiussione Omnibus, Lettere di Patronage, Sale – Back, Cedam*, Padova, 1988, NovissDt, XI, pp. 202 ss., p. 437, Aldo Frignani, *Il Leasing Verso una Disciplina Legislativa Completa*, in *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Leveraged Buy-out, hardship Clause, Countertrade, Cash and Carry, Merchandising*, 5.ª ed., Giappichelli, Torino, 1993, p. 137.

termos da estrutura, embora sendo bilateral, temos dois contratos ligados no sentido de obter um determinado resultado. A articulação destes dois contratos visa financiar o vendedor, através do preço acordado para a compra do bem que o vendedor continuará a usar, mas agora na qualidade de locatário.<sup>451</sup> Assim, na locação financeira restitutiva, o financiamento concedido, juntamente com os juros e outras despesas, vai sendo reembolsado através de pagamento das rendas e o locatário financiado só readquire o bem decorrido o prazo estabelecido no contrato, se assim o entender, pagando o valor residual. Todavia, se o locatário não quiser readquirir o bem, o locador pode transaccioná-lo, para amortizar totalmente o valor do financiamento – preço e despesas da aquisição do bem – que não foi inteiramente recuperado por via de pagamento das rendas. Em regra, na locação financeira restitutiva, o locatário mantém-se no gozo do bem, o que a aproxima da alienação em garantia<sup>452</sup> da prática comercial alemã – *Sicherungsübereignung*.<sup>453</sup>

As empresas alemãs recorrem a *Sicherungsübereignung* como forma de se financiarem, garantindo o financiamento do banco através da transmissão da propriedade de um bem utilizado na sua actividade que o banco lhe deverá retransmitir logo que a dívida seja cumprida integralmente. Assim, tal como se verifica na locação financeira restitutiva, o bem objecto de garantia continua a ser utilizada pela empresa beneficiária de financiamento na qualidade de locatária ou comodataria, porque o financiador não quer acarretar com os custos da guarda do bem. A *Sicherungsübereignung* é considerada um negócio fiduciário, o que se pode dizer da locação financeira restitutiva<sup>454</sup> – transmissão da propriedade sobre o bem, estando o exercício do direito da propriedade limitado obrigacionalmente.<sup>455</sup> A qualidade do proprietário do locador financeiro é uma titularidade temporária e funcionalizada, consta do seu património, mas visa, no fundo, garantir o cumprimento das obrigações da outra parte e a recuperação do valor investido na compra do bem, se o locatário não o quiser comprar decorrido o prazo contratual.<sup>456</sup> Quanto aos riscos fiduciários, o locador, poderá recusar-se a retransmitir a coisa decorrido

---

<sup>451</sup> Cf. Federica Rocco, *Contratto di Sale and Lease Back e Divieto di Patto Commissorio: l'orientamento della suprema corte*, RDCom, II, 1997, pp. 160 ss., p. 161.

<sup>452</sup> Cf. G. de Nova, *Identità e validità del lease-back*, in Riv. it. Leasing, 1989, p. 471, M. L. de Rosa, *Lease Back e Patto Commissorio*, in Riv. It. Leasing, 1989, p. 213, R. Clarizia, *Causa di Finanziamento e Lease-Back*, in Riv. It. Leasing, 1991, p. 3, G. Cesaro, *Lease Back e patto commissorio*, in Riv. not., 1986, p. 790 ss., C. Chessa, *Sale and Lease Back: qualificazione dell'operazione ed interferenze con il divieto del patto commissorio*, in Giur. comm., 1994, II, p. 669 e F. Chiomenti, *Il Leasing Finanziario e le Scuole Giuridiche Ortopediche*, in RDCom., 1988, II, p. 94 ss.

<sup>453</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 289.

<sup>454</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 291.

<sup>455</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 292.

<sup>456</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 292.

o prazo contratual ou transmiti-la a um terceiro, violando assim as suas obrigações contratuais.<sup>457</sup> Nos ordenamentos jurídicos com regime da locação financeira, estes riscos – alienação da coisa, penhora ou inclusão na massa insolvente – são diminuídos e, em todo o caso, a doutrina<sup>458</sup> admite a aplicação analógica do artigo 1184.º CC<sup>459</sup>, tendo em conta o carácter em garantia do locador, no sentido de incluir o bem objecto de locação dentro do âmbito da protecção desta norma, afastando a possibilidade da sua penhora por parte dos credores do locador financeiro, assim como afastar a possibilidade de inclusão do mesmo bem na massa insolvente se o locador financeiro for declarado insolvente.

*III. O Reporte.* Nos termos do artigo 477.º do Código Comercial, *O reporte é constituído pela compra, a dinheiro de contado, de títulos de crédito negociáveis e pela revenda simultânea de títulos da mesma espécie, a termo, mas por preço determinado, sendo a compra e a revenda feitas à mesma pessoa*<sup>460</sup>. Ainda dispõe o parágrafo único do mesmo artigo que é condição da validade do reporte a entrega real dos títulos. Assim, o reporte é um contrato desde há muito tempo previsto e regulado entre nós. O Código Comercial que, sendo já de 1888, continua em vigor, nesta parte (e não só), na Guiné-Bissau<sup>461</sup>. Actualmente, em Portugal, grande parte do regime do reporte consta do Código dos Valores Mobiliários. O reporte é um contrato celebrado entre o reportador (comprador dos títulos), compra os títulos, paga o respectivo preço e revende concomitantemente a termo títulos da mesma espécie, e o reportado (vendedor dos títulos) que vende os títulos, recebe o preço e recompra simultaneamente<sup>462</sup>, a termo, títulos da mesma espécie<sup>463</sup>. O reporte pode desempenhar uma função de crédito e garantia – uma das partes, em regra

---

<sup>457</sup> Cf. Filipe Cassiano dos Santos, *O Contrato de Leasing*, Coimbra, (policopiado, S/data), p. 32.

<sup>458</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 294.

<sup>459</sup> *Dispõe o artigo 1184.º CC: Os bens que o mandatário haja adquirido em execução do mandato e devam ser transferidos para o mandante nos termos do n.º 1 do artigo 1181.º não respondem pelas obrigações daquele, desde que o mandato conste de documento anterior à data da penhora desses bens e não tenha sido feito o registo da aquisição, quando esta esteja sujeita a registo.*

<sup>460</sup> Ver outra definição de reporte in Luigi Tartufari, *In Torno alla Natura Giuridica del Contratto di Riporto*, RTDCom., I, 1905, p. 258.

<sup>461</sup> As operações de bolsa são reguladas pelos artigos 351.º a 361.º do Código Comercial. Qualquer espaço ou organização onde se admita a negociação de valores mobiliários por um conjunto indeterminado de pessoas é um mercado de valores mobiliários. Estes mercados distinguem-se entre os regulamentados e aqueles a que se atribui a qualidade de não regulamentados. Os primeiros a propósito do mercado que elegeu como seu protótipo – o mercado de bolsa de valores. Os segundos pautam-se, fundamentalmente, pelas regras livremente aprovadas pela respectiva entidade gestora. Tal não impede considerar a existência de outros mercados regulamentados que não se considerem bolsas de valores. Todavia, estes mercados deverem conter normas referentes à prestação de informação, à admissão dos membros ao mercado e dos valores à negociação, e ao funcionamento do próprio mercado, a requisitos similares aos fixados para as bolsas. Em Portugal, estas normas forma revogadas pelo DL 142-A/91, de 10 de Abril.

<sup>462</sup> Cf. Ruy Ennes Ulrich, *Do Reporte no Direito Commercial Portuguez*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1906, p. 20, C. Vivante, *Il Contratti di Riporto*, in RDCom., I, 1925, p. 98.

<sup>463</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 312.



banco, concede a outra parte uma soma pecuniária por um determinado período de tempo mediante remuneração, empréstimo garantido pela transmissão ao financiador de um conjunto de títulos que o mesmo financiador retransmitirá quando o financiado restituir a soma emprestada e os juros.<sup>464</sup> Com efeito, o reporte com função de crédito e de garantia é constituído por uma estrutura fiduciária – uma das partes se torna titular dos títulos (que aqui são vendidos), ficando obrigado mais tarde, aquando da produção de efeitos da revenda à retransmiti-los ou outros da mesma espécie à outra parte – nomeadamente o risco fiduciário em que o fiduciante reportado corre, em relação aos outros negócios fiduciários.<sup>465</sup>

*IV. Alienação em garantia.* Artigo 79.º dispõe que propriedade de um bem, presente ou futuro, ... pode ser transferida como garantia de pagamento de uma dívida. Ainda nos termos do artigo 87.º, a transferência fiduciária de uma soma em dinheiro é o contrato pelo qual um outorgante cede fundos como garantia do cumprimento de uma obrigação. Na alienação em garantia, o direito é transmitido a outrem e este, em regra, obriga-se a restituir, verificando um determinado evento, em regra, o cumprimento. Como consta da disposição legal, é a própria lei que a qualifica como sendo fiduciário. Na alienação em garantia, verifica-se a transmissão da propriedade sobre o bem objecto de garanta, estando o exercício do mesmo direito limitado (se for da propriedade, limitado obrigacionalmente). A qualidade do titular do bem é uma titularidade temporária e funcionalizada, consta do seu património, mas visa, no fundo, garantir o cumprimento das obrigações, em regra, do alienante e a recuperação do valor investido que dá origem ao crédito. Quanto aos riscos fiduciários, o credor, poderá recusar-se a retransmitir o bem, sobretudo, a propriedade, decorrido ou transmiti-la a um terceiro, violando assim as suas obrigações contratuais.

---

<sup>464</sup> Cf. José Simões Patricio, *Do Euro ao Código Civil Europeu? Aspectos da Convergência Legislativa*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 121. Sobre os “direitos acessórios no reporte”, cf. A Menezes Cordeiro, *Do Reporte: Subsídios para o Regime Jurídico do Mercado de Capitais e da Concessão de Crédito*, in Banca, Bolsa, e Crédito, *Estudos de Direito Comercial e da Economia*, I, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 167 ss., p. 177 ss. e Francesco Messineo, *La Sorte dei Diritti Accessori nel Contratto di Riporto*, RDCom., I, 1925, pp. 328 ss., p. 335.

<sup>465</sup> Cf. L. M. Pestana de Vasconcelos, *Do Reporte com Função de Crédito e Garantia*, in *20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, III, Homenagem aos PROFESSORES DOUTORES A. FERRER CORREIA, ORLANDO DE CARVALHO E VASCO LOBO DE XAVIER, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 9 ss., p. 20-23.



## CAPÍTULO II

### ESTUDO COMPARATÍSTICO DOS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS

#### 1. A fidúcia espanhola: a *wadiatio*

*I. Generalidades.* Há poucas referências doutrinárias, jurisprudenciais e legais em relação à *wadiatio*. Até os países americanos de colonização espanhola a ela recorreram para regulamentar a fidúcia moderna, optando por tentar vislumbrar no *trust* e nas suas aplicações recentes as bases para a implementação do denominado *Feidecomiso*.<sup>466</sup> Todavia, a *wadiatio* merece uma análise por ser uma forma de transmissão de um bem em garantia, sendo certo que a sua análise fornece elementos para uma visão mais aprofundada da utilização da titularidade em garantia, que inclui a alienação em garantia.

*II. Funções da Wadiatio.* No Direito medieval espanhol, os contratos não eram consensuais, porque do mero consenso não derivava a obrigação de cumprimento. Esta falta da obrigatoriedade levou os credores a procurar meios de “fortalecer” contratos não formais através de solenidades acessórias e meios indirectos, de entre os quais a mais importante: a *wadiatio*.<sup>467</sup> Uma das principais funções da *wadiatio* era tornar exigível o cumprimento de uma obrigação, exercendo uma acção directa e imediata sobre os bens do devedor.<sup>468</sup> A *wadiatio* era uma figura a que muitos credores recorriam na Espanha medieval para tornar obrigatório o cumprimento das obrigações contratuais.<sup>469</sup>

*III. Noção.* A *wadiatio* consistia na entrega pelo devedor ao credor de um bem. Este bem poderia ter valor superior ao da dívida, nada obstando a que fosse um símbolo, como, por exemplo, uma espada, um boné ou um bastão, que representava o compromisso do devedor em cumprir obrigação, ou seja, se o devedor não recuperasse o objecto entregue ao credor ou fiador, constituía vexame para o próprio, porquanto tal conduta era considerada pouco honrada.<sup>470</sup> No caso da entrega simbólica, o bem entregue em garantia não tinha valor suficiente para garantir a obrigação, mas tinha o efeito simbólico de demonstrar que, enquanto o devedor não o recuperasse, a obrigação ainda não tinha sido cumprida. Estes símbolos podiam ser entregues aos fiadores, sendo certo que as

---

<sup>466</sup> Cf. Gustavo Américón Esparza, *El Fideicomiso. Introducción a un estudio comparado de su legislación en Argentina, México y Panamá*. Buenos Aires: Gowa, 2006, pp. 17-18.

<sup>467</sup> Cf. Mariano Navaro Montorell, *La Propiedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 46.

<sup>468</sup> Cf. Mariano Navaro Montorell, *La Propiedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 47.

<sup>469</sup> Cf. Guilherme Guimarães Feliciano, *Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia. Das Bases Romanas à Lei n.º 9.514/97*, LTR, São Paulo 1999, p. 84.

<sup>470</sup> Cf. Mariano Navaro Montorell, *La Propiedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 47-48.

propriedades destes ainda pertenciam aos devedores. Logo, até esse momento não havia qualquer característica fiduciária na *wadiatio*.

*IV. Efeitos da Wadiatio.* Era necessário determinar se a entrega do bem, *maxime*, quando não era simbólica, determinava a transferência da propriedade e o dever de a retransmitir uma vez verificado o cumprimento. Na literatura espanhola<sup>471</sup>, os autores sublinham o facto de o credor receber o direito de propriedade sobre a coisa objecto de garantia, sustentando que a entrega consistia num direito de “*prenda*” e, que representa um domínio do credor sobre a coisa do devedor. Todavia, os autores, no período franco, consideram que a *prenda* sobre imóveis assumia duas formas<sup>472</sup>:

- a) *Prenda da propriedade com posse e fruição (antiga *Satzsung*);*
- b) *Direito à execução (*Satzsung* moderna).*

O direito à execução era uma nova forma pignoratícia que surgiu entre os séculos XIII a XV, que conferia ao credor o direito à execução, não adquirindo este a posse nem o direito de uso nem fruição do imóvel. Mediante um acto público - *in vadiare o in vadium ponere* – adquiria, em caso de incumprimento, o direito de obter uma sentença condenatória que consistia na transmissão do imóvel ou na sua venda.<sup>473</sup> Assim, quando a *wadiatio* consistia na transferência da propriedade da *prenda*, o negócio pode considerar-se fiduciário, estando situado na linha primitiva da *fiducia* romana.<sup>474</sup>

## **2. alienação fiduciária anglo-saxónica – *trust***

*I. Generalidades.* O *trust*<sup>475</sup> é um instrumento jurídico útil na gestão do património e no campo financeiro. O *trust* inglês é uma instituição do direito de propriedade.

---

<sup>471</sup> Cf. Mariano Navaro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 54.

<sup>472</sup> Cf. Mariano Navaro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 54.

<sup>473</sup> Cf. Brunner – V. Schwerin, *Historia del Derecho Germánico*, Labor, Barcelo, Madrid, Buenos Aires e Rio de Janeiro, 1936, p. 222. Sobre bens móveis, cf., Idem: p. 222-223.

<sup>474</sup> Cf. Mariano Navaro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 55.

<sup>475</sup> Depois da Idade média, interessa o *Draft Common Frame of Reference*, segundo o qual, o *trust* pode ser definido [cf. Maria Lúvia dos Santos, *O Trust No Quadro Comum de Referência para o Direito Privado Europeu*, in *O Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 803 ss, p. 811 como uma relação jurídica constituída por uma pessoa (*truster*), nos termos do qual esta encarrega um intermediário (*trustee*) de administrar ou dispor de um ou mais activos (*trust fund*) em benefício de outrem (beneficiário) ou para a prossecução de fins de utilidade pública]. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 992-993, apresenta os elementos caracterizadores de *trust*, dando relevância aos princípios gerais para a identificação dos institutos em detrimento das particularidades que assume em cada ordenamento jurídico. De acordo com a caracterização do *trust*, pode se notar, *prima facie*, que é um negócio, em regra, tripartido, e que se destina à administração e conservação de bens. No ponto subsequente vamos analisar sinteticamente o seu regime.

Intervêm nele três sujeitos: o instituidor, o fiduciante e o fiduciário. O instituidor é quem constitui o *trust*. Uma vez constituído o *trust*, a figura do instituidor desaparece, a não ser que tenha o direito de revogar o *trust*, ou alterá-lo. Pode constituir o *trust* qualquer pessoa que tenha a capacidade de exercer os seus direitos patrimoniais. Depois temos o beneficiário *trustee*, que é o titular legal do bem ou direito. É este que, sendo proprietário do bem, tem a capacidade de administrar o bem. Muitas vezes, o instituidor também é fiduciário. Finalmente, temos o beneficiário, que é a pessoa que tem a faculdade de exigir o cumprimento do *trust* em seu benefício próprio. O que equivale a dizer que tem a faculdade de gozar a utilidade económica, ou seja, as utilidades dos bens (por exemplo, rendimentos).

O *trust* assume as mais variadas formas e finalidades no Direito anglo-saxónico. Assim, há *trusts* revogáveis e alteráveis pelo instituidor, e outros que não o são; há *trusts* constituídos por tempo indeterminado, e outros que têm prazo determinado; há *trusts* em benefício de certas pessoas, e outros em benefício de um número indeterminado de pessoas; os *trusts* são utilizados na gestão do património, na transmissão sucessória, e, muito frequentemente, no campo financeiro, nomeadamente no momento da titularização de créditos. Neste sector, é frequente que uma instituição financeira, que tem uma carteira de créditos, a venda a uma sociedade veículo, que, por sua vez, os coloca no mercado, constituindo-se em fiduciária dos adquirentes da carteira de títulos.

## II. O interesse pelo estudo do *trust* em sistemas jurídicos de base romanística.

Para além de contribuir para a construção fiduciária moderna<sup>476</sup>, o interesse pelo estudo

---

O *trust* pode ser caracterizado, genericamente, como uma relação jurídica pela qual certo património é administrado por um titular formal (*trustee*) em benefício de um terceiro (*beneficiary*) ou de um determinado fim, que também é titular de direitos reais sobre o mesmo património e recebe uma proteção jurídica especial.

<sup>476</sup> A recepção do *trust* pelos Direitos de base romanística tem despertado interesse dos autores continentais na matéria deste instituto anglo-saxónico [Curiosamente, o Japão foi o primeiro país a codificar um sistema referente a *trust*, cf. Nozawa Masamichi, *Le transfert de propriété à titre de garantie en droit français et en droit japonais*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 53 N.º 3, Juillet-septembre 2001, pp. 657-683, p. 658], mormente por força da já aludida expansão do *trust*. Nos finais do século XIX até ao início do século XX, a transmissão do direito era considerada como elemento caracterizador do negócio fiduciário, cf. Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, *Facto Jurídico, em Especial Negócio Jurídico*, Almedina Coimbra, 1960, p. 175.

Nos termos do artigo 2.º da Convenção Sobre a Lei Aplicável ao *Trust* e a seu Reconhecimento – HAIA 1985 [Que procedeu à modificação nos Ordenamentos jurídico de alguns países continentais, cf. Maurizio D'Errico, *Il Trust Oggi: Problemi e Prospettive*, in *Giornate di Studio di Messina*, 6-7 Dezembro de 2001, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 167 ss., p. 167. Considerando que a referida convenção não pode, só por si, fundamentar o reconhecimento do *trust* em Itália e que a mesma não afasta a discussão sobre a sua admissibilidade ou não, cf. Vincenzo Scalisi, *Ancora in Ordine alla Ammissibilità del Trust Interno*, in *Giornate di Studio di Messina*, 6-7 Dezembro de 2001, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 187 ss., p. 187-188] – “Para os propósitos desta Convenção, o termo *trust* se refere a relações jurídicas criadas – *inter vivos* ou após a morte – por alguém, o outorgante, quando os bens forem colocados sob controlo de um curador

do *trust*<sup>477</sup> em sistemas jurídicos de base romanísticas, bem como as iniciativas legislativas para implantá-lo em ordenamentos desta família, justificam a necessidade de um estudo mais aprofundados sobre o instituto.

Alguns países da tradição civilista adoptaram formas de *trust* em virtude da adesão à Convenção da Haia de 1985 sobre o Direito Aplicável aos *Trusts*, nomeadamente Itália (l. 16 Ott. 1989 n.º 364), Luxemburgo (*Loi du 27 juillet 2003*), Malta (*Recognition of Trust Act 1994*), o Principado do Mónaco (*Loi n. 1.216, du 7 de Juin 1999*, que alterou a *Loi n. 214 du 27 de Fevrier 1936*), os Países Baixos (*Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition, de 1º de julho de 1985*) e a Suíça (*Decreto Federal de 20 de Dezembro de 2006*, que alterou a Lei Federal de 18 de Dezembro de 1987). Por outro lado, alguns países incorporaram alguma forma de *trust* anteriormente, por diversas razões, como é o caso, nomeadamente, do Liechtenstein (*Trust Enterprise – Treuunternehmen ou Geschäftstreuhand* –, previsto no art. 932a, §§ 1º e ss da *Personen- und Gesellschaftsrecht*, de 10 de Abril de 1926, México (*Ley General de Títulos y*

---

*para o benefício de um “beneficiário” ou para alguma finalidade específica.* Esta convenção dá relevância à posição jurídica do fiduciário sobre os bens deste objecto de *trust*, cf. Afonso Patrão, *Reflexões sobre o Reconhecimento de Trust Voluntários sobre Imóveis Situados em Portugal*, in Boletim da FDUC, LXXXVII, UNIVERSIDADE DE COIMBRA, 2011, p. 376.

Com o reconhecimento e acolhimento do *trust* por parte dos ordenamentos jurídicos continentais, estes desenvolvem-se no sentido de aceitar a constituição dos negócios fiduciários não translativos, os mesmos sistemas que qualificam *trust* como um negócio fiduciário admitem uma das modalidades de *trust* - *express trusts* - em que uma das formas da sua constituição é que o próprio *settlor* declara a constituição de um *trust*, autonomizando, na sua esfera jurídica, os direitos de propriedade dos bens constituintes. Assim, fica cada vez mais vincado o argumento que considera que o núcleo comum das fedúcias é a posição jurídica do fiduciário.

<sup>477</sup> Para uma compreensão deste instituto e a sua comparação com a fidúcia continental, tal como foi necessária uma análise histórica da *fiducia*, parece importante efectuar uma breve análise histórica do *trust* anglo-saxónico, que tem no *use* medieval os seus antecedentes, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 1128-1132. A constituição de *uses* – que, em termos latos, significa “no interesse de” ou “em benefício de” – tinha propósitos preventivos, *maxime* colocar os bens fora do alcance dos credores e dos inimigos poderosos, acautelando o futuro das filhas, desprotegidas pelo Direito da época, bem como conceder um sustento a filhos concebidos nas relações extraconjugais, sem ofender a mentalidade conservadora da época medieval, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 1129. Durante o regime feudal inglês, o Rei era único proprietário de terras. Conferia direitos sobre a terra aos senhorios, que podiam conferir direitos mais limitados sobre a mesma terra, cf. Aline Grenon, *Les Fiducies*, Bruylant, Québec, 1997, p. 10-11.

O sistema feudal inglês era muito acentuado por uma enorme ascendência do senhor sobre os vassalos menores – enquanto guardião legal dos menores, o senhor podia dispor livremente, tanto das terras, bem como da própria pessoa do vassalo, cedendo a sua mão em contrapartida de vantagens pecuniárias ou políticas. Esta concentração do poder na esfera do senhor obrigou os vassalos a protegerem a posição dos seus filhos, através da constituição dos *uses* – transmissão dos bens a alguém da sua confiança, que se comprometia a administrar a terra em benefício dos menores, cf. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 1131. Este mecanismo era apenas aplicável se o vassalo pudesse dispor livremente do bem. Em regra, eram vassalos que não se encontravam na dependência directa do Rei. Esta capacidade de alienação e a necessidade de protecção dos filhos gerou a proliferação de relações fiduciárias. Por outro lado, a prática ofuscava o poder dos nobres. Por isso, a partir do século XIV, os monarcas ingleses começaram a legislar no sentido de estagnar tal disseminação. Mesmo assim a prática continuava devido ao enraizamento na sociedade.

*Operaciones de Crédito*, de 27 de Agosto de 1932, artigos 381.º-407.º), Panamá (*Ley n. 1 de 5 de enero de 1984*), o estado da Louisiana, nos Estados Unidos (*Louisiana Trust Code*, previsto nos §§ 1.721-2.252 do Código Civil da Louisiana de 1808, acrescentados por via legislativa em 1964), e o Québec, no Canadá (*Code Civil du Québec* de 1994, art. 1.260 e seguintes). Como veremos, em França, a partir dos anos oitenta, os operadores económicos procuraram mecanismos capazes de servir funções diversas em termos comparáveis ao *trust*.

III. *O trust no Direito Civil de inspiração romana.* Houve dúvidas quanto à recepção deste instituto nos sistemas civilísticos continentais, nomeadamente no tocante à sua compatibilidade com o Direito Civil, *maxime* se a respectiva recepção é de interesse dos sistemas jurídicos de inspiração romana e se o Direito Civil dispõe de mecanismos jurídicos sucedâneos no caso de a recepção formal/legal não ser necessária.<sup>478</sup> Actualmente, esta questão parece estar ultrapassada, pois o *trust* expandiu-se e hoje está espalhado em muitos países, nomeadamente Japão<sup>479</sup>, nos sistemas mistos - África do Sul<sup>480</sup>, Escócia<sup>481</sup>, Quebec<sup>482</sup> e em muitos países da América Latina. Neste caso, ocorreram casos de recepção de carácter geral, sem prejuízo de recepções, digamos, limitadas, porquanto circunscritas a áreas específicas, nomeadamente a financeira e bancária (México), visando essencialmente atrair investimento estrangeiro.<sup>483</sup>

Em relação aos sistemas civilísticos continentais, a recepção do *trust* pelos Estados aderentes da Convenção de Haia de 1985, têm vindo a incorporar o *trust* nos seus ordenamentos internos, nomeadamente Itália<sup>484</sup> e França<sup>485</sup>, com o *nomen* “*fiducie*”, fruto

---

<sup>478</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 48.

<sup>479</sup> Cf. H. Dogauchi, *Trust in the Law of Japan*, in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bistol, 1998, Bruylant, 1999, pp. 105 ss.

<sup>480</sup> Cf. M. J. de Waal, *The Trust in South African Law*, in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bistol, 1998, Bruylant, 1999, pp. 87 ss.

<sup>481</sup> Cf. J. W. G. Blackie, *Trust in the Law of Scotland*, in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bistol, 1998, Bruylant, 1999, pp. 117 ss.

<sup>482</sup> Cf. R. Godin, *Utilisation de la Fiducie dans le Domain Commercial au Québec*, in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bistol, 1998, Bruylant, 1999, pp. 155 ss.

<sup>483</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 53.

<sup>484</sup> Cf. M. Graziadei, *Trust in Italian Law*, in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bistol, 1998, Bruylant, 1999, pp. 265 ss.

<sup>485</sup> Cf. M. Grimaldi/F. Barrière, *La Fiducie en Droit Française*, in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bruylant, Bistol, 1999, pp. 237 ss. Ainda sobre *trust* em Espanha e Alemanha, cf. respectivamente, S. Camara Lapuente, *Trust in Spanish Law*, in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bistol, 1998, Bruylant, 1999, pp. 191 ss e H. Kötz, *Trust in Germany*, in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bistol, 1998, Bruylant, 1999, pp. 157 ss e M. E. Koppenol Laforce/R. J. P. Kottenhagen, *The Institution of the Trust and Dutch Law*, in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bistol, 1998, Bruylant, 1999, pp. 289 ss e em Suíça, L. Trévenoz/J.-P. Dunand, *The Swiss Fiducie: A Subtle Conceptual Blend of*

da alteração do *Code Civil*, em 2007, dos artigos 2011.º a 2030.º. Estas recepções foram motivadas pelo peso que o *trust* desempenha no comércio internacional no mundo financeiro globalizado.

Em Portugal, considera-se que, à luz do direito positivo, é possível constituir um *trust*.<sup>486</sup> Na Zona Franca da Madeira, o *trust* é reconhecido desde 1988, através do Decreto-Lei n.º 352-A/88, de 3 de Outubro, alterado pelo Decreto-Lei n.º 265/90, de 3 de Agosto, complementado pelo Decreto-Lei n.º 149/94, de 25 de Maio. Ainda em Portugal, a recente revisão do CIRS, operada pela Lei 82-E/2014, de 31 de Dezembro, focou atenções no *trust*. Alguns continuam, todavia, hesitantes quanto ao reconhecimento do *trust* pelo sistema jurídico português, considerando que é bastante complexa, devido à sua natureza híbrida entre os direitos reais e direitos obrigacionais<sup>487</sup>.

*IV. Trust terms.* Esta análise baseia-se no *Draft Common Frame of Reference*, *maxime* os artigos X – 3: 101 a X – 3: 205), *onde resulta que* a actividade do *trustee* é regida por normas predeterminadas (*Trust terms*); a estrutura tripartida pode decorrer de um negócio *inter vivos*, assim como de um negócio jurídico *mortis causa*; o *trust fund* consiste num conjunto de bens autónomo, separado do património pessoal do *trustee* e de outros patrimónios que lhe tenham sido confiados (artigo X 3: 101); o *trust* deve ter por objecto direitos transmissíveis, determinados ou determináveis; o *trustee* torna-se titular único dos bens constituídos em *trust*; o *trustee* torna-se a administrar e dispor dos bens sem necessidade do consentimento prévio do beneficiário; o *trustee* tem a obrigação de gerir os bens objecto de *trust* para a realização de um fim ou benefício de uma pessoa, não o podendo fazer em seu próprio benefício; para além destas obrigações gerais há obrigações específicas que impendem sobre *trustee* e os decorrentes da boa fé; se o *trustee* incumprir as suas obrigações, é responsável civilmente perante o beneficiário. O *Draft Common Frame of Reference* foi inspirado no *trust* da *Common Law*, por isso, alguns autores alegam que *trust* apenas faz sentido no contexto de um Direito baseado na dualidade *equitable vs. Ownership* que não encontra paralelo na história do direito continental.<sup>488</sup>

---

*Contract and Property*, in in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bistol, 1998, Bruylant, 1999, pp. 309 ss.

<sup>486</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 1144.

<sup>487</sup> Cf. Rodrigo Mendes, *O Trust como Veículo de Desenvolvimento – Aspectos Tributários*, in Vida Judiciária, 4.ª ed., n.º 195, Maio de 2016, p. 38.

<sup>488</sup> Neste sentido cf. autores in Maria Lívia dos Santos, *O Trust no Quadro Comum de Referência para o Direito Privado Europeu*, cit., p. 813, (89-90). Em sentido contrário, cf. Madaleine Catin Cumyn, *La Fiducie au Trust dans les Rapports d'affaires*, in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bistol, 1998, Bruylant, 1999, pp. 117 ss, p. 11 ss, p. 16-17.

V. *Balanço: trust vs. Sistemas civilísticos continentais*.<sup>489</sup> Em relação aos sistemas civilísticos continentais - a recepção do *trust* através da Convenção de Haia de 1985, tem-se, evoluído, conforme referido, a incorporação do *trust* nos seus ordenamentos internos.<sup>490</sup> Com efeito, já se passaram trinta e dois anos da conclusão da convenção sobre a lei aplicável ao *trust* e ao respectivo reconhecimento, mas vários países europeus não introduziram o *trust* no seu ordenamento interno e alguns ainda não o reconheceram como instituto válido em sede de Direito Internacional Privado.<sup>491</sup> Um dos principais obstáculos levantados diz respeito com os princípios dos Direitos Reais<sup>492</sup>. Normalmente o princípio do *numerus clausus* está, conforme referido, circunscrito aos direitos e não aos negócios translativos de direitos reais. Por outro lado, o conceito de causa assume plúrimas

---

<sup>489</sup> Para avaliar a relação entre o *trust* e a *fiducia*, verificando se se trata de um instituto exclusivo do sistema anglo-saxónico susceptível de adopção ou não no sistema jurídico continental, é necessário analisar a relação histórica e contemporânea de duas figuras. Quanto à relação histórica, alguns autores consideram que o Direito Romano não conheceu o *trust* como instituto jurídico, cf. F. Barrière, *La Reception du Trust au Travers de la Fiducie*, Litec, Paris, 2004, p. 26. Paralelamente, alguns consideram que a origem de *trust* reside no *fideicommissum* romano, cf. D. Johnston, *Trust and Trust-Like Devices in Roman Law*, in R. Helmholz & R. Zimmermann, *Itenera Fiducie; Trust and Treuhand in Historical Perspective*, D. & Duncker, Berlin, 1998, pp. 45 ss, p. 284-286. O fideicomisso é a disposição através da qual o testador impõe a um sucessor o encargo de conservar a herança ou o legado, para reverterem, por morte do onerado, a favor de outra pessoa. Com efeito, o fideicomisso implica um regime limitativo dos direitos do fiduciário sobre os bens que lhe são atribuídos, por efeito do encargo na sua conservação, que lhe é imposto. O direito do fiduciário atribui-lhe o gozo e a administração dos bens, segundo um regime adaptado sobre o direito de usufruto, cujas disposições se aplicam ao fiduciário em tudo que não seja incompatível com a natureza do fideicomisso. Em compensação, a limitação que sobre ele recai quanto à disposição dos bens impede-o, em princípio, de poder alienar os bens que são objectos de fideicomisso [F. Aguiar-Branco, *Dos Fideicomissos*, Fundação Eng.º António de Almeida, Porto, 2000, p. 7 ss, J. Fonseca e Silva, *Fideicomissos, Algumas Interrogações*, Revista do Notariado, 1-3, 1993, pp. 139, ss, p. 141 ss e M. J. de Almeida Costa, *A Liberdade de Testar e a quota Legitimária no Direito Português. Em Especial, o Confronto do Regime do Código Civil de 1867 com a Evolução Subsequente*, in RLJ, 130, n.º 3875 e 3876, Junho de 1997, pp. 35 ss e, na Jurisprudência, cf. Ac. RL, de 10 de Maio de 2007]. Entre o *trust* e o fideicomisso há vários aspectos em comum, nomeadamente: ambos são baseados numa relação tripartida; inicialmente, ambas as figuras não beneficiavam de protecção jurídica; em ambas as figuras se criam relações fiduciárias; ambas as figuras permitem transmitir os direitos e gerir patrimónios familiares para a sua conservação ao longo de gerações. Todavia, estas figuras apresentam certas diferenças – o *trust* nunca teve por objecto escravos; o *fideicommissum* sempre se circunscreveu ao Direito Sucessório (testamentário), diferentemente do *trust* que teve início nas disposições em vida, apesar de poder ser constituído através da disposição *mortis causa*. Todavia, a doutrina considera que *fideicommissum* não foi utilizado no período formativo dos *uses/trust* e não foi mencionada pelos tribunais ingleses, de modos que não se pode afirmar que *fideicommissum* teve influência na origem do *trust*. É, todavia, importante realçar que, diferentemente da Inglaterra, nos sistemas mistos clássicos que receberam internamente o instituto de *trust* – Africa do Sul, Lusitânia e Escócia, o *fideicommissum* teve uma influência activa no desenvolvimento desta figura anglo-saxónica, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 336-337.

<sup>490</sup> Cf. M. Graziadei, *Trust in Italian Law*, in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bistol, 1998, Bruylant, 1999, pp. 265 ss. e Gianni Baldini, *Interposizione Gestoria e Strumenti di Tutela dell'Interponente: Civil Law e Common Law a Confronto*, in *Mandato, Fiducia e Trust. Esperienze a confronto*, (Org. Francesco Alcaro e Raffaele Tommasini, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 131 ss., p. 131-132.

<sup>491</sup> Cf. Maria Lívia dos Santos, *O Trust no Quadro Comum de Referência para o Direito Privado Europeu*, cit., p. 819.

<sup>492</sup> Cf. Barbara Mastropietro, *Acto de Destinación y Trust: Dos Modelos a Confrontar*, in Revista General de Legiscación y Jurisprudencia, 2012, n.º 4, Outubro-Dezembro, Cometa S.A., p. 553.

tonalidades, o que contribui para a sua presença transversal no sistema.<sup>493</sup> Alguns alegam a preocupação com os perigos relacionados com a evasão fiscal. Refere-se também que o acolhimento de *trust* nos países da *Civil Law* implica uma mudança de mentalidades, nomeadamente na aceitação dos deveres e obrigações, em regra não remunerados, das funções do *trustee* e estiver preparada para confiar nas relações fiduciárias. A crescente prática do *trust*, a sua expansão e actual debate europeu sobre Direito Privado constitui um sinal positivo para o reconhecimento e acolhimento do *trust* por parte dos sistemas de *Civil Law*,<sup>494</sup> o que implica, em certas situações, compreender os institutos próprios<sup>495</sup> do Direito britânico.

VI. *Trust com fins de garantia*. Há quem afirme que, entre vários fins de utilização de *trust*, o de garantia é o que representa maior sucesso<sup>496</sup>. Pode-se constituir um *trust* através de uma estrutura *ad hoc* para uma operação específica e para a garantia de um crédito específico ou através de uma estrutura permanente para efectuar uma multiplicidade de operações. Em todos estes casos, verifica-se a transferência do direito a um *trustee* que, com base na instrução constante no acto constitutivo do *trust* (“*deed of trust*”), procederá ao pagamento da dívida garantida se se provar que o constituinte incumprir, e para distribuir os bens em benefício dos credores, restituindo o eventual remanescente ao devedor.<sup>497</sup> Na prática internacional, o *trust* em garantia tem sido utilizado essencialmente:

a) Para financiar operações imobiliárias<sup>498</sup> ou de venda de imóveis;

---

<sup>493</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 1140.

<sup>494</sup> Cf. Maria Livia dos Santos, *O Trust no Quadro Comum de Referência para o Direito Privado Europeu*, cit., p. 821.

<sup>495</sup> Cf. Maurizio Lupoi, *La Nozione di “Beneficial Owner”*, in *Mandato, Fiducia e Trust. Esperienze a confronto*, (Org. Francesco Alcaro e Raffaele Tommasini, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 33 ss., p. 34 ss.

<sup>496</sup> Cf. Raffaele Torino, *Trust a Scopo di Garanzia*, in *Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX – *Garanzie*, UTEC, p. 343.

<sup>497</sup> Cf. Raffaele Torino, *Trust a Scopo di Garanzia*, in *Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX – *Garanzie*, UTEC, p. 345.

<sup>498</sup> Mais concretamente, no âmbito de financiamento para a operação imobiliária ou de venda de imóveis com pagamento diferido, prevê-se no contrato que o imóvel adquirido seja imediatamente transferido ao *trustee*, que recebe a ordem de retransferir a propriedade sobre o mesmo imóvel credor caso o devedor não cumpra a sua obrigação. O *trustee*, com base no acto constitutivo do *trust*, pode vender o imóvel em caso de incumprimento do devedor. Com o produto da venda, e deduzidas as despesas associadas ao processo de venda, será regularidade a dívida garantida e o eventual remanescente restituído ao devedor. Este esquema proporciona a rápida recuperação de crédito. Por isso, é frequente nas operações de financiamento imobiliário ou na compra e venda de imóveis. Nestes casos, o *trust* é utilizado como garantia no âmbito do financiamento imobiliário, ou seja, como garantia em sentido lato, traduzida na segregação de certos activos, a fim de permitir ao mutuante uma recuperação mais fácil do financiamento, cf. Raffaele Torino, *Trust a Scopo di Garanzia*, cit., p. 345-346.



- b) Para obter adiantamentos bancários<sup>499</sup> para a compra de matérias-primas com base em documentos representativos das mercadorias, ou seja, os títulos que representam os produtos adquiridos;
- c) Para obter financiamento a favor de empresas<sup>500</sup>;
- d) No âmbito de operação de emissão de empréstimos obrigacionistas<sup>501</sup>;

---

<sup>499</sup> Na prática, através do *trust receipt*, o revendedor recebe, em regra, de um banco, um adiantamento correspondente a parte ou à totalidade do custo dos bens que pretende adquirir, ficando o comprador obrigado a pagar a dívida logo que venda a mercadoria adquirida. Ora, a garantia do cumprimento da obrigação financiada ocorre do seguinte modo: a titularidade da mercadoria adquirida para a revenda é transferida para o banco/financiador até ao reembolso do valor mutuado, incluindo juros, mediante a entrega do conhecimento de embarque ficando o revendedor na posse da mercadoria na qualidade do depositário. Este acordo é, em regra, objecto de publicidade, que permite aos credores do revendedor financiado terem conhecimento de que as mercadorias garantem o reembolso do financiamento. Este mecanismo é utilizado para outras operações, nomeadamente para a aquisição do bem de consumo ou de matérias-primas. É caracterizada por nele intervirem três sujeitos: o alienante da mercadoria, o revendedor e o financiador/aquirente que recebe a propriedade directamente do vendedor e a entrega ao revendedor contra o documento (*trust receipt*), nos termos do qual o revendedor declara que detém as mercadorias em nome do financiador, cf. Raffaele Torino, *Trust a Scopo di Garanzia*, cit., p. 344 ss. Esta modalidade de *trust* é mais frequente nos E.U.A. e na Inglaterra e o seu regime depende do conteúdo contratual. Com efeito, o Banco, tendo feito um adiantamento contra os "documentos que titulam a mercadoria", confere ao importador a posse das mercadorias. O recibo ("*trust receipt*") atesta que o importador recebeu os documentos de importação, que concorda em que as mercadorias são de propriedade do banco financiador, com o dinheiro do qual as importou, atestando também que permanecerão depositadas em nome do banco e que pagará ao banco com o produto da venda da referida mercadoria. Este mecanismo, *trust receipt*, embora designado de *trust*, discute-se se realmente constitui um *trust*. Aparentemente, a plenitude da propriedade sobre a mercadoria pertence ao banco financiador e é frequente constar deste documento uma "cláusula" prevendo que o banco poderá em qualquer momento dar sem efeito tal documento e apoderar-se das mercadorias onde quer que estejam. Neste mecanismo não se verifica a bipartição da propriedade frequente no *trust*, que permanece inteira na esfera do banco credor, sendo um instituto que pode enquadrar-se no Direito de base romanística.

<sup>500</sup> Outro esquema em que o *trust* é utilizado com função de garantia de crédito é o chamado *indenture trust*. Neste caso, a empresa, para obter um financiamento, transfere em *trust* a favor do credor. A particularidade de *indenture trust* reside na circunstância de o *trustee* não adquirir nem a posse dos bens, nem a gestão dos mesmos, sendo-lhe atribuída apenas a tarefa limitada de prosseguir com a venda em caso de incumprimento da obrigação garantida. Neste caso, todos os credores beneficiam da garantia sobre os bens do devedor em pé de igualdade e independentemente do momento em que o financiamento foi efectuado, evitando assim uma hierarquia entre os credores, porque constitui uma garantia que não confere a prioridade no pagamento, cf. Raffaele Torino, *Trust a Scopo di Garanzia*, cit., p. 347.

<sup>501</sup> Também no âmbito da emissão de obrigações. Para o efeito, sociedade emitente constitui um *trust*, que funcionará como a garantia do empréstimo e que será administrado pelo *trustee*. No termo do empréstimo obrigacionista, se a sociedade emitente cumprir a obrigação de reembolso, o *trustee* procederá à restituição do património constituído em *trust* à mesma sociedade emitente. Caso tal não ocorra, o *trustee* pode vender os bens constituídos *trust* e, com o produto da venda, depois de deduzidas as despesas associadas ao processo de venda, serão pagos os obrigacionistas e o eventual remanescente restituído ao devedor, cf. Raffaele Torino, *Trust a Scopo di Garanzia*, cit., p. 347. Este mecanismo apresenta vantagens em relação às garantias tradicionais, na medida em que os "titulares de títulos" obtêm uma garantia específica e a entidade emitente é permitida uma agilidade que não era possível caso se recorresse às instituições tradicionais de *Civil Law*. Por outro lado, este esquema de garantia evita o custo e os procedimentos morosos do processo executivo, em caso de incumprimento da entidade emitente, pois o *trustee* pode adoptar as medidas adequadas no âmbito do *trust*, nomeadamente o reinvestimento dos rendimentos provenientes do património objecto de *trust*, no sentido de ampliar o património transmitido em *trust*. Se, pelo contrário, tivesse constituído uma hipoteca, o bem hipotecado, em regra, continuaria improdutivo, i.e., não gerando frutos, deixando de aumentar o valor patrimonial do bem objecto de garantia.

- e) Para constituir depósito de dinheiro para fins de garantia – *trust account*.<sup>502</sup>. A utilização do *trust* como instrumento de garantia de crédito constitui uma resposta à necessidade dos operadores económicos de instituir garantias de crédito que permitam ao credor, em caso de incumprimento do devedor, satisfazer o seu crédito sem recorrer a um procedimento executivo caracterizado por formalismos excessivos, morosidade e incertezas quanto ao resultado.<sup>503</sup>

VII. *Síntese comparativa entre trust e alienação em garantia romanística*. Tanto no *trust*, como na alienação em garantia de origem romana existe um elemento caracterizador do negócio fiduciário, ou seja, a posição do fiduciário, que consiste em ser titular de um direito, mas com limitações obrigacionais no seu exercício. Nas suas origens, ambos os institutos tinham um elemento em comum, *i.e.* a confiança depositada no adquirente do direito. Em ambos os institutos, as partes procuram maior segurança nas operações jurídicas, sendo certo que uma das manifestações se encontra na autonomia do bem objecto do contrato no património do adquirente em relação aos riscos externos da relação fiduciária. Importa realçar que o sistema de *Common law*,

---

<sup>502</sup> Na jurisprudência italiana, é maioritariamente defensora da compatibilização do *trust* com funções de garantia na ordem interna. Tribunal de Bolonha, através da sentença de 1 de Outubro de 2003, 4545/2003, considera que o *trust* é totalmente compatível com o ordenamento interno italiano desde que não seja aplicada directamente o artigo 2740.º *Codice Civile* (correspondente ao nosso artigo 601º CC – pelo cumprimento das obrigações, o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros). Considera ainda que os artigos 2.º e 11.º da Convenção de Haia, que correspondem às fontes de segregação na "propriedade" do *trustee* fornecem uma nova interpretação do conceito do património, in: [milano11giurgno2005trust/giurisprudenza/tribunalebologna.htm](http://milano11giurgno2005trust/giurisprudenza/tribunalebologna.htm). O Tribunal de Brescia, através da Sentença de 12 de Outubro de 2004 - "*L' effetto segregativo trova legittimazione in virtù di specifiche disposizioni previste nella Convenzione dell' Aja ed introdotto nell' ordinamento italiano con la legge di esecuzione. Pertanto il creditore del disponente non può validamente esperire l'azione di espropriazione mobiliare presso terzi sui beni che il disponente abbia trasferito, precedentemente all' azione, al trustee di un trust da lui istituito a favore di una onlus*" - declarou a impenhorabilidade dos bens instituídos em *trust*, considerando que o artigo 11.º da Convenção de Haia, introduzida no sistema jurídico italiano, com a Lei da Execução, representa uma excepção ao princípio da responsabilidade patrimonial ilimitada com todos os bens do devedor referidos no artigo 2740.º *Codice Civile*, como uma excepção de fonte legislativa, in *in* Maurizio Lupoi, *Giurisprudenza Italiana sui Trust, dal 1899 al 2006*, 2.ª ed., IPSOA, 2006, p. 121 ss.

<sup>503</sup> No *trust account* é efectuado um depósito de uma soma de dinheiro com a finalidade de garantia. Na prática, a soma monetária constituída em *trust* fica a custódia de uma instituição de crédito e representa a garantia de uma obrigação do *settlor*/depositante e será restituída se a obrigação garantida for cumprida. Este mecanismo constitui, no fundo, um depósito *escrow*, cf. Raffaele Torino, *Trust a Scopo di Garanzia*, cit., p. 349. Esta garantia é constituída através de um contrato celebrado entre duas partes contratantes e uma terceira entidade financeira/fiduciária a quem as partes confiam o acompanhamento e execução do negócio subjacente. Cada uma das partes – depositante, eventual beneficiário e o depositário – participa no contrato, representando um conjunto de interesses próprios, constituindo assim três partes que, no fundo, são formal e materialmente distintas. A particularidade desta figura é que, até à verificação da condição, a soma monetária depositada pode, se necessário, ser investida/rentabilizada pelo *trustee*, para que possa beneficiar uma das duas partes – para maiores pormenores, cf. João Tiago Morais Antunes, *Do Contrato de Depósito Escrow*, Almedina, Lisboa, 2007, p. 165 e Fátima Fonseca, *O Contrato de Depósito Escrow*, in *Revista de Direito das Sociedades*, IX, 2017, n.º 4 (coord. MENEZES CORDEIRO), Almedina, Coimbra, 2017, p. 818.

através da *equity*, tem desenvolvido o instituto do *trust* de modo que, atualmente, pode abarcar tanto negócio de garantia, como ocorre com o *trust receipt*, como fins de administração. No primeiro caso, o *trust* aproxima-se da *fiducia cum creditore* e, na segunda, o *trust* encontra uma aplicação muito mais ampla do que a alienação em garantia, aproximando-se à *fiducia cum amico*.

Todavia, ambos os institutos apresentam algumas particularidades:

- a) No *trust* intervêm, em regra, três pessoas: o *settlor*, o *trustee* e o *beneficiary*. A alienação em garantia, em regra, pressupõe duas partes - o fiduciante/devedor ou terceiro e o fiduciário/credor, sendo certo que, não há lugar à constituição por declaração unilateral, como acontece, por vezes, no *trust*;
- b) O *trust* de origem inglesa tem, por motivos históricos, um alcance muito mais vasto do que a alienação fiduciária em garantia de origem romana;
- c) Uma das principais distinções entre os dois institutos reside na protecção que a *Common law* confere ao beneficiário do *trust*, especialmente mediante a fiscalização da actividade do *trustee* por meio da actuação dos órgãos judiciais. Diferentemente, na alienação fiduciária de origem romana, o sistema impôs um dever geral de boa conduta em benefício do fiduciante a ser mensurado de acordo com a finalidade de cada negócio fiduciário, conforme se trata da fidúcia para administração ou para a garantia; neste último caso, tal dever deriva do princípio da boa-fé;
- d) O *trust* parece “basear-se” no conceito de desdobramento da propriedade sobre uma mesma coisa ou, digamos, numa espécie de dicotomia do direito de propriedade, fenómeno típico do Direito inglês que decorre da sua forte vinculação com suas raízes medievais. De facto, todo o seu sistema de Direitos Reais, de certa forma, ainda adopta um vocabulário e terminologia medievais.

### **3. Alienação fiduciária islâmica**

*I. Justificação de estudo.* Embora não sendo País de Direito Islâmico, importa referir que em França, uma das últimas evoluções no Direito das Garantias diz respeito à introdução da garantia fiduciária. Assim, o Direito das Garantias foi recodificado e apresentado de forma mais clara no *Code Civil*, no novo Livro IV dedicado às garantias e composto pelos artigos 2284.º e seguintes. A fidúcia foi consagrada pelo *Code Civil*, mas ainda não alcançou o sucesso que muitos autores haviam previsto. Questiona-se,

num Direito das Garantias cada vez mais complexo, quais são as razões que levaram o legislador a regressar a esse mecanismo – fiduciário.

Se é certo que o Direito Romano admitia a utilização da propriedade em garantia, tal utilização não lhe é privativa. A propriedade era utilizada para fins de garantia no Direito romano, mas também no Direito muçulmano<sup>504</sup> clássico, através da técnica

---

<sup>504</sup> O Direito islâmico - Para uma análise aprofundada de vários aspectos particulares da lei nos países do mundo árabe, marcados principalmente pela importância ocupada pela *Sharia* no ordenamento jurídico desses países - um conjunto de princípios e regras de fontes religiosas extraídas dos Livros Sagrados do Islão, que regulamentam os aspectos da vida social, moldam os costumes e o comportamento público e privado que, no fundo, constitui fusão da religião, moral e Direito, cf. Jahel Sélim, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, Panthéon-Assas Paris II, Paris, 2012, p. 7 ss. - é um sistema em que as acções jurídicas são submetidas a uma religião, pelo que estamos diante de um sistema teocrático, cf. Noel J. Coulson, *Histoire du Droit Islamique*, Presses Universitaires de France, Paris, p. 17 ss. Este sistema baseia-se na Lei divina revelada directamente por Deus a Maomé, cf. N. J. Couson, *History of Islamic Law*, Udimburgh, 2005, p. 7 e 22. O conceito de *Sharia* - Nathan J. Brown, *Egypt and Islamic Sharia: A Guide for the Perplexed*, Carnegie Endowment for International Peace, 2012, disponível em <http://carnegieendowment.org/2012/05/15/egypt-and-islamic-sharia-guide-forperplexed/argb>., Aria Nakissa, *Islamist understandings of Sharia and their implications for the post-revolutionary Egyptian Constitution*, in Middle East Brief, n.º 68, Novembro, 2012 - extravasa o conceito de lei cf. Aria Nakissa, *Islamist understandings of Sharia and their implications for the post-revolutionary Egyptian Constitution*, in Middle East Brief, n.º 68, Novembro, 2012, texto disponível em <http://www.brandeis.edu/crown/publications/meb/MEB68>, abarcando, para além de normas e regulação, condições morais, ritualísticas e teológicas que visam as aspirações espirituais da religião muçulmana - Aria Nakissa, *Islamist understandings of Sharia and their implications for the post-revolutionary Egyptian Constitution*, in Middle East Brief, n.º 68, Novembro, 2012, texto disponível em <http://www.brandeis.edu/crown/publications/meb/MEB68>, sobretudo o dever de obediência a Deus, cf. Nisrine Abidal, *Sharia, Muslim States and International Human Rights Treaty Obligations: A Comparative Study*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2008, p. 17-19 e Khaled Aboud El Fadl, *Rebellion and Violence in Islamic Law*, Cambridge University Press, 2002, p. 27. O Direito islâmico superou o direito - o Islamismo surgiu com Maomé, em 612 d. C. O Maomé teve uma visão do anjo Gabriel e soube que Deus o tinha escolhido para ser seu enviado e pregar sua palavra. Assim, ditava as mensagens, recebidas de Deus através do Anjo Gabriel, a seus seguidores para que as registassem. São essas mensagens foram reunidas, alguns anos após a morte de Maomé, constituindo um livro - o Alcorão. Quanto ao seu percurso pessoal, por ser bastante perseguido em Meca pela tribo coraixita, Maomé fugiu da cidade e foi para Latreb, que hoje se chama Medina. Essa fuga ficou conhecida como *Hégira* e marcou o primeiro ano do calendário muçulmano. Maomé ficou isolado em Medina por cerca de 20 anos em busca de respostas sagradas, na medida em que tencionava transformar a religião e a sociedade. Tornou-se então, um líder religioso, político e militar, deflectindo posteriormente em suas mensagens. Após este período na medida, regressou à Meca e fundou o Islã, cf. N. J. Couson, *A History of Islamic Law*, cit., p. 75 ss. - que praticado na Arábia, pois, antes do século VII, este Direito era de natureza costumeira e local, derivado de forma da vida tribal e nómada dos povos árabes, cf. N. J. Couson, *A History of Islamic Law*, cit., p. 7 ss. [Para um estudo mais profundo, cf., na doutrina portuguesa, Carlos Ferreira de Almeida, *Direitos Islâmicos e "Direitos Cristãos"*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, V, Direito Público e Vária, (cord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, LUÍS MENEZES LEITÃO E JANUÁRIO DA COSTA GOMES), Almedina, Coimbra, 2003, p. 713 ss., Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, I, *Introdução e Sistemas Jurídicos em Geral*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 346 ss., António Veiga Menezes Cordeiro, *Princípios Essenciais do Direito Civil Muçulmano*, Inédito, 1956, p. 7, Ruy de Albuquerque/Martim de Albuquerque, *História do Direito Português*, I, Pedro Ferreira, Lisboa, 1999 e A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 366-367:

*Alcorão*: Alcorão é a primeira fonte do direito islâmico. Apesar ocupar o primeiro lugar nas fontes, o Alcorão engloba um conjunto de princípios gerais e não propriamente um conjunto de disposições jurídicas específicas. Retrata a história do universo, do homem e de suas relações com Deus. Todavia, teve o papel de estabelecer uma nova organização do estado árabe, que deixou de ser tribal, deixando de ter classes privilegiadas da sociedade e proíbe certos actos incompatíveis com a religião muçulmana, tais como consumo de bebidas alcoólicas, os jogos de fortuna e azar ou os empréstimos a juros. Uma das principais

designada de *bei-bil-wafa*. Este conceito surgiu no século V da *hégira* e pode ser comparado com a alienação fiduciária em garantia. Etimologicamente, *Bei* significa venda e *wafa*, cumprimento da obrigação, que alguns autores consideram que pode ser traduzida pela palavra latina *fiducia*.<sup>505</sup> Este instituto baseia-se na venda com a opção de

---

características do Alcorão é a inquestionabilidade, podendo ler-se: “*Este é o livro de que não se pode duvidar, um guia para os que temem ao senhor*” (Alcorão, II, 02; equidade). A sociedade muçulmana é isonómica e não existe o sacerdócio; a recompensa para aquele que obedece ao Alcorão é o paraíso após a morte. A punição aos infiéis é dada pelo inferno. O Alcorão prevê a possibilidade de um homem ter mais de uma esposa. Actualmente, em alguns países muçulmanos onde a prática é permitida, o número de esposas é limitado, no máximo a quatro e todas devem ser tratadas com igualdade pelo marido. Além de esposas, o homem pode ter concubinas;

*Suna*: é a segunda fonte e é caracterizada como sendo um conjunto de usos, costumes, actos e profecias de Maomé que não estão presentes no Alcorão. Esta fonte de Direito não escrita é passada de geração em geração, por uma cadeia de discípulos. Dado que tanto o Alcorão como a *Suna* não são suficientes - Nathan J Brown, *Changes in the domestic order*, in Sinan Ülgen, *Emerging Order in the Middle East*, Carnegie Endowment for International Peace - <https://carnegieendowment.org/files/middle>,] para responder a todas as situações, criou-se o *Idjma*, a terceira fonte do direito muçulmano - David F. F. Forte, *Studies in Islamic Law: Classical and Contemporary Application*, Austin & Winfield, EUA, 199, (37-38);

*Idjma*: constitui um conjunto de opiniões e as posições consensuais dos juristas e estudiosos islâmicos em relação ao Direito e à sua aplicação. A *idjma*, tendo em conta o facto de ser uma decorrência racional do conteúdo da Lei divina, é o garante da interpretação correcta do Alcorão e da transmissão da *Suna*. Todavia, não se deve confundir a *Idjma* com os costumes ocidentais, pois naquela a unanimidade é restrita, ou seja, abrange apenas as opiniões dos jurisconsultos e doutores do islão. É também importante realçar que a unanimidade a que nos reportamos não é absoluta, porque, na prática, verifica-se divergências de interpretação pelas *madhabs* (escolas). Cada uma das escolas, designadas também de *madhab*, interpreta à sua maneira o direito muçulmano. As diferentes escolas agrupam-se [São quatro as escolas sunitas:

o *hanafita*, que é a que contém mais seguidores e se encontra na Turquia, Jordânia, Síria, Afeganistão, Paquistão, Bangladesh e Índia. A *malequita* tem grande influência na África negra e ocidental. A *chafeita* é muito seguido entre os curdos, os malaaios, indonésios e muçulmanos da costa oriental da África. A última, a *hanbalita*, encontra-se na Arábia. Dentro das escolas heréticas, a mais influente é a xiita, que está fortemente presente no Irão e no Iraque. Os Xiitas separam-se dos sunitas essencialmente por causa do conceito do *Califa* - representante dos muçulmanos. Para os xiitas, este deve ser um descendente de Maomé, enquanto para os sunitas deve ser escolhido pelo povo. Há também a escola *vahabita* seguida na Arábia Saudita, a escola *zeidi* no Iêmen e *harigita* presente no sul da Argélia, na costa oriental da África e em Zanzibar. Todavia, não obstante as diferenças relativas aos aspectos secundários, os princípios do direito são assegurados com equidade pelas diferentes escolas. A aplicação do *idjma* é muito importante, na medida em que, actualmente, o *Alcorão* e a *Suna*, apesar de serem fontes fundamentais, passaram a ter valor de fontes históricas. O magistrado islâmico não tem necessariamente que recorrer directamente ao *Alcorão* para a resolução de um litígio, pois já existe um livro de *idjma*, uma interpretação unânime acerca de alguns assuntos] em dois grupos principais: os ortodoxos ou sunitas e os heréticos ou xiitas;

*Qiyâs*: era apenas uma mera aplicação analógica de soluções consolidadas, provenientes das fontes acima referidas. Inicialmente, o *qiyâs* era apenas um processo de raciocínio, que passou a ser fonte de direito. Foi introduzida por fundador da escola *hanafita*, Abu Hanifah.

O Direito islâmico desenvolveu-se ao longo dos séculos VII a IX, o que explica seu aspecto casuístico e o carácter arcaico de algumas instituições. É um Direito singular, pois detém raízes na religião islâmica e no Alcorão. As semelhanças com Direitos ocidentais podem ser consideradas coincidências. A regulamentação muçulmana é rígida e resulta dos preceitos [Cyril Glassé, *Dictionnaire Encyclopédique de l'Islam*, Bordas, Paris, 1991, p. 7 ss.] de Deus (Alá), o que o difere do Direito Canónico. Ambos são originários de teologias - Igna Goldziher, *Introduction to Islamic Theology and Law*, Princeton University Press, Princeton, 1981, p. 21 ss.], mas o direito canónico teve uma produção considerada humana, pois não impõe sanções religiosas e sanções advindas do outro mundo, constituindo um complemento ao Direito romano-germânico em relação à Igreja, cf. René David, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, P. Martins, S. Paulo, 2002, p. 7 ss.

<sup>505</sup> Cf. Sélim Jahel, *L'adéquation du Droit Musulman Classique aux Procédés Modernes de Financement et de Garantie*, RTDCom. 1985, p. 483-487.

recompra, em que o comprador se obriga a revender a preço da compra. Este instituto, na prática, é utilizado, o mais das vezes, para garantir o cumprimento de uma obrigação, em que o devedor vende uma propriedade ao seu credor, que se compromete a revendê-lo quando a dívida inicial for paga. A compatibilidade do instituto com o Direito Islâmico esteve sempre no centro de divergências. Os *fuqahas* consideravam-no contrário à *sharia* porque permitia contornar a proibição de juros ou a usura, ao passo que os *hanafis* – uma escola da qual derivou o Código Otomano – admitem a sua constituição. Actualmente persistem tais divergências nas finanças islâmicas. Por exemplo, o "Conselho da Academia Fiqh Islâmica", em Jeddah, na Arábia Saudita, recusa este mecanismo, enquanto o Banco Islâmico da Malásia admite a sua aplicação, através da resolução n.º 66/4/7<sup>506</sup>.

II. O *bei-bil-wafa* foi desaparecendo paulatinamente. Com efeito, foi banido na Síria em 1949 e no Iraque em 1951, bem como no código egípcio, mas ainda permanece consagrado nos códigos da Jordânia e Kuwait. Certo é que o termo *bei-bil-wafa* não tem uma definição uniforme em todos os países que conhecem esse mecanismo. Por vezes, o conceito abrange uma noção que corresponde a venda a retro, sem prejuízo de, por vezes, corresponder à venda com pacto de retrovenda. Este instituto - *bei-bil-Wafa* - quase desapareceu nos ordenamentos jurídicos dos países árabes, mas durante muito tempo foi considerado "Rainha da garantia" nestas regiões. Beneficiando da *praxis*, o regime legal desta garantia era desenvolvido.<sup>507</sup> Portanto, parece necessário, não só para o aprofundamento de estudo de alienação em garantia, mas também para descobrir as semelhanças entre *bei bil-Wafa* e a fidúcia moderna, em especial, a alienação fiduciária em garantia, assim como procurar as razões para o sucesso limitado da fidúcia legal francesa e a influência que aquela exerceu sobre esta.

#### **4. A transmissão da propriedade no financiamento islâmico**

I. *Os textos religiosos do Islão.* Os textos religiosos do Islão contêm disposições sobre os comportamentos a adoptar nas transacções comerciais e financeiras, bem como

---

<sup>506</sup> In: <https://zulkiflihasan.files.wopress.com/2009/12/majma-fiqh.pdf>, cf. pp. 137-138 do texto.

<sup>507</sup> Martin Palu, *Le Bei-Bil-Wafa. Une Comparaison entre le Bei-Bil-Wafa et la Fiducie-Sûreté Française*, Université Panthéon-Assas – Paris II Droit – Économie – Sciences Sociales, 2014, p. 3.

jurisprudência sobre matérias relacionadas com finanças.<sup>508</sup> Na prática bancária islâmica, tendo em conta o Direito islâmico, não se pode ganhar dinheiro a partir de dinheiro, motivo pelo qual a cobrança de juros é proibida. Apenas se admite *qard Hasan*, que é um empréstimo sem juros, *i.e.*, no fundo, mútuo gratuito. Esta técnica raramente é utilizada pelos bancos. Em regra, é usada em situações específicas, como nos casos de dificuldades de um indivíduo ou de uma empresa, ou quando se pretende estimular o desenvolvimento de sectores principiantes. Com efeito, no sector bancário, a necessidade de atrair investimentos produtivos para substituir juros e assegurar o desenvolvimento económico sustentável levou as instituições a encontrarem expedientes para superar as restrições da *Sharia*. Os bancos islâmicos desenvolvem muitas operações que envolvem a transferência da propriedade que, muitas vezes, são próximas da alienação em garantia. Os substitutos de juros são instrumentos legais com um propósito específico – concessão de créditos associados à alienação da propriedade ou renda –, sendo certo que é usual a celebração de contratos em que as contrapartidas dos clientes bancários incluem parcelas que, economicamente, representam lucros, mas, materialmente, são juros. Estas figuras são importantes na análise da relação entre o direito da propriedade e a garantia. Esta análise também permite estabelecer a distinção entre estas figuras e as que constituem verdadeiras alienações em garantia. Nestas, em regra, verifica-se a qualidade prévia do credor antes da constituição da garantia e essa qualidade torna-se definitiva apenas no caso de incumprimento do devedor.

*II. Murabaha.* Uma das operações mais comuns nos bancos islâmicos<sup>509</sup> é a *murabaha*. Os depositários dos bancos islâmico não são meros credores; têm uma posição

---

<sup>508</sup> A teorização da economia e das finanças islâmicas e a criação das instituições financeiras no âmbito da *sharia*, constitui um fenómeno moderno, cf. François Barriere, *La finance islamique: Un Cadre précisé*, in *Mélanges en l'honneur de Michel Germain*, LexisNexis, Paris, 2015, p. 17, de meados do século XX. A sua institucionalização foi marcada pela criação do Banco Islâmico de Desenvolvimento, na Arábia Saudita, em 1975. O BID foi criado para apoiar os países muçulmanos no seu desenvolvimento económico, através de financiamentos baseados na *sharia*. A ideia da criação deste banco derivou do trabalho dos ideólogos sunitas, nomeadamente Abul Ala Mawdudi Qutb, que defendia que o comportamento do mercado devia ser limitado pelas normas derivadas das fontes clássicas do islão. As realizações mais significativas da economia islâmica encontram-se, provavelmente, na área financeira, *maxime* na banca islâmica que não pratica *riba* (juros), mas pratica as seguintes operações, cf. José Pedro Teixeira Fernandes, *A Finança Islâmica nas Sociedades Ocidentais*, in *Relações Internacionais*, n.º 26, Junho de 2010, IPRI, Lisboa, 2010, p. 97-98: *Mudaraba*: nesta operação, um investidor entrega o capital a um empresário, que o aplica numa actividade produtiva e posteriormente devolve ao investidor o capital emprestado acrescido de lucros obtidos na actividade desenvolvida; *Musharaka*: nesta operação o empresário adiciona ao seu próprio capital àquele que lhe é fornecido pelos investidores, expondo-se também ao risco da perda de capital; A economia islâmica alargou a obrigatoriedade do *zarak Zarak* é um imposto religioso mencionado no Alcorão, 9: 103, que se destina à redistribuição aos mais pobres] às empresas, alteração da sua taxa e a sua administração passou a ser estadual.

<sup>509</sup> Para um estudo aprofundado sobre a prática bancária islâmica, cf. Michèle El Khoury, *Techniques de Financement Islamique, une Discipline peu Connue en France*, Banque et Droit, novembre 2003, n.º 92, p.

similar à dos investidores de fundos comuns ou accionistas sem direitos de voto, assumindo os riscos associados ao capital do banco. Para contornar tal proibição, recorrem à operação designada de *murabaha*, que consiste numa compra para revenda com uma margem correspondente, economicamente, ao lucro – a revenda inclui uma margem em relação ao valor de compra, margem este que corresponde ao valor do lucro de empréstimo<sup>510</sup>. Na prática, os bens são comprados ao preço de mercado pelo banco, sendo revendidos ao cliente bancário por um preço que inclui o custo de aquisição, acrescido de uma margem negociada antecipadamente pelas partes, correspondente, *grosso modo*, aos juros associados à operação. Com efeito, na prática, o preço de revenda é pago a prazo, em regra, a prestações. Este diferimento do preço corresponde ao crédito que banco concede ao cliente. Esta operação foi qualificada como uma promessa de venda, nos termos da qual o cliente dá uma ordem de compra ao banco que promete satisfazê-lo, desde que lhe seja revendido com lucros e sob condições fixadas previamente entre o banco e o cliente<sup>511</sup>

A operação requer a intervenção de três sujeitos: o cliente, o banco e o fornecedor. O banco obriga-se a comprar a coisa a um fornecedor. Na prática, para afastar o risco do cliente se recusar<sup>512</sup> a comprar a coisa adquirida pelo banco, este faz-se representar pelo

---

1723-1731, Chucui-Joseph Serhal, *La Finance Islamique: Une Intégration Possible dans le Système Bancaire Français*, Banque & Droit, 1er Mars 2006, n°106, p. 37 – 43, André Lapidus, *La Propriété de la Monnaie: Doctrine de L'usure et Théorie de l'intérêt*, Revue Économique, n°6, Novembre 1987, p. 1095-1111, S. Al-Suwailem, *Venture Capital, A Proposal Model of Mousharaka*, Journal of Islamic Economics, 2004, vol.10, Andréane Fulconis-Tielens, *La Finance Islamique a-t-elle un Avenir prometteur en France?* Revue Banque, Novembre 2007, N°696, Ghassen Bouslama, *La Finance Islamique: Une Récente Histoire avec la France, Une Longue Histoire avec ses Banques*, Revue D'économie Financière, Novembre 2009, N°95, Gilles Saint Marc, *Le Droit Français est-il Compatible avec la Finance Islamique*, Banque Magazine, 1er Juin 2008, n°703, p. 60-63, Arnaud Raynouard, *Lorsque le Conseil Constitutionnel Sauve le Code Civil d'un Alinéa inutile et Inefficace... Tout en Mettant la Fiducie (encore) sous les Feux de la Rampe*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n°3, 22 Janvier 2010

Philippe Dupichot, *Fiducie et Finance Islamique*, Recueil Dalloz, Paris, 2010, p. 1065 ss.

<sup>510</sup> Não se confunde com o contrato de leasing, pois diferentemente da *murabah*, no leasing o locador é e continua a ser proprietário da coisa e o gozo é retribuído e aquisição da coisa por parte do locador é eventual e não o adquire na data da celebração do contrato, cf. Diogo Leite de Campos, *Locação Financeira. (Leasing) e Locação*, in Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 62, III, Dezembro de 2002, Lisboa, p. 761.

<sup>511</sup> Cf. Sélim Jahel, *La Finance Islamique*, Les Cahiers de L'institut du Pacifique, n. ° 45, Octobre 2009, p. 7 e Sélim Jahel, *Droit des affaires et religion*, Revue Internationale de Droit Comparé, 2001, N°4, p. 879 ss.

<sup>512</sup> Neste caso, de acordo com o Direito interno guineense, mesmo não havendo um contrato definitivo, pode haver vinculações, responsabilidade, nomeadamente em seguintes situações: Cartas de intenção - quando se emite declarações relativamente a um negócio, deixando em aberto aspectos fundamentais do mesmo, preterindo para um momento posterior o acordo final; Acordos de base – são acordos pontuais para sedimentar o essencial do já acordado; Protocolos complementares – complementam ou regulamentam contratos. Todas estas situações são jurídicas e têm efeitos jurídicos. Trata-se de verdadeiras contratações, só que diferentes. Nestas situações, quando uma das partes (mesmo sendo entidade pública) se recuse a prosseguir com as negociações ou não cumprir com os seus deveres, a solução para o incumprimento, quando a margem de indeterminação não possa ser suprida, reside na indemnização, cf. M. Janeiro da



próprio cliente no momento da assinatura do contrato de compra entre o banco e o fornecedor. Desta forma, o cliente terá dificuldades em recusar a compra final, com os fundamentos de não corresponder à descrição feita ao banco. Muitas vezes, o banco exige que os contratos de compra e venda celebrados entre ele e o fornecedor, bem como contrato de *murabaha* sejam assinados em simultâneo. Além disso, o banco tende a realizar operações para que a propriedade da coisa seja imediatamente transferida para a esfera jurídica do comprador/cliente, de modo a evitar os riscos associados à qualidade de proprietário.<sup>513</sup> Para garantir a validade do contrato de *murabaha* perante o Direito islâmico, o banco pode convocar um conselho de especialistas para avaliar a legalidade da operação. Além disso, de acordo com os princípios da *sharia*, sempre que são utilizados fundos de um ou mais clientes para comprar a coisa objecto do contrato de *murabaha*, estes clientes têm interesse na celebração da *murabaha*, pois aproveitam também de uma parte do valor residual entre o preço de compra e o preço de revenda.<sup>514</sup>

A Doutrina francesa questiona a compatibilidade desta prática com o Direito Francês. De modo geral sustenta-se<sup>515</sup> que a *murabaha* pode ser qualificada como uma operação de crédito, nos termos do artigo L.313-1 do Código Monetário e Financeiro Francês, nos termos do qual esta operação deve respeitar as condições específicas do financiamento islâmico. Com efeito, é proibido ao cliente refinanciar-se com a propriedade que já é sua. Assim, o bem objecto do contrato deve pertencer a uma terceira

---

Costa Gomes, *Contratos... cit.*, p. 37 e 38, António Menezes Cordeiro, *Direito Comercial*, 3.ª Edição, Almedina, 2012, p. 571 e 572, Joaquim de Sousa Ribeiro, *Responsabilidade Pré-Contratual. Breves Notas Sobre a Natureza e o Regime*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Henrique Mesquita*, Vol. II, PP. 745-767, p. 748 e 750, Paulo Fernando Modesto Sobral do Nascimento, *A Responsabilidade Pré-Contratual pela Ruptura das Negociações e Recusa injustificada de Formalização do Contrato*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, IV, Almedina, pp. 179-262, p. 183-225., António Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé cit.*, p. 585, Vera Eiró, *Adjudicar, não contratar e... Indemnizar*. Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 22.10.2009, in *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 80, PP. 32-49, p. 45, Dário Moura Vicente, *Culpa na Formação dos Contratos*, in FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (org.), *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977* (sep.), III, Direito das Obrigações, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 265-284, p. 267, Sérvulo Correia, *A Responsabilidade Civil da Administração*, in *Boletim da FACULDADE DE DIREITO DE BISSAU*, n.º 3, Junho de 1995, pp. 9-19, p. 15, Manuel António de Castro Portugal Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil* Almedina, Coimbra, 2001, p. 270, Jorge Ferreira Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 490. Na jurisprudência, vide: Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo (P. 1.ª Secção) n.º 1/2010, de 22 de Outubro de 2009, Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 08 de Abril de 2008, processo n.º 1162/03.0TBCNT.C, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 18 de Dezembro de 2012, processo n.º 1610/07.0TMSNT.L1.S1, Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 16 de Junho de 2011, processo n.º 1429/06.6TBLQ.L1-8 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20 de Janeiro de 2005, Processo n.º 05B2150, in: <http://www.dgsi.pt>.

<sup>513</sup> Cf. Solène Boustany, *L'établissement d'une Banque Islamique en France*, Université Paris II Pantheon-Assas, Paris, 2010, p. 9 ss.

<sup>514</sup> Cf. Solène Boustany, *L'établissement d'une Banque Islamique en France*, cit., p. 11 ss.

<sup>515</sup> Cf. Solène Boustany, *L'établissement d'une Banque Islamique en France*, cit., p. 35.

pessoa no momento da aquisição por parte do banco<sup>516</sup>. É possível acordar uma cláusula penal em caso de mora, mas os valores recebidos pelo banco proveniente desta pena devem ser obrigatoriamente doados a um fundo de caridade. Finalmente, a doutrina considera que esta operação parece ser compatível com a lei francesa, uma vez que, em termos globais, adapta-se ao regime do comércio imobiliário.<sup>517</sup> Embora o papel tradicional do banco não seja o de comprar e revender, o *Murabaha*, constitui um meio para contornar a proibição de juros. Nesta operação, a propriedade não é utilizada propriamente em função de garantia, representando apenas o financiamento, motivo pelo qual não se confunde com a alienação da propriedade em garantia, aproxima-se mais da nossa locação financeira.

*III. Salam.* Os financiamentos *salam* constituem outro mecanismo em que os bancos islâmicos se socorrem com frequência. De acordo com o Direito islâmico, é proibida a venda de coisas futuras, nomeadamente coisas inexistentes no momento da celebração do contrato, sendo igualmente proibida a venda com carácter de aleatoriedade. Esta técnica de financiamento permite contornar tais proibições religiosas.

O *salam* é um contrato de compra e venda com entrega diferida das mercadorias. Assim, diferentemente do *Murabaha*, no *salam* o banco não actua na qualidade de vendedor a crédito dos bens adquiridos na sequência da solicitação do cliente, mas como comprador, com pagamento em dinheiro de uma mercadoria que lhe será entregue a prazo pelo respectivo cliente. Os requisitos de admissibilidade deste contrato são: que tenha por objecto uma coisa determinada, que o objecto da venda *salam* seja possível, que não se dissimule um negócio usurário, que o prazo da entrega seja fixado antecipadamente e que o preço seja pago em numerário.<sup>518</sup> O financiamento *salam* permite o crédito de produção e, portanto, é útil para o produtor, que precisa de crédito sazonal e a médio prazo. Cronologicamente, esta operação pode ser sumariada nos seguintes termos: o banco/comprador faz uma encomenda de uma determinada quantidade de mercadorias, para o seu cliente, de valor correspondente ao financiamento pretendido; o cliente/vendedor envia ao Banco uma factura pró-forma que indica a natureza, as quantidades e o preço das mercadorias encomendadas; uma vez acordadas as condições da operação, as partes assinam o contrato de *salam*, estipulando as principais cláusulas, nomeadamente a natureza das mercadorias, quantidades, preços, prazos e termos de

---

<sup>516</sup> Cf. Chucry-Joseph Serhal, *La Finance Islamique cit.*, p. 37 ss.

<sup>517</sup> Cf. Solène Boustany, *L'établissement d'une Banque Islamique en France, cit.*, p. 35 ss.

<sup>518</sup> Cf. Solène Boustany, *L'établissement d'une Banque Islamique en France, cit.*, p. 41.

entrega/venda em nome do Banco; de seguida, o banco e um fornecedor assinam um contrato de compra e venda com mandato com representação, nos termos do qual o banco confere ao fornecedor os poderes para vender e entregar as mercadorias ao seu cliente/comprador em nome do banco e o fornecedor compromete-se, sob sua responsabilidade de cobrar e entregar o preço da venda ao banco.

No fundo, o banco faz um avanço – financiamento *salam* – pagando o preço da mercadoria. O banco remunera o fornecedor, com uma espécie de comissão se este efectuar a cobrança do preço com sucesso. Por sua vez, o preço de venda das mercadorias que o fornecedor efectua em nome do banco deve incluir a margem que, depois de deduzidas as comissões e outros custos, representa, materialmente, os juros do financiamento/adiantamento. Tal como na *murabaha*, a propriedade não é utilizada propriamente em função de garantia.

IV. *Ijira*. *Ijira* (*ijara*) é uma operação em que o banco compra equipamentos ou edifícios com a finalidade de disponibilizá-los ao cliente, ficando este investido na qualidade do locatário, por um período e com uma renda previamente determinada. Dado que a posse da coisa se encontra na esfera do cliente, este suporta o risco de perda e de deterioração da coisa. Esta figura não se confunde com o *leasing*, pois no *ijira* não há opção de compra<sup>519</sup>. No entanto, o banco continua a ser o proprietário da coisa locada e esta situação configura uma situação próxima da reserva de propriedade. No entanto, o contrato da *ijira* difere do contrato de locação comum, já que, no caso de uma locação comum, o locatário/inquilino é obrigado a pagar a renda, em regra, mesmo que a coisa arrendada/alugada se torne imprópria para uso. No *ijira*, tal situação exime o cliente/locatário da obrigação de pagamento de renda. Além disso, tendo em conta o princípio da proibição de *riba*, o contrato *ijira* não pode conter, como num arrendamento comum, a obrigação de juros de mora devidos pelo locatário pelo atraso no cumprimento da obrigação de pagamento de renda.<sup>520</sup>

V. *Identificação da Bei-bil-wafa*. Outra forma de financiamento islâmico associado à alienação da propriedade é o *bei-bil-wafa*. Trata-se de um negócio jurídico nos termos do qual o devedor, em garantia da sua obrigação, transfere o direito da propriedade da sua esfera jurídica para o do credor e este obriga-se a retransmiti-lo ao alienante aquando do cumprimento. *Waqfs*. Tal como o *bei-bil-wafa*, também através de

---

<sup>519</sup> *Ijara-wa-Iqtina* é a figura comparável com *leasing*, é, no fundo, semelhante ao *Ijira*, com a diferença de que o cliente/locatário tem a faculdade de comprar o imóvel no fim do contrato.

<sup>520</sup> Cf. Solène Boustany, *L'établissement d'une Banque Islamique en France*, cit., p. 42.

outro instituto islâmico se procede à alienação da propriedade, mas que não se confunde com o *bei-bil-wafa*. O *waqf* é efectuado no âmbito da *sadaqah* (outras dádivas para além do obrigatório *zakat*), uma dádiva (*mushrut-ul-khidmat*) religiosa inalienável, tendo, por via de regra, como objecto um prédio urbano ou um lote de terra, para fins de caridade.<sup>521</sup> É um negócio unilateral, nos termos do qual um sujeito afecta, de forma perpétua, o direito de propriedade sobre um imóvel e os seus frutos a um propósito caridoso. No essencial, o *waqf* apresenta três características<sup>522</sup>: pode ser constituído apenas para fins caritativos, é constituído perpetuamente (é inalienável e irrevogável) e o seu objecto deve ser um bem imóvel.<sup>523</sup> Este instituto desempenha plúrimas funções, nomeadamente financiamento de mesquitas, escolas, órfãos, viúvas, construção de estradas ou investigações científicas. O *waqf* não pode ter por objecto o financiamento de pessoas abastadas ou a edificação de igrejas ou sinagogas. Com efeito, este instituto não se confunde com o *bei-bil-wafa*, pois o seu propósito é a caridade e *bei-bil-wafa* a constituição de garantia. Quanto à duração, *waqf* é perpétuo e o *bei-bil-wafa* implica uma transferência temporária até ao cumprimento da obrigação garantida. Diferentemente do *waqf*, o *bei-bil-wafa* implica uma relação creditícia anterior, por se tratar de uma garantia e o adquirente da propriedade permanece adstrito ao cumprimento da obrigação garantida e no *bei-bil-wafa*. Diferentemente do *waqf*, o negócio é celebrado no interesse do adquirente da propriedade e não de terceiros.

VI. *Trajectórias*: O *bei-bil-wafa* e a *fiducia* tiveram trajetórias diferentes. O primeiro teve uma aplicação contínua e sem interrupções por quase mil anos, mas parece que foi desaparecendo ao ponto de cair em desuso<sup>524</sup>, enquanto a *fiducia* teve interrupção e ressurgiu, inclusive positivada em diferentes ordenamentos jurídicos.

VII. *Sukuk*. Os *sukuk* são títulos financeiros que se aproximam das obrigações (ocidentais), mas com a particularidade de não implicarem o pagamento de juros.<sup>525</sup> O facto de não gerar juros, à primeira vista, leva-nos a pensar que os *sukus* não são rentáveis. Estes títulos são emitidos, obedecendo o Islão. Em França, constitui uma operação com muita procura, tendo em 2007 representado um movimento de 100 000 000 000 de

---

<sup>521</sup> Cf. Jahel Sélim, *L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garantie*, RTDCom, 1985, p. 483 ss.

<sup>522</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 387-388.

<sup>523</sup> Constitui polémica o chamado *cash waqf* – *waqf* constituída por dinheiro, tendo em conta, sobretudo, o princípio islâmico de proibição de juros.

<sup>524</sup> Nicolas Assouad, *A propos du bei-bil-wafa, études de droit libanais*, (polic.), 1964 p. 527.

<sup>525</sup> Cf. François Barrière, *Propriété, fiducia et sukuk*, JCP E, 2001, p. 1203.

Dólares norte-americano<sup>526</sup>. *Sukuk* é o plural de *Sak*, a origem desta palavra remonta ao primeiro século de *Hégira* durante o reinado do Califa Omar Ibn Khattab. As formas primitivas de *sukuk* foram atribuídas a um soldado que transportou uma quantidade de comida de um centro de distribuição, sendo os seus certificados negociáveis e podendo ser trocados<sup>527</sup> directamente por um activo com valor intrínseco e determinado. Alguns historiadores associavam a origem da palavra da palavra cheque ao *sek*.<sup>528</sup> Actualmente, os *sukuks* são conhecidos vulgarmente como obrigações islâmicas.<sup>529</sup> Os *sukuk* são a base do sistema de financiamento numa sociedade que rejeita o conceito de juro e que é muito selectiva no que toca aos fins para que o financiamento é utilizado. Este mecanismo constitui uma alternativa para o financiamento das empresas “muçulmanas”. Num estudo publicado pela Ernst & Young, em 2004, já se acreditava que a procura global por *sukuk* iria triplicar até 2017 e que haveria mercado para o equivalente a 900 mil milhões de dólares em títulos financeiros islâmicos. Com as taxas de juro em mínimos históricos na Europa e nas outras regiões onde a crise financeira levou à adopção de políticas monetárias marcadas por estímulos agressivos por parte dos bancos centrais, os investidores internacionais – não apenas os ligados ao mundo islâmico – estão a encontrar nestes títulos financeiros uma boa alternativa para colocar parte dos seus recursos.<sup>530</sup>

Nos *sukuk*, o investidor não recebe propriamente um juro, mas sim, uma parte dos rendimentos gerados por um determinado activo, existente ou futuro. É por isso que, apesar de se assemelharem às obrigações ocidentais pela natureza fixa e regular do rendimento que proporcionam, é mais correcto perspectivar os *sukuks* como certificados. Os *sukuks* são caracterizados por uma ligação sempre muito próxima ao activo subjacente, o que é a principal diferença em relação aos títulos de dívida ocidentais. Ao investir em *sukuk*, o adquirente torna-se proprietário<sup>531</sup> parcial do activo ou projecto onde serão utilizados os recursos provenientes da emissão de *sukuk*. Recebe, depois, uma contrapartida fixa que funciona como uma partilha dos proveitos gerados pelo activo subjacente.<sup>532</sup> Dá-se, de facto, a transferência de uma parte do activo, algo que não

---

<sup>526</sup> Cf. in <http://www.sfaf.com/produit/sukuk-et-fiducie-lemission-dobligations-islamiques-en-france/>.

<sup>527</sup> Para mais aprofundamento, cf. O. Klein, *Les Sukuk Optionnels, Sukuk à Remboursement Anticipé, Convertible et Échangeables*, in *Les Cahiers de la Finance Islamique*, n.º7.

<sup>528</sup> Cf. Otmane Amrani, *Les Sukuk: Développement et Défis*, (pol.), Paris, 2016, p. 1.

<sup>529</sup> Cf. Otmane Amrani, *Les Sukuk: Développement et Défis*, cit., p. 1.

<sup>530</sup> Cf. Otmane Amrani, *Les Sukuk: Développement et Défis*, cit., p. 3.

<sup>531</sup> Cf. Otmane Amrani, *Les Sukuk: Développement et Défis*, cit., p. 4.

<sup>532</sup> Cf. Observador, *Sukuk: Finança na Terra onde o Juro é Proibido, o Islão*, in publicação de 30 de Novembro de 2012.

acontece, por exemplo, quando uma empresa de energia eólica obtém financiamento através de obrigações (na tradição Ocidental) para construir um novo parque eólico.<sup>533</sup> Nesse caso, o investidor não é mais do que um credor da empresa, que receberá a remuneração (juro) acordada no momento da emissão da dívida. No financiamento islâmico, o investidor torna-se um dos *donos* do projecto, mas não adquire a qualidade de accionista, ou, pelo menos, não confere os direitos reservados aos accionistas, já que os certificados islâmicos têm uma cláusula de recompra do activo numa data posterior acordada entre as partes. Ou seja, não se tratando de dívida, há um momento em que a aplicação financeira se vence, e o investidor recebe o capital inicialmente aplicado<sup>534</sup>. Além de garantir que se trata de um contrato de partilha de proveitos e não de um juro, este modelo torna também mais fácil o controlo dos fins para que o dinheiro é utilizado. As instituições que zelam pelo cumprimento do Direito islâmico têm a função de avaliar cada um destes contratos e verificar que estão em conformidade. Excluem-se<sup>535</sup>, portanto, qualquer financiamento para projectos ligados a actividades proibidas, nomeadamente a produção de álcool, tabaco ou drogas e, por outro lado, actividades como o jogo ou a pornografia. O mercado de *sukuk* é cada vez mais importante e apela não só aos investidores institucionais cujo mandato de gestão procura o “selo de garantia” de que os recursos serão utilizados para fins alinhados com a *Shariah*, mas também, aos investidores – não só islâmicos – que procuram uma diversificação dos activos e encontram nestes títulos, além dessa diversificação, rendimentos atractivos no contexto global actual<sup>536</sup>. Daí que, pela forte procura<sup>537</sup> que existe por estes títulos – algo que geralmente leva a custos de financiamento vantajosos do ponto de vista do emitente dos *sukuk* – esta possa ser uma alternativa a estudar pelas empresas europeias.<sup>538</sup> Para já, a emissão de *sukuk* continua relativamente limitada àquela região geográfica, mas são cada vez mais os casos de emissões de *sukuk* por parte de Estados ou empresas do Ocidente.<sup>539</sup>

---

<sup>533</sup> Cf. Observador, *Sukuk: Finança na Terra onde o Juro é Proibido, o Islão*, in publicação de 30 de Novembro de 2012.

<sup>534</sup> Cf. Observador, *Sukuk: Finança na Terra onde o Juro é Proibido, o Islão*, in publicação de 30 de Novembro de 2012.

<sup>535</sup> Cf. M. Fadeel, *Legal Aspects of Islamic Finance*, In *Islamic Finance: Innovation and Growth*, Euromoney Books and AAOIFI, Londres, 2002, p. 91.

<sup>536</sup> Cf. Observador, *Sukuk: Finança na Terra onde o Juro é Proibido, o Islão*, in publicação de 30 de Novembro de 2012.

<sup>537</sup> Cf. R. Mohammed Alvi/ M. Naseer, *Sukuk Report: A Comprehensive Study of the International Sukuk Market*, In *The International Islamic Financial Market*, 2011, pp. 1 – 75, p. 35.

<sup>538</sup> Cf. Observador, *Sukuk: Finança na Terra onde o Juro é Proibido, o Islão*, in publicação de 30 de Novembro de 2012.

<sup>539</sup> Cf. Otmane Amrani, *Les Sukuk: Développement et Défis*, cit., p. 7

Dois casos: a emissão em Janeiro de duzentos milhões de libras em *sukuk* pelo Reino Unido – que teve procura 10 vezes superior ao montante colocado – e a emissão de *sukuk* que está a ser estudada pela sociedade Mexicana PEMEX.<sup>540</sup> Tendo em conta a sua importância, como veremos mais adiante, *sukuks* influenciou o conceito da fidúcia legal francesa.<sup>541</sup>

## 5. Alienação fiduciária Bissau - guineense

### 5.1. Contrato de abota

O contrato de abota desempenhou<sup>542</sup> e continua a desempenhar um papel muito importante na dinamização da vida económica. Para além das suas funções específicas,

---

<sup>540</sup> Cf. Observador, *Sukuk: Finança na Terra onde o Juro é Proibido, o Islão*, in publicação de 30 de Novembro de 2012.

<sup>541</sup> Cf. Sylvie Ramadier, *La fiducie va Permettre l'Émission de Sukuk*, in Les Echos, Junho de 2009, Paris, p. 1.

<sup>542</sup> Importa, sinteticamente, analisar a realidade social guineense, através da descrição das características das tribos guineenses, o que nos pode ajudar a perceber o modo de funcionamento deste contrato e, deste modo, surpreender o modo como o mesmo se articula com a realidade social. A população guineense é composta por cerca de trinta tribos. *Brevitatis causa*, a população se pode ser dividida entre tribos islamizadas e tribos não islamizadas. As tribos islamizadas são, basicamente, Fulas, Mandingas e Biafadas. O direito muçulmano exerceu e continua a exercer muita influência nestes povos, mas como em qualquer parte de África, a islamização não atingiu com grande intensidade estes grupos devido aos factores ligados às suas histórias animistas, ou seja, estas tribos não abraçam o islamismo na sua perfeita ortodoxia, na medida em que continuam a efectuar adaptações dos seus costumes ao sistema muçulmano. Durante cerca de mil e duzentos anos, foram travadas guerras na parte ocidental de África com o intuito de islamização, no sentido norte-sul e do centro de África para zonas costeiras. Por conseguinte, (i) verificou-se a conquista das regiões que foram islamizadas e (ii) a fuga de uma parte da população que não queria ficar sujeita à conversão para zonas costeiras, nomeadamente Guiné-Bissau, o que gerou ódio tribal. A característica comum entre os povos islamizados prende-se com o facto de considerarem a religião como uma realidade puramente familiar, ou seja, só protege os elementos da família e hostiliza os estranhos; os que professam a mesma religião são considerados membros da mesma família. Diferentemente das sociedades ocidentais e dos povos convertidos ao cristianismo, em que os princípios do bem e do mal são definidos pelos teólogos e a submissão das responsabilidades laicas aos juristas, os povos islamizados não distinguem a Moral, Direito e Religião, todos concorrem como parcelas da mesma realidade - Josep M. Vilajosana, *Filosofia Y Derecho – Identificación y Justificación del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 126, António Pedro Barbas Homem, *Introdução Histórica à Teoria da Lei – Época Medieval*, in separata de Cadernos de Ciência de Legislação, n.º 25, INA, 1999, pp. 7-123]. Em relação aos povos cristianizados, estes baseiam-se nos princípios cristãos, consideram-se mais civis e bem-educados, muitas vezes empregam as rezas como um elemento de conquista e progressão. Entre os elementos deste povo, há os que continuam a cumprir usos e costumes pertencentes às suas tribos de forma muito secreta na medida em que temem perder o prestígio social. De facto, na concorrência do islamismo e cristianismo, os elementos das tribos aceitam com a maior facilidade o islamismo na medida em que não hostilizava as crenças ancestrais e permite o casamento com mais de uma mulher [António Barbosa Carreira, *Mandingas da Guiné Portuguesa*, in Anuário da Guiné Portuguesa-1946, Lisboa, Sociedade Industrial da tipografia Limitada, 1946, p. 466 - o que permite superar dificuldades económicas na medida em que a principal força de produção era o homem. Geralmente, o contrato de abota tem por fim o financiamento dos primeiros abotados para uma actividade de interesse deste. Mas, por outro lado, tem por fim constituir a poupança dos últimos abotados que se não tivessem celebrado o contrato de abota, teriam provavelmente utilizado o dinheiro, mas com a celebração do contrato de abota e a aceitação da qualidade do último abotado, este contraente não pode aplicar o capital destinado à abota na medida em corre o risco de incumprir, o que constitui um vexame. Geralmente, com

nomeadamente a poupança e o financiamento, é um dos contratos mais frequentes na Guiné-Bissau. Com o desenvolvimento do comércio, o contrato de abota está a tornar-se cada vez mais frequente, devido ao receio dos credores relativamente ao incumprimento dos devedores noutros contratos, outros procuram o meio de constituir poupança numa forma simples e, como muitos julgam, mais seguro e, há os que procuram no contrato de abota os meios de financiamento, nomeadamente para a aquisição de mercadorias ou para a realização das cerimónias. A análise deste contrato no presente estudo deve-se, por um lado, à ausência de tratamento doutrinário desta matéria e, por outro, aos problemas com relevância jurídica que pode suscitar, designadamente a sua qualificação, validade ou exigência judicial do cumprimento das obrigações que dele derivam.

---

a aquisição de dinheiro, na falta de objectivo para sua aplicação, as pessoas recorrem-se ao contrato de abota para constituição de poupança, ganhando tempo para analisar e determinar o negócio em que o podem aplicar. Na prática, estes fins são relevantes para o efeito de pretensões ou excepções materiais. A Guiné-Bissau é um país onde cerca de 70% de massa monetária circula no sistema financeiro extra bancária, o que se deve, por um lado, ao nível elevado da alfabetização, razão pela qual a banca apresenta-se como um elemento complexo e distante da realidade desta camada. Por outro lado, este factor deve-se à falta de confiança da população na banca, sobretudo após a falência daqueles que eram os maiores bancos Comerciais do país, nos anos noventa do século passado. Assim, abota que já constituía um meio de poupança, reforçou esta função após os acontecimentos acima referidos. Portanto, abota tem por fim o financiamento dos primeiros abotados e poupança dos últimos, concessão de crédito e poupança.



A solidariedade<sup>543</sup> e sentimento de entreaajuda é bastante característico entre os povos<sup>544</sup> carenciados, a tradição e diversidade de sistemas de ajuda mútua com a

---

<sup>543</sup> No que diz respeito ao contrato de abota, antes da descoberta da Guiné pelos portugueses, já se verificavam pactos nas comunidades guineense, cuja génese se perde no tempo, nos termos do qual, duas ou mais pessoas se obrigavam a prestar actividades agrícolas a favor de uma das partes, se esta assim o solicitasse. Ao contrário do que sucede actualmente, à época, não havia língua comum entre os guineenses, pelo que o nome deste contrato variava de dialecto para dialecto. Em virtude desta diversidade linguística, pensamos poder referir-nos a este pacto como “compromisso de campo”, porque nem sempre se verificava a retribuição, mas o beneficiário sempre ficava obrigado a retribuir no caso da solicitação de uma das partes que tinha prestado a actividade. Este pacto era sempre consensual e celebrado entre membros da mesma comunidade ou entre comunidades diferentes. Neste último caso, podemos falar de contrato celebrado entre duas pessoas colectiva rudimentar porque havia terras consideradas comuns administrada pelo chefe das tabancas. Esta era uma forma de manifestação de solidariedade porque na altura já havia consciência de que há certos trabalhos que não podiam ser executados por um número reduzido de pessoas: a colheita não seria suficiente para aguentar até a próxima e, ademais, a grande extensão da terra fértil ficaria desperdiçada, o que podia gerar a sua ocupação por outros indivíduos ou comunidades. Este contrato era muito frequente até à chegada dos portugueses no século XV, mas com a colonização e a introdução da moeda na economia da Guiné Portuguesa, a moeda começou a ganhar importância na vida económica. Assim, o escambo começou a perder a importância e havia necessidade de adquirir dinheiro para obtenção de certos bens e constituir poupanças, sobretudo para cerimónias fúnebres e de casamento. Devido a estas necessidades, inicialmente, nos casos das cerimónias, nomeadamente fúnebres, na falta de capacidade financeira dos familiares do *de cujus* para que haja funeral digno, os membros da comunidade financiavam o os membros dos familiares do *de cujus* com base na abota, mas sem precisão da data de cumprimento e a ordem dos contraentes a receber o produto das contribuições. Com o decurso do tempo, estes financiamentos tornaram-se mais frequentes devido à necessidade de recorrer à moeda para o cumprimento das obrigações nas relações contratuais, taxas ou impostos. Pois a moeda tornou-se o principal elemento de troca. E, por conseguinte, surgiu o contrato nos termos do qual três ou mais pessoas se obrigam a contribuir com determinado valor pecuniário e, o produto é entregue a uma das partes, assim sucessivamente até completar o número das contraentes. Ou seja, o contrato terá o número das fases consoante o número das partes, por exemplo, se tiver três contraentes, terá, necessariamente, três fases com datas precisas e a ordem dos contraentes a receber o produto das contribuições. A ideia não é mera multiplicação da quantia, mas sim atribuir o produto das contribuições a um dos contraentes em cada fase do contrato. Nesta altura já tinha surgido a língua crioula (crioulo da Guiné), que emergiu da relação entre o português e diferentes dialectos da Guiné, sobretudo das tribos que viviam nas zonas costeiras, nos termos da qual abota significa contribuir com dinheiro. Portanto, surgiu o nome do contrato de abota que tem alguns elementos em comum com o contrato de “compromisso de campo”, ambos têm quase a mesma causa, mas os objectos são diferentes. O contrato de abota é celebrado, em regra, entre pessoas singulares, não temos registado da sua celebração por pessoas colectivas, de direito privado, públicas ou de direito público.

<sup>544</sup> É difícil determinar a origem e início das *Rotating Savings and Credit Association* – ROSCA. Todavia, remontam aos séculos passados e são resultado de uma evolução das experiências de cooperação entre pessoas próximas, de forma regular, sob a forma de ajudas em espécie ou em trabalho, interligadas com necessidades tradicionais. A sua prática é frequente na Ásia e África, mas existem também registos, apesar de em menor escala, na América e Europa. A ROSCA consubstancia-se num sistema informal de poupança e financiamento, paralela ao sistema financeiro formal, com uma estrutura e funcionamento fácil. A ROSCA está ligada à figura da mulher rural nos países menos desenvolvidos. A ROSCA constitui um sistema financeiro informal e desempenha um papel importante na ajuda destes agentes económicos que através dele reforçam as suas estratégias de sobrevivência, conseguindo desenvolver os seus pequenos negócios e fazer face às despesas que seriam inexecutáveis diante das inúmeras dificuldades que estes enfrentam no acesso ao crédito formal. Em Portugal durante muitos anos foi frequente a prática das chamadas *vendas em grupo* cujo regida pelo Decreto-Lei n.º 237/91, de 2 de Julho, Aviso do Banco de Portugal n.º 3/92 e as Instruções n.º 10/96, n.º 75/96 e n.º 77/96 e Aviso do Banco de Portugal n.º 7/2017, publicado no Diário da República n.º 244/2017, Série II de 2017-12-21, traduzindo-se num sistema de aquisição de bens e serviços pelo qual um conjunto determinado de pessoas constitui um fundo, mediante entrega periódica de prestações pecuniárias, com vista a aquisição, por cada participante dos referidos bens ou serviços ao longo de um período de tempo previamente estabelecido. Esta figura parece ser uma *Accumulating Savings and credit Association* - ASCRA, figura afim da ROSCA que visa a acumulação de um fundo para futuro empréstimo, cf. M. H. Ferreira, *O financiamento informal e as estratégias de*

utilização rotativa de poupanças e créditos como sistemas de sobrevivência no âmbito da economia informal é antiga entre os povos.

## 5.2. Definição proposta e características

I. Definição. Abota pode definir-se como convenção pela qual, três ou mais pessoas<sup>545</sup>, se obrigam a contribuir individualmente com determinado valor pecuniário, sendo o respectivo produto atribuído rotativamente a cada uma das partes, na data acordada. Com efeito, podemos apontar como elementos característicos de abota como: a) no mínimo, três partes; b) contribuição; c) rotatividade; d) prestações periódicas. A Guiné-Bissau é um país composto por muitas nações<sup>546</sup>, cada uma com as suas características próprias, nomeadamente, cultura, crenças, dialecto, e actividades económicas. Abota é o contrato conhecido e celebrado em todas as nações, ou seja, é um dos poucos elementos em comum entre as nações guineenses. Sendo um país formado por pequenas nações em que todos os membros se conhecem, o contrato de abota é um dos meios utilizados para atingir os mais variados fins e manifestação da solidariedade. Não há dados estatísticos, todavia, é perceptível que o contrato de abota é aquele que apresenta o índice de cumprimento mais elevado na Guiné-Bissau. Ao longo do tempo, foram verificados raros casos de litígio derivado de contrato de abota. É um contrato em que, normalmente, as partes cumprem pontualmente as suas prestações na medida em que o seu incumprimento constitui um vexame e perda de prestígio social. Aliás, o incumpridor do contrato de abota é conhecido e é censurado ético-socialmente na medida em que interrompe o circuito que, geralmente, envolve muitas pessoas e a mensagem circula fácil e rapidamente nas pequenas comunidades, o que torna o incumpridor num elemento da sociedade mal visto e *incapaz*<sup>547</sup> para o efeito da celebração de posteriores contratos de abota, situação quase paralela à qualificação de um sujeito como *infamis* no Direito romano, o que consubstanciava um forte estigma social. Não utilizamos conceito da incapacidade no sentido técnico jurídico, mas sim em termos sociais ninguém celebrará o contrato de abota com um sujeito com o registo de incumprimento. Para além desta

---

*sobrevivência económica das mulheres em Angola: A kixikila no município do Sambizanga*, ISEG – CesA, Luanda, 1998, pág. 5-7.

<sup>545</sup> Sobre a categoria de contratos em função de número das partes, cf. Giovanni Criscuoli, *Il Contratto*, Milão, CEDAM, 1992, p. 21 ss.

<sup>546</sup> Conceito próprio da Ciência Política.

<sup>547</sup> Esta “incapacidade” lembra, com as necessárias diferenças, a indignidade sucessória.

desvantagem, o incumpridor do contrato de abota perde a confiança dos membros da comunidade porque é um contrato mais importante e visa proteger a dignidade das pessoas pelo que o seu incumpridor perde a dignidade que, através de abota, as partes visam proteger. Normalmente, no caso da dificuldade de uma das partes do contrato de abota, um dos familiares ou terceiros, normalmente amigos, concedem empréstimo ao contraente que se encontra em dificuldades, para evitar o vexame e não perder a confiança dos membros da comunidade. Devido a esta situação, as pessoas sentem-se, digamos, seguras a celebrar o contrato de abota, na medida em que todos sabem que os seus contraentes envidarão os melhores esforços para cumprir com as suas obrigações e, mesmo não estando em condições de cumprir, os terceiros, por via de regra, predispõem-se a realizar a prestação devida no seu lugar, aplicando-se o artigo 767.º CC nestes casos. Nem todos os contratos têm esta particularidade nas comunidades guineenses, ou seja, o incumpridor de outros contratos, nomeadamente compra e venda, mútuo ou depósito não é visto como um indigno ou incapaz, mas sim como um simples incumpridor. Esta particularidade de abota deve-se a sua origem e o seu fim. Abota é um contrato com prazo. Por vezes, desde que haja estipulação neste sentido, o contrato renova-se se não houver investimento dos contraentes com intuito de vir a financiar o eventual necessitado, neste caso, multiplica-se a quantia inicial. Abota é dos contratos mais celebrados na Guiné-Bissau e funciona com normalidade, servindo de poupança de uns e fonte de financiamento para outros. Em todas as comunidades guineenses os mais velhos são respeitados razão pela qual, normalmente, o contraente mais velho fica encarregue de receber o dinheiro e proceder à sua distribuição no contrato de abota. Às vezes, para promover os jovens considerados obedientes, atribuem-lhes esta função e passa a ser respeitado e merecedor da confiança na referida sociedade, isto é, se proceder como um cabeçário diligente e honesto.

*II. Identificação das partes.* No contrato de abota, as partes são *abotantes*. O abotante que recebe o produto das contribuições designa-se de abotado e o responsável da abota, ou seja, de receber as contribuições e proceder a sua entrega, de *cabeçário*. Optamos por este *nomen* para o distinguir de noutras partes e por ser o elemento central do contrato.

*III. Os motivos da sua celebração/Situações mais frequentes.* Como já referimos, a Guiné-Bissau é composta por várias tribos, cada uma constitui uma comunidade em que os membros vivem no espírito da solidariedade. Assim, abota constitui um meio através do qual as pessoas recorrem para prestar solidariedade e beneficiar dela. Trata-se de uma

prática social e surge por força de necessidades conjunturais. A dificuldade de fazer face às despesas correntes com o rendimento base, sobretudo, por força do custo de vida elevado, motivou a criação de uma espécie de micro - crédito e poupança. A situação económica da Guiné-Bissau gera a necessidade da celebração de contratos desta natureza, por um lado deve-se ao facto do salário da função pública, pois o estado é o maior empregador do país, ser insuficiente para fazer face às necessidades básicas e, por outro, a maioria da população não tem acesso ao crédito bancário na medida em que não possui garantias e meios de liquidação de crédito e há os que possuem, mas não conseguem formalizá-la, nomeadamente registar os bens imóveis. O mais das vezes, as pessoas são confrontadas com situações que exigem despesas cujo salário não é suficiente para as satisfazerem, daí que muitos recorram ao contrato de abota para prevenir e fazer face a estas situações. Este é um contrato próprio de um país onde as pessoas se vivem em pequenas comunidades. Assim, abota desempenha um papel económico muito importante na medida em que permite com que as pessoas com falta de disponibilidade económica ou liquidez obtenham o financiamento com a restituição periódica. Actualmente, pratica-se o contrato de abota em Cabo-verde, Angola, S. Tomé e Príncipe e Moçambique, no primeiro país é designado de *totocaixa*, no segundo, *Kixikila*, no terceiro, *chikila* e, em Moçambique é designado de *stic*. Também se pratica em Portugal, neste último, entre os guineenses. Nota-se que o contrato de abota é celebrado em muitos países, desde logo PALOP e, com o mesmo formato<sup>548</sup>.

*Situações mais frequentes.* As situações mais frequentes a que as partes celebram um contrato podem ajudar a perceber os seus elementos característicos. No caso de contrato de abota celebrado entre comerciantes, por via de regra, esta convenção é celebrada de acordo com agenda dos abotantes no sentido de facilitar os contraentes no momento de aquisição de produtos. Dito de outro modo: para fazer face à falta de liquidez. Assim, no momento da celebração do contrato, cada contraente determina a data em que pretende comprar ou efectuar pagamentos de outra natureza, pelo que deve receber o produto das contribuições nesta data, ou seja, beneficiar de atribuição de qualidade de abotado na respectiva data. Por vezes, tendo em conta a dificuldade da previsão, o contrato de abota é celebrado com determinação da data em que cada abotante será constituído na qualidade do abotado com a cláusula de que a ordem será alterada se um

---

<sup>548</sup> Ao nosso ver, este aspecto merece um capítulo autónomo e com devido desenvolvimento, o que não nos é possível no presente estudo, contudo fica a promessa do seu desenvolvimento na próxima oportunidade. Desde já, fica o registo de que parece-nos que se trata duma herança portuguesa.

dos contraentes, na vigência do contrato, vier a ter a necessidade de efectuar um pagamento urgente. O conceito de pagamento urgente é indeterminado, mas não há registos de litígio emergente da sua concretização: os contraentes têm um padrão de casos considerados pagamentos urgentes, nomeadamente a necessidade de constituir stock, morte de familiar próximo de um dos abotantes ou doença grave deste, do filho ou cônjuge. Em algumas ocasiões, o contrato de abota é celebrado com objectivo de garantir um funeral digno de familiar do primeiro abotado, ou seja, para cobrir despesas da cerimónia fúnebre e missas de alma. As tribos guineenses dão muito valor às cerimónias fúnebres que exigem muitas despesas, muitas das vezes impossíveis de suportar por uma pessoa, razão pela qual recorre ao contrato de abota figurando como o primeiro abotado. O recurso ao contrato de abota também é comum para financiar despesas de casamento, normalmente, após a marcação do casamento, os pais celebram o contrato de abota com vista a ser constituído na qualidade de abotado antes da cerimónia. Estas não esgotam situações da celebração do contrato de abota, mas sempre respeita as características analisadas que é socialmente conhecido e reconhecido. Contudo, está, em regra, presente no contrato de abota a ideia da poupança porque os últimos abotados celebram o contrato, normalmente, com intuito de poupar, ou seja, se não tivesse celebrado o contrato de abota, provavelmente o dinheiro seria aplicado noutra actividade. Todavia, em virtude da celebração do contrato de abota, emerge a obrigação de aplicar nos termos pactuados para não causar a sua interrupção, com vista a não perder a confiança dos membros da comunidade e recebe o produto da sua contribuição após o decurso de tempo.

*Equação económica do contrato de abota.* Com base no contrato, o cabeçário adquire a legitimidade de exigir o cumprimento de todos os abotantes e, por sua vez, fica obrigado a entregar o produto das prestações ao abotado. Assim, o abotado, após a recepção de produto das contribuições, passa a ser devedor dos restantes abotantes, excluindo o montante da sua contribuição. Nenhum dos abotantes pode exigir o cumprimento a outra parte, ou seja, só o pode exigir ao cabeçário. As partes estabelecem a ordem ou sequência da recepção do produto das prestações das partes. Pois a rotatividade é uma característica muito própria de abota. Na execução deste contrato verifica-se uma espécie de ciclos cuja quantidade variará consoante o número de partes. A rotatividade reside no facto de todas as partes, a cada ciclo, contribuírem para o montante a atribuir ao abotado até que o último receba. Um exemplo simples pode ajudar a esclarecer o funcionamento do contrato de abota. Suponha que três sujeitos (A), (B), e (C) celebram um contrato de abota mensal de 1000 € cada. Isto implica que o contrato

terá necessariamente três fases, a soma das prestações em cada ciclo não corresponderá a 3000 €. Ou seja, o abotado não entrega por uma questão prática. O abotado apenas recebe o produto das contribuições de outras partes, pois quando recebe é o beneficiário de financiamento. Assim, de acordo com o exemplo, implica que (A) receberá, na primeira fase, o montante de 2000 € e vai prestar na segunda fase o montante igual ao do resto dos abotantes que são 1000 €, assim, o (B) receberá, na segunda fase o montante de 2000 €, e por fim o (C), 2000 € e extingue o contrato. Na prática, (A), (B) e (C) celebram um contrato de abota em que cada um entra com 1000 € durante 3 meses. Logo, 2000 x 3 porque haverá um abotado cada mês que não vai contribuir – apenas recebe. Este é o abota com uma lógica essencialmente de financiamento.

*Abota com lógica essencialmente de financiamento:*

Na bota com lógica essencialmente de financiamento, o abotado não contribui na fase que recebe o produto das contribuições, assim não tem que fazer poupança para contribuir como condição para beneficiar do produto das contribuições.

1.<sup>a</sup> Fase: o primeiro abotado – (A), na primeira fase, utiliza 2000 €, que são compostos/avançados por (B) e (C), 1000 € cada. (logo, saldo 0).

2.<sup>a</sup> Fase: o segundo abotado - (B) pode reclamar 2000 €, que são compostos/avançados por (A) e (C) 1000 € cada. (logo, saldo 0).

3.<sup>a</sup> Fase: o terceiro abotado - (C) pode reclamar 2000, “avançados” à razão de € 1000 por cada. Ou seja, compostos/avançados por (A) e (B) 1000 € cada. (logo, saldo 0) e extingue o contrato por execução do objecto.

*Abota com lógica essencialmente de poupança:*

Na bota com lógica essencialmente de poupança, o abotado contribui na fase que recebe o produto das contribuições, ou seja, tem que fazer poupança para contribuir como condição para beneficiar do produto das contribuições. Ainda tendo em conta o mesmo exemplo, se fosse abota com lógica de poupança, o abotado deve contribuir na fase em que recebe, o que implicava que (A) receberia, na primeira fase, o montante de 3000 € e vai prestar na segunda fase o montante igual ao do resto dos abotantes que são 1000 €, assim, o (B) receberia, na segunda fase o montante de 3000 €, e por fim o (C), 3000 € e extingue o contrato. Em cada período o saldo é totalmente utilizado e resta o saldo 0, que será repostado na próxima fase.

1.<sup>a</sup> Fase: o primeiro abotado – (A), na primeira fase, utiliza 3000 €, que são compostos/avançados por ele (A), (B), e (C), 1000 € cada. (logo, saldo 0).

2.<sup>a</sup> Fase: o segundo abotado - (B) pode reclamar 3000 €, que são compostos/avançados por ele (B), (A) e (C) 1000 € cada. (logo, saldo 0).

3.<sup>a</sup> Fase: o terceiro abotado - (C) pode reclamar 3000, “avançados” à razão de € 1000 por cada, incluindo o próprio. Ou seja, compostos/avançados por (A) (B) e (B) 1000 € cada. (logo, saldo 0) e extingue o contrato por execução do objecto.

Com o efeito, na falta de disponibilidade económica para fazer face a uma necessidade urgente, (A) consegue o financiamento para desenvolver a sua actividade e não fica obrigado a restituir na segunda prestação ou fase do contrato e a totalidade do montante recebida e (C), por sua vez, em três meses, conseguiu poupar a quantia de 2000 € que teria utilizado se não tivesse celebrado o referido contrato. Neste contrato, a ordem de abotado, como vimos, as vezes altera se um dos abotantes, na vigência do contrato tiver constituído numa situação de necessidade considerada mais urgente. Esta consideração é feita por unanimidade dos abotantes na medida em que não funciona a regra da maioria. Tendo em conta o exemplo anterior, suponha que os abotantes concertam que (B) vai receber o produto das contribuições na segunda fase do contrato e, antes do vencimento, (C) padecer duma doença grave, os abotantes, normalmente, decidem alterar a ordem dos abotados para satisfazer o mais necessitado, neste caso, (C).

### **5.3. Efeitos essenciais do contrato de abota**

Após a entrega do produto das prestações das partes, o abotado adquire o direito de propriedade sobre o produto das contribuições e juridicamente pode dispor sobre o mesmo. E, tendo em conta a natureza do objecto do contrato de abota, não podemos considerar que se verifica uma obrigação de restituição propriamente dita, na medida em que se trata da obrigação da entrega de uma coisa equivalente à recebida<sup>549</sup>. Assim, no caso da impossibilidade da prestação restitutória, o risco dificilmente será imputado aos abotantes, ou seja, deve ser imputado ao abotado<sup>550</sup>. Embora se verifica a transferência de direito sobre objecto nos contratos de financiamento, que proporciona uma atribuição patrimonial temporária, na medida em que o abotado fica obrigado a restituir paulatinamente, excepto o financiado. Por esta razão, verifica-se o fenómeno da substituição nos contratos de financiamento. O direito de propriedade é substituído pelo

---

<sup>549</sup> Neste sentido, Cf. Antunes Varela, *Anotação ao Ac. STJ, de 10 de Dezembro de 1985*, in RLJ, a. CXXIV, n. 3809, p 241-256.

<sup>550</sup> No mesmo sentido, para o contrato de mútuo e depósito irregular, Cf. Nuno Aureliano, *O Risco Nos Contratos de Alienação - Contributo Para O Estudo Do Direito Privado Português*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 399

direito de crédito - direito a receber a coisa equivalente à entregue. Todavia, no contrato de abota, importa realçar que uma das obrigações do cabeçário é de assegurar que a contribuição feita pelas partes esteja em segurança e deve conservar o produto das contribuições das partes. Na prática tem sido assim porque o cabeçário entrega as peças recebidas de outras partes ao abotado.

Quanto aos efeitos obrigacionais, os abotantes devem entregar uma quantia pecuniária ao cabeçário que também deve contribuir com o mesmo montante estipulado no contrato. Os abotantes, para além de contribuírem com a quantia estipulada, devem cumprir, no prazo acordado, ou seja, o prazo tem muita relevância no contrato de abota na medida em que os abotantes agendam as suas actividades tendo em conta o montante e o momento em que vão receber o produto das contribuições dos seus contraentes, a expectativa que deve ser tutelada. Aqui não podemos falar de contrato promessa de entrega de quantia acordada, ou seja, esta obrigação deriva do próprio contrato de abota que é definitivo. Se não cumprir, não terá de pagar mais do que a quantia acordada, a censura é meramente social e, na maioria dos casos os membros da família dos abotados ou amigos acabam por cumprir no sentido de evitar o vexame. A obrigação do abotado não tem nenhuma especificidade em relação aos restantes abotantes na medida em que continua obrigado a prestar uma quantia igual à destes. O cabeçário, apesar de ter obrigação de prestar o montante a que estão vinculados todos os abotantes, é responsável pela recolha e entrega de dinheiro. Na prática, é o cabeçário que estabelece a relação entre os abotantes. Não podemos falar propriamente da obrigação da guarda de dinheiro por parte do cabeçário porque, de facto, este procede à sua entrega logo que recebe a sua totalidade. O cabeçário interpela os abotantes e recebe as contribuições em seu próprio nome. Tendo em conta este poder do cabeçário, podemos qualificá-lo de mandatário? O mandatário pratica os actos jurídicos por conta de outrem<sup>551</sup>, por meio do contrato de mandato se confere ao mandatário a autorização de actuar por conta de outrem, assim como na abota o cabeçário actua por conta dos abotantes. Esta actividade não é remunerada, ou seja, única vantagem do cabeçário é ser reconhecido e respeitado após o círculo de um contrato de abota. Ultimamente, os cabeçários têm vindo a receber gratificações, mas estas não derivam do contrato de abota, na medida em que, após a

---

<sup>551</sup> Sobre as diferenças entre as obrigações do mandatário civil e comercial, cf. Pedro Pais De Vasconcelos, *Mandato Bancário*, in Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 131-155, 132ss. e em geral sobre requisitos do contrato de mandato, cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Contrato de Mandato*, Lisboa, AAFDL, 2007, p. 11ss..



extinção do contrato, os abotantes gratificam o cabeçário pela seriedade e honestidade revelada, mas tradicionalmente a retribuição do cabeçário não era económica, mas sim emocional ou social. Contudo, não deixa de existir a conexão entre a actividade do cabeçário e a gratificação. O abotante recebe um serviço que não tem natureza de dívida exigível e ter ficado grato pela recepção de serviço, leva-o a querer remunerar quem lho prestou, razão pela qual parece-nos que esta gratificação pode ser qualificada como doação remuneratória, nos termos do artigo 941º CC.

#### **5.4. Classificações do contrato de abota**

*I. Generalidades.* Até aqui falámos dos aspectos referentes à execução e os valores em causa no contrato de abota, agora vamos proceder à sua análise em termos jurídicos, começando pela classificação. A classificação dirige-se a uma classe de contratos, diferentemente da qualificação que se dirige a um tipo contratual<sup>552</sup>. Assim, vamos analisar as características transversais às classes dos contratos que abota possui.

*II. A abota como contrato.* Geralmente os contratos são tratados de forma que pode induzir-nos a pensar que é uma matéria exclusiva do Direito das Obrigações, mas os contratos não podem ser estreitados como mera fonte das obrigações na medida em que podem ter, aliás, normalmente, têm efeitos reais, familiares, de composição de litígios etc. ...<sup>553</sup> Alguns definem o contrato como “*o acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade, substancialmente distintas mas correspondentes, que visam estabelecer uma regulamentação unitária de interesses contrapostos mas harmónicos entre si*”<sup>554</sup>. Em sentido semelhante, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS<sup>555</sup> considera que os contratos “*correspondem aos acordos ou convenções que são celebrados entre diferentes partes, que podem ser duas ou mais, e que assim regem entre si os seus interesses como entendem e dentro do âmbito da Autonomia Privada*”. De acordo com estes conceitos, o contrato tem dois requisitos cumulativos que são os seguintes: (a) Acordo de vontades; (b) Com vista a estabelecer a regulamentação de interesses entre essas mesmas partes. Assim, podemos considerar que abota é um contrato na medida em

---

<sup>552</sup> Sobre distinção entre classificação e qualificação, cf. Pedro Pais De Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 167.

<sup>553</sup> Cf. Pedro Pais de Vasconcelos *Teoria Geral de Direito Civil*, Lisboa, Lex, Vol. I, 2003, 1999, p. 271.

<sup>554</sup> Cf. João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, volume I, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 1973, p. 197

<sup>555</sup> Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral de Direito Civil*, Lisboa, Lex, Vol. I, 2003, 1999, p. 271.

que existe três ou mais partes que emitem declarações de vontades coincidentes com vista a autorregulamentação dos seus interesses, ou seja, cada abotante emite a sua declaração e estas podem ser contrapostas, mas harmónicas entre si com vista a regulamentar os seus interesses.

*III. A abota como negócio de disposição.* É difícil traçar a fronteira entre os negócios de disposição ou administração<sup>556</sup>, às vezes, é o próprio legislador que considera que certos negócios são de disposição ou não. Basicamente se considera que se do negócio resulte uma alteração secundária ou essencial no património de alguém o negócio é, no primeiro caso, de administração e, no segundo, de disposição. Geralmente só o titular do direito pode praticar actos de disposição, mas esta exigência não faz sentido se o objecto sobre o qual incide o direito for um bem fungível, por exemplo, dinheiro que é o que sucede no contrato de abota. Assim, o contrato de abota é um negócio de disposição na medida em que os abotantes alienam em cada fase do contrato as quantias monetárias, ou seja, com a entrega de dinheiro, perde-se o direito de propriedade que sobre ele incide, este direito é adquirido pelo abotado, que pode dispor dele conforme lhe aprouver.

*IV. A abota como contrato oneroso.* O contrato oneroso implica o sacrifício patrimonial de ambas as partes, com base nas características do contrato de abota, podemos afirmar que, apesar de ausência de juros, é um contrato oneroso, na medida em que implica um esforço económico por parte de todos os abotantes, dada a necessidade de haver uma atribuição patrimonial por parte de todos os abotantes, ou seja, na vigência do contrato todos os abotantes abdicam temporariamente duma parte do seu património que, por força do contrato, se transfere para a esfera jurídica do abotado, diferentemente do mútuo, o contrato de abota é oneroso mesmo não havendo juros na medida em que todos os contraentes devem contribuir com uma quantia certa ao longo da vigência do contrato. Note-se que a ausência de juros é uma das características do contrato de abota, pois neste contrato não há estipulação da taxa de juros porque a sua estrutura não se harmoniza com aplicação de juros na medida em que todos os contraentes contribuem com o mesmo montante, todos abdicam temporariamente da parte do seu capital.

*A abota como contrato sinalagmático.* Sendo onerosa, a abota é também um contrato sinalagmático na medida em que as obrigações dos abotantes constituem-se tendo cada uma a sua causa na outra. As obrigações das partes estão ligadas por um nexo intrínseco, por isso, em cada fase do contrato, o cabeçário informa aos abotantes relativamente ao

---

<sup>556</sup> Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral de Direito Civil*, Lisboa, Lex, Vol. I, 2003, 1999, p. 201.

cumprimento do contrato para que possam saber se uma das partes está ou não em incumprimento o que implica que o próximo abotado não poderá receber o montante esperado e os restantes abotantes não estão obrigados a cumprir e o incumprimento de um abotante é uma das causas da denúncia do contrato. Mesmo havendo falta de contraposição de interesse entre as partes no contrato de abota, não exclui a sinalagma, simplesmente o faz configurar numa forma específica, que se coloca entre contribuição de cada abotante e resultado que este proporciona a cada um deles.

V. *A abota como contrato intuitu personae*. Tendo em conta as características do contrato de abota, impõe que se verifique a relação de confiança mútua entre todos os abotantes, daí que se deve qualificar o contrato de abota como *intuitu personae* devido à importância que nele reveste a qualidade das partes. Impõe-se que se verifique a confiança mútua entre todos os abotantes, o que proporciona as condições do seu funcionamento, razão pela qual requer a intensidade dos deveres da boa fé e intransmissibilidade das posições contratuais ou de crédito sem o consentimento de todos os abotantes, tal como se verifica no contrato de sociedade civil, nos termos do artigo 995º CC. Como vimos, o contrato de abota é celebrado entre pessoas que se conhecem e todos procuram contraentes que geram confiança, sobretudo os que não têm registo de incumprimento nos anteriores abotas. A qualidade da pessoa é muito importante neste contrato, pelo que um dos abotantes não pode ceder a sua posição sem o consentimento unânime dos restantes abotantes.

VI. *A abota como contrato comutativo*. O contrato de abota é comutativo na medida em que as atribuições patrimoniais se apresentam-se como certas, não se verificando incerteza quanto à sua existência nem quanto ao seu conteúdo, ou seja, os abotantes conhecem, no momento da sua celebração, o que vão obter e o que vão ter que prestar com o contrato de abota.

VII. *A abota como contrato de execução periódica*. O contrato de execução periódica é aquele cujas prestações se protelam no tempo, renovando com o decurso do mesmo. No contrato de abota, as obrigações dos abotantes vencem de acordo com o tempo estipulado no contrato e o número dos abotantes, por isso, o contrato de abota pode ser classificado como de execução periódica. Por exemplo, A, B, e C celebram um contrato de abota mensal de 110 € cada. Isto implica que o contrato terá necessariamente três fases, ou seja, cada mês vai vencer a obrigação dos abotantes e, cada mês, um dos abotantes será constituído na qualidade do abotado.

VIII. *A abota como contrato consensual.* O conceito consensual as vezes é usado para designar o contrato não sujeito a forma especial, as vezes por oposição ao real *quoad constitutionem*. Em termos das classificações da forma externa, o contrato pode ser formal ou consensual, conforme requer para sua validade uma forma especial ou não. Quanto aos contratos com a eficácia real, estes podem classificar-se em contratos reais *quoad effectum* ou reais *quoad constitutionem*, conforme a sua constituição ou transferência de direitos reais sobre coisas objecto de contrato dá-se por mero efeito de contrato ou de exigir a entrega para a sua formação. Como veremos adiante, contrato de abota é consensual por oposição aos contratos formais, mas também é consensual por oposição aos reais *quoad constitutionem*, na medida em que a sua constituição não está associada à entrega da coisa. A formação do contrato é determinada pelo acordo das partes, não dependendo da entrega da coisa, tal como decorre o princípio da consensualidade, nos termos do artigo 408º CC<sup>557</sup>.

IX. *Abota como contrato uninominado e legalmente atípico.* O contrato pode ser uninominado e ao mesmo tempo atípico, porque pode ter um *nomen iuris* sem um regime jurídico r. Por exemplo, o contrato de hospedagem que a lei designa por este nome, mas não o regulamenta e o contrato de transporte civil (755.º n.º 1 a) e b) do CC. O contrato é uninominado quando a lei o designe com um determinado *nomen iuris* e não é o caso de contrato de abota que não tem um nome na lei. Além de ser uninominado, o contrato de abota é legalmente atípico na medida em que não contem na lei um modelo regulativo.

*Abota como contrato com características de mutualismo.* Para além de ser *intuitu personae*, o contrato de abota apresenta características de mutualismo, na medida em que a sua execução consubstancia numa permuta de créditos com vista a satisfazer as necessidades dos abotantes. Esta característica está intrinsecamente ligada ao espírito da solidariedade que constitui o móbil principal deste contrato e a relação de confiança.

## **5.5. Formação do contrato**

I. *Processo de formação.* O contrato de abota não tem muitas especificidades ao nível da formação. Como vimos, o contrato de abota, ao contrário do que sucede nos contratos reais *quoad constitutionem*, não exige a entrega do dinheiro para se constituir. Contudo, entrega do dinheiro implica a transmissão da posse e direito de propriedade sobre ele. Assim, o contrato de abota constitui-se com mero acordo das partes, sendo a

---

<sup>557</sup> Cf. Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito Das Obrigações*, 12ª Ed., Coimbra, Almedina, , p.245.

entrega um elemento instrumental. Uma das particularidades da formação do contrato de abota é o número das partes na medida em que é celebrado no mínimo por três pessoas e todas são partes. Devido a sua natureza, o prazo de cumprimento tem muita relevância no contrato de abota, na prática, constitui uma das cláusulas mais presentes neste contrato porque condiciona os abotantes noutras actividades desenvolvidas com base no produto de abota.

*II. Capacidade e legitimidade das partes.* A capacidade e legitimidade fazem partes do pressuposto do negócio jurídico, são anteriores ao próprio negócio é necessário para a sua validade ou existência. A capacidade tem a ver com os sujeitos, na medida em que tem capacidade para celebrar negócios jurídicos só a pessoa que reúne certos requisitos que a lei exige, ter a susceptibilidade de celebrar por si os negócios jurídicos e a legitimidade tem a ver com a posição do sujeito em relação ao objecto do negócio. A capacidade de gozo é um pressuposto dos efeitos jurídicos e de exercício é necessário todas as vezes que o facto previsto pela norma se trata de um acto jurídico, para que o acto possa ser imputado à sua vontade<sup>558</sup>. No contrato de abota, existe, de facto, um acto de alienação, mas esta é uma consequência da natureza fungível do dinheiro, mas o abotante acaba por receber a mesma quantia de volta, pelo que nos parece que deve ser considerada um acto de administração ordinária e tem a capacidade para a celebrar todas as pessoas com a capacidade para praticar actos de mera administração. Relativamente à legitimidade para celebrar o contrato de abota, esta existe em relação a qualquer pessoa que tenha a detenção do dinheiro devido à sua natureza fungível, ou seja, o credor do abotante não tem direito de propriedade sobre o dinheiro com que este contribui no contrato de abota, simplesmente tem o direito de crédito à restituição pelo que não o pode perseguir, suponha que A entrega a B 110 €, este tem a legitimidade de celebrar o contrato de abota, contribuindo com o referido dinheiro porque A deixa de ser proprietário do dinheiro em causa e passa a ter o crédito direito a receber a coisa equivalente à entregue, ou seja, a obrigação de B é genérica.

*III. Forma.* Feita a análise da legitimidade e capacidade, vamos estudar a matéria referente a forma do contrato de abota. Normalmente, os contratos atípicos não estão sujeitos a exigências de forma, embora possam estar sujeitos a ela pela determinação legal

---

<sup>558</sup> Cf. Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos Em Geral*, 4ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 386.

em função do seu objecto ou fim. É frequente falar da forma dos negócios jurídicos<sup>559</sup> mas raras vezes é referido o seu conceito. O negócio jurídico pressupõe a manifestação de vontade das partes. Mas, para ser reconhecível juridicamente como negócio, estas vontades devem revestir uma forma, ou seja, a forma é o modo de exteriorização da vontade. Qualquer negócio jurídico tem que revestir uma forma<sup>560</sup> porque é através dela que as partes e os terceiros o conhecem e reconhecem<sup>561</sup>. Quando se fala da forma a primeira ideia que vem a cabeça é o documento escrito, mas para ser válido, o negócio jurídico não tem de revestir necessariamente a forma solene, aliás, o princípio geral vigente no sistema jurídico guineense é a liberdade de forma consagrado no artigo 219º de Código Civil, ou o princípio da consensualidade. Por vezes, a lei exige certa solenidade para a validade de negócios jurídicos, ou seja, a solenidade a que a declaração deve revestir, nestes casos, estamos perante negócios formais. Por isso, o negócio formal não se pode definir como aquele que tem uma certa forma porque tanto os negócios formais assim como informais têm certa forma. E, por conseguinte, os negócios formais são aqueles que requeiram forma especial<sup>562</sup>. Assim, o contrato de abota não está sujeito à forma especial, ou seja, é um contrato consensual por oposição a formal<sup>563</sup>.

*Natureza civil ou comercial de abota.* Antes de analisar o conteúdo do regime do Direito Comercial, é pertinente realçar uma questão prévia<sup>564</sup>.

---

<sup>559</sup> Sobre a forma de estipulação e pactos acessórios, cf. Pedro Pais De Vasconcelos, *Teoria Geral de Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 2003, 3ª edição, p. 549, Ruy De Alarcão, *Forma dos negócios jurídicos*, BMJ nº 86, ano 1959, p. 187.

<sup>560</sup> Sem a forma interna o acto não existe, ou seja, é o modo como o acto é tipicamente celebrado, faz parte do próprio acto. Exemplo, a forma típica dos actos cambiários. A forma externa, tem a ver com a exigência da forma, segundo Professor Pais De Vasconcelos, “*é a forma de que o acto se reveste, é algo que lhe acresce mas não participa da sua essência, do seu ser*” (cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral de Direito Civil*, Coimbra Almedina, 2003, 3º edição, p. 541 e José De Oliveira Ascensão/ Pais De Vasconcelos, ROA, *forma da livrança e formalidade*, ROA, ano 60, Janeiro, 2000, p. 310). Assim, a forma externa é um elemento funcional do acto, Exemplo, uma declaração de aceitação pode ser emitida através de movimento corporal, é o caso de aceitação das propostas nos leilões. Neste caso, a forma interna é este movimento, sem ela não há declaração, esta declaração será válida se for leiloado um bem móvel, mas já não o será se for um imóvel porque para este a lei exige uma forma externa (artigo 875º CC). Note-se que aqui a declaração existe como tal (aceitação) só que é nula.

No ordenamento jurídico português vigora o princípio da liberdade de forma o que implica que implica a declaração vale independentemente de forma externa, na falta da determinação legal em contrário (artigo 219º CC). Assim, a exigência legal da forma externa pode ser “*ad substantiam*” ou “*ad probationem*”.

<sup>561</sup> Cf. Pedro Vasconcelos, *Teoria...*, ob. cit., p. 539.

<sup>562</sup> Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito civil Português (introdução, doutrina geral e negócio jurídico)*, Coimbra, Livraria Almedina, 1999, p. 317.

<sup>563</sup> Sobre a forma de um dos contratos atípico, cf. Pedro Manuel De Melo Pais De Vasconcelos, *Contrato De Utilização De Lojas Em Centros Comerciais, qualificação E Forma*, in Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 56, II, Lisboa, 1996, p. 546 ss. e Ana Isabel Da Costa Afonso, *Os Contratos De Instalação De Lojistas Em Centros Comerciais, Qualificação E Regime Jurídico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 259 ss..

<sup>564</sup> A evolução do Direito Comercial da Guiné-Bissau é fortemente marcada pela adesão à OHADA, criada pelo Tratado Relativo à Harmonização Do Direito Comercial Em África, assinado em 17 de Outubro de

## 5.6. Figuras afins do contrato de abota

*I. Generalidades.* Tendo em conta as características do contrato de abota, há certos contratos que se aproximam dela, mas que com a qual não se confundem, nomeadamente o contrato de mútuo, depósito, cooperativa e sociedade. Assim, vamos efectuar um estudo comparativo entre o contrato de abota e figuras afins, estabelecendo as suas proximidades e diferenças.

*II. Mútuo.* Vamos começar este estudo com o contrato de mútuo. Nos termos do artigo 1142º do Código Civil, “Mútuo é o contrato pelo qual uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade”. Tanto no mútuo como abota verifica-se a transferência da propriedade da coisa objecto de contrato assim como a obrigação da restituição da coisa do mesmo género, mas estes contratos não se confundem. Estruturalmente, o contrato de mútuo é bilateral e abota, no mínimo trilateral. O contrato de mútuo é primordialmente oneroso<sup>565</sup> tanto abota como mútuo são onerosos, mas a onerosidade de mútuo consiste no pagamento duma retribuição enquanto de abota consiste na renúncia temporária de capital e contribuição de todos os abotantes. O mútuo é um contrato que a doutrina maioritária considera real *quoad constitutionem*, na medida em que artigo 1142º

---

1993 em Porto Luís (Ilha Maurícia), que actualmente abrange 16 países da zona Franco CFA, Comores, Guiné-Conacri e República Democrática de Congo mostram-se interessadas a adesão. A OHADA emite disposições comuns designada Actos Uniformes. Estes Actos são elaborados maioritariamente no domínio comercial e devem conformar as leis internas, procedendo à sua substituição. Entre os actos adoptados, interesse para o presente estudo o Acto Uniforme Relativo Ao Direito Comercial Geral. Sendo país de língua portuguesa, os actos uniformes são traduzidos e publicados na Guiné-Bissau em língua portuguesa. A OHADA é fortemente influenciada pelo sistema francófono e os actos uniformes apresentam grandes dificuldades conceitual. A Guiné-Bissau é único país membro pertencente a família de ciência jurídica de tipo germânico, pelo que tem excelentes potenciais para liderar o processo de estudo de Actos Uniformes, que para o efeito, o Estado português tem contribuído muito com apoio lúcido à cooperação interuniversitária (neste particular, entre a Faculdade de Direito de Bissau e a Faculdade de Direito de Lisboa). Também é importante realçar que a adopção de Actos Uniformes não sacrifica a tradição jurídica guineense. Para aferir da comercialidade ou não de um acto na Guiné-Bissau, é necessário analisar o artigo 3º do AUODCG, que diferentemente do Código Comercial de 1888, que contém a definição do acto de comércio, estabeleceu um elenco exemplificativo de actos comerciais, o que permite ao intérprete, tendo em conta a natureza do acto, determinar se é ou não comercial. Também esta solução implica que o AUDCG não prejudica o regime interno, pelo que continua em vigor o artigo 2º do Código Comercial. Tendo em conta o artigo 2º do C.Com., a Doutrina portuguesa faz a distinção entre o acto objectivamente comercial e subjectivamente comercial. Sendo objectivos os regulados pela legislação comercial e subjectivos os que a sua comercialidade resultam do sujeito. Ou seja, os objectivamente comerciais são aqueles que a lei tipifica de forma mais ou menos completa para efeitos de regulação e, para que seja subjectivamente comercial, o acto tem que ser praticado por um certo sujeito, comerciante, assim como o acto não deve ter a natureza exclusivamente civil, por exemplo, adopção ou casamento. Por fim, do acto não pode resultar o contrário, ou seja, só não será comercial, se do acto não resultar que não tem conexão com a actividade profissional do comerciante, cf. Filipe Cassiano Dos Santos, *Direito Comercial Português, Dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p.100.

<sup>565</sup> Cf. Luís De Manuel Telles De Menezes Leitão, *Direito Das Obrigações, Vol. III (Contratos Em Especial)*, 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 392.

do Código Civil, determina que o Mútuo é o contrato pelo qual uma das partes empresta à outra... a doutrina tem entendido que o legislador colocou a entrega fora da fase da execução do contrato, ou seja, a entrega constitui o elemento constitutivo do próprio contrato<sup>566</sup>, a abota é sempre consensual na medida em que, por ser atípico, não há exigência legal da entrega e produz efeitos independentemente desta, ou seja, com a celebração do contrato, nasce na esfera jurídica dos abotantes a obrigação da entrega do dinheiro e, esta obrigação é um dos efeitos do contrato de abota, pelo que, diferentemente do mútuo o contrato de abota produz efeitos independentemente da entrega. O contrato de mútuo, diferentemente de abota, não tem que ser celebrado necessariamente por três ou mais pessoas. Também o mútuo, diferentemente de abota, é um contrato sem cariz *intuitu personae*<sup>567</sup>. O contrato de mútuo pode ter por objecto dinheiro ou outra coisa fungível e abota pode ter por objecto só o dinheiro. No contrato de mútuo só o mutuante entrega a coisa ou dinheiro ao mutuário que até pode restituir em várias prestações, mas no contrato de abota, todos os abotantes entregam o dinheiro inclusive o abotado. Portanto, o contrato de mútuo não se confunde com o de abota.

*III. Depósito.* O contrato de depósito, nos termos do artigo 1185º do Código civil, é aquele pelo qual uma das partes entrega à outra uma coisa móvel ou imóvel, para que a guarde e a restitua quando for exigida. O contrato de depósito e de mútuo, diferentemente de abota, são reais *quoad constitutionem*, podem ser gratuitos ou onerosos e pode ter por objecto coisa móvel ou imóvel. O depósito é um contrato duradouro em que uma das partes entrega à outra uma coisa e esta fica obrigada a restituí-la como na abota, mas com este não se confunde porque no depósito regular, o depositário tem que restituir a mesma coisa e no contrato de abota o abotado nunca está obrigado a restituir a mesma coisa devido a natureza fungível do seu objecto. O contrato de depósito pertence à classe dos contratos de prestação de serviços, em que o depositário presta serviço ao depositante,

---

<sup>566</sup> Sobre esta questão, Cf. Fernando Andrade Pires De Lima/João De Matos Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, anotação ao artigo 1142.º, p. 761 ss, Salvatore Romano, *Vendita. Contrato Estimatorio*, Vol. V-1 da obra de Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Passarele, *Tratado di Diritto Civile*, Milano, Francesco Valardi, 1960, p. 12, Nicolo Visale “*la promessa di mutuo nell’ambito della teoria del contratto reale*”, in RDC 46 (2000), I p. 63 ss, Luís De Manuel Telles De Menezes Leitão, *Direito Das Obrigações*, Vol. III (*Contratos Em Especial*), 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 393, Adriano da Silva Paes Vaz Serra, “*notas a cerca do contrato de mútuo*” in RLJ93 (1960), p. 65 ss, Luís Pestana de Vasconcelos, *Dos contratos de cessão financeira, (factoring)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 374 ss. e, em especial, João Redinha, *Direito das Obrigações. Contratos em Especial*, 3º vol., 2ª edição, sob coordenação de António Menezes Cordeiro, 1991, p. 194 ss, que admite o mútuo consensual atípico.

<sup>567</sup> Luís De Manuel Telles De Menezes Leitão, *Direito Das Obrigações*, Vol. III (*Contratos Em Especial*), 6.ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 395.



procedendo à guarda do objecto de depósito. No contrato de abota, o cabeçário não tem a obrigação de guardar o dinheiro que á a prestação típica do depositário, o cabeçário tem a obrigação de proceder à recolha de dinheiro e a respectiva entrega ao abotado. Como vimos, o contrato de depósito pode ter por objecto uma coisa móvel ou imóvel e abota sempre dinheiro, aliás o depósito considera-se irregular se tiver por objecto coisa fungível (ex. dinheiro) e o objecto de contrato de abota é sempre coisa fungível, dinheiro. No depósito regular, o depositário, diferentemente de abotado, não adquire o direito de propriedade sobre a coisa objecto do contrato e, por conseguinte, não pode usá-la sem autorização do depositante e o abotado pode utilizar o dinheiro conforme lhe aprouver. No contrato de depósito, só o depositante entrega a coisa e na abota todos os abotantes entregam o dinheiro e, por fim, o contrato de depósito é bilateral e abota, no mínimo, trilateral. Diferentemente do contrato de abota, a causa do contrato de depósito é a custódia da coisa. E, por estas razões, o contrato de depósito não se confunde com abota.

*IV. Depósito escrow.* No Direito Anglo-saxónico, sobretudo na Inglaterra, é muito frequente o contrato de depósito *escrow*, utilizado, normalmente, no domínio de compra e venda de imóveis para garantir o cumprimento da obrigação de pagamento de preço por parte do comprador ou obrigação de efectuar a escritura da venda por parte do vendedor<sup>568</sup>. É um contrato trilateral com funções de garantia, em que as partes de um contrato acordam a confiar a guarda de bens móveis a um terceiro, para que este, com base na instrução irrevogável dos contraentes e as vicissitudes posteriores do negócio subjacente, proceda a restituição dos bens ao depositante ou à sua entrega ao beneficiário do depósito. Este é um contrato misto de depósito em favor de sujeito alternativo e de mandato colectivo<sup>569</sup> e a sua função é garantir o cumprimento das obrigações das partes de um contrato, o depositário recebe ou acompanha as prestações para decidir o destino do depósito. Este contrato, apesar de ser trilateral e uma das partes beneficiar do depósito, não se confunde com abota. O depósito *escrow*, diferentemente de abota, tem uma função de garantia, e, neste contrato, o depositário é uma das partes, mas não contribui com uma coisa, ou seja, a sua contribuição é de *facere*, prestação de facto, e, diferentemente deste, no contrato de abota, todos os contraentes são obrigados a contribuir com uma quantia monetária. Quanto a estrutura de contrato, o depósito *escrow* é trilateral e abota pode ter qualquer número de partes desde que não seja inferior a três, o depósito *escrow*,

---

<sup>568</sup> Cf. Francesco de Franchis, *Dizionario Giuridico (Inglese-Italiano; English-Italian)*, Giuffrè, Milão, 1984, p. 703.

<sup>569</sup> Cf. João Tiago Morais Antunes, *Do Contrato de Depósito Escrow*, Coimbra, Almedina, 2007, p. 295.

diferentemente de abota tem que ter uma relação subjacente entre o depositário e o beneficiário de depósito.

V. *Sociedade*. Nos termos do artigo 980.º do Código Civil, a sociedade é o contrato em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa actividade económica que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros dessa actividade. A sociedade não se confunde com abota na medida em que pode ser constituída por duas pessoas e abota é constituída sempre, no mínimo por três pessoas. Aliás, a sociedade pode ser constituída por um acto unilateral<sup>570</sup>, como no caso das sociedades unipessoais previstas no AUDSC. No contrato de sociedade uma das partes pode contribuir só com o serviço, o que não acontece no contrato de abota. A sociedade tem por objecto o exercício em comum de uma actividade económica<sup>571</sup>. No contrato de abota, as partes contribuem com o montante igual, mas não desenvolvem uma actividade económica em comum, ou seja, o produto das contribuições é atribuído a uma

---

<sup>570</sup> Cf. Fatima Meman, *La sociétés Unipersonel dans le Droit des Sociétés Commerciales OHADA: une legislation a parfaire*, in Penant, n. 868, Paris, 2009, pp.312, p. 345 ; Jorge Duarte Pinheiro, *O negócio Consigo Mesmo*, in António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes, *Estudo em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, IV, Almedina, 2003, pp. 141 sgs., p. 144; António de Arruda Ferrer Correia, *Sociedades fictícia e unipessoais*, Atlantida, Coimbra, 1948, p. 313; Vaz Serra, *Contrato entre a sociedade anónima e o seu director*, in O Direito, ano 87, 1955, pp. 12 sgs, p.16; Manuel de Alarcão, “*Sociedades Unipessoais*” in BFD, Suplemento XIII, 1961, p. 271 sgs; J. M. Coutinho de Abreu, *Da empresarialidade – As empresas no direito*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 149; Teresa Sapiro Anselmo Vaz, *A responsabilidade do accionista controlador*, in O Direito, ano 128, III-IV, p. 350; Ricardo Alberto Santos Costa, *A Sociedade por Quotas unipessoal no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 622; Carlo Ibba, *La società a responsabilità com un solo socio*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995, p. 119; Felipe Cassiano Dos Santos, *A Sociedade Unipessoal por Quotas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 111; António Pinto Monteiro/Pedro Maia, *Sociedades Anónimas Unipessoais e a Reforma de 2006*, in RLJ, ano 139, 2010, pp. 138 sgs., p.148; Alexandre Soveral Martins, *Capacidade e Representação das Sociedades Comerciais*, in Problemas do Direito das Sociedades Comerciais, Almedina, Coimbra, 2002, p. 472; Maria de Fátima Ribeiro, *O âmbito de aplicação do artigo 270.º-F, n.º4, do CSC e a responsabilidade “ilimitada” do sócio único*, in Direito das Sociedades em Revista, ano 1, vol. II, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 201, sgs., p. 211; Urbain Babongeno, *De la problématique de la société unipersonnelle en droit congolais eu égard au droit de l’OHADA*, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com), ref. D-07-25, p. 6; Maria Ângela Coelho, *A Reforma da Sociedade de Responsabilidade Limitada (GmbH) pela lei alemã de 4 de Julho de 1981 (GmbH-Novelle)*, in (sep.) RDE, 6/7, 1980/1981, pp. 49 sgs., p. 59; Jean de Faultrier/Patrick Roquet, *Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, 8.ª ed. Dalloz, Paris, 1999, p. 122; Gilles Flores/Jacques Mestre, *L’entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée*, in Revue des sociétés, 104, 1986, pp. 15 sgs. p. 32; Catarina Serra, *As Novas Sociedades Unipessoais por Quotas – Algumas considerações a propósito do DL n.º 257/96, de 31 de Dezembro*, in Scietia Iuridica, n.º 265, 1997, pp. 115- 142, pp. 137-138; Maurizio Irrera, *I prestiti dei soci alla società: ricostruzione del fenómeno e prospettive di qualificazione e disciplina*, CEDAM, Padova, 1992, p. 11, Francesco Fenghi, *Capitale e oggetto sociale: osservazioni e problemi*, in Revista delle Società, ano 24, 1979, pp. 590 sgs, p. 598, Alberto Montanari, *Capitale nominale adeguato all’oggetto sociale o «mezzi propri» proporzionali alle dimensioni?* in Revista delle Società, 1980, pp. 571 sgs. e Cândido Paz-Ares, *Sobre la infracapitalización de las sociedades*, in Anuario del Derecho Civil, vol. 26, n.º 4, 1983, pp. 1597, p. 1611; Raúl Ventura, *Sociedades por quotas*, vol. II, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, 1989, p. 78, João Aveiro Pereira, *O Contrato de suprimento*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 22 e António Menezes Cordeiro, *O Levantamento da Personalidade Colectiva no Direito Civil e Direito Comercial*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 118.

<sup>571</sup> Cf. Luís Manuel Telles De Menezes Leitão, *Direito Das Obrigações*, vol. III, Coimbra, Almedina, 2002, p. 282.

das partes que o pode utilizar conforme os seus interesses próprios, porque na sociedade há um interesse social que se distingue dos sócios. O fim da sociedade é a repartição dos lucros o que não se verifica no contrato de abota. Diferentemente do contrato de abota, com a celebração do contrato de sociedade, cria-se uma pessoa colectiva com uma estrutura organizativa. No contrato da sociedade, as partes visam obter lucros com base nas contribuições e, o contrato continua a vigorar após a obtenção dos lucros, aliás mesmo sendo superior à entrada dos sócios. Na abota, as partes acabam por receber a mesma quantia com a qual contribuíram e o contrato extingue quando todos os abotantes adquirem a qualidade do abotado. Assim, o contrato de sociedade não se confunde com abota.

VI. *Cooperativa*. Nos termos do artigo 2.º do Código Cooperativo<sup>572</sup>, As cooperativas são pessoas colectivas autónomas, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entreajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles. As cooperativas<sup>573</sup>, na prossecução dos seus objectivos, podem realizar operações com terceiros e são organizações voluntárias, abertas a todas as pessoas aptas a utilizar os seus serviços e dispostas a assumir as responsabilidades. Tanto na cooperativa como na abota verifica-se o espírito da solidariedade, mas estes contratos não se confundem, senão vejamos. As cooperativas podem exercer actividades económicas e podem realizar operações com terceiros. A cooperativa não se confunde com abota na medida em que é uma pessoa colectiva o que não se verifica na abota. Diferentemente da cooperativa, os abotantes não realizam operações com terceiros. A cooperativa tem um capital próprio e o produto das contribuições dos abotantes não se pode considerar capital próprio de abota na medida em que o cabeçário deve entregá-lo ao abotado na sequência do cumprimento dos abotantes. O cabeçário não gere o produto das contribuições, este produto pertence ao abotado, ou seja, é credor deste produto. Na cooperativa nasce uma pessoa diferente dos seus membros, a pessoa moral, o que não se verifica no contrato de abota. A cooperativa é uma pessoa colectiva com uma estrutura complexa, visa durar no tempo e os seus membros podem contribuir com outros bens ou serviços, enquanto abota extingue com

---

<sup>572</sup> Publicado no Diário da República - I série - A, n.º 208 de 7-9-1996. Veja também o Acto Uniforme da OHADA sobre cooperativas.

<sup>573</sup> Sobre cooperativa em Portugal, cf. Sérvulo Correia, *Cooperação, Cooperativismo E Doutrina Cooperativa*, in Separata de Estudos Sociais E Corporativos, ano IV, Junho/Setembro n.º 15, Lisboa 1965.

entrega de contribuição das partes ao último abotado, os abotantes só podem contribuir com o dinheiro e abota, pela sua natureza, é incompatível com estruturas complexas. Na cooperativa, o membro que beneficia duma ajuda não se constitui na qualidade do devedor e Abota é o contrato celebrado entre três ou mais pessoas que se obrigam a contribuir com determinado valor pecuniário e o produto é entregue a uma das partes, assim sucessivamente até completar o número dos contraentes, pelo que o abotado tem que restituir o valor recebido com base no contrato, excepto o último. Um dos princípios mais importantes da cooperativa é da adesão voluntária e livre, que significa que está aberta a todas as pessoas aptas a assumir as responsabilidades que dela decorre e abota é um contrato *intuitu personae*.

VII. *Caixas económicas*. Em Portugal, a criação das caixas económicas remonta ao Decreto de 17 de Agosto de 1836 e visou então o estabelecimento de instituições habilitadas a receber depósitos e efectuar operações de empréstimo sobre penhores com um intuito benemérito. A figura das caixas económicas foi evoluindo ao longo dos anos e ganhou uma dimensão lucrativa, mas sem nunca perder o carácter assistencialista e mutualista na actividade bancária.

VIII. *Ofícios e entreaajuda*. Em Portugal, na primeira fase do movimento associativo operário, a defesa de interesses profissionais coexistia com a interajuda e os socorros mútuos, na linha das antigas confrarias. Com esta função de defesa dos interesses da classe, no sentido do ofício, se prende a criação da uma das mais antigas associações, a tipográfica lisbonense, que nasceu de uma greve de tipógrafos no jornal *A Revolução de Setembro*. A cooperativa de produção, a *Indústria Social* (1873) surge na sequência de uma greve na Fundição de Ferro Collares. As atitudes de crítica social coexistem com a actividade mutualista no seio destas instituições: dos estatutos da Associação de operários ligada ao jornal *Eco dos Operários* consta a criação de um Banco mutualista.<sup>574</sup>

IX. *Os seguros sociais*. É no seio do movimento mutualista que vai nascer o conceito de seguros sociais. Com carácter voluntário e privado, o movimento mutualista tinha objectivos amplos, similares aos do futuro Estado Providência. Mediante um sistema de socorros mútuos visava criar condições de acesso à educação, à saúde e assegurar recursos futuros em caso de carências ocasionadas por doença, invalidez,

---

<sup>574</sup> Cf. Miriam Halpern Pereira, *Centenário da República: Mutualismos, seguros sociais e a I república*, in Seara Nova, Nº 1713 - Outono 2010, p. 3.

velhice e desemprego.<sup>575</sup> Estas instituições/institutos não se confundem com o abota, pois diferentemente deste, não se esgotam com a execução do cumprimento das obrigações das partes. São instituições que perduram no tempo e os produtos das contribuições das partes são administradas para fins específicos previamente determinados e, estes fins, diferentemente de abota, não se resumem na entrega das contribuições às partes ou membros.

### 5.7. Lugar e tempo de cumprimento

O lugar de cumprimento do contrato de abota varia conforme se trata de abota entre os comerciantes ou entre não comerciantes. Na abota entre os comerciantes, o lugar de cumprimento é no local onde as partes costumam desenvolver as actividades comerciais, por exemplo, o centro de venda que abrange a maioria dos abotantes. Já no contrato de abota entre os não comerciantes, o lugar de cumprimento é o domicílio do cabeçário. O lugar de cumprimento abrange a prestação de abotantes assim como a do cabeçário perante o abotado. E, por conseguinte, em regra, no contrato de abota, a obrigação é da entrega. As partes, em regra, não estipulam o lugar de cumprimento, esta solução decorre de rotina deste contrato, ou seja, em função da natureza dos sujeitos do contrato de abota, as partes sabem *ab initio* o lugar de cumprimento, ou seja, caso as partes nada indiquem, o lugar de cumprimento é determinado pela prática social, entre os comerciantes, o lugar de cumprimento é onde habitualmente a maioria dos abotantes desenvolvem a actividade comercial e, entre não comerciantes, o domicílio do cabeçário. Na abota entre os comerciantes e não comerciantes continua a aplicar as regras de abota entre não comerciantes, na medida em que, na falta de determinação das partes, o lugar de cumprimento continua a ser o domicílio do cabeçário. Assim, sendo sinalagmáticas, estas obrigações são cumpridas ao mesmo tempo e no mesmo lugar. Regra geral, o cumprimento pode ter ou não um prazo, consoante se trate, respectivamente, de obrigação impura ou pura. Modo geral, as obrigações puras são aquelas em que as partes não fixaram um prazo para a sua execução, enquanto as obrigações são impuras quando o devedor tem um prazo para o seu cumprimento. Portanto, neste ponto, há dois conceitos cujo conteúdo

---

<sup>575</sup> Cf. Miriam Halpern Pereira, *Centenário da República: Mutualismos, seguros sociais e a I república*, cit., p. 4. Em Portugal, pode-se encontrar algumas instituições que por vezes ainda desempenham um papel semelhante, contando-se entre as mais activas o Montepio Geral, a associação A Voz do Operário, a Associação dos Empregados do Comércio e a Casa da Imprensa. Para uma análise mais profunda, cf. Miriam Halpern Pereira, *As Origens do Estado Providência*, in *O Gosto pela História, Percursos de História Contemporânea*, ICS, Lisboa, 2010.

importa delimitar: pagabilidade ou vencimento. A dívida é pagável no momento em que o devedor pode cumprir a obrigação, fazendo com que o credor entre em mora caso recuse a prestação. Estamos aqui na perspectiva do devedor, enquanto a exigibilidade é o momento em que o credor pode exigir ao devedor o cumprimento da prestação e em que, caso aquele não o faça, entra em mora. Uma das particularidades de contrato de abota é que, pela sua natureza, é sempre estipulado o momento de cumprimento da obrigação da entrega, ou seja, os abotantes e cabeçário sempre têm obrigações impuras na medida em que a estipulação do prazo para o cumprimento da obrigação da entrega do dinheiro é muito importante neste contrato. As partes cumprem na mesma data e o produto das prestações é atribuído ao abotado na data contratualmente estipulado, nada impede que um dos abotantes cumpra antes da data de vencimento da sua obrigação na medida em que o cabeçário não pode rejeitar a prestação com o fundamento na falta de vencimento da obrigação, ou seja, a dívida dos abotados é sempre pagável. A data de cumprimento é muito importante no contrato de abota na medida em que os abotantes estabelecem as suas agendas de cumprimento das suas obrigações derivadas de outros negócios e aquisição de bens em função de abota, pelo que o incumprimento da obrigação de um dos abotantes no prazo acordado pode criar, aliás, normalmente, cria transtornos às suas contrapartes. Até aqui não determinamos juridicamente qual é o contrato celebrado entre os abotantes, o que nos pode ajudar a responder a esta questão é o recurso a uma técnica jurídica chamada qualificação de contratos, que procederemos na parte terceira do presente estudo.

### **5.8. Qualificação jurídica do contrato de abota<sup>576</sup>**

I. Generalidades. A qualificação de um contrato é uma operação, nos termos do qual, perante o contrato objecto da qualificação, o intérprete determina a que tipo pertence<sup>577</sup>. A qualificação permite-nos determinar se um contrato é típico ou atípico.

---

<sup>576</sup> Sobre qualificação de contratos, cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 117 ss., Pedro Pais de Vasconcelos, *Contrato De Utilização De Lojas Em Centros Comerciais, Qualificação E Forma*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 56, II, Lisboa, 1996, p. 546 ss. E Ana Isabel da Costa Afonso, *Os Contratos de Instalação De Lojistas Em Centros Comerciais, Qualificação E Regime Jurídico*, Coimbra, Coimbra Editora.

<sup>577</sup> Segundo Baptista Machado, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1992, p. 111, a qualificação corresponde a subsunção de um *quid* a um conceito utilizado por uma norma jurídica. Para Maria Costanza, *Il Contratto Atípico*, Milão, Giuffrè, 1991, p. 176, qualificar um contrato é definir em termos jurídicos uma *facti-species* negocial, enquadrar o acto de autonomia num esquema ou estrutura jurídica. E, para o Professor Pais de Vasconcelos, *Contrato de Utilização De Lojas Em Centros Comerciais, Qualificação E Forma*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 56, II, Lisboa, 1996, p. 536, a qualificação é um juízo predicativo que tem por conteúdo o reconhecimento nesse contrato da qualidade de

Sendo típicos os que correspondem a um tipo e atípicos os que não correspondem. Os contratos atípicos podem ser puros ou atípicos mistos<sup>578</sup>, que por sua vez, podem ser de tipo múltiplo e de tipo modificado<sup>579</sup>. Os contratos atípicos puros são os que não correspondem a qualquer tipo, ou seja, aqueles que as partes celebram sem modificar outros tipos ou combinação de tipos diferentes. Os contratos atípicos mistos de tipo modificado são aqueles em que as partes escolhem um tipo como referência e apõem cláusulas de adaptação para o modificar, ou seja, as partes acordam o necessário para modificar a disciplina do tipo<sup>580</sup>. Os contratos atípicos mistos do tipo múltiplo são aqueles em que as partes, diferentemente da primeira, fazem a conjunção de mais de um tipo. A qualificação de um contrato é uma operação que à primeira vista parece tarefa fácil, atento o facto de termos a tendência de analisar poucos aspectos de um contrato e tentar reconduzi-lo a um tipo, normalmente legal, mas de facto, a qualificação é, senão, uma das tarefas mais difíceis na ciência jurídica e exige o conhecimento profundo do contrato a qualificar e com os quais vai ser comparado. A qualificação do contrato é uma operação importante na medida em que determina o regime aplicável aos contratos<sup>581</sup>, razão pela qual se o intérprete efectuar uma qualificação inconveniente acaba por aplicar o regime que não tutela a valores em causa no contrato qualificado, por isso, esta operação deve merecer mais atenção nas operações jurídicas. Na prática, o jurista, após a formação, conhece basicamente os contratos típicos e fica com uma ideia pré-concebida dos tipos contratuais que lhe cria tendência de reconduzir qualquer contrato a um tipo legal mais próximo, mas de facto, as partes, que não têm que ter necessariamente a formação na área jurídica, celebram contratos com mais variados conteúdos que requer uma preparação no sentido de os qualificar. A qualificação é uma operação feita ao abrigo de índices do tipo, que são diversos factores com base nos quais o contrato objecto da qualificação pode ser comparado com os tipos elegíveis à operação da qualificação. Não existe único, mas sim muitos índices, nomeadamente a causa do contrato, o objecto, a qualidade das partes, a contrapartida, estipulação do tipo, a configuração ou, até, o número das partes. Assim,

---

corresponder, ou não a este ou àquele tipo, este ou aquele modelo paradigmático de contrato, definição que nos parece mais completa e não presa às normas jurídicas, aliás, há tipos não previstos na lei.

<sup>578</sup> Sobre os contratos mistos, cf. Ac. STJ, de 19 de Fevereiro de 2009, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>579</sup> Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Contrato de...*, ob. cit., p. 537.

<sup>580</sup> Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 231.

<sup>581</sup> Como exemplos da qualificação, cf. Ac. STJ de 14-05-2009, relativamente ao contrato de locação financeira, Ac. STJ 22-04-2009, sobre o contrato de trabalho, Ac. STJ 13-01-2009, referente ao contrato “autorizativo” de prestação a terceiro, em geral, cf. Ac. STJ, de 5-3-2009, Ac. STJ, de 23-3-2009, Ac. STJ, de 4-6-2009, Ac. STJ, de 28-4-2009, Ac. STJ, de 25-3-2009, Ac. STJ, de 19-2-2009, Ac. STJ, de 26-11-2008 e Ac. STJ, de 18-12-2008, todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

tendo em conta a distinção traçada entre abota e os contratos analisados, podemos afirmar que não se reconduz a nenhum deles, ou seja, embora tenha características que se aproximam deles, parece-nos que abota constitui um contrato atípico. Sendo contrato atípico, devemos seguir para a operação mais complexa que é determinar se é um contrato atípico puro ou atípico misto. Para o efeito, é necessário recorrer aos índices do tipo que nos podem ajudar a compará-lo com outros contratos e determinar se é um contrato em que as partes escolhem um tipo como referência e apõem cláusulas de adaptação para o modificar ou aquele em que fazem a conjunção de mais de um tipo ou, por fim, se é um contrato atípico puro, ou seja, se não é feita a partir de modificação de qualquer tipo ou combinação. Assim, vamos proceder ao exercício da qualificação do contrato de abota, recorrendo aos índices do tipo, para determinar se é, ou não, um contrato misto, tendo em conta os contratos que dele mais aproximam.

*II. Contrapartida.* Vamos começar pelo índice contrapartida, normalmente, nos contratos, as partes estipulam uma contrapartida, não a havendo, considera-se, em princípio, oneroso o contrato. No contrato de mútuo oneroso, os juros correspondem à contrapartida que o mutuante recebe, no contrato de depósito, pode haver contrapartida que o depositário recebe em compensação da guarda da coisa e pode também ser gratuito. Note-se que, estes contratos, mesmo havendo contrapartida, não se confundem com a abota onde não existe uma contrapartida material, ou seja, única remuneração é emocional ou social. Ambos os contratos podem ser onerosos, mas a onerosidade de mútuo e depósito deriva do facto de existir uma contrapartida, enquanto a onerosidade de abota tem a ver com a necessidade de contribuição de todos os abotantes e a renúncia temporária do capital. Se o contrato de mútuo ou depósito for gratuito, menos aproximação terão de abota na medida em que serão gratuitos e, diferentemente de abota, só uma das partes vai ter sacrifício patrimonial, o mutuante abdica temporariamente do seu capital e o depositário não recebe a contrapartida e fica obrigado a guardar a coisa. Assim, em termos de contrapartida, os contratos de mútuo depósito, assim como o de cooperativa não se confundem com o de abota.

*III. Objecto.* Objecto mediato<sup>582</sup> do contrato de abota é, em regra, a coisa, dinheiro. Entre os contratos que mais se aproximam de abota, mútuo e cooperativa, podem ter por

---

<sup>582</sup> Sobre objecto da obrigação, cf. Adriano da Silva Paes Vaz Serra, *Anotação ao Ac. STJ*, de 7 de Março de 1969, in RLJ, ano 103, p. 227 e in BMJ n.º 74, 1958, p. 73. João de Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume II, AAFDL, 1995, p. 41.



objecto o dinheiro. No caso de mútuo, se tiver por objecto dinheiro, este é entregue pelo mutuante ao mutuário, mas no contrato de abota, o dinheiro entregue ao abotado é composto por dinheiro dos abotantes, inclusive do próprio abotado. Note-se que a prestação a que o abotado tem direito inclui a sua própria prestação, diferentemente do mútuo onde o mutuário tem direito a receber a prestação só do mutuário. Na prestação a que o abotado tem direito a receber, não podemos excluir a parte da sua contribuição porque faz parte das características do próprio contrato de abota, apesar de, por razões práticas, muitas das vezes o abotado não entrega a sua parte, faz parte da quantia total do contrato. A cooperativa, diferentemente de abota, tem por objecto o exercício em comum duma actividade. Assim, estes contratos não se confundem com abota no que diz respeito ao objecto. Certo é que as partes podem celebrar o contrato com o conteúdo igual ao de abota com outro objecto, nomeadamente cereais, animais ou semente, mas, neste caso, não será o contrato de abota socialmente típico.

*IV. Estipulação do tipo.* Normalmente, quando as partes celebram um contrato, dão-lhe uma designação. Às vezes, essa designação demonstra a vontade de submeter o contrato ao regime de certo tipo, as vezes o tipo designado é usado como modelo com as alterações das partes que acabam por afastá-lo do tipo. No caso de contrato de abota, as partes nunca utilizam a designa de mútuo ou cooperativa, aliás, em crioulo, o mútuo designa-se de “pista” e a cooperativa designa-se de cooperativa, mas as partes nunca utilizam estes conceitos para designar o contrato de abota que é um tipo diferente destes e com os quais não se confunde. Portanto, estes contratos não se confundem com abota.

*Número das partes.* O número das partes é um dos índices do tipo que nos pode ajudar a comparar abota com outros contratos. Como vimos, os contratos que mais se aproximam de abota, nomeadamente mútuo, depósito simples e de *escrow* são basicamente bilaterais, aliás até a sociedade e cooperativa podem ter mais do que duas partes, mas certo é que podem ser, diferentemente de abota, bilaterais. O número das partes é um elemento que permite distinguir abota de outros contratos, assim, se for bilateral, em princípio não será contrato de abota se for trilateral ou mais, será em princípio o contrato de abota. Por isso, o índice número das partes é um elemento muito importante na qualificação jurídica do contrato de abota. Um contrato pode ter mais de dois sujeitos e ser bilateral, na medida em que um sujeito não representa necessariamente uma parte, por esta razão, é necessário determinar o número das partes conforme interesses e os efeitos visados pelas partes. O contrato de abota socialmente típico tem, no mínimo, três partes.

V. *Rotatividade e identidade das prestações*. Para além dos índices analisados, os elementos rotatividade e identidade das prestações podem ser úteis na qualificação do contrato de abota. O contrato de abota é de execução periódica, mas apresenta uma característica própria na medida em que esta prestação é rotativa, ou seja, todos os abotantes beneficiam desta prestação ao longo da execução do contrato, diferentemente doutros contratos de execução periódica em que cada contraente obriga-se a uma prestação diferente da contraparte, por exemplo sociedade, cooperativa ou locação. Para além desta característica, diferentemente doutros contratos, uma das particularidades de contrato de abota é a identidade das prestações das partes. Todos os contraentes entregam o dinheiro, assim com recebem, no total, a mesma quantia entregue. No contrato de mútuo, o mutuário não entrega o dinheiro, ou seja, só restitui, mesmo assim, o mutuante, diferentemente do abotado, pode receber a quantia superior ao entregue se for mútuo oneroso. O mesmo sucede com depósito bancário se for estipulado taxa de juros. Assim como na sociedade em que uma das partes pode entrar com serviços e em contrapartida, na divisão de lucros recebe o dinheiro e não serviço.

VI. *Contrato de abota como tipo social*. Não há critérios firmes para qualificar uma prática contratual como tipo social ou não, mas se reunir três requisitos<sup>583</sup>, podemos considerar que estamos perante um tipo social: a) pluralidade de casos; b) tradução da pluralidade numa prática; c) Consciência do vínculo. O contrato de abota é uma prática que se desenvolveu ao longo do tempo com muita frequência. Estes casos são iguais e há uma convicção de obrigatoriedade entre os sujeitos que celebram o contrato de abota. Assim, podemos afirmar que o contrato de abota é um tipo social. Como vimos, abota é um contrato que surgiu nas comunidades guineenses e é socialmente reconhecido, aliás é um dos contratos mais reconhecidos na Guiné-Bissau. A celebração do contrato de abota não se restringe ao território guineense, ou seja, é celebrado nas comunidades guineenses em diáspora, sobretudo em Portugal em que se verifica mais entre os trabalhadores da mesma empresa.

## 6. Regime jurídico

Qualificar o contrato de abota como atípico, ou seja, como não correspondente a um dos tipos legais, coloca-nos o problema de determinar o regime que lhe deverá ser

---

<sup>583</sup> Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 62.

aplicado. Como vimos, o contrato de abota apresenta proximidades com os contratos neste estudo analisados, mas tal proximidade não é suficiente para o considerar misto ou do tipo modificado. O regime aplicável ao contrato de abota varia da posição adoptada, ou seja, se é um contrato típico puro ou de tipo modificado. Para quem o considere mútuo modificado ou contrato misto de mútuo e cooperativa., por não se tratar de um contrato atípico puro, pode pensar que neste caso não existe uma lacuna, na medida em que o contrato misto é constituído por elementos de dois ou mais negócios jurídicos legalmente típicos ou a sua modificação. Assim, os tipos contratuais que formam o contrato misto têm uma regulamentação na lei, só que é feita de forma isolada. Contudo, os contratos mistos não deixam de ser atípicos na medida em que têm os seus problemas próprios que nos permita distingui-los dos outros e que os individualizam<sup>584</sup>. Há divergência doutrinária<sup>585</sup> no que diz respeito ao regime aplicável aos contratos mistos, que deu origem a algumas teses<sup>586</sup> que vamos analisar resumidamente. Segundo a Teoria da absorção, deve-se observar o contrato misto e analisar os seus elementos, no sentido de estudar qual deles mais se destaca. Assim, este elemento principal consome os outros elementos, secundários, prevalecendo sobre eles. Às vezes, torna-se difícil determinar o elemento mais preponderante dum contrato, razão pela qual surgiu uma nova teoria que considera que o regime jurídico do contrato misto é o que resultar da aplicação conjugada das disposições referentes a todos os contratos que nele formam o contrato misto. Esta é a teoria da combinação. Como vimos, há autores que consideram que os contratos mistos consubstanciam uma lacuna da lei, razão pela qual a sua integração deve atender ao disposto no artigo 10.º do CC. Surgindo, assim a teoria da aplicação analógica. Por fim, surgiu a doutrina da criação. Esta teoria defende que, na falta de um tipo de referência e na impossibilidade de recorrer a analogia, deve-se criar uma solução concreta, através da interpretação integradora, concretizando os princípios e cláusulas gerais a partir do próprio contrato e circunstâncias concretas. Segundo ANTUNES VARELA, o intérprete não se deve submeter a nenhuma destas teses, sob pena de correr o risco de cair em puro

---

<sup>584</sup> Cf. Pedro Pais De Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 217.

<sup>585</sup> Sobre regime jurídico de contratos mistos, cf. Pedro Romano Martinez, *Direito das obrigações apontamentos*, AAFDL, Lisboa, 2003, p. 144, Inocêncio Galvão Telles, *Direito das obrigações*, Coimbra, Coimbra Editora, 7ª edição, 1997, p. 86, Luís Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, volume I, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2002, p. 198, Adriano Paes Vaz Serra, *Objecto Da Obrigação, a prestação - suas espécies, conteúdo e requisitos*, in BMJ n.º 74, p. 15 ss, João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, volume I, Coimbra, Almedina, 9ª edição, 1996, p. 297 e, para um estudo mais pormenorizado, cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 234 e ss.

<sup>586</sup> Sobre estas teses, cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2009, p. 234 ss.

conceptualismo lógico-formal<sup>587</sup>. Assim, devemos Procurar na lei alguma disposição que se refira ao negócio em causa ou que indicie a solução do problema jurídico colocado porque além da disciplina completa de um contrato, a lei pode fixar critérios para a regulamentação de contratos que reúnam em si dois ou mais elementos desse contrato típico e, se nada resultar da lei, devemos analisar o contrato em questão e aferir se existe uma contiguidade de elementos de vários contratos, como nos contratos mistos de tipo duplo ou geminado, caso em que se deve recorrer à teoria da combinação. Segundo PAIS DE VASCONCELOS, se a solução proposta pela analogia for infundada, devemos recorrer ao processo de criação e, para que haja analogia, é indispensável que exista caso semelhante porque, caso contrário, a analogia é impossível e a solução deve passar pela criação de solução concreta para o caso, solução que deve ser justa e adequada. Posição que nos parece preferível na medida em que cabe ao intérprete determinar, nestes casos, qual a solução mais justa porque o Direito está ao serviço da justiça. Quem considere abota como contrato atípico puro, por possuir as suas características próprias e por ser um tipo socialmente típico, na falta de cláusula contratual, o intérprete deve recorrer à disciplina deste tipo social e, na falta desta. Todavia, o facto de não existir regime específico, não afasta o recurso às regras gerais.

## 7. Necessidade da intervenção legislativa?

Rejeitando ao contrato de abota a tipicidade legal, não é menos pertinente analisar se há ou não a necessidade de intervenção legislativa, no sentido de a regulamentar. A grande vantagem da tipificação de um contrato é a segurança e certeza jurídica, na medida em que a comunidade passa a ter conhecimento do seu regime. Para o efeito, é necessário ter o conhecimento de funcionamento do contrato a tipificar, sob pena de desfigurar um tipo socialmente aceite e eficaz na satisfação das necessidades das pessoas. A lei deve reflectir a realidade social, diferentemente do que acontece na Guiné-Bissau, onde se verifica o fenómeno de “*importação de pacotes legislativos*”<sup>588</sup>, ou seja, na feitura das leis<sup>589</sup>, os técnicos responsáveis pela redacção dos textos normativos só procuram os

---

<sup>587</sup> Cf. João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, volume I, Coimbra, Almedina, 9ª edição, 1996, p. 297.

<sup>588</sup> *Itálico nosso*.

<sup>589</sup> Sobre o desenvolvimento das teorias da lei e filosofia jurídica e política, cf. António Pedro Barbas Homem, *Introdução Histórica à Teoria da Lei – Época Medieval*, in separata de Cadernos de Ciência de Legislação, n.º 25, INA, 1999, pp. 7-123.

modelos da lei da mesma matéria noutros países sem ter em conta a realidade social do lugar onde a lei se destina a aplicar. No caso de contrato de abota, até a presente data, tem funcionado bem e não vimos, salvo melhor entendimento, a vantagem que a sua regulamentação possa acrescentar. A tipificação legal do contrato de abota, por um lado, pode desencorajar a sua celebração na medida em que as pessoas que recorrem a este contrato podem ter conhecimento da sua regulamentação, mas ignorando o conteúdo da mesma, o que pode causar certas reservas à celebração de um contrato muito frequente e importante na satisfação das necessidades nas comunidades guineenses. Por outro lado, mesmo havendo regulamentação de contrato de abota, as pessoas vão continuar a celebrá-lo como sempre o celebraram, podendo padecer de vícios, por não cumprir certos requisitos prescritos pelo legislador. Aliás, não é necessário que a sua relevância seja admita por uma lei. Porque mesmo considerando que se trate de uma prática consuetudinária, abota possui a sua juridicidade própria<sup>590</sup>. Esta prática social não se submete à Lei, aliás, se for contrário à lei esta entrará em desuso, na medida em que formalmente continua em vigor, mas materialmente perde a juridicidade, ou seja, vigora com um conteúdo vazio porque não serve de regra de conduta para as pessoas<sup>591</sup>. Assim, deve-se reconhecer a dignidade da regulamentação social do contrato de abota numa forma autónoma. Às vezes, é mais vantajoso não legislar do que o contrário.

---

<sup>590</sup> O quadro legal de fontes de Direito consta do artigo 1º e seguintes do Código Civil, nos quais nenhuma referência é feita ao costume como fonte de direito. A primazia é conferida à lei, que se considera assim a ela mesma como fonte primordial do direito. Todavia, ausência de uma referência legal ao costume não afecta o seu valor. Pois, se fosse necessária a consagração legal do valor do costume, estaríamos desde logo a afirmar a subordinação deste à lei. Refere J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito*, cit., pp. 161 -162: “...não nos parece em princípio admissível que a lei voluntariamente posta ou positivada (pelo menos a lei ordinária) tenha legitimidade para excluir a juridicidade de normas consuetudinárias nascidas directamente da comunidade social”<sup>590</sup>. No mesmo sentido, José de Oliveira Ascensão, *O Direito*, cit., p. 257-“Perguntar, à luz da lei, qual a relevância do costume, é admitir à partida o que seria necessário justamente demonstrar: a superioridade da lei, como critério único de avaliação das fontes de direito”<sup>590</sup>. Assim, para este Autor, que a lei se considere a ela mesma fonte imediata de Direito, é uma coisa. Mas nenhuma legitimidade tem a lei à partida para pré-determinar o valor de fonte de direito do costume, que se impõe *a priori* por si próprio, sem necessidade de mediação legal.

<sup>591</sup> Sobre a obediência ao direito, cf. Josep M. Vilajosana, *Filosofia Y Derecho – Identificación y Justificación del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 126.

## 8. A *Fiduciariedade* de abota - As obrigações do cabeçário

O conceito da fidúcia<sup>592</sup> é um dos mais difíceis de fixar na doutrina civilista.<sup>593</sup> Ficou demonstrado que no negócio fiduciário, o elemento qualificante não é propriamente a qualidade das partes, mas sim a posição de uma das partes - titular de um direito comprometido, no âmbito dessa posição jurídica, a actuar no interesse de um terceiro ou da contraparte. Ou seja, na localização do direito assumido no negócio na esfera jurídica do titular e a assunção da posição fiduciária. Sem afastar outros índices, nomeadamente o risco, a possibilidade de abuso, a confiança e eventualmente a transferência do direito na fidúcia dinâmica, a especial posição do titular do direito, neste caso, o cabeçário, é um índice forte na determinação da fiduciariedade do abota. Todavia, a posição do fiduciário não constitui o único índice na qualificação dos negócios fiduciários. A par das obrigações gerais às partes, a cabeçário, sujeito principal que integram o contrato, está adstrito a um conjunto de deveres que lhe cabem enquanto detentor deste poder/dever, designadamente:

- a) *Dever de exigir o cumprimento da obrigação de contribuir:* cabe ao cabeçário a interpelação das partes para o cumprimento da obrigação de contribuição quando vencida, ou seja, apesar de a obrigação de contribuir se tratar de uma obrigação a prazo, o cabeçário deve interpelar as partes com vista a assegurar que a prestação seja realizada pontualmente (artigo 406.º/nº1 CC) e na sua integralidade (artigo 763.º CC) por cada parte, isto, sobretudo, pelo facto de a prestação em causa não vencer juros. Esta situação constitui um dever, mas também um poder em relação às outras partes do contrato – poder de exigir o cumprimento;
- b) *Dever de guardar em segurança o fundo da contribuição:* tendo realizado o dever acima com sucesso, o cabeçário deve, de seguida, assegurar que a contribuição feita

---

<sup>592</sup> Sobre negócios fiduciários na doutrina portuguesa, em concreto, sobre a fixação do conceito, cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Em Tema de Negócio Fiduciário*, Lisboa, FDL, 1985, p. 5 ss., em geral, cf. Maria João Tomé/Diogo Leite de Campos, *A propriedade fiduciária (Trust), Estudo para a sua consagração no direito português*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 200 ss., Carlos Torres, *Fidúcia versus arbítrio*, In comentário ao acórdão do STJ, de 20 de Dezembro de 1977, Lisboa, 1990. Na doutrina italiana, cf. Giovanni Criscuoli, *Fiducia e fiducie in diritto privato. Dai negozi fiduciaru ai contratti uberrimae fidei*, in *Revista di diritto Civile*, anno XXIX, 1, 1983, pp. 136-167, Giovanni Diurni, *Fiducia: tecnici e principi negoziali nel'alto medioevo*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 21 ss., Nicolò Lipari, *Il negozio fiduciário*, Milão, Giuffrè Editore, 1971, p. 15 ss., Cesare Grassetti, *Del negozio fiduciário e della su amminissibilà nel nostro ordinamento giuridico*, in *Revista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazione*, vol. XXXIV, I, 1936, pp. 345-378, Carlo Longo, *Corso di diritto romano. La fiducia*, Milão, Giuffrè Editore, 1946, p. 20 ss.. Na doutrina francesa, cf. Claude Witz, *La fiducie em droit prive français*, Paris, Economica, 1981, p. 12 ss. e na doutrina espanhola cf. Mariano Navarro Martorell, *La propiedad fiduciária. La fiducia histórica. Los modernos negocios fiduciários. La propiedad fiduciária*, Barcelona, Bosch, 1950, p. 59 ss..

<sup>593</sup> Cf. Pedro Manuel de Melo Pais de Vasconcelos, *Em Tema de Negócio Fiduciário*, Lisboa, FDL, p. 5.

pelas partes esteja em segurança<sup>594</sup>, deve conservar o produto das contribuições das partes;

- c) *Dever de imparcialidade*: o cabeçário deve actuar de forma imparcial em relação a todas as partes que constituem o contrato de abota, abstendo-se prejudicar ou favorecer uma das partes em detrimento de outra.
- d) *Dever de não delegar*: na abota existe uma relação de forte confiança entre o cabeçário e restantes partes. O cabeçário é escolhido porque as partes consideram ser o sujeito indicado para ocupar o cargo e para levar a bom porto o contrato de abota;
- e) *Dever de atribuir ao abotado o produto das contribuições*: recolhida a contribuição e colocando-a em segurança, o cabeçário tem o dever de atribuir ao cabeçário, segundo a ordem estabelecida, a respectiva contribuição;
- f) *Dever de assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelas partes contratuais*: cumprido o primeiro ciclo do contrato, o cabeçário deve garantir que as partes contratuais não se vão excluir das suas responsabilidades contratuais até que todos recebam a contribuição;
- g) *Dever de se informar*: o cabeçário tem o dever de se informar sobre todas as particularidades da posição que vai ocupar, nomeadamente o valor das contribuições, as datas do cumprimento e a ordem de atribuição das contribuições;
- h) *Dever de seguir a ordem de atribuição*: o cabeçário, assim que aceita a nomeação para esta função, está obrigado a actuar nos exactos termos indicados no contrato de abota. A sua actuação deve ter por base as obrigações e os poderes consagrados no abota;
- i) *O seu a cada qual*: o cabeçário deve atribuir ao abotado o produto das contribuições no exacto termo acordado no contrato.
- j) *Dever de prestar informações*: o cabeçário deve prestar informações às partes que são titulares de direito de exigir informações disponíveis.

---

<sup>594</sup> Na maior parte dos casos, o cabeçário expõe-se ao risco do fundo das contribuições estar em sua posse. Ainda é difícil, na Guiné-Bissau verificar a existência de contas bancárias exclusivamente para a contribuição dos abotantes.

## 9. Uma aproximação ao mandato sem representação

Neste ponto vamos analisar a estrutura dos diferentes subtipos ou modalidades de mandato sem representação e os seus aspectos fiduciários<sup>595</sup>. Nos termos do artigo 1180.º CC, no mandato sem representação, o mandatário age em nome próprio, adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes dos actos que pratica. Entre muitos outros fins, o mandato pode destinar-se à aquisição de bens a favor do mandante; alienação de bens pertencentes ao mandante; sua administração (e cobrança). Segundo a tese da dupla transferência<sup>596</sup>, no âmbito do mandato para adquirir, artigo 1180.º CC, os efeitos repercutem-se na esfera jurídica do mandatário, sendo necessário um negócio autónomo para os transmitir para o mandante. Este, por seu turno, é obrigado a fornecer ao mandatário os meios necessários à execução do mandato, entre os quais se encontra a provisão para despesas nos termos do artigo 1167.º, CC. Como os direitos adquiridos em

---

<sup>595</sup> Sobre aspectos fiduciários e os bens objectos de mandato, cf. Paola Manes, *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Cedam, Milano, 2005, p.129, 133, Regina Constança Pacheco, *Da Transferência do Mandatário para o Mandante dos Direitos Adquiridos em Execução do Mandato sem Representação para Adquirir*, AAFDL, Lisboa, 2001, p. 73, Orlando de Carvalho, *Negócio jurídico indirecto*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Suplemento X, Coimbra Editora, Coimbra, 1952, p. 106, Nicola Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano, Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, p. 238-239, John H. Langbein, *Mandatory Rules in the Law of Trusts*, 98 Northwestern University Law Review 1105, 2004, p. 1105, John H. Langbein, *Mandatory Rules in the Law of Trusts*, 98 Northwestern University Law Review 1105, 2004, p. 1107 e ss., John H. Langbein, *Mandatory Rules in the Law of Trusts*, 98 Northwestern University Law Review 1105, 2004, p. 1117, Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé/Diogo Leite de Campos, *A Propriedade Fiduciária (Trust), Estudo para a sua consagração no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 19, Pedro Leitão Pais de Vasconcelos, *A Procuração Irrevogável*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 65, Fernando Pessoa Jorge, *O Mandato sem Representação*, Almedina, Coimbra, 2001, p.192-193, Manuel Januário da Costa Gomes, *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 182-183, Diogo Leite de Campos, *Contrato a favor de terceiro*, Almedina, Coimbra, 1980, p. 17, Fernando Andrade Pires de Lima/João de Matos Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, p. 753-754 e Andrea Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999, p.120-121, 135-136.

<sup>596</sup> A tese de dupla transferência foi defendida pelo Professor Galvão Telles, *Manual dos Contratos*, cit., p. 194, que considera que o mandante terá de transferir o direito para o mandatário sob pena deste não ter legitimidade para executar o mandato. Posição seguida por Carvalho Fernandes, Fernandes, *Teoria Geral*, II, cit. p. 350 e Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, III, cit., p. 416-417, que consideram que o mandatário actua em nome próprio e que sem dupla transferência, qualquer diferença entre o mandato sem e com representação dissipa-se por completo, respectivamente. Vaz Tomé. *Sobre o Contrato de Mandato sem Representação e o Trust*, cit., p. 1105-1106, considera que o mandante deve previamente transferir a título fiduciário a propriedade ao mandatário - artigo 1167.º, al a), do Código Civil - que se obriga a retransmiti-la a terceiro. Pessoa Jorge, *O Mandato sem Reapresentação*, cit., p. 329, defendia, no âmbito do Código de Seabra, a tese da transmissão directa, considerando que a tese de dupla transferência apenas seria defensável em conjugação com a fidúcia, figura considerada ilegal naquela época. Na vigência do Código Civil de 66, Antunes Varela/Pires de Lima, *Código Civil Anotado*, III, cit., p. 828, aceitam como válida a tese da transmissão directa e, para algumas modalidades por Januário da Costa Gomes, *Em Tema de Revogação de Mandato Civil*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 118-119. Pestana Vasconcelos, *Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 261, remete para o regime de interpretação dos negócios jurídicos. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 1009-1011, acolhe a tese de dupla transferência porque o mandatário actua em nome próprio e, considera, todavia, que a suposta dimensão fiduciária do mandato para alienar reside na obrigação assumida pelo mandatário, de apenas usar o o direito que lhe foi transmitido nos exactos termos acordados – aliená-lo a terceiro.



execução do mandato são primeiramente imputados à esfera jurídica do mandatário, o artigo 1181.º CC determina que o mandatário tem a obrigação de transmitir os direitos no âmbito do mandato ao mandante. No mandato para alienar, perante o silêncio da lei, se se admitimos a tese da dupla transferência, pressupõe a celebração de um negócio fiduciário entre as partes: o mandatário adquire previamente a propriedade do mandante, com a obrigação de a retransmitir a terceiro. Deste modo, o mandante deve previamente transferir a título fiduciário o direito ao mandatário (artigo 1167.º, a) CC, que se obriga a retransmiti-lo a terceiro<sup>597</sup>. Essa transferência prévia do mandante para o mandatário tem lugar mediante a celebração de um negócio alienatório específico de execução do mandato<sup>598</sup>. Na medida em que a contrapartida da alienação se encontra destinado ao mandante, o mandatário é obrigado a entregar-lho, nos termos do artigo 1161.º, e), CC. Por seu turno, no mandato para administrar, uma das partes obriga-se a administrar em nome próprio, mas por conta da outra, determinada massa patrimonial, consistindo essa actividade de administração, fundamentalmente, na prática de actos jurídicos. É evidente que no exercício da administração se consente ao administrador a prática de meros actos materiais, desde que estes revistam carácter meramente instrumental. O mandatário deve exercer a sua actividade de administração exclusivamente no interesse do mandante ou do mandante e de terceiro. A teleologia subjacente à actividade do mandatário é o interesse do mandante (ou do mandante e de terceiro). Este interesse consubstancia o critério de valoração da actividade do.<sup>599</sup> Importa, todavia, determinar se os bens a administrar se encontram na esfera jurídica do mandante ou se foram previamente transmitidos a do mandatário. Em ambas as hipóteses surgem uma titularidade fiduciária. Na primeira, através da contrapartida da alienação dos bens, implicada pela própria administração e, na segunda, mediante a transferência dos bens para o mandatário com o escopo de administração. Esta transmissão pode decorrer do próprio mandato ou de um negócio autónomo ulterior.

---

<sup>597</sup> Cf. Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 193-194.

<sup>598</sup> Cf. Galvão Telles, *Mandato sem representação*, Colectânea de Jurisprudência 8, 1983, (3), p. 10, Januário da Costa Gomes, *Em tema de revogação do mandato civil*, Almedina, Coimbra, 1989, p.126.

<sup>599</sup> Cf. Maria João Vaz Tomé, *Fundos de Investimento Mobiliário Abertos*, Almedina, Coimbra, 1997, p.59

## 10 Breve referência ao mútuo pecuniário

Tal como se verifica no mútuo, no contrato de abota, a propriedade transmite-se para o cabeçário, tendo as outras partes um direito de crédito à entrega e à restituição. Há quem considere que o mútuo<sup>600</sup> apresenta características fiduciárias<sup>601</sup>, sobretudo o mútuo pecuniário em que a propriedade se transmite para o mutuário, tendo a outra parte um direito de crédito à restituição, tal como sucede no contrato de abota. Considera a doutrina que o mútuo apresenta algumas características fiduciárias porque o mutuário pode recusar-se a restituir a quantia em dívida, pode transmiti-lo ao terceiro assim como pode ser penhorada e incluída na massa insolvente. Todavia, excepto mútuo de escopo, no mútuo normal, visa-se que o mutuário use, frua e disponha do dinheiro como bem entender. Ou seja, o dinheiro dilui-se no património do mutuário durante um certo tempo, ficando obrigado a restituir a mesma quantia<sup>602</sup>. Diferentemente, em regra, os negócios fiduciários desempenham a função de administração e de garantia, em que o direito alienado destina-se a um fim determinado pelas partes, o que caracteriza a posição do fiduciário.

## 11. A nossa posição

Abota pode ser definido como um negócio jurídico legalmente atípico e inominado<sup>603</sup>, nos termos do qual, três ou mais pessoas<sup>604</sup>, se obrigam a contribuir individualmente com determinado valor pecuniário, sendo o respectivo produto atribuído rotativamente a cada uma das partes, na data acordada e tem como elementos

---

<sup>600</sup> Sobre mútuo, cf. José João, Abrantes, *Algumas Notas sobre o Contrato de Mútuo*, Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

<sup>601</sup> Sobre o tema, cf. João Redinha, *Contrato de Mútuo*, in *Direito das Obrigações*, III, 2.<sup>a</sup> ed., (coord. Menezes Cordeiro), AAFDL, Lisboa, 1991, p. 187, Galvão Telles, *Aspectos Comuns aos Vários Contratos, Exposição de Motivos Referente ao Título do Futuro Código Civil Português sobre Contratos em Especial*, RFDUL, p. 311-313, Vaz Serra, *Notas Acerca do Contrato de Mútuo*, RLJ, 93, p. 67-68, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, cit., p. 761, Giorgio Giampiccolo, *Mutuo. Diritto Privato*, ED, XXVII, p. 44, Bianca G. Tedeschi, *Mutuo (Contrato di)*, DDP, Sezione Civile, XI, pp 537 e Paolo Gallo, *Mutuo in Diritto Comparato*, DDP, Sezione Civile, XI, p. 537.

<sup>602</sup> Cf. Michele Fragali, *Del Mutuo in Commentario del Codice Civile*, IV, *Delle Obbligazioni*, Zanichelli, Foro Italiano, Bolonha, 1953, pp. 272 ss., p. 339 e Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, cit., p. 761 -762.

<sup>603</sup> Às vezes, fala-se de contratos típicos e atípicos, que são frequentes e incorrectamente confundidas com contratos nominados e inominados. Sobre distinção cf. Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, I, Lisboa, 1980, p. 418.

<sup>604</sup> Sobre a categoria de contratos em função de número das partes, cf. Giovanni Criscuoli, *Il Contratto*, Milão, CEDAM, 1992, p. 21 ss.

característicos – ter, mínimo, três partes rotatividade e prestações periódicas. Ficou demonstrado que a rotatividade reside no facto de todas as partes, a cada ciclo, contribuírem para o montante a atribuir ao abotado até que o último receba. Quanto à transferência de direito, julgamos que é necessário efectuar uma análise separada entre a situação dos *abotados* e a do *cabeçário*. Em relação aos *abotados*, se não for último a receber, após a entrega de produto das prestações das partes, este adquire o direito de propriedade sobre o referido produto e juridicamente pode dispor sobre o mesmo. E, tendo em conta a natureza do objecto do contrato de abota, não podemos considerar que se verifica uma obrigação de restituição propriamente dita, na mediada em que se trata da obrigação da entrega de uma coisa equivalente à recebida. Com efeito, em relação ao abotado a entrega das contribuições proporciona uma atribuição patrimonial temporária, na medida em que o fica obrigado a restituir paulatinamente, excepto o financiado. Por esta razão, verifica-se o fenómeno da substituição. Pois o direito de propriedade é substituído pelo direito de crédito - direito a receber a coisa equivalente à entregue. Quanto ao cabeçário, uma das suas obrigações é de exigir o cumprimento da obrigação de contribuir, ou seja, cabe-lhe a ele interpelação das partes para o cumprimento da obrigação de contribuição quando vencida. Quando as partes cumprem, o direito transfere-se para a esfera jurídica do cabeçário, adquire previamente o direito das partes, com a obrigação de a retransmitir ao abotado. Todavia, no contrato de abota, importa realçar que uma das obrigações do cabeçário é de assegurar que a contribuição feita pelas partes esteja em segurança e deve conservar o produto das contribuições das partes. Na prática, tem sido assim porque o cabeçário entrega as peças monetárias recebidas de outras partes ao *abotado*. Com efeito, o *cabeçário* adquire previamente o direito das partes, com a obrigação de a retransmitir ao *abotado*. Deste modo, as partes devem previamente transferir a título fiduciário o direito ao *cabeçário*, que se obriga a retransmiti-lo ao *cabeçário*. O *cabeçário*, ao interpelar as partes e a receber o produto das contribuições, actua em nome próprio e a dimensão fiduciária de abota reside na obrigação assumida pelo cabeçário, de apenas usar o direito que lhe foi transmitido nos exactos termos acordados – aliená-lo a abotado. Para além de outras características que apresenta - nomeadamente poder de abuso, risco e confiança<sup>605</sup> - elementos

---

<sup>605</sup> A título de exemplo, Andreas Von Tuhr, *Tratado de las Obligaciones*, I, (Trad. de W. Roces), Reus, Madrid, 1999, nota 25, na caracterização do negócio fiduciário põe em relevo a confiança que o fiduciante demonstra depositar no adquirente, o fiduciário, ao conceder-lhe poderes jurídicos que excedem à finalidade perseguida, constituindo-o proprietário ou credor, respectivamente, em vez de limitar-se a reconhecer-lhe um simples direito pignoratício ou de outorgar-lhe um poder representativo para a cobrança.

tradicionalmente apontados como caracterizadores dos negócios fiduciários<sup>606</sup>, abota caracteriza-se também pela assunção, por parte do cabeçário, titular de um direito, da obrigação de actuar, no âmbito da sua posição jurídica, nos exactos termos acordados. Abota possui assim aquilo que nos parece actualmente um mínimo denominador comum dos negócios fiduciários – posição do fiduciário – porque na verdade, as outras notas ou características dos negócios fiduciários<sup>607</sup> parecem meramente tendenciais ou eventuais.

## 12. A fidúcia nas etnias animistas

No que se refere à sucessão, ela não é universal nas etnias animistas bissau-guineenses. A divisão da herança pode ser feita em vida do *de cuius* ou, em regra, os bens são transmitidos ao irmão, tio dos filhos, sobretudo se estes forem menores. Mesmo entre irmãos, há critérios na atribuição de direitos, em regra, o mais velho. Por parte do tio/adquirente, depois de conservar e, em regra, frutificar os bens, com o decurso do tempo, deve retransmiti-los aos filhos do *de cuius*, em regra, com base no critério da idade e depois da responsabilidade. Deve-se realçar que os tios têm certa discricionariedade na decisão de retransmissão dos bens, nomeadamente não se transmite a alguém prédios rústicos para cultivo quando o sobrinho evidencia que não goste da agricultura, mesmo que, por este facto, a distribuição venha a causar desigualdades económicas entre os filhos do *de cuius*. Se não efectuar a transmissão antes da morte, com este, se os filhos do *de cuius* forem todos menores, é escolhido um adulto a quem confiam a entrega da herança

---

<sup>606</sup> Sobre estas características, cf. nomeadamente, Pedro Pais de Vasconcelos, *Em Tema do Negócio Fiduciário*, cit., p. 5 ss., (*ideem*), *Contratos Atípicos*, cit., p. 288 ss., Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit. p. 751 ss., 839 ss., André Figueiredo, *O Negócio Fiduciário Perante Terceiros*, cit., p. 75 ss., Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 99, Vítor Pereira das Neves, *Cessão de Crédito em Garantia – Entre a Realização das Situações Obrigacionais e a Relativização das Situações Reais*, FDUNL, 2005, p. 246, Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança*, cit., p. 552, P. Mota Pinto, *Interesse Contratual*, cit., (n. 1127), Menezes Leitão, *A Responsabilidade do Gestor Perante o Dono do Negócio no Direito Civil Português*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 170, Júlio Manuel Vieira Gomes, *A Gestão de Negócios. Um Instituto Jurídico Numa Encruzilhada*, Coimbra, 1933, p. 52, Nicoló Lipari, *il negozio fiduciario*, cit., p. 65, Cesare Grasseti, *Del Negozio Fiduciario e della sua Ammissibilità nel nostro Ordinamento Giuridico*, in Rivista del Diritto Commerciale, XXXIV, Giuffrè, Milão, 1936, p. 355, Messina, *Scritti Giuridici i Negozi Fiduciari, Introduzione e Parte I*, Giuffrè, Milão, 1948, p. 114 e Roberto Calvo, *La Proprietà del Mandatario*, CEDAM, Pádova, 1996, p. 220, este último com uma abordagem caracterizada por referência à confiança. Na jurisprudência, cf. Ac. STJ, de 17 de Fevereiro de 2002, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Ac. STJ, de 2 de Outubro de 2008, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e Ac. STJ, de 16 de Março de 2011, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Ac. RE, de 15 de Dezembro de 2009, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e Ac. RL, de 20 de Maio de 2008, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>607</sup> Cf. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 5.ª ed., (Trad. J. Lamego) FCG, Lisboa, 2010, p. 299, considera que o conjunto de elementos normativos que se projetam sobre a categoria dos negócios fiduciários impedem de qualificação deste negócio sob a forma de um *conceito* - *classificatório*, fixado apenas por notas distintivas, surgindo antes como um conceito – tipo, caracterizado por um mínimo denominador comum e por um conjunto de características tendenciais ou eventuais, em grande medida relacionada com o regime jurídico aplicável em concreto.

e a responsabilidade de conservar os bens e frutificá-los para que, com os seus frutos, possa “garantir” alimentos e saúde da viúva e dos filhos do *de cuius*. Tal com se verificava na *fidúcia cum amico* do Direito Romano, esta transmissão constitui um negócio de confiança e não de garantia, em que uma pessoa alienava seus bens a, em regra, um irmão, com a condição de serem retransmitidos quando cessasse certas circunstâncias. Transfere-se o direito de propriedade sobre uma coisa a uma pessoa leal, com vista à administração e a respectiva retransmissão aos filhos. No Direito Romano, em regra, regra transmissão tinha diversos objectivos, nomeadamente constituição de depósito - *depositum*: antes do reconhecimento deste contrato, o fiduciante transferia a propriedade de uma coisa ao fiduciário para a guardar e restituir decorrido o prazo determinado ou a pedido do fiduciante; constituição de comodato - *commodatum*: antes de este contrato ser reconhecido, o fiduciante transferia a propriedade de uma coisa ao fiduciário, para a usar e restituir decorrido o prazo fixado ou depois da utilização prevista. Durante a pendência da titularidade na esfera jurídica do tio, corre-se o risco<sup>608</sup> deste alienar o direito e prejudicar os seus destinatários ou o próprio alienante. Por outro lado, antes da retransmissão do bem, verifica-se a posição do fiduciário, na medida em que, apesar de ser titular de direito, o tio está adstrito a exercê-lo de certa forma e a retransmiti-lo aos herdeiros legais.

### 13. A fidúcia da África francófona e anglófona

*Generalidades.* Em quase todos os países africanos verifica-se a existência de grandes fossos em termos económicos. Há aspectos em comum relacionado com as dificuldades de acesso ao crédito bancário e, em paralelo, as respostas dadas pela micro-finanças que, brevemente, passaremos a descrever. Estas situações ajudam a perceber a

---

<sup>608</sup> Naturalmente, estas práticas entram em conflito com o Direito positivo. Com efeito, não só para esta situação, mas tudo que tem a ver com o valor de causa dos restantes tribunais e matérias do Direito Consuetudinário. De acordo com a Lei Orgânica destes tribunais, nos termos do seu artigo 1.º, visam administrar a Justiça de forma simplificada e com base em ampla participação popular. Quanto às fontes, nos termos do artigo 2.º da referida Lei Orgânica, na administração da Justiça, os Tribunais de Sector privilegiarão as soluções baseadas no consenso, na equidade e nos usos e costumes que não contrariem lei expressa. Quanto à constituição e funcionamento, os Tribunais de Sector são constituídos por um presidente e dois Assessores seleccionados em cada audiência de entre os cidadãos maiores de 30 anos e residentes há mais de 3 anos na área territorial de jurisdição do Tribunal. Estes tribunais tradicionais resolvem diferentes litígios de âmbito costumeiro e a lei permite mesmo que determinados litígios sejam primariamente resolvidos pelas autoridades tradicionais, como é o caso da lei de terras, quando surjam litígios no interior das comunidades rurais. Para mais desenvolvimento sobre relação entre costumes e o Direito positivo em África, cf. José Fernando Nunes Barata, *A África e o Direito*, in Revista da Ordem dos Advogados, III, 1977.

*ratio* das fidúcias africanas, que são frequentes e constituem elementos muito importantes neste particular contexto sócio económico.

#### 14. Micro-finanças africanas

Em África em geral, há factores que tendem a excluir certos segmentos – pobres e pequenos empreendedores<sup>609</sup> - do acesso ao crédito<sup>610</sup>. Estes factores são,

---

<sup>609</sup> Que também constitui uma alternativa, cf. Manuel Brandão Alves, *Com o Microcrédito, Devolver mais Dignidade as Pessoas*, in *Revista Migrações – número temático empreendedorismo imigrante*, Catarina Reis Oliveira e Jan Rath (org.), n.º 3, Outubro, ACIDI, Lisboa, ACIDI, 2008, p. 271 ss.

<sup>610</sup> Em África em geral, há factores que tendem a excluir certos segmentos – pobres e pequenos empreendedores [Que também constitui uma alternativa, cf. Manuel Brandão Alves, *Com o Microcrédito, Devolver mais Dignidade as Pessoas*, in *Revista Migrações – número temático empreendedorismo imigrante*, Catarina Reis Oliveira e Jan Rath (org.), n.º 3, Outubro, ACIDI, Lisboa, ACIDI, 2008, p. 271 ss.] - do acesso ao crédito [A dificuldade de acesso ao crédito bancário constitui um dos principais entraves do crescimento dos negócios das micro e pequenos empresários em África. Perante esta situação, o Banco Mundial tem desenvolvido programas [Por exemplo, na Guiné-Bissau - Projecto de Assistência Técnica para o Desenvolvimento do Sector Caju (IFC Advisory Services Project 601016), financiado por Banco Mundial/Guiné – Bissau] específicos para o apoio às Micro e Pequenas Empresas, de forma a permitir a redução de dificuldades nesse segmento e a alavancagem de novos negócios. Também as PME registaram deterioração de acesso ao financiamento devido ao aumento de encargos. Cerca de 70% viram reduzidos os *plafonds* de crédito atribuído, enquanto a 87% das empresas foram exigidas garantias reais acrescidas, segundo os dados de Comité de crédito de BCEAO. Os dados revelam igualmente que, ao longo dos últimos anos, das empresas que recorreram ao financiamento bancário, cerca de 71% fizeram-no para responder a necessidades de tesouraria e muito poucas para financiar necessidades de investimento. Grande parte destas empresas desenvolvem as suas actividades na área do comércio grossista, retalhista e de diversas outras actividades económicas e, na maioria das vezes, não dispõem dos dados de que os bancos [Genericamente, os bancos alegam a falta de segurança jurídica no registo predial traduzida, em especial, nas seguintes vertentes: Livros das Conservatórias em mau estado de conservação o que, por vezes, inviabiliza a pesquisa; Há também relatos da perda/desaparecimento de livros de registos; Dificuldade de consulta dos documentos e contratos que serviram de base ao registo de determinada inscrição; Falta de interoperabilidade entre os diversos serviços intervenientes no processo de registo, nomeadamente Câmara Municipal de Bissau e Conservatória do Registo Predial, que tem potenciado situações de burla em que, após a emissão do título de concessão, o titular requer o seu registo mais do que uma vez, podendo, assim, obter dois créditos para edificar um prédio sobre o mesmo terreno; Falta de formação e preparação técnica adequada de alguns funcionários das Conservatórias. Foi também mencionada como causas da morosidade a falta de pessoal e a deficiente organização do trabalho na Conservatória. Os atrasos apontados, segundo os representantes dos bancos, fazem com que as pessoas optem por não registar ou desistem do crédito que pediram porque o processo é muito demorado. De entre os constrangimentos, referiram existir “*custos desconhecidos*” no processo de registo, fruto da deficiente informação e excessiva burocratização do mesmo processo. Tal parece ocorrer em razão da intervenção de intermediários que tratam dos aspectos burocráticos nos serviços de registo e cobram valores de honorários excessivos face ao trabalho efectivamente realizado. A simplificação de procedimentos e processos e a existência de uma tabela de emolumentos de registo clara e transparente ajudaria a acabar com estas práticas. Finalmente, e muito importante, foi também levantada a questão relativa à dificuldade de prever e apurar o valor total dos emolumentos notariais e registal previamente à realização dos contratos.] necessitam para avaliação do risco, nomeadamente a contabilidade organizada. Os principais obstáculos, ao recorrerem a um empréstimo bancário, são as rejeições dos pedidos de concessão de crédito por parte das instituições financeiras, a par do montante garantido limitado e dos altos custos relacionados com a operação pretendida, que levam à desistência. Acresce ainda a existência de um sistema de serviços desarticulados e difíceis de utilizar e pouco seguros. A experiência bancária revela que poucos créditos são concedidos para a construção de habitação, com o resultado de que a maioria das habitações são autoconstruídas e autofinanciadas]. Estes factores são, nomeadamente, a assimetria informativa entre o banco e seus clientes. Desta assimetria decorrem outras causas, entre as quais a selecção

nomeadamente, a assimetria informativa entre o banco e seus clientes. Desta assimetria decorrem outras causas, entre as quais a selecção adversa e o risco moral. Assim, por exemplo, na relação contratual resultante do contrato de crédito, frequentemente o devedor reúne múltiplas informações que vão desde a sua capacidade de pagar até ao risco subjacente; informações tais que Banco não dispõe cabalmente, estando aquele melhor posicionado para essa avaliação, o que conduz a que os bancos sejam obrigados a exigir outras formas de mitigação dos riscos de incumprimento, com destaque para a exigência de garantias reais como condição de aceder ao crédito.<sup>611</sup> Como consequência dessa prática, os custos de transacção das operações aumenta<sup>612</sup>. Com efeito, a selecção dos, digamos, bons mutuários acabam por ser uma tarefa difícil. Na verdade, frequentemente, o cliente bancário, após ter recebido o mútuo, adopta, comportamentos menos prudentes no uso dos fundos emprestados, não cumprindo o escopo de mútuo, alterando o destino do capital, prosseguindo a aplicação em actividades que implica riscos acrescidos, comprometendo a sua capacidade de reembolso - risco moral. O sistema de

---

adversa e o risco moral. Assim, por exemplo, na relação contratual resultante do contrato de crédito, frequentemente o devedor reúne múltiplas informações que vão desde a sua capacidade de pagar até ao risco subjacente; informações tais que Banco não dispõe cabalmente, estando aquele melhor posicionado para essa avaliação, o que conduz a que os bancos sejam obrigados a exigir outras formas de mitigação dos riscos de incumprimento, com destaque para a exigência de garantias reais como condição de aceder ao crédito, cf. BCEAO – *Banque Centrale des États de l’Afrique de l’Ouest, Revue de la Stabilité Financière dans l’Union Economique et Monétaire Ouest Africaine*” n.º 1, 2006, p. 2. Como consequência dessa prática, os custos de transacção das operações aumenta - Na Guiné-Bissau, existe um sistema de serviços, desarticulados, difíceis de utilizar e pouco seguros. A experiência bancária revela que poucos créditos são concedidos para habitação, com o resultado de que a maioria das casas são auto construídas e autofinanciadas. Os constrangimentos acima descritos têm impacto no desenvolvimento da política de habitação e no acesso ao financiamento bancário por parte da classe média. Para além das elevadas taxas de juro, entre 10% e 14%, os bancos exigem, em regra, que os mutuários suportem 30 % do valor da obra. Com efeito, a selecção dos, digamos, bons mutuários acabam por ser uma tarefa difícil. Na verdade, frequentemente, o cliente bancário, após ter recebido o mútuo, adopta, comportamentos menos prudentes no uso dos fundos emprestados, não cumprindo o escopo de mútuo, alterando o destino do capital, prosseguindo a aplicação em actividades que implica riscos acrescidos, comprometendo a sua capacidade de reembolso - risco moral. O sistema de micro-finanças é, portanto, uma importante solução alternativa à banca tradicional, sobretudo nos países em desenvolvimento, caracterizados pelos elevados índices de exclusão financeira. A prestação de serviços macrofinanceiros é levada a cabo por instituições de natureza diversa, sendo algumas constituídas sob forma mutualista ou cooperativa de poupança e crédito, ao passo que outras, conquanto não adoptem esta estrutura jurídica, desempenham estas funções, nomeadamente as de agentes informais de microcrédito, que permanecem como canais informais de concessão do microcrédito, devido às dificuldades de acesso ao crédito. Alguns nem sequer funcionam como instituições, mas sim ocasionalmente por via contratual entre grupos de pessoas mais próximas.

<sup>611</sup> Cf. BCEAO – *Banque Centrale des États de l’Afrique de l’Ouest, Revue de la Stabilité Financière dans l’Union Economique et Monétaire Ouest Africaine*” n.º 1, 2006, p. 2.

<sup>612</sup> Na Guiné-Bissau, existe um sistema de serviços, desarticulados, difíceis de utilizar e pouco seguros. A experiência bancária revela que poucos créditos são concedidos para habitação, com o resultado de que a maioria das casas são auto construídas e autofinanciadas. Os constrangimentos acima descritos têm impacto no desenvolvimento da política de habitação e no acesso ao financiamento bancário por parte da classe média. Para além das elevadas taxas de juro, entre 10% e 14%, os bancos exigem, em regra, que os mutuários suportem 30 % do valor da obra.

micro-finanças é, portanto, uma importante solução alternativa à banca tradicional, sobretudo nos países em desenvolvimento, caracterizados pelos elevados índices de exclusão financeira. A prestação de serviços macrofinanceiros é levada a cabo por instituições de natureza diversa, sendo algumas constituídas sob forma mutualista ou cooperativa de poupança e crédito, ao passo que outras, conquanto não adoptem esta estrutura jurídica, desempenham estas funções, nomeadamente as de agentes informais de microcrédito, que permanecem como canais informais de concessão do microcrédito, devido às dificuldades de acesso ao crédito. Alguns nem sequer funcionam como instituições, mas sim ocasionalmente por via contratual entre grupos de pessoas mais próximas.

#### 14.1. *Tontine*

Como vimos no número anterior, em África, o sistema bancário não é acessível a todos.<sup>613</sup> Sendo a maioria países dos países do continente países em desenvolvimento, ainda dependem de circuitos financeiros informais.<sup>614</sup> Com efeito, os *tontines* constituem um negócio jurídico com grande popularidade.<sup>615</sup> O *tontine* consiste num contrato celebrado entre membros de um clã, família, vizinhos ou indivíduos com uma certa relação de proximidade, nos termos do qual contribuem com bens ou serviços em benefício de todos, em que cada uma das partes recebe de uma forma rotativa até completar o número dos membros. Hoje o contrato de *tontine* constitui uma prática essencial no continente africano. Os primeiros escritos que mencionam o *tontine* em África remontam a 1952, mas este contrato existe desde meados do século XIX. O vínculo social de *tontine* é muito forte em África, pois os participantes/partes são amigos, familiares ou pessoas de mesmo grupo social. O incumprimento gera o risco de ser excluído do respectivo círculo social<sup>616</sup>. O *tontine* actua como um incentivo ao trabalho, uma vez que os participantes devem reembolsar o dinheiro ou os serviços do qual beneficiaram. Quanto à finalidade, tal como no contrato abota, no *tontine* actua como um micro - crédito, aberto aos participantes que, em regra, como se frisou, são membros da

---

<sup>613</sup> Cf. I. M. Soumanou et A. R. Yaya Nadjo, *Promotion et mobilisation de l'épargne en République populaire du Bénin*, FASJEP, 1984, p. 27-28.

<sup>614</sup> Cf. J. Nsole, *Techniques et pratiques populaires d'épargne et de crédit*, Université de Lyon II, 1984. Cf. p. 100-128 e A. Daubrey, *La mobilisation de l'épargne pour le développement rural en Afrique*, in *Epargne et Développement*, Paris, 1985, p. 235-254.

<sup>615</sup> Cf. Michel Lelart, *L'épargne informelle en Afrique. Les tontines béninoises*, *Revue Tiers Monde*, ano 1989, 116, pp. 271 ss.

<sup>616</sup> Cf. G. Affogbolo, *Analyse et implications des marchés financiers non organisés — cas des tontines en République populaire du Bénin*, FASJEP, (pol.), 1986, p. 12.



mesma família, círculo social ou profissional, uma vez que a ordem de recebimento do conjunto de contribuições é rotativa; cada uma das partes recebe para satisfazer a sua necessidade, mas vai reembolsar para que os outros também possam receber. Quanto à função social, o *tontine* desempenha um papel social de relevo nas comunidades africanas<sup>617</sup>, pois privilegia o grupo sobre o indivíduo e pode ditar o comportamento deste. É frequentemente usado como, digamos, um fundo de “previdência”, no qual cada membro contribui antecipando para a cobertura de certas situações imprevistas, nomeadamente doenças, acidentes ou morte. Todavia, o *tontine* também é usado para fins comerciais ou familiares, nomeadamente para a aquisição de mercadorias ou para financiar festas de casamento<sup>618</sup> ou de baptismo. Economicamente<sup>619</sup>, o *tontine* é celebrado com o objectivo de utilizar os recursos para investimentos de curto prazo, para actividades projectadas.<sup>620</sup> Neste caso, o indivíduo que deseja emprestar deve, em primeiro lugar, apresentar seu projecto, que deve ser aceite pelos demais participantes. Actualmente, alguns países africanos já estão a taxar este contrato<sup>621</sup>. O responsável do *tontine* adquire previamente a propriedade dos bens recebidos, com a obrigação de a retransmitir a terceiro. Trata-se, pois, de uma posição típica de um fiduciário. Esta figura não se confunde com o *tontine* francês<sup>622</sup>.

---

<sup>617</sup> Cf. E. Atchaka, *Système tontinier et développement socio-économique en République populaire du Bénin*, Ecole des Hautes Etudes en Sciences sociales, Paris, 1985, p. 59.

<sup>618</sup> Cf. G. Adissoba, *La tontine: une spécialité du monde féminin*, EHUZU, 25 Outubro 1984, p. 3.

<sup>619</sup> Cf. A. O. Mensah et H. E. Nouatin, *La mise en œuvre des techniques de mobilisation d'épargne en République populaire du Bénin*, Faculté des Sciences juridiques, économiques et politiques du Bénin, 1983, p. 72-73.

<sup>620</sup> Cf. H. Desroche, *Solidarités traditionnelles et développements mutualistes*, *Archives de Sciences sociales de la Coopération et du Développement*, n.º 65, Julho-Setembro, 1983.

<sup>621</sup> Cf. T. A. Lambada et A. K. Akakpo, *La tontine et son impact sur le développement économique et social — le cas de la République populaire du Bénin*, FASJBP, 1983 e M. L. Grange, *Les tontines et la collecte de l'épargne en Afrique*, in *L'épargne et sa collecte en Afrique*, *Colloque de Yamoussoukro*, Novembro 1987, *Revue Banque Editeur*, 1988, p. 75-81.

<sup>622</sup> É uma convenção celebrada entre várias pessoas que contribuem com bens ou capital em comum, com a particularidade de que o valor das contribuições e os bens adquiridos pertencerão ao último sobrevivente. Na prática, é um meio encontrado para favorecer o sobrevivente de um casal, permitindo-lhe manter uma vida cómoda depois da morte de um dos cônjuges. Os produtos da contribuição e os bens adquiridos não entram para esfera jurídica do *de cuius* e, consequentemente, não constituem objecto da herança, pelo que os herdeiros do cônjuge falecido não o podem reclamar, sendo entregues ao cônjuge sobrevivente. Na verdade, há um dever geral de auxiliar o cônjuge sobrevivente carecido de alimentos na satisfação das suas necessidades básicas, dando-lhe um mínimo de condições que lhe permita, depois da morte do conjugue, reorganizar a sua vida, sendo esta obrigação devida pelo período de tempo necessário para o alimentando se adaptar à sua nova vida apoiando-se, assim, a transição para a sua independência económica, cf. Cf. A. Lucas, *Recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif*, *RTC*, 1976, p. 457. O artigo 69 da lei n.º 80-50, de 18 de Janeiro de 1980 inseriu um artigo 754-A no Código Tributário Geral Francês, que faz com que o *tontine* perca a grande vantagem que tinha até agora, cf. E. Pouliquen, *La clause d'accroissement exclusive de l'indivision*, *Revue Lamy droit civil*, n.º 89, Janeiro 2012, *Actualités*, n.º 4516, p. 57. Esta disposição estabelece que, a partir da data da sua vigência, os produtos das contribuições que constituam *tontine* serão consideradas transmitidas gratuitamente ao último sobrevivente, que será responsável pelo pagamento de imposto nos mesmos termos que doações, excepto a casa de morada de família do casal,

## 14.2. *Tontine* no espaço OHADA

No espaço OHADA, questiona-se a utilidade de um ato uniforme sobre o Direito Monetário e Financeiro. Até agora, os regulamentos monetários e financeiros decorrem da UEMOA, da CEMAC e da CEDEAO e serviram de argumento para rejeitar a ideia de um ato uniforme sobre o Direito monetário financeiro. Os defensores desta ideia alegam que a experiência demonstra que a adopção de tal ato não deve causar problemas de articulação com as fontes derivadas de outras instituições, dando o exemplo da adopção do SYSCOHADA - Sistema de Contabilidade da OHADA - após o SYSCOA - Sistema de Contabilidade da África Ocidental -, que já se aplicava aos oito estados da OHADA, também membros da UEMOA e permitiu a extensão dessas regras contabilistas a outros Estados da OHADA que não são membros da UEMOA. O mesmo estudo aponta que o *tontine* possui repercussões positivas na economia dos estados, na medida em que incentiva o empreendedorismo, aumenta o rendimento das partes e evita a dependência dos seus contraentes a outros sujeitos. Por fim, considera que o *tontine* deve ser regulamentado, seja por meio da OHADA ou de organizações regionais concorrentes, UEMOA, CEMAC e CEDEAO, aconselhando que a sua regulamentação permita e facilite a criação e gestão de grupos, bem como oferecer garantias colectivas aos seus membros, o que, consequentemente, promoverá o controlo do fluxo financeiro gerado <sup>623</sup>.

## 14.3. Mercado negro

*I. Dificuldade de acesso ao crédito bancário.* Devido à dificuldade de acesso ao crédito bancário na Guiné-Bissau, ou seja, em grande parte da África, nasceu a figura do *mercado negro* e dos *usuriers*, respectivamente. O mercado negro e os *usuriers* são indivíduos que concedem créditos a particulares, recorrendo a métodos, digamos, duvidosos. De facto, na maioria dos países africanos, poucas pessoas são capazes de

---

desde que esta tenha um valor inferior a 76 000,00 Euros. Com a celebração do *tontine*, cada uma das partes atribui à outra a totalidade dos bens que constituem *tontine* – valor das contribuições e todos os bens adquiridos com os mesmos – sob a condição da sua morte “prematura” em relação ao outro contraente. a celebração do *tontine* não cria, propriamente, uma compropriedade, de modo que nenhuma das partes pode unilateralmente requerer a divisão ou partilha. É um contrato aleatório concluído a título, em regra, oneroso. Com este negócio jurídico, o bem nunca faz parte do património do *de cujus*, e, consequentemente, não faz parte da sucessão, consolida-se apenas na esfera do contraente sobrevivente. Em França, são reconhecidas três formas de *tontine*: imobiliário, financeiro e associação “tontineira”, com o objectivo de permitir a colecta fiscal.

<sup>623</sup> Cf. Sylvie Bissaloue, *Quelle réglementation pour la tontine dans l'espace OHADA?* in Actualités du Droit, 29 de Junho 2017, p. 2, texto disponível in <https://www.actualitesdudroit.fr>.

apresentar garantias de cumprimento suficientes para obter crédito bancário. Além disso, alguns funcionários que já são muito endividados são obrigados a usar outros métodos para obter crédito. Esta situação permitiu que alguns indivíduos com certo capital se transformassem em "*banqueiros de segunda linha*"<sup>624</sup>. O desenvolvimento e a persistência desta prática também são explicados pelo facto de os bancos não concederem crédito em geral a pessoas singulares, mas principalmente porque esses estabelecimentos concedem muito pouco o crédito para a aquisição de equipamentos. Para além disto, sociologicamente, as populações africanas em geral ainda têm preconceitos face ao sistema bancário, o que explica a sua relutância em solicitar os seus serviços, mesmo que tenham capacidade para fazê-lo<sup>625</sup>. Alguns ainda olham para o banco como um sítio reservado às pessoas importantes, letradas e com poder. Por outro lado, nota-se o receio de perder os bens em caso de incumprimento e à repercussão negativa na imagem e honra do incumpridor. De qualquer forma, o recurso ao *mercado negro/usuriers* é, infelizmente, uma realidade viva que continua a desenvolver as suas actividades nas áreas urbanas e rurais. Todo o sistema de *mercado negro/usuriers* é baseado numa clientela que regulariza o crédito com uma taxa de juro muito superior ao preço comumente praticado no mercado e, não raras vezes, vai para além dos limites legais.

II. O *mercado negro/usuriers* é, na verdade, um comerciante de dinheiro, vende dinheiro. Nas áreas rurais, em regra, o *mercado negro/usuriers* beneficia de uma situação favorável - um monopólio na actividade de empréstimos - devido à ausência de bancos. Por essa razão, aliada à proximidade aos "clientes", os operadores do *mercado negro/usuriers*, diferentemente dos bancos, bastam-se com garantias mínimas ou mesmo inexistentes. Todavia, este crédito, apesar do seu custo elevado, continua a ser a principal fonte de financiamento nas zonas rurais, porque outras opções não estão disponíveis para estas populações. Nos centros urbanos, a actividade ou o recurso ao *mercado negro/usuriers* assume outras características e é mais difundido. De facto, nas áreas urbanas, o cliente solvente tem a possibilidade de escolher entre várias instituições bancárias ou financeiras, desde que apresente garantias suficientes e com rendimento suficiente que lhe permite assegurar a taxa de esforço do reembolso do empréstimo. No entanto, o crédito que pode obter do banco é limitado, é com o recurso a outras fontes

---

<sup>624</sup> Cf. J. Moumi de Bakondji, *Banques, Crédits et Dispositifs Sécuritaires du Droit de l'OHADA, L'effectivité du droit OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, Yaoundé, 2006, p. 177.

<sup>625</sup> Cf. Daniel Cissé, *Le Crédit dans l'Économie Africaine. Essai d'analyse de la distribution du crédit bancaire et ses enseignements*, (pol.), Paris, 1972, p. 145.

informais de financiamento. Porém, é preciso fazer uma distinção em relação à clientela do agiota urbano, constituída, por um lado, por indivíduos que não possuem garantias suficientes para obter crédito dos bancos e, por outro, maioritariamente comerciantes e empreendedores, que procuram o crédito em complemento ao crédito bancário.<sup>626</sup> Na Guiné-Bissau, de acordo com o disposto no artigo 1146.º CC, é havido como usurário o contrato de mútuo em que sejam estipulados juros anuais superiores a oito ou dez por cento, conforme exista ou não garantia real<sup>627</sup>. Em relação ao mútuo bancário, a taxa máxima é de 15% ao ano. Em regra, a taxa aplicada pelos *mercados negrolusuriers* é de cerca de 30%<sup>628</sup>. Se o mutuário não cumprir, sobre estes juros, acrescem os juros de mora. Esta actividade está eivada de um juízo de imoralidade, sendo necessário um mecanismo eficaz que conceda tutela aos mutuários, pois trata-se da exploração da situação de inferioridades do devedor e, ademais, constitui uma actividade que gera locupletamento do *mercado negrolusuriers* face aos mutuários, violando a *ratio* do artigo 1146.º CC, que proíbe as taxas de juro usurárias. Na Guiné-Bissau, o aspecto mais grave na actividade do *mercado negrolusuriers* é o recurso à *mpinha* (que se aproxima do penhor). A *mpinha* consiste num contrato, nos termos do qual o devedor entrega ao credor uma coisa móvel ou imóvel para garantir o cumprimento de uma obrigação e, em caso de incumprimento, o direito da propriedade sobre a coisa dada em garantia transfere-se para a esfera jurídica do credor. Este aspecto será desenvolvido em momento ulterior, a propósito do pacto comissório.

#### 14.4. A fidúcia do povo M`bundu

M`bundu ou Umbundu<sup>629</sup> é um povo que se instalou na região do planalto central de Angola, fundamentalmente na região do Huambo, tendo-se mais tarde expandido para

---

<sup>626</sup> Cf. Jean-Marie Vianney Nyirihimigo, *Les Aspects Financiers du Microcrédit, Colloque de l'Association du Notariat Francophone: micro-économie et sécurité juridique*, p. 159.

<sup>627</sup> Em Portugal, Alterado pelo/a Artigo 1.º do/a Decreto-Lei n.º 200-C/80 - Diário da República n.º 143/1980, 1.º Suplemento, Série I de 1980-06-24. Actualmente o artigo contém a seguinte redacção: É havido como usurário o contrato de mútuo em que sejam estipulados juros anuais que excedam os juros legais, acrescidos de 3% ou 5%, conforme exista ou não garantia real.

<sup>628</sup> Cf. <http://www.bceao.int/fr/documents/taux-dusure-pour-les-operations-de-credit>.

<sup>629</sup> A origem dos M`mbundu tem merecido atenção por parte de vários historiadores. Uma das razões tem a ver com o facto de se tratar de um grupo étnico que marcou e continua a marcar, de modo profundo, a história económica, social, política e cultural do território que hoje se chama Angola. É um grupo étnico que se destacou muito cedo pela resistência, sabedoria de alguns dos seus reis, o que lhes permitiu estender as suas relações comerciais até Zanzibar - Oceano Índico. A origem dos Ovimbundu é, de acordo com os

as áreas do litoral e do Leste. Em Angola, atingiram a região do Bié. É o grupo étnico-linguístico mais vasto de Angola, onde não há região provincial onde não se fale umbundo<sup>630</sup>. Em Angola, (e não só, também na Guiné-Bissau, nas etnias animistas) os negócios raras vezes são realizados ou seguidos pelos seus filhos, sendo ainda muito mais difícil que a mulher o faça. Em regra, é o descendente do primeiro grau, na linha recta do irmão que se ocupa da gestão ou, pelo menos, acompanha os negócios do tio. Com a influência cristã, esta situação foi-se alterando, pois, os valores judaico-cristãos consideram os filhos sucessores dos seus progenitores. A relação comercial com outras regiões conduziu à criação de caravanas e nelas apenas eram integrados membros da família alargada, no conceito africano. Tendo em conta as dificuldades de transporte e de outras ordens, era difícil levar toda a mercadoria adquirida como também muitas vezes não era possível comprar ou trocar o que se pretendia. Para superar esta situação, confiava-se em alguém que recebesse em depósito as mercadorias que não era possível transportar de imediato ou deixava-se com outro comerciante o encargo de adquirir o que naquela altura não fora possível. Em ambos os casos a pessoa confiada era um verdadeiro fiduciário para administração com deveres de guarda, conservação e cuidado. Para além da confiança, nada garantia o cumprimento do depositário, mas este devia exercer a actividade tendo em conta que deve restituir as mercadorias, cumpridas certas obrigações, ao depositante<sup>631</sup>. Para além da confiança, há nesta situação uma posição fiduciária, na medida em que o depositário adquire os bens, mas com a obrigação de exercer o seu direito de acordo com o clausulado com o alienante.

---

historiadores, resultado dos preconceitos migratórios dos Bantu. Os Ovimbundu, tal como grande parte da população que vive no hemisfério sul-africano, são Bantu por pertencerem ao grupo linguístico que utiliza a raiz *ntu* para se referir ao homem. O acréscimo do prefixo *Ba* (plural) (Bantu) designa, assim, esta população no seu todo. Alguns investigadores têm avançado hipóteses segundo as quais os Bantu teriam saído da região de Bahar-el-Ghazal, e que se teriam fixado nos grandes lagos. Provavelmente, os Bantu devem ter vindo das mesetas de Bauchi, actual Nigéria e dos Camarões. Mas tudo aponta no sentido de serem originários do Noroeste da floresta equatorial e que durante milhares de anos se foram fixando em vários pontos da África. Cf. Ramiro Aleixo, A [Origem do Povo Ovimbundu - a hipótese mais próxima da realidade](#), Angodebates, edição n.º 2/Junho/2011 da revista Benguela, p. 46-47.

<sup>630</sup> Cf. M. McCulloch, *The Ovimbundu of Angola*, International African Institute, Londres, 1952, p. 11 e Moisés Malumbu, *Os Ovimbundu de Angola: Tradição, Economia e Cultura Organizativa*, Edizioni Vivere, 2004, p. 41.

<sup>631</sup> Cf. Armino G K Jelembi, *O Negócio Fiduciário. Caracterização, Constituição e Efeitos*, UNIVERSIDADE DE COIMBRA, Coimbra, 2017, p. 74.

**PARTE II**  
**ESTUDO DE DIREITO POSITIVO**

# **CAPÍTULO I**

## **ESTUDO COMPARATISTICO DA TITULARIDADE - GARANTIA NOS DIREITOS POSITIVOS**

### **1. Justificação/delimitação**

Tendo em conta as diversas tradições históricas, culturais e sistemas, a matéria da alienação em garantia varia de país a país. Também a matéria de alienação em garantia é influenciada pelo tratamento dado ao Direito das Garantias em cada ordenamento, assim como a matéria dos direitos reais, sobretudo, Direito real de garantia, o que impõe a análise do Direito comparado que nos permitirá conhecer mais elementos de comparação e soluções empreendidas no estrangeiro.<sup>632633</sup>. Julgamos que o conhecimento de Direitos estrangeiros na matéria de alienação em garantia pode revelar-se útil para a interpretação e aplicação de normas de Direito nacional e da OHADA em várias situações, sobretudo quando a norma a interpretar tenha sido inspirada por soluções jurídicas estrangeiras, como é o caso da dos Actos Uniformes da OHADA e o Direito Francês.

### **2. FRANÇA**

#### **2.1. Evolução da titularidade - garantia**

Actualmente, em França, a evolução da titularidade -garantia constitui um dos fenómenos mais marcantes no campo do Direito das Garantias. Desde os anos sessenta, atenta a percepção da “fragilidade” das posições dos credores titulares das garantias reais tradicionais, em particular, o que revela através do desenvolvimento do processo colectivo de apuramento do passivo, foram desenvolvidas garantias relacionadas com a titularidade, nomeadamente a cessão de crédito e a reserva de propriedade, que permitem

---

<sup>632</sup> A macro comparação consiste no estudo comparativo de duas ou mais ordens jurídicas estaduais consideradas na sua globalidade, ou seja, pelas suas características fundamentais fontes de Direito, organização judiciária, método para a aplicação do Direito aos casos concretos, assim como pode designar a comparação entre famílias de Direitos. Todavia, não deixa de ser relevante a macro comparação, na medida em que proporciona o necessário enquadramento. Cf. René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo: direito comparado*, Meridiano, Lisboa, 1972, p. 9 e Michel Fromont, *Grands Systèmes de Droit Étrangers*, 5.<sup>a</sup> ed., Dalloz, Paris, 2005, p. 1. Sobre Direito Comparado em Geral, cf. Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, I, *Introdução e Parte Geral*, Almedina, Coimbra, 2008 e Carlos Ferreira de Almeida, *Introdução ao Direito Comparado*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 1998.

<sup>633</sup> Cf. Carlos Ferreira de Almeida e Jorge Morais Carvalho, *Introdução ao Direito Comparado*, 3.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2013., p. 13.

superar as fragilidades associadas às garantias reais clássicas.<sup>634</sup> No entanto, a alienação fiduciária em garantia não era instituída expressamente no direito positivo francês. Embora alguns autores tenham persistido na utilidade deste negócio – alienação em garantia - a jurisprudência e a doutrina francesa são-lhe tradicionalmente hostis<sup>635</sup>. Todavia, recentemente, o Direito francês admitiu o negócio de alienação fiduciária em garantia.<sup>636</sup> Além disso, foi elaborado um projecto, também inspirado noutros ordenamentos<sup>637</sup>, preliminar de lei relativo à alienação em garantia no livro III do *Code*

---

<sup>634</sup> Cf. Claude Witz, *Les Transferts Fiduciaires à Titre de Garantie*, in *Les Opérations Fiduciaires*, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI - LGDJ, 1985, p. 55; Claude Witz, *La Fiducie - Sûreté en Droit Français*, in *L'Évolution du Droit des Sûretés*, Colloque de Deauville des 13 et 14 juin 1981, RJC, n.º, Fevereiro, 1982, pp. 67- 75 e Ph. Malaurie/L. Aynes, *Droit Civil*, IX, *Les Sûretés, La Publicité foncière*, L. Aynes, Cujas, 1997, p. 289.

<sup>635</sup> Cf. D. Legeais, *Sûretés et Garanties du Crédit*, LGDJ, 1996, p. 326. Fizemos questão de citar esta edição porque foi antes da consagração legal da alienação em garantia em França.

<sup>636</sup> Cf. D. Legeais, *Sûretés et Garanties du Crédit*, LGDJ, 1996, p. 326.

<sup>637</sup> A doutrina francesa considera que o Japão constitui fonte inspiradora para a consagração da garantia fiduciária. Entre os países influenciados pelo sistema romano, o Japão foi o primeiro a codificar um sistema jurídico referente ao *trust*. No Japão a lei sobre *trust* entrou em vigor desde 1922 [K. Takayanagi, *La fiducie en droit japonais contemporain*, in *Travaux de la semaine internationale de droit*, Paris, 1937, Recueil Sirey, p. 71. Neste relatório, o autor referiu que o Código Civil Japonês foi amplamente influenciado pela “segunda Revisão Ministerial” do Código Civil Alemão. Hoje, porém, depois de examinar cuidadosamente as instituições e os textos incorporados ao Código Civil em vigor, estima-se, pelo menos, que metade de seus textos tenha sido inspirada no Código Civil Francês. Cf. Nozawa Masamichi, *Le Transfert de Propriété à Titre de Garantie en Droit Français et en Droit Japonais*, In *Revue Internationale de Droit Comparé*, 53, n.º 3, Julho – Setembro, 2001, pp. 657-683, p. 658. O *trust* foi tipificado no Japão em 1922, alterado um ano mais tarde, separando as áreas de ciência - jurídica em que o *trust* foi tratado - no Direito Civil, primeiro, e no Direito Comercial depois, e a sua constituição podia ser feita por acto entre vivos ou por testamento. Não é difícil perceber esta figura no direito japonês pelo facto de o seu Código Civil e Código Comercial terem sido inspirados do Direito alemão. Mesmo estando regulamentado, *trust* tem sido uma figura jurídica pouco utilizada na vida prática]. Mas, diferentemente do Anteprojecto francês, tanto no Direito japonês, como no *common law*, é proibido transferir propriedade para o fiduciário no interesse deste - (artigo 9.º da Lei sobre o *trust*). Portanto, o *trust* não pode ser utilizado para fins de garantia de cumprimento. Todavia, pondo de lado a Lei sobre o *trust*, a jurisprudência e a doutrina admitem a transferência de propriedade para fins de garantia, de acordo com a necessidade e as exigências da prática. No entanto, até ao início do século XX, cf. Shinom IYA, *Shintakuhou, (Droit de la Fiducie)*, Yuuhikaku, 1989, p. 10, a própria jurisprudência e doutrina deparavam com problemas difíceis de resolver em relação à *Yuzuriwatashitampo* japonesa, nomeadamente a qualificação, seus efeitos entre as partes e em relação a terceiros, etc. Após longas querelas doutrinárias e jurisprudenciais, acabaram por se aproximar e hoje, há uma quase unanimidade em relação aos problemas decorrentes da alienação em garantia. Por isso, os juristas [P. Crocq, *Propriété et Garantie*, LGDJ, 1995, n.º 482 e C. Witz, *La Fiducie en Droit Privé Français*, Economica, 1981, n.º 191, p. 177 - franceses acreditaram que a experiência do Direito japonês forneceria informações que podem ajudar na reforma do Direito Francês das Garantias cf. Nozawa Masamichi, *Le Transfert de Propriété à Titre de Garantie en Droit Français et en Droit Japonais*, In *Revue Internationale de Droit Comparé*, 53, n.º 3, Julho – Setembro, 2001, pp. 657-683, p. 658.

Antes da consagração legal da titularidade garantia em França, já era comum no Japão o recurso à cláusula de reserva de propriedade, à locação financeira e à transferência de propriedade em garantia, designada no Japão por *alienação/transferência em garantia* e, em França, por garantia fiduciária - *fiducie- sûreté*. Quanto à alienação em garantia, convém realçar a distinção em função da natureza móvel ou imóvel do objecto da alienação em garantia. Em relação aos bens imóveis, embora considerem a hipoteca relativamente eficaz, a alienação em garantia é geralmente usada por dois motivos: por um lado, pela facilidade na execução da garantia; enquanto a execução da hipoteca requer um processo com procedimentos longos e, por vezes, morosos, verifica-se também, em sede de concurso de credores e na venda na praça pública, que o credor hipotecário, às vezes, recebe um preço menor que o valor real dos



*Civil*<sup>638</sup>, sendo certo que, actualmente, consta do livro IV, dedicado às garantias de cumprimento.

## 2.2. Influência de *trust* na fidúcia legal Francesa

A partir dos anos oitenta, foi retomada a questão da utilização da propriedade para fins de garantia. Os operadores económicos procuraram mecanismos capazes de servir várias funções e exercer um papel comparável ao *trust*<sup>639</sup> inglês. Parte da doutrina

---

bens, ou seja, que a venda em hasta pública reduz o valor dos bens, cf. H. Dougauchi, *Tanpobukkenhou, (Les sûretés)*, cit., 1990, p. 250. Contra este entendimento, P. Crocq, *Propriété et Garantie*, cit., p. 434. Por outro, com a alienação em garantia, o credor pode superar certas desvantagens da hipoteca, como a expurgação e os direitos do arrendatário, previstos nos artigos 383.º [Cuja tradução mais próxima que conseguimos é a seguinte: Ao formular um pedido de expurgação de hipoteca, o terceiro adquirente do imóvel deve enviar os seguintes documentos a cada um dos credores registado: Um documento que atesta a causa e a data da aquisição, os nomes e endereços do alienante, preço e localização do imóvel hipotecado; Certidão de registo de imóvel e da respectiva hipoteca... No Japão, no caso de uma hipoteca, assim que se concluir o processo de publicidade, o credor hipotecário poderá opor a hipoteca a todos os adquirentes subsequentes e todos os direitos que venham a ser constituídos posteriormente sobre o imóvel, excepto o arrendatário de curto prazo. Com efeito para explorar melhor o prédio onerado do imóvel. Uma vez que o artigo 395.º do Código Civil Japonês dispõe que a hipoteca não pode prejudicar esse arrendatário (mesmo que tenha constituído o seu direito após a data da publicidade da hipoteca - o que, na prática, torna o preço do objecto da hipoteca muito inferior em relação ao seu valor real durante a realização da venda na hasta pública), recorrem à alienação em garantia como forma a contornar esta situação uma vez que o mesmo artigo não inclui no âmbito da sua aplicação o proprietário, ou seja, só inclui o arrendatário - e 395.º, do Código Civil Japonês. Todavia, a doutrina - cf. K Takayanagi, *La fiducie en Droit Japonais Contemporain*, in *Travaux de la semaine internationale de droit*, Recueil Sirey, Paris 1937, p. 71 - japonesa realça que a alienação em garantia não é muito atractiva para os credores, pois as partes são obrigadas a pagar duas vezes os custos tributários das transferências, cuja taxa é de cinquenta por mil sobre o preço por cada transferência. Acresce que, por parte do devedor alienante, existe o risco de desperdiçar o valor do prédio na possibilidade de obter mais crédito, porque uma vez transmitido o direito de propriedade sobre o prédio, cujo objectivo é apenas garantir o cumprimento da sua dívida, não poderá utilizar o mesmo prédio para garantir outra dívida, mesmo que o prédio tenha valor superior ao valor da dívida garantida pela alienação - P. Crocq, *Propriété et Garantie*, cit., p. 434 e Nozawa Masamichi, *Le Transfert de Propriété à Titre de Garantie*, cit., p. 668]. Em relação aos bens móveis, a doutrina realça a vantagem da alienação em garantia, na medida em que o objecto da propriedade alienada em garantia pode permanecer na posse do devedor, pelo que pode continuar a exercer a sua actividade económica depois de obtenção de crédito. Segundo, quanto à execução do bem móvel objecto da alienação em garantia, o credor não terá de concorrer com outros credores, embora se reconheça que o credor adquirente não tem propriamente prioridade sobre os demais credores do seu devedor, pelo que se levanta a questão de se esse credor se tornou efectivamente proprietário da coisa objecto de alienação em garantia, cf. P. Crocq, *Propriété et Garantie*, cit., p. 434 ss. Por outro lado, considera a doutrina que os novos bens económicos, como o *software*, que o Código Civil Francês desconhecia, podem ser objecto de alienação em garantia, cf. T. Takagi, *Tanpobukkenhou, (Les sûretés)*, Yuuhikaku, edição de 1993, p. 323. Por estas razões, a doutrina francesa considera que o Japão constitui fonte inspiradora para a consagração da garantia fiduciária, em especial, a alienação em garantia, cf. Nozawa Masamichi, *Le Transfert de Propriété à Titre de Garantie*, cit., p. 669.

<sup>638</sup> Cf. M. Grimaldi, *La Fiducie: Réflexions sur L'institution et sur l'avant-projet de Loi qui la Consacre*, R. du Notariat, Defrénois 1991, p. 338.

<sup>639</sup> Sobre *trust*, cf. Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit. é o autor lusófono que mais linhas dedicou ao tema.

defendeu que a fidúcia podia exercer esta função no sistema jurídico francês.<sup>640</sup> Uma das vantagens mencionadas é a de que as instituições de crédito podiam conceder créditos aos compradores e estes transferiam a propriedade ao credor até ao cumprimento da sua obrigação, permitindo qualidade de proprietário do credor exercer, no processo de falência, o direito de reivindicação ou restituição da coisa<sup>641</sup>. Neste processo, o legislador<sup>642</sup> francês foi influenciado pela atractividade que *Trust* exerce no sistema jurídico Anglo-saxónico e influenciou a recuperação da figura da alienação da propriedade em garantia em França.<sup>643</sup> Sendo a principal<sup>644</sup> fonte de inspiração do legislador da OHADA, parece-nos que, com a consagração da alienação em garantia pela OHADA, justifica um estudo sobre *trust* para analisar o âmbito da influência deste sobre o legislador francês e analisar que tipo de fidúcia foi consagrado em França. Sem prejuízo de analisar em momento ulterior os artigos 2288.º a 2320.º do *Code Civil*, o Código Civil francês, no Livro III – formas de aquisição da propriedade - consagra a definição genérica da fidúcia, nos termos do seu artigo 2011.º - *la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires*.<sup>645</sup> O que significa que, no quadro desta operação, os elementos do activo e do passivo transferidos formam um património autónomo. Nos termos do artigo 2015.º *Code Civil*, apenas certas pessoas podem ser fiduciárias<sup>646</sup>, nomeadamente

---

<sup>640</sup> Cf. Dominique Legeais, *Sûretés*, cit., p. 450.

<sup>641</sup> Cf. Dominique Legeais, *Sûretés*, cit., p. 450.

<sup>642</sup> Neste sentido, cf. relatórios sobre actividades do parlamento francês: Senador M. Henri Richemont, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de Monsieur Philippe Marini instituant la fiducie*, Anexo à acta da reunião de 11 de outubro de 2006, Relatório n.º 11, Sessão Ordinária de 2006-2007, p. 11; Deputado Xavier de Roux, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur la proposition de loi (Nº3385) adoptée par le Sénat, instituant la fiducie*, Sessão Ordinária de 2006-2007 Relatório n.º 3635, p. 7; Senador Philippe Marini, *Rapport fait au nom de la commission des Finances sur la proposition de loi adoptée par l'assemblée nationale, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises*, Relatório n.º 442, Sessão Ordinária de 2008-2009, p. 17.

<sup>643</sup> Cf. F. Barrière, *La Réception du Trust au travers la fidejussio*, Litec, Paris, 2004, p. 242.

<sup>644</sup> Cf. Ch. Larroumet, *La fiducie inspirée du trust*, D. 1990, Chronique, p. 119.

<sup>645</sup> O conceito de alienação fiduciária foi consagrado no *code civil* em 2007, através da Lei de 19 de Fevereiro, alterada sucessivamente no sentido de alcançar o regime que hoje vigora em França, estas alterações inclui a Lei de modernização da economia de 4 de Agosto de 2008, duas portarias de 18 de Dezembro de 2008 e de 30 de Janeiro de 2009 e a Lei n.º 2009-526 de 12 Maio 2009, de simplificação et de clarificação de direito e dois Decretos de 23 de Dezembro de 2009 e 2 de Março de 2010. Esta evolução legislativa transformou a fidúcia numa instituição genérica em França.

<sup>646</sup> Com a Lei de Modernização da Economia de 4 de Agosto de 2008, deixou de existir limites quanto à qualidade de fiduciante, agora o fiduciante pode ser tanto uma pessoa singular como uma pessoa colectiva. Por outro lado, apenas instituições de crédito, sociedades de investimento, companhias de seguros e

instituições de crédito. Nos termos do artigo 2016.º *Code Civil*, o beneficiário deste contrato pode ser o próprio fiduciante ou o fiduciário. Nos termos do artigo 2017.º do *Code*<sup>647</sup>, o “contrato fiduciário” deve especificar, sob pena de nulidade, os direitos ou garantias transferidas. Se forem futuros devem respeitar certos limites - devem ser determináveis; duração da transferência, que não pode exceder noventa e nove anos a partir da data da assinatura do contrato; a obrigação do fiduciário, a extensão dos seus poderes de administração e disposição. Na relação com terceiros, considera-se que o fiduciário dispõe dos mais amplos poderes sobre o património fiduciário, a menos que se prove que terceiros tinham conhecimento da limitação de seus poderes, ou seja, só se protege os terceiros de boa-fé. A fidúcia francesa reconduz-se, de forma aproximada, ao *trust* do sistema anglo-saxónico, pois implica a criação de um património na esfera jurídica do fiduciário, separado do seu restante património e que é gerido no interesse do beneficiário, que pode ser o próprio fiduciário. A fidúcia francesa, nestes termos, é uma espécie de *romanização/continentalização* do *trust* anglo-saxónico. Da exposição deste regime pode concluir-se que está aqui em causa uma figura próxima (ou recortada dentro) do *trust* de raiz anglo-saxónica<sup>648</sup>.

---

advogados podem ser fiduciárias. O beneficiário, pode ser uma pessoa singular ou colectiva, nos termos do artigo 2016.º do *Code Civil*.

<sup>647</sup> No que se refere à insolvência, dispõe o artigo 2024.º do *Code*, *L'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire*.

<sup>648</sup> A consagração da fidúcia legal em França agita os princípios básicos do direito privado deste país, sobretudo os referentes aos Direitos Reais, pois permite a transmissão temporária da propriedade. Em segundo lugar, permite que os bens sejam autonomizados na esfera jurídica do seu titular. De facto, esta consagração põe fim a uma das considerações importantes no Ordenamento francês, a ideia de que a propriedade de uma pessoa não pode ser dividida. Todavia, de acordo com o regime instituído em França – fidúcia – em comparação com a fidúcia anglo-saxónica, podemos retirar alguns elementos comparativos. O *trust* é usado para uma infinidade de propósitos, incluindo a transmissão de propriedade de uma geração para outra, o *Code Civil* determina que a fidúcia é nula e inválida se for constituída com o único propósito de beneficiar certas entidades. Além disso, só pode ser utilizado por algumas pessoas colectivas, excluindo pessoas singulares a ocupar certas posições/qualidades neste negócio. Por outro lado, as pessoas que pretendem, através da fidúcia, transferir propriedades para parentes ou outras pessoas ficaram frustradas com o regime instituído em França. Além das formalidades que a lei impõe, o constituinte deve ser uma instituição financeira, uma companhia de seguros ou qualquer outra pessoa colectiva que se encontra sujeita ao regime do Código Monetário e Financeiro Francês. Assim, o jurídico da fidúcia legal consagrada em França é muito restritivo ao ponto de tornar esta ferramenta menos atractiva, abrindo necessidades de recorrer aos sistemas estrangeiros mais flexíveis [Por uma questão comparativa, reproduzimos o regime da fidúcia legal francesa baseada no *trust* e elencamos os aspectos referentes às modalidades e tipos de *trust* anglo-saxónico: regime francês, Instituída por Loi n.º 2007-211 du 19 Février 2007, alterada pela Lei n.º 2008-776 de 4 Agosto de 2008 - *Titre XIV: De la fiducie: Article 2011: La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. Article 2012: La fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse. Article 2013: Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public. .... Trust anglo-saxónico*, in A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 424 – 428, – em relação a *trust*

### 2.3. A influência de PIERRE CROCQ

PIERRE CROCQ<sup>649</sup>, na sua tese de doutoramento, *Propriété et Garantie*, procedeu à análise e comparação dos diversos mecanismos em que o direito de propriedade é ou pode ser utilizado para fins de garantia (locação financeira, reserva de propriedade, penhor de soma monetária e negócios fiduciários em geral). Procedeu igualmente ao estudo da influência da função que a garantia exerce sobre o direito de propriedade e a influência que o uso do direito da propriedade exerce sobre o crédito. Neste estudo, o autor demonstra que o uso do direito de propriedade para fins de garantia não acarretaria uma modificação da propriedade – como se alega, em divisão em propriedade de valor e propriedade de utilidade -, defendendo que a utilização da propriedade em garantia favorece a circulação de crédito. Todavia, o autor realça a preocupação dogmática referente à utilização da propriedade em garantia, obrigando a

---

anglo-saxónico, é difícil elencar todos os tipos, modalidades e classificações, mas em geral, quanto à: (I) - natureza e forma, o *trust* pode ser: *trust inter vivos* e *trust mortis causa* – conforme a constituição depender apenas da exteriorização da vontade do *settlor* ou da sua morte; *trust in the lower sense* e *trust in the higher* – neste último, as obrigações assumidas não podem ser exigidas judicialmente, em regra são situações em que a coroa inglesa ocupa a posição de *trustee*, os outros tipos de *trust* designam-se de *trust in the lower sense*; *revocable* e *irrevocable trust* – no primeiro, o *settlor* dispõe do poder da revogação do *trust* e já no segundo não. (II) - Posição do beneficiário e limites ao gozo dos bens, *blended trust* – neste tipo de *trust* a posição do beneficiário é constituída por um grupo de sujeitos que só em conjunto podem exercer os seus direitos; *protective trust* – neste tipo, a posição dos beneficiários depende de uma condição resolutiva, mantêm esta posição enquanto a condição prevista no acto constitutivo não se verificar; *spendthrift trust* – neste tipo de *trust* visa-se proteger o beneficiário contra a sua própria actuação, nomeadamente impedindo-o de alienar a sua posição ou direitos futuros. (III) - Trusts desenvolvidos com propósitos comerciais ou financeiros, *unit trust* – constitui tipo de fundo de investimento, com uma estrutura complexa, existe um responsável pela gestão e promoção de *trust* (*fund manager*), um *trustee* que supervisiona o *fund manager* e é o depositário das unidades de participação e o responsável pela distribuição dos dividendos, *unitholders*, que são titulares de participações nesta modalidade de *trust*; *Massachusetts business trust* – é uma figura com características associadas às sociedades comerciais, mas com uma estrutura interna baseada na relação *trustee*/beneficiários. Ao contrário de outras pessoas colectivas, em regra, a constituição desta figura não está sujeita a registo, nem autorização governamental. É constituído por *trust deed*, os seus beneficiários, em regra, têm uma responsabilidade limitada e recebem certificados correspondentes à sua participação, livremente alienáveis. (IV) - Meras adaptações aos propósitos subjacentes à constituição do *trust*, *credit shelter trust* – em regra utilizado por casais com grandes patrimónios, com o falecimento de um dos cônjuges, a propriedade transmite-se automaticamente para a esfera jurídica do *trust*, evitando-se assim presumivelmente a aplicação de impostos sucessórios; *dynasty trust* – este tipo de *trust* possibilita contornar o princípio que impossibilita a constituição do *trust* por um período de tempo indeterminado; *totten trust* – nesta modalidade, o *settlor* deposita periodicamente uma quantia monetária numa conta bancária em seu nome, mas em benefício de um terceiro. A perfeição do *trust* apenas é atingida com a morte do fiduciante/depositante; *secret trust* – nesta modalidade, os propósitos constantes do acto constitutivo não correspondem aos verdadeiros propósitos subjacentes à constituição do *trust*, que são transmitidos, em sigilo, ao *trustee*]. Diversos estudos revelaram que as empresas francesas até agora foram obrigadas a procurar no exterior os meios legais pelos quais podem administrar suas carteiras financeiras. Um exemplo é o da Euromilhões, para a qual a *La Française des Jeux* uniu-se a outras operadoras de lotaria europeias para constituir um *trust* de acordo com o regime inglês. Em 1987, o fabricante de automóveis Peugeot procurou nos EUA uma solução idêntica. Em 2004, a Alstom (infraestrutura de transporte e energia) também recorreu ao uso de um tipo de fidúcia anglo-americana para a sua reestruturação societária.

<sup>649</sup> Cf. P Crocq, *Propriété et Garantie*, cit., p. 27 ss.

uma reflexão sobre o conceito de garantia e colocando um desafio em relação à classificação tradicional das garantias. Por outro lado, o autor advoga que as consequências práticas de uso da propriedade para fins de garantia devem ser limitadas. Por um lado, o direito de propriedade tem, certamente, uma eficiência superior às reais garantias reais tradicionais, mas permanece incerto, e, por outro, as desvantagens em relação ao devedor ou em relação a outros credores são quase inexistentes. Por fim, o autor alega que, se o credor fosse confrontado com inconvenientes das garantias reais tradicionais, poderia recorrer à alienação da propriedade em garantia. Esta doutrina acaba por influenciar os juristas franceses seus contemporâneos e as soluções legais na matéria de alienação em garantia em França.

#### 2.4. A influência de CLAUDE WITZ

A contribuição de CLAUDE WITZ prende-se com o facto de este suscitar a alerta à comunidade jurídica para o facto de que apenas com a técnica fiduciária é possível dar respostas jurídicas aos problemas levantados por muitos institutos baseados na transferência temporária da propriedade. O Autor<sup>650</sup> identificou muitos institutos com

---

<sup>650</sup> Na sua tese de Doutoramento defendida em 1979 na Faculdade de Direito e Ciências Políticas de Estrasburgo e coroada por esta, bem como pelo Conselho Superior dos Notários, a obra foi publicada dois anos depois, Claude Witz, *La Fiducie en Droit Privé Français*, Economica, Paris, 1981, p. 15 ss., poucas semanas após o sucesso do seu autor no concurso de agregação de Direito Privado. Escrever uma tese sobre uma instituição que a maioria da doutrina francesa rejeitava na altura ou até ignora não era fácil. O autor apresentou um estudo sobre a fidúcia no Direito Comparado e ao longo da História. Na introdução comparativa, descreveu brevemente, mas com grande precisão, a fidúcia dos países de *Common Law* e como esta instituição constituiu um modelo para sistemas fora desta família jurídica e como no Direito romano-germânicas a fidúcia consiste na extensão da fidúcia romana. O autor realçou que o termo *Fiducie* referia-se, no Direito francês antigo, a disposição pela qual um testador nomeava um *herdeiro formal*, a quem cabe manter os bens da sucessão antes de transmiti-los aos verdadeiros herdeiros após um certo prazo. Essa instituição sobreviveu ao Código Civil. Mas WITZ acredita que a fidúcia no Direito Privado francês não pode ser reduzida a essa instituição equívoca oriunda do Direito Antigo e que seria aconselhável ampliar seu âmbito actual, ao mesmo tempo que lhe confere uma estrutura jurídica mais próxima do Direito Romano. Com efeito, propôs a seguinte definição para a fidúcia: a fidúcia é o ato jurídico pelo qual um sujeito, o fiduciário, tornado titular de um direito patrimonial, vê o exercício do seu direito limitado por obrigações, que geralmente incluem a de retransmitir o direito após um certo período para o fiduciante ou para um terceiro beneficiário. O autor analisa as funções que a fidúcia pode desempenhar e considera que pode ser utilizado tanto para gestão assim como para a garantia. Esta técnica já tem muitas aplicações no direito bancário, mais especificamente no contexto de créditos bancários. O autor considera que a fidúcia constitui uma instituição autónoma e que não é de forma alguma contrária à ordem pública. Ainda considera que a fidúcia não constitui um desmembramento *sui generis* do direito de propriedade ou de uma inalienabilidade proibida, nem viola as disposições que proíbem o pacto comissório. O autor não oculta os riscos que a fidúcia representa para o fiduciante e, consequentemente, procura os meios legais para garantir a sua protecção. Em conclusão, WITZ considera que já estavam reunidas as condições essenciais para que a fidúcia se torne numa importante instituição de Direito Privado Francês, como *Treuhand* do Direito Alemão. Talvez o optimismo de WITZ sobre o desenvolvimento da fidúcia não seja inteiramente certo. Além disso, o autor realça a necessidade de reconhecer a neutralidade fiscal da fidúcia para que esta prospere, mas, actualmente, ficou provado que esta ideia não é de forma alguma um dado adquirido.

estas características (*quase - usufruto*, penhores e depósitos irregulares, empréstimos de títulos, cessão de créditos, etc.) que qualifica de fiduciários na sua tese *La Fiducie en Droit Privé Française*<sup>651</sup>. O autor demonstra <sup>652</sup> que estes institutos constituem fidúcias ignoradas, avançando com o conceito de “cripto – fidúcia”, i.e. qualquer mecanismo legal cujas características reproduzam total ou quase completamente o *modus operandi* da fidúcia, sem que este *modus* seja legalmente qualificado como fiduciário. Com efeito, considera o autor que a identificação do termo *cripto – fidúcia* requer a definição da fidúcia.

## 2.5. Os obstáculos invocados pela doutrina francesa

*I. Justificação – a utilidade da alienação em garantia.* As garantias fiduciárias – *maxime*, a cessão de crédito em garantia - já eram praticadas nas relações bancárias. Não obstante, a jurisprudência e a doutrina opunham-se a esta prática. Em relação aos imóveis, alguns consideravam que a alienação em garantia seria inútil, na medida em que a hipoteca seria relativamente eficaz para o credor<sup>653</sup>. Caso fosse adoptada, a consagração legal da alienação em garantia deparar-se-ia com duas dificuldades. Em primeiro lugar, as partes teriam de pagar o dobro dos custos tributários das transferências – transmissão e retransmissão, e, em segundo, o devedor ficaria impedido de constituir novas garantias em relação ao mesmo bem, o que seria inviável economicamente, sobretudo quando o valor do bem fosse muito superior em relação ao valor ao valor de crédito garantido. No que diz respeito às coisas móveis corpóreas, pode ser vantajosa para as partes, na medida em que é fácil de se constituir. Pode ser constituída, mantendo a posse da coisa na esfera do devedor/alienante, enquanto o penhor supõe a entrega da coisa ao credor ou a um terceiro, ou seja, o devedor perde o controlo material do bem. Para o devedor, esse desapossamento pode dificultar a continuidade de sua actividade económica após a obtenção do crédito.<sup>654</sup> Por outro lado, considera-se que a alienação em garantia constitui uma garantia fácil de executar.<sup>655</sup>

---

Todavia, estes são apenas pontos de detalhe que de forma alguma diminuem o valor de um livro bastante notável.

<sup>651</sup> Cf. C Witz, *La fiducie en Droit Privé Français*, cit., p. 241 ss..

<sup>652</sup> Cf. P. PUIG, *La Fiducie et les contrats nommés*, in *Droit et Patrimoine* Junho de 2008, n. ° 171, p. 68 – 70.

<sup>653</sup> Cf. C Witz, *La fiducie en Droit Privé Français*, cit., p. 177.

<sup>654</sup> Cf. C Witz, *La fiducie en Droit Privé Français*, cit., p. 197 – 198.

<sup>655</sup> Cf. J. Stoufflet, *L'usage de la Propriété à des fins de Garantie*, in *Les sûretés*, Colloque de Bruxelles de 20 e 21 Outubro, 1983, *Feduci*, 1984, n° 2, p. 320 – 321.

*II. O Estado Provideência e as garantias reais até 1985* Antes da aprovação da lei referente ao Processo Colectivo de Apuramento de Passivo, de 1985, a situação dos credores munidos de garantias reais tradicionais já estava agravada por causa da atribuição de muitos privilégios. Em França, no século XX, com a progressão do *Estado Providencia*, foram criados vários privilégios fiscais, em que os créditos sobre impostos directos passaram a ser garantidos pelos privilégios gerais mobiliários, que se foram estendendo, paulatinamente, nos termos dos artigos 1908.º e seguintes do CGI. Em 1908, este privilégio foi estendido aos créditos sobre TVA - *Taxe sur la Valeur Ajoutée*, nos termos do artigo 1926.º CGI e mais tarde ao pagamento das penas<sup>656</sup>.

Assim, na execução, com o produto da venda dos bens, antes de satisfação dos credores titulares de garantias reais tradicionais sobre os bens objecto da execução, eram pagos na seguinte ordem: os credores de salários superprivilegiados, os credores por despesas de justiça contraídas para proceder à execução do bem e os créditos da Segurança Social. Além disso, embora a Lei de 13 de Julho de 1967<sup>657</sup>, revogado pela Lei de 25 de Janeiro de 1985<sup>658</sup>, atribuisse a primeira posição ao credor titular de garantia real, o tribunal protegia sempre o Tesouro Público<sup>659</sup>.

*III. A protecção da empresa/emprego e as garantias reais clássicas.* As preferências decorrentes das garantias reais tradicionais conheceram ainda mais restrições com a vigência da Lei n.º 85-98, de 25 de Janeiro de 1985, relativa à Reorganização e Liquidação Judicial de Empresas e cujo objectivo principal é a protecção da empresa, da manutenção da actividade e do emprego. Nos termos do artigo 47.º desta lei, com o processo de Reorganização e Liquidação Judicial de Empresas em curso, os credores da empresa não podem executar as suas garantias durante o *período de observação*, que pode durar até vinte meses. Decorrido este período, se a decisão judicial estabelecer um plano de continuidade, os credores são obrigados a respeitar o prazo estabelecido pelo tribunal, que varia de cinco a dez anos. Em caso de liquidação judicial ou transmissão total da empresa por insuficiência de activos, os credores não podem executar individualmente as suas garantias, excepto nas situações previstas nos artigos 92.º e 169.º da referida lei.

---

<sup>656</sup> Cf. C. Mouly, *Procédures Collectives: assainir le régime des sûretés*, in *Aspects Actuels du Droit Commercial Français, Estudos dedicados a René Roblot*, LGDJ, 1984, p. 534.

<sup>657</sup> Loi n.º 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

<sup>658</sup> Loi n.º 85 - 98 du 25 janvier 1985 - art. 238 (Ab) JORF 26 janvier 1985.

<sup>659</sup> Cf. Cour Cass., 26 Octobre 1971, in JCP, 1972, II; Cour. Cass., Com., 13 Avril 1972, Bull. Civ. IV, n.º 102, p. 101. Para mais desenvolvimento sobre este aspecto, cf. Pierre Godé/Jean-Pierre Sortais, *Redressement et Liquidation Judiciaires des Entreprises, Cinq Années d'Application de la Loi du 25 Janvier*, Dalloz, 1991, p. 370 ss.

Todavia, no caso de liquidação judicial sem insuficiência do activo, os credores podem executar individualmente as suas garantias.<sup>660</sup> Em todo o caso, as inovações introduzidas pela Lei n.º 85-98, de 25 de Janeiro de 1985 reduziram ainda mais a possibilidade de satisfação dos credores titulares de garantias reais tradicionais. Efectivamente, com o objectivo de atrair financiamento para a assegurar a manutenção da actividade da empresa, esta lei estabeleceu, nos termos do seu artigo 40.º, que os credores, cujos créditos nasceram na pendência do referido processo, têm preferência no pagamento em relação aos demais credores, excepto os que beneficiem do privilégio de salário. Em consequência, os créditos hipotecários ficaram desprotegidos, o que gerou grande redução na procura deste tipo de crédito. O credor hipotecário, na ordem de pagamento, ficou colocado depois dos créditos nascidos na pendência do processo, dos créditos de salários e dos privilégios gerais. Em 1994, com a Lei nº 94-45, de 10 de Junho de 1994, a situação do crédito hipotecário conheceu melhorias, na medida em que o legislador acrescentou um parágrafo ao referido artigo 40.º, nos termos do qual, em caso de liquidação judicial, os credores titulares de garantias reais mobiliária e imobiliárias que conferem o direito de retenção<sup>661</sup> são pagos antes dos créditos referidos no artigo 40.º. Porém, o âmbito desta reforma apenas abrange a liquidação judicial, permanecendo os credores titulares de garantias reais tradicionais nas restantes situações. No caso da transmissão da empresa, os credores são obrigados a receber um valor irrisório e o tribunal tem a discricionariedade de fixação do valor da contrapartida da transmissão da empresa. Em regra, em termos práticos, o preço dos bens que constituem a empresa acaba por ser inferior ao valor real, com o intuito de convencer o cessionário a manter os postos de emprego.<sup>662</sup>

*IV. A doutrina tradicional – Teoria da alienação em garantia.* Embora a doutrina tenha tradicionalmente reagido contra o reconhecimento da titularidade-garantia, especialmente alienação em garantia, alguns autores defendem o seu reconhecimento. Os autores que advogavam o reconhecimento da alienação em garantia integram-na na

---

<sup>660</sup> Cf. Nozawa Masamichi, *Le Transfert de Propriété à Titre de Garantie en Droit Français et en Droit Japonais*, In *Revue Internationale de Droit Comparé*, 53, n.º 3, Julho – Setembro, 2001, pp. 657-683, p. 662.

<sup>661</sup> O direito de retenção permite ao credor recusar-se a devolver o objecto de garantia até ao seu pagamento integral, evitando assim as desvantagens face aos credores munidos de direito de preferência elencados no artigo 40.º. No entanto, o direito de retenção pressupõe um desapossamento do devedor, o que não é economicamente satisfatório.

<sup>662</sup> Cf. Nozawa Masamichi, *Le Transfert de Propriété à Titre de Garantie en Droit Français et en Droit Japonais*, In *Revue Internationale de Droit Comparé*, 53, n.º 3, Julho – Setembro, 2001, pp. 657-683, p. 662.



categoria de garantias reais e defendem que está sujeita às mesmas regras aplicáveis a outras garantias, excepto as regras específicas do penhor, nomeadamente a proibição do pacto comissório. Para fazer face às fragilidades das garantias reais tradicionais, CROCQ<sup>663</sup>, tentou demonstrar a efectividade da alienação em garantia e a necessidade da sua introdução no sistema francês das garantias, nos moldes que analisaremos nos pontos subsequentes. *A qualificação.* Em relação a este ponto, a questão que se coloca é a de saber se o direito da propriedade for usado para fins de garantia, passa a incidir sobre o bem objecto de garantia, continua a ser qualificado como propriedade normal, plena e integral ou seja, se o credor adquirente terá, sobre a coisa adquirida, os poderes normais de um proprietário. Sobre esta questão, muitos autores consideram que a alienação em garantia gera o desmembramento da propriedade *em propriedade - valor e propriedade - utilidade*, considerando que o devedor manterá os seus poderes sobre a coisa, pelo que lhe devem ser aplicadas todas as regras das garantias reais tradicionais<sup>664</sup>. CROCQ opôs-se a esta fragmentação da propriedade, sustentando que se for aplicada à alienação em garantia o regime das garantias reais tradicionais, as partes perderiam todo o interesse naquela garantia; adicionalmente, o jurista francês assevera que a alienação em garantia não pode ser qualificada como garantia real tradicional, tendo em conta o princípio de *numerus clausus* dos direitos reais. Por isso, autor sugere que a solução deve passar por considerar que o credor adquire plenamente a propriedade sobre o bem alienado em garantia. Assim, mesmo sendo proprietário pleno, o poder do credor adquirente seria limitado, ou seja, não teria o poder de usufruir ou dispor da propriedade objecto da alienação em garantia e, em caso de cumprimento, teria de retransmitir o direito de propriedade sobre a coisa adquirida em garantia. Para o autor, esta limitação dos poderes do credor/adquirente terá por base uma obrigação pessoal e não o desmembramento do direito da propriedade<sup>665</sup>.<sup>666</sup> Quanto à qualificação, a jurisprudência teve, em primeiro, uma definição simples<sup>667</sup> da alienação em garantia: negócio jurídico, nos termos do qual, o devedor transfere o direito ao credor para garantir o cumprimento da sua obrigação, em que o credor se obriga a retransmitir o direito caso o devedor cumpra a obrigação

---

<sup>663</sup> Cf. P Crocq, *Propriété et Garantie*, cit., p. 253 ss. cf. também Cass. Com., 8 Janv. 1991, Bull. Civ. IV, n.º 8, p. 7 ss.

<sup>664</sup> Cf. Charles Goyet, *Le Louage et la Propriété à l'Épreuve du Crédit-bail et du Bail Superficiaire*, LGDJ, 1983, p. 191.

<sup>665</sup> Cf. P Crocq, *Propriété et Garantie*, cit., p. 253.

<sup>666</sup> Cf. Nozawa Masamichi, *Le Transfert de Propriété à Titre de Garantie en Droit Français et en Droit Japonais*, In *Revue Internationale de Droit Comparé*, 53, n.º 3, Julho – Setembro, 2001, pp. 657-683, p. 663-664.

<sup>667</sup> Cf. T. Takagi, *Tanpobukkenhou*, (*Les sûretés*), Yuuhikaku, ed., de 1993, p. 323.

garantida. Com esta definição, o credor torna-se proprietário pleno alienada em garantia. Nesta óptica, o objectivo das partes não é o atribuir a propriedade ao credor, mas sim constituir a garantia, pelo que é necessário determinar a qualificação jurídica da alienação em garantia. Ou seja, saber se o credor adquire a propriedade plena com a celebração do contrato de alienação em garantia. Por outras palavras, se o credor adquire plenamente o direito de propriedade sobre a coisa alienada em garantia com a mera celebração do contrato de alienação em garantia. O Supremo Tribunal<sup>668</sup> japonês considera que o credor adquire o direito da propriedade plena da coisa com a celebração do contrato de alienação em garantia, ou seja, antes do incumprimento da obrigação garantida. O tribunal dividiu a questão em dois aspectos, a saber: relação entre as partes e em relação aos terceiros. Considera o tribunal que o direito de propriedade sobre a coisa objecto de garantia é transmitido ao credor e, em relação a terceiros, ela permanece na esfera jurídica do devedor, mas constitui uma situação que não prejudica o credor uma vez que este dispõe do poder de alienar a propriedade da coisa em caso de incumprimento da obrigação garantida. No fundo, esta decisão reconheceu que os bens pertenciam ao credor e ao devedor. Entretanto, naquela época, a doutrina criticou a posição da jurisprudência e nunca admitiu esse desmembramento do conceito de propriedade.<sup>669</sup> Todavia, em 1924, mudou o sentido da jurisprudência, passando a entender-se que o credor adquire plenamente a propriedade sobre a coisa alienada em garantia<sup>670</sup>.

*V. Direito de preferência ou exclusividade?* Outra questão discutida na doutrina<sup>671</sup> diz respeito aos efeitos das garantias reais, ou seja, que estas conferem ao credor a

---

<sup>668</sup> Antigo *Cour suprême*, 8 Julho 1912, Minroku, in Bull. Viv., n. ° 18, p. 691.

<sup>669</sup> Cf. Cf. Nozawa Masamichi, *Le Transfert de Propriété*, cit., p. 670.

<sup>670</sup> Cf. *Cour suprême*, 24 Dezembro de 1924, Minshuu, in Bull. Civ., 3, p. 555.

<sup>671</sup> A classificação da alienação em garantia tem suscitados problemas. Nos finais dos anos oitenta e dos anos noventa, com a alienação em garantia em destaque, a doutrina francesa a procedeu à análise do próprio conceito “garantia”, tendo em conta que o *Code Civil* conhecia, na altura, algumas disposições aplicáveis às garantias e, se fosse burilada a noção de garantia, poderiam determinar se esta compreende a alienação em garantia e quais as disposições que lhe seriam aplicáveis. Alguns autores consideram que é impossível reunir o conjunto das garantias num único conceito, cf. M. Cabrillac/Ch. Mouly, *Droit des Sûretés*, Litec, ed. de 1997, p. 2. Com efeito, P. Crocq, *Propriété et Garantie*, cit., p. 221 ss. tentou definir o conceito de garantia. Segundo o autor, a garantia (*in casu*, as garantias especiais) é caracterizada por uma finalidade, um efeito e uma técnica. A finalidade é a melhoria da situação jurídica do credor em comparação com os credores quirografários. O efeito é a extinção de crédito, através do qual o credor seria, total ou parcialmente, satisfeito. Finalmente, quanto à técnica, significa que o credor tem o direito de agir para satisfazer o seu crédito. Considera que ainda que as garantias sejam acessórias da obrigação garantida. Tendo em conta estas características, o autor considera que a titularidade - garantia não fiduciária, a reserva de propriedade e a cessão de crédito em garantia devem ser excluídas no domínio das garantias, porque não respeitam dois critérios. Primeiro, considera que nestes casos não estamos perante garantias acessórias, na medida em que, segundo o autor, são garantias que integram a relação base onde deriva a obrigação garantida e não são autonomizadas em si mesmas. Segundo, considera que, quanto à técnica, os credores titulares de garantias reais tradicionais recorrem ao processo executivo para a satisfação do seu crédito,

preferência de pagamento sobre a coisa objecto de garantia<sup>672</sup>. CROCQ considera que o conceito de preferência não tem significado quando se trata de alienação em garantia. Para o autor, a preferência supõe hipótese de direitos concorrentes sobre a mesma coisa e, em relação à alienação em garantia, essa hipótese não existe, tendo em conta a sua natureza exclusiva e, conseqüentemente, os outros credores do devedor alienante não podem ter direitos concorrentes com o direito de propriedade. Considera que a natureza exclusiva do direito da propriedade *expulsa* os direitos dos credores do devedor alienante sem sequer entrar em concorrência com eles, uma vez que a propriedade saiu do património do devedor. A alienação em garantia não confere um direito de preferência, que pressupõe concorrência entre credores, mas um direito de exclusividade que exclui essa concorrência. Assim, considera o autor que a alienação em garantia não pode ser comparada com as garantias reais tradicionais, nomeadamente penhor, hipoteca ou privilégios.<sup>673</sup>

VI. *O problema da diferença residual.* Um outro problema que se colocava diz respeito à diferença residual. Na prática, não raras vezes, verifica-se a situação em que o valor do bem alienado em garantia é superior ao valor da dívida garantida. Antes da decisão do Supremo Tribunal Japonês, de 25 de Março de 1971, o devedor não podia exigir do credor o reembolso da diferença entre o valor da dívida e o valor da coisa alienada em garantia se as acordassem que o credor pode fazer sua a coisa alienada no caso de incumprimento. Com a referida decisão, mesmo que as partes tenham

---

enquanto nestas garantias a execução consiste em *reivindicar* a permanência do direito na esfera do credor. Com efeito, o autor entende que a única titularidade garantia que integra a noção das garantias é a alienação fiduciária em garantia. Além disso, considera que a alienação fiduciária em garantia não se integra no conceito das garantias reais tradicionais, como a hipoteca ou o penhor, pelo que não se pode manter o binómio tradicional assente na *distinção* entre garantias pessoais e reais, na medida em que a alienação fiduciária em garantia não se integra nem nas garantias pessoais, nem nas garantias reais. Com efeito, o autor sugere que se deve procurar um novo critério de classificação das garantias especiais. Considera que a preferência de pagamento consiste na principal característica das garantias reais tradicionais e a determinação do objecto que consiste numa característica própria do Direito Real, motivo pelo que propôs uma classificação quadripartida: *Bens determinados + carácter preferencial* = garantias especiais preferenciais, onde inclui nomeadamente, hipoteca, penhor e fiança real; *Universalidade de bens + carácter preferencial* = garantias preferenciais gerais, privilégios creditórios e hipotecas legais não inscritas; *Universalidade de bens sem carácter preferencial* = garantias pessoais; *Bens determinados sem carácter preferencial* = alienação fiduciária em garantia. Permaneceu, cf. Jaques Mestre/Emmanuel Putman/Marc Billiau, *Traité de Droit Civil, Droit Commun des Sûretés Réelles*, LGDJ, 1996, p. 16, todavia, a discussão doutrinária que já vinha de trás [Cl. Witz, *La Fiducie - Sûreté en Droit Français*, in *L'Évolution du Droit des Sûretés*, Colloque de Deauville des 13 et 14 Juin, 1981, RJC, Fevereiro, 1982, pp. 67- 75] sobre o direito aplicável à alienação em garantia, ou seja, se deve ser aplicado o regime das garantias tradicionais ou não, sempre com a oposição de CROCQ e sobre o verdadeiro titular de direito de propriedade durante a pendência da garantia..

<sup>672</sup> Cf. M. Cabrillac/Ch. Mouly, *Droit des Sûretés*, Litec, Ed. de 1997, p. 44.

<sup>673</sup> Cf. P. Crocq, *Propriété et Garantie*, cit., p. 254.

expressamente convencionado que o credor não devolveria a diferença no caso de incumprimento, o devedor tem o direito de a exigir, porque haveria um desequilíbrio entre o ganho do credor e a perda do devedor, caso o valor da coisa dada em garantia valha muito mais do que o valor em dívida. Na óptica do tribunal, não seria justo que credor obtivesse com o incumprimento um valor superior ao que obteria com o cumprimento, impondo assim a obrigação de restituição da diferença, independentemente da estipulação das partes. Para determinar o valor a restituir ou a diferença entre o valor de crédito e o valor do bem alienado em garantia, há duas possibilidades. Primeiro, as partes podem acordar que o bem seja avaliado previamente por um especialista. Neste caso, se o valor do bem for superior ao valor da dívida, o credor deve restituir a diferença ao devedor. Segundo, no caso de incumprimento, o credor pode alienar o bem e, se o preço obtido for superior ao valor da dívida, deve restituir a diferença ao devedor.<sup>674</sup> Como veremos, esta solução veio a ser acolhida pelo legislador francês.

*VII. Direito à restituição depois do cumprimento.* Na alienação em garantia, o bem é alienado para garantir o cumprimento da obrigação. Com efeito, o devedor corre o risco de o credor alienar a coisa na pendência de garantia ou recusar-se a devolver depois do cumprimento. Num acórdão de 12 de Fevereiro de 1987, o Supremo Tribunal Japonês, num caso em que o credor, na pendência da garantia, procedeu à venda do imóvel objecto de alienação em garantia, o tribunal considera que o devedor perdeu definitivamente o direito à restituição da propriedade e, considerou extinta a obrigação garantida. No fundo, de acordo com a jurisprudência, o devedor apenas pode reivindicar do credor a restituição do bem alienado, em qualquer caso, até ao momento em que o devedor proceda à sua alienação.<sup>675</sup>

## **2.6. A progressiva consagração da alienação em garantia**

A doutrina tradicional francesa sempre resistiu à utilização da titularidade garantia, mas o legislador foi consagrando a alienação em garantia de uma forma progressiva. Em 2000, foi consagrada a figura da cessão de crédito em garantia<sup>676</sup>, através do Código

---

<sup>674</sup> Cf. Nozawa Masamichi, *Le Transfert de Propriété*, cit., p. 671.

<sup>675</sup> Cf. *Cour suprême*, de 23 Abril 1982, Kinyuu-houmu-jijyou, RDF, 1007, p. 43; *Cour suprême*, de 7 Março 1968, Minshuu, 22, 3, p. 509 e *Cour suprême*, de 22 Janeiro 1982, Minshuu 36, 1, p. 92, todos in Nozawa Masamichi, *Le Transfert de Propriété*, cit., p. 672 e Witz, *Réflexions sur la Fiducie-sureté*, JCP E 1993, I, p. 244.

<sup>676</sup> Grande parte da doutrina francesa sempre resistiu à utilização da titularidade garantia, mas uma parte já vinha admitindo a sua aplicação [Cf. M. Fontaine, *La transmission des obligations de lege ferenda*, LGDJ,

Monetário e Financeiro, artigo L. 313-24 – cessão de *crédito professionnel*.<sup>677</sup> Mais tarde, através do Código do Mercado Financeiro, o legislador admite operações sobre instrumentos financeiros<sup>678</sup>, incluídas garantias baseadas na alienação de direito. Em

---

p. 617; Th. Huc, *Traité Théorique et Pratique de la Cession et de la Transmission des Créances*, 1891, vol. I, p.172; J. Ghestin, *La transmission des obligations en droit positif français*, in *La transmission des obligations: travaux des IXes Journées d'études juridiques Jean Dabin déroulées à Louvain-la-Neuve les 23 et 24 Novembre 1978*, LGDJ, 1980, p. 5; E. Fraud, *La Notion de Transfert de Créance*, RRJ 1998, p. 817 e Puech, *Crédit Documentaire et Loi Dailly: une sûreté qui peut soulever des difficultés*, Actualités BFCE, Setembro 1986, p. 15. Deve-se realçar que já tinha previsão na Lei n.º 81-1 de 2 Janeiro de 1981]. Todavia, depois de consagrar em 1980 a possibilidade de opor a reserva de propriedade a terceiros no processo executivo, em França, foi codificado a figura da cessão de crédito em garantia, através do Código Monetário e Financeiro [<sup>676</sup> Aprovado pela *Ordonnance* 2000/1223, de 14 de Dezembro de 2000. Todavia, antes da consagração legal, a cessão de crédito em garantia já era admitida pela doutrina. Cf. J. Ghestin, *La Transmission des Obligations en Droit Positif Français*, in *La transmission des obligations: travaux des IXes Journées d'études juridiques Jean Dabin déroulées à Louvain-la-Neuve les 23 et 24 novembre 1978*, LGDJ, 1980, p. 5; G. Lepointe/R. Monier, *Les Obligations en Droit Romain et dans l'Ancien Droit Français*, Sirey, 1954, p. 486; J. Brissaud, *Cours d'Histoire Générale du Droit Français Public et Privé*, Fontemoing, 1904, p. 485; J. P. Levy/A. Castaldo, *Histoire du Droit Civil*, Dalloz, 2002, nota 710 e M. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance: élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, p. 27], artigo L. 313-24, conhecida por *cession Dailly*, uma cessão de créditos profissional, cf. P. Turcas, *Le Transfert des Créances dans le cadre de la loi Dailly*, Gaz. Pal., 1986, 1, (Pol.), p. 263.

Nesta matéria, o legislador francês imitou o sistema alemão e seguiu dois objectivos, que são o de reforçar os direitos reconhecidos ao credor e o de favorecer a circulação de crédito. O âmbito deste regime inclui a cessão de créditos de pessoas colectivas ou de créditos emergentes de actividades profissionais, cf. D. Legeais, *Cession et Nantissement de Créances Professionnelles*, Jurisclasseur Civil, Dezembro 2002, p. 26, de pessoas singulares em benefício de uma instituição de crédito. Este regime consiste num *bordereau* [Cf. M. Cabrillac, *La Cohabitation de la Traite et du Bordereau Dailly*, in *RD Bancaire et Bourse*, n.º 3, Julho/Outubro 1987, p. 75 e J. Grillot/M. de Saint-Cene, *Le Conflit entre le Cessionnaire du Bordereau Dailly et le Porteur d'une Lettre de Change non Acceptée*, in *Banque et Droit* Novembro, 1993, p. 9], que consiste num documento escrito emitido pelo cedente, em regra, ao seu banco, cf. Ch. Gavalda/J. Stoufflet, *Droit Bancaire - Institutions - Comptes- Opérations - Services*, Litec, 2005, p. 279, dispensando a notificação do cedido/devedor. O direito transfere-se na data constante do *bordereau*. Este documento deve conter um conjunto de menções obrigatórias, nomeadamente o crédito alienado. É considerada pela doutrina francesa como uma cessão oculta, cf. Le Maigat, *La Protection du Débiteur Cédé Face au Caractère Occulte de la Cession Dailly*, in *RD bancaire et financier*, 2002, n.º 2, p. 92, tendo em conta a falta de obrigatoriedade de publicidade e da notificação do devedor. O credor adquirente do crédito pode deixar o cargo de cobrar o crédito cedido ao seu devedor, assim como pode notificar o devedor cedido. Neste caso, o devedor cedido já não pode desonerar-se cumprindo perante o devedor inicial. Se o cessionário obter a aceitação expressa do credor cedido, este perde o direito de invocar excepções na sua relação com o cessionário. Em caso de cumprimento do devedor, o crédito cedido retorna automaticamente sem qualquer formalismo, cf. *Cass. Civ.*, de 19 de Setembro de 2007, in *Revue de Droit Bancaire et Financière*, Novembro - Dezembro, 2007, p. 209. A grande atractividade desta garantia deriva da sua eficácia no processo de insolvência, pois a cessão não é incluída no período de *suspeição*. Por outro lado, em caso de falência do cedente, o cessionário conserva o direito de cobrar as prestações do contrato de execução continuada, cf. M. Biliau, *La Transmission des Créances et des Dettes*, LGDJ, Paris, 2002, p. 9.

<sup>677</sup> Cf. P. Turcas, *Le Transfert des Créances dans le cadre de la loi Dailly*, Gaz. Pal., 1986, 1, (Pol.), p. 263;

<sup>678</sup> Em França, o Direito do Mercado Financeiro foi ganhando progressivamente autonomia. Esta autonomia teve início formal com a Lei de Modernização de Actividades Financeiras, *i.e.*, a Lei de 2 de Julho de 1996, Publicada in *JORF* n.º 154 de 4 de Julho de 1996, 10063. O mercado financeiro admite operações sobre instrumentos financeiros, cf. Sébastien Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, *Revue Banque Edition*, Paris, 2004, p. 21, que são contratos baseados no valor de um activo subjacente, cf. F. Auckenthaler, *Droit des Marchés de Capitaux*, LGDJ, Coleção Direito dos Negócios, Paris, 2004, p. 18. Os derivados são usados para garantir investimentos e para especular. Se, por exemplo, alguém quiser comprar um contrato de futuros, cf. J. Stoufflet, *Les Financements par Cession de Créances Futures. Etude en droit français*, *RD bancaire et financier*, Janeiro – Fevereiro, 2003, p. 67, para qualquer activo que tenha, no presente, a um preço de FCFA 1 000, e o preço dele no termo do contrato aumentar para FCFA 1 100, o investidor vai ganhar FCFA 100, que corresponde à diferença entre FCFA 1 000 e FCFA 1 100. Os mais

usados em França são os *swaps* de divisas e as taxas de juros. O mercado financeiro impõe rapidez e segurança. Com efeito, os riscos associados às operações do mercado financeiro são avultados, pelo que requerem soluções adaptáveis a tal mercado. Para satisfazer estas exigências, o Direito das Obrigações em geral e o Direito das Garantias tiveram que se adaptar e, as disposições processuais que lhe são aplicáveis são muita das vezes descartadas pela própria lei, cf. H. Nabasque, *L'Adaptation du Droit du Procédure Collectives à la Situation des Établissements Financiers*, in RD banque e bourse, Setembro – Outubro 1999, p. 148. Com efeito, o legislador introduziu certas disposições que transportam mecanismos de alienação fiduciária e que permitem os intervenientes protegerem-se melhor [A. Lienhard, *Transposition de la Directive - contrats de garantie financière*, (ordonnance du 24 février 2005), Dalloz, Paris, 2005, p. 634; H. de Vauplane, *Réforme du Netting*, Revue Banque, n.º 668, 2005, p. 8; D. Robine, *La Réforme du Droit Spécial des Garanties Financières par l'Ordonnance n.º 2005-171 du 24 février 2005*, Bull. Joly Bourse, 2005, n.º 5, p. 521; G. Eliet/A. Gauvin, *Transposition en Droit Français de la Directive "Collatéral"*, RDBF, n.º 74, Março Abril, 2005, p. 47. As garantias instituídas para garantir estas operações constituem verdadeiras alienações fiduciárias, cf. A. Pando, *Une Fiducie Française Bientôt Disponible pour les Entreprises*, Dt. & Patri, 2007, n.º 155, p. 6.

Em 2005, a Directiva de 6 de Junho de 2002, foi transposta pela *Ordonnance* de 24 de Fevereiro de 2005 - A Directiva foi transposta em França pela *Ordonnance* n.º 2005-171 de 24 de Fevereiro de 2005 - *simplificação dos procedimentos de constituição e execução dos contratos de garantias financeiras* - designada em França por *Directive MIF II* cf. Th. Bonneau, *Réforme Opérée par l'Ordonnance du 25 Février 2005*, Droit/Sociétés, n.º 6, 2005, 120, p. 32; M. Storck, *Transposition de la Directive Communautaire Relative aux Contrats de Garantie Financière*, RTD com., 2005, p. 375; J.-J. Daigre/M. Roussille, *L'Ordonnance du 24 Février 2005 sur les Garanties Financières*, Droit et patrimoine, n.º 140, Setembro, 2005, p. 25], sobre instrumentos financeiros, visa facilitar, no espaço europeu, a constituição, utilização e execução das garantias sobre estes bens. Há características em comuns nas garantias instituídas pela *Collateral*, nos termos do artigo L. 211 – 38 do *Code Monétaire et Financière*. Primeiro, o formalismo na sua constituição é reduzido, a oponibilidade da garantia a terceiros se opera frequentemente sem formalidades, que, na verdade, constitui um factor de insegurança. Em segundo, estas garantias podem conferir um direito de reutilização. Nos termos do artigo L. 211 – 38 do *Code Monétaire et Financière*, *no acto da constituição da garantia*, as partes podem acordar que o credor beneficiário pode utilizar ou alienar os bens objecto de garantia, com o encargo de restituir ao alienante o bem equivalente. Em terceiro lugar, a eficácia das garantias é quase absoluta, nos termos do artigo L. 211 – 40 do *Code Monétaire et Financière*. O artigo L. 431 – 7 do *Code Monétaire et Financière* prevê a possibilidade de utilização da titularidade para fins de garantia. O texto deste artigo foi alterado, tendo em conta a imperatividade da Directiva Europeia Relativa às Garantias Financeiras. O objectivo da directiva é de criar um regime comum minimal na Europa, no sentido de favorecer a integração dos mercados financeiros e favorecer o sistema financeiro comunitário, na medida em que a dinâmica dos mercados mobiliários impõe cada vez mais uma harmonização na matéria das garantias. Na ausência de um quadro jurídico uniforme, dificulta-se a conclusão de negócios e, assim, a eficiência do mercado, já prejudicada, particularmente em termos de equidade, pelas assimetrias informativas que a ele são endógenas e pelo consequente aumento dos custos das operações financeiras. A Directiva aplica-se para garantir o cumprimento das obrigações financeiras. Foi também, desta forma, introduzida a figura dos acordos de garantia financeira no ordenamento jurídico francês, em cumprimento da obrigação de transposição da referida Directiva n.º 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho, relativa aos acordos de garantia financeira. E, duas modalidades daqueles acordos foram alvo da particular atenção do legislador francês - a alienação fiduciária em garantia e o penhor financeiro, cf. A. Raynouard, *Les Gages de Titres et les Nantissements de Créance après l'Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés*, RJ com 2006, p. 196. Esta Directiva gerou rapidamente a reacção maioritariamente positiva da doutrina, dando lugar a várias monografias [por exemplo, Hugo Ramos Alves, *Notas sobre o penhor financeiro*, RFDUL, Ano LXI, n.º 2, 2020, pp. 347 ss.

F. Auckenthaler, *Compensation, Garantie, Cession: le nouveau régime des obligations financières*. – (*Ordonnance n.º 2005-171 du 24 février 2005 simplifiant les procédures de constitution et de réalisation des contrats de garanties financières*), JCP E, 2005, p. 1519; R. Parolai/F. Armand, *Les Sûretés en Matière Financière Projetées dans une ère Nouvelle par la Directive Collatéral, l'introduction du droit d'utilisation : le re-use à la française, une quasi - propriété?*, Banque & Droit, n.º 104, Novembro – Dezembro, 2005, p. 3; S. Praicheux, *La Transposition en Droit Français de la Directive Européenne sur les Contrats de Garantie Financière* (Comentários à *Ordonnance n.º 2005-171 de 24 Fevereiro de 2005*), RDBF, n.º 3, Maio 2005, p. 5; M.-E. Terret, *La Transposition de la Directive sur les Contrats de Garanties Financières*, Bull. Banque France, Maio, 2005, n.º 137, p. 4; S. Economou, *La Proposition de Directive Européenne sur les Contrats de Garantie Financière*, Bull. Joly Bourse, 2002, n.º 1, p. 11].

2007, França adoptou a fidúcia no seu Código Civil com a aprovação da Lei n.º 211/2007, de 19 de Fevereiro – *instituant la fiducie*<sup>679</sup> – permitindo a constituição de negócios fiduciários apenas por entidades financeiras. Em 2009, com a reforma de 2009 -112, de 30 Janeiro de 2009, instituíram disposições especiais para a alienação em garantia.

## 2.7. A resistência jurisprudencial

A jurisprudência nem sempre foi hostil às garantias criadas pela *praxis*<sup>680</sup>, sobretudo comerciais. Por exemplo, muito cedo admitiu a validade da alienação da soma monetária para a esfera jurídica do credor, tendo em conta a natureza fungível do dinheiro<sup>681</sup> em que o credor se obriga a restituir o equivalente no caso de cumprimento do devedor alienante. Assim, o credor consegue colocar aquele valor monetário fora de concurso dos credores no caso da falência do devedor alienante. Este procedimento constitui uma verdadeira alienação em garantia e com pouco formalismo quanto à constituição e execução, na medida em que não requer a instauração do processo executivo<sup>682</sup>. Com efeito, o direito de propriedade sobre a soma do dinheiro se transfere para a esfera do credor para fins de garantia, em que o credor adquirente obriga-se a restituir o equivalente da soma original no caso de cumprimento do devedor/alienante. Mesmo não tendo consagração legal, este negócio constitui uma verdadeira alienação fiduciária em garantia.<sup>683</sup> A doutrina não hesitou em considerar que esta propriedade é incompatível com os fundamentos do direito da propriedade constante no artigo 544.º do *Code*<sup>684</sup>, tanto mais que a confusão com as espécies monetárias que se encontravam na posse do credor, tendo em conta a sua qualidade fungível, leva à impossibilidade de os distinguir – negócios irregulares. De facto, com esta garantia, a situação do credor é particularmente vantajosa em caso de processo de apuramento do passivo contra o devedor: o direito adquirido em garantia não é qualificado como dívida e não concorre com outros credores. Em caso de

---

<sup>679</sup> JORF n.º 44, de 21 de Fevereiro de 2007.

<sup>680</sup> Cf. *Cass Com.*, 17 de Maio de 1994, *Bull Civ.*, IV, (1994), 142, n.º 178; *Cass Com.*, 3 de Junho de 1997, *Bull Civ.*, IV, (1997), 147, n.º 165.

<sup>681</sup> Cf. Didier R Martin, *De la Revendication des Sommes d'Argent*, Dalloz, Paris, 2002, p. 19 ss.

<sup>682</sup> Cf. Stéphane Torck, *Les sûretés sur Sommes d'Argent Après l'Ordonnance du 23 Mars 2006 Portant Réforme du Droit des Sûretés et la Loi sur la Fiducie du 19 Février 2007*, in *Revue de Droit Bancaire et Financier*, 2008, 1, p. 8.

<sup>683</sup> Aliás, actualmente é consagrado artigo 2341, n.º 1 do Code Civil, designada de moeda fiduciária e artigo 2341, n.º 2, designada de moeda escriturária.

<sup>684</sup> Cf. François Barrière, *La Fiducie-Sûreté en Droit Français*, in *Revue de droit de McGill*, V. 58, n.º 4, Junho, 2013, Paris, p. 877.

incumprimento, o credor faz sua a soma recebida em garantia numa espécie de *compensação* até ao limite ao seu crédito, restituindo diferença se houver excedente – se o valor recebido em garantia for superior ao valor da dívida garantida. Numa sentença de 19 de Dezembro de 2006, a Câmara Comercial da *Cour de cassation*<sup>685</sup> estabeleceu um princípio, nos termos do qual, além dos casos previstos em lei, o acto pelo qual o devedor transmite ao credor o seu crédito em função de garantia, todos os seus direitos sobre o credor são havidos como um penhor de crédito – *gage-espèces*.<sup>686</sup> Ou seja, a contrário da intenção das partes, o âmbito da protecção do credor é reduzido - um simples titular de direito preferencial e não de propriedade. De acordo com esta jurisprudência, as partes não podem recorrer ao princípio da liberdade contratual para alienar o direito em garantia de cumprimento de uma obrigação. No entanto e, em geral, a jurisprudência considera que a lógica da proibição do pacto de comissório não se encontra presente na alienação da soma monetária em dinheiro, na medida em que não se coloca a questão da avaliação do bem alienado, pelo que não há riscos que justifiquem a sua proibição. Por outro lado, realça a dificuldade em admitir uma transferência de direitos com apenas uma fracção de poderes sobre o mesmo, uma propriedade temporária que só será definitiva no caso de incumprimento do devedor, uma propriedade que não é um fim em si mesma, mas, acima de tudo, um meio. Esta jurisprudência chama atenção do legislador em harmonizar a matéria da alienação em garantia com o regime do processo executivo e de insolvência. Deixou ainda dúvidas sobre *numerus clausus* do direito de propriedade - há um *numerus clausus* sobre os contratos translativos de direito de propriedade, o *numerus clausus* não impede a utilização de direito de propriedade para novos fins e qual será a relação entre a característica da perpetuidade do direito de propriedade e a sua alienação em garantia?<sup>687</sup>

---

<sup>685</sup> In Bull., Civ., IV, n.º 250, p. 275.

<sup>686</sup> Recentemente, Cass Com, 26 de Maio de 2010, in Bull Civ., 2010, IV, n.º 94 reduziu o âmbito da sentença de 19 de Dezembro de 2006 do *Cour de cassation*, não o qualificando a cessão de crédito de penhor ainda considera que a cessão de crédito confere ao credor um direito exclusivo ao pagamento da dívida objecto de garantia.

<sup>687</sup> No fundo, questões levantadas por Pierre Crocq, *Propriété et garantie*, cit., p. 28 ss.. Na jurisprudência, cf. Cass Civ., 8 de Julho de 1969, in RCDP, (1971) 60: 1, p. 75.



## 2.8. A reforma de 2006 - Comissão Grimaldi

*I. Orientações gerais.* A introdução desta figura no ordenamento jurídico francês foi progressiva e recente.<sup>688</sup> Em Julho de 2003, por recomendação do Ministro da Justiça de França Dominique Perben, foi constituído um grupo de trabalho cujo objectivo era apresentar um projecto da reforma do Direito das Garantias.<sup>689</sup> Conforme a orientação governamental, o grupo de reflexão foi guiado por seguintes orientações: o Grupo procurou atribuir ao sistema jurídico francês as qualidades de acessibilidade para os cidadãos em geral e para os agentes económicos, na medida em que se considera que a segurança jurídica constitui a condição necessário para o desenvolvimento do mercado de crédito. Antes da reforma do Direito das Garantias, havia dispersão de textos, o acúmulo de reformas *ad hoc* realizadas sem visão geral e concertada, a intensidade de actividade jurisprudencial, às vezes, incerta e oscilante, o que levou o Estado a considerar que o Direito das Garantias francês não muito bem-sucedido, pois dificulta o mercado de crédito e não protege com clareza aqueles que o utilizam. Tendo a vigência de dois séculos da *constituição civil* da França, *i.e.* do *Code Civil*, era necessário adaptá-lo às vigências actuais na matéria do Direito das Garantias. Para o efeito, o Grupo de Trabalho propôs adicionar ao *Code Civil* um quarto livro intitulado *Das Garantias*, que seria dividida em dois títulos que, de acordo com a distinção clássica – Garantias Pessoais (Título I) e Garantias Reais (Título II). Por outro lado, propôs-se a “repatriação” para o *Code Civil* do penhor de instrumentos financeiros, que se encontravam previsto e regulamentado pelo Código Monetário e Financeiro, na medida em que qualquer cidadão comum possa constituir pelo que a sua regulamentação deve constar do Direito Comum. Foi igualmente proposta a inclusão no Código Civil de princípios orientadores do Direito das Garantias, de modo a reduzir os inconvenientes da fragmentação da matéria das garantias. Estes princípios deverão orientar a interpretação na matéria das garantias previstas nas leis especiais. Em segundo lugar a reforma visa eliminar os textos obsoletos do Code Civil e modernizar a matéria do Direito das Garantias. Para o efeito, o Grupo de Trabalho teve

---

<sup>688</sup> Cf. M. Grimaldi, *L'introduction de la Fiducie en Droit Français*, cit. p. 19.

<sup>689</sup> O grupo de trabalho foi constituído por um presidente, Michel Grimaldi, Professor da Universidade Panthéon-Assas - Paris II, Presidente da Associação Henri Capitant dos Amigos da Cultura Jurídica Francesa; Laurent Aynès, Professor da Universidade Panthéon-Sorbonne, Paris I; Annie Bac, Federação Bancária Francesa, Pierre Crocq, Professor da Universidade Panthéon-Assas, Paris II; Dominique dos Reis, Juíza Conselheira em *Cour d'appel* de Paris; Éliane Frémeaux, Notária de Paris; Alain Gourio, BNP-Paribas; Alain Provansal, Advogado com escritório em Marselha; Philippe Simler, Professor da Universidade Robert Schuman de Strasbourg) e Hervé Synvet, Professor da Universidade Panthéon-Assas, Paris II. O trabalho foi secretariado pelo Philippe Dupichot, Professor da Universidade Panthéon-Assas, Paris II.

em conta as solicitações das entidades públicas, profissionais e doutrina, no sentido de favorecer o crédito e salvaguardar a competitividade jurídica do mercado francês. Assim, o Grupo de Trabalho procurou formar soluções susceptíveis de favorecer o crédito nomeadamente crédito imobiliário ou ao consumidor, pela instituição da chamada hipoteca recarregável, inspirada na *reverse mortgage*; para créditos comerciais, consagração de penhor de *stocks*, incluindo futuros e pela consagração das garantias reais sobre o crédito futuro. Todavia, o Grupo procurou soluções equilibradas que protegem o credor.<sup>690</sup> A matéria das garantias constava dos diversos capítulos, artigos 2011.º e seguintes e 2071.º e seguintes do *Code*, sem definição e plano articulado. Assim, o Grupo de Trabalho considera que se deve dedicar o livro IV exclusivamente às garantias, na medida em que os contratos constitutivos de garantias deixaram de ser pequenos contratos e passam a ser auxiliares indispensáveis de crédito. Este livro deveria ser intitulado Das Garantias e a enumeração deveria começar com os números 2284.º e seguintes do *Code*, constituído por dois títulos - o primeiro, Garantias pessoais e o segundo, Garantias reais, no sentido de deixar o mais claro possível apresentação de uma matéria considerada complexa. Consideram que o texto deve incluir alguns princípios orientadores do Direito das garantias, que inclui a afirmação de que a garantia, passe a redundância, “garante” o cumprimento de uma obrigação, que não pode ser uma fonte de enriquecimento do credor e que é acessório ao crédito garantido.<sup>691</sup> Propôs-se também a definição das garantias pessoais e garantias reais, sendo a primeira definida como uma garantia nos termos do qual uma pessoa garante pessoalmente o cumprimento de uma obrigação alheia e o segundo, uma garantia nos termos do qual uma pessoa afecta um bem ao cumprimento preferencial de uma obrigação. Quanto ao direito de retenção, que se encontrava disperso pelo *Code Civil*, propôs-se a sua regulamentação, com a menção expressa de que se extingue com a devolução voluntária da coisa pelo credor (artigo 2686.º do *Code*). Finalmente, o Grupo teve a dupla preocupação de articular as disposições do *Code Civil* com as das leis processuais, nomeadamente insolvência e realçar que o *Code Civil* constitui o Direito Comum. De igual sorte, foi instituído um artigo que prevendo expressamente que as disposições do livro IV, dedicado às garantias permanecem aplicáveis, mesmo estando em curso tais processos, excepto na medida em que a lei processual derroge

---

<sup>690</sup> Cf. M. Grimaldi, *Groupe de Travail Relatif a la Reforme du Droit des Sûretés*, cit. p. 2 – 3.

<sup>691</sup> Cf. M. Grimaldi, *Groupe de Travail Relatif a la Reforme du Droit des Sûretés*, cit. p. 4.

expressamente o artigo 2290.<sup>692</sup>. Finalmente, o Grupo apresentou propostas específicas<sup>693</sup> em relação a cada uma das garantias.

*II. Reconhecimento da alienação em garantia.* Antes da reforma, a titularidade - garantia não tinha qualquer previsão específica no *Code*. Já constava, contudo em algumas leis especiais, nomeadamente a previsão da cessão de crédito profissional em garantia pela Lei n.º 81-1 de 2 Janeiro de 1981 e depois codificada pela Lei de Modernização de Actividades Financeiras – Lei de 2 de Julho de 1996<sup>694</sup>, integrado no Código do Mercado Financeiro. Por outro lado, a reserva de propriedade também não contém uma regulamentação, com excepção da sua previsão, no caso de insolvência do devedor, pelas disposições do livro VI do *Code Commerce*. Assim, o Grupo de Trabalho entendeu que a importância económica da titularidade – garantia justifica que se dedique um livro no *Code* às garantias e, que afirme a liberdade das partes em optar entre as garantias tradicionais, nomeadamente penhor ou hipoteca ou a cláusula de reserva de propriedade ou alienação em garantia. Com efeito, o Grupo apresentou a proposta de

---

<sup>692</sup> Cf. M. Grimaldi, *Groupe de Travail Relatif a la Réforme du Droit des Sûretés*, cit. p. 4.

<sup>693</sup> Quanto ao primeiro título – garantias pessoais, propôs-se que este seria dividido em três capítulos. A maioria dos membros do grupo defende uma reformulação dos títulos e a inclusão das garantias pessoais que surgiram na prática. Quanto á reforma da fiança, embora os textos que o regem tenham permanecido inalterados, a matéria da fiança foi, antes da reforma, foi objecto de reformas *ad hoc*, mas não numa escala necessária e harmoniosa. A segurança e a eficácia da fiança eram regularmente questionadas por uma jurisprudência flutuante influenciada, às vezes, por sentido de rigor e outras vezes, pela preocupação da posição do fiador, pelo que a o Grupo propôs soluções que visam estabelecer o equilíbrio entre a eficácia da fiança e os direitos do fiador. Propôs-se a definição da fiança e, em relação à fiança real, pretendeu-se, na altura, pôr fim à incerteza jurisprudencial e mencionar expressamente a sua natureza real, nos termos do artigo 2295 do *Code*. É também proposto uma distinção entre fiança convencional, judicial e legal, artigo 2299; entre fiança simples e fiança solidária, artigo 2294; entre fiança simples e fiança geral e; definir a subfiança. o Grupo teve também a atenção à reforma do regime da fiança operada pela Leis de 29 de Julho de 1998 e de 1 de Agosto de 2003, que apenas protegem fianças pessoas físicas, excluindo fianças prestadas por pessoas colectivas. Por fim, propôs-se o reforço da eficácia da fiança e facilitar a sua execução. O grupo de trabalho reconheceu que, para além da fiança, no âmbito da autonomia privada surgiram outras garantias, cuja prática é comum e geram dificuldades de qualificação que às vezes dão origem aos conflitos jurisprudências, pelo que o Grupo considerou que a garantia autónoma e as cartas de conforto devem ser consagradas no *Code Civil* - artigos 2323 e 2324. Quanto às garantias reais, propôs-se a distinção entre garantias reais legais, convencionais e judiciais; entre garantias reais mobiliárias e garantias reais imobiliárias; entre garantias reais sobre coisas determinadas e garantias reais sobre coisas indeterminadas, nos termos do artigo 2326 e seguintes. Quanto às garantias reais sobre móveis, propôs-se, resumidamente a introdução de regras de classificação dos privilégios mobiliários; reforma de penhor de coisas corpóreas; criação de penhor sem entrega, inspirado no artigo 9.º do *Uniform Commercial Code* dos Estados Unidos da América; facilitar a execução do penhor; eliminar a proibição do pacto comissório, artigo 2343 do *Code*. Sobre esta questão, houve divergência de opiniões a nível do grupo, pois o representante dos advogados considera que o princípio deve ser mantido, tendo em conta a necessidade de proteger os devedores; actualizar o regime de penhor de coisas incorpóreas e criar um novo regime do penhor de crédito; consagrar no *Code* o penhor de títulos financeiros. Quanto às garantias reais imobiliárias, artigos 2448 do *Code*, o grupo sugere a admissibilidade do pacto *anticrese*; substituição de privilégios imobiliários por hipotecas legais e judiciais; actualização do regime de hipoteca convencional; permitir a transmissão de hipoteca; simplificação de modo de execução de hipoteca, admitindo o pacto comissório. Cf. M. Grimaldi, *Groupe de Travail Relatif a la Reforme du Droit des Sûretés*, cit. p. 11 ss.

<sup>694</sup> Publicada in JORF n.º 154, de 4 de Julho de 1996, 10063.

reconhecimento legal das duas formas da titularidade-garantia (alienação em garantia e reserva da propriedade), mas de uma forma diferente: (a) alienação em garantia será objecto de mero reconhecimento; (b) a reserva de propriedade em garantia terá um regime abrangente que se aplica também à alienação em garantia.<sup>695</sup>

*III. A mera consagração da alienação em garantia.* Em relação à alienação em garantia, o Grupo de Trabalho tinha redigido um texto composto por oito artigos, quando o Senado criou uma Comissão cuja missão era apresentar propostas para a consagração da fidúcia no Ordenamento Jurídico Francês. Por isso, o Grupo de Trabalho, em função da dualidade de grupos de trabalho questionou se todas as alienações em garantia recorrem às técnicas fiduciárias, sustentando que não há dúvidas em relação ao inverso. Compreendemos esta posição porque este grupo de trabalho não admite a fidúcia estática e define a garantia fiduciária como a transferência da propriedade para fins de garantia. O grupo de trabalho criado pelo Governo soube, à época, que a Comissão criada pelo Senado entendia ser mais sensato criar um texto que integraria esta forma da titularidade-garantia – alienação em garantia. Mesmo assim, o Grupo de Trabalho criado pelo Governo apresentou a respectiva proposta de texto sobre a alienação em garantia, que dispõe que a propriedade de um móvel pode ser alienada em garantia de cumprimento de uma obrigação, nas condições previstas na lei, no seu artigo 2379.º e, esperava que fosse apreciada pela Comissão criada pelo Senado encarregue de consagrar a fidúcia no Ordenamento jurídico francês<sup>696</sup>.

*IV. Um único regime para a titularidade – garantia.* Da proposta consta a mera previsão da alienação em garantia e um regime instituído para a reserva de propriedade, também aplicável à alienação em garantia. Em relação à alienação em garantia, propôs-se a consagração de um texto que definiria a reserva de propriedade em garantia como um contrato nos termos do qual as partes suspendem a transmissão do direito da propriedade em garantia até ao cumprimento da obrigação garantida, no artigo 2870.º da proposta. Quanto à validade formal, o meio pelo qual se exterioriza a manifestação da vontade necessária a que as declarações das partes possam produzir efeitos jurídicos deve ser reduzida a escrito, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 2381.º da proposta. Nos termos do artigo 2380.º da proposta, a reserva de propriedade em garantia deve ser acessória ao crédito garantido. Outra disposição inovadora consta dos artigos 2383.º e seguintes da proposta, nos termos do qual a reserva de propriedade se estende aos frutos

---

<sup>695</sup> Cf. M. Grimaldi, *Groupe de Travail Relatif à la Reforme du Droit des Sûretés*, cit. p. 13.

<sup>696</sup> Cf. M. Grimaldi, *Groupe de Travail Relatif à la Reforme du Droit des Sûretés*, cit. p. 14.

que a coisa objecto de garantia produz e a todas as coisas que se unam a ela. Finalmente, para impedir que as partes afastem certas regras de publicidade e para que haja a segurança jurídica, coerência e transparência pretendida pela reforma, o Grupo de Trabalho sugeriu uma disposição que prevê que a reserva de propriedade sobre um bem móvel de um valor superior a um montante a fixar por decreto não produzirá efeitos em relação aos sucessores e será publicado na forma prevista para o penhor de coisas corpóreas, nos termos do artigo 2382 da proposta<sup>697</sup>.

V. *Ordonnance 2006-346*<sup>698</sup> – *regime instituído*. Antes da reforma de 2006, a cláusula de reserva de propriedade estava prevista no artigo L. 624 – 16, n.º 2 do *Code de Commerce* com o seguinte conteúdo: subordinação da transferência de propriedade ao pagamento integral do preço. O âmbito de aplicação desta disposição limita-se à compra e venda de coisas móveis, como excepção ao princípio de consensualidade e nada diz sobre o regime jurídico no caso dos processos executivos ou de falência do adquirente do bem. Por outro lado, os artigos 1138 e 1583 do *Code* não eram claros na matéria da reserva de propriedade, em especial, em garantia.

Em 1980, admitiu-se a possibilidade de opor a reserva de propriedade a terceiros no processo de falência do devedor, através da Lei de 12 de Maio de 1980 (*Loi Dubanchet*). A reforma de 2006 introduziu a reserva de propriedade no *Code Civil*, nos termos dos artigos 2367.º a 2372.º, definida como a convenção pela qual se suspende o efeito translativo do contrato até ao cumprimento integral da obrigação da contraparte. Esta consagração da reserva de propriedade visa dissipar dúvidas sobre a natureza<sup>699</sup> da reserva de propriedade e de afirmar o seu carácter acessório em relação à obrigação garantida. A natureza da reserva de propriedade suscitava muita discussão na doutrina e jurisprudência francesas – se trata de um termo, condição ou de um mecanismo original que se oscila entre termo e condição – sobre o seu carácter suspensivo ou resolutivo. Por

---

<sup>697</sup> Cf. M. Grimaldi, *Groupe de Travail Relatif à la Réforme du Droit des Sûretés*, cit. p. 16 – 17.

<sup>698</sup> Relativo às garantias, publicado no *Journal Officiel* de 23 Março de 2006, alterado por Ordonnance n.º 2009 – 112 de 30 de Janeiro de 2009, sobre diversas medidas relativas à fidúcia.

<sup>699</sup> Cf. *Cass. Comm.*, de 9 de Janeiro de 1996, in RTDCiv, 1996, p. 441. Considerando que se trata de uma condição suspensiva, cf. Ph. Simler/Ph. Delebecque, *Droit Civil, Les Sûretés, La Publicité Foncière*, Dalloz 4.ª ed., Paris, 2004, nota do texto 364. Considerando que se trata de um termo suspensivo, M. Grimaldi, *Réflexion sur les Sûretés Propriétés (À propos de la réserve de propriété)*, in *Études Dupichot J*, Bruylant 2004, p. 169 e F. Pérochon, *La Réserve de Propriété dans la Vente des Meubles Corporels*, Litec, Paris, 1988, p. 5. Considerando que se trata de uma garantia de cumprimentos, cf. Fernand Derrida, *A Propos de la Clause de Réserve de Propriété dans les Ventes Immobilières à Crédit*, Defrénois, Paris, 1989, artigo 34590; Pierre Crocq, *La Clause de Propriété en Matière Immobilière*, in *Bulletin du CRIDON*, número especial, 1992; Philippe Delebecque, *La Propriété en Tant que Sûreté dans Les Procédures Collectives*, RJcom., 1994, p. 385 e Corinne Saint-Alary Houin, *Réflexions sur le Transfert Différé de la Propriété Immobilière*, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud Dalloz*; Dalloz-Sirey, 1985, p. 733).

outro lado, a consagração daquela disposição, para além de reconhecer a validade da reserva de propriedade, afirma a sua natureza de garantia especial do texto consta que o efeito translativo do direito da propriedade sobre um bem pode ser suspenso em garantia do cumprimento. O texto da lei também afirma que a reserva de propriedade constitui uma garantia acessória em relação à obrigação garantida, de acordo com o artigo 2367.º/2 *Code Civil*. Quanto à constituição, nos termos do artigo 2367.º *Code Civil*, a cláusula de reserva de propriedade implica um acordo bilateral (*la convention*), que deve ser reduzido a escrito. A reserva de propriedade não se limita ao contrato de compra e venda, ou seja, tem um carácter geral – contratos translativos.

Quanto ao objecto, pode incidir sobre os bens móveis e imóveis, artigos 2367.º/1 e 2268 do *Code Civil*. Assiste ao credor/proprietário o direito de reivindicar o seu direito de propriedade nos processos de execução ou de insolvência, durante 90 dias a contar da publicação do processo no BODACC. Nos termos do artigo 2369.º do *Code*, se a reserva de propriedade incidir sobre um bem fungível, pode ser feita valer até à concorrência do restante crédito em dívida, sobre bens da mesma espécie e qualidade detidos pelo devedor ou por sua conta, consagrando um “direito real” sobre o valor. Esta possibilidade permite a rotatividade da reserva de propriedade. Esta solução já constava do artigo L. 624 – 16, n.º 3 do *Code Commerce*. Nos termos do artigo 2370.º do *Code*, a incorporação de um bem móvel que seja objecto de reserva de propriedade num outro bem não obsta aos direitos do credor desde que tais coisas possam ser separadas sem detrimento delas<sup>700</sup>. Nos termos do artigo 2372.º do *Code*, alienando-se ou perdendo-se o bem, o direito de propriedade transfere-se, consoante o caso, para o crédito do alienante em relação ao subadquirente ou para a indemnização do seguro sub-rogada no valor do bem, solução igual ao constante do artigo L. 624 – 18 *Code Commerce*. Este regime foi moldado pela prática e foi construído à medida do instituto socialmente típico da reserva de propriedade, consagrando na lei a possibilidade do recurso à propriedade com função de garantia. Esta solução dissipa as dúvidas, mantendo a propriedade plena na esfera jurídica do credor, não constituindo um fraccionamento da propriedade, não adoptando a solução segundo a qual constitui uma resolução com eficácia *erga omnes*. A solução adoptada reflecte a doutrina segundo a qual a transferência da propriedade fica subordinada à

---

<sup>700</sup> O conteúdo desta disposição é igual ao do artigo 76.º AUG, que ainda contém um n.º 2 que dispõe o seguinte: Caso não seja possível, o todo pertence ao proprietário da coisa que constitua a parte principal, ficando este na obrigação de pagar ao outro proprietário o valor, avaliado à data do pagamento, da coisa que àquela se uniu.

ocorrência de uma condição imprópria - cumprimento da obrigação garantida. Quanto à execução da garantia, dispõe o artigo 2371.º do *Code*, a falta de cumprimento integral da obrigação garantida, o credor pode pedir a restituição do bem de modo a recuperar o direito de dispor do mesmo. Nos termos do seu n.º 2, o valor do bem restituído é imputado, a título de cumprimento, ao saldo do crédito garantido. O n.º 3 dispõe que, quando o valor do bem restituído exceder o montante do referido saldo, o credor deve restituir ao devedor a quantia correspondente à diferença. Assim, a grande reforma do Direito das Garantias realizada em 2006, pela *Ordonnance* n.º 2006-346, de 23 Março de 2006, procedeu a uma profunda reforma sobre a matéria. Uma reforma formal, que aperfeiçoou bastante a acessibilidade e a inteligibilidade do Direito das Garantias, com a criação de um novo livro do *Code Civil* exclusivamente dedicado às garantias especiais, reais e pessoais, anteriormente dispersos pelo código. Por outro lado, por um novo plano de apresentação das garantias reais fundadas na natureza do seu objecto e não com critério de desapossamento; pelo reconhecimento legal de garantias socialmente típicas que não constavam do *Code Civil*, nomeadamente a garantia autónoma, as cartas de conforto, a reserva de propriedade e o direito de retenção.

Por outro lado, procedeu à reforma substancial, na medida em que instituiu um equilíbrio entre a eficiência económica pretendida pelos credores e a devida protecção dos devedores, através da modernização do penhor, passando a ser possível a sua constituição com ou sem a desapossamento do devedor, tendo por objecto bem presente ou futuro, como garantia sobre o crédito presente e o crédito futuro, pela flexibilização do regime de penhor de crédito, pela introdução<sup>701</sup> de novas formas de execução das garantias aplicáveis a todas as garantias convencionais – execução judicial e pacto marciano (designado pela doutrina francesa de pacto comissório), pela criação de novas modalidades de garantias reais imobiliárias, no sentido de diminuir os custos associados a estas garantias – “hipotecas recarregáveis” e “hipotecas vitalícias”.

Com efeito, as sugestões da Comissão Grimaldi na matéria de alienação em garantia não foram adoptadas nesta reforma, porque foi criada pelo Senado, na mesma altura, uma comissão encarregue de consagrar a fidúcia (inclusive garantias fiduciárias) no Ordenamento jurídico francês, que vamos analisar de seguida. Apesar desta Comissão

---

<sup>701</sup> Cf. Yannick Blandin, *De la réforme des sûretés après l'adoption par l'Assemblée nationale du projet de loi PACTE*, Dalloz, *Actualité – Sûretés*, artigo publicado a 24 de Outubro de 2018, disponível in [www.dalloz-actualite.fr](http://www.dalloz-actualite.fr).

ter sido criada com o objectivo de instituir legalmente os negócios fiduciários<sup>702</sup>, consideramos que a Comissão Grimaldi já tinha instituído uma das garantias fiduciárias,

---

<sup>702</sup> Deve-se realçar que esta não é a primeira vez que o Estado francês tentou instituir a fidúcia. Seria injusto considerar que os sucessivos Governos franceses não se aperceberam da necessidade de evoluir no sentido de permitir o recurso a mecanismos fiduciários. Várias foram redigidos projectos de reforma para estabelecer um regime geral dos negócios fiduciários nomeadamente em 1989, 1992 e 1994, mas não tiveram êxito devido às precauções relacionadas com as complexas questões legais e tributárias. Após várias tentativas fracassadas, o Parlamento francês, em Fevereiro de 2005, criou um grupo de trabalho – Comissão das Finanças do Senado (Daqui em diante, Comissão Senado) – liderado por PHILIPPE MARINI, com o objectivo de elaborar propostas para introduzir a fidúcia no respectivo Ordenamento jurídico. Em 17 de Outubro de 2006, a proposta foi apresentada ao Senado e discutida na Assembleia Nacional no dia 1 de Fevereiro de 2007. A análise do projecto de lei aprovado pelo Senado constituiu um marco importante, na medida em que antes as duas assembleias nunca tiveram a oportunidade de debater um texto dedicado à fidúcia. No entanto, é de notar que o texto resultante da proposta apresentada inicialmente no Senado diverge bastante, tanto na forma como na substância, do texto apresentado na Assembleia Nacional. Além de uma redução de 33 para 18 artigos, o Senado também procedeu às alterações originadas em grande parte da reflexão conjunta dos Ministérios da Justiça e da Economia e Finanças, sobre a instituição da fidúcia. Quanto ao conteúdo, a influência do Governo justificou muitas alterações, nomeadamente a redução de uma parte de aplicação dos negócios fiduciários às pessoas colectivas o que criou um dilema à Assembleia Nacional em adoptar a versão “aprovada” pelo Governo ou melhorá-la, dificultando o seu resultado. Destas duas possibilidades, optou-se pela primeira que não impediria os aperfeiçoamentos subsequentes, em função da prática. Os principais fundamentos que o Senado utilizou para a instituição da fidúcia no ordenamento jurídico francês são os seguintes: cf. M. Xavier de Roux, *Rapport Fait au Nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration Générale de la République sur la Proposition de Loi (n° 3385), Adoptée par le Sénat, Instituant la Fiducie*, Senado, 178 (2004-2005), 11 e TA, 14 (2006-2007), p. 7-8.

*Substituição fideicomissária* - encargo que uma pessoa (fideicomitente), confiando na lealdade e honradez de outra pessoa (fiduciário) lhe dirige para que realize determinada actividade a favor de terceira pessoa (fideicomissário) depois da morte do fideicomitente. Na idade média, em especial, na época das cruzadas, era frequente em França, os soldados quando partiam para a terra santa, transmitirem os seus bens aos terceiros para retransmitir aos herdeiros ou ao soldado conforme morresse, em combate ou regressassem -- A revolução francesa gerou o declínio da figura do fideicomisso por através da Lei de 14 de Novembro de 1792 que proibiu, de forma absoluta, “as instituições fideicomissárias” por serem *contrárias aos novos princípios políticos*. Todavia, as pessoas começaram a adoptar outras figuras como os morgados ou usados outros institutos para contornar a proibição de constituição de fideicomissos, como o usufruto sucessivo ou legado condicional.

*Fiducia cum creditore* – o Senado realçou que a fidúcia não constitui propriamente uma novidade e realçou a importância desempenhada pela *Fiducia cum creditore* no âmbito das garantias reais no Direito Romano; *Trust/Fiducia cum creditore* - entende-se que, à data, a França era um dos poucos países europeus que não instituiu o negócio fiduciário da origem romana ou o *trust* anglo-saxónico, que provaram ser muito flexíveis de usar e, particularmente eficazes em contexto comercial ou para o financiamento internacional;

*Direito Comunitário /Internacional* - o contexto jurídico comunitário e internacional já empurra a França para a evolução do Direito interno, pois assinara a Convenção de Haia, de 1 de Julho de 1985, relativa ao Direito aplicável ao *trust* e ao seu reconhecimento, e não podia prolongar eternamente o prazo para a ratificação de tal instrumento jurídico internacional. Em 15 de Novembro de 2001 - a Directiva Comunitária n.º 90/434/CEE do Conselho, de 23 de Julho, revogada pela Directiva n.º 2009/133/CE do Conselho, de 19 de Outubro de 2009, com o propósito de consolidar as alterações posterior efectuadas à redacção original, aprovou o regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, entradas de activos e permuta de participações sociais transfronteiriças, também conhecido por regime de neutralidade fiscal. O regime de neutralidade fiscal prevê o diferimento da tributação incidente sobre as operações de reestruturação. Num mercado em constante mutação, as empresas são obrigadas a adaptar-se continuamente às exigências que lhe são impostas para sobreviver e prosperar. Uma das condicionantes externas com que as empresas se defrontam é a fiscalidade, a qual nem sempre respeita o princípio da neutralidade. Considera-se que se a neutralidade fiscal fosse perfeita, a fiscalidade não teria qualquer relevância nas opções de gestão e de alocação de recursos das empresas. É nessa “...ausência de intervenção da fiscalidade...” que consiste a neutralidade fiscal de um sistema de impostos. Como, porém, recorda o autor, muitas vezes “...o sistema fiscal neutro é um modelo que parece servir apenas para graduar a dimensão do afastamento (...) em concreto, em face do mesmo, cf. Américo Brás Carlos, *Impostos – Teoria Geral*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 286 - o Parlamento



pois a posição do credor/reservatário é caracterizada exactamente pela fidúcia – continua a ser proprietário, mas tendo em conta os fins de garantia, o seu poder de actuação sobre o bem que lhe pertence é limitado exactamente pela estrutura e fins do negócio de garantia.

VII. *Uma consagração mínima.* Os senadores pretendiam garantir transparência<sup>703</sup> e neutralidade fiscal<sup>704</sup> sobre a fidúcia. Esta persistência dos senadores diverge de pontos

---

Europeu adoptou uma resolução exigindo a harmonização do Direito interno dos Estados-Membros em vários domínios, incluindo o do *trust*. Finalmente, em 2 de Maio de 2003, a Comissão Europeia estabeleceu um contrato modelo de *trust* aplicável à fusão de grupos de sociedades sujeitos à autorização da Direcção Geral de Concorrência, para que as empresas francesas se reestruturassem a nível europeu e que tenham oportunidades que não existiam a nível interno [A aplicação do *trust* cresceu significativamente em todo o mundo. Nos anos que antecedem a constituição da Comissão Senado, a Escócia, Liechtenstein, África do Sul, Etiópia, Israel, Porto Rico, Japão Federação Russa República Popular da China Luxemburgo e Líbano já tinham instituído o *trust* nos respectivos Direitos internos;

*Evasão fiscal/branqueamento de capitais* - desde há muito tempo, a fidúcia era vista como um meio de evasão fiscal e branqueamento de capitais, por falta de garantias suficientemente e sólidas. O Senado demonstra que é possível instituir os negócios fiduciários e prevenir estas práticas, tendo em conta o seu regime. Por outro lado, realçou-se que o sistema francês já vinha instituindo progressivamente os negócios fiduciários sem lhe atribuir esse nome, nomeadamente a *cession Dailly* e a alienação em garantia de instrumentos financeiros e que estes instrumentos, tendo em conta as suas especificidades, não abrangem o vasto campo dos negócios fiduciários;

*Domínio abrangente* - Considerou-se que a fidúcia constitui um instrumento legal útil em diversos domínios, na medida em que permitir resolver problemas na matéria das sucessões, pode facilitar a gestão de patrimónios e pode contribuir para reforçar as garantias dos credores e, em muitos países, já se recorria com frequência aos negócios fiduciários, pelo que a França não podia continuar a constituir excepção.

<sup>703</sup> Sendo a transferência do direito de propriedade um dos principais efeitos da fidúcia translativa, é frequente levantar suspeitas sobre as razões por trás que levam certas entidades económicas ou financeiras a recorrer à fidúcia. Com efeito, entende-se que a transparência constitui um dos meios possíveis para superar as respectivas suspeitas, pelo que a questão foi debatida no Senado, tendo sido apresentadas relativa à rastreabilidade económica. Na redacção original da proposta, existiam cerca de 5 artigos muito detalhados e precisos sobre a transparência contabilística das operações fiduciárias. A proposta obrigava o fiduciário a elaborar uma lista de direitos, créditos e dívidas relacionadas com a execução do contrato fiduciário, bem como uma demonstração de receitas e despesas de modo a apresentar um resultado da exploração do património fiduciário. Esses elementos deviam ser fornecidos anualmente aos figurantes e beneficiários. Assim, foi adoptada a solução de apresentar estes aspectos num único artigo da proposta (o artigo 12.º), constituindo um capítulo específico sobre operações contabilísticas, contendo elementos e princípios, nomeadamente prevendo a constituição de contas autónomas da administração fiduciária e a apresentação anual de contas com base no modelo previsto no *Code de Commerce* e controlado pelo revisor oficial de contas, se for aplicável.

<sup>704</sup> A fidúcia deve constituir uma ferramenta jurídica e não um instrumento de optimização fiscal, susceptível de favorecer a evasão fiscal. As preocupações fiscais influenciaram as propostas apresentadas pelo Senado, o impacto fiscal da reforma mereceu a preocupação, tanto assim que, do texto original, cerca de 20 artigos num total de 33 foram dedicados à questão. Com as revisões efectuadas dos artigos 3.º a 11.º do texto submetido à Assembleia Nacional, constam aspectos que visam garantir a neutralidade e transparência fiscal das actividades incluídas no âmbito da fidúcia, sendo de assinalar as seguintes orientações: *Actividade fiduciária sem evasão aos impostos* – a proposta apresentada inclui duas soluções para alcançar este objectivo. Primeiro, restringiu-se o âmbito da fidúcia (fiduciário) apenas às sociedades sujeitas ao imposto sobre rendimento das pessoas colectivas. Em segundo lugar, o Senado e o Governo propuseram um conjunto de disposições que cobre conjunto de aspectos susceptíveis de gerar receitas fiscais. Com efeito, de acordo com a proposta, será necessário o registo de todos os actos de constituição, modificação e extinção dos negócios fiduciários, bem como a transferência da propriedade e direitos complementares ao fiduciário. Todos esses actos de transferência para a esfera jurídica do fiduciário serão sujeitos às taxas previstas nas tabelas de emolumentos dos actos dos registos e notariado. Todavia, importa realçar que foi proposto que o acto da retransmissão/restituição de todo ou em parte do património fiduciário

de vista com o Governo, que pretendia limitar o âmbito de aplicação dos negócios fiduciários apenas às sociedades sujeitas ao imposto sobre o rendimento das pessoas colectivas. Na altura, a Ministra delegada do Comércio Externo, Christine Lagarde, considerava ser legítimo limitar o âmbito de aplicação dos negócios fiduciários para evitar a sua aplicação indevida para fins de evasão fiscal ou branqueamento de capitais. Houve intensas discussões sobre este aspecto, acabando por prevalecer a posição do Governo, o que acabou por caracterizar as conclusões da Comissão que manifestam precauções para evitar essa aplicação indevida da fidúcia. A proposta inicial distinguia duas modalidades da fidúcia, para gestão e para garantia, mas foi decidido atribuir à fidúcia uma estrutura única, mais ampla e flexível. Também o Senado tentou limitar, ao máximo, as regras imperativas, a fim de promover a liberdade contratual, sem prejuízo de ter advogado que alguns aspectos específicos podiam ser regidos pelo direito comum nomeadamente, a transferência de risco e a responsabilidade civil. O Senado considera que a fidúcia deve ser caracterizada pela facilidade na constituição e facilidade de aplicação, porque caso contrário, o público a que se destina, pelo contrário, recorrerá ao *trust*, o que poderá deslocar as operações que esperam ver realizadas em França. Foi também proposto<sup>705</sup>

---

não será sujeito às taxas previstas nas tabelas de emolumentos dos actos dos registos e notariado, artigo 3.º da proposta. Se a transmissão for feita com a intenção da liberalidade, o imposto deverá incidir sobre o valor de bens à data de transmissão. Quanto ao imposto sobre o valor acrescentado deverá ser pago pelo fiduciário, e incidirá sobre a sua actividade fiduciária. O fiduciário deverá pagar igualmente o imposto profissional e impostos referentes aos municípios onde se situam os bens objecto de fidúcia, no sentido de garantir a neutralidade fiscal da gestão fiduciária;

*Reforço de poderes de controlo de Administração Fiscal* – nos termos do artigo 10.º da proposta, a Administração fiscal pode verificar as operações/actividades do fiduciário. O contrato de fidúcia não será oponível à Administração fiscal.

<sup>705</sup> Antes da análise e apresentação das propostas, foi encarregue ANTOINE BUREAU *Le Contrat de Fiducie: Étude de Droit Comparé Allemagne, France, Luxembourg*, Juripôle de Lorraine, de efectuar um estudo histórico e de Direito Comparado sobre os negócios fiduciários. O autor apresentou um texto composto por dois capítulos – (I) apresentação do contrato de fidúcia (características do contrato de fidúcia e consequências práticas da transferência fiduciária) e (II) aplicações do contrato de fidúcia (aplicações na fidúcia para gestão e aplicações na fidúcia para garantia). Este estudo forneceu os elementos que caracterizam os negócios fiduciários, elementos históricos, aplicação prática em diferentes países e um levantamento exaustivo do Direito Interno francês na matéria dos negócios fiduciários que permitiram a Comissão analisar e avaliar as propostas de soluções tendo em conta os princípios que norteiam o Direito Francês. Considera-se que de acordo com a tradição dos sistema jurídico romano-germânico, a fidúcia da parte da matéria dos contratos. Constitui uma figura cujo objecto parece simples na medida em que através dela se opera a transferência da propriedade para uma finalidade específica e que, em termos legais, esse efeito translativo da propriedade contém vários limites. A Comissão Senado, antes de analisar o conceito da fidúcia que se pretende introduzir no sistema jurídico francês, analisou as características fundamentais do instituto à luz do direito e das experiências estrangeiras e discriminar os aspectos de que a França carecia: cf. M. Xavier de Roux, *Rapport Fait au Nom de la Commission.*, cit., p. 10:

*Transferência temporária e limitada da propriedade* - Sendo um contrato sinalagmático, a fidúcia contém duas obrigações principais, que são a obrigação do fiduciante em transmitir o direito ao fiduciário e a obrigação do fiduciário, por um tempo específico, de administrar o referido bem em benefício de um terceiro, posição próxima à do terceiro beneficiário. Considerou-se que com a celebração do negócio fiduciário, o fiduciário adquiria a propriedade plena do bem, pelo que se este transmitir o mesmo direito a

terceiro, mesmo gratuitamente, este último passa a ser proprietário e o fiduciante apenas pode responsabilizar pessoalmente o fiduciário. Por isso, a Comissão considera que a propriedade fiduciária constitui uma *propriété dégradée*, cf. M. Xavier de Roux, *Rapport Fait au Nom de la Commission...*, cit., p. 11.

*Criação de um património de afectação* - Em princípio, o bem transmitido fiduciariamente é administrado em separado do património do fiduciário/adquirente, razão pela qual se considera que o património fiduciário constitui um património particular, pois constitui um património de afectação separado do património pessoal do fiduciário. O património de afectação abrange duas características fundamentais que são um fim fundamentador da afectação e um gestor do património. Conforme considera a Comissão Senado, o Direito francês tem dificuldades em lidar com o património sem titular. Nesta lógica, a dificuldade reside no facto de se entender que o bem transferido entra para o património do fiduciário sem que lhe pertença definitivamente, porque deverá restituí-lo ocorrido um certo prazo ou evento. Na altura, em vez de recorrer à técnica societária de criar uma entidade jurídica especificamente dedicada à gestão do património fiduciário, a maioria dos países que instituíram o regime da fidúcia optaram, para contornar esta dificuldade, por uma solução baseada na separação do património fiduciário. A Comissão do Senado considera que esta solução apresenta duas vantagens para os beneficiários, na medida em que evita a confusão entre o património do fiduciário e exclui o património fiduciário da execução dos credores do fiduciário, cf. M. Xavier de Roux, *Rapport Fait au Nom de la Commission...*, cit., p. 11. O problema é que o conceito de afectação entra em contradição com o princípio da unidade e indivisibilidade do património que o Direito francês impulsiona desde o século XIX. Este argumento já era invocado pela doutrina para impedir o reconhecimento da fidúcia na ordem jurídica francesa em especial, no Direito Civil. Outro argumento contra a criação de património de afectação é a redução da garantia geral dos credores, previsto nos artigos 2284.º e 2285.º [Correspondentes aos nossos artigos 601.º e seguintes do Código de 66] do *Code Civil*, na medida em que pelas dívidas do fiduciante e do fiduciário não responderão a totalidade dos respectivos patrimónios. Todavia, a Comissão fundamenta e considera que o que importa é que este património de afectação tem um carácter temporário e a discussão não deve cingir-se na dualidade de patrimónios. Finalmente, sustenta que não há princípio que não comporte excepções, pelo que este argumento não pode impedir a consagração legal da fidúcia, cf. M. Xavier de Roux, *Rapport Fait au Nom de la Commission...*, cit., p. 11.

*Transversalidade da proposta – transmissão, administração e garantia* - De acordo com o relatório do Senado, a fidúcia, de acordo com estudo realizado por ANTOINE BUREAU, *Le Contrat de Fiducie: Étude de Droit Comparé Allemagne, France, Luxembourg*, cit., constitui um contrato de prestação de serviços, com uma dualidade – transferência voluntária e solene de direito de propriedade (*mancipatio*), ao qual se junta um pacto (*pactum fiduciae*). Este pacto determina as condições em que o direito é transferido. Considera o estudo que é na transferência da propriedade associada a vários fins é que se pode reconhecer o mecanismo fiduciário, que podem ser, nomeadamente, os seguintes, cf. M. Xavier de Roux, *Rapport Fait au Nom de la Commission...*, cit., p. 11 e seguintes:

*Fidúcia com fins de transmissão* - esta modalidade da fidúcia visa facilitar, no âmbito de autonomia privada, a sucessão das pessoas singulares. Nesta modalidade, o fiduciante transfere o direito ao fiduciário encarregado de lhes transmitir, numa data determinada, gratuitamente a um beneficiário, fora das regras normais da sucessão, o que pode gerar muitas vantagens ao fiduciário, nomeadamente: adiar, com o tempo, as consequências sucessórias da morte do fiduciário, evitando a indivisão dos bens, findo o qual, o património desaparece com a venda e partilha dos bens; manter intacto o património e garantir aos beneficiários o mesmo nível de rendimento, porque, na maioria das vezes, a partilha gera menos rendimento aos herdeiros, devido à fragmentação do património; considerar, além dos limites testamentários, uma série de hipóteses de transmissão por causa da morte, nomeadamente exigir que o fiduciário prestar alimento aos netos que ficaram órfãos antes de atingir a maioridade; favorecer a transmissão patrimonial de avós a netos, de forma a evitar a prodigalidade ou a má gestão dos pais. Estas figuras não se confundem com o mandato com efeitos póstumos, nos termos do qual o mandatário encarrega-se de, sob poderes conferidos ao executor testamentário, gerir todo ou parte de uma sucessão por conta e interesse de um dos mandatários. Nesta figura não há transmissão de direito. Esta figura foi consagrada pelo artigo 812.º do *Code Civil*, que também instituiu a liberalidade gradual e residual, através dos artigos 1048.º e 1049.º do *Code*, pela Lei de 23 Junho de 2006, referente à reforma do Direito das Sucessões. Considera o Senado que estas formas de transmissão da propriedade fazem lembrar a fidúcia devido às similitudes. Tendo em conta estas considerações, levou o Senado a restringir o âmbito da fidúcia às suas duas funções tradicionais: gestão de bens e a constituição da garantia; *Fidúcia para fins de gestão* – a fidúcia com fins de gestão de um património foi apresentada com simplicidade e flexibilidade. Quanto aos efeitos, o direito transfere-se para a esfera jurídica do fiduciário, encarregue de o gerir no interesse do fiduciante ou de terceiro beneficiário. A remuneração do fiduciário dependerá da autonomia das partes. O Senado reconhece que, às vezes, o fiduciário é um mero

pelo Senado o alargamento do âmbito do escopo da fidúcia para incluir a constituição gestão e execução de garantias de vários credores, artigo 16.º da proposta, o que permite o agente de garantias, que na altura, já era instituída noutros ordenamentos jurídicos.

*VIII. Ortodoxo no objecto.* O Senado considera que a fidúcia deve ser caracterizada pela facilidade na constituição e facilidade de aplicação, mas também pretendeu manter o equilíbrio necessário entre estes aspectos, assegurando que não haja aplicação fraudulenta<sup>706</sup> dos negócios fiduciários a instituir. Esta garantia abrange o

---

intermediário para uma transmissão onerosa, em que a transmissão do bem para o fiduciário tem por fim a transmissão para um terceiro beneficiário. Com efeito, o Senado considera que a instituição da fidúcia para fins de gestão visa facilitar a realização de operações bancárias e financeiras complexas, que o mandato não consegue resolver com facilidade. Aplica-se, sobretudo, nos casos de emissão de obrigações e operações de titularização de créditos, em que se transfere para uma estrutura especializada o conjunto de dívidas, a fim de emitir títulos convertíveis. Para efectuar estas operações, as empresas francesas eram obrigadas, na maioria dos casos, a recorrer ao *trust* norte-americano. Considera o Senado que estas operações podem ser exercidas pela fidúcia. E, ainda em relação à fidúcia para gestão, o Senado considera que pode ser muito relevante enquanto se aguarda uma decisão administrativa ou judicial de um litígio; *Fidúcia para fins de garantia* – O Senado realçou que o uso da propriedade para fins de garantia já era previsto no Direito francês. O artigo 2367.º do *Code Civil* prevê a figura da reserva de propriedade. Realçou também que a alienação em garantia não era bem conhecida do Direito francês, embora já tenha demonstrado vantagens reais no estrangeiro. O Senado fundamenta a opinião com o facto de a alienação em garantia ter sido descoberta na *fiducia cum creditore* do Direito romano e consistir num negócio jurídico, nos termos do qual o devedor transfere para o credor um direito para garantir o cumprimento de uma obrigação. A propriedade é, assim, utilizada para alcançar um propósito exclusivo - pagamento preferencial de uma dívida. Considera-se que constitui uma garantia completa para o credor que procura uma garantia real. O fiduciário não deve ser necessariamente credor, pois este pode ter relações estreitas com o fiduciário ao ponto de se sentir satisfeito com esta solução. Neste caso, se o credor cumprir a obrigação garantida, o fiduciário é obrigado a retransmitir-lhe os bens transmitidos em garantia fiduciária. Caso contrário, se o devedor não cumprir a sua obrigação, o credor é assume a qualidade do beneficiário da fidúcia e, o fiduciário é obrigado e lhe transmitir os bens. Por outro lado, o Senado considera na altura que a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis terá pouca atractividade, na medida em que a hipoteca já constituía uma garantia satisfatória. Em relação aos bens móveis, considera que a situação era bem diferente, na medida em que a inconveniência e menor graduação do penhor sem entrega aumentava interesse na alienação em garantia. Ainda considera que nada proíbe a celebração da fidúcia com a finalidade de executar uma venda comercial, sendo o fiduciário responsável pelo reembolso das dívidas previamente contraídas pelo fiduciário. Realça o Senado que se notava a ambiguidade no Direito francês, na medida em que se verifica a previsão legal de alguns institutos fortemente inspirados na fidúcia para fins de garantia em sectores relacionados com actividades económica, sem reconhecer uma figura geral do negócio fiduciário. São, nomeadamente estas figuras, a venda a retro, que já se encontrava prevista nos artigos 1659.º a 1673.º do *Code Civil*; cessão de crédito profissional para fins de garantia - *cession Dailly*, previstos nos artigos L. 313-23 a L. 313-29 e artigo L. 313-35 do Código Monetário e Financeiro. Todas estas situações são consideradas pelo Senado como fidúcia inominado. Assim, considerou-se que estas relações fiduciárias *sem nome* demonstravam em si mesmo que era lógico adoptar uma figura geral da fidúcia, neste caso, fidúcia para fins de garantia, cf. M. Xavier de Roux, *Rapport Fait au Nom de la Commission...*, cit., p. 14.

<sup>706</sup> Para fazer face a esta preocupação, o Senado propôs obrigar o fiduciário a declarar valores ou operações fiduciárias suspeitas de terem origem ilegal. Para o efeito, foi proposta a instituição de um registo nacional de todos os contratos fiduciários de modo a centralizar as informações e permitir o seu monitoramento mais eficiente por parte dos serviços do Estado, nomeadamente entidades responsáveis pelo combate de branqueamento de capitais, financiamento de terrorismo ou evasão fiscal. Por coerência, foi atribuído um “direito à informação” às autoridades administrativas e judiciais que lhes permite aceder aos documentos relativos às operações fiduciárias. Finalmente, a possibilidade de celebrar um contrato de fidúcia de acordo com Direito francês, de acordo com a proposta, foi restringido a pessoas residentes num dos Estados da União Europeia ou num Estado que tenha concluído um tratado na matéria tributária que contenha uma cláusula de assistência administrativa, a fim de combater a fraude e a evasão fiscal, artigo 13.º da proposta.

próprio negócio fiduciário e as partes, razão pela qual as propostas foram feitas com seguintes especificidades: *Proibição da fidúcia para fins de liberalidades* – esta proibição visa impedir que as partes recorram ao negócio fiduciário para contornar as regras sucessórias e das doações. Sob pena de nulidade, deve haver uma contrapartida equivalente ao bem alienado fiduciariamente. No caso de garantia, será o crédito garantido. *Limitação de direitos dos credores do património fiduciário ao seio dos créditos que nasceram da conservação ou gestão em si*. Entendeu-se que os credores serão capazes perseguir e executar o património fiduciário em caso de transferência fraudulenta. Todavia, foi apresentada proposta, nos termos do qual, o património do fiduciante constitui a garantia geral dos credores, excepto estipulação em contrária no próprio contrato fiduciário, que também pode limitar apenas as obrigações nascidas no seio de gestão fiduciária. *Alterações contratuais* – foi proposto que qualquer alteração contratual carece do consentimento prévio e expresso do beneficiário da fidúcia, para evitar a revogação infundada do contrato unilateralmente por parte do fiduciante. *Proibição de transferência de direito durante o período suspeito* – foi proibida a transferência, em fidúcia, de direito de um património durante o período de suspeição no âmbito do processo colectivo de apuramento de passivo. Assim, considera-se nula qualquer transferência de propriedade ou outro direito para um património fiduciário desde a data da cessação de pagamentos. Esta solução visa impedir a criação de um património fiduciário com o fim de subtrair certos bens da liquidação a favor dos credores. *Qualidade de fiduciário* - em relação aos requisitos relacionados às partes do contrato de fidúcia, a proposta do Senado foi no sentido de apenas as pessoas colectivas – instituições financeiras autorizadas – poderem ser fiduciários. Embora o projecto inicial tenha um leque mais vasto, tendo em conta que o facto de que não apenas pessoas colectivas, mas também as pessoas singulares podem exercer funções do fiduciário, da proposta final consta que apenas os estabelecimentos de crédito, as seguradoras e sociedades de investimento podem ser fiduciários, na medida em que são objecto de controlos administrativos rigorosos. Considera uma parte do Senado que seria sem dúvida desejável incluir, no leque de pessoas que podem ser fiduciários, as profissões jurídicas regulamentadas, nomeadamente os advogados. Todavia, consideram que, no futuro, é provável o alargamento deste leque. Também foi proposto que o fiduciante possa indicar uma pessoa para proteger os seus interesses durante a execução do contrato fiduciário, dispondo de poderes não tão amplos como os do fiduciário,

## 2.9. Lei 2007-211 - A *pálida* consagração da alienação em garantia

I. *O texto*<sup>707</sup>. O texto adoptado definitivamente procedeu à reforma efectuada, consagrando e estabelecendo os principais aspectos de regime jurídico dos negócios fiduciários, conferindo uma nova redacção ao título XIV do livro III – diferentes formas de aquisição de propriedade - do *Code*. A fidúcia consta do artigo 2011.º do *Code*, onde se pode ler: “*a fidúcia é a operação pela qual um ou vários constituintes transferem bens, direitos ou garantias, ou conjunto de bens, direitos ou garantias, presentes ou futuros, a um ou vários fiduciários que, tendo-os separado do seu próprio património, ajam com um fim determinado em benefício de um ou vários beneficiários*”. A fidúcia francesa constitui, assim, um negócio, nos termos do qual um ou vários constituintes transferem um bem, direitos ou garantias, ou um conjunto de bens, direitos ou garantias, presentes ou futuros, a um ou vários fiduciários, que os mantêm separados do seu património, actuando dentro de um objectivo determinado em proveito de um ou vários beneficiários. Não se toma partido acerca do tipo de propriedade que é transferida para o fiduciário, nem sobre a qualidade dos direitos adquiridos pelo beneficiário, cuja posição é remetida para um sujeito que realiza a gestão do património em conformidade com o estipulado. Como vimos, por preocupações fiscais, nos termos do artigo 2015.º, permitiu-se a constituição de negócios fiduciários apenas por pessoas colectivas, justificada esta restrição por razões de evitar uma possível evasão fiscal e branqueamento de capitais. Assim, o legislador criou uma fidúcia legal, que congrega nela várias fidúcias inominadas, presentes na prática contratual cuja validade foi admitida por parte de jurisprudência. Nos termos do artigo 1012.º, a fidúcia pode ser constituída pela lei ou pelo contrato; neste último caso, desde que haja declaração expressa neste sentido. As partes são o constituinte (fiduciante) e fiduciário. O beneficiário pode ser um terceiro ou o próprio constituinte. O fiduciário não pode ser beneficiário, com excepção da fidúcia para fins de garantia em que o fiduciário pode ser credor ou terceiro contrato para o efeito. Quando se celebra um negócio fiduciário, este deve ser registado nas autoridades fiscais. Quanto à forma, o contrato deve ser reduzido a escrito. Em relação à publicidade, sob pena de nulidade, deve-se proceder ao registo do contrato de fidúcia no prazo de 30 dias a contar da sua celebração, prevendo-se a constituição de um registo nacional de fidúcias (artigo 2019.º do *Code*). Para que produza efeitos em relação a terceiros, deve-se proceder ao registo,

---

<sup>707</sup> Aprovado pela Lei n.º 211/2007, de 19 de Fevereiro de 2007 – *Instituant la Fiducie*, JORF n.º 44, de 21 de Fevereiro de 2007, publicada in artigo 1.º JORF de 21 Fevereiro de 2007, alterada pelo artigo 17.º da *Ordonnance* n.º 2017-1107 de 22 Junho de 2017.

caso o bem transmitido fiduciariamente seja um imóvel. Esta última publicidade é uma exigência introduzida pelo Decreto 55-22, de 4 de Janeiro de 1955<sup>708</sup>, que consiste no dever de registar as operações relativas a direitos sobre bens imóveis, para que estas operações sejam oponíveis a terceiros. O contrato de fidúcia, nos termos do artigo 2028.º/1 do *Code*, pode ser revogado pelo constituinte, contanto que o beneficiário não se oponha. Nos termos do n.º 2 do mesmo preceito, uma vez aceite, não poderá ser modificado nem revogado, excepto com o consentimento do beneficiário ou mediante decisão judicial. Haverá nulidade do contrato de fidúcia se este encobrir uma liberalidade em proveito do beneficiário, pois, mesmo sendo pessoa colectiva, os seus sócios podem ser beneficiados indirectamente.<sup>709</sup> A fidúcia francesa foi muito influenciada pelo *trust*,

---

<sup>708</sup> Decreto n.º 55-22 de 4 de Janeiro de 1955 - *Portant Réforme de la Publicité Foncière* - feita na sequência da Lei n.º 54-809 de 14 Agosto de 1954, que autoriza Governo a implementar um programa de equilíbrio financeiro de expansão económica e do progresso social, alterado pelo artigo 1.º da *Ordonnance* n.º 2010 – 638, de 10 de Junho de 2010.

<sup>709</sup> Na versão inicial, contrariamente ao *trust* anglo-americano, a fidúcia não comporta expressamente o desdobramento da propriedade e, por conseguinte, o beneficiário não obtém direitos reais sobre o património fiduciário, mas exige a segregação patrimonial. Esta reforma constitui mais um passo na consagração da fidúcia no ordenamento jurídico francês, não se encontrando inicialmente prevista no *Code* de 1804. Na verdade, a reforma de 2007 inspirou-se no conceito anglo-saxónico do *trust*, cf. Jacomin, *Fiducie: un instrument juridique à découvrir et à pratiquer*, RD Bancaire et financier, n.º 4, octobre 2013, p. 5 e A. Dwarka et F. Michel, *Trust et (in)transmissibilité du patrimoine: de la fascination à la psychose*, Gaz. Pal., 7-11 Mai 2000, p. 18, criando-se uma separação entre o património do fiduciário e o património constituído pelos bens fiduciários. Todavia, convém assinalar que existem relevantes diferenças entre *trust* e a fidúcia francesa. Em primeiro lugar, nos termos do artigo 2013.º do *Code*, a fidúcia contratual (quando não é criada pela lei) só pode ter origem negócio jurídico bilateral, nunca podendo resultar de negócio jurídico unilateral, diferentemente do *trust*, que pode ser criado por negócio jurídico unilateral. Em segundo lugar, diferentemente do que acontece no modelo anglo-saxónico, em que preveem o *legal ownership* e *equity ownership*, de acordo com o texto, o direito francês é omissivo quanto à natureza do direito do fiduciante e do fiduciário, suscitando equívocos na doutrina se ambos são titulares de um direito residual, qualificado como real e pessoal, cf. Lyczkowska Karolina, *El Nuevo Régimen de Fiducie en el Derecho Francés a la Luz de las Últimas Reformas*, Universidade de Castilla - La Mancha Facultad de Derecho, Ansaloni, 2009, p. 7 ss. Por outro lado, o legislador de 2007 não esclarece se e perante quem o fiduciário se encontra vinculado aos deveres fiduciários de cuidado, de diligência e lealdade. Nos termos do artigo 2018.º, a lei procedeu à fixação de um conjunto de elementos essenciais do contrato de fidúcia, sob pena de nulidade – os bens, direitos ou garantias transferidas, duração do contrato que não pode ultrapassar 30 anos, identidade do fiduciante, fiduciário e beneficiário da garantia, as funções atribuídas ao beneficiário e a extensão dos respectivos poderes de administração e de disposição. Nos termos do artigo 2025.º do *Code*, na vez que os bens fiduciários constituem um património distinto do restante património do fiduciário, não pode ser objecto da penhora pelos credores deste. Também os mesmos bens fiduciários não podem ser incluídos na massa insolvente do fiduciário, artigo 2024.º. Nos termos dos artigos 2022.º e 2026.º respectivamente, o fiduciário deve prestar contas ao fiduciante e é responsável pelos ilícitos cometidos no exercício das suas funções enquanto fiduciário. O legislador francês instituiu um regime geral de fidúcia sem diferenciar as regras segundo o tipo ou finalidade da mesma. Assim, fidúcia instituída pela reforma de 2007 é caracterizada pela transferência de propriedade – fidúcia dinâmica –, mas de uma propriedade limitada quanto à substância. Trata-se de uma propriedade restringida nas prerrogativas a si inerentes e na sua duração, direito de propriedade limitado, nomeadamente pela obrigação do fiduciário de restituir ou de transmitir a terceiro o bem fiduciário. Sobre garantias, do texto, consta apenas que a garantia do cumprimento de uma obrigação é um dos fins possíveis deste negócio fiduciário. Por isso, consideramos que esta reforma admite a alienação em garantia de uma forma pálida.

que já vinha<sup>710</sup> sendo praticado em França e foi concebida para fins essencialmente comerciais<sup>711</sup>. Apesar dessas melhorias introduzidas pela reforma de 2007, o regime da fidúcia, tal como foi instituída em 2007, não parece esgotar todos os resultados positivos permitidos pelos negócios fiduciários dos países de *Common Law*.<sup>712</sup> Já havia doutrina<sup>713</sup>, para além dos mais dedicados a esta matéria – PIERRE CROCQ e CLAUDE WITZ - a realçar a importância dos negócios fiduciários<sup>714</sup>. De facto, para responder às preocupações fiscais<sup>715</sup>, muitas soluções adoptadas pelo legislador não eram compatíveis

---

<sup>710</sup> Cf. M. Cantin-Cumyn, *L'avant-Projet de Loi Relatif à la Fiducie, un Point de Vue Civiliste d'Outre Atlantique*, Dalloz, Paris, 1992, p. 117, P. lep Aulle, *Traité Théorique et Pratique du Trust en Droit Interne, Droit Fiscal et en Droit International Privé*, Rousseau, 1932, p. 114 e B. Hohl, *Une Seule Fiducie, ça Suffit!*, Gaz. Pal, 4 de Junho, 2005 n.º 155 p. 2.

<sup>711</sup> A fidúcia francesa foi concebida essencialmente para fins comerciais, como sucede hoje em dia com o *trust*. Cf. Paul Matthews, *The French Fiducie: And Now For Something Completely Different?* (2007), (1), pp. 21. Ss, p. 21 e 31. 31; John H Langbein, *The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce*, in *The Yale Law Journal*, vol. 17, 1997, pp. 165 ss. p. 166 e Ugo Mattei, *The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis*, in University of California, Hastings College of the Law UC Hastings Scholarship Repository, 73 NYUL, Rev. 434 (1998), p. 434-435.

<sup>712</sup> Cf. F. Gros, *Introduction de la Fiducie. Une Réelle Opportunité pour le Banquier*, Banque, Junho, 2007, p. 57.

<sup>713</sup> De fato, para responder às preocupações fiscais, muitas soluções adoptadas pelo legislador não eram compatíveis com a flexibilidade do instituto que serviu de referência – *trust*, cf. Bouteille Magalie, *La Fiducie, Un Potentiel Inexploité?*, in *Revue juridique de l'Ouest*, número especial de 2011, pp. 189-197, p. 191 - alguns autores franceses consideravam que era difícil importar *trust* para o Direito francês P. Lepaulle, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, 1932, p. 2 e H. Motulsky, *De l'impossibilité juridique de créer un, trust, anglo-saxon sous l'empire de la loi française*, *Rev. Crit. DIP*, 1948 (2), p. 468 - acabando por instituir um regime em que o grande potencial do mecanismo fiduciário permaneceu pouco explorado, cf. L. Dargent, *Réforme de la fiducie par la LME*, Dalloz, Paris, 2008 p. 2133 e R. Damman/C. Chance/G. Podeur, *Le nouveau paysage du droit des sûretés: première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession*, Dalloz, Paris, 2008, p. 8 ss. Por outro lado, deixou de fora muitos aspectos importantes na matéria, sobretudo das garantias, nomeadamente a relação entre a garantia e o crédito garantido (acessória ou não), a execução da garantia e a sua articulação com o Direito Insolvencial. A reforma de 2007 não foi clara na matéria da qualificação da propriedade fiduciária que a doutrina já vinha examinando, cf. F. Zenati, *Pour une Rénovation de la Théorie de la propriété*, RTDCiv. 1993, p. 305. Tanto a reforma de 2006, nomeadamente E. Thouault, *Le Nouveau Droit des Sûretés Après la Réforme du 23 Mars 2006*, *Revue Fiscale Notariale*, n.º 12, p. 6; V. Toussaint, *L'Ordonnance Réformant le Droit des Sûretés Présentée en Conseil des Ministres*, JCP, 2006, p. 251; F. Tripet, *La Prohibition de la Fiducie-Libéralité: Pourquoi Une Telle Démesure?*, GP, 2006, Outubro, 2006, p. 6; S. Piedelievre, *Premier Aperçu sur la Réforme du Droit des Sûretés par l'Ordonnance du 23 Mars 2006*, Defrénois, Paris, 2006, artigo n.º 38393 e D. Robine, *Aperçu de la Réforme du Droit des Sûretés par l'Ordonnance n.º 2006-346 du 23 Mars 2006*, *Bull. Joly, Sociétés*, 2006, n.º 7, p. 880, como a de 2007 geraram rapidamente as reacções doutrinárias. Na análise que se segue, vamos tentar limitar o âmbito aos aspectos referentes às garantias.

<sup>714</sup> Cf., por exemplo, F. Mettetal-Fresnel, *La fiducie Comme Technique de Protection des Majeurs en Difficultés*, (Pol.), Paris II, 1995, p. 21 e F. Fresnel, *La Fiducie et Les Personnes Vulnérables*, RJPF, Abril, 2005, p. 28.

<sup>715</sup> Nos termos do artigo 2018.º do *Code*, o contrato de fidúcia deve mencionar, sob pena de nulidade, uma série de elementos considerados essenciais. As preocupações fiscais influenciaram o regime instituído pelo legislador de 2007. As disposições fiscais, quanto à incidência tributária, consideram que o fiduciante é o proprietário dos bens alienados fiduciariamente. Com efeito, a parte da doutrina, nomeadamente L. Libchaber, *Les Aspects Civils de la Fiducie dans la Loi du 19 Février 2007*, Defrénois, Paris, 2007, p. 197, considera que estas disposições não se limitam ao âmbito do Direito Fiscal. O autor sustenta igualmente que o legislador moldou todo o regime jurídico da fidúcia em função da preocupação fiscal, introduzindo no Direito Civil esta solução. Diferentemente, Romain Boffa, *La Destination de la Chose*, Defrénois, Paris,



com a flexibilidade do instituto que serviu de referência – *trust*<sup>716</sup>, acabando por instituir um regime em que o grande potencial do mecanismo fiduciário permaneceu pouco explorado.<sup>717</sup> Por outro lado, deixou de fora muitos aspectos importantes na matéria, sobretudo das garantias, nomeadamente a relação entre a garantia e o crédito garantido (acessória ou não), a execução da garantia e a sua articulação com o Direito Insolvencial. A reforma de 2007 não foi clara na matéria da qualificação da propriedade fiduciária que a doutrina já vinha examinando<sup>718</sup>. Tanto a reforma de 2006<sup>719</sup>, como a de 2007 geraram rapidamente as reacções doutrinárias. Na análise que se segue, vamos tentar limitar o âmbito aos aspectos referentes às garantias.

*II. Beneficiário da fidúcia na alienação em garantia.* A instituição da fidúcia suscitou várias questões na doutrina francesa. De acordo com os artigos 2011.º e 2013.º do *Code Civil*, o negócio fiduciário, em regra, será triangular (embora seja celebrado entre fiduciante e fiduciário). Uma das questões que se colocava era a identificação do beneficiário na fidúcia celebrada para fins de garantia. Esta dúvida pode influenciar nas obrigações das partes do contrato de alienação fiduciária em garantia. Se se dividir as qualidades do beneficiário entre o credor garantido e o devedor/fiduciante, quem será efectivamente considerado beneficiário da alienação fiduciária em garantia? De acordo

---

2008, n.º 397, considera que a qualificação/ficção – fiduciante/proprietário – não se limita ao âmbito do Direito Fiscal, sublinhando as limitações já mencionadas concernentes às obrigações do fiduciário e à extensão dos seus poderes são incompatíveis com a hipótese segundo a qual o fiduciário se torna proprietário dos bens objecto do contrato da fidúcia. Diferentemente, a doutrina dominante já considerava que o legislador francês de 2007 não instituiu a fidúcia estática, ou seja, considera que a fidúcia transmite o direito de propriedade para a do fiduciário (fidúcia dinâmica). O legislador de 2007 deixou equívocos quanto ao efeito translativo ou não da fidúcia, o que veio a ser dissipado mais tarde, como veremos, pelas reformas de 2008, através da introdução do artigo 2018.º/2 do *Code* que, nas referências ao fiduciante, deixou de usar os termos *propriété* ou *propriétaire*, passando a utilizar o termo *constituinte*. Também a reforma de 2009, através introdução dos artigos 2372.º/1 e 2481.º/1, contribuiu para a dissipação das dúvidas, considerando que os bens objecto da fidúcia transferem-se para a esfera jurídica do fiduciário, cf. Valentin Savage, *La fiducie sur parts et actions de sociétés: Aspects juridiques et fiscaux*, Larcier, Paris, 2015, p. 19 ss.

<sup>716</sup> Cf. Bouteille Magalie, *La Fiducie, Un Potentiel Inexploité?*, in *Revue juridique de l'Ouest*, número especial de 2011, pp. 189-197, p. 191. Alguns autores franceses consideravam que era difícil importar trust para o Direito francês P. Lepaule, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, 1932, p. 2 e H. Motulsky, *De l'impossibilité juridique de créer un, trust, anglo-saxon sous l'empire de la loi française*, *Rev. Crit. DIP*, 1948 (2), p. 468.

<sup>717</sup> Cf. L. Dargent, *Réforme de la fiducie par la LME*, Dalloz, Paris, 2008 p. 2133 e R. Damman/C. Chance/G. Podeur, *Le nouveau paysage du droit des sûretés: première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession*, Dalloz, Paris, 2008, p. 8 ss.

<sup>718</sup> Cf. F. Zenati, *Pour une Rénovation de la Théorie de la propriété*, *RTDCiv.* 1993, p. 305.

<sup>719</sup> Cf., nomeadamente E. Thouault, *Le Nouveau Droit des Sûretés Après la Réforme du 23 Mars 2006*, *Revue Fiscale Notariale*, n.º 12, p. 6; V. Toussaint, *L'Ordonnance Réformant le Droit des Sûretés Présentée en Conseil des Ministres*, *JCP*, 2006, p. 251; F. Tripet, *La Prohibition de la Fiducie-Libéralité: Pourquoi Une Telle Désmesure?*, *GP*, 2006, *Outuro*, 2006, p. 6; S. Piedelievre, *Premier Aperçu sur la Réforme du Droit des Sûretés par l'Ordonnance du 23 Mars 2006*, *Defrénois*, Paris, 2006, artigo n.º 38393 e D. Robine, *Aperçu de la Réforme du Droit des Sûretés par l'Ordonnance n.º 2006-346 du 23 Mars 2006*, *Bull. Joly, Sociétés*, 2006, n.º 7, p. 880.

com o disposto no artigo 2011.º do *Code*, a fidúcia é, em regra, uma operação triangular com um beneficiário que não pode ser fiduciário. Por isso, a grande parte da doutrina prefere um entendimento unitário, considerando que o beneficiário só pode ser o titular do crédito garantido. Contudo, mesmo os autores que defendem esta posição, realçam que a mesma não coloca em dúvida ou em causa o dever do fiduciário retransmitir o bem objecto de garantia ao fiduciante caso este cumpra a obrigação garantida. Caso o fiduciante cumpra a obrigação garantida, o fiduciário deve retransmitir-lhe o bem anteriormente alienado em garantia e este direito não o torna um beneficiário supletivo.<sup>720</sup>

*III. A falta de intervenção do credor.* De acordo com o regime instituído em 2007, o contrato de fidúcia deve ser reduzido a escrito e é celerado entre o fiduciante/constituente e o fiduciário, não carecendo de aceitação do fiduciário. Todavia, o credor é o primeiro interessado na alienação fiduciária em garantia e, em regra, é constituída por sua iniciativa e a necessidade de garantir o cumprimento do seu crédito é que dá origem à conclusão da alienação em garantia. Mas, de acordo com o regime instituído em 2007, a alienação fiduciária em garantia, para o credor, resulta uma espécie de contrato a favor de terceiro. Na prática, a alienação fiduciária em garantia resulta, em regra, da intervenção do credor (quando não é fiduciário), pelo que a doutrina entende que o credor devia ser parte natural no contrato de alienação fiduciária em garantia, devendo ser, neste caso um contrato tripartido. O beneficiário da fidúcia pode dar o seu consentimento mais tarde, nos termos do artigo 2028.º do *Code*, depois da aceitação do contrato por parte do beneficiário, o fiduciante não pode revogá-lo, nem o alterar sem o consentimento daquele.<sup>721</sup>

*IV. Confronto entre a propriedade fiduciária e o artigo 544.º do Code Civil.* Nos termos do artigo 544.º do Código Civil Francês, a propriedade é o direito de usufruir e de dispor sobre as coisas de maneira mais absoluta, desde que não seja proibida por lei ou por regulamento. Assim, a propriedade é definida genericamente como um direito, *perpétuo e absoluto*. O direito da propriedade confere assim ao respectivo titular os poderes completos sobre a coisa. Com a consagração da fidúcia, a doutrina levanta a questão da articulação entre o direito de propriedade consagrado no *Code* e a propriedade

---

<sup>720</sup> Por todos, confira Michel Cabrillac/Séverine Cabrillac/Christian Mouly/ Philippe Pétel, *Doits des Sûretés*, Litec, Paris, 2010, n.º 842 da 9.ª edição, com bibliografia aí citadas.

<sup>721</sup> Cf. Christian Fix, *Die Fiducie – Sûretés, Eine Untersuchung der Französischen Sicherungstreuhand aus Deutscher Sicht*, Mohr Siebeck, 2014, p. 334.

fiduciária.<sup>722</sup> Tendo em conta o regime instituído em 2007, considera-se que o direito de propriedade alienado fiduciariamente não comporta as características acima referidas. De acordo com o regime instituído, as limitações dos poderes do fiduciário dependem das estipulações contratuais. Ademais, considera-se que a titularidade do fiduciário não é perpétua, mas apenas temporária, na medida em que o fiduciário é obrigado a transferir o bem ao beneficiário ou a retransmiti-lo ao fiduciante. Estas restrições derivam do contrato de fidúcia e determinam a relação interna entre o fiduciante e o fiduciário. Outra questão invocada diz respeito aos efeitos destas limitações na relação entre o fiduciário e os terceiros.<sup>723</sup> Foram concebidas duas concepções sobre esta questão.

A *primeira*, advoga que, na relação com terceiros, deve-se entender que o fiduciário adquire a propriedade “ordinária” prevista no artigo 544.º do *Code*, considerando que, na relação com terceiros, o fiduciário dispõe de todas as prerrogativas reais decorrentes do direito de propriedade. Na relação interna, o fiduciante tem a obrigação de usar as prerrogativas decorrentes do direito de propriedade, conforme estipulado no negócio fiduciário. Com efeito, segundo esta concepção, o fiduciante adquire o direito de propriedade plena, nos termos do artigo 544.º do *Code*, mas obriga-se a utilizá-lo com limitações, tendo em conta o fim do negócio fiduciário, constituindo uma limitação de natureza meramente obrigacional.

A *segunda concepção* sustenta que as restrições derivadas da relação interna também produzem efeitos na relação externa entre o fiduciante e terceiro, na medida em que o negócio fiduciário não lhe confere todas as prerrogativas inerentes ao direito de propriedade, mas apenas os poderes derivados do negócio fiduciário, tendo em conta o fim da fidúcia e as funções do fiduciário. Com efeito, esta concepção advoga que a propriedade fiduciária não se confunde com a propriedade ordinária. São duas formas de propriedade diferentes. Esta concepção, para caracterizar a propriedade fiduciária, reporta-se à propriedade *instrumentalizada*, *afectada* e, em alguns casos, *propriedade degradada*<sup>724</sup>, caracterizada pelos poderes jurídicos reais derivados deste direito de

---

<sup>722</sup> Para mais desenvolvimento, cf. autora dedicada a este tema, Madeleine Cantin Cumyn, *Le pouvoir juridique*, in McGill, 2007, pp. 227 et s; Madeleine Cantin Cumyn, *Les droits des bénéficiaires d'un usufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Wilson & Lafleur, Montreal, 1980, pp. 98; Madeleine Cantin Cumyn, *La propriété fiduciaire: mythe ou réalité?*, RDUS, 15, 1984, p. 12 e Madeleine Cantin Cumyn, *L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre atlantique*, chron XXIII, 1992, p. 117.

<sup>723</sup> Cf. Christian Fix, *Die Fiducie – Sûretés*, cit., p. 337.

<sup>724</sup> Cf. M. Henri de Richemont, *Rapport n.º 11 (2006-2007) - Proposition de loi instituant la fiducie*, Sénat, Paris, 2006, p. 12.

propriedade.<sup>725</sup> A primeira concepção é influenciada pela perspectiva do Direito alemão. A *Treuhand* confere ao fiduciário (*Treuhänder*) todos os poderes inerentes ao direito de propriedade<sup>726</sup>, limitados na relação interna por obrigações pessoais derivadas do negócio fiduciário.<sup>727</sup> Esta concepção já tinha sido adoptada por CLAUDE WITZ<sup>728</sup>.<sup>729</sup> Assim, é o próprio negócio fiduciário que transmite o direito da esfera jurídica do fiduciante para a do fiduciário, tendo em conta o princípio da consensualidade. Assim, tendo em conta o princípio da consensualidade, a doutrina entende que é mais coerente, no Direito Francês, sustentar que o fiduciante adquire a propriedade plena sobre o bem alienado fiduciariamente, com limitações de natureza obrigacional na relação interna resultantes do negócio fiduciário, advogando que não é o contrato de fidúcia que confere poderes reais sobre a coisa, pois é no mesmo acto (negócio) que as partes estipulam as obrigações do fiduciário e o âmbito dos seus poderes, *i.e.*, que o fiduciante confere ao fiduciário as prerrogativas reais inerentes ao direito de propriedade ao transferir o referido direito. Assim, esta concepção alvitra que a fidúcia francesa não constitui apenas um

---

<sup>725</sup> Cf. M. Xavier de Roux, *Rapport Fait au Nom de la Commission...*, *cit.*, p. 9.

<sup>726</sup> Também na Alemanha, não havia unanimidade doutrinária quanto à natureza da transmissão da propriedade no âmbito dos negócios fiduciários. Mais tarde se estabeleceu uma definição de *fiduziarische Treuhand*, considerando que constitui um negócio jurídico que tem por objecto um bem que o fiduciante transmite ao fiduciário de pleno direito, com a condição de ele ficar obrigado a utilizar o bem fiduciário apenas dentro de limites acordados, entendimento que se aproxima mais a *fiducia* romana e, por conseguinte, despoletou algumas aproximações que convergiram numa dupla caracterização do negócio fiduciário, cuja constituição e estrutura influenciam na forma de actuação e dos fins pretendidos: a admissibilidade do *Ermächtigungstreuhand*, contrato utilizado para que um terceiro, em nome próprio mas no interesse alheio, disponha de um direito fiduciário dentro de determinados limites definidos numa autorização previamente concedida e amplamente utilizado no âmbito dos poderes de disposição fiduciária de títulos de crédito e de administração de patrimónios. O espírito criativo alemão trouxe ao mundo jurídico uma outra figura fiduciária: a *Vollmachstreuhand*. Neste instituto jurídico, diferentemente da *Ermächtigungstreuhand*, o fiduciário actua em nome e por conta do fiduciante, podendo aplicar-se, na falta de regulamentação própria, regime do contrato de mandato. O *Treuhänder* é investido numa posição de titular de um direito que a exerce de forma plena e exclusiva, mas limitado por deveres obrigacionais perante o *Treugeber*. Esta segunda posição caracterizadora é a que tem sido mais citada e utilizada e depois porque a *fiduziarische Treuhand* ao fiduciário é atribuída a titularidade de um direito de forma plena e exclusiva, cujo exercício deve respeitar os interesses do fiduciante, e como mecanismos de segurança, é estabelecido um património separado, que é afectado à realização dos fins da fidúcia. Cf. Eduardo Estrada Alonso, *El fideicomiso y los Fondos sin Personalidad Jurídica*, Editorial Universitaria Ramon Areces, Madrid, 2010, p. 52 ss.

<sup>727</sup> Cf. Christian Fix, *Die Fiducie – Sûretés, Eine Untersuchung der Französischen Sicherungstreuhand aus Deutscher Sicht*, Mohr Siebeck, 2014, p. 338.

<sup>728</sup> Cf. C Witz, *La fiducie en Droit Privé Français*, *cit.*, p. 241 e 269.

<sup>729</sup> Todavia, a fidúcia alemã apresenta certas especificidades: na matéria de transferência de propriedade, o Direito alemão distingue dois actos jurídicos distintos – a) um contrato onde nasce a obrigação pessoal de transmitir o direito de propriedade ao seu contraente (*Verpflichtungsgeschäft*) e; b) e um outro contrato distinto do primeiro entre as mesmas partes, nos termos do qual, se transfere o direito de propriedade, cumprindo assim o alienante a sua obrigação de transmissão da propriedade (*Verfügungsgeschäft*), cf. Christian Fix, *Die Fiducie – Sûretés, Eine Untersuchung der Französischen Sicherungstreuhand aus Deutscher Sicht*, Mohr Siebeck, 2014, p. 338. Diferentemente, no direito francês, tal como no nosso, estes dois actos não são distintos, ou seja, o contrato que “cria” a obrigação de transmissão da propriedade implica, ao mesmo tempo, a execução da própria obrigação em transferir o direito de propriedade.

negócio translativo de propriedade, mas igualmente um negócio que “molda” a propriedade, não transferindo a propriedade tal como está prevista no artigo 544.º do *Code*, mas sim uma propriedade fiduciária, cuja faculdades reais dependem do conteúdo do negócio fiduciário. Para esta concepção, que se o fiduciário, na sua relação com os terceiros, violar os limites impostos à propriedade em que investido, o acto é, em princípio, nulo. Se o terceiro contraente estiver de boa-fé, nos termos do artigo 2023.º do *Code*, que presume que o poder do fiduciário é ilimitado, o acto é válido.<sup>730</sup>

V. *Natureza dos Direitos do fiduciante e do fiduciário*. Entende-se que o negócio fiduciário determina a transferência de propriedade não como consta do artigo 544.º do *Code*, mas sim enquanto propriedade fiduciária, cujas faculdades reais dependem do conteúdo do negócio fiduciário. Com efeito, a doutrina considera que nem o fiduciante nem o fiduciário dispõem do direito real sobre o bem objecto da fidúcia. O fiduciante não conserva na sua esfera jurídica os poderes inerentes ao direito de propriedade “ordinária”, nem o transmite com a celebração do negócio fiduciário. FRANÇOIS BARRIÈRE<sup>731</sup> considera que, no negócio fiduciário, as prerrogativas reais são “adormecidos” sem que haja um titular. Com efeito, mesmo que se considere que o direito de propriedade adquirido pelo fiduciário não é absoluto nem perpétuo, constitui um direito exclusivo, na medida em que só ele dispõe das prerrogativas reais sobre os bens fiduciários. Assim, a propriedade fiduciária constitui um termo pertencente à recente doutrina francesa<sup>732</sup>, que entende que a exclusividade constitui o seu elemento primordial dentro das três características que identificam o direito da propriedade – *absoluto*, *perpétuo* e *exclusivo*. Sobre os bens fiduciários, nem o fiduciante, nem o fiduciário dispõem das prerrogativas inerentes do direito de propriedade propriamente dito, mas sim de um conjunto de direitos de crédito decorrentes do negócio fiduciário. Entre estes direitos, realça-se o direito do beneficiário, que lhe permite satisfazer o crédito garantido, com o valor do património fiduciário, em caso de incumprimento do devedor.<sup>733</sup>

VI. *Actos do fiduciário sem incidência sobre a propriedade*. Não se coloca a questão da propriedade fiduciária em que é investido o fiduciário, nem a extensão dos

---

<sup>730</sup> Cf. Christian Fix, *Die Fiducie – Sûretés*, cit., p. 339.

<sup>731</sup> Antes da consagração legal já se levantava estas questões. Cf. François Barrière, *La réception du trust au travers de la fiducie*, Litec, *Collection Bibliothèque de Droit de l'Entreprise*, t. 66, 2004, n.º 389.

<sup>732</sup> Cf. Julien Laurent, *La Propriété des Droits*, LGDJ - Bibliothèque de Droit Prive, Paris, 2012, n.º 201; Sylvain Rvenne, *Les propriétés imparfaites: Contribution à l'étude de la structure du droit de propriété*, (pol.), Paris, 2007, n. 378 e Samuel Ginossar, *Droit Réel, Propriété et Créance: Élaboration d'un Système Rationnel des Droits Patrimoniaux*, LGDJ, Paris, 1960, p. 32.

<sup>733</sup> Cf. Christian Fix, *Die Fiducie – Sûretés*, cit., p. 339.

seus poderes “reais”. Todavia, de acordo com o regime da fidúcia francesa, estes poderes devem constar do contrato fiduciário. Assim, quanto aos poderes do fiduciário, a doutrina faz um paralelismo com o Direito das Sociedades. Nos casos da sociedade em nome colectivo ou em comandita simples, os poderes de representação do gerente são limitados pelo objecto social<sup>734</sup> e pelo conteúdo do contrato de sociedade. Esta limitação aplica-se a todos os actos que afectam a propriedade pertencente à sociedade e a todos os actos sem implicações sobre o direito de propriedade. Assim, a limitação dos poderes do fiduciário constitui a expressão da afectação dos bens aos fins convencionados no negócio fiduciário, o que exprime a ideia do património fiduciário como património de afectação.<sup>735</sup>

VII. *O património fiduciário como património de afectação.* Nos termos do artigo 2011.º do *Code*, o fiduciário deve manter os bens adquiridos fiduciariamente separados do seu património próprio e deve utilizá-los de acordo com os fins da fidúcia. Temos, assim, dois aspectos importantes em relação aos bens transferidos fiduciariamente. Em primeiro lugar, a segregação dos bens do património próprio do fiduciário e, em segundo, a respectiva afectação aos fins da fidúcia. Estes dois aspectos caracterizam o património fiduciário como património de afectação.<sup>736</sup> Mesmo assim, não se considera que este seja um património com capacidade judiciária ou personalidade jurídica<sup>737</sup>. O artigo 12.º/1 da

---

<sup>734</sup> Cf. Christian Fix, *Die Fiducie – Sûretés*, cit., p. 340. Sobre a vinculação das sociedades, cf. Raúl Ventura, *Objecto da sociedade e actos ultra vires*, in ROA, 40, 1980, pp. 18 ss.; Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do STJ, de 11 de Março de 1969*, in RLJ, 103, p. 271; Raúl Ventura, *Adaptação do direito português à 1.ª Directiva do Conselho da Comunidade Económica Europeia sobre direito das sociedades*, in Documentação e Direito Comparado, n.º 2, Lisboa, pp. 140 ss.; Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, IV, *Sociedades Comerciais*, Lisboa, 1993, p. 52; José de Oliveira Ascensão/Manuel A. Carneiro da Frada, *Contrato Celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, in (sep.) RDE, n.º 16 a 19, (1990 1993), Universidade de Coimbra, Coimbra, pp. 43 ss., p. 57; João Espírito Santo, *Sociedades por Quotas e Anónimas – Vinculação: Objecto Social e Representação Plural*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 346; Pedro de Albuquerque, *A vinculação das Sociedades Comerciais por Garantia de Dívidas de Terceiro*, in Separata da ROA, 55, III, Lisboa, 1995, pp. 689 ss., p. 702, Pedro de Albuquerque, *Da Prestação de Garantias por Sociedades Comerciais a Dívidas de outras Entidades*, in ROA, 57, 1997, p. 73 e Alexandre Soveral Martins, *Capacidade e representação das sociedades comerciais – Problemas do direito das sociedades*, in IDET, Almedina, Coimbra, p. 478. Na jurisprudência, cf. Ac. STJ, de 07 de Outubro de 2010, Ac. STJ, de 30 de Setembro de 2004, Ac. STJ, de 17 de Junho de 2004 e Ac. STJ, de 13 de Maio de 2003, todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>735</sup> Cf. Christian Fix, *Die Fiducie – Sûretés*, cit., p. 340.

<sup>736</sup> Alguns autores já vinham considerando que se abandonar a noção arcaica do património, cf. A. Sériaux, *La notion juridique de patrimoine: brèves notations civilistes sur le verbe avoir*, RTD civ., 1994. 801, p. 802 e D. Hiez, *Étude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, t. 399, n.º 10, p. 9.

<sup>737</sup> Cf. Madeleine Cantin Cumyn, *Rapport général*, in Madeleine Cantin Cumyn (Cord.), *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruylant, Bruylant, 1999, pp. 11-17; Madeleine Cantin Cumyn, *La personne morale dans le droit privé de la province de Québec*, in *Droit Contemporain - Rapports canadiens au Congrès international de droit comparé*, Yvon Blais, Montreal, 1992, pp. 56-57; Madeleine Cantin Cumyn, *La fiducie, un nouveau sujet de droit?*, in Jacques Beaulne (Cord.), *Mélanges Ernest Caparros, Wilson & Lafleur*, Montreal, 2002, p. 132; Pierre Lepaulle, *La notion de trust et ses applications dans les*

*Loi 2007-211* determina expressamente que os bens... transferidos no âmbito da operação mencionada no artigo 2011.º do Código Civil formam um património de afectação. Ainda o n.º 2 determina que as transacções que afectam este último constitui objecto de contabilidade autónoma em relação ao património do fiduciário. Com efeito, durante a vigência do negócio fiduciário, o fiduciário é titular de dois patrimónios, o seu património próprio e o património fiduciário. A doutrina<sup>738</sup> francesa tentou resolver as questões inerentes à possibilidade de confusão patrimonial com a teoria da sub-rogação real. A sub-rogação<sup>739</sup> real consiste numa operação jurídica, nos termos da qual um bem é substituído por outro numa relação jurídica, de modo que os caracteres jurídicos do bem primitivo e os efeitos da relação jurídica que se lhe ligam são transportados para o bem novo, que o substituiu<sup>740</sup>. Na verdade, a sub-rogação real só encontra o seu sentido quando o património em que se inclui a coisa substituída integra um património separado ou autónomo, ao lado de outros pertencentes ao mesmo titular, ou quando se encontra sujeita a um regime diferente do aplicável às outras coisas.<sup>741</sup> A aplicação do princípio da sub-rogação real está dependente da existência de uma conexão<sup>742</sup> entre a alienação de uma coisa e a aquisição de outra. Com efeito, o instituto da sub-rogação real não se aplica no caso de doação, na medida em que nela há uma entrada de bem para o património do donatário, mas não há saída. Esta constitui uma questão que a reforma de 2007 não resolveu. Outra questão que se coloca diz respeito às obrigações contraídas pelo

---

*divers systèmes juridiques*, in *Actes du Congrès international de Droit Privé in Rome 1950: L'Unification du Droit*, vol II, Unidroit, Roma, 1951, p 206. Jean-Denis Bredin, *L'évolution du trust dans la jurisprudence française*, in *Travaux du Comité Français de Droit International Prive 1973-75*, Dalloz, Paris, 1977, pp. 137 ss., p. 138-139, cita Lepaulle que na sua análise qualifica trust como uma pessoa colectiva, representada por um *trustee* encarregue de administrar e que os beneficiários são titulares de um interesse que, actualmente, são como accionistas de uma sociedade de Direito específico, realçando todavia que a jurisprudência anglo-saxónica que teve muita influência na sua criação nunca o qualifica da pessoa colectiva. Veja também Pierre Lepaulle, *Réflexions sur l'expansion des trusts*, (1955), in RIDC, VII, 2, 1955, pp. 318 ss., p. 320.

<sup>738</sup> Cf. Christian Fix, *Die Fiducie – Sûretés*, cit., p. 343.

<sup>739</sup> Sobre sub-rogação, cf. Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, p. 280 e Marques da Silva, *Sub-rogação por Pagamento*, in ROA, anos 14-16, 1954-1956, pp. 210 - 238.

<sup>740</sup> Cf. Inocêncio Galvão Telles, *Das Universalidades*, Lisboa 1940, pp. 188.

<sup>741</sup> É por essa razão que se considera que o instituto da sub-rogação real nos regimes de separação de bens não encontra enquadramento, na medida em que neste há apenas existência de um único património na esfera jurídica global - o património próprio de cada cônjuge. Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, IV, p. 425.

<sup>742</sup> Em alguns casos, a conexão entre a perda e a aquisição mostra-se manifesta, noutros casos, esta conexão pode ser menos evidente, dependendo do tipo de operação que o titular efectivar. Assim, pode-se distinguir duas modalidades existentes na sub-rogação real, a directa e a indirecta. Na directa, a saída de um bem e a entrada de outro procedem do mesmo acto ou facto jurídico - troca directa de um bem por outro bem. Na sub-rogação real indirecta, pelo produto de alienação de um bem se adquire outro. Isto é, com o valor do bem existente numa determinada massa patrimonial se adquiriu outro mantendo este último a mesma posição do anterior. Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, IV, p. 425.

fiduciário. Se tais obrigações constituem um passivo do património fiduciário ou do património próprio do fiduciário. Uma vez que o património fiduciário constitui um património de afectação, em regra, os credores, no âmbito da fidúcia, não têm direito sobre o património do fiduciante, assim como não têm direito sobre o património próprio do fiduciário. Excepcionalmente, nos termos do artigo 2025.º do *Code*, o legislador prevê um direito de recurso subsidiário dos credores “da fidúcia” contra o património do fiduciante ou contra o património próprio do fiduciário. Todavia, esta disposição não determina as condições precisas, os requisitos para o exercício deste direito subsidiário, assim como não resolve a questão para os casos de insuficiência do património fiduciário.<sup>743</sup>

*VIII. Silêncio legal sobre execução da garantia.* Em relação à fidúcia para garantia, a Lei de 19 de Fevereiro de 2007 não contém qualquer disposição sobre o incumprimento do devedor e a consequente execução da garantia. Este silêncio é criticável, pois a eficácia de uma garantia depende das condições da sua execução. Para integração desta lacuna, a doutrina tem sugerido o recurso ao Direito comum, tendo por referência a execução das garantias reais convencionais mobiliária e imobiliária, nomeadamente penhor e hipoteca, tal como resulta da *Ordonnance* de 23 de Março de 2006, em especial, as regras relativas ao “pacto comissório” (marciano), nos termos do qual o bem objecto de garantia deve ser avaliado por um especialista, excepto se se tratar de somas monetárias, de crédito ou de instrumentos financeiros admitidos nos mercados regulamentados. Por ou lado, sugere-se que deveria ter sido considerada não escrita a cláusula que autoriza o fiduciário a apropriar-se da diferença entre o valor do bem e o valor do crédito garantido.<sup>744</sup>

## **2.10. A reforma de 2008**

*I. Correção das imperfeições.* Poderia pensar-se que essa consagração tardia seria harmoniosa. Isso não sucedeu, foi confusa, também devido ao acaso – o Parlamento francês deveria ter discutido as propostas em grupo, mas viu esse tema retirado *in extremis*

---

<sup>743</sup> Cf. Christian Fix, *Die Fiducie – Sûretés*, cit., p. 346.

<sup>744</sup> Cf. Manuella Bourassin/Vincent Brémont, *Droit des sûretés*, 7.ª ed., Dalloz, Paris, 2020, n.º 789.



da ordem do dia: era um projecto de lei sobre a consagração legal da fidúcia, que visava<sup>745</sup> colmatar a lacuna na matéria fiduciária. Longe de instituir uma figura com um âmbito de aplicação geral, foi criada apenas uma “pequena” fidúcia: apenas as pessoas colectivas sujeitas ao imposto sobre as sociedades podiam celebrar a fidúcia, apenas os bancos e as seguradoras podiam ser fiduciário, e a *fidúcia – liberalidade* era expressamente proibida. A chamada fidúcia francesa parecia muito pálida, à sombra de seus vizinhos continentais e anglo-americanos. Exactamente por isso entende-se que inicialmente a fidúcia francesa tinha um fim essencialmente comercial, tal como sucede actualmente com *trust*<sup>746</sup>, consagrado essencialmente para trair investimentos.

Com apenas um ano de vigência, a *Loi n.º 2008-776 du 4 Août 2008 de Modernisation de l'Économie*<sup>747</sup> foi aprovada de modo a corrigir certas imperfeições do texto inicial referente aos negócios fiduciários. Considerava-se que talvez fosse cedo proceder à reforma, na medida em que representava um novo sinal de instabilidade legal

---

<sup>745</sup> O projecto de lei para a modernização da economia dá continuidade ao movimento de reforma do Direito das garantias iniciado pela lei de 21 de Agosto de 2007. Neste caso, com o âmbito mais alargado, visa proteger o trabalho, o emprego e o poder de compra em articulação com as Leis de 3 de Janeiro de 2008 – desenvolvimento de concorrência para consumidores – e de 8 de Fevereiro de 2008 – para poder de compra. Para o efeito, o Governo francês criou comissões compostas de especialistas e grupos de trabalho, em que se destacam os relatórios de JACQUES ATTALI sobre a liberalização e crescimento, de MARIE-DOMINIQUE HAGELSTEEN sobre a negociabilidade das condições gerais da venda e de LIONEL STOLÉRU sobre o acesso das Pequenas e Médias Empresa aos mercados públicos, bem como o relatório do Alto Comité da Praça sobre a modernização da praça financeira francesa. O texto inicial elaborado pelo Governo visa incentivar os empreendedores, criando e estatuto do empreendedor. Além disso, pretende estimular o crescimento de pequenas e médias empresas (PMEs), simplificando as operações das sociedades de responsabilidade limitada (SARL) e sociedades anónimas simplificadas (SAS). Por fim, facilita a aquisição e alienação de empresas por meio de vários incentivos fiscais. O título II pretende reavivar a concorrência definindo um novo equilíbrio nas relações comerciais e criando uma nova autoridade administrativa independente, a Autoridade da Concorrência, com poderes de investigação, decisão e sanções ampliados em comparação com o então Conselho de Concorrência. Também reformou a lei sobre estabelecimentos comerciais, tornou o regime de vendas mais flexível e implementou métodos mais justos para calcular o imposto de auxílio ao comércio e artesanato (TACA). O título III visa fortalecer a atractividade económica da França. Para o efeito, antecipou e facilitou a instalação de transmissões de fibra óptica de alta velocidade, além de permitir as autoridades a regulamentarem as comunicações e correios electrónicos (ARCEP) para disponibilizar, em leilão, as frequências disponíveis. Melhora o regime tributário e da segurança social aplicável aos expatriados e inclui várias medidas relacionadas a patentes e propriedade intelectual, bem como uma alteração no controle da aplicação do crédito tributário. Por fim, cria uma “Alta Autoridade Estatística”. O título IV visa melhorar o financiamento da economia, através das redes bancárias, clarificando o seu papel como instrumento de financiamento da construção de moradias sociais. Também visa capacitar o Governo a tomar, por meio de decretos, várias medidas para modernizar o Centro Financeiro francês, reformar a lei financeira, criar uma autoridade única de contabilidade e transpor directivas comunitárias sobre a matéria. Por fim, o título V prevê a aplicação da lei no exterior por portarias.

<sup>746</sup> Cf. John H Langbein, *The Secret Life of the Trust: The Trust as an Instrument of Commerce*, cit, p. 165 e Henry Hansmann/Ugo Mattei, *The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis*, cit. p. 434. Paul Matthews, *The French Fiducie: And Now For Something Completely Different?*, p. 21, que considera que a fidúcia francesa apresenta desvantagens em relação ao *trust* e em relação à fidúcia luxemburguesa.

<sup>747</sup> Publicada in JORF, de 5 de Agosto de 2008, 12471.

na matéria da fidúcia, mas optou-se, ou concluiu-se que era melhor uma correcção a curto prazo do que manter o *status quo*. Assim, a qualidade do fiduciário foi estendida a todos, pondo fim à discriminação injustificada que permite, em particular, as pessoas colectivas celebrar o negócio fiduciário na qualidade do fiduciário – especialmente “empreendedores individuais” – podem constituir garantias fiduciárias como pessoas colectivas, podendo concorrer com estas, independentemente de terem ou não optado por uma sociedade com personalidade jurídica. Esta lei de 2008 também instituiu a oponibilidade “simplificada” da oponibilidade da transmissão de créditos ao fiduciário (cessão de crédito em garantia; através das formalidades que podem ser praticadas pelos oficiais de justiça ou notários. Também com a reforma de 2008, o advogado pode celebrar o contrato de fidúcia na qualidade de fiduciário e, também prolongou a duração máxima do contrato de fidúcia de 33 para 99 anos.

*II. Alteração ao regime da fidúcia.* O artigo 18 LME<sup>748</sup> 211, de 19 de Fevereiro de 2007, essencialmente com o objectivo de incentivar o uso da fidúcia legal. Com a lei em referência, qualquer pessoa física ou colectiva com capacidade jurídica, independentemente do regime tributário a que se sujeita. Como um instrumento que serve às empresas, a fidúcia converte-se numa instituição de Direito Civil *geral*, sem qualquer discriminação. No contexto desta abertura para pessoas singulares, a LME fornece várias disposições tendentes a regular a situação das pessoas sob tutela ou curadoria, menores e bens comuns, a fim de garantir a protecção do seu património, bem como o mecanismo de prevenção de conflito de interesses que proíbe o fiduciário de acumular as suas funções com certas actividades. Em relação à protecção da propriedade de menores, o novo artigo 408.º/1 do *Code* determina que não podem ser transferidos para um património fiduciário. Finalmente, no mesmo espírito, os bens comuns do casal podem ser constituídos em fidúcia só com o acordo dos dois cônjuges – artigo 1424.º do *Code*.

*III. Pequena fidúcia em vias de expansão.*<sup>749</sup> A Lei de Modernização da economia de 4 de Agosto de 2008 suprimiu essas restrições, principalmente no que diz respeito ao (A) fiduciante; em menor grau, ao (B) fiduciário; (C) sem, no entanto, eliminar a

---

<sup>748</sup> Lei n.º 2008-776 de 4 de Agosto de 2008 – Lei de Modernização de Economia.

<sup>749</sup> Na versão originária da Lei n.º 2007 – 211, de 19 de Fevereiro de 2007, o negócio fiduciário tinha um âmbito de aplicação muito restrito, dado que apenas as pessoas colectivas sujeitas a imposto podiam celebrar a fidúcia francesa na qualidade de fiduciante. As funções do fiduciário não podiam ser exercidas por um sujeito que não seja um estabelecimento financeiro e, quanto à finalidade, exclui a transmissão gratuita.

proibição da *fidúcia – liberalidade* e mantendo uma versatilidade da fidúcia para não exagerar.

*IV. Devedor alienante – fiduciante.* Exclusão ainda mais surpreendente, uma vez que, mesmo antes da publicação da Lei que instituiu a fidúcia no Jornal Oficial, foi discutida uma extensão do direito de constituir/celebrar a fidúcia na qualidade de fiduciante, durante os debates sobre o Projecto de Lei da reforma do regime jurídico da protecção de maiores<sup>750</sup>. Por receio persistente de sonegação de receitas fiscais por parte da Direcção Geral do Tesouro do Ministério da Economia e Finanças, esta disposição não foi adoptada em 2007. Durante os debates parlamentares, o Governo alegou que o motivo de exclusão das pessoas singulares na relação fiduciária constituía um imperativo fiscal: a fidúcia não pode constituir uma ferramenta de optimização fiscal para pessoas singulares, e, não sendo suficiente nulidade como sanção às fidúcias com fins de evasão fiscal..<sup>751</sup> Considerou-se que o argumento não é convincente, sob pena de eliminar todas as nulidades, se não forem suficientes para se proteger as preocupações que justificam a sua consagração. É verdade que o governo não mencionou apenas este aspecto para justificar esta restrição. Também justificou a mesma restrição com o fundamento nas protecções inerentes ao Direito das garantias, protegendo os devedores com menor literacia financeira de eventuais situações de *sobre-garantia* e do aproveitamento dos credores.<sup>752</sup> Por outro lado, é difícil compreender como é que o risco é mais elevado em relação a uma pessoa singular quando se transfere a propriedade em garantia do que quando usa o direito de propriedade em garantia através da de propriedade reservada ou quando recorre ao direito de retenção – figuras que já eram admitidas. O governo também justificou a restrição, a fim de evitar que as regras específicas adoptadas a favor “*maiores protegidos*”, regras relativas à devolução dos bens, bem como aquelas que garantem a protecção dos direitos de os herdeiros serem contornadas com o recurso ao negócio fiduciário.<sup>753</sup> A Lei de Modernização da Economia, de 4 de Agosto de 2008, eliminou restrições em relação ao fiduciante/devedor, permitindo que qualquer pessoa possa celebrar o negócio fiduciário nessa qualidade. O percurso do Governo nessa matéria é

---

<sup>750</sup> Cf. *Loi n.º 2007-308 du 5 mars 2007 portant sur la réforme de la protection juridique des majeurs*, in JORF, 7 Março de 2007, 4325.

<sup>751</sup> França, JORF, *Sénat, Débats parlementaires, Compte rendu intégral, séance du 17 octobre 2006*, Senado, 17 de Outubro de 2006.

<sup>752</sup> França, JORF, *Sénat, Débats parlementaires, Compte rendu intégral, séance du 17 octobre 2006*, Senado, 17 de Outubro de 2006.

<sup>753</sup> França, JORF, *Sénat, Débats parlementaires, Compte rendu intégral, séance du 17 octobre 2006*, Senado, 17 de Outubro de 2006.

ambíguo, pois o projecto de lei sobre fidúcia apresentado em 2006 pelo senador Marini tinha um âmbito de aplicação vasto: qualquer pessoa podia ser fiduciante, mas o Governo, na altura, opôs-se e, apenas um ano depois, permitiu o alargamento do âmbito da aplicação da fidúcia. Essa reviravolta, no entanto, trouxe diversas vantagens: (A) *Primeiro*, porque permitiu a pessoas singulares celebrar o contrato de fidúcia. Pense-se, por exemplo, nos casos de empreendedores individuais – artesãos ou pequenos comerciantes – que, sujeitos a impostos aplicáveis às pessoas colectivas, podem beneficiar da utilidade da fidúcia.

As pessoas colectivas não sujeitas ao imposto sobre as sociedades que em suas actividades económicas necessitam de recorrer à fidúcia também podem fazê-lo. Também são as pessoas físicas com *incapacidades* (não apenas no sentido jurídico) – idosos, doentes, deficientes – que pretendem confiar a gestão dos seus bens a um fiduciário, podem recorrer a ele. Esta reforma complementa um conjunto de instrumentos, em particular o *mandato para protecção futura* e, em menor grau, o *mandato com efeito póstumo*<sup>754</sup>; (B) *Em segundo lugar*, a reforma revogou a discriminação entre as diferentes categorias de pessoas, o que não era apeteável como tal e que era uma particularidade do Direito francês. A referência no Código Civil a pessoas colectivas sujeitas a imposto de sociedades não constituía uma solução congénita. A lei demonstrava muita preocupação fiscal, admitia a celebração da fidúcia quase só às pessoas colectivas “sujeitas ao imposto de sociedades”, mas não havia disposições sobre as consequências destas pessoas sujeitas ao imposto se fundirem ou uma cisão com outra pessoa colectiva não sujeita a imposto sobre as sociedades ou a sua transformação nessa entidade. Muitas incertezas pairavam sobre estas questões; © *Finalmente, em terceiro lugar*, esta extensão torna a fidúcia francesa mais atractiva, não só para os franceses, mas também para as empresas estrangeiras. Ao impor inicialmente esta restrição, a lei aparentemente impedia as empresas estrangeiras que não estivessem sujeitas a tais impostos. Por exemplo, uma sociedade que não tivesse sede nem residência fiscal em França, não podia celebrar o contrato de garantia fiduciária.<sup>755</sup>

V. *Fiduciário/adquirente*. Na versão originária da lei de 2007, havia restrições não apenas em relação ao fiduciante, mas também em relação ao fiduciário. Uma função

---

<sup>754</sup> Cf. Imran Omarjee, *Bref Aperçu des Mandats de Protection Future, de Fin de Vie et à Effet Posthume*, Droit & Patrimoine n. ° 157, Março, 1997, pp. 20-21.

<sup>755</sup> Cf. François Barrière, *La fiducie française ou le réveil chaotique d'une - belle au bois dormant*, in McGill Law Journal Revue de droit de McGill, 58, (4), 2013, pp. 847-868, p. 862-863.

originalmente limitada, como no Luxemburgo, apenas aos estabelecimentos bancários. Se a preocupação de restringir a função do fiduciário às instituições bancárias que, vagamente, são instituições habituadas às obrigações de declaração de suspeitas de branqueamento de capital é compreensível, a exclusão inicial de outras profissões – advogados e notários – era menor. Com a reforma de 2008, através da Lei de Modernização da Economia, de 4 de Agosto de 2008, os advogados foram acrescentados ao âmbito de aplicação da fidúcia, passando a ter a capacidade de celebrar o negócio fiduciário na qualidade de fiduciário. Todavia, os aspectos de gestão patrimonial fiduciária poderiam ser relevantes para os notários, tendo em conta as suas competências. *Lei 2008-1345 – Garantie fiduciária e as empresas em dificuldades*. De acordo com a lei de 2007, o legislador determinou expressamente que se devia respeitar a ordem pública, pelo que a fidúcia não pode servir um meio de contornar as regras essenciais, nomeadamente a limitação de tempo da duração máxima do negócio fiduciário de 33 para 99 anos, de modo a evitar o risco de inalienabilidade dos bens e limitar a interferência do estado na livre circulação de bens.<sup>756</sup> Em caso de litígio, nos termos do artigo L. 233-11/5 do *Code de Commerce*, há uma presunção de “conluio” entre o fiduciário e o fiduciante/beneficiário, no sentido de assegurar a transparência e informações de mercado financeiro, para evitar a participação oculta do fiduciante numa sociedade cotada por intermédio de um fiduciário. A doutrina<sup>757</sup> temia dificuldades que a fidúcia podia causar na recuperação da empresa, em 2008, a *Ordonnance no 2008-1345 du 18 Décembre 2008, Portant sur la Réforme du droit des Entreprises en Difficulté* limitou a execução da garantia durante o período de “reserva” e recuperação judiciária. Por outro lado, no sentido de preservar os seus efeitos, na alienação fiduciária em garantia, na liquidação

---

<sup>756</sup> Em resumo, Lei 2008 – 776, de 04 de Agosto de 2008, através do seu artigo 18.º, procedeu à alteração do artigo 2018.º do *Code*, alterando o tempo da duração máxima do negócio fiduciário de 33 para 99 anos; aditou o artigo 1818.º – 1 do *Code*, nos termos do qual, quando o negócio fiduciário prevê que o fiduciante conserva o uso ou gozo de um estabelecimento comercial ou imóvel usado para fins profissionais transferido para o património fiduciário, esta cláusula não está sujeito aos capítulos IV e V do título IV do livro I do Código Comercial, salvo disposição em contrário; Aditou o artigo 2018 – 2 ao *Code*, nos termos do qual, a cessão de crédito realizada no âmbito do negócio fiduciário é oponível aos terceiros à data da sua celebração e torna-se oponível ao devedor cedido pela notificação feita a ele pelo credor cedente ou pelo fiduciário; Procedeu à alteração ao artigo 2022.º do *Code*. Quanto ao dever de prestação de conta do fiduciário, este deve prestar contas ao tutor ou curador se o beneficiário ou fiduciante incapaz sujeito a estes meios de suprimento das incapacidades; procedeu à alteração ao artigo 2027.º do *Code*. Durante o processo de recuperação da empresa, admitiu a substituição do fiduciário, transferindo o património fiduciário para o novo fiduciário.

<sup>757</sup> Cf. Pierre Crocq, *L'Ordonnance du 18 Décembre 2008*, in *Revue Procédure Collective*, Janeiro – Fevereiro, 2009, Paris, p. 75; Philippe Roussel Galle, *Premier Aperçu sur l'Ordonnance du 18 Décembre 2008 Réformant le Droit des Entreprises en Difficulté*, PA, Paris, 2008, p. 3; Philippe Petel, *Le Nouveau Droit des Entreprises en Difficulté: Acte II*, JCP, Paris, 2009, p. 1049 e A. Lienhard, *Réforme du Droit des Entreprises en Difficulté: Présentation de l'Ordonnance du 18 Décembre 2008*, Dalloz, Paris, 2009, p. 110.

judiciária, o credor garantido pela alienação fiduciária em garantia beneficia de um pagamento exclusivo, em caso de concurso de credores na execução do bem alienado em garantia.<sup>758</sup>

## **2.11. A reforma de 2009 – instituição do regime da alienação fiduciária em garantia**

*I. Generalidades.* A Lei de Simplificação do Processo Simplificado de Apuramento de Passivo, veio retocar as disposições sobre a alienação fiduciária em garantia. Depois desta maratona de acertos legislativos, o regime da alienação fiduciária em garantia conheceu um novo período, o da estabilidade. Todavia, durante todo este período, na prática, a alienação fiduciária serviu de garantia<sup>759</sup> para obter importantes financiamentos em França.

---

<sup>758</sup> Cf. François Barrière, *La fiducie française...*, cit., p. 852.

<sup>759</sup> Apesar das imperfeições do texto inicial de 2007 nomeadamente o silêncio sobre a execução da alienação fiduciária em garantia, houve um recurso a este tipo de garantia e continuaram a elogiar os resultados. Logo nos dois primeiros anos da sua consagração, houve empresas a recorrer à garantia fiduciária para a satisfação das suas necessidades. Cf. Valérie de Senneville, *Première application de la fiducie: l'État montre l'exemple*, in [www.lesEchos.fr](http://www.lesEchos.fr), publicado a 8 de Fevereiro de 2008 e Reinhard Dammann/Gilles Podeur/Vincent Roussel, *Fiducie: des débuts prometteurs*, Option finance, n.º 971, publicado a 10 de Março de 2008, p. 37. Por exemplo, GAZ DE FRANCE - fiduciante e a CAISSE DES DÉPÔTS ET CONSIGNATIONS (fiduciário), celebram o contrato de alienação em garantia para garantir o cumprimento das obrigações dos funcionários (beneficiários) do fiduciante – GDF, cf. Valérie de Senneville, *Fiducie: Coup d'envoi pour les trusts à la française*, in Option finance, n.º 968 publicado a 18 de Fevereiro de 2008), p. 5. Também recorreu-se à alienação em garantia para assegurar o cumprimento das obrigações de uma empresa em dificuldades, que tinham dívidas fiscais, em que o devedor/fiduciante era NATIXIS e o beneficiário/credor, Estado, o que revela que a garantia fiduciária atende às necessidades da prática, para garantir obrigações decorrentes do mútuo e de outras fontes. Em 2009, a imprensa francesa revela que uma empresa especializada em placas de painéis, PLYSOROL, que se encontrava num processo de insolvência, alienou fiduciariamente em garantia o seu stock, obtendo assim empréstimo que evitou a sua liquidação judicial, cf. Fabrice Anselmi, *La fiducie-sûreté pourrait faciliter les restructurations d'entreprises*, in <http://www.agefi.fr>, publicação de 29 de Outubro de 2009. Ainda em 2009, um hipermercado que se encontrava em dificuldades financeiras, alienou em garantia os títulos de uma sociedade civil imobiliária para um fiduciário, obtendo assim um crédito bancário, cf. Ondine Delaunay, *Première application de la fiducie gestion en restructuring*, Option Droit & Affaires, 16 de Dezembro de 2009. Esta operação também deu lugar à gestão do estabelecimento a cargo do fiduciário. Mais recentemente, em 2010, a CPB, membro do grupo LyondellBasell, alienou em garantia uma parte dos seus bens à CAISSE DES DÉPÔTS ET CONSIGNATIONS, obtendo assim o financiamento para cumprir o acordo de uma convenção colectiva com os seus funcionários, cf. CPB/CDC, *La Lettre des Juristes d'Affaires* n.º 961, publicado a 8 de Fevereiro de 2010. A falta de implementação de registo nacional de fidúcia dificulta a consulta dos contratos de alienação fiduciária em garantia em França desde 2007, o que implica que pode haver mais casos que não chegam ao público, cf. Conseil National des Barreaux, *La Fiducie: Colóquio de 24 de Junho de 2010*, Avocats & Droit n.º 34 (Setembro – Outubro - Novembro 2010, p. 10.

*II. A persistente insuficiência do regime da garantia fiduciária.* A reforma de 2007 instituiu a fidúcia para fins de garantia, o que apresenta duas características particularmente apreciáveis em matéria das garantias: flexibilidade e exclusividade.

*III. Flexibilidade* – a consagração legal da alienação em garantia favorece a adequação entre a necessidade das partes e a garantia, resultante do espaço deixado pela lei de 2007 à liberdade contratual, especialmente em relação aos poderes e obrigações do fiduciário. Nota-se também a flexibilidade no conceito e âmbito da fidúcia instituída pela reforma de 2007, com a definição lata da alienação fiduciária em garantia, nos termos do artigo 2011.º do *Code*, que não estabelece restrições quanto ao objecto, direitos e garantias do devedor constituinte, que podem ser presentes ou futuros.

*IV. Exclusividade* – nos termos do artigo 2011.º do *Code*, a fidúcia constitui uma operação através da qual um ou mais constituintes transferem bens ou direitos ou um conjunto de bens ou direitos, presentes ou futuros, a um ou mais fiduciários..., que os tendo separado do seu próprio património - *patrimoine d'affectation* - destinados a um fim determinado, de gestão ou garantia, ou em proveito de um ou mais beneficiários. Com a instituição do património de afectação, sob pena de fraude, os credores que não dispõem de uma garantia registada antes da constituição da fidúcia sobre os bens do constituinte, não podem penhorar estes bens transferidos para o património fiduciário, o que legitima a ideia de que o credor beneficiário adquire a “propriedade exclusiva” sobre os bens fiduciariamente transferidos em garantia, excluindo assim a concorrência de outros credores do mesmo devedor.

Da análise destes dois aspectos, a garantia fiduciária constituída pela reforma de 2007 parece um instrumento de protecção atractivo para os credores. Todavia, esta apreciação positiva deve ser relativizada tendo em conta uma vasta área cinzenta do regime da alienação em garantia vertido na Lei n.º 211/2007, de 19 de Fevereiro de 2007. Havia incertezas<sup>760</sup> em relação a elementos muito importantes em relação à matéria das garantias, sobretudo nas garantias reais *O carácter acessório; A execução da garantia; A articulação com o processo executivo ou de insolvência.*

Estes aspectos não devem ser evitados quando se trata da matéria das garantias que incidem sobre coisas. O legislador francês criou um regime geral de fidúcia sem diferenciar as regras segundo o tipo ou finalidade da mesma, sem diferenciar as regras segundo o tipo ou finalidade da mesma, sem estabelecer disposições especiais para

---

<sup>760</sup> Cf. Manuella Bourassin/Vincent Bremond, *Droit des Sûreté*, Dalloz, 7.ª ed., Paris, 2019, n.º 778.

alienação fiduciária em garantia. As reformas de 2006 e 2007 deram origem a dificuldades de interpretação que embaraçam os círculos económicos. A reflexão doutrinária e jurisprudencial atingiu, com o decurso do tempo, uma maturidade que permite clarificar pontos dúbios. A reforma de 2008 alargou o âmbito da aplicação da fidúcia, todavia, continuava a persistir a insuficiência do regime da alienação fiduciária em garantia. Por este motivo, em 2008, foi criada uma nova comissão para proceder às alterações ao regime da fidúcia.

V. *A Comissão da reforma.* Com base na autorização legislativa da Lei de Modernização da Economia, de 4 de Agosto de 2008, o Governo francês, criou uma comissão Liderada pelo Ministério da Justiça para proceder às alterações ao regime da fidúcia, sendo algumas alterações de carácter geral e algumas especialmente referentes à alienação fiduciária em garantia, no sentido de eliminar as lacunas nesta matéria e dissipar dúvidas<sup>761</sup> referentes à Lei n.º 2007 – 211, de 19 de Fevereiro de 2007, que instituiu a fidúcia em França.<sup>762</sup>

VI. *Negócios fiduciários e o património dos cônjuges.* Considerando que o negócio fiduciário pode ter consequências negativas para o património dos cônjuges casados sob um regime de comunhão geral de bens, no caso de sua dissolução antes da cessação do negócio fiduciário quando os bens transferidos para o património fiduciário dependem da comunhão ou em casos semelhantes para as pessoas titulares de bens

---

<sup>761</sup> Com o objectivo de acolher em França a finança islâmica e de admitir a emissão do *sukuk* com o fundamento no Direito Francês, foi discutido no Senado e na Assembleia Nacional a alteração do conceito da fidúcia nos trabalhos preparatórios da Lei que visa favorecer o acesso a crédito às pequenas e médias empresas, Lei n.º 2009 – 1255, de 19 de Outubro de 2009. O objectivo foi o de conferir um direito real ao beneficiário sobre os bens constituídos em fidúcia. Assim, foi adoptada uma segunda alínea ao artigo 2011.º do *Code*, com a seguinte redacção - o *fiduciário exerce a propriedade fiduciária sobre os bens que constituem o património fiduciário, de acordo com as estipulações do contrato de fidúcia*. Este texto não era claro e suscitava dúvidas. Todavia, os trabalhos da Comissão do Senado e da Assembleia Nacional francesa afirmam que o objectivo era cindirem a propriedade em duas partes: a) uma propriedade atribuída ao fiduciário, propriedade jurídica, propriedade limitada porque deve ser exercida de acordo com as estipulações do contrato de fidúcia; b) uma propriedade atribuída ao beneficiário, propriedade económica, pretendendo conferir um verdadeiro direito real sobre os bens fiduciários. Juridicamente, de acordo com esta proposta, haveria dois direitos de propriedade e não um simples desmembramento da propriedade, cf. Manuella Bourassin/Vincent Brémont, *Droit des sûretés*, 7.ª ed., cit., n.º 748. Esta concepção é considerada incompatível com a concepção francesa da propriedade consagrada desde 1804, no artigo 544.º do *Code*, que se caracteriza pela plenitude de poderes ao proprietário. Para evitar tal incompatibilidade, considera-se que o novo artigo 2011.º deveria ser interpretado no sentido de que instituiu um único proprietário. Sucede, porém, que o artigo 16.º da Lei n.º 2009 – 1255, de 19 de Outubro de 2009 foi considerado inconstitucional pelo Conselho Constitucional, não com fundamento em direito de propriedade, nem sobre o conceito da fidúcia, mas sim porque constituiu uma violação de procedimentos legislativo. Mesmo assim, a doutrina considera que se o *sukuk* não foi favorecido pela Lei n.º 2009 – 1255, a sua prática é de admitir com outros fundamentos da.

<sup>762</sup>Cf. Ministère de la Justice, *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n.º 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie*, in JORF, n.º 0026, de 31 de Janeiro de 2009, p. 1851.



indivisos. Entende-se que a intervenção de um notário é importante nesta hipótese para a celebração do negócio fiduciário, no sentido de garantir que os contraentes - fiduciantes possuem informações necessárias sobre as consequências de tal contrato. Com efeito, no sentido de proteger as pessoas em tais situações e pessoas físicas em geral, foram propostas duas alterações ao artigo 2012.º do *Code*. A primeira, para complementar o artigo 2012.º do *Code*, prevendo que: ..., *sob pena de nulidade, que o negócio fiduciário referente aos bens comuns do casal ou propriedade indivisa deve ser celebrado por escritura pública*. Segundo, excluir a possibilidade da pessoa física renunciar ao direito de nomeação/indicação de um protector no âmbito da fidúcia.<sup>763</sup>

VII. *Alienação fiduciária em garantia*. Além disso, considerou-se que uma vez que as regras de protecção foram crescidas em matéria das garantias pela *Ordonnance* n.º 2006-346, de 23 de Março de 2006, a extensão do âmbito de aplicação dos negócios fiduciários às pessoas singulares deve ser acompanhada de medidas de protecção semelhantes quando o negócio fiduciário é celebrado para garantir o cumprimento de uma obrigação. Com efeito, propôs-se que as disposições do capítulo referente à alienação fiduciária em garantia devem, por um lado, exigir informações adicionais obrigatórias no contrato de garantia fiduciária, a fim de garantir que o devedor – fiduciante pessoa singular tenha o conhecimento do risco que assume e do âmbito da sua obrigação, e, por outro, para garantir que, se o devedor – fiduciante não cumprir a sua obrigação, o beneficiário da fidúcia não poderá apropriar-se da coisa objecto da garantia cujo valor seja superior que a dívida garantida sem restituir o remanescente.<sup>764</sup> Essas disposições viriam, no fundo, reproduzir as regras existentes em sede de garantias reais. Por exemplo, em relação ao penhor, nos artigos 2336.º do *Code* para a celebração do contrato e no artigo 2348.º para a determinação das regras em caso de transferência da propriedade, e destinam-se a aplicar tanto à alienação fiduciária em garantia relativa aos bens móveis quanto aos bens imóveis. Também mereceu preocupação do Governo a possibilidade de o devedor – fiduciante constituir uma segunda garantia sobre o bem anteriormente alienado em garantia. Suponha-se que o devedor transfere um direito de propriedade fiduciariamente em garantia e pretende ou necessita de um novo financiamento e não dispõe de mais garantias quando já tenha cumprido grande parte da obrigação garantida pela alienação fiduciária em garantia. neste caso, é de interesse do devedor fiduciante poder constituir a garantia sobre a parte do valor do bem alienado em garantia para

---

<sup>763</sup> Cf. Ministère de la Justice, *Rapport ... portant diverses mesures relatives à la fiducie, cit.*, p. 1851.

<sup>764</sup> Cf. Ministère de la Justice, *Rapport ... portant diverses mesures relatives à la fiducie, cit.*, p. 1851.

garantir um novo crédito quando, sobretudo, tenha reembolsado parte significativa da dívida garantida pela alienação fiduciária em garantia e o valor do bem é superior em relação à dívida remanescente. Este mecanismo, *garantia recarregável*, já era admitido no Direito positivo, nomeadamente na matéria de hipoteca. Por isso, julgou-se necessário, após a extensão da fidúcia às pessoas singulares, regulamentar este aspecto, inspirando-se nas disposições relativas à *hipoteca recarregável* constantes dos artigos 2422.º e seguintes do *Code*. Assim, para o efeito, propôs-se limitar o valor da *recarga*/segunda garantia, ao valor do bem na data da sua celebração. Essas disposições, referentes aos bens alienados fiduciariamente em garantia, deveriam ser inseridas no Livro IV do *Code Civil*, livro dedicado às garantias, respectivamente no subtítulo II, referente a móveis e no subtítulo III, referente aos imóveis. Nestes artigos, propôs-se que seja feita referência ao *constituinte* (nós preferimos fiduciante) e não ao devedor. Esta proposta visava dissipar dúvidas.

O objectivo era o de demonstrar que nenhuma disposição proibía uma pessoa de alienar fiduciariamente em garantia um bem para garantir a obrigação de um terceiro. Propôs-se também que os mecanismos de protecção se aplicassem ao *constituinte*.<sup>765</sup> Propôs-se a alteração do artigo 2329.º do *Code*, no sentido de consagrar expressamente a possibilidade de alienar fiduciariamente um bem com o fim de garantir o cumprimento de uma obrigação. Propôs-se a alteração do capítulo IV do *Code*, no sentido de introduzir a cessão de crédito em garantia. Propôs-se ainda a alteração do capítulo IV do livro IV do *Code*, no sentido de serem criadas duas secções, sendo certo que a primeira seria dedicada à reserva de propriedade *em garantia*, composta pelas disposições que já se encontravam em vigor, sendo a segunda composta pelas disposições referentes à alienação em garantia efectuadas no âmbito da fidúcia, num total de seis novos artigos. Ainda foi proposta a criação, no âmbito do Livro IV do *Code*, a criação de um capítulo VIII no subtítulo III, relativo à alienação da propriedade de bens imóveis em garantia. Este capítulo incluiria novos artigos 2488.º-1 a 2488.º-6 do *Code*, que estenderiam aos bens imóveis o novo regime da alienação em garantia de bens móveis.<sup>766</sup> Assim, de acordo com a proposta, o artigo 2372.º – 1 deveria definir a alienação fiduciária em garantia sobre os bens móveis; O artigo 2372.º – 2 deveria prever menções obrigatórias para a validade do contrato de alienação fiduciária em garantia, devendo, sob pena de nulidade, indicar a natureza do

---

<sup>765</sup> Cf. Ministère de la Justice, *Rapport ... portant diverses mesures relatives à la fiducie*, cit., p. 1851.

<sup>766</sup> Cf. Ministère de la Justice, *Rapport ... portant diverses mesures relatives à la fiducie*, cit., p. 1851.

crédito garantido e o valor do bem alienado fiduciariamente em garantia; Os artigos 2372.º - 3 e 2372.º - 4 previam as disposições aplicáveis em caso de incumprimento da obrigação garantida pela alienação fiduciária em garantia. Propôs-se que o credor deveria ter, em caso de incumprimento da dívida garantida pela alienação fiduciária em garantia, o direito de se dispor livremente dos bens objecto de garantia, devendo restituir o remanescente se o valor do bem fosse superior ao valor da dívida. Esta proposta visava evitar o enriquecimento sem causa do credor. A avaliação do bem devia ser feita por um perito no momento da execução, porque o valor do bem objecto de garantia podia variar entre a data da constituição da garantia e a data da sua execução. Se o contrato de alienação fiduciária em garantia previsse que o credor podia vender a coisa no caso de incumprimento, o cálculo da diferença entre o valor do bem e a dívida devia ser feito com base no preço de venda; o artigo 2372 – 5 regularia a alienação fiduciária em garantia sobre o valor de um bem anteriormente alienado em garantia. A proposta estabelecia que as formalidades aplicáveis ao contrato inicial da alienação fiduciária em garantia deveriam aplicar-se, quer a nível do conteúdo, quer a nível de publicidade à fidúcia recarregável, no sentido de tornar coerente o sistema nacional francês de registo da fidúcia; o artigo 2372 – 5 devia mencionar que as novas disposições referentes à alienação fiduciária em garantia não se destinavam a aplicar às garantias constituídas por pessoas colectivas, que as alienações em garantia constituídas por pessoas colectivas deviam manter-se sujeitas ao Direito comum; por fim, deveria ser alterado o artigo 2373.º no sentido de mencionar expressamente a possibilidade de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis.

*VIII. O Advogado Fiduciário.* Dado que a qualidade do fiduciário se encontrava reservada apenas aos estabelecimentos bancários, estabelecimentos financeiros, sociedades de investimento e seguradoras, seria vantajosa a sua extensão aos advogados, porque os seus conhecimentos jurídicos permitiriam elaborar contratos de fidúcia com inovações, o que garantiria o crescimento da fidúcia legal. Ainda se entendeu que a ética da advocacia constituiria uma garantia importante para os *constituíntes* e para os beneficiários. Propôs-se a criação de um mecanismo, nos termos do qual, os bens transferidos fiduciariamente em garantia para a esfera jurídica do advogado/fiduciário não deviam ser integrados na CARPA<sup>767</sup>, pois tal seria incompatível com as regras do

---

<sup>767</sup> *Caisse Autonome des Règlements Pécuniaires des Avocats*, um organismo interprofissional que visa garantir despesas realizadas por advogados em nome dos seus constituíntes. Esses fundos também contribuem para pagar aos advogados por assistência jurídica e outros auxílios. Carpa é regida pela Lei de

funcionamento da CARPA fundadas no mandato. Por outro lado, de acordo com o artigo 66.º-5 da Lei de 31 de Dezembro de 1971, o segredo profissional do advogado abrange todos os assuntos relacionados com a sua actividade profissional. No entanto, para evitar qualquer risco de evasão fiscal e combater o branqueamento de capital, os advogados/fiduciários estariam sujeito às obrigações de declaração e a verificações documentais que poderiam ser efectuadas *in loco*. Propôs-se também que, sobre o conflito entre as normas aplicáveis ao exercício de advocacia e as normas aplicáveis aos fiduciários, deveriam prevalecer as regras aplicáveis à actividade fiduciária a partir da data da celebração do contrato fiduciário. Esta solução visava manter o mesmo nível de controlo aplicável a outros fiduciários, mas também para garantir ao advogado contra qualquer sanção disciplinar devido ao incumprimento das obrigações relacionadas com o exercício da actividade específica de advocacia. Com efeito, os interesses de outros advogados também seriam protegidos, pois a correspondência não oficial enviada por um advogado que não tivesse conhecimento da qualidade de fiduciário do seu correspondente estaria isenta desta derrogação ao sigilo profissional.

*IX. Regime fiscal do negócio fiduciário.* Para uma aplicação geral, a fim de eliminar qualquer ambiguidade<sup>768</sup>, nos termos do XIII do artigo 10 da proposta, deveria ser inserido um artigo 238.º 4.º - A no Código Geral dos Impostos, que definiria os termos da aplicação do imposto sobre os negócios fiduciários celebrados por pessoas singulares.<sup>769</sup> Primeiro, propôs-se adaptar o sistema instituído pela lei de 19 de Fevereiro de 2007, que instituiu a fidúcia, à tributação dos lucros. No que se refere, em primeiro lugar, à extensão da fidúcia aos titulares de rendimentos tributáveis na categoria de benefícios industriais ou comerciais (BIC) ou benefícios agrícolas (BA) determinados de

---

1901, sobre associações sem fim lucrativo. A conta CARPA é uma conta obrigatória sobre a qual se devem registar as somas recebidas pelo advogado no quadro do exercício da sua profissão. Actualmente, todos os fundos recebidos pelo advogado no exercício da sua profissão são registados/depositados numa subconta especial associada à sua conta CARPA. Recentemente, o Ministério da Economia e Finanças, através da TRACFIN - responsável pelo combate ao branqueamento de capitais, sublinhou a importância desta medida e o controlo da CARPA, criticando implicitamente a transparência desse fundo que ainda considera insuficiente. A obrigação de um advogado registar as transacções financeiras relacionadas à sua actividade profissional em uma subconta da CARPA, à qual está vinculado tem gerado um desenvolvimento importante em comparação às práticas anteriores. Contribui na luta contra o branqueamento de capitais. Por outro lado, esses fundos também contribuem para a autorregulação financeira da profissão. Em relação ao fiduciante, ao transferir a propriedade para o fiduciário/advogado, que será registado numa especial aberta e associada à sua actividade na contabilidade da CARPA, por um período que permita o controlo da transacção e garanta o pagamento irrevogável ao beneficiário. Esse prazo também permite efectuar aplicações financeiras, regida pelo artigo 235.º-1 do Decreto de 27 de Novembro de 1991. Esses produtos financeiros servem, em particular, como uma variável de ajuste da remuneração dos advogados por assistência judiciária.

<sup>768</sup> Cf. Ministère de la Justice, *Rapport ... portant diverses mesures relatives à la fiducie*, cit., p. 1857.

<sup>769</sup> Cf. Ministère de la Justice, *Rapport ... portant diverses mesures relatives à la fiducie*, cit., p. 1857.

acordo com um regime real, propôs-se transpor o dispositivo que já estava em vigor para fiduciantes pessoas colectivas sujeitas aos impostos aplicáveis às sociedades.<sup>770</sup> No que diz respeito às pessoas titulares de rendimentos determinados de acordo com um método *forfetário* - micro-BIC, regime especial BNC e *forfaite* BA -, chegou-se a conclusão que constitui um regime incompatível com uma transferência fiduciária de bens profissionais. Não estando vinculado à custódia dos documentos contabilísticos e à suspensão da tributação condicionada pela continuidade dos valores tributários retidos entre o património profissional da pessoa singular e o património fiduciário, não é possível estender esta possibilidade aos titulares de rendimentos determinados de acordo com um método *forfetário*. Por outro lado, propõe-se a imposição de uma condição, durante toda a vigência do negócio fiduciário: o resultado tributável do fiduciante deve ser determinado de acordo com o modo real ou o regime da declaração controlada.

No que se refere ao resultado do negócio fiduciário, propõe-se, através do XVI do artigo 10.º, inserir no Código Geral dos Impostos, um artigo 238.º 4.º -F, que visa manter o princípio de uma determinação de acordo com os métodos aplicáveis às sociedades pessoais, com tributação em nome do ou dos fiduciantes. Por outro lado, o resultado da fidúcia será determinado de acordo com as regras aplicáveis ao estabelecimento (BIC, BNC, BA, IS) quando o credor fiduciário estiver inscrito no balanço do fiduciante. Além disso, propõe-se estabelecer o princípio segundo o qual a mudança no regime fiscal do fiduciante não constituiria fundamento para resolver unilateralmente o negócio fiduciário. Também foi proposto, através do XIX do artigo 10.º criar um texto através do qual se transfere as disposições do artigo 223.º - VE do Código Geral dos Impostos, para um novo artigo 238.º 4.º - I, e que não se aplicará em caso de cessão de crédito no âmbito de uma operação beneficiária das disposições dos artigos 41.º, 151.º, 151.º - A ou 210.º-A do Código Geral dos Impostos. Por fim, para extrair as consequências da admissibilidade do fiduciário/adogado, o artigo 10.º do IV propôs qualificar como rendimento não comercial os valores recebidos na sua actividade fiduciária. Em segundo lugar, propôs-se a precisão do regime fiscal aplicável aos fiduciantes pessoas singulares, por um lado, no que diz respeito às regras aplicáveis às mais-valias e, por outro, para garantir a neutralidade fiscal nas várias fases do negócio fiduciário, *i.e.* constituição do património fiduciário, execução e extinção do negócio fiduciário.<sup>771</sup>

---

<sup>770</sup> Cf. Ministère de la Justice, *Rapport ... portant diverses mesures relatives à la fiducie*, cit., p. 1857.

<sup>771</sup> Cf. Ministère de la Justice, *Rapport ... portant diverses mesures relatives à la fiducie*, cit., p. 1857.

X. *Regime próprio da alienação fiduciária em garantia.* A reforma de 2007 instituiu a fidúcia para fins de garantia. Todavia, havia incertezas em relação a elementos muito importantes<sup>772</sup> em relação à matéria das garantias. *Transferência da propriedade e a posse.* De acordo com o regime instituído pela *Ordonnance* de 30 de Janeiro de 2009, não há dúvidas de que a garantia fiduciária francesa implica a transferência do direito de propriedade do fiduciante para o fiduciário<sup>773</sup>, nos termos dos artigos 2329.º, 2372.º - 1, 2373.º e 2488.º - 1 do *Code Civil*. Constitui uma transferência de propriedade temporária e desprovida de alguns poderes, nomeadamente o de disposição. A aquisição definitiva depende do incumprimento definitivo da obrigação garantida. Nos termos dos artigos 2372.º - 3 e 2488.º - 3, primeira parte, no caso de incumprimento da obrigação garantida, o fiduciário dispõe da faculdade de dispor livremente da coisa em execução da garantia. Partindo com a ideia chave de que a fidúcia legal constitui uma figura recente, ainda existiam muitos factores a serem debatidos pela doutrina e pela jurisprudência. Uma dessas discussões assentava na dúvida acerca da eventual dispensa do desapossamento do fiduciante. A *Ordonnance* de 30 de Janeiro de 2009 não formula qualquer exigência do desapossamento do fiduciante/devedor. Este silêncio da parte especial das garantias fiduciárias permite recorrer ao regime geral da fidúcia que permite, no âmbito da autonomia privada, artigo 2018.º - 1, que o fiduciante conserve o uso ou fruição dos bens transferidos para o património fiduciário. Esta convenção é determinante quando o fiduciante constitui *objecto* de um processo executivo uma vez que é o exercício da actividade que desenvolve é que pode justificar que os direitos dos credores beneficiários sejam *paralisados*.<sup>774</sup>

XI. *Estatuto do fiduciante.* De acordo com o regime instituído pela *Ordonnance* de 30 de Janeiro de 2009, certas disposições específicas da alienação fiduciária em garantia dependem da qualidade do fiduciante. Por exemplo, os artigos 2372.º - 6 e 2488.º - 8, dispõem que não se aplicam à alienação fiduciária em garantia se o fiduciante for uma pessoa singular. Esta restrição é, no mínimo, paradoxal. e apenas pode ser explicada com o âmbito de autorização que a Assembleia Nacional concedeu ao Governo, através da Lei de 4 de Agosto de 2008, limitada às pessoas singulares. Por essa razão, a Lei de ratificação de 12 de Maio de 2009 veio pôr em causa tal restrição, revogando os artigos 2372.º - 6 e

---

<sup>772</sup> Cf. Manuella Bourassin/Vincent Bremond, *cit.*, n.º 778.

<sup>773</sup> Cf. Ph. Dupichot, *La fiducie-sûreté en pleine lumière, A propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009*, JCP, 2009, I, p. 132.

<sup>774</sup> Cf. Manuella Bourassin/Vincent Bremond, *cit.*, n.º 780.

2488.º - 6 do *Code Civil*. Com excepção da regra referente ao *plafond de recarga* da alienação fiduciária em garantia constituída por pessoas singulares – os artigos 2372.º - 5, n.º 2 e 2488.º - 5, n.º 2 do *Code Civil* -, o regime da alienação fiduciária em garantia aplica-se agora, independentemente da natureza jurídica do fiduciante. Tal como foi proposto, o texto final adoptou o termo constituinte (fiduciante) e não o devedor. Assim, um terceiro pode alienar fiduciariamente o seu bem para garantir a obrigação do devedor. Ou seja, tal como as garantias tradicionais, a alienação fiduciária pode ser constituída por terceiro em relação ao negócio/fonte da obrigação garantida.<sup>775</sup>

*XII. Forma do contrato.* No Direito Civil francês, tendo em conta o princípio da consensualidade, a validade dos negócios jurídicos não depende da observância de forma especial, salvo quando a lei determina o contrário. Diferentemente, os formalismos da alienação fiduciária em garantia foram reforçados pela *Ordonnance* de 30 de Janeiro de 2009: para além das menções exigidas pelo 2018.º do *Code*, deve mencionar, mas dois elementos i.e. o valor da obrigação garantida e o valor do bem transferido em garantia. Em relação à publicidade, o regime da alienação fiduciária em garantia não adoptou nenhuma regra, asseverando a doutrina que podem ser *previstos conflitos espinhosos*.<sup>776</sup>

*XIII. Obrigação garantida.* Nos termos do artigo 2372.º 2, se a fidúcia for constituída para fins de garantia, o contrato deve indicar a dívida garantida sob pena de nulidade. O legislador pretende impedir que a obrigação garantida seja alterada depois da celebração do contrato de alienação fiduciária em garantia, em detrimento do devedor ou de outros credores. Esta exigência deve ser interpretada à luz das regras do penhor e da hipoteca – o princípio da especialidade permite mencionar, não apenas uma dívida garantida, mas várias dívidas; permite garantir o cumprimento da obrigação futura, desde que seja determinável; considera ainda a doutrina<sup>777</sup> que, em relação aos bens imóveis, no sentido de proteger o fiduciante/devedor, pode-se exigir a menção da causa da obrigação garantida, refere-se aqui a *causa - contrato*. O âmbito do princípio da especialidade na alienação fiduciária em garantia não é absoluto como decorre nas garantias reais tradicionais, pois, nos termos dos artigos 2372.º - 5 e 2488.º - 5 do *Code*, podem ser posteriormente afectados para garantir dívidas não mencionadas no acto constitutivo, desde que o contrato expressamente o preveja. Considera a doutrina<sup>778</sup> que

---

<sup>775</sup> Cf. Manuella Bourassin/Vincent Bremond, *cit.*, n.º 781.

<sup>776</sup> Cf. Manuella Bourassin/Vincent Bremond, *cit.*, n.º 782.

<sup>777</sup> Cf. Manuella Bourassin/Vincent Bremond, *cit.*, n.º 782.

<sup>778</sup> Cf. Manuella Bourassin/Vincent Bremond, *cit.*, n.º 782.

esta recarga da alienação fiduciária em garantia constitui uma manifestação importante do princípio da especialidade em relação à dívida garantida e também do carácter acessório desta garantia.

*XIV. Determinação do valor do bem alienado.* Os artigos 2372.º - 2 e 2488.º - 2 do *Code* impõem uma exigência que não é habitual na matéria das garantias, até nas garantias reais: a determinação do valor do bem transferido para o património do fiduciário. Esta determinação pode ser efectuada de forma amigável, sem intervenção de um especialista.<sup>779</sup> Esta imposição é suplementar em relação às exigências do artigo 2018.º do *Code*, que impõe apenas a designação do bem transferido para o património do fiduciário. Em relação à alienação fiduciária em garantia, esta exigência suplementar foi justificada com o fundamento de que visa garantir que o fiduciante/devedor tem conhecimento do âmbito da sua vinculação e das consequências que pode ter em relação ao seu património. A doutrina considera que este fundamento não é convincente, pois a execução da alienação fiduciária em garantia é radical para o fiduciante/devedor incumpridor, que perde definitivamente ao seu direito de propriedade sobre os bens transferidos em garantia, motivo pelo qual se afirma que a execução desta garantia devia ter em conta o valor do bem na data da execução, evitando com isso o enriquecimento<sup>780</sup> sem causa por parte do credor/fiduciante.<sup>781</sup>

*XV. Efeitos da alienação em relação a terceiros – dúvidas.* Em relação à publicidade, a *Ordonnance* de 30 de Janeiro de 2009 nada dispõe. Por outro lado, o regime geral dos negócios fiduciários – artigos 2011.º e seguintes também nada dispõe sobre a publicidade. Em relação à alienação fiduciária dos bens imóveis, a publicidade será efectuada através do regime geral do registo da alienação dos imóveis. Se a alienação fiduciária tiver por objecto um crédito, constitui objecto de registo simplificado. No entanto, se tiver por objecto uma coisa móvel corpórea ou incorpórea, a alienação fiduciária em garantia permanecerá oculta porque não há como registá-la. Com efeito, considera a doutrina que apenas a entrega da coisa alienada em garantia poderá servir de

---

<sup>779</sup> Cf. Manuella Bourassin/Vincent Bremond, *cit.*, n.º 783.

<sup>780</sup> Por outro lado, com a generalização da admissibilidade do pacto comissório em França, cf. [Com a *Ordonnance* n.º 2006-346 de 23 Março de 2006, os artigos 2355.º admite o pacto comissório no âmbito do penhor de bens móveis corpóreos, regime extensivo ao penhor de coisas incorpóreas. Admite também o recurso a pacto comissório no âmbito do penhor de partes sociais das sociedades comerciais – sociedades em comandita simples, sociedades de responsabilidade limitada e sociedades em nome colectivo. Também o artigo 2459.º do *Code Civil* admite o recurso a pacto comissório no âmbito da hipoteca, desde que o imóvel hipotecado não constitui residência habitual do devedor. Veja ainda os artigos 2348.º e 1866.º, ambos do *Code Civil*..

<sup>781</sup> Cf. Manuella Bourassin/Vincent Bremond, *cit.*, n.º 783.



publicidade em relação a terceiros. Em relação à alienação fiduciária em garantia de coisa móvel sem desapossamento, a doutrina propõe duas soluções: (a) considerar que será necessário o desapossamento do fiduciante para que a alienação fiduciária em garantia produza efeitos em relação a terceiros, de acordo com as regras estabelecidas para o penhor<sup>782</sup>, artigo 2337.º do *Code*; (b) alterar o funcionamento do registo, passando a admitir, pelo menos, o registo de alienação fiduciária em garantia de bens móveis.<sup>783</sup>

*XVI. Reforço da alienação fiduciária em garantia.* Diz-se *recarregável* a alienação fiduciária quando pode ser afectada à garantia de outros créditos para além dos mencionados no acto constitutivo. Constitui uma vantagem para o fiduciante, pois permite obter outro crédito com base na mesma garantia e, adicionalmente, permite-lhe tirar o benefício económico dos bens alienados fiduciariamente em garantia. A *Ordonnance* de 30 de Janeiro de 2009 dedicou dois volumosos artigos - 2372.º - 5 e 2488.º - 5 a que a Lei de Ratificação de 12 de Maio de 2009 veio alterar. Deve-se realçar que o *recarregamento* já era possível antes da entrada e vigor da *Ordonnance* de 30 de Janeiro de 2009. De acordo com o regime consagrado pela Lei de 19 de Fevereiro de 2007, havia uma margem de autonomia privada em relação à execução dos negócios fiduciários, tendo esta liberdade contratual sido expressamente consagrada. A alienação fiduciária em garantia não é *recarregável ope legis*. Assim, o acto constitutivo da alienação fiduciária em garantia deve conter uma cláusula expressa de recarregamento. Além disso, quando o fiduciante/devedor decide recarregar a garantia a fim de garantir um novo crédito, deve necessariamente celebrar um novo acordo de recarregamento. Esta convenção requer o cumprimento de certas formalidades análogas às exigidas para a constituição dos negócios fiduciários em geral. No âmbito da alienação fiduciária em garantia *recarregável*, se esta tiver por objecto a coisa imóvel, o contrato deve, sob pena de nulidade, ser registado no Serviço de impostos, no prazo de trinta dias a contar da sua celebração e, se tiver por objecto coisa móvel, deve o contrato ser publicado. Não existe

---

<sup>782</sup> No nosso Direito interno, de acordo com o art.º 681.º n.º 1 do CC, para a constituição do penhor estabelece-se a forma e a publicidade exigida para a transmissão dos direitos empenhados. Exige-se, para se considerar a constituição do penhor válida, a entrega ao credor, no que diz respeito às coisas móveis. Assim, tal como no penhor de coisas se exige a entrega da coisa empenhada ou documento que confira a exclusiva disponibilidade dela, para que o penhor produza os seus efeitos, também no penhor de direitos se exige a entrega dos documentos que conferem a exclusiva disponibilidade do direito, para desta forma evitar que o empenhador pudesse dispor do direito empenhado sem o consentimento do credor. No tocante ao regime do penhor de direitos sujeitos a registo, este só produz os seus efeitos a partir do momento em que for feito o registo. Para mais desenvolvimento, cf. Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, cit. p. 154 ss. O AUG contém um regime detalhado do penhor

<sup>783</sup> Cf. Manuella Bourassin/Vincent Bremond, cit., n.º 784.

qualquer disposição que imponha o dever de informar o fiduciário em caso de *recarregamento* da garantia. No entanto, estas informações são importantes quando o fiduciário não é o beneficiário dessa recarga. Para resolver esse problema, parece que será necessário incluir no contrato uma obrigação de informação no caso de tal situação. Em geral, o fiduciante deve ser capaz no momento de *acordo de recarga* e este não de ser celebrado durante o período suspeito. De facto, a *recarga* de dívidas nascidas antes do período suspeito violou o princípio de igualdade entre os credores e era sancionada com nulidade. Por fim, o acordo de *recarga* pode ser celebrado com o credor original ou com um outro credor, a fim de promover a livre concorrência entre os credores, impedindo que o devedor fique vinculado *ad aeternum* a. Os artigos 2372.º-5 e 2488.º-5 do *Code* dispõem que, no caso de *recarga* da alienação fiduciária em garantia, o património fiduciário "não poderá ser afectado em garantia de uma nova dívida, excepto dentro do limite de seu valor no dia da *recarga* ". Assim, se o valor do património fiduciário se valorizar entre a celebração do contrato de alienação fiduciária inicial e o momento em que o fiduciante pretende garantir outro crédito, o fiduciante disporá de um *plafond* mais amplo. Além disso, o legislador vai ainda mais longe ao afirmar, através da Lei de 12 de Maio de 2009, que esse limite consiste em dizer que a revalorização do crédito garantido - ao *recarregar* a alienação fiduciária em garantia não pode ir para além do valor actual do bem - não se aplica aos fiduciantes pessoas singulares. Ou seja, quando o fiduciante é uma pessoa singular, o património fiduciário pode ser usado para garantir uma nova dívida apenas dentro do limite do seu valor estimado no dia da *recarga*. Assim, as pessoas colectivas podem revalorizar os seus créditos de forma perigosa. Vários autores<sup>784</sup> advogam que essa ausência de *plafond* em matéria fiduciária representa um risco de sobre-endividamento dos fiduciantes enriquecidos artificialmente por uma alta do mercado imobiliária. De facto, estes mesmos fiduciantes correm o risco de ver os seus créditos insuficientemente garantidos quando explode uma bolha imobiliária.<sup>785</sup> Foi o que sucedeu com a grande crise económica que teve início em 2007<sup>786</sup>. Portanto, pode fazer sentido transportar a proibição feita na matéria de hipotecas para o regime de alienação

---

<sup>784</sup> Cf. L. Aynes, *Le Régime Juridique de la Fiducie*, in RLDC, n.º 60, Maio, 2009, p.69. Em relação à hipoteca, cf. M. Grimaldi, *L'hypothèque Rechargeable et le Prêt Viager Hypothécaire*, Dalloz, Paris, 2006 p. 1294.

<sup>785</sup> Cf. M. Grimaldi/R. Dammann, *La fiducie sur Ordonnances*, Dalloz, 2009, p. 670 e M. Grimaldi, *Réflexions sur les sûretés-propriétés*, in *Estudos em Homenagem a JACQUES DUPICHOT*, Liber Amicorum, Bruylant, Bruxelas, 2004, p. 169.

<sup>786</sup> Cf. P. Crocq, *La Nouvelle Fiducie-Sûreté: Une porte Ouverte sur une Prochaine Crise des Subprimes en France?*, Dalloz, Paris, 2009 p. 716.

fiduciária em garantia *recarregável*. No entanto, de acordo com DUPICHOT<sup>787</sup>, a importância do dever do banqueiro de alertar os mutuários leigos pode atenuar o risco de ver uma nova crise com dimensões enormes. Para além disto, coloca-se também a questão da extensão da *recarga*. De facto, já vimos que o fiduciante pode usar a *recarga* para garantir um outro crédito, tanto em benefício do credor original como de um novo credor. Além disso, essa *recarga* pode ocorrer mesmo que o primeiro credor não tenha dado o seu consentimento. Nesse caso, não haverá dificuldade em relação à avaliação do valor da *recarga*, pois este valor não pode exceder a diferença entre o crédito garantido e o valor estimado do bem objecto de garantia na data da *recarga*. Por outro lado, se o credor já tiver reembolsado parcialmente o crédito garantido no momento da *recarga*, esta poderá ser feita não apenas até ao valor não utilizado para garantir o primeiro crédito, mas também até ao valor da parte reembolsada. Este limite permite responsabilizar o fiduciante e impedi-lo de se endividar continuamente. É legítimo pensar que certos credores podem preferir tirar proveito de todo o valor da garantia e, portanto, podem gerar situações em os seus créditos não são totalmente garantidos, na esperança de que as dívidas anteriores sejam extintas ou reembolsadas em proporções que permitam que a garantia seja útil para eles. Além disso, é importante especificar que esta regra relativa à possível extensão do recarregamento pode resultar em que, em dado momento, a garantia não “garanta” qualquer dívida, por exemplo, o credor reembolsou sua dívida inicial ou suas dívidas subsequentes e não usou a opção de *recarga*. Assim, a garantia sem crédito constitui uma inovação importante no Direito francês, que se aproxima do Direito germânico e que mais uma vez demonstra um abrandamento do princípio da acessoriedade.

A alienação fiduciária em garantia *recarregável* tem dois aspectos que merecem destaque. Um efeito do ponto de vista da classificação dos credores e um efeito relacionado ao custo da constituição da garantia. Em relação ao custo, a alienação fiduciária em garantia *recarregável* permite uma isenção das taxas de registo. O Governo queria facilitar o uso dessa garantia para garantir vários créditos, dinamizando assim a economia. Em relação à classificação dos credores, a alienação fiduciária em garantia *recarregável* consagra uma *originalidade*, o que pode ser mais vantajoso. O § 5.º do artigo 2422.º do *Code* dispõe que a publicação do contrato de *recarga determina, entre eles, a classificação de credores registados de acordo com as regras da hipoteca recarregável*.

---

<sup>787</sup> Cf. P. Dupichot, *La fiducie-sûreté en pleine lumière. - À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009*, cit., n.º 12.

Embora este artigo seja apenas para hipotecas, o mesmo princípio é aplicável à alienação fiduciária em garantia. Assim, os credores beneficiários de um *rekarregamento* beneficiam, em relação a terceiros, da classificação do registo inicial. A classificação interna, de diferentes *recargas*, é feita de acordo com a data de registo ou publicação do contrato de *recarga*. Além disso, a fórmula do § 5.º do artigo 2422.º do *Code* também permite afirmar que, se o fiduciante utilizar a sua *recarga* em benefício de um novo credor, a classificação deste último será necessariamente secundária em comparação com o credor original. Cabe notar que toda a particularidade da classificação entre os credores ganha importância quando há interessados na classificação entre credores detentores de uma garantia *rekarregada* e credores de classificação subsequente.<sup>788</sup> De facto, embora seja o acordo de *recarga* que permita determinar a classificação entre os credores detentores de garantia *rekarregável*, é a publicidade inicial deste último que atribui a classificação a todos os credores posteriores beneficiários de um *rekarregamento*, o que significa que todos eles se beneficiarão desse ranking, em detrimento dos credores que receberão garantias não *rekarregáveis* sobre o mesmo imóvel.

Exemplo: se uma alienação fiduciária em garantia *rekarregável* for registada pelo credor A no dia 1 de Setembro, que, em seguida, uma alienação fiduciária em garantia *ordinária* sobre o mesmo for registada por B no dia 15 de Setembro e, finalmente, um contrato de *recarga* for publicado por C no dia 1 de Dezembro: o preço do imóvel será distribuído de acordo com a ordem A, depois C e depois B. Neste caso, as alienações fiduciárias em garantia subsequentes mantêm algum interesse na presença de uma garantia *rekarregável*? Segundo MICHEL GRIMALDI<sup>789</sup>, essa questão deve ser respondida afirmativamente, uma vez que o valor do novo crédito pode ser superior ao inicialmente previsto no acto constitutivo da garantia *rekarregável*, caso em que a garantia será insuficiente. A alienação fiduciária em garantia *rekarregável* também é original em relação ao seu modo de extinção, que difere da alienação fiduciária em garantia ordinária. Diferentemente das garantias comuns, a alienação fiduciária em garantia *rekarregável* não se extingue com a extinção da obrigação garantida. Assim, a extinção da obrigação originalmente garantida não implica a extinção da garantia. A garantia sobrevive à extinção da obrigação garantida e pode permanecer registada sobre o imóvel até um período de 50 anos a contar da data do registo. O mecanismo da hipoteca *rekarregável* e da alienação fiduciária em garantia *rekarregável* paralisa, portanto, a

---

<sup>788</sup> Cf. Cabinet Audit Experts, *La Fiducie Sûreté Rechargeable*, in transmission-entreprises, Paris, p. 1.

<sup>789</sup> Cf. M. Grimaldi, *Réflexions sur les sûretés-propriétés*, cit., p. 170.

acessoriedade da garantia.<sup>790</sup> Entretanto, enquanto não for feita a *recarga*, verifica-se necessariamente uma manifestação mais forte de acessoriedade na alienação fiduciária em garantia, até quando for celebrado um acordo de recarga. Além disso, deve-se realçar que a alienação fiduciária em garantia não se extingue com a renúncia do credor. A garantia pode, portanto, sobreviver sem ter subjacente um crédito - derrogação ao princípio da especialidade. De acordo com essas exceções - sobrevivência da garantia após a extinção do crédito garantido ou a renúncia do credor original -, pode-se deduzir que qualquer credor quirografário pode penhorar o bem, pois nenhum credor beneficiará mais da garantia desprovida de crédito garantido. Isto porque é o cumprimento do crédito que se visa proteger com o regime da garantia especial, que atribui vantagens aos credores titulares de garantia. Ora, se não há crédito garantido, não nos parece fazer sentido continuar a prejudicar os credores comuns que contam com a garantia geral das obrigações do devedor. Observe-se, no entanto, que, apesar dessas exceções à lei comum, a faculdade de recarga pode ser extinta pela renúncia do fiduciante. Esta renúncia pode ser unilateral, pois é um direito constituído em seu exclusivo interesse. Deve ser publicada com o registro. Além disso, após a renúncia, a alienação fiduciária em garantia permanece em relação aos créditos previamente registrados e não extintos.<sup>791</sup>

*XVII. Execução na alienação fiduciária em garantia.* A Lei de 19 de Fevereiro de 2007, que instituiu o regime geral do negócio fiduciário em França, nada dispõe sobre o incumprimento da obrigação garantida e da execução da garantia em caso de incumprimento. Este silêncio é criticável, pois a eficácia de uma garantia depende muito da sua execução em caso de incumprimento da obrigação garantida. Para colmatar esta lacuna, a doutrina tem recorrido ao Direito Comum na matéria da execução das garantias reais convencionais – penhor, para alienação fiduciária em garantia de bens móveis; hipoteca, para a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis<sup>792</sup>, até que a *Ordonnance* de 23 de Março de 2006 veio admitir o pacto marciano como modo de execução da garantia. De acordo com o regime estabelecido pela *Ordonnance* de 23 de Março de 2006, o valor do bem objecto de garantia deve ser determinado por um especialista, excepto quando se trate de somas monetária, crédito ou instrumentos financeiros admitidos no mercado regulamentado e, considera-se não escrita a cláusula que admite que o credor pode apropriar-se da diferença entre o valor do bem e o crédito.

---

<sup>790</sup> Cf. Cabinet Audit Experts, *La Fiducie Sûreté Rechargeable*, cit., p. 2.

<sup>791</sup> Cf. Cabinet Audit Experts, *La Fiducie Sûreté Rechargeable*, cit., p. 2.

<sup>792</sup> Cf. Manuella Bourassin/Vincent Bremond, cit., n.º 789.

Com a reforma de 2009, a *Ordonnance* de 30 de Janeiro de 2009 veio dissipar algumas dúvidas na matéria da execução da garantia fiduciária, *maxime* a propósito dos artigos 2372.º -3 e 2488.º - 3 do *Code*, para a alienação fiduciária em garantia de bens móveis e bens imóveis, respectivamente. Os dois artigos acima referidos distinguem situações em que o fiduciário é o credor garantido e situação em que o credor garantido pela alienação fiduciária em garantia não é fiduciário.

*XVIII. Credor – fiduciário.* Se o fiduciário for credor garantido pela alienação fiduciária em garantia, a execução da garantia é mais simples, na medida em que, em caso de incumprimento, o fiduciário – credor adquire a faculdade de disposição da coisa móvel ou imóvel alienada fiduciariamente em garantia. Não significa isto que o fiduciário não possa alienar o bem. Todavia, se o fizer, pode ser obrigado a indemnizar o fiduciante. Assim, no caso de incumprimento, se o fiduciário for credor, pode livremente alienar o bem e não pode ser responsabilizado pela alienação, pois a alienação consiste na execução da garantia. Nos termos do artigo 2372.º -3, primeira parte, as partes podem acordar que, em caso de incumprimento, o credor fiduciário, não pode alienar o bem objecto de garantia. Neste caso, o devedor pode alienar o bem e aplicar o produto da venda ao cumprimento da obrigação garantida. Por vezes, o devedor pode ter interesse em manter o direito de disposição da coisa alienada em garantia, na medida em que poderá ter liberdade no negócio de alienação e, uma vez que o bem foi previamente avaliado e a garantia é aferida ao referido valor, em princípio, o devedor pode perceber mais do negócio e consegue vender melhor do que o credor – fiduciário e, pode ainda vender por um preço superior ao crédito garantido, pelo que aí fica com o remanescente.

*XIX. Credor/Terceiro em relação à fidúcia.* Se o credor for um terceiro em relação ao negócio da alienação fiduciária em garantia, nos termos dos artigos 2372.º -3, n.º 2 e 2488.º - 3, n.º 2 do *Code*, o credor pode exigir do fiduciário a entrega da coisa objecto de garantia para que possa dispor livremente dela, sem prejuízo de as partes poderem convencionar que, em caso de incumprimento, o fiduciário pode vender o bem objecto de garantia e com o produto da venda satisfazer o credor e, se houver excedente, entregá-lo ao devedor. A lógica no interesse na venda também se aplica nesta última situação, pois o fiduciário pode ter maior experiência profissional e conseguir vender melhor do que o credor garantido. Ademais, pode ainda vender por um preço superior ao crédito garantido, pelo que beneficiará também o devedor, dado que terá o direito ao remanescente e beneficiará o credor porque se não for o fiduciário a vender, a venda pode ser efectuada por um preço inferior ao do crédito garantido. Importa realçar que, se o credor for um

terceiro em relação ao negócio da alienação fiduciária em garantia, o contrato pode prever que em caso de incumprimento, o fiduciário pode vender o bem objecto de garantia e entregar a totalidade do preço ao credor. Neste caso, estamos perante um vero e próprio pacto comissório.<sup>793</sup>

*XX. Vantagens do regime executivo.* Este regime de execução da alienação fiduciária em garantia apresenta duas grandes vantagens. Em primeiro lugar, uma vez que com a alienação do bem, o fiduciário passa a ser proprietário do referido bem, o credor, sendo ou não fiduciário, não terá de concorrer com os credores do seu devedor. Em segundo lugar, o modo de execução da garantia favorece ao credor, pois é mais rápido e flexível em comparação com o modo de execução das outras garantias. Nota-se, na verdade, que se constituiu um regime de execução da garantia mais flexível e rápido em relação ao penhor ou hipoteca e, tendo em conta a natureza do processo executivo, a execução da alienação fiduciária em garantia é menos burocrática e não tem os custos associados aos impostos de justiça. Mesmo considerando que se generalizou a admissibilidade do pacto comissório em França, em relação à hipoteca, este só é admissível se tiver por objecto um imóvel que não seja a casa de morada de família do devedor.<sup>794</sup>

*XXI. Protecção do devedor na execução da garantia.* O legislador, não obstante o regime consagrado pela *Ordonnance* de 30 de Janeiro de 2009, que facilita a execução da alienação fiduciária em garantia, pretende também equilibrar, conferindo ao dador de garantia as protecções conferidas aos dadores das garantias reais tradicionais pela *Ordonnance* de 23 de Março de 2006, nomeadamente contra o enriquecimento sem causa do credor e a desvalorização do bem – vender a coisa por valor inferior ao valor real.

*Em primeiro lugar,* a *Ordonnance* de 30 de Janeiro de 2009 impõe ao devedor/alienante a determinação do valor do bem alienado fiduciariamente em garantia ou vendido por um especialista designado pelas partes ou judicialmente, nos termos dos artigos 2372.º -3, n.º 2 e 2488.º - 3, n.º 2 do *Code*, salvo se o valor do bem resultar, na matéria mobiliária, de cotação oficial de um mercado organizado – por exemplo, produtos financeiros cotados em bolsa – ou se o bem for uma soma monetária. Nos termos do n.º 3 dos artigos 2372.º -3, n.º 2 e 2488.º - 3 do *Code*, qualquer cláusula contrária considera-se não escrita.

---

<sup>793</sup> Cf. Manuella Bourassin/Vincent Bremond, *cit.*, n.º 789.

<sup>794</sup> Cf. Manuella Bourassin/Vincent Bremond, *cit.*, n.º 789.

*Em segundo lugar, a Ordonnance de 30 de Janeiro de 2009, nos termos dos artigos 2372.º -4, n.º 2 e 2488.º - 4 do Code, impõe o dever de restituir ao fiduciante a diferença entre o valor da avaliação do bem ou o valor da venda e o saldo da dívida garantida, se o valor de um dos primeiros for superior ao valor do último, deduzindo, eventualmente o valor da dívida derivada da conservação ou gestão do bem alienado em garantia. Esta constitui uma exigência de ordem pública<sup>795</sup>. Como veremos mais adiante, a execução da alienação fiduciária em garantia é paralisada durante a pendência do processo de recuperação da empresa do fiduciante, no sentido de não comprometer a recuperação da empresa.<sup>796</sup>*

*XXII. Extinção da alienação fiduciária em garantia.* Por via de regra, as garantias extinguem-se caso se extinga a obrigação principal<sup>797</sup>. As garantias tradicionais podem também extinguir-se por causas próprias como qualquer outra obrigação. Tendo em conta as especificidades da alienação fiduciária em garantia, a *Ordonnance* de 30 de Janeiro de 2009 instituiu um regime próprio da extinção desta garantia.

*Extinção por via acessória.* A extinção da garantia por extinção da obrigação principal constitui uma das manifestações da acessoriedade. Em relação à alienação fiduciária em garantia, a *Ordonnance* de 30 de Janeiro de 2009 instituiu um regime diferente das garantias tradicionais. O regime é influenciado pela existência da estipulação da *recarga* da alienação fiduciária em garantia. A alienação fiduciária em garantia não *recarregável* contém manifestações da acessoriedade mais forte em relação à alienação fiduciária em garantia *recarregável*, na medida em que as causas da extinção da obrigação garantida podem ser oponíveis ao fiduciário. Diferentemente, a alienação fiduciária em garantia *recarregável* não se extingue com a extinção da obrigação principal e pode ser utilizado para garantir outra dívida.

*Extinção por via principal.* Com a reforma de 2008, a *Loi n.º 2008-776 du 4 Août 2008 de Modernisation de l'Économie*<sup>798</sup> alargou o leque das pessoas que podem alienar fiduciariamente os seus bens. Nos termos do artigo 2029.º, com a alteração efectuada em

---

<sup>795</sup> Cf. Manuella Bourassin/Vincent Bremond, *cit.*, n.º 792.

<sup>796</sup> Cf. Manuella Bourassin/Vincent Bremond, *cit.*, n.º 792.

<sup>797</sup> Por exemplo, de acordo com o regime instituído pelo AUG, a extinção total ou parcial da obrigação principal determina, na mesma medida, a extinção da fiança; dação em cumprimento determina a extinção definitiva da fiança, ainda que o credor perca, posteriormente, por evicção a coisa que aceitou. Considera-se não escrita toda a cláusula em contrário; a novação da obrigação principal. A novação constitui uma modalidade de extinção das obrigações. Tem, porém, como particularidade o facto da extinção da obrigação contratual decorrer da constituição de uma nova obrigação que vem ocupar o lugar da primeira; por morte do fiador, somente as obrigações constituídas antes do seu decesso se transmitem aos herdeiros, independentemente de haver sido ou não estipulado o benefício da excussão prévia.

<sup>798</sup> Publicada in JORF, de 5 de Agosto de 2008, 12471.



2008, a fidúcia extingue-se pela morte do fiduciante. Esta solução, no caso da fidúcia constituída para fins de garantia, pode ser prejudicial para o credor garantido. De acordo com esta solução, com a morte do fiduciante, o património fiduciário objecto de garantia deve ser objecto de sucessão, o que prejudica o credor garantido beneficiário da alienação fiduciária em garantia. Assim, para eliminar esta consequência negativa para o credor, a Lei da Ratificação de 12 de Maio de 2009 da *Ordonnance* n.º 2009-112 de 30 de Janeiro de 2009 veio derrogar o artigo 2029.º do *Code*, e determina, nos termos do artigo 2372.º - 1 e 2488.º - 1 do *Code*, que a morte do fiduciante, diferentemente do regime geral dos negócios fiduciários, na fidúcia constituída para fins de garantia, não extingue a fidúcia. Com efeito, na alienação fiduciária em garantia, com a morte do fiduciante, a fidúcia transmite-se aos seus herdeiros. Esta transmissão garante dívidas constituídas antes e depois da morte do fiduciante. Esta solução devolveu a eficácia que se esperava da alienação fiduciária em garantia.

## 2.12. A reforma de 2019

*I. Generalidades.* A Lei Pacto de 22 de Maio de 2019<sup>799</sup> confere ao Governo francês a autorização para proceder, através duma *Ordonnance*, à reforma da alienação fiduciária em garantia, no sentido de criar regras que facilitam a constituição e a execução desta garantia. O projecto da reforma foi, sob direcção do Ministério da Justiça, efectuado pela Association Henri Capitant<sup>800</sup>, presidida por MICHEL GRIMALDI<sup>801</sup>. As propostas foram apresentadas, sugerindo essencialmente a eliminação de três requisitos: a) dever de

<sup>799</sup> *LOI n.º 2019-486 du 22 Mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises*. De acordo com o artigo 60.º dessa lei: o Governo foi autorizado a tomar, por meio de *Ordonnance*, no período de dois anos a contar da data da publicação desta lei, as medidas necessárias para simplificar o Direito das Garantias e reforçar sua eficácia, assegurar o equilíbrio entre os interesses dos credores, titulares ou não de garantias especiais, dos devedores e dos garantes.

<sup>800</sup> Que desenvolveu muitos trabalhos na matéria dos negócios fiduciários, por exemplo, *La fiducie en droit moderne*, R. SAVATIER, Paris 1937 ; *La fiducie ou du trust dans les droits occidentaux francophones*, 3e colloque de Luxembourg, Maio de 1989, in *Rev. jur. et pol.*, I.D.E.F., n.º 2, Maio - Setembro 1990 ; *La fiducie une révolution dans notre droit*, colloque par l'Institut de droit des affaires de Paris II, 8 juin 1990 et La tribune de l'Expansion, Extrait des débats, *Rev. Banque et droit*, n.º 15, Janeiro - Fevereiro de 1991 ; *La fiducie - Pour quoi faire?*, colloque de Lyon du 5 avril 1990, organisé par le Centre interprofessionnel et de recherche en droit bancaire, *Rev. dr. banc.* 1990 ; *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, colloque organisé par le Centre d'études Juridiques Française de l'Université de la Sarre, Paris, 29 Novembre de 1990, *Bull. JOLY*, 1991, n.º 4 ; *Les opérations fiduciaires*, colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI, LGDJ, Paris 1985 ; 83e Congrès des Notaires de France, *Patrimoine professionnel de l'Entrepreneur : Mythe ou Réalité*, Le notariat français, 1987.

<sup>801</sup> Composta por Laurent Aynès, Pierre Crocq, Philippe Dupichot, Charles Gijsbers, Maxime Julienne, Philippe Simler, Hervé Synvet e Philippe Théry.

avaliação do bem no momento da constituição da garantia; b) o dever de recorrer sistematicamente aos especialistas para o efeito de avaliação da coisa objecto de garantia; c) dever de mencionar num documento escrito registado a transmissão de direito resultante de um negócio fiduciário a favor de um novo beneficiário.

*II. Objecto/directrizes da reforma.* A reforma tem um âmbito alargado<sup>802</sup>, pelo que nos vamos concentrar na parte respeitante à alienação fiduciária em garantia.

*III. Cessão de crédito em garantia.* Com a consagração expressa da cessão de crédito em garantia, pretende-se reverter a posição adoptada, em 2006, pela *Cour de Cassation*, que considera que não existe um regime geral da cessão de créditos em garantia. Para dissipar esta dúvida, propõe-se a criação de um regime geral da cessão de crédito em garantia, como - por exemplo - o que o Código Monetário e Financeiro prevê na matéria da *Cession Dailly* em relação aos créditos ditos profissional.

*IV. Agilidade na constituição e execução das garantias fiduciárias.* Considera-se que as formalidades da alienação fiduciária em garantia - particularmente no que diz respeito a certas menções obrigatórias ou formalidades obrigatórias para a sua execução - devem ser reduzidas para incentivar o uso dessa garantia, que é cada vez mais comum. *Alienação fiduciária de uma quantia em dinheiro.* Considera-se que o *gage-espèces*, amplamente utilizada na prática, cujo funcionamento era difícil de conciliar com as garantias existentes, deverá beneficiar de um regime adaptado às suas especificidades.

*V. Constituição das garantias por via electrónica.* Considera-se que uma vez que o Direito francês admite amplamente o uso de documentos electrónicos, deve-se permitir que as garantias sejam criadas e, se necessário, publicadas electronicamente.<sup>803</sup>

*Clarificação das regras relativas às garantias e os credores titulares de garantias nos processos Executivos.* Considera-se que a reforma não deve ignorar a indissolubilidade entre o Direito Processual e o Direito das Garantias. Para o efeito, considera-se que a reforma deve, em particular, instituir novas excepções à nulidade do período suspeito constante do artigo L.632-1 do Código Comercial francês e uma extensão do privilégio *new money* aos processos que não sejam exclusivamente de conciliação.

---

<sup>802</sup> A Lei do Pacto, aprovado pelo Parlamento francês, tem sido objecto de muita discussão. Em seu artigo 60 permite que o Governo proceda à reforma dos Direito das Garantias por meio da *Ordonnance*. Esse *Ordonnance*, ainda não foi publicado, terá como objectivo harmonizar, actualizar e simplificar o Direito das Garantias, que foi objecto de várias reformas nos últimos anos, mas nenhuma transformação geral articulada/sistemática tinha sido feita, pondo em dúvida sua eficiência.

<sup>803</sup> Cf. G. Guerlin, *La lettre électronique*, *Blog Réforme du droit des obligations*, (Coord. G. Chantepie/M. Latina, in <http://reforme-obligations.dalloz.fr/2015/05/04/la-lettre-electronique>.

De acordo com a Lei Pacto de 22 de Maio de 2019, que confere ao Governo francês a autorização para proceder, através duma *Ordonnance*, à reforma da alienação fiduciária em garantia, o Governo tinha um prazo de dois anos, o mais tardar no décimo quinto aniversário da última grande reforma do Direito das Garantias, para resolver estas questões.

VI. *O projecto da consagração da cessão de créditos em garantia.* Com o objectivo de reforçar a utilização da cessão de crédito, propõe-se a criação de uma Subsecção I da Secção II do Capítulo IV do Livro do Direito das Garantias, dedicada à cessão de crédito em garantia, harmonizando o seu regime com os artigos 2018.º - 2 do Código Civil e o artigo L. 313.º-27 do Código Monetário e Financeiro referente à *cession Dailly*. Assim, de acordo com a proposta, a cessão de créditos feita no âmbito da alienação fiduciária em garantia produz efeitos entre as partes e oponível a terceiros na data da sua celebração. O crédito alienado fiduciariamente transmite-se imediatamente da esfera jurídica do fiduciante para o património fiduciário, tornando-se oponível a terceiros. O fiduciário pode, a qualquer momento, por instruções do beneficiário, proibir o devedor do crédito cedido de cumprir perante o credor, solução que já constava do artigo L. 313.º-28 do Código Monetário e Financeiro. A partir desta notificação, o cumprimento considera-se liberatório apenas se for efectuado perante o fiduciário.

De acordo com a proposta, o regime da cessão de crédito em garantia vai ser composto por três artigos – 2373.º a 2375.º do *Code*. Assim, o artigo 2373 do *Code* passa a ter um novo conteúdo, nos termos do qual um crédito pode ser cedido a título de garantia, nos termos dos artigos 1321.º e seguintes do *Code Civil*. O artigo 2374.º passa a ter a redacção, nos termos do qual, o crédito garantido e o crédito cedido devem constar de um documento escrito. Nos termos do n.º 2, se forem futuros, o acto constitutivo deve permitir a sua individualização ou conter elementos que o permitam, como a pessoa do devedor, o local de cumprimento, a natureza do crédito, o valor ou a avaliação e, se necessário, o seu vencimento. De acordo com o artigo 2375.º, o cessionário tem um direito exclusivo sobre o crédito cedido. Nos termos do n.º 2, o cessionário exerce todos os direitos associados ao crédito cedido. Por uma questão de atractividade internacional do Direito francês, o primeiro artigo desta subsecção consagra a possibilidade, actualmente rejeitada pela jurisprudência, de efectuar uma transferência de crédito como garantia com base no regime comum da cessão de crédito previsto nos artigos 1321.º e seguintes do *Code Civil*. Os outros dois artigos constituem regras para atender às características específicas da operação de garantia - o princípio da especialidade; obrigação de devolução

do cessionário após o cumprimento integral da obrigação garantida.<sup>804</sup> Estas são as propostas apresentadas pela Comissão Association Henri Capitant. Por outro lado, devem ser tidas em consideração as propostas apresentadas pela Comissão *Comité Droit Financier - Commission Droit des Sûretés*, presidida por Etienne Gentil<sup>805</sup>. De acordo com a proposta apresentada pela Association Henri Capitant - o artigo 2374.º do *Code* - o crédito garantido e o crédito cedido devem constar num documento escrito. A Comissão *Comité Droit Financier* apresentou a proposta de alteração do texto de seguinte modo: a obrigação garantida e o crédito cedido devem constar num documento escrito, considerando que a substituição do termo "crédito" por "obrigações" no primeiro parágrafo cumpre um duplo objectivo de esclarecimento e de coerência com a redacção do artigo 2373.º do *Code*, que distingue o crédito cedido em garantia e a obrigação garantida pela cessão de crédito. Ainda em relação ao artigo 2374.º, foi proposta a introdução de um n.º 2, nos termos do qual o crédito garantido pode ser presente ou futuro e, neste segundo caso, deve ser determinável. Foi igualmente proposta a introdução de um segundo número ao artigo 2375.º, nos termos qual as quantias pagas ao cessionário por conta do crédito cedido são imputadas no crédito garantido quando este se tiver vencido. Entende-se que não há disposição idêntica no regime geral da cessão de crédito e tal é necessário quando a cessão visa garantir o cumprimento de uma obrigação.<sup>806</sup>

VII. *Alienação da propriedade em garantia – o valor do bem alienado*<sup>807</sup>. Em relação à alienação fiduciária do direito de propriedade, foram propostas duas

---

<sup>804</sup> Cf. Michel Grimaldi, *Avant-Projet de Réforme du Droit des Sûretés*, Dalloz, 14 de Setembro, 2017, p. 1717.

<sup>805</sup> Cf. Etienne Gentil, *Comité Droit Financier - Commission Droit des Sûretés*, in Europlace, Paris, 2008, p. 10 e 33 ss.

<sup>806</sup> Cf. Etienne Gentil, *Comité Droit Financier...*, cit., p. 27 – 29.

<sup>807</sup> Outra posposta de alteração refere-se ao artigo 2378.º do *Code*. Actualmente, no caso da execução do bem alienado em garantia, deve-se recorrer a um especialista para, no momento da execução, determinar o preço da venda. Assim, foi apresentada a proposta de alteração, nos termos da qual, se o fiduciário proceder à venda do bem, ele fá-lo-á pelo preço fixado por um especialista ou, se o contrato da alienação fiduciária em garantia assim o determinar, pelo preço que ele considera, sob sua responsabilidade, corresponder ao valor do bem. Neste último caso, ele justificará ter vendido a um preço justo. As alterações propostas visam tornar a execução da alienação fiduciária em garantia mais flexível quando esta é efectuada por meio da venda realizada pelo fiduciário. O texto permite então que as partes dispensem o fiduciário de ter que solicitar um especialista para determinar o preço da venda, cabendo a ele justificar, em caso de divergência, que o preço da venda corresponda ao valor do bem. Nos termos do n.º 2 do artigo 2378.º do *Code*, no caso de atribuição do direito da propriedade sobre o bem ao credor em caso de incumprimento da obrigação garantida, o valor é determinado por um especialista designado de forma judicial ou extrajudicial, a menos o referido valor que resulte de uma cotação oficial de um mercado organizado nos termos do Código Monetário e Financeiro ou se o em for uma soma em dinheiro. Qualquer cláusula contrária é considerada não escrita. Ainda em relação ao artigo 2348.º-1, que se refere ao *mercado organizado*, cabe notar que não há definição do conceito de *mercado organizado* no Código Monetário e Financeiro francês e sua persistência pode criar problemas de interpretação. Apenas o conceito do *mercado regulamentado* é definido pelo artigo L. 421.º-1 do Código Monetário e Financeiro. Além disso, a referência à cotação oficial

alterações<sup>808</sup>, sendo certo que a primeira consistia em substituir o termo *crédito* por *obrigação* e a segunda dizia respeito à eliminação a exigência da menção obrigatória do valor estimado do bem alienado fiduciariamente, considerando que tal exigência não tem justificação. Propôs-se ainda a introdução de um segundo número ao artigo 2377.º do *Code*, que determinava expressamente que o n.º 3 do artigo 2019.º do *Code* não era aplicável às fidúcias constituídas para fins de garantia. Nos termos do n.º 3 do artigo 2019.º do *Code*, para que produza efeitos, a transmissão dos direitos resultante do contrato de fidúcia, deve constar de um documento escrito e registado. Com efeito, a proposta visa facilitar a utilização da garantia fiduciária na matéria de créditos sindicáveis<sup>809</sup>. Importa sublinhar que a proposta de suprimir a exigência da menção do valor do bem transferido para o património fiduciário constitui uma solução que pode contribuir para a melhoria do regime da alienação fiduciária em garantia. Esta exigência dificulta a celebração da alienação fiduciária em garantia, sobretudo no caso fidúcia sobre o crédito futuro que, tecnicamente, é difícil de avaliar. A substituição do termo “crédito” pelo termo “obrigação” visa harmonizar o texto com o artigo 2373.º do *Code*, que distingue o crédito cedido em garantia e a obrigação garantida. O formalismo do artigo 2019 é inutilmente pesado para a alienação fiduciária em garantia, em particular no caso de transferência de direitos resultantes da alienação fiduciária em garantia a novos credores. De acordo com as exigências do artigo 2019.º do *Code*, o acto da cessão deve ser registado. A necessidade de registar todos os actos de transmissão de direitos resultante do contrato de fidúcia - é, na prática, incompatível com a alienação fiduciária em garantia de um crédito que se destina a ser objecto de várias transmissões. Este formalismo torna qualquer sindicância do financiamento garantido pela alienação fiduciária em garantia extremamente restritiva,

---

não é adequada porque, no caso da execução de bloco de títulos de valores mobiliários, o valor dos títulos não é aquele reflectido na cotação oficial. As partes devem ter liberdade para determinar o valor com base no qual os valores mobiliários podem ser adequados, podendo a cotação oficial ser mantida na ausência da escolha de outro critério pelas partes, cf. Etienne Gentil, *Comité Droit Financier...*, cit., p. 31.

<sup>808</sup> A Comissão Association Henri Capitant propôs a seguinte alteração ao texto do artigo 2377.º do *Code*: *En cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité, outre les dispositions prévues à l'article 2018, la dette créance garantie*

<sup>809</sup> De acordo com o estabelecido no artigo 18.º/1 dos Estatutos do Sistema Europeu de Bancos Centrais e do Banco Central Europeu (BCE), os bancos centrais nacionais dos Estados-Membros cuja moeda é o euro podem efectuar operações de crédito com instituições de crédito mediante a constituição de garantias adequadas. As condições e os requisitos estabelecidos para operações de crédito encontram-se regulados pela Instrução do Banco de Portugal n.º 1/99, de 1 de Janeiro de 1999, que implementa a nível nacional o Anexo I da Orientação BCE/ 2011/14, de 20 de Setembro de 2011, relativa aos instrumentos e procedimentos de política monetária do Euro-sistema, publicada no Jornal Oficial da União Europeia L331, de 14 de Dezembro de 2011, disponível in [www.ecb.europa](http://www.ecb.europa). Instrução n.º 11/2013 de Banco de Portugal - BO n.º 5, 15 de Maio de 2013, que altera a Instrução n.º 7/2012 - BO n.º 3, de 15 de Março de 2012, o *empréstimo sindicado* refere-se a um empréstimo concedido por um grupo de mutuantes reunidos num sindicato financeiro.

cara e complexa e, portanto, bloqueia o uso da alienação fiduciária em garantia para financiamento em larga escala. Além destes problemas, na prática, é complicado registar, não apenas o negócio fiduciário original, mas também a transmissão dos direitos que dele derivam. Por exemplo, uma fidúcia sobre estoques: a actualização regular do estado descritivo parece gerar um dever de registar, na medida em se verifica a transferência de mercadorias suplementares - que substituem os que foram utilizadas - ao fiduciário.<sup>810</sup> Por exemplo, o caso da fidúcia sobre créditos futuros, os actos praticados regularmente durante a execução do negócio fiduciário, a inclusão na fidúcia dos créditos nascidos posteriormente, depois da celebração do negócio fiduciário deve ser registado. Esta exigência não tem justificação a nível prático, nem a nível teórico. Nesses casos, seria preferível não de que registar todos esses actos. Actualmente, em França, o negócio fiduciário é utilizado essencialmente para fins de garantia, para facilitar o financiamento. A exclusão do formalismo do artigo 2019.º do *Code* em sua totalidade - não apenas o n.º 3 - no contexto da alienação fiduciária em garantia permitiria aumentar a atractividade desta garantia.<sup>811</sup>

*VIII. Alienação fiduciária do bem comum do casal ou coisa indivisa.* As propostas apresentadas pela Association Henri Capitant limitaram-se ao Direito das Garantias, *maxime* o Livro IV do *Code*. Com efeito, há aspectos do regime geral dos negócios fiduciários que podiam constituir objecto da reforma para flexibilizar o respectivo regime. Nos termos do n.º 2 do artigo 2012.º do *Code*, se a propriedade, direitos ou garantias transferidas para o património fiduciário dependem da *comunidade* existente entre os cônjuges ou da indivisão, o negócio fiduciário deve ser celebrado por acto notarial, sob pena de nulidade. De acordo com esta disposição, embora o negócio fiduciário possa, em princípio, ser celebrado por um simples documento escrito, o mero facto de uma pessoa ser casada sob o regime da comunhão de bens adquiridos -o regime mais frequente em França - ou da comunhão geral, implicará, na prática, a necessidade recorrer a um acto notarial para celebrar o negócio fiduciário na qualidade do fiduciante na esmagadora maioria dos casos (já que em todos os casos, faz parte da comunhão todos os bens criados ou adquiridos durante a constância do matrimónio, toda o rendimento dos cônjuges, incluindo os rendimentos das coisas próprias e todas as acções ou partes sociais adquiridas na constância do matrimónio). A obrigação de recorrer ao notário, por vezes, obstrói o uso da fidúcia por parte das pessoas singulares, especialmente nos casos em que são vários

---

<sup>810</sup> Cf. Etienne Gentil, *Comite Droit Financier...*, cit., p. 30.

<sup>811</sup> Cf. Etienne Gentil, *Comite Droit Financier...*, cit., p. 30.

os intervenientes no contrato. Por via de regra, as pessoas singulares podem celebrar negócios fiduciários por simples documento escrito, desde que tal não implique a transmissão de um bem comum do casal ou indiviso.<sup>812</sup>

### 2.13. Reforma de 2022 – cessão de crédito e soma monetária em garantia

*I. Generalidades.* De 2006 à presente data, o Direito das Garantias conheceu uma evolução rápida e inovadora, que tem influenciado o legislador da OHADA. Na verdade, em certos aspectos, deve-se reconhecer o mérito das reformas efectuadas nos últimos anos, não só em relação ao Direito das Garantias, mas no Direito Civil em geral. Estas reformas do Direito das Garantias têm sido clarificadoras<sup>813</sup> ao ponto de poder influenciar outros países não membros da OHADA.

*II. O anteprojecto – cessão de crédito em garantia.* O projecto de lei n.º 1088 relativo ao crescimento e transformação de empresas de 18 de Junho de 2018<sup>814</sup> autoriza o Governo francês a reformar através de *ordonnance*, o Direito das Garantias, com o objectivo de clarificação e simplificação. O legislador poderá inspirar-se nas propostas apresentadas pela associação Henri Capitant no anteprojecto da reforma, que prevê nomeadamente o reconhecimento da cessão de créditos do Código Civil com função de garantia. Foi objecto de discussão a admissibilidade da generalização da cessão de

---

<sup>812</sup> Em relação aos negócios fiduciários que implicam a transmissão dos bens comuns do casal ou indiviso, considera-se, cf. Etienne Gentil, *Comite Droit Financier...*, cit., p. 32 que seria perfeitamente suficiente exigir o consentimento do outro cônjuge, sem necessidade de celebrar o negócio fiduciário por acto notarial. Aliás, esta solução já tinha um suporte legal, na medida em que, o n.º 2 do artigo 1424.º do *Code*, dispõe que os cônjuges *não podem, um sem o outro, transferir bens comuns para um património fiduciário*". Incoerentemente, não é necessário recorrer a um acto notarial para aplicar os bens comuns na constituição das sociedades - artigo 1832.º-2 do *Code* - ou para dar de arrendamento os bens comuns - artigo 1425.º do *Code*. Suponha que uma sociedade pretende abrir seu capital aos seus funcionários, garantindo ao mesmo tempo o cumprimento de um acordo de accionistas. A fidúcia constitui um mecanismo adequado para alcançar este objectivo. Sucede que, de acordo com regime jurídico, o funcionário casado no regime de comunhão geral de bens – situação mais frequente em França - que pretende investir em acções do seu empregador/empresa, acções que serão transferidas fiduciariamente para o cumprimento do *pacto accionista*, será necessário recorrer ao notário e arcar com os respectivos custos, cf. Etienne Gentil, *Comite Droit Financier...*, cit., p. 32.

<sup>813</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *A reforma do Direito das obrigações (2016)*, Revista de Direito Civil, Ano II, n.º 1, Coimbra, 2017, pp. 9-29, 2017, p. 28.

<sup>814</sup> Nas recomendações, pode-se ler no artigo 16.º do Projecto de Lei n.º 1088 - *Projet de loi n.º 1088 relatif à la croissance et la transformation des entreprises* - Por fim, a consagração no Código Civil da possibilidade de cessão de crédito em garantia, possibilidade que existe actualmente, quase exclusivamente, em benefício dos estabelecimentos bancários (*cession Dailly*) e a flexibilização do formalismo das garantias fiduciárias.

Diante da necessidade de uma nova reforma do Direito das Garantias – garantias mobiliária -, o Departamento de Assuntos Cíveis do Ministério da Justiça confiou ao professor Michel Grimaldi, sob a égide da associação Henri Capitant, a tarefa de reunir um grupo de trabalho, que divulgou suas propostas em Setembro de 2017.

créditos em garantia, na medida em que apenas a cessão de crédito prevista no Código Civil, só por si, oferece dificuldades de articulação devido à coexistência de vários regimes jurídicos aplicáveis a uma mesma operação. Por outro lado, argumenta-se que o Código Civil já tinha reconhecido as duas formas de garantia sobre crédito – penhor de créditos e fidúcia - particularmente eficaz para o credor devido à transferência de créditos para o património do fiduciário, fora da concorrência dos credores do garante.<sup>815</sup> Por isso, era necessário acrescentar a possibilidade da transmissão da titularidade dos créditos nos termos dos artigos 1321.º e seguintes do Código Civil, porque os operadores excluídos do regime do Código Monetário e Financeiro encontrarão uma nova garantia e mais acesso ao financiamento. De facto, o anteprojecto apenas dedica três artigos a esta garantia, dois dos quais dizem respeito ao seu regime. É certo que o Código Monetário e Financeiro é pouco mais preciso, mas a jurisprudência estabeleceu o seu regime num sentido favorável aos interesses do cessionário – instituições de crédito/bancos - nomeadamente em caso de falência do cedente, pelo que dada à similitude das figuras, deve ser estendido a totós através do Código Civil.

Os projectos dos artigos 2374.º e 2375.º do Código Civil especificam alguns aspectos do regime de cessão de créditos em garantia. De resto, remete-se expressamente para o regime geral da cessão de créditos - artigos 1321.º e seguintes do Código Civil. Com efeito, a validade formal da cessão de créditos em garantia implica o documento escrito, cujo conteúdo, sob pena de nulidade, deve ser especificado, com a indicação dos créditos garantidos e crédito cedidos em garantia. Se os créditos cedidos forem futuras, o que é permitido pelo artigo 1321.º/2 do Código Civil, o projecto de artigo 2374.º adota a solução que o legislador da OHADA já tinha adoptado no artigo 81.º/2 AUG, propondo que, no caso do crédito cedido for futuro, o documento da cessão deve permitir a sua individualização ou conter elementos que o permitam, como a pessoa do devedor, o lugar do pagamento, a natureza dos créditos, o seu montante ou a sua avaliação e, se for caso disso, a sua data de vencimento. Ainda por efeito desta remissão, o regime da oponibilidade da cessão consta dos artigos 1323.º e 1324.º do Código Civil. A garantia é oponível a terceiros a partir da data da sua celebração e ao devedor cedido a partir da sua notificação. Por outro lado, a cessão de créditos futuros em garantia é imediatamente eficaz entre as partes e em relação a terceiros, na data da sua celebração, independentemente da data da constituição, vencimento ou exigibilidade do crédito

---

<sup>815</sup> Cf. Victoire Lasbordes-de Virville, *Les cessions de créance, rapprochements et articulation*, Lextenso, 2019, p. 7 ss.



cedido. Também não há nada específico sobre as garantias que o cedente deve fornecer, que limita, nos termos do artigo 1326.º do Código Civil, à existência do crédito cedido, salvo disposição em contrário<sup>816</sup>. Por fim, o texto proposto para o artigo 2375 contempla os direitos do cessionário, nomeadamente o direito exclusivo sobre o crédito cedido e todos os direitos que lhe são inerentes, incluindo o de exigir o cumprimento. O anteprojecto não trata da extinção da garantia nem contempla os direitos do cessionário em caso de insolvência do cedente. Com o cumprimento da obrigação garantida, foi proposto que o cedente recuperaria automaticamente a titularidade dos créditos cedidos sem qualquer formalidade<sup>817</sup>, enquanto em caso de incumprimento da obrigação garantida, o cessionário manteria a titularidade definitiva do crédito cedido, com o dever de devolução de excedente, se houver. Pelo mesmo motivo, considera-se que a cessão em garantia do Código Civil deve escapar à nulidade legal do período suspeito.<sup>818</sup>

III. A *ordonnance* de 10 de Fevereiro de 2016 restaurou a atractividade da cessão de crédito do *Code*, assegurando a especificidade funcional da cessão do Código Monetário e Financeiro. É essa especificidade funcional que é ameaçada pelo anteprojecto de reforma do Direito das Garantias, que visa instituir uma função de garantia à cessão de crédito prevista no Código Civil. No entanto, a ameaça traduz-se na possibilidade que as partes terão em optar por submeter a garantia às disposições do Código Civil e não às do Código Monetário e Financeiro.

IV. *Fundamentos jurídicos e económicos da reforma – titularidade – garantia.* A segurança jurídica é o primeiro objectivo prosseguido pelo projecto de reforma de 2022, que visa, em primeiro lugar, tornar a matéria das garantias mobiliárias mais clara e mais acessível. As disposições não alteradas desde 1804 já não reflectiam a realidade francesa, pelo que a reforma torna essas disposições mais simples e explícitas, reformulando alguns artigos e utilizando um vocabulário mais adequado. A nova redacção das regras do direito de preferência, do direito de sequela e do expurgo da hipoteca é disso uma prova. A modernização das regras relativas às garantias fiduciárias reforça igualmente a eficácia desta garantia. Assim, as exigências formais foram atenuadas, deixando de ser obrigatória a avaliação dos bens alienados em garantia. O mesmo se aplica à execução das garantias

---

<sup>816</sup> M. Julienne, *Nantissement ou cession(s) fiduciaire(s): que choisir?*, RDC, 2018, n.º 115d7, p. 318; N. Borge, *La concurrence des fiducies-sûretés*, in N. Borge/O. Gout, *L'attractivité du droit français des sûretés 10 ans après la réforme*, 2016, LGDJ, p. 145.

<sup>817</sup> D. Legeais, *L'avenir du Dailly*, AEDBF, 2001, p. 219; C. Malecki, *Le bordereau Dailly à l'épreuve du droit des procédures collectives*, Mélanges en l'honneur de Yves Guyon, 2003, Dalloz, p. 767.

<sup>818</sup> Cass. Civ., de 19 de Setembro de 2007, n.º 04-18372, RD Bancaire et financier, 2007 e RDC 2008, p. 425.

fiduciárias, que foi simplificada: o fiduciário poderá agora vender os bens adquiridos em garantia por um preço diferente do fixado pelo perito se não for possível a venda a esse preço. No entanto, o requisito de perícia é mantido para garantir a protecção do garante. Certas regras relativas à publicidade do penhor complicaram desnecessariamente as formalidades de registo e enfraqueceram a sua segurança. Em particular, a falta de registo do penhor no prazo prefixado deixou de ser sancionada com nulidade, mas sim com inoponibilidade.

Outro objectivo da reforma é o reforço da atractividade do Direito francês<sup>819</sup>, particularmente em termos económicos. De facto, o aumento da segurança jurídica e a eficácia da garantia, facilidade na execução, acima mencionados contribuem muito para este objectivo. Além disso, a pela *Ordonnance n.º 2021-1192* admite o recurso à alienação em garantias sobre coisas incorpóreas, que até era apenas admissível no âmbito das garantias prestadas por uma pessoa para as necessidades das suas profissões. Extinguir esta restrição injustificada na era digital, é essencial para incentivar os operadores económicos internacionais a recorrer ao Direito francês. A simplificação de certas garantias especiais que caíram em desuso ou sejam inúteis em relação às regras do direito comum - certos privilégios móveis ou imóveis, penhor comercial, penhor de ferramentas e equipamentos, *warrants* petrolífera e hoteleira, de stocks de guerra e industriais, penhor de acções - constitui uma grande simplificação do Direito das Garantias em França, o que o torna mais claro. Da mesma forma, a simplificação e modernização das regras relativas à fiança e garantia real, quer móvel, que imóvel, no *Code*, mas também no Código Comercial e no Código Monetário e Financeiro, melhoram a transparência e atractividade do Direito das Garantias em França.

A consagração da cessão de créditos (comum) em garantia, garantia bem conhecida de muitas legislações estrangeiras, permite igualmente reforçar a atractividade do Direito francês, quando esta possibilidade só era admissível em benefício de determinados estabelecimentos - *cession Dailly*.

V. *O modus operandi da reforma*. No final de 2021, em França, deu-se nova reforma do Direito das garantias, através da *Ordonnance n.º 2021-1192, du 15 septembre 2021*, que entrou em vigor no dia 1 de Janeiro de 2022. A instrumentalização do direito de propriedade para fins de garantia ganha cada vez mais campo no Ordenamento jurídico

---

<sup>819</sup> Cf. C. Larroumet, *Le mythe de l'attractivité du droit civil français*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 365; P. Delebecque, *L'attractivité du droit français: un mot d'ordre dépourvu de sens?*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Laurent Aynès*, LGDJ, 2019, p. 185.

francês. O direito de propriedade apresenta um potencial significativo de eficácia como garantia, como evidenciam as últimas medidas introduzidas por esta *Ordonnance n.º 2021-1192, du 15 Septembre 2021*. Essa abordagem faz parte de um objectivo mais amplo de reforçar a efectividade do Direitos das Garantias, mantendo um nível satisfatório de protecção para os constituintes da garantia e para os beneficiários da mesma. O direito de propriedade como mecanismo de garantia tem, de facto, a vantagem para o credor de ter o bem no seu património e, portanto, de poder valer-se do seu direito de propriedade para recuperar esse bem sem entrar em concorrência com os demais credores. Um dos pontos de atractividade da garantia baseada no direito de propriedade decorre do facto de provavelmente se desdobrar em dois processos de garantia: ou se trata de manter a propriedade de um bem até ao pagamento integral do preço, ou se trata de uma questão de transferir a propriedade como garantia. Esta dicotomia está na base do plano do Código Civil Francês que distingue, em duas partes, *bens retidos em garantia* e *bens transmitidos em garantia*. A primeira possibilidade, constituindo a reserva de propriedade (artigos 2367 a 2372 do *Code*), é tradicionalmente qualificada como uma garantia rudimentar. O segundo, a alienação em garantia, é considerado mais complexo e, tecnicamente, decorre da fidúcia que foi consagrada no final de 2007, no artigo 2372-1 e seguintes. Estas novidades suscitam, assim, um certo número de questões relativas, nomeadamente, a sua coabitação e a sua articulação com a *fidúcia - garantia*, a ponto de saber se esta último deve ser doravante qualificada como regime geral e “comum”. Em resumo, dois aspectos principais podem ser extraídas da reforma de 2021 - uma clarificação do regime das garantias baseadas na propriedade e a consagração de duas *novas* garantias baseadas na titularidade de coisas incorpóreas<sup>820</sup>.

VI. *Clarificação do regime das garantias baseadas na titularidade*. As novas medidas, relativas ao regime das garantias baseadas na titularidade de direitos, procuraram clarificar o regime da reserva de propriedade e da *fidúcia - garantia*. As alterações efectuadas pela *Ordonnancen.º 2021-1192*, em relação à reserva de propriedade, visam em *frustrar* determinadas soluções jurisprudenciais julgadas injustas. Por outro lado, fez-se um trabalho de simplificação no que se refere *fiducia - garantia* para aumentar a sua atractividade.

---

<sup>820</sup> Cf. Frédérique Julienne, *Réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 15 septembre 2021 : valorisation de l'instrumentalisation de la propriété en tant que sûreté*, Revue Lexbase Affaires, n.º 691 du 7 octobre 2021.

VII. *Reserva de propriedade – as soluções jurisprudenciais contestadas.* A finalidade prosseguida pela *Ordonnancen.º 2021-1192*, no que diz respeito à reserva de propriedade, era colmatar as lacunas do Código Civil Francês, nomeadamente para precisar a sua condição de extinção e as excepções que os subadquirentes podem opor. Neste sentido, foi alterado o artigo 2372.º do *Code*, relativo à hipótese de alienação ou perda do bem, acrescentando um segundo parágrafo<sup>821</sup>, nos termos do qual o subadquirente ou a seguradora pode opor ao credor as excepções inerentes à dívida, bem como as excepções decorrentes de sua relação com o devedor antes de tomar conhecimento da operação. O objectivo desta alteração é pôr termo às decisões adoptadas pela jurisprudência<sup>822</sup> que proíbe o subadquirente de um bem adquirido com reserva de propriedade, de opor ao vendedor reservatário as excepções de que se poderia valer contra o comprador - revendedor. Esta solução resultou do facto de o subadquirentes de coisas defeituosas de boa fé ser obrigado a pagar o preço total ao vendedor reservatário, sem ter a faculdade de se valer da excepção de não cumprimento que poderia opor-se ao devedor. Nesse ponto, a reforma acolheu as propostas formuladas pela *Association Capitant*. Note-se que a reforma introduziu uma distinção entre as excepções ao manter apenas as excepções inerentes à dívida e ao referir o momento em que a transmissão do crédito é revelada ao *subdevedor*.

Mais concretamente, a oponibilidade ao *subdevedor* está condicionada ao mero conhecimento da operação e não pela notificação. A referência às excepções inerentes à dívida refere-se à distinção desenvolvida até agora na matéria da fiança<sup>823</sup>. Esta medida visa proibir, no Direito das Garantias, qualquer enriquecimento sem causa em benefício do credor, facilitando o mecanismo da oponibilidade das excepções<sup>824</sup>. Deve, então, ser comparado com a nova disposição relativa à fiança que abre a possibilidade de oposição a todas as excepções sem categorização. Por outro lado, a *Ordonnancen.º 2021-1192* não acolheu a proposta de consagrar um princípio geral do direito do comprador de revender o bem adquirido sob reserva de propriedade. Da mesma forma, o artigo 2367 do *Code* não foi alterado, embora tenha sido proposto uma solução nos termos do qual a reserva

---

<sup>821</sup> Eis o conteúdo da parte acrescentada: *Le sous-acquéreur ou l'assureur peut alors opposer au créancier les exceptions inhérentes à la dette ainsi que les exceptions nées de ses rapports avec le débiteur avant qu'il ait eu connaissance du report.*

<sup>822</sup> Cf. *Cass. Com.*, de 3 de Janeiro de 1995, n.º 93-11.093, JCP G, 1995, I, p. 3841; *Cass. Com.*, de 5 de Junho de 2007, n.º 05-21.349, D., 2007, p. 1729; *Cass. Com.*, de 18 de Janeiro de 2011, n.º 07-14.181, RLDC, Março de 2011, p. 335.

<sup>823</sup> Cf. Ph. Simler, *Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire?*, in Mélanges G. Goubeaux, 2009, Dalloz, LGDJ, p. 497.

<sup>824</sup> Cf. Frédérique Julienne, *Réforme du droit des sûretés*, cit., p. 2.

de propriedade se extingue com a extinção de crédito garantido pela mesma. A proposta visava contrariar a jurisprudência que mantém o princípio da sobrevivência da reserva de propriedade à extinção da obrigação garantida em caso de anulação do negócio onde deriva a mesma obrigação garantida, no quadro de sobre-endividamento de particulares<sup>825</sup>. Assim, a natureza acessória da reserva de propriedade foi apenas parcialmente reforçada pela reforma.

*VIII. Simplificação do regime da alienação em fiduciárias.* Um dos objectivos da reforma, em relação à alienação em garantia, é de reduzir as exigências na constituição e da execução da garantia. Desde a sua consagração em 2007, o regime jurídico da alienação em garantia tem sido alvo de críticas relacionadas à confusão entre o seu regime e à ausência de normas eficazes sobre a execução<sup>826</sup>. Se as intervenções legislativas posteriores ajudaram a esclarecer certas regras, a alienação em garantia ainda luta para encontrar o seu lugar na prática das garantias.<sup>827</sup> Através da reforma, o legislador dedicou uma subsecção I às garantias fiduciárias, no âmbito da secção II dedicada à alienação em garantia. As novas regras abrangem a forma da celebração da alienação em garantia e as regras sobre a sua execução.

Relativamente à constituição, como todas as garantias, a celebração da alienação em pode ser *desmaterializada*. Além disso, foi acrescentado o texto no artigo 2372-2 do Código Civil Francês, relativo ao objecto da alienação em garantia. A partir de agora, especifica-se explicitamente que as dívidas garantidas podem ser *presentes* ou *futuras* desde que, desde que sejam determináveis. Assim, a alienação em garantia alinha-se com outras garantias reais, nomeadamente os penhores e a hipoteca. Esta disposição exige a identificação dos créditos futuros. Assim, através do termo *determinável*, refere-se a um requisito de individualização ou indicação de elementos que o permitam, como a pessoa do devedor, o lugar de cumprimento, a natureza dos créditos e o seu montante. Em relação à garantia de créditos futuros através da alienação em garantia, deve-se distinguir duas situações - ou o crédito é determinável no momento da constituição da garantia, ou o crédito futuro não é determinável, podendo ser garantidos pela técnica de *recarga*, cujo regime não foi alterado. Além disso, a simplificação das condições de validade é feita através da eliminação, no âmbito do artigo 2372-2 do *Code*, do requisito de avaliação do

---

<sup>825</sup> Cf. *Cass. Civ.* 2, de 27 de Fevereiro de 2014, n.º 13-10.891, in <https://www.legifrance.gouv.fr>.

<sup>826</sup> Cf. P. Crocq, *Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés*, D., 2007, p. 1354 e Frédérique Julienne, *Réforme du droit des sûretés*, cit. p. 2.

<sup>827</sup> Cf. Frédérique Julienne, *Réforme du droit des sûretés*, cit. p. 2.

bem ou do direito transferido, especificando-se que as partes podem livremente celebrar o contrato de alienação em garantia se assim o desejarem. Ou seja, as partes põem celebrar a alienação em garantia sem avaliar o bem objecto de avaliação, reduzindo assim o custo com os peritos e a burocracia. A abolição dessa avaliação, preconizada pela proposta de reforma do *Associotion Henri Capitant*, alinha a alienação em garantia com as outras garantias reais e contribui para fortalecer a atractividade dessa garantia.

No que diz respeito à execução da alienação em garantia, a reforma procurou flexibilizá-la ao conferir maior margem à autonomia da vontade. Assim, o artigo 2372-3<sup>828</sup> do *Code* foi alterado, consagrando a solução nos termos do qual é possível alienar os bens dados em garantia por um preço diferente do fixado pelo perito de avaliação, mas em condições bem definidas. Esta opção só é possível se a venda, ao preço fixado pelo perito, se revelar impossível. O fiduciário deve então justificar esta situação e, sob a sua responsabilidade, proceder à venda ao preço que considere corresponder ao valor do bem objecto de garantia. O objectivo desta solução é articular a flexibilidade das condições de venda do bem e a protecção do devedor credor e do credor. As preocupações relativas à protecção dos interesses do credor só surgem realmente na situação em que a qualidade de credor e a qualidade de fiduciário estão dissociadas. Este processo de flexibilização da execução da garantia - venda do bem - foi avançado pela proposta de reforma formulada pela *Associotion Henri Capitant*, mas em termos diferentes. Nessa proposta, o fiduciário tinha mais margem de manobra, pois não precisava justificar antecipadamente que era impossível realizar a venda do bem pelo preço fixado pelo perito. Com efeito, na condição de que uma cláusula do contrato fiduciário o previsse, foi-lhe concedida a possibilidade de vender o bem sob sua responsabilidade justificando um preço justo. O espaço deixado à autonomia privada é, portanto, concedido com mais cautela pela reforma. Não se quis desconsiderar a avaliação de perito para fins de protecção do garante.

*IX. Consagração de alienação em garantia de coisas incorpóreas.* No sentido de potencializar a titularidade como instrumento do Direito das Garantias, a reforma de 2021

---

<sup>828</sup> Onde se lê «A défaut de paiement de la dette garantie et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie.

Lorsque le fiduciaire n'est pas le créancier, ce dernier peut exiger de lui la remise du bien, dont il peut alors librement disposer, ou, si le contrat de fiducie le prévoit, la vente du bien ou du droit cédé et la remise de tout ou partie du prix.

La valeur du bien ou du droit cédé est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, sauf si elle résulte d'une cotation officielle sur une plate-forme de négociation au sens du code monétaire et financier ou si le bien est une somme d'argent. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Si le fiduciaire ne trouve pas d'acquéreur au prix fixé par expert, il peut vendre le bien ou le droit au prix qu'il estime, sous sa responsabilité, correspondre à sa valeur ».

consagrou duas novas garantias fundadas na transferência de direito: cessão de créditos em garantia e a transferência de soma monetária em garantia. Cada uma dessas garantias foi inserida na subsecção da Secção II do Código Civil Francês relativa à alienação em garantia. Essas inovações fortalecem, assim, a categoria de garantias sobre coisas incorpóreas e levantam questões sobre sua relação com o regime de outras garantias. A desmaterialização do conteúdo do património implica uma adaptação da base das garantias. Nessa lógica, em França, as duas novas garantias vêm enriquecer o leque de garantias baseadas na transferência de direitos: a cessão de créditos em garantia e a transferência de soma monetária em garantia.<sup>829</sup>

X. *Consagração da cessão de créditos em garantia.*<sup>830</sup> Quanto à consagração da cessão de crédito em garantia, em primeiro lugar, é criada uma subsecção II para

---

<sup>829</sup> Cf. Frédérique Julienne, *Réforme du droit des sûretés*, cit., p. 3.

<sup>830</sup> A evolução francesa da cessão de créditos à cessão de créditos em garantia conheceu diversas fases - *Direito Antigo/Coutume de Paris*. No antigo Direito francês, até ao século XIII, o panorama jurídico sobre a cessão de crédito era dividido entre norte e sul. No Norte, não se admitia a cessão de créditos, enquanto a posição oposta prevaleceu no Sul, de uma forma muito semelhante à *procuratio in rem suam* do Direito Romano. A partir do século XIII a transmissão de créditos começou a ser admitido em França, ou seja, em todo o país, como atesta a *Ordonnance de 1344*, que descreve as numerosas cessões de créditos efectuadas nas feiras de *Champagne*, cf. [J. Brissaud, *Cours d'histoire générale du droit français public et privé*, A. Fontemoing, 1904, p. 485 ; R.-M. Rampelberg, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, L.G.D.J., 2005, p. 166; H. Brunner, *Les titres au porteur français du Moyen-Age*, Nouvelle Reviste Histoire (Trad. P. Wolf), 1886, p. 11 ; Constantin Aurel Iscru, *Transfert des créances en droit français et en droit anglais*, Université Jean Moulin Lyon 3, p. 30]. No *Coutume de Paris*, em suas duas versões, admitia a possibilidade de cessão pura simples crédito, sem recurso à ideia de mandato, aspecto em que o Direito Francês diferia do Direito Romano, que não admitia a possibilidade de uma cessão *directa* de crédito, não obstante a inspiração do regime francês da cessão de crédito no Direito Romano. Quanto à transferência do crédito, a solução do Direito antigo não diferiu significativamente da cessão da cessão de crédito consagrada posteriormente no *Code*, na medida em que o simples acordo de vontade entre o cedente e o cessionário era suficiente para transferir o crédito, cf. [G. Lepointe/R. Monier, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, cit., p. 486 ; Rogue, *Jurisprudence consulaire et instruction des négociants*, Guillin, 1773, I, p. 290; G G. Lepointe/R. Monier, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, cit., p. 486; R.-M. Rampelberg, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, L.G.D.J., 2005, p. 167]. Muitas *Ordonnances* adoptadas a partir do século XIV proibiam juízes, advogados, procuradores e auxiliares de direito a adquirirem créditos controvertidos cujo destino poderia ser decidida no território que se enquadrava em sua esfera de jurisdição, cf. Constantin Aurel Iscru, *Transfert des créances en droit français cit.*, p. 31.

*Conceito unitário da cessão de crédito.* No antigo Direito francês, a distinção entre mandato, sub-rogação e cessão de créditos não era muito clara. No entendimento de J. Domat, *Loix civiles dans leur ordre naturel*, nova edição, revista, corrigida e aumentada pelo D. Mouchet, 1745, p. 212, havia um conceito único de transmissão de créditos, entendida como uma substituição de pessoas na relação obrigacional, conceito designado pelo termo *sub-rogação*, incluindo a sub-rogação propriamente dita e a cessão de créditos não eram apenas ilustrações. Nas vésperas da adopção do *Code*, R. J. Pothier, *Traité du contrat de vente*, 1806, p. 418, considera que o crédito não pode ser transferido, porque em sua concepção a este está intimamente ligado à pessoa do credor e explicou a cessão de crédito, como base no Direito Romano, com recurso à *procuratio in rem suam*. A distinção entre sub-rogação e cessão de crédito foi baseada na fonte da transferência: a lei para o primeiro, a vontade individual para o segundo, cf. R. J. Pothier, *Traité du contrat de vente*, cit., p. 422 e ss.

*O efeito jurídico da notificação.* Do século XIII a XVI, a principal preocupação era a protecção do cessionário. Esta preocupação era, no fundo, uma continuidade, uma vez que a noção de Direito Romano que inspirou o Direito francês, o *denuntiatio*, também impedia a livre revogabilidade do mandato. Essa

posição mudou no século XVI quando o *Costume de Paris*, através do seu artigo 108.º, determina que a simples cessão não colocaria o cessionário na posse do crédito, sendo para o efeito necessário que fosse efectuada a notificação da mesma ao devedor., cf. R.-M. Rampelberg, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, cit., p. 167 ; Rogue, *Jurisprudence consulaire et instruction des négociants*, cit., p. 290: *on ne devient propriétaire de la cession que du jour de la signification avec copie du transport.* ; R.-M. Rampelberg, *Repères romains pour le droit européen des contrats*, L.G.D.J., 2005, p. 167; Ch. Beudant, *Cours de droit civil français. La vente et le louage*, A. Rousseau, 1908, nota 365.

**Adopção do Código Civil.** O Código Civil francês de 1804 manteve, em termos gerais, o Direito anterior, em particular rejeitando o uso do mandato para explicar a cessão de créditos que havia sido proposta pelo influente POTHIER. O Código Civil eliminou as últimas incertezas sobre as diferenças entre cessão de crédito e a sub-rogação, dotando-os de regimes muito distintos. A regulamentação da cessão de créditos dos artigos 1689-1701, do Código Civil, permanece dependente à concepção anterior que via nela uma venda de bens ou direito corpóreos: foi inserida como uma das formas de aquisição de propriedade, no Título VI do Livro III intitulado: *Da venda*. Por isso, muitos autores tratavam a cessão de crédito na matéria de compra e venda, cf. F. Laurent, *Principes de Droit Civil Français*, XXIV, 3.ª ed., A. Marescq, Paris, 1878, n.º 461. Pois a equiparação da cessão de crédito à venda de coisas corpóreas é o facto de que a doutrina da época mencionava a cessão de créditos apenas no âmbito das análises dedicadas à venda. Como a aquisição da posse de uma coisa corpórea é aparente, tem também a função de anunciar a transferência de propriedade – é provavelmente esse raciocínio erróneo por analogia que gerou a opinião de que a notificação da cessão também exerce uma função publicidade, cf. J. Carbonnier, *Droit civil*, IV - *Les obligations*, 22.ª ed., PUF, 2000, n.º 320. Esta questão está hoje ultrapassada, passando a ser tratada nas obras gerais sobre Direito das Obrigações, cf. Henri, Mazeaud/ Jean Mazeaud/Léo Mazeaud/François Chabas, *Leçons de Droit Civil, obligations: théorie générale*, 9.ª ed., Montcheresten, Paris, 1998, p. 1276. Apesar das críticas formuladas na doutrina actual, é necessário observar que as disposições do Código Civil sobre cessão de crédito eram muito modernas porá o seu tempo e os requisitos da oponibilidade não eram muito problemáticas, na medida em que a frequência e a importância das cessões de créditos também foram menores. O paralelismo com a venda foi consensual, sendo, provavelmente, o factor determinante da regulamentação da cessão de crédito no Código Civil, que transformou a notificação numa condição de oponibilidade e não de validade, como foi o caso da entrega do bem vendido - caso de venda de bens corpóreos. Essa explicação da notificação é reforçada pela concepção de crédito na doutrina da época: POTHIER compara a falta da notificação da cessão com a venda não executada, enquanto ROGUE descreve o cessionário como o "proprietário da cessão", cf. R. J. Pothier, *Traité du contrat de vente*, cit., n.º 555 ; Rogue, *Jurisprudence consulaire et instruction des négociants*, cit., p. 290.

**Evolução posterior ao Código Civil.** A jurisprudência tentou atenuar as pesadas formalidades exigibilidade para a eficácia da transmissão de créditos, através de uma interpretação extensiva das disposições do Código Civil francês que os rege, ao consagrar progressivamente uma teoria dos *equivalentes da notificação da cessão do crédito*, cf. A. Rieg, *Cession de créance*, Dalloz, Paris, 1985, n.º 225. Foi assim aceite que a notificação judicial avulsa deixa de ser necessária, uma vez que o devedor tenha sido informado de forma suficiente por qualquer outro acto processual, cf. *Cass. Civ.*, de 1 de Maio de 1889, D.P. 90.1.264; *Cass. Civ.*, de 13 de Novembro de 1928, D.H. 1928.605; *Cass. Civ.*, de 4 Março de 1931, D.P. 1933.1.73; *Cass. Civ.*, de 17 de Fevereiro de 1937, D.H. 1937.221, nomeadamente a citação para pagamento do devedor cujo mandado mencione o contrato da cessão, cf. *Cass. Civ.*, 4 de Março de 1931, D.P. 1933.1.73; *Cass. Civ.*, de 17 de Fevereiro de 1937, D.H. 1937.221, a condenação precedente à penhora efectuada em virtude do crédito cedido, cf. *Cass. Civ.*, de 4 de Janeiro de 1974, Bull. Civ. II, n.º 3, bem como a penhora efectuada pelo cessionário contra o devedor, uma vez que a cessão foi descrita no requerimento, cf. *CA Alger*, de 25 de Novembro de 1893, D.P. 94.2.502.

A jurisprudência foi ainda mais longe ao permitindo ao cessionário, mesmo na falta de notificação ou aceitação, solicitar o cumprimento do devedor, desde que o seu pedido não prejudique qualquer direito posterior à origem do crédito reclamado seja em relação ele, o devedor, outro cessionário ou credor, cf. *Cass. Civ.*, de 4 de Março de 1931, D.P. 1933.1.73; *Cass. Civ.*, de 9 de Julho de 1953, Bull. Civ. I, n.º 244; *Cass. Civ.*, de 18 de Março de 1969, Bull. Civ. I, n.º 116.]. É difícil compreender esta posição, uma vez que na falta de aceitação por parte do cedido permite ao cedente exigir o cumprimento do crédito cedido, se o próprio cedente se obrigou a pagar ao cessionário, cf. [G. Ripert/M. Planiol/J. Radouant, *Traité pratique de droit civil français*, VII - *Les obligations*, LGDJ, 1954, n.º 1129; H. Mazeaud/L. Mazeaud/J. Mazeaud/F. Chabas, *Leçons de droit civil: théorie générale*, cit., p. 60.

**Criação de técnicas de transferência de crédito.** Ao lado do desenvolvimento da cessão de créditos de direito comum, os efeitos do comércio, frutos da prática comercial, alguns dos quais exigem e permitem a cessão de crédito *simplificada*. A cessão de crédito, em regra, resulta, no caso de títulos a portador, da simples menção do novo beneficiário no título e a sua entrega material. A oponibilidade desta transferência



descrever o regime de cessão de créditos em garantia nos artigos 2373 a 2373-3 do *Code*. O reconhecimento da faculdade de transmitir um crédito em garantia faz parte de um processo de modernização do Direito das Garantias, a fim de fortalecer a atractividade internacional do Direito francês.<sup>831</sup> O reconhecimento dessa cessão de crédito para fins de garantia consta do novo artigo 2373.º seguintes do *Code*, nos termos do qual a

---

é imediata, pois não é exigida qualquer formalidade em relação a este respeito. Caracterizado pela inoponibilidade de excepções, devido a uma grande autonomia em relação ao negócio que lhe deu origem, os efeitos comerciais permitiram superar algumas das desvantagens da cessão de crédito comum. O uso dos títulos de crédito também demonstrou os seus limites, na medida em que as suas emissões são relativamente caras. Para superar estas desvantagens, o legislador francês optou por criar cessões de aplicação sectorial ao invés de reformar a cessão de crédito do Código Civil. Assim, na sequência do trabalho da Comissão GILLET, cf. *Rapport Gilet, Notes et Etudes documentaires*. La documentation française n.º 3354, JB, 1967, p. 297, foi consagrada, em 1967, os extractos de factura constitui um título de crédito à ordem representativo de um crédito proveniente de venda mercantil a prazo, realizada entre comerciantes, é obrigatoriamente emitido sempre que essa transacção não seja efectuada por meio de letra - artigo. 1.º e 3.º § 1.º do Decreto n.º 19 490, de 21 de Março de 1963, como forma de facilitar a circulação de créditos comerciais - *crédit de mobilisation des créances commerciales (CMCC)*. Dos dois tipos de créditos criados, apenas o CMCC, garantido importa a transferência de créditos, pois o CMCC sem garantia, que ainda vigora em França é apenas uma forma de cheque especial – descoberto, cf. Becque/M. Cabrillac, *Institution des factures protestables*, RTDCom., 1967, p. 110; Becque/M. Cabrillac e/J. M. Rives-Lange, *Les factures et les bordereaux protestables*, JCP, 1968, I, p. 2131 ; J. - L. Rives – Lange/M. Contamine - Raynaud, *Droit bancaire*, Dalloz, 1995, n. 520; Ch. Gavalda/J. Stoufflet, *Droit bancaire - Institutions - Comptes-Opérations - Services*, Litec, Paris, 2005, n.º 421 ; Ch. Gavalda/J. Stoufflet, *Droit bancaire - Institutions - Comptes- Opérations - Services*, cit., n.º 427 ; A. Rieg, *Cession de créance*, cit., n.º 336.

A prática de títulos negociáveis também passou por mudanças com a introdução de técnicas informáticas no funcionamento do sistema bancário francês, cf. B. Sousi-Roubi, *La mobilisation des créances ou l'informatique, le droit et le papier*, Gaz. Pal. 1982, I, p. 263. Assim, em 1973, o Banco de França, em cooperação com as organizações da profissão bancária estabeleceu a letra de câmbio electrónico, como forma alternativa da letra de câmbio clássica, que foi mantida. Como não há regulamentação especial da letra de câmbio electrónico, as disposições do Código Comercial francês relativas à letra de câmbio permanecem aplicáveis às letras de câmbio electrónico. Por esta razão, apenas as letras de câmbio electrónico - papel pode ser considerado como um título negociável, pois a total ausência de suporte de papel no caso da letra de câmbio electrónico magnético priva-o do estatuto de papel comercial.

No caso da *LCR-papier*, uma letra de câmbio clássica é emitida e posteriormente depositada num banco que então reporta em meio electrónico todas as informações sobre a letra de câmbio. O regime jurídico da *LCR* apresenta muitas incertezas, mas interessa para o estudo da cessão de crédito, na medida em que revela a inadequação da regulamentação da cessão de dívida do Código Civil francês, às necessidades da simplificação da prática, cf. Constantin Aurel Iscriu, *Transfert des créances en droit français et en droit anglais*, cit., p. 37 -38. Paralelamente a estes esforços do legislador francês, assistiu-se também ao desenvolvimento do uso do *factoring*, que no Direito francês, o mais das vezes, traduz-se na forma de sub-rogação convencional pessoal como meio alternativo de transmissão de créditos, cf. B. Sousi-Roubi, *La mobilisation des créances ou l'informatique, le droit et le papier*, cit., p. 263. Esta operação financeira, originária dos Estados Unidos, foi introduzida na Europa e em França a partir da década de 1960, teve vantagens indiscutíveis sobre cessões de crédito de Direito comum, em França, na medida em que não havia muitos constrangimentos na forma de transferência e a notificação ao devedor não era necessária para adquirir os direitos perante cessionários concorrentes.

No tocante à evolução da regulamentação da cessão de créditos de Direito francês, importa mencionar a disposição introduzida no Código Comercial francês pela *Loi n.º 2001-420* de 15 de Maio de 2001, *Relative aux Nouvelles Régulations Économiques [JORF du 16 mai 2001]*. O artigo resultante L-442-6 II do Código Comercial sanciona com nulidade as cláusulas ou contratos que permitem que um produtor, um comerciante, industrial, artesão, a possibilidade de proibir o contratante de ceder a terceiros os créditos que detêm contra eles. Assim, o Direito francês adoptou uma postura firme sobre uma matéria que gerava muitos problemas, cf. M. Biliau, *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ, Paris, 2002, n.º 20.

<sup>831</sup> Cf. J.-D. Pellier, *Pour la cession de créance de droit commun à titre de garantie*, in *La réforme du droit des sûretés*, LGDJ, Institut Universitaire Varenne, 2019, p. 243.

*titularidade de um crédito pode ser transferida em garantia de uma obrigação por força de um contrato celebrado nos termos dos artigos 1321.º a 1326 do Código Civil.* Essa consagração tinha sido proposta pela *Association Henri Capitant*. A reforma permite generalizar<sup>832</sup> a cessão de crédito em garantia, que, até então, só era permitida a favor de estabelecimentos de crédito através da *cession Dailly* ao abrigo do Código Monetário e Financeiro francês.<sup>833</sup> Esta generalização foi possibilitada pela reforma do regime geral das obrigações de 10 de Fevereiro de 2016 – *Ordonnance n.º 2016-131* - sobre o regime da cessão de créditos nos artigos 1321.º e seguintes do *Code*, ao qual o regime da cessão de crédito em garantia remete. Assim, a cessão de crédito em garantia remete-se ao regime comum da cessão de crédito prevista nos artigos 1321.º a 1326.º do Código Civil francês. Com efeito, agora existe uma base legal que permite o recurso à cessão de crédito em garantia, que a jurisprudência até então rejeitava. Os tribunais, na falta de base legal, qualificavam a cessão de crédito em garantia como penhor de créditos<sup>834</sup>. Para garantir a atractividade da cessão de crédito em garantia, o legislador, através da reforma de 2021, efectuou adaptações tendo em conta as especificidades da cessão de créditos aplicável ao Direito das Garantias. Para o efeito, o legislador recorreu ao regime de penhor de crédito e da *cession Dailly*. No tocante às condições de validade, o artigo 2373-1 do *Code* prevê o dever de identificação dos elementos da garantia, nos mesmos termos que o penhor de crédito e da *cession Dailly*. Assim, o crédito cedido em garantia deve constar de um documento escrito e, no caso de ser futuro, o documento deve permitir a sua individualização ou os elementos que o permitam, como a indicação da identificação do devedor, o local de cumprimento, o montante do crédito ou a sua avaliação. Assim, conforme a doutrina<sup>835</sup> sugeria, foi consagrado expressamente a admissibilidade da cessão de créditos futuros.

Em relação à execução da garantia, dispõe o artigo 2373-2 do *Code* que as quantias pagas ao cessionário relativamente ao crédito cedido são abatidas no crédito garantido se este estiver vencido, na mesma lógica do penhor de crédito. Pelo contrário, se não estiver

---

<sup>832</sup> Cf. P. Théry, *Quelques observations sur le droit des sûretés, advenu et à venir*, RDA, Dezembro de 2019, p. 122; P. Crocq, *Les sûretés fondées sur le droit de propriété*, in *Quelle réforme pour le droit des sûretés?*, (Cordenação: Y. BLANDIN ET V. MAZEAUD), Dalloz, 2019, p. 75.

<sup>833</sup> Cf. C. Gijssbers, *Le nouveau visage de la cession de créance*, Droit et patrimoine, Julho de 2016, p. 48; F. Chénéde, *La cession de créance*, in *Le nouveau régime général des obligations*, Dalloz, 2016, p. 87; A. Gouëzel, *Les opérations translatives*, AJCA 2016 p. 135.

<sup>834</sup> Cf. *Cass. Com.*, de 19 de Dezembro de 2006, n.º 05-16.395, D., 2007, p. 344.

<sup>835</sup> Cf. F. Danos, *Proposition de modification de l'article 1323 du code civil: l'opposabilité aux tiers de la cession d'une créance future*, RDC 2017, n.º 114, p. 200; M. Julienne, *Cession de créance: transfert d'un bien ou changement de créancier?*, Droit et patrimoine, Julho de 2015, p. 69 ; M. Julienne, *Nantissement ou cession(s) fiduciaire(s) : que choisir?*, RDC 2018/2, p. 318.

vencida a obrigação garantida, o cessionário nas condições previstas nos artigos 2374-3 a 2374-6 do *Code*, conserva a soma recebida nas mesmas condições da alienação da soma monetária em garantia. A remissão ao regime da alienação da soma monetária em garantia explica-se pelo facto da cessão de crédito em garantia incidir sobre a quantia em dinheiro. Por fim, para evitar o enriquecimento sem causa e atenuar o risco fiduciário, o novo artigo 2373-3 do Código Civil francês prevê a situação em que a dívida garantida é integralmente paga antes do crédito cedido, determinando que o devedor/cedente recupera automaticamente a titularidade do crédito cedido, solução idêntica ao do regime da *cession Dailly*.

*XI. Consagração da cessão de soma monetária em garantia.* Em segundo lugar, a *Ordonnance n.º 2021-1192*, consagrou, através do novo artigo 2374 do *Code*, a cessão de soma monetária em garantia, que permite assim integrar, entre as garantias, o penhor de dinheiro ou de conta bancária, que foi até então desenvolvida pela prática sem base legal. A proposta apresentada pela *Association Henri Capitant* previa a ideia de penhor de dinheiro ao invés da cessão de crédito em garantia. Assim, o referido artigo prevê que *a propriedade de uma quantia em dinheiro, seja em euros ou noutra moeda, pode ser cedida em garantia de um ou mais créditos, presentes ou futuros*. Quanto aos requisitos da validade formal, este contrato de garantia deve ser celebrado por documento escrito. A cessão de soma monetária em garantia constitui uma garantia com desapossamento, o que implica que a sua oponibilidade a terceiro seja aligeirada, ou seja, a entrega do dinheiro constitui a sua publicidade, sendo dispensada qualquer outra formalidade. Uma vez que se trata de uma garantia baseada na transferência de propriedade de uma quantia em dinheiro, o cessionário é livre de utilizar o objecto da garantia. Esta liberdade representa a regra geral desta garantia. Todavia, esta faculdade pode, no entanto, ser fiscalizada de forma convencional, uma vez que é possível prever no contrato que as quantias sejam guardadas em conta especialmente designada. Esta cláusula contratual terá um impacto no destino dos frutos e dos juros. Caso o cessionário tenha a o poder de livre disposição sobre as quantias objecto da garantia, os frutos e juros passarão a fazer parte do seu património. Caso contrário, os frutos e juros aumentarão o valor da garantia. Quanto ao resultado da garantia, o artigo 2374-6 do Código Civil francês dispõe sobre o destino das quantias transferidas em caso de cumprimento da obrigação garantida. Eles devem logicamente ser restituídos ao garante/alienante/cedente o que será feito por equivalente no caso de o cessionário ter a livre disposição sobre as quantias entregues em dinheiro.

XII. *Inspiração no AUG.* A *Ordonnance n.º 2021-1192*, consagrou, através do novo artigo 2374 do *Code* a cessão de soma monetária em garantia. Que permite assim integrar, entre as garantias, o penhor de dinheiro ou de conta bancária, que foi até então desenvolvida pela prática sem base legal. A proposta apresentada por *Association Henri Capitant* previa a ideia de penhor de dinheiro<sup>836</sup> ao invés da cessão de crédito em garantia. Assim, o referido artigo prevê que *a propriedade de uma quantia em dinheiro, seja em euros ou noutra moeda, pode ser cedida em garantia de um ou mais créditos, presentes ou futuros*. Quanto aos requisitos da validade formal, este contrato de garantia deve ser celebrado por documento escrito. A cessão de soma monetária em garantia constitui uma garantia com desapossamento, o que implica que a sua oponibilidade a terceiro seja aligeirada, ou seja, a entrega do dinheiro constitui a sua publicidade, sem qualquer outra formalidade.

Uma vez que se trata de uma garantia baseada na transferência de propriedade de uma quantia em dinheiro, o cessionário é livre de utilizar o objeto da garantia. Essa liberdade representa a regra geral desta garantia. Todavia, esta faculdade pode, no entanto, ser fiscalizada de forma convencional, uma vez que é possível prever no contrato que as quantias sejam guardadas em conta especialmente designada. Esta cláusula contratual terá um impacto no destino dos frutos e dos juros. Caso o cessionário tenha a o poder de livre disposição sobre as quantias objecto da garantia, os frutos e juros passarão a fazer parte do seu património. Caso contrário, os frutos e juros aumentarão o valor da garantia. Quanto ao resultado da garantia, o artigo 2374-6 do Código Civil francês dispõe sobre o destino das quantias transferidas em caso de cumprimento da obrigação garantida. Eles devem logicamente ser restituídos ao garante/alienante/cedente o que será feito por equivalente no caso de o cessionário ter a livre disposição sobre as quantias entregues em dinheiro. Em relação à esta garantia, o Legislador Francês inspirou-se no Ato Uniforme

---

<sup>836</sup> Referindo-se ao Direito português, considera HUGO RAMOS ALVES, *Do Penhor*, cit., p. 202, que o penhor de conta bancária consubstancia um penhor irregular, na medida em que o banco é o proprietário do bem empenhado. O autor considera que o penhor sobre dinheiro apenas será um penhor regular quando incida sobre o dinheiro na sua individualidade, referindo para tanto o exemplo do Direito Romano de Caio e Tício, quando o primeiro deu a segundo uma determinada quantidade de dinheiro num sobrescrito fechado. Por oposição, ocorrendo a transferência da propriedade do dinheiro para o credor já não estaremos perante um penhor de dinheiro. Destarte, HUGO RAMOS ALVES afirma que *não é a natureza fungível das coisas empenhadas que justifica a transmissão da sua propriedade, mas sim a combinação do acto de vontade das partes com o facto concludente de não se ter efectuado um qualquer procedimento de individualização das coisas empenhadas*. Deste modo, o autor considera que o penhor de conta bancária é, efectivamente, um penhor irregular porquanto o banco é o proprietário da quantia empenhada. VAZ SERRA, *Penhor*, in BMJ, n.º 59, Outubro, Lisboa, p. 102, considera que o penhor sobre dinheiro pode ser um verdadeiro direito de penhor sobre dinheiro, e pode ser um penhor irregular ou impróprio.

da OHADA Relativo à Organização das Garantias com algumas soluções mais esclarecedoras.

*Articulação com o regime de outras garantias.* A integração das duas novas garantias levanta a questão da sua articulação e coexistência com o regime das garantias que já se encontravam em vigor. Assim, a relação com a alienação em garantia deve ser esclarecida. O problema é determinar se cabe, hoje, dissociar um direito comum das garantias fiduciárias e um direito especial, representado pelo regime da cessão de crédito em garantia e da alienação da soma monetária em garantia.

*Ictu oculi*, esta lógica não foi seguida pela *Ordonnance n.º 2021-1192*, que se orienta mais para uma dissociação dos do regime das garantias baseadas na titularidade, evidenciada pela composição das secções em três subsecções autónomas. Esta abordagem é reforçada pela leitura do relatório apresentado ao Presidente da República relativo à *Ordonnance n.º 2021-1192* em que se refere a respeito da cessão de crédito em garantia “que se trata de permitir, a par da alienação em garantia e por uma questão de atractividade internacional do Direito Francês, a cessão de crédito em garantia.”. Esta orientação reflecte-se também na ausência de remissão ao regime da alienação em garantia, que a cessão de crédito em garantia, quer em relação à alienação da soma monetária em garantia. A consagração da cessão de crédito em garantia faz parte de um exercício de generalização das operações da cessão de crédito em garantia. O seu regime está estribado no regime comum da cessão de crédito e da *cession Dailly*.

O acréscimo das hipóteses de transmissão de bens em garantia marca, portanto, a vontade do legislador de promover o recurso ao direito para fins de garantia, consolidando assim a ideia de que pode desempenhar plenamente um papel neste domínio sem ser desvirtuado.

#### **2.14. Síntese da fidúcia francesa**

O percurso legal da garantia fiduciária francesa teve início com a Lei de 2 de Janeiro de 1981, conhecida como *lei Dailly*, criando a cessão de crédito profissional a título de garantia, que constitui o ponto de partida de um fenómeno de percurso contínuo da garantia fiduciária, sendo a primeira manifestação da garantia fiduciária. A fidúcia foi introduzida no Código Civil francês pela Lei n.º 2007-211, de 19 de Fevereiro de 2007 e foi sucessivamente alterada pela Lei Francesa de Modernização da Economia, Lei n.º 2008-776, de 4 de Agosto de 2008, pela *Ordonnance n.º 2008-1345*, de 18 de Dezembro

de 2008, que alterou o Direito processual, pela *Ordonnance* n.º 2009-112, de 30 de Janeiro de 2009 e a Lei Pacto de 22 de Maio de 2019, que veio clarificar as regras relativas às garantias. As disposições da cessão de crédito em garantia constam do artigo 313-23 do Código Monetário e Financeiro prevê na matéria da *Cession Dailly* em relação aos créditos ditos profissional. Propõe-se, todavia, a criação de um regime geral da cessão de crédito em garantia. A consagração legal da fidúcia em 2007 foi efectuada com a consagração de um regime único, sem distinção entre a garantia fiduciária e a fidúcia para gestão, partindo de uma definição muito ampla do conceito da fidúcia no artigo 2011.º do Código Civil. Em 2009, instituiu-se um regime específico para cada modalidade da fidúcia – gestão e garantia - mas mantém uma parte do regime comum para certos aspectos, nomeadamente os efeitos do contrato em relação às partes e aos credores.

Quanto ao fiduciante, com a LME de 4 de Agosto de 2008, extinguiu-se os limites quanto às pessoas que podem ser fiduciante, podendo ser pessoa singular ou pessoa colectiva. Em relação ao fiduciário, inicialmente só podia ser estabelecimentos de crédito, sociedades de investimento e seguradoras e agora também os advogados. O beneficiário pode ser uma pessoa singular ou colectiva, ou mesmo o próprio fiduciário, nos termos do artigo 2016.º do Código Civil francês. Quanto à formação do contrato, nos termos do artigo 2012.º do *Code*, a alienação fiduciária em garantia se constitui por lei ou por contrato, documento escrito e não se presume. Com a reforma de 2009-*Ordonnance* de 2009, artigos 2372-1 e 2488-1 do *Code Civil*- a alienação da propriedade em garantia pode ter por objecto os bens móveis e os bens imóveis. Ainda nos termos dos artigos 2372-1, há menções obrigatórias que devem constar do contrato, sob pena de nulidade. Quanto aos efeitos da alienação em garantia, constitui um negócio sinalagmático, que pressupõe a transmissão do direito da propriedade para a esfera jurídica do fiduciário. Sob pena de nulidade, o negócio fiduciário, no prazo de trinta dias a contar da data da sua celebração, deve ser registado nos Serviços Fiscais do domicílio do fiduciário ou no Serviço fiscal de não residentes se o fiduciário não residir em França. Com a alienação em garantia, a disponibilidade material do fiduciante não é necessariamente afectada, na medida em que o contrato pode estabelecer que mantém o uso e gozo da coisa alienada em garantia, artigo 2018-1 do *Code*, resultante da lei de 4 de Agosto de 2008.

Assim, o fiduciante perde o poder de administração e disposição e mantém apenas direitos pessoais e não reais. Em relação aos credores do fiduciante, a transferência de propriedade inerente ao negócio fiduciário implica que não podem penhorar a propriedade

transferida, uma vez que deixa de fazer parte da sua garantia geral. A lei estabelece a impenhorabilidade do património fiduciário em detrimento também dos credores do fiduciário, na medida em que constitui um património separado em relação ao património próprio do fiduciário. O património fiduciário é, portanto, protegido de processos judiciais, mas pode ser penhorado pelos credores cujos créditos decorrem da conservação ou gestão desse mesmo património. Em relação a terceiros, o princípio é que se aplica o Direito comum e as regras da publicidade tendo em conta a natureza dos bens ou direitos objecto da alienação em garantia. Em relação à execução da garantia, a *Ordonnance* de 30 de Janeiro de 2009 introduziu disposições relativas à execução da alienação em garantia. Em caso de incumprimento, o credor fiduciário adquire o direito de disposição da coisa ou direito transferido. Se o valor da dívida for inferior ao do produto da venda, o credor deve restituir o remanescente ao fiduciante. A morte do fiduciante não constitui a causa da extinção do negócio fiduciário se este for constituído para fins de garantia. Em 2022, em França, inspirados no Direito da OHADA, foi efectuada a reforma do Direito das Garantias que introduziu a cessão de créditos em garantia e a alienação de soma monetária em garantia.

### 3. Luxemburgo

*1. Primeiro confronto ao princípio da unidade patrimonial dos países de Civil Law.* Na matéria dos negócios fiduciários, o Regulamento Grão-Ducal do Luxemburgo de 19 de Julho de 1983 - relativo aos negócios fiduciários de instituições de crédito - vigorou sem alterações durante vinte anos<sup>837</sup>. Era um texto sucinto<sup>838</sup> e inovador, rompendo com o princípio da herança dos países de *Civil Law*.<sup>839</sup> A consagração legal do negócio fiduciário foi amplamente aproveitada na prática contratual luxemburguesa e tem

---

<sup>837</sup> Excepto o seu artigo 4.º, revogado pela Lei de 29 de Abril de 1999, que transpôs duas Directivas europeias no âmbito da supervisão prudencial, sendo essa transposição - Directiva 95/26 / CE, relativa ao reforço da supervisão prudencial e Directiva 93/6/CEE, relativa à adequação dos fundos próprios de sociedades de investimento e instituições de crédito. O artigo 4.º do *Règlement* previa uma limitação dos activos fiduciários das instituições de crédito em comparação com os seus patrimónios próprios. A nota explicativa da Lei de 1999 realça que na época em que o *Règlement* foi aprovado era útil introduzir esse limite com o objectivo de garantir que seja respeitada uma proporção razoável entre as actividades específicas financeira das instituições de crédito e o volume de transacções fiduciárias que prosseguem. Este limite foi eliminado com a Lei de 29 de Abril de 1999.

<sup>838</sup> Cf. C. Witz, *Un texte Exemplaire: le règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit*, DPCI, 1984, p. 140.

<sup>839</sup> Na altura, a França realmente não avançou com seu projecto de lei fidúcia apresentado pela primeira vez em uma conferência realizada em Paris, em 29 e 30 de Novembro de 1988.

sido expressamente referida em vários textos legislativos posteriores, enquanto a doutrina recorre a ele para fundamentar o património de afectação<sup>840</sup>. O *Règlement* foi revogado pela lei de 27 de Julho de 2003, que foi adoptada para a ratificação da Convenção de Haia sobre a lei aplicável a trust e seu reconhecimento e que passou a constituir o regime comum em matéria dos negócios fiduciários.

*II. Règlement Grand-Ducal du 19 Juillet 1983.* Em 1983, o Luxemburgo consagrou o negócio fiduciário no seu Ordenamento jurídico. Os principais traços do regime instituído eram os seguintes: quanto ao âmbito de aplicação, nos termos do seu artigo 1.º, era aplicável apenas aos negócios fiduciários expressamente sujeitos à sua aplicação pelas partes e em que o fiduciário é uma instituição de crédito, nos termos do artigo 1.º da Lei de 23 de Abril de 1981 que transpôs a primeira Directiva do Conselho das Comunidades Europeias, de 12 de Dezembro de 1977 – coordenação das disposições legislativas, regulamentares sobre acesso à actividade das instituições de crédito e o seu exercício. Nos termos do seu artigo 2.º, definia o negócio fiduciário como um negócio que uma pessoa, o fiduciante, celebra com uma instituição de crédito, o fiduciário, em que lhe transmite os direitos patrimoniais, activo fiduciário, mas o exercício deste direito patrimonial seria limitado pelas obrigações, o passivo fiduciário, determinado pelo negócio fiduciário. Quanto ao regime jurídico, o artigo 3.º dispõe que o activo fiduciário não será parte da massa no caso da liquidação do fiduciário. Apenas pode ser penhorado por credores cujos créditos derivaram da ocasião do património fiduciário, excluindo os credores pessoais do fiduciário. O fiduciário devia contabilizar os activos e passivos fiduciários separadamente do seu património próprio. Em caso de incumprimento do negócio fiduciário, o fiduciante beneficiava de um privilégio especial e direito de retenção sobre os activos fiduciários até ao cumprimento total de tudo que lhe é devido pela execução do negócio fiduciário. O negócio fiduciário não pode conferir poderes ao fiduciário para representar o fiduciante. Nem o fiduciante, nem os terceiros, mesmo que tivessem conhecimento do negócio fiduciário, não podiam usá-lo para criar um vínculo directo entre eles. As regras do mandato se aplicam na relação entre o fiduciante e o fiduciário, na medida em que não confere os poderes representativos e na parte não derogada pelas regras do *Règlement* ou pela vontade das partes.

---

<sup>840</sup> Cf. Philippe HOSS, *Le contrat fiduciaire des établissements de crédit*, in *Droit Bancaire et Financier au Grand-Duché de Luxembourg*, II, ALJB, Larcier, 1994, p. 1117.



*III. Alienação em garantia.* Em 2000, foi apresentada uma proposta de lei<sup>841</sup>, que foi aprovada em 2001. A Lei de 1 de Agosto de 2001 – *Lei sobre Alienação em Garantia* - constitui novidade, na medida em que consagra expressamente<sup>842</sup> a matéria da alienação em garantia. Embora a jurisprudência luxemburguesa nunca tenha decidido antes de uma forma geral sobre a admissibilidade da alienação em garantia, considerava-se que o negócio fiduciário em geral podia ser usado validamente no contexto de uma garantia<sup>843</sup>.

---

<sup>841</sup> Em 28 de Julho de 2000, foi apresentado no Parlamento luxemburguês um projeto-lei sobre a alienação em garantia, que visa modificar e complementar a Lei de 21 de Dezembro de 1994, relativo às operações efectuadas por instituições de crédito; modificar e complementar a Lei de 5 de Abril de 1993, relativo ao sector financeiro; e, proceder à alteração da Lei de 21 Junho de 1984, relativa à Bolsa de Luxemburgo e mercados em que intervém uma instituição de crédito. De acordo com a proposta: *Âmbito de aplicação.* De acordo com a proposta, destina-se aplicar às operações de transferência de propriedade para fins de garantia, incluindo (i) valores mobiliários dos quais os cedentes ou o cessionário ou ambos sejam constituídos ou estabelecidas no Luxemburgo ou valores mobiliários registados numa conta no Luxemburgo ou localizado no Luxemburgo, e (ii) em que o alienante ou o adquirente ou ambos são instituições de crédito ou outros profissionais do sector financeiro, organismos de investimento colectivo, sociedades de gestão de fundos comuns, fundos de pensão, companhias de seguros ou resseguros, estabelecimentos comerciais ou industriais com *acesso profissional ao mercado financeiro* ou ainda organismos públicos nacionais ou internacionais que operam no sector financeiro. *Natureza acto de transferência de propriedade.* De acordo com a proposta, a transferência de propriedade para fins de garantia constitui um acto de comércio. *Efeitos.* A alienação de propriedade em garantia de valores registados numa conta que não seja do credor, produz efeitos entre as partes e torna-se oponível a terceiros na data do seu registo em uma conta aberta em nome do adquirente ou de um terceiro designado para o efeito. A alienação em garantia de valores mobiliários não inscritos em conta ou de crédito produz efeitos entre as partes e torna-se oponível a terceiros mediante acordo das partes. Contudo, devedor do crédito cedido libera-se se cumprir perante o cedente antes de ter conhecimento da cessão. *Execução.* No caso de incumprimento total ou parcial das obrigações garantidas, na esfera jurídica do adquirente, extingue-se a obrigação de retransmissão do bem adquirido em garantia até ao limite do seu crédito ou de terceiro beneficiário da garantia, de acordo com os termos de extinção ou compensação acordados entre as partes e, salvo convenção em contrário, sem aviso prévio. *Alienação em garantia e os processos executivos.* A alienação em garantia, bem como as cláusulas referentes à sua execução que preveem obrigações garantidas, métodos de avaliação e compensação acordada entre as partes é válida e oponível a terceiros, *comissários*, liquidatários e outros órgãos similares, não obstante a falência, a liquidação ou ocorrência de qualquer outra situação de concursos nacional ou estrangeiro, de uma das partes. *Registo.* Os actos que constituam transferência de propriedade para fins de garantia não estão sujeitos a registo. Como se vê, diferentemente da lei francesa sobre negócios fiduciários, o autor (Comissão dirigida pelo Ministério da Justiça) luxemburguês não teve muita preocupação fiscal em relação aos negócios fiduciários, cf. Jean Schaffner, *La fiscalité des trusts et des fiducies au Luxembourg. Trust & Fiducie: concurrents ou compléments, Actes du colloque de Paris 13 et 14 Juin 2007*, Academy & Finance, Genebra, 2008, p.175.

<sup>842</sup> No âmbito do Projecto-lei, em relação à referência expressa contida na Lei de 1 de Agosto de 2001 - sobre alienação em garantia, questiona-se se era necessário legislar sobre alienação em garantia no âmbito da matéria dos negócios fiduciários. O Banco Central do Luxemburgo, em seu parecer sobre o projecto de lei relativo à Alienação em garantia, considera que a aplicação cumulativa do regime geral dos negócios fiduciários - na época, o *Règlement* - vai ser admitido apenas com a lei que se encontrava em discussão - *Avis du 9 octobre 2000 (CON/2000/18) relatif à une loi sur la circulation des titres et autres instruments financiers et le transfert de propriété à titre de garantie*, in <http://www.bcl.lu/fr>. Por outro lado, o Conselho de Estado e o Comité das Finanças e Orçamento, questionaram, erradamente, sobre a utilidade de manter regime geral dos negócios fiduciários como regime alternativo para a alienação em garantia prevista na lei de 1 de Agosto de 2001. De fato, existem várias diferenças entre os dois mecanismos que resultam em que eles não se sobrepõem e que, como vimos, em França, há um regime geral dos negócios fiduciários e há um regime específico da alienação fiduciária em garantia, tendo em conta as suas especificidades.

<sup>843</sup> Cf. Philippe Hoss, *Le contrat fiduciaire des établissements de crédit*, cit., p. 1112.

Esta possibilidade teve confirmação legal pela primeira vez na lei de 1 de Agosto de 2001, referente à transferência de propriedade para fins de garantia.<sup>844</sup> Quanto ao âmbito de aplicação, a Lei de 1 de Agosto de 2001 estabelece como uma das suas condições de aplicação que o alienante ou o adquirente, ou ambos, devam pertencer a uma das categorias mencionadas no seu artigo 1.º, tal como consta da proposta. Quanto ao objecto da alienação em garantia, a lei de 1º de Agosto de 2001 apenas pode ter por objecto apenas o denominado *valores*, definidos como créditos, valores mobiliários e outros instrumentos financeiros numa acepção mais ampla e, geralmente, todos os valores que podem ser inscritos ou transferidos de conta para conta. O âmbito da aplicação da Lei de 1 de Agosto 2001 é mais restrito em relação ao do regime geral dos negócios fiduciários, que não delimita o objecto. Quanto à localização dos bens objecto de alienação em garantia, existe um requisito para a aplicação da Lei de 1 de Agosto de 2001 que não existe no regime geral dos negócios fiduciários.

A Lei de 1 de Agosto de 2001 só se aplica aos valores que se encontram inscritos numa conta em Luxemburgo. Se tais valores não forem inscritos numa conta luxemburguesa, aplica-se apenas se o alienante ou o adquirente ou os dois forem constituídos ou residentes em Luxemburgo. Quanto ao crédito garantido, nos termos do artigo 2.º da Lei de 1 de Agosto de 2001, que define a alienação em garantia, determina que pode ter por finalidade a garantia das obrigações presentes ou futuras do alienante ou de terceiros. Nos termos do seu artigo 3.º, dispõe que, no caso de incumprimento total ou parcial das obrigações garantidas, em relação ao adquirente, extingue a obrigação de retransmitir o bem até ao limite do crédito garantido. Quanto ao âmbito de aplicação, a Lei de 1 de Agosto de 2001 estabelece como uma de suas condições de aplicação que o alienante ou o adquirente, ou ambos, devam pertencer a uma das categorias mencionadas no seu artigo 1.º, tal como consta da proposta. Quanto ao objecto da alienação em garantia, a lei de 1º de Agosto de 2001 apenas pode ter por objecto apenas o denominado *valores*, definidos como créditos<sup>845</sup>, valores mobiliários e outros instrumentos financeiros numa acepção mais ampla e, geralmente, todos os valores que podem ser inscritos ou transferido de conta para conta. O âmbito da aplicação da Lei de 1 de Agosto 2001 é mais restrito em relação ao do regime geral dos negócios fiduciários, que não delimita o

---

<sup>844</sup> Cf. J. Stoufflet, *L'usage de la propriété à des fins de garantie*, in *Les sûretés*, Colloque de Bruxelles, 1983, FEDUCI, p. 317 ss.

<sup>845</sup> Cf. J. Kauffman, *Le régime juridique de la cession de créance et du gage*, in *Droit Bancaire et Financier au Grand-Duché de Luxembourg*, II, ALJB, Larcier, Bruxelles, 1994, pp. 877.

objecto. Quanto à localização dos bens objecto de alienação em garantia, existe um requisito para a aplicação da Lei de 1 de Agosto de 2001 que não existe no regime geral dos negócios fiduciários.

A Lei de 1 de Agosto de 2001 só se aplica aos valores que se encontram inscritos numa conta em Luxemburgo. Se tais valores não forem inscritos numa conta luxemburguesa, aplica-se apenas se o alienante ou o adquirente ou os dois forem constituídos ou residentes em Luxemburgo. Quanto ao crédito garantido, nos termos do artigo 2.º da Lei de 1 de Agosto de 2001, que define a alienação em garantia, determina que pode ter por finalidade a garantia das obrigações presentes ou futuras do alienante ou de terceiros. Nos termos do seu artigo 3.º, dispõe que, no caso de incumprimento total ou parcial das obrigações garantidas, em relação ao adquirente, extingue a obrigação de retransmitir o bem até ao limite do crédito garantido.

Da conjugação dos parágrafos primeiro e quarto do artigo 445, parágrafo 4.º, *Code de Commerce* de Luxemburgo, resulta que são nulas e sem efeito, em relação à massa, quando forem efectuadas pelo devedor durante o período suspeito, as garantias constituídas pelo devedor sobre os seus bens por dívidas anteriormente contraídas. Considera-se geralmente que a enumeração do parágrafo 4 do artigo 445.º do *Code de Commerce* não é taxativo, pelo que não se aplica aos casos em que a *falência/garantia favorece* um credor em detrimento de outros credores, *garantias reais adicionais*. Razão pela qual, deve-se admitir que a alienação em garantia faz parte das garantias não abrangidas pelo artigo referido 445.º.<sup>846</sup> Todavia, nos termos do artigo 446.º do *Code de Commerce*, se o credor tinha conhecimento da cessação de pagamento, será lhe oponível o artigo 445.º. o mesmo sucede com todas as garantias constituídas com fins fraudulentas, artigo 448.º do *Code de Commerce*. O & 2.º do artigo 8 estabelece que qualquer estipulação que tenha por objectivo ou efeito de excluir a obrigação do fiduciário de pagamento ao fiduciante ou terceiro o saldo líquido resultante da diferença entre o valor que o bem alienado tinha na data da sua celebração da alienação em garantia e o valor da obrigação garantida. Esta solução visa proteger o devedor e evitar o enriquecimento sem causa, proibindo assim o pacto comissório, admitindo apenas o pacto marciano.

*IV. Conferência de 2003 - trust e a nova fidúcia luxemburguesa.* A conferência luxemburguesa de 11 de Dezembro de 2003 com o tema: *Trust e nova fidúcia luxemburguesa* influenciou a dinâmica dos negócios fiduciários no Luxemburgo. Nesta

---

<sup>846</sup> Cf. Philippe Hoss, *Le contrat fiduciaire des établissements de crédit*, cit., p. 1097 – 1099.

conferência houve intervenções de autores dedicados ao estudo do *trust* e da Convenção de Haia, de 1 de Julho de 1985, que lançaram luz sobre esta importante instituição dos países do *Common Law* e as soluções do Direito Internacional colocadas pela referida Convenção. A confrontação do *trust* com os países de *Civil Law* é aprofundada à luz da experiência do Grão-Ducado do Luxemburgo que ratificou a Convenção de Haia na altura em que tinha em curso uma reforma substancial da fidúcia luxemburguesa. Na mesma conferência, os autores do anteprojeto de lei apresentam detalhadamente a lei de 27 de Julho de 2003<sup>847</sup>, designada “de *trust* e negócios fiduciários”, complementando com uma análise do tratamento tributário. Esta conferência teve importância, não apenas para o Luxemburgo. Efectivamente, o relatório da conferência realça que era destinada a todos os interessados na matéria do *trust* e da fidúcia, especialmente, França, Bélgica e Suíça, onde, à época, estavam em curso movimentos para a ratificação da Convenção de Haia e para legislar sobre a fidúcia<sup>848</sup>. Nesta conferência, as intervenções concentraram-se em três pontos: características essenciais do *trust* inglês; contribuição da Convenção de Haia de 1 de Julho de 1985 sobre a lei aplicável a *trust* e seu reconhecimento; e, finalmente, a lei luxemburguesa que ratifica a Convenção sobre *trust* e renova o regime dos negócios fiduciários, que, na altura, permanecia silenciosa em relação aos aspectos fiscais e contabilísticos.<sup>849</sup>

V. *Alienação fiduciária em garantia*. Curiosamente, no Luxemburgo, há um regime da alienação em garantia e há um regime da alienação fiduciária em garantia. Todavia, o legislador explica a diferença em relação ao âmbito de aplicação e objecto<sup>850</sup>

Em 2003, foi aprovada a Lei de 27 Julho de 2003 relativo ao *trust* e negócios fiduciários. Quanto ao âmbito de aplicação, esta lei define o seu âmbito através de uma

---

<sup>847</sup> Que veio a estabelecer a ponte entre *trust* e a fidúcia luxemburguesa. Cf. André Prüm, *Trust et fiducie au Luxembourg - Le trust en Droit International privé, Perspectives Suisses et Étrangères, Actes de la 17ème journée de Droit International Privé du 18 Mars 2005 à Lausanne*, Schulthess, Zurique, 2001. Num aviso de 4 de Maio de 14 de Março de 2001, a Câmara de Comércio do Luxemburgo manifesta que observou com satisfação que a segurança jurídica da fidúcia luxemburguesa será reforçada pelo fato de a nova fidúcia luxemburguesa atender às características de *trust*, conforme definido na Convenção de Haia.

<sup>848</sup> Cf. Goré Marie/André Prüm/Claude Witz, *Trust et fiducie, La Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise, Actes du Colloque tenu au Luxembourg le 11 décembre 2003*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*. Vol. 58, n.º 3, 2006, pp. 1019-1020.

<sup>849</sup> Cf. André Prüm et Claude Witz, *Trust et fiducie, La Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise, Actes du Colloque tenu au Luxembourg le 11 décembre 2003*, colecção *Grands colloques*, Montchrestien, Paris, 2005, p. 271.

<sup>850</sup> Para um estudo aprofundado da alienação fiduciária em garantia em Luxemburgo, cf. M.-P. Guillen, *Les contrats fiduciaires des établissements de crédit. Quelques cas particuliers d'application pratique et difficultés rencontrées*, in *Droit Bancaire et Financier au Grand-Duché de Luxembourg*, II, ALJB, Larcier, Bruxelas, 1994, p. 1124 ss. e A. Lutgen, *La fiducie en droit luxembourgeois, Conferência EFE de 2 e 3 Outubro de 1996 em Bruxelas* – relatório (pol.), p. 17 e seguintes.

delimitação positiva, ou seja, aplica-se apenas aos negócios fiduciários em que o fiduciário é um estabelecimento de crédito, uma sociedade de investimento, uma sociedade de titularização, uma sociedade de gestão de fundos comuns<sup>851</sup>, seguradora ou instituição pública que opera no sector financeiro, artigo 4.º. Nos termos do artigo 5.º da lei, definiu-se o conceito do negócio fiduciário.

Ainda nos termos do artigo 6.º, o património fiduciário é autónomo do património pessoal do fiduciário. Na relação entre o fiduciante e o fiduciário, são aplicáveis as regras do mandato se aplicam na relação entre o fiduciante e o fiduciário, excluindo as baseadas em representação e na parte não derogada pelas regras da lei ou pela vontade das partes. Nos termos do artigo 7.º, as limitações contratuais dos poderes do fiduciário são oponíveis a terceiros que tenham o conhecimento delas, sem prejuízo das regras da eficácia em relação a terceiros aplicáveis em função da natureza dos bens que constituem o património fiduciário. Salvo convenção em contrário, nem o fiduciante, nem o fiduciário pode unilateralmente extinguir o negócio fiduciário celebrado por um período determinado. Todavia, o fiduciante, o fiduciário ou um terceiro beneficiário do negócio fiduciário, por motivos graves, pode requerer judicialmente a substituição temporária ou definitiva do fiduciário ou a extinção antecipada do negócio fiduciário.

O artigo 8.º determina expressamente que o negócio fiduciário pode ser celerado para garantir o cumprimento de uma obrigação presente ou futura. Neste caso, negócios fiduciários celerados para fins de garantia, as partes podem convencionar que o património fiduciário evoluirá em função da obrigação garantida ou de um outro factor escolhido por eles. Para evitar o enriquecimento sem causa do fiduciário e os efeitos do pacto comissório, determina o n.º 2 do artigo 8.º que, é nula qualquer estipulação que tenha por objectivo ou efeito de excluir a obrigação do fiduciário de pagamento ao fiduciante ou terceiro o saldo líquido resultante da diferença entre o valor que o bem alienado tinha na data da sua celebração da alienação fiduciária em garantia e o valor da obrigação garantida. Nos termos do artigo 9.º, o negócio fiduciário prova-se por documento escrito. Sem prejuízo das regras de forma e da oponibilidade aplicáveis tendo em conta a natureza dos bens alienados fiduciariamente em garantia, e sem prejuízo do n.º 3 do artigo 7.º - limitações contratuais dos poderes do fiduciário – a alienação fiduciária em garantia é oponível a terceiros na data da sua conclusão.

---

<sup>851</sup> Cf. M. Hoss/P. Reckinger, *Les organismes de placement collectif au Luxembourg*, Paris, I, 1989, publicado por Banco de Luxemburgo e Philippe Hoss/Patrick Santer, *Le Contrat Fiduciaire en Droit Luxembourgeois*, Hoss & Prussen, p. 800.

A cessão de crédito em garantia é oponível a terceiros logo após a sua conclusão. Se o devedor cedido cumprir perante o cedente, o pagamento não é oponível ao cessionário, se este provar que o devedor cedido tinha conhecimento da cessão.<sup>852</sup>

A *jurisprudência luxemburguesa*. Parece não haver muitos litígios relacionados com os negócios fiduciários sujeitos ao *Règlement*. A nossa pesquisa não nos permitiu encontrar muita jurisprudência sobre o tema. Pode-se referir a uma decisão da *Cour d'Appel*, de 28 de Janeiro de 1997<sup>853</sup>, que implicitamente admitiu a validade de um negócio fiduciário no Direito luxemburguês, sustentando que as regras do mandato, excepto as baseadas na representação, aplicam-se na relação entre fiduciante e fiduciário. Por outro lado, a jurisprudência luxemburguesa - *Cour d'Appel*, 22 de Maio de 1996 - teve de se pronunciar sobre o reconhecimento de *trusts* e de negócios fiduciários celebrados no estrangeiro – Suíça –, admitindo o direito de acção do *trustee*.<sup>854</sup> Em 1992, a Jurisprudência luxemburguesa admitiu igualmente a aplicação do Direito suíço a um *trust* celebrado na Suíça e rejeitou o direito de acção directa do fiduciante sobre os bens transmitidos para o património do fiduciário.<sup>855</sup>

#### 4. Suíça

*I. Recepção tardia da Pandectística*. Os autores suíços consideram que a consagração da fidúcia suíça não tem origem na fidúcia francesa, que surgiu na sequência da proibição de substituição fideicomissária<sup>856</sup> constante do artigo 896.º do *Code Civil*.<sup>857</sup> A consagração da fidúcia na Suíça deu-se, por meio do Tribunal<sup>858</sup> Federal, de forma implícita nos últimos quinze anos do século XIX - *fiducia cum creditore* e, em 1905 sobre

---

<sup>852</sup> Cf. P. Hoss, *L'expérience luxembourgeoise, dans La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, Colloque du 29 Novembre 1990, Bulletin Joly, 1991, p. 22.

<sup>853</sup> Cf. *Cour*, 28 de Janeiro de 1997, n.º 18412, in <https://justice.public.lu/fr/jurisprudence>.

<sup>854</sup> Cf. *Cour*, 22 de Maio de 1996, in Bull. Droit et Banque, 1997, no 26, p. 47.

<sup>855</sup> Cf. *Cour*, 2 de Maio de 1992, n.º 10595, in <https://justice.public.lu/fr/jurisprudence/jurisprudence>. Sobre evolução da jurisprudência luxemburguesa, cf. Antoine Cuny de la Verrère/Véronique de Meester, *Sûretés et Garanties au Grand-Duché du Luxembourg*, Vademecum, Windhof, 2019, n.º 170.

<sup>856</sup> M. Faribault, *Traite thorique et pratique de la fiducie*, Wilson & Lafleur, Montreal, 1936, p. 35; F. Terré/Y. Lequette, *Droit civil: les successions, les libéralités*, Paris, Dalloz, 1983, p. 531; E. Laurent, *Principes de droit civil français*, XIV, 5.ª, Bruylant, Bruxelas, 1893, p. 440; Aubry/Rau, *Droit civil français*, XI, 6.ª ed., Librairies Techniques, Paris, 1956, p. 166; Baudry-Lacantinerie, *Traité thorique et pratique de droit civil*, II, 3.ª ed., Sirey, Paris, 1905, p. 490.

<sup>857</sup> Cf. Claude Reymond *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire*, Lausanne, 1948, pp. 7 ss.

<sup>858</sup> Cf. Jean-Marc Rapp, *La fiducie dans la jurisprudence et la doctrine suisses - Etat de la question*, In *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, CEDIDAC, Lausanne, 1994, pp. 25-54, p. 41.

a *fiducia cum amico*, que constitui uma herança directa da doutrina alemã da época, *in casu* os últimos pandectistas. São eles que o Tribunal Federal<sup>859</sup> suíço invocou na designada *pia baptismal* da fidúcia suíça. Curiosamente, esta recepção romanista ocorre na época das codificações suíças - Código das Obrigações de 1881 e 1911, Código Civil de 1912 - e alemã - *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1900 -, e, de ambos os lados do Reno, deve-se em exclusivo ao lado da doutrina e da jurisprudência. Neste processo, Peter-Dutoit tinha cedido um crédito sobre um seu fornecedor – Kappeler – ao seu genro, Grüring-Dutoit. O genro aliviou a sogra do incómodo de julgamento, comprometendo-se a tomar as medidas legais necessárias para cobrar a dívida em causa em seu próprio nome e, em caso de sucesso, transmitiria o produto ao sogro. Interpelado para pagamento, o devedor cedido contestou a legitimidade activa do cessionário que intentou a acção, argumentando que a cessão não era realmente querida, pois o cedente conservava o risco económico da acção e, portanto, a cessão era nula, porquanto era simulado. O Tribunal Federal teve de efectuar a delimitação entre a simulação e o negócio fiduciário e, para efeito. Perante o total silêncio da doutrina suíça sobre a matéria, o Supremo Tribunal teve de tomar partido sobre uma controvérsia que dividia a doutrina alemã. Na concepção de DERNBURG, o negócio fiduciário resultaria de uma dissociação entre relações internas e relações externas – o fiduciário é proprietário, com efeitos *erga omnes*, do bem que lhe foi transmitido em fidúcia, dos quais o fiduciante conserva, na relação interna, a titularidade jurídica. O Tribunal Federal optou pela tese de REGELSBERGER, que distinguia o acto de disposição, o acto fiduciário, que gera a transferência integral do direito da propriedade e a convenção da fidúcia, o *pactum fiduciae*, que obriga o fiduciário, em relação ao fiduciante, a manter e administrar a propriedade no interesse deste. O Supremo Tribunal Suíço entendeu que a fragmentação de efeitos jurídicos nas relações externas e internas, na acepção da primeira teoria, era absolutamente incompatível com a própria noção de actos jurídicos realizado pelo negócio fiduciário - transferência de propriedade de uma coisa ou crédito. A tese de REGELSBERGER, por sua vez, baseou-se na distinção entre direitos reais e pessoais. Tendo em conta o princípio da unidade da propriedade, o Supremo Tribunal optou pela construção de

---

<sup>859</sup> Cf. André Cuendet, *Les rapports fiduciaires dans la jurisprudence suisse*, in *L'expert-comptable Suisse*, 1992, pp. 130-132.

REGELSBERGER. O Tribunal Federal e os outros tribunais suíços reafirmarão a *Vollrechtstheorie* inúmeras vezes.<sup>860</sup>

*II. A recondução do regime do negócio fiduciário ao regime do mandato.* Contrariamente a outros países europeus, em especial, França, na Suíça não era pacífica a recondução do regime do negócio fiduciário ao regime do mandato sem representação<sup>861</sup>. O Código das Obrigações Suíço, anuncia um princípio geral para as relações privadas - princípio da subsidiariedade do mandato – nos termos do qual, todos os contratos prestação de serviços que não estejam suficientemente tipificados na lei, deveriam ser reconduzidos ao regime do mandato<sup>862</sup>, o que gerou divergências doutrinárias acerca do âmbito da admissibilidade dos negócios fiduciários<sup>863</sup>. Na Suíça, existem dois tipos de aplicação fiduciária: investimentos fiduciários e actos fiduciários. Os investimentos fiduciários - fundos de investimento - constituem a utilização mais corrente<sup>864</sup> de operações fiduciárias e constitui um produto financeiro mais conhecido na praça bancária suíça. Em relação à convenção fiduciária, este mecanismo contratual demonstrou grande flexibilidade no domínio da fidúcia para gestão e alienação fiduciária em garantia.<sup>865</sup>

*III. Fundo de investimentos.* As sociedades de investimento imobiliário regem-se por legislação especial. Os fundos de investimento imobiliário são organismos de

---

<sup>860</sup> Cf. ATF 117 II 463 c. 3, R. JdT, 1992 I 394, SUISA; ATF 117 II 290, 295, Canes; ATF 109 II 239 c. 2b, JdT 1984 I 148, 151, Löwenbräu Zürich AG; ATF 106 III 86 c. 2, JdT 1992 II 80, 82, Nasser Afshar; ATF 96 II 79 c. 8a, JdT 1971 I 329, 342, Harrison; ATF 91 III 104, 107, Humbert; ATF 86 II 221 c. 4, JdT 1961 I 203, 206, Fritschi; ATF 78 II 445 c. 3, JdT 1953 I 523, 329, Böckli; ATF 39 II 801, 809 ss, m. f. Gewerbekasse Kloten; etc, todos in André Cuendet, *Les rapports fiduciaires dans la jurisprudence suisse*, cit.; Luc Thévenoz, *La fiducie, cendrillon du droit suisse. Propositions pour une réforme*, in *Revue de Droit Suisse* 1995, II, pp. 253-363, nota n.º 25 e in <https://www.bger.ch/fr/index/juridiction.htm>.

<sup>861</sup> Cf. François Guisan, *La fiducie en droit suisse*, In *La fiducie en droit moderne - Rapports préparatoires à la Semaine internationale de droit*, Association des juristes et langue française, Paris, 1938, pp. 93-116, p. 111.

<sup>862</sup> Dispõe o n.º 3 do artigo 394.º do Código das Obrigações Suíço o seguinte: *Les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats*. Sobre este princípio, cf. Jean-Marc Rapp, *La fiducie dans la jurisprudence et la doctrine suisse: Etat de la question, Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne, 1994, p. 27 ss.

<sup>863</sup> O n.º 3 do artigo 394.º do Código das Obrigações Suíço serviu de base de doutrina para considerar que a absorção dos contratos de prestação de serviço pelo regime do mandato se alicerçava num *numerus clausus* e, por isso, o negócio fiduciário não possui uma autonomia e podiam ser celebrados apenas para a administração. Esta tese foi contrariada por outra que defendia que o negócio fiduciário tem uma causa autónoma que assegura uma transmissão dos bens ao fiduciário de forma plena e exclusiva para a satisfação dos interesses do fiduciante através da vinculação que corresponde ao efeito jurídico passivo do fiduciário. Ainda consideram que, as partes, através dos negócios fiduciários, podem realizar vários fins, cf. Jean-Philippe Dunand, *Le transfert fiduciaire: "donner pour reprendre": mancipio dare ut remancipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducie – gestion*, Helbing & Lichtenhahn, Bale, 2000, p. 405 – 7.

<sup>864</sup> Cf. Mario Giovanoli, *Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire suisse. La Fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, Bulletin Joly, 1991, n.º 4.

<sup>865</sup> Association des Banques Suisses (ASB), *La gestion de fortune en Suisse*, Fevereiro de 2011.



investimento colectivo<sup>866</sup>, cujo fim consiste no investimento dos capitais obtidos junto dos investidores.<sup>867</sup> Embora a lei suíça sobre os fundos de investimento<sup>868</sup> não utilize expressamente o termo fidúcia ou negócio fiduciário, foi a estrutura fiduciária que o legislador elegeu para regular as relações entre o gestor do fundo e os investidores.<sup>869</sup> Na verdade, a Lei de 1966 organizou os fundos de investimento de acordo com uma estrutura fiduciária, o que a alteração de 1994 apenas confirmou. Assim, as sociedades de investimento são proprietárias dos fundos investidos, que constituem um património autónomo. Esta adquire-os por conta dos investidores - preço de emissão ou reinvestimento - e gere-os no interesse destes, de acordo com o princípio da repartição de riscos. O fundo de investimento difere dos negócios fiduciários comuns num aspecto substancial. Nos termos do artigo 6.º/1, al. a, da *Loi du Fonds de Placement*, em contrapartida dos valores patrimoniais transferidos para o fundo. Diferentemente dos negócios fiduciários comuns, em que se retransmitem *in natura* os bens os bens transferidos fiduciariamente, a protecção dos fiduciantes requer algumas medidas adicionais: além da exigência de uma autorização especial e da supervisão administrativa, o legislador alcançou esse objectivo através de três mecanismos civis – o fundo é devedor da soma em dinheiro no momento em que distribui os lucros, quando recompra a participação por proposta do titular ou quando o fundo é dissolvido.<sup>870</sup> Os regulamentos exigiam a elaboração de um documento escrito para a prática de um acto fiduciário que se decompõe em dois actos: A primeira é o acto translativo da propriedade e o segundo é a convenção da fidúcia. Os actos fiduciários são válidos, salvo se violar o Código das Obrigações Suíço. Com efeito, pacto fiduciário é nulo se tiver por objecto uma coisa impossível, ilícita ou contrária à moral. A fraude à lei constitui também um limite da validade dos actos fiduciários.<sup>871</sup> Nos termos do acto translativo da propriedade, o fiduciante transfere a propriedade dos bens para o património do fiduciário, que passa a

---

<sup>866</sup> Cf. T. Bonneau, *Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances, et le droit civil*, In *Revue trimestrielle de Droit Civil*, Paris, 1991, pp. 1- 48, p. 11.

<sup>867</sup> Cf. Louis-M Servien, *Les fonds de placement collectif en Suisse (investment trusts)*, (pol.), Lausanne, 1958, p. 27.

<sup>868</sup> Cf. Alain Hirsch, *Le champ d'application de la loi fédérale sur les fonds de placement*, In *Septième journée juridique*, Georg, Genebra, pp. 65-80, p. 77.

<sup>869</sup> Com base na distinção entre *legal e beneficial ownership* anglo-americano de *investment trusts*, consideravase que não poderia ser directamente transposta para a Ordem jurídica suíça, cf. Claude Reymond, *Le trust et le droit suisse. Rapport présenté au Congrès de la Société suisse des juristes*. In *Revue de Droit Suisse*, 1954, II, pp. 121a-214.

<sup>870</sup> Cf. Luc Thévenoz, *La fiducie, cendrillon du droit suisse*, cit, p. 23.

<sup>871</sup> Cf. Jacques Rossi, *La pratique de la fiducie et du trust en Suisse, Colloque, Pratiques bancaires du trust et de la fiducie en Europe*, 28 Março de 1991, Relatório (pol.).

ser proprietário em relação a terceiros. O fiduciante, portanto, deixa de ter um direito real oponível a terceiros sobre os bens fiduciários, ficando privado de qualquer direito directo sobre os mesmos. Ao fiduciante resta apenas uma acção pessoal para contra o fiduciário e não uma acção real, porque transferiu a propriedade que suportava esta acção. O fiduciário adquire o pleno direito de propriedade perante terceiros, o que exclui qualquer ideia de representação do fiduciante por fiduciário. A principal desvantagem dessa falta de segregação patrimonial é a de permitir que os credores do fiduciário penhorarem os bens alienados fiduciariamente. Os bens fiduciários seguem o destino dos bens do fiduciário em caso de processo executivo, não dispondo o fiduciante do direito de reivindicação dos bens fiduciários em caso de processo executivo contra o fiduciário. O fiduciante concorre com os outros credores na qualidade de credor quirografário. Todavia, em 1973, uma decisão judicial, *Arrêt* de 13 de Julho de 1973<sup>872</sup>, permitiu a adopção de um regime especial de protecção do fiduciante. De facto, esta decisão reconheceu ao fiduciante um direito sobre bens ou dinheiro recebidos de terceiros pelo fiduciário, na condição de que estas somas sejam creditadas numa conta especial em nome do fiduciante e que permaneçam separadas de outros fundos do fiduciário. Importa realçar que é incorrecto afirmar que esta jurisprudência estabeleceu o princípio geral de que os bens fiduciários constituíam um património de afectação, os bens são transferidos ao próprio fiduciante.<sup>873</sup>

*IV. Operações fiduciárias de bancos suíços.* A segunda consagração legal da fidúcia é também limitada às operações fiduciárias de estabelecimentos sujeitos a lei sobre os bancos, tendo sido introduzida durante os trabalhos parlamentares relacionados à reforma da matéria de recuperação de crédito e da falência. No seu artigo 37.º/b, introduzido na Lei Bancária suíça, é prevista a segregação automática de valores depositados, sob reserva dos direitos dos bancos em relação ao depositante. Com esta solução, o legislador procurou garantir a neutralidade das operações de depósito – *Depotgeschäft* - em relação ao balanço dos bancos e melhorar a protecção dos depositantes.<sup>874</sup> Artigo 16.º/LB estende a noção de valores depositados em bens móveis, valores mobiliários e acções que o banco detenha como fiduciário em nome de clientes

---

<sup>872</sup> Cf. *Arrêt* du 13 juillet 1973, *Feras Anstalt c. Banque Vallugano* ATF 99 II 393, JT 1974, 1 588.

<sup>873</sup> Cf. Aude Peyrot, *La fiducie en Droit Suisse*, Revue Lamy droit des affaires, 2010 n. 47.

<sup>874</sup> Cf. Pierre-Yves Despland, *Aspects prudentiels des opérations fiduciaires, surveillance des banques et des marchés financiers, diligence et vigilance*, In *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, CEDIDAC, Lausanne, 1994, pp. 109-130 e Gérald Ferrero, *Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire*, In *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, CEDIDAC, Lausanne, 1994, pp. 89-106.

depositantes. Esta lei é importante na matéria dos negócios fiduciários, pois, por um lado, sem instituir propriamente um regime jurídico completo dos negócios fiduciários, apresenta progressos decisivos num ponto particularmente sensível: a segregação dos bens fiduciários no âmbito do processo executivo. Estas novas disposições dissipam dúvidas relacionadas à aplicação do artigo 410.º do Código das Obrigações Suíço - *Le mandant cesse d'être responsable de la dette, lorsque le créancier a accordé de son chef des délais au crédit ou négligé de procéder contre lui aux termes de ses instructions*.<sup>875</sup> Por outro lado, estas novas disposições conferem vantagem competitiva aos estabelecimentos bancários.

V. *Garantias fiduciárias*. Na Suíça, a fidúcia é usada principalmente para fins de garantia. A garantia fiduciária incide, em regra, sobre o crédito<sup>876</sup> e sobre títulos negociáveis, *maxime* participações em sociedades anónimas. A garantia fiduciária raramente incide sobre os bens imóveis devido à quantidade de direitos que prevalecem sobre a transmissão de imóveis e o facto dos créditos imobiliários serem garantidos principalmente por hipotecas. Para coisas móveis corpóreas, as alienações em garantia são privadas de efeito pelas disposições do artigo 717.º do Código Civil Suíço que proíbem o penhor sem desapossamento e que consequentemente impedem o credor de transmitir os bens ao credor<sup>877</sup>. Na Suíça, recorre-se ao uso do direito de propriedade para fins de garantia. Uma delas é a reserva de propriedade – *Eigentumsvorbehalt* – nos termos dos artigos 715.º e 716.º do Código Civil Suíço, muitas vezes registadas, o que a torna eficaz em relação a terceiros. Criado pela prática, o *leasing*, que ainda não tem consagração legislativa, constitui mais uma situação em que se recorre ao direito de propriedade para fins de garantia, que atesta a vitalidade da própria ideia sobre a qual repousa a *fiducia cum creditore*. Outro recurso à titularidade-garantia é o *sale and lease-back* que é uma modalidade de locação financeira sem consagração normativa no Direito Suíço. Nos termos deste contrato, o proprietário de um bem vende-o a outrem que lho cede, de imediato, em locação, conferindo ao agora locatário a possibilidade de o readquirir, no termo da locação<sup>878</sup>. É, no fundo, uma operação que consiste na venda de

---

<sup>875</sup> Sobre a referida discussão doutrinária, cf. Claude Reymond, *Droit et pratiques des opérations fiduciaires en Suisse*, CEDIDAC, n.º 29, Lausanne, p. 245-247.

<sup>876</sup> Cf. Frédéric-Edouard Klein, *De la cession globale de créances à titre de garantie*, In Mélanges Pierre Engel, Lausanne, 1989, pp. 207-219, p. 18.

<sup>877</sup> Nos termos do artigo 717.º do Código Civil Suíço: *Lorsque celui qui aliène une chose la retient à un titre spécial, le transfert de la propriété n'est pas opposable aux tiers, s'il a eu pour but de les léser ou d'éluder les règles concernant le gage mobilier*.

<sup>878</sup> Cf. Ana Filipa Morais Antunes, *O Contrato de Locação Financeira Restitutiva*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, p. 11 ss.

um imóvel a um investidor e tomá-lo de arrendamento de volta, com o objectivo de capitalização/liquidez /investimento que pode possibilitar a promoção de reestruturação, melhoria da tesouraria ou expansão dos negócios.

O negócio fiduciário é também utilizado para a gestão. No âmbito desta utilização, a fidúcia serve frequentemente para organizar a gestão colectiva de direitos de autor pelas sociedades de gestão.<sup>879</sup>

Existe um terceiro uso da confiança no Direito Suíço, a liberalidade que permite a transmissão e a devolução de um património ao longo do tempo.<sup>880</sup> Em 2 de Dezembro de 2005, o Conselho Federal Suíço ratificou a Convenção de Haia com efeito a partir de 1 de Julho de 2007. Importa realçar que a ratificação da Convenção de Haia não tem por efeito introduzir *trust* no Direito interno suíço. Reconhece qualquer *trust* constituído de acordo com a lei estrangeira, desde que não viole nenhuma disposição imperativa do Direito suíço. Enfim, ao ratificar esta convenção, a Suíça adoptou o princípio de *ring fencing*. De acordo com este princípio, os bens objecto do *trust* são separados do património pessoal do *trustee* e, portanto, não são sujeitos a penhora dos seus credores.<sup>881</sup> Na verdade, o artigo 2.º da Convenção de Haia dispõe que os bens objecto do *trust* constituem uma massa distinta e não fazem parte do património do *trustee*.

*VI. Opinião pública hostil.* Na Suíça, a fidúcia é frequentemente encarada pela opinião pública com três aspectos que a desacreditam: Ocultar a identidade do *propriétaire económico* de uma propriedade; Contornar disposições legais imperativas; Prejudicar os interesses dos credores. Na Suíça, a preocupação com a discrição é uma motivação frequente, mas considera-se que não há nada ilegítimo uma vez que a Ordem Jurídica garante que o fiduciante possa ser identificado sempre que um interesse superior o exige. Todavia, as operações fiduciárias têm muitos outros objectivos.<sup>882</sup> Eles permitem formas de investimento que de outra forma não seriam possíveis para o fiduciante que não tem acesso directo ou económico a determinados mercados, nomeadamente depósitos fiduciários em *Euromarket*. Os negócios fiduciários facilitam a estruturação de certas operações multilaterais. A maioria das transacções fiduciárias além disso, combinam várias destas funções. Alguma doutrina<sup>883</sup> considera que, sem negar a realidade, fraude à

---

<sup>879</sup> Cf. Aude Peyrot, *La fiducie en droit suisse*, cit., n.º 47.

<sup>880</sup> Cf. Aude Peyrot, *La fiducie en droit suisse*, cit., n.º 47.

<sup>881</sup> Cf. Emmanuel Gaillard, *Les enseignements de la convention de La Haye du 1.7.85 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance*, In *Revue juridique et politique*, Paris, 1990 pp. 304-320, p. 317.

<sup>882</sup> Cf. Luc Thévenoz, *La fiducie, cendrillon du droit suisse*, cit, p. 25.

<sup>883</sup> Luc Thévenoz, *La fiducie, cendrillon du droit suisse*, cit, p. 25.

lei através dos negócios fiduciários provavelmente não tem a frequência que a opinião pública lhe atribui.<sup>884</sup>

## 5. Itália

*Mandato senza rappresentanza*. Nas palavras de ALDO BERLINGUER<sup>885</sup>, a Itália conhecia<sup>886</sup> a fidúcia de uma forma indirecta, a partir de alguns institutos baseados nela.<sup>887</sup> É o caso do *pactum fiduciae*, que é um acordo sob o qual as partes preveem a transferência da propriedade dos bens ao fiduciário para que este possa retransmiti-lo ao fiduciante ou a terceiro. Embora constituíssem um elemento fiduciário, estes acordos eram inoponíveis a terceiros, faltando-lhe, como observa ALDO BERLINGUER<sup>888</sup>, o efeito típico do *trust*, ou seja, a afectação do bem. A Lei de 23 de Novembro de 1939 não definia o conceito de fidúcia, mas regulava a actividade das sociedades fiduciárias<sup>889</sup>,

---

<sup>884</sup> Cf. Luc Thévenoz, *La fiducie, cendrillon du droit suisse*, cit, p. 25.

<sup>885</sup> Cf. Aldo Berlinguer, *Trust et fiducie en Italie*, Recueil Dalloz, 2008, p. 600.

<sup>886</sup> A discussão em relação à admissibilidade ou não do negócio fiduciário no ordenamento jurídico italiano foi no sentido inicial da sua não admissibilidade, cf. Cariota-Ferrara, *I negozi fiduciari – trasferimento, cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia. Processo fiduciario*, CEDAM, Milão, 1933, pág. 131, que considerava que a propriedade adquirida pelo fiduciário é plena e irrevogável do fiduciário sem limitação interna com a obrigação de cumprir escrupulosamente de acordo com o uso do direito estabelecido no *pactum fiduciae*. Este autor afasta a ideia de admissibilidade dos negócios fiduciários no Direito interno. Outros autos dão qualificações diversas sobre o negócio fiduciário, cf., nomeadamente M. Graziadei, *Società fiduciaria in diritto comparato*, in Digesto sez. comm., 4a ed., VI, Torino, 1991, p. 112 ss.; P.G. Jaeger, *La separazione del patrimonio fiduciario del fallimento*, Milano, 1968 e A. Gentili, *La fiducia, tipi e problemi (e una proposta di soluzione)*, in E. GINEVRA, *La fiducia e i rapporti fiduciari tra diritto privato regole del mercato finanziario*, Milão, 2012, p. 31 ss.

<sup>887</sup> Cf. C. Grassetti, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, in RDComm., 1936, I, p. 551.

<sup>888</sup> Cf. Aldo Berlinguer, *Trust et fiducie en Italie*, Recueil Dalloz, 2008, p. 601.

<sup>889</sup> O legislador italiano prevê expressamente a existência de sociedades fiduciárias – artigos 2357.º, 2358.º, 2359.º, 2360.º, 2427.º, 2428.º e 2504.º do Código Civil italiano. Estes artigos contêm normas sobre, a aquisição por sociedades fiduciárias ou por interposta pessoa de acções próprias da sociedade; proíbe às sociedades de celebrarem acordos sobre empréstimos, fornecer garantias com fim de aquisição ou subscrição das acções próprias ou por intermédio de sociedade fiduciária; proíbe as sociedades controladas a aquisição de acções ou de quotas da sociedade controlada, se não nos limites estabelecidos na lei, ou de aquisições feitas por intermédio de sociedades fiduciárias; proíbe as sociedades de aumentar ou constituir capital através de subscrições recíprocas, de acções bem como por intermédio de sociedade fiduciária; estabelece as regras sobre o conteúdo da responsabilidade dos administradores na gestão da sociedade. Fora do Código Civil, o legislador criou outras normas que em especial tratavam da questão, nomeadamente em 16 Dezembro 1926, que disciplinava a actividade das sociedades fiduciárias, mas que foi revogada com a entrada em vigor da lei 23 de Novembro 1939. Com a entrada em vigor do decreto-lei de 23 de Julho de 1996, n. 415, foi criada a chamadas sociedades de investimento mobiliário (SIM). Através dela o fiduciante transfere capital a um fiduciário para que, na base da sua experiência específica no sector financeiro, faça a gestão do mesmo, investindo ou desinvestido, segundo critério de oportunidade de negócio. Outra forma de actividade fiduciária é aquela em que a sociedade fiduciária, assume a tarefa de *amministrazione di partecipazioni in società*, nos termos exactos das instruções recebidas do fiduciante. Nos dois casos o fiduciário assuma a titularidade dos bens (capital social e bens financeiros), de forma instrumental e limitada por meio das obrigações assumidas no *pactum fiduciae*, *di fare del bene l'uso convenuto*.

caracterizando-as apenas como *gestoras de activos por conta de terceiros*. Qualquer sociedade que exercesse esta actividade devia solicitar uma autorização prévia ao Ministério do Desenvolvimento Económico. Note-se que a sociedade fiduciária do Direito italiano se aproximava da fidúcia germânica. A sociedade fiduciária não adquiria um direito real sobre os bens cuja gestão lhes foi confiada.<sup>890</sup> De fato, os direitos reais permaneciam na esfera jurídica do fiduciante, mas tinha legitimidade para exercer os direitos inerentes aos bens que lhes eram confiados.<sup>891</sup> Esta situação era lógica, na medida em que, de acordo com grande parte da doutrina italiana, o negócio fiduciário consiste no mandato sem representação<sup>892</sup> e que neste não há transferência de propriedade<sup>893</sup>. Ademais, observa-se também que existiam institutos legais no Direito italiano que podiam ser comparados com a fidúcia anglo-saxónica, nomeadamente o *mandato sem representação*, previsto no artigo 1707.º do Código Civil Italiano, o *fondo patrimoniale*<sup>894</sup>, constante do artigo 168.º do Código Civil italiano, e a substituição fideicomissária, plasmada no artigo 168.º do Código Civil. Em relação a esta última, estamos diante de um tipo de propriedade transitória que opera automaticamente sem deveres fiduciários atribuídos a terceiros. Por fim, o *executor testamentário*, constante do artigo 700.º do CCit., designado pelo *de cuius*, adquire a posse dos bens e administra-os<sup>895</sup>. Ele pode praticar todos os actos de disposição, inclusive venda. Existe, nesta figura,

---

<sup>890</sup> Cf. U. MORELLO, *Fiducia e negozio fiduciario: dalla «riservatezza» alla «trasparenza»*, in I BENEVENTI, *I trusts in Italia oggi*, Giuffrè, Milão, 1996, VIII, p. 81 ss,

<sup>891</sup> Cf. Paolo Panico, *Le régime fiscal des trusts et des fiducies en Italie*, in Actes du colloque tenu à Paris le 13 et 14 Juin 2007 - *Trust & fiducie: concurrents ou compléments?*, p. 195.

<sup>892</sup> Cf. S. Pugliatti, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in Rivista italiana per le scienze giuridiche, 1948, p. 182 ss. Hoje é ponto assente que o negócio fiduciário se aproxima à construção romana sobre a figura, havendo uma atribuição de um direito de forma plena e efectiva ao fiduciário cuja titularidade é exercida de forma limitada à protecção contratualizada do interesse do fiduciante, cf. António Gambaro, *Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui*, cit., p. 170.

<sup>893</sup> Cf. Aldo Berlinguer, *Trust et fiducie en Italie*, Recueil Dalloz, 2008, p. 600.

<sup>894</sup> Com o objectivo de mater um determinado padrão de vida de determinadas famílias, o legislador italiano insitiu a figura do *fondo patrimoniale* para fazer atribuições patrimoniais sem seguir as regras sucessórias. Nos termos do artigo 167.º do *Codice*, através de um acto público, cada um dos cônjuges, ou ambos, por um terceiro, ou por testamento, pode constituir um fundo patrimonial destinando determinados bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, ou títulos de crédito para suprir necessidades da família.

<sup>895</sup> Actualmente, o Código Civil italiano contém uma norma cuja epígrafe é *disposizione fiduciaria* – artigo 672º –, que consiste na chamada, a título de herdeiro ou de legatário, por parte do testador, de um sujeito com acordo de que os bens, objecto da atribuição, estejam em benefício de um sujeito terceiro. A grande parte da doutrina considera que esta disposição constitui uma hipótese de fidúcia *cum amico* com eficácia *mortis causa*. A interpretação desta disposição foi fonte de muita discussão doutrinária. Primeiro, pelo facto de não resultar da letra da lei o reconhecimento de eficácia obrigatória a declaração de execução da disposição fiduciária, mas apenas um efeito da *soluti retentio*, leva alguns autores a concluir que a disposição fiduciária representa uma hipótese de obrigação natural. Outros defendem que a disposição fiduciária constitui uma hipótese de interposição fictícia de pessoa, ou seja, é uma simulação relativa subjectiva, na medida em que quando a norma determina a possibilidade da chamada a título de herdeiro ou legatário por intermédio de um fiduciário, constitui uma atribuição aparente àquela querida na realidade pelo autor da declaração, cf. Laura Santoro, *Il Trust in Italia*, Giuffrè Milão, 2009, p. 165. Uma das grandes

um tipo de dever fiduciário e também uma forma particular de afectação de bens. Todavia, o executor nunca se torna proprietário de bens e mantém-se apenas como um mero administrador *pro tempore*.<sup>896</sup>

*Atti di destinazione*. Em 2006, a Lei n.º 51 de 23 Fevereiro de 2006 introduziu um *esboço* da fidúcia no Ordenamento jurídico italiano, em especial, no Código Civil Italiano, com o objectivo de promover<sup>897</sup> as instituições, permitindo certos efeitos do *trust*<sup>898</sup> (“*vínculo de destinação*”<sup>899</sup>), nos termos do artigo 2645.º CCit. e do património atribuído a um objectivo particular (artigo 2447.º CCit). O artigo 2645.º do Código Civil Italiano<sup>900</sup> dispõe que os actos autênticos celebrados com uma finalidade específica relativa a bens móveis ou imóveis por um período máximo de noventa anos ou durante a vida da pessoa singular beneficiária, na protecção de interesses legítimos, nomeadamente a protecção de pessoas com deficiência, administração públicas ou outras pessoas singulares ou colectivas, podem ser transcritas no sentido de torná-los oponíveis a terceiros, o próprio constituinte pode actuar para atingir esses objectivos determinados, mas ele também pode confiar a gestão desses bens a um *trustee*. Esta disposição prevê, portanto, a possibilidade de o constituinte criar uma massa patrimonial separada dentro

---

discussões em relação à validade dos negócios fiduciários em Itália relaciona-se com a simulação, mas, de uma forma geral, esta questão ficou superada porque se considerou que o fim que as partes se propõem atingir é o fim querido pelas mesmas e não visam enganar terceiros, ou seja, elas querem na verdade os efeitos jurídicos produzidos pelo negócio fiduciário, cf. F. Ferrara, *La simulacion de los negocios jurídicos - actos e contratos*, (trad. Rafael Atard e Juan A. de la Ponte, Libreria General de Victoriano Suarez, Madrid, 1926, p. 27.

<sup>896</sup> Cf. Aldo Berlinguer, *Trust et fiducie en Italie*, Recueil Dalloz, 2008, p. 601.

<sup>897</sup> Cf. M. Bianca, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Cedam, Pádua, 1996, p. 18.

<sup>898</sup> Cf. N. Lipari, *Fiducia statica e trust*, in I. BENEVENTI, *I trust in Italia oggi*, Milão, 1996, p. 67 ss.

<sup>899</sup> Cf. G. Baralis, *Prime riflessioni in tema di art. 2645-ter CC*, in AA.VV., *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata* - Quaderni della Fondazione italiana per il notariato, II, 24, 2007, Milão, p. 131 ss.

<sup>900</sup> Artigo 2645.º CCit: *Trascrizione di atti di destinazione per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche* “dispone che “*gli atti in forma pubblica con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo. Sobre esta disposição, cf. G. Vettori, *Atto di destinazione e trascrizione. L'art. 2645-ter*, in M. Bianca, *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Giuffrè, Milão, 2007, p. 171 ss; S. Tondo, *Appunti sul vincolo di destinazione. L'art. 2645-ter CC*, in AA.VV., *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione sicura dell'autonomia privata* - I Quaderni della Fondazione italiana per il notariato, II, 24, Milão, 2007, p. 168 ss. e A. Zoppini, *Prime (e provvisorie) considerazioni sulla nuova fattispecie*, in M. Bianca, *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Giuffrè, Milão, 2007, p. 99 ss.*

do seu próprio património<sup>901</sup>, em benefício de terceiros e destinada à realização de um objectivo específico e por um período determinado – *patrimoni dedicati ad uno specifico affare*. Contudo, os bens objecto do contrato não são objecto de transferência de propriedade e fazem sempre parte do património do constituinte.<sup>902</sup> No entanto, esta afectação é oponível a terceiros<sup>903</sup> e, em particular, aos credores do constituinte cujos créditos não resultam da actividade relacionada com o referido contrato de afectação de bens, excepto se houver fraude.<sup>904</sup>

Cabe realçar que o constituinte não assume qualquer dever fiduciário. Nesta figura, diferentemente do *trust*, não existe a criação de um direito real em benefício de um terceiro. O artigo 2447.º/2 do Código Civil Italiano estabelece que uma sociedade pode afectar 10%, no máximo, do seu património líquido para uma operação específica. Esse património não pode ser penhorado pelos credores da sociedade/constituinte, excepto em circunstâncias excepcionais, nos casos de falência. Essas duas instituições constituem apenas intervenções legislativas pontuais no sentido de dar respostas a problemas específicos e constituem uma versão reduzida do *trust* previsto no Direito italiano, que permite alcançar os mesmos efeitos do *trust*<sup>905</sup> propriamente dito em casos relativamente simples, sem recorrer ao *trust Law* estrangeiro.<sup>906</sup> Por isso, curiosamente, em Itália, com fortes tradições romanísticas, diferentemente da França, não contém um regime dos negócios fiduciários, ou pelo menos, de uma forma clara e geral.

*Trust estrangeiro.* A Itália assinou a Convenção de Haia de 1 de Julho de 1985 sobre a lei aplicável ao *trust* e o seu reconhecimento, tendo sido um dos primeiros países a ratificá-lo, através da Lei de 16 Outubro de 1989. Posteriormente, os tribunais<sup>907</sup>

---

<sup>901</sup> Cf. F. Benatti, *Vincoli di destinazione*, in A. Gambaro/U. Morello, *Trattato dei Diritti Reali*, II, Giuffrè, Milão, 2011, p. 351.

<sup>902</sup> Cf. M. D'Errico, *La trascrizione del vincolo di destinazione nell'art. 2645ter CC: prime riflessioni*, in M. BIANCA, *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Giuffrè, Milão, 2007, p. 121 ss., p. 127.

<sup>903</sup> Cf. G. Palermo, *Configurazione dello scopo, opponibilità del vincolo, realizzazione dell'assetto di interessi*, in M. BIANCA, *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Giuffrè, Milão, 2007, p. 74.

<sup>904</sup> Cf. F. Gazzoni, *Osservazioni*, in M. Bianca, *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Giuffrè, Milão, 2007, p. 209 ss. e Morace Pinelli A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Giuffrè, Milano 2007, p. 19.

<sup>905</sup> Cf. A. Reali, *Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano: il trust senza l'equity*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 2/2011, p. 161.

<sup>906</sup> Cf. A. Reali, *Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano: il trust senza l'equity*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 2/2011, p. 161 ss., p. 167.

<sup>907</sup> Cf. *Cassazione* de 18 Março de 2010, n. 6538, in *I Contratti*, 2010, p. 1000 ss.; *Cassazione* de 7 de Janeiro de 1984, n. 134, in *Il Foro Italiano*, 1985, I, c. 558 ss.; *Cassazione* de 21 de Janeiro de 1985 n. 198, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1986, p. 353 ss.; *Cassazione* de 16 Novembro de 2000 n. 14870, in *Giurisprudenza Italiana*, 2001, c. 306 ss.; *Cassazione* de 19 de Fevereiro de 2000, n. 1898, in *Giustizia Civile*, 2001, I, p. 2481 ss.; *Cassazione* de 8 de Maio de 2006, n. 10490, in *Giustizia Civile*, 2007, I, p. 1985 ss. e *Cassazione* de 15 Fevereiro de 1993 n. 1853, in *Giurisprudenza Italiana*, 1993, I, 1, c. 1661 ss.



italianos reconheceram a validade de certos *trusts*, admitindo a possibilidade de *trusts* estrangeiros produzirem efeitos jurídicos em Itália.<sup>908</sup> A jurisprudência<sup>909</sup> tem admitido a transcrição do *trust* estrangeiro. Embora nenhuma disposição do Direito interno italiano tenha instituído de uma forma integral o *trust* no sistema nacional, há uma interpretação doutrinária<sup>910</sup>, quase unânime, nos termos da qual, a ratificação da Convenção de Haia confere a possibilidade de qualquer cidadão italiano constituir em *trust* os bens sitos em Itália, se necessário, confiando-os a um *trustee* italiano. Neste caso, o único elemento estrangeiro da operação é necessariamente a lei aplicável -, que é objecto da livre escolha do constituinte - *settlor* -, de acordo com os critérios da Convenção de Haia. Uma operação que respeite os critérios acima referidos é reconhecida como *trust* interno.<sup>911</sup>

*Garantias fiduciárias.* A doutrina<sup>912</sup> e jurisprudência<sup>913</sup> italiana, com o fundamento, essencialmente no princípio da proibição do pacto comissório<sup>914</sup> constante do artigo 2744.º do *Codice Civile*, têm resistido em relação à admissão da figura da alienação em garantia. Nos termos do artigo 1963.º do CCit, referente à consignação de rendimentos, é nulo qualquer pacto, ainda que posterior à conclusão do negócio, mediante o qual se convencie que a propriedade do imóvel se transfere para o credor em caso de incumprimento pelo devedor. Similarmente, de acordo com o artigo 2744.º do mesmo

---

<sup>908</sup> Cf. André Prüm, *Trust et fiducie au Luxembourg*, in *Le trust en droit international privé*, Perspectives Suisses et Étrangères, actes de la 17ème journée de droit international privé du 18 Mars 2005 à Lausanne, Schulthess, 2005, p. 61 ss.

<sup>909</sup> Cf. Tribunale di Milano, 29 de Outubro de 2010, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2011, p. 146 ss; Tribunale di Milano, 7 de Junho de 2006, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2006, p. 575 ss; Tribunale di Mondovì, 16 de Setembro de 2005, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2009, p. 182 ss; Tribunale di Napoli, 19 Novembro de 2008, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2009, p. 636 ss.

<sup>910</sup> Alguns autores consideram que a constituição do *trust* na base da autonomia da vontade seria contrária ao princípio de *numerus clausus* dos direitos reais e da responsabilidade patrimonial universal, bem como da segregação patrimonial, cf. Alexandra Braun, *El trust en Itália: aplicaciones en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia*, St. John's College, Oxford, en Ester Arroyo I Amayuelas (Coord.), in *El trust en el Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 2007, p.137 ss., mas rapidamente essa dúvida foi dissipada. A lei italiana exige que os bens objecto do *trust* sejam aqueles que estão localizados no seu território. No âmbito do Direito internacional, através dos *Principles of European Law*, o tribunal pode reconhecer a aplicação do direito estrangeiro, utilizando formas de *trust* diferente da que exige a legislação interna, cf. A. Gambaro, *I trust e l'evoluzione del diritto di proprietà*, cit., p. 57 ss.

<sup>911</sup> Cf. Paolo Panico, *Le régime fiscal des trusts et des fiducies en Italie*, cit., p. 197 e R. Luzzatto, *Legge applicabile e riconoscimento di trusts secondo la Convenzione dell'Aja*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2000, p. 7.

<sup>912</sup> Cf. Damiano Marinelli/Saverio Sabatini, *Le Alienazioni in Garanzia*, *Giurisprudenza, Dottrina e Casistica*, Maggioli, 2018, p. 13 ss.

<sup>913</sup> Cf. Cass. 3 de Junho de 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, p. 212; Cass. 3 Abril de 1989, n. 1611, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1428, com anotação de V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Giust. Civ.*, 1989, I, p. 1821; Cass. 4 de Março de 1996, n. 1657, in *Notariato*, 1996, p. 409; e Trib. Roma, 16 de Setembro de 2008, in *Giust. Civ.*, 2009, p. 1424.

<sup>914</sup> Cf. Cass. Civ. II, de 27 de Fevereiro de 1991, n.º 2126, in *Giur. It.*, 1992, I, p. 136.; Cass. Civ., II, de 19 de Setembro de 1992, n.º 10749, in *Giust. Civ.*, 1993, I, p. 3055; Cass. Civ., II, de 4 de Novembro de 1996, n.º 9540, in *Notariato*, 1998, pp. 1013 ss.; Cass. Civ., II, de 11 de Fevereiro 1998, n.º 1396, in *Notariato*, 1998, pp. 745 ss. e Cass. de 4 de Agosto de 1950, n.º 2373, in *Giur. It.*, 1951, I, pp. 114 ss.

CCit., não é permitida a convenção segundo a qual, em caso de incumprimento pelo devedor na data acordada, a propriedade da coisa hipotecada ou empenhada se transfere para o credor. De acordo com a última parte do artigo 2740.º CCit., só a lei pode estabelecer a limitação da responsabilidade patrimonial. Mas, na verdade, esta excepção está a transformar-se em regra, tendo em conta as limitações que o legislador italiano tem introduzido, por exemplo, nos termos do artigo 76.º do Decreto-Lei 69/2013 que instituiu a impenhorabilidade da residência principal por parte de agências de recuperação de crédito; impenhorabilidade dos bens públicos, nos termos do artigo 823.º CCit; impenhorabilidade dos bens nos termos do artigo 514.º CPCit; impenhorabilidade nos termos do artigo 2447.º CCit. e do património atribuído a um objectivo particular etc. A doutrina italiana considera que a alienação em garantia pode constituir uma simulação no sentido de contornar a regra do artigo 2740.º CCit.<sup>915</sup> Diversamente do legislador francês – reforma de 2006, o legislador italiano não eliminou o princípio da proibição do pacto comissório, mas nos últimos anos introduziu nele diversas *factispecie*, no sentido de facilitar o acesso a crédito, admitindo a execução da garantia no amito do CPCit – Lei n.º 44, de 2 de Abril de 2015 – empréstimo vitalício hipotecário a favor de pessoa singular com a idade superior a sessenta anos. De acordo com artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 203, de 30 de Setembro de 2005, o financiador pode, vender o bem imóvel dado em garantia, por preço do mercado, determinado por um perito independente, restituindo, se houver, excedente ao devedor. O Decreto-Lei n.º 59/2016, introduziu uma novidade no Ordenamento Jurídico Italiano, instituindo autotutela executiva ao credor garantido, moldada por regras que evitam o enriquecimento sem causa por parte do credor. Outro exemplo que se pode dar são as Directivas n.º 2002/47/CE, transposta pelo Decreto-Lei (legislativo) n.º 170, de 21 de Maio e n.º 2014/17/CE. Este no seu artigo 28.º/4, não impede que no âmbito da autonomia privada se convencie a transmissão da garantia real ou a sua venda, desde que se garanta que o devedor receba o cedente, se houver. Em relação à primeira Directiva, o Decreto-Lei (legislativo) n.º 170, de 21 de Maio determina que os contratos de garantia financeira que prevejam a transmissão de propriedade com função de garantia, produzem efeitos nos termos neles estabelecidos, independentemente da respectiva qualificação – artigo 6.º. Esta disposição tem gerado o entendimento de que

---

<sup>915</sup> Cf. Damiano Marinelli/Saverio Sabatini, *Le Alienazioni in Garanzia*, cit., p. 79.

o legislador criou uma categoria aberta de transmissão da propriedade em garantia, que inclui negócios típicos e atípicos.<sup>916</sup>

O segundo aspecto importante é que nos termos do artigo 6.º do referido decreto esclarece que a proibição do pacto comissório<sup>917</sup> não se aplica aos negócios de alienação em garantia. Por fim, foram, através da transposição da referida directiva, introduzidas regras falimentares especiais, nos termos do qual, em caso de falência do devedor cedido, os cumprimentos por este efectuados ao cessionário não podem ser objecto da acção revogatória falimentar, prevista no artigo 67.º da *Legge Fallimentare*<sup>918</sup>. Todavia, esta acção pode ser proposta em relação ao cedente se o administrador demonstre que ele conhecia o estado da insolvência do devedor na data do cumprimento feito ao cessionário. Em caso de falência do cedente, o cessionário pode opor a cessão à massa da insolvência e seus credores, se já cumpriu a contraprestação da cessão. Um aspecto muito debatido na doutrina italiana sobre a alienação em garantia relaciona-se com a fraude à lei no sentido de contornar a proibição do pacto comissório, prevista nos artigos 2744.º e 1963.º do Código Civil italiano.<sup>919</sup> Na matéria da alienação em garantia, é intensa a discussão doutrinária e jurisprudencial<sup>920</sup> da razão da proibição do pacto comissório e constitui uma questão que não é meramente teórica, cuja solução contém importantes implicações na prática; por um lado, a possibilidade ou não de aplicar a norma de forma analógica<sup>921</sup> às situações não previstas directamente no âmbito da proibição ou a admissibilidade da sua interpretação extensiva<sup>922</sup>. Um dos principais fundamentos da proibição do pacto

---

<sup>916</sup> Cf. Dario Loiacono /Andrea Calvi/Alessandro Bertani, *Il Trasferimento in Funzione di Garanzia tra Pegno Irregolare*, BBTC, n.º 6/95, 2005, pp. 3 s., p. 31.

<sup>917</sup> Cf. Giuseppe F. Minniti, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in RDComm., 1997, I, p. 29 ss. e Nicola Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2000, p. 17 ss.

<sup>918</sup> Em 10 de Janeiro de 2019, foi definitivamente aprovado o novo *Codice della Crisi e dell'insolvenza*, que redesenhou substancialmente o instituto. A maioria das suas disposições só entrará em vigor 18 meses após a publicação no Jornal Oficial.

<sup>919</sup> Cf. I. Radoccia, *La ratio del divieto del patto commissorio*, in Giur. Mer., IV, 1997, p.220, A. Luminoso, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in RDCiv., I, 1990, p. 219 e G. Cricenti, *I contratti in frode alla legge*, in CENDON, *Il diritto privato oggi*, Milão, 2008, p. 67. Recentemente, F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, p. 54, centrando-se nas consequências, na sanção de nulidade.

<sup>920</sup> Cf. Na Jurisprudência, cf. Cass., 11 de Janeiro de 1988, n. 46, in Giust. Civ., 1988, I, p. 1766, Cass., 3 Abril de 1989, n. 1611, 1989, I, c. 1428, in Nuova Giur. Civ. Comm., 1989, I, p. 348 e Cass., 2 de Fevereiro de 2006, n. 2285, in Giust. Civ., 2007, p. 700.

<sup>921</sup> Cf. C. Varrone, *Il trasferimento della proprietà a scopo di garanzia*, Jovene, Nápoles, 1968, p. 51 e R.de Nictolis, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e sale and lease back*, in RDCiv., II, 1991, p. 538.

<sup>922</sup> Cf. P. de Marinis, *Estensione del divieto del patto commissorio e fattispecie procedurali*, in Riv. Not., 1998, p. 1022. Considerando que se admite a interpretação extensiva, cf. C. Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, cit., p. 204

comissório é a tutela do devedor, considerando que o credor pode adquirir o bem objecto de garantia do valor superior ao crédito garantido.<sup>923</sup>

Todavia, em Itália, a alienação em garantia não contem um regime geral e a doutrina italiana, em relação à alienação em garantia, mencionam os seguintes institutos: penhor sem entrega; *pactum de retrovendendo*; mandato para venda com função de garantia; venda com reserva de propriedade; *opzione a scopo di garanzia*; cessão de crédito em garantia; propriedade fiduciária e a propriedade temporária; pacto comissório; *sale and lease back*<sup>924</sup>; e a distinção entre alienação em garantia e *trust*.<sup>925</sup> Todavia, parte da doutrina, com fundamento na autonomia privada, sustenta estar aberta a admissibilidade da alienação em garantia<sup>926</sup>.

## 6. Alemanha

I. *Treuhand*. Não há regulamentação geral da *Treuhand*. Podem existir várias formas de *Treuhand* e, dentre as instituições baseadas em relações fiduciárias, apenas algumas foram reguladas pelo legislador. A enumeração exaustiva será fastidiosa, principalmente porque o desenvolvimento da fidúcia na Alemanha é antigo e abrange conceitos mais ou menos amplos da *fiducia*. O conceito de *Treuhand* é, de facto, muito mais vago e impreciso do que o da *fiducia*, conhecida no Luxemburgo e na França. Regista-se a existência de textos legislativos ou regulamentares que mencionam os *Treuhänder* sem dar uma definição.<sup>927</sup> Embora já existam à data da publicação do BGB, a alienação em garantia não foi contemplada nesta codificação. Todavia, a alienação em garantia, tendo em conta o seu enraizamento social logrado pelo costume e pela segurança

---

<sup>923</sup> Neste sentido, cf. F. Messineo, *Contratto collegato*, in Enc. Dir., VII, Milão, 1959-1960, p. 99; D. Rubino, *La compravendita*, in Trattato Cicu-Messineo, 2.<sup>a</sup> ed., Milão, 1971, p. 1027 ss. e I. Bugani, *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita)*, in Nuova Giur. Civ Comm., 1986, II, p. 33.

<sup>924</sup> S. Pugliatti, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in RTDPCiv., 1950, p. 335, considera que recorrendo a estas figuras, dificilmente não se viola a proibição do pacto comissório.

<sup>925</sup> Cf. Damiano Marinelli/Saverio Sabatini, *Le Alienazioni in Garanzia*, cit., p. 79-231.

<sup>926</sup> Cf. F. Macario, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in RDCiv., 2006, p.361 e E. Gabrielli, *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in RCDPriv., 1995, p. 643. Pode se ler no F. Galgano, *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in Contr. e Impr., 2000, p. 196, *se continuassimo a concepire il contratto come mera applicazione del diritto e non come fonte di diritto nuovo, ci precluderemmo la possibilità di comprendere in quale modo muta il diritto nel nostro tempo*.

<sup>927</sup> Cf. C. Witz, *Rapport Introductif*, in Les opérations fiduciaires, colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI, LGDJ, Paris, 1985, p. 3.

induzida pela doutrina e jurisprudência, é largamente aceite.<sup>928</sup> A Alemanha, embora seja membro da Convenção de Haia de Direito Internacional Privado, não assinou a Convenção de Haia sobre a lei aplicável ao *trust* e seu reconhecimento. Por este motivo, vamo-nos concentrar na alienação fiduciária em garantia alemã. Como na Suíça, a fidúcia Alemã é uma criação da jurisprudência. Na Alemanha, os negócios fiduciários não disõem um regime geral. Esta figura, na Alemanha, constitui uma criação da doutrina e jurisprudencial<sup>929</sup> que a acolheu e lhe deu os contornos precisos.<sup>930</sup> Na Alemanha, em relação à transferência de propriedade para fins de garantia, pode-se distinguir três tipos de transacções fiduciárias, de acordo com sua constituição e sua forma<sup>931</sup>:

- a) *Vollrechtstreuhand* – a fidúcia *stricto sensu*, em que a transferência da propriedade é realizada sob ou sem condição<sup>932</sup>;
- b) *Ermächtigungstreuhand* – a fidúcia por delegação do poder de agir por conta do fiduciante;
- c) *Vollmachtstreuhand* – negócios fiduciários baseados no mandato<sup>933</sup>.

---

<sup>928</sup> Cf. Uwe Blaurock, *Les opérations fiduciaires en droit allemand*, cit., p. 239.

<sup>929</sup> Importa lembrar que o desenvolvimento doutrinário sobre a fidúcia germânica não é recente e é maçada por dois momentos importantes. O primeiro diz respeito ao facto de que muitas obras germânicas sobre a *Treuhand* foram do século XIX, nomeadamente a de REGELSBERGER que é de 1880, que assinala os elementos históricos da época. Depois, e em segundo lugar, os alemães procuraram criar institutos jurídicos com vestígios da *fiducia*, mas com características muito próprias, e tinham como ponto de partida o estudo das relações externas, entre fiduciário e terceiros e, já numa relação interna, entre fiduciante e fiduciário, para compreender as várias relações fiduciárias existentes e assim construir um conceito amplo e geral do negócio fiduciário.

<sup>930</sup> Cf. C. Witz, *Rapport introductif: les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe, la fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, Colloque du 29 Novembre 1990, Bulletin Joly, 1991, n.º 4.

<sup>931</sup> Cf. Uwe Blaurock, *Les opérations fiduciaires en droit allemand*, Colloque du Luxembourg du 20 et 21 Septembre 1984, LGDJ, p. 223.

<sup>932</sup> Cf. Jurisinfo Franco-Allemand, *Suretes en Droit Allemand: Prevention des Impayees*, Gutenberg, 2015, p. 5. MEDICUS desenvolveu um estudo sobre as associações sem capacidade jurídica que por vezes transmitem imóveis a uma pessoa de confiança como *Treuhander*. Na explicação deste autor, o fiduciário enquanto pessoa com capacidade jurídica é proprietário, no entanto, nos termos do *Treuhandvertrag*, cujo regime jurídico em alguns aspectos se confunde com o do mandato, o fiduciário deve cumprir com as orientações determinadas pela associação. Existe também a chamada fundação fiduciária ou não autónoma - *unselbständiger Stiftung*. Esta, por estar desprovida de personalidade jurídica, entrega os seus direitos a outra pessoa para os administrar e exige que seja empregue aos fins similares a de uma fundação regular. Cf. Cristina Fuenteseca, *El Negocio Fiduciario*, cit., p. 94.

<sup>933</sup> No início do século passado, um dos poucos, senão único, que admitiu a ocorrência de uma transmissão da propriedade através do negócio fiduciário foi VON THUR no ano de 1918 quando publicou a obra *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*. Nesta altura, a maioria dos autores alemães não partilhavam esta posição. Cf. Andreas von Thur, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, I - 1914, II - 1918, 2. Band, 2 Hälfte (tradução em espanhol feita por Tito Ravá de Palma). Outra posição que teve muita adesão na Alemanha, foi a de DERNBURG e em alguns aspectos seguidos por ENNECERUS – reconhece dois aspectos ou relações, interna e externa, e sustenta que o fiduciário frente ao fiduciante será um mero mandatário ou administrador. E, LARENZ, que defendia a ideia de que a relação fiduciária se equiparava ao mandato. Para eles, na relação fiduciária haveria uma relação interna e outra externa e, naquela, o fiduciário era um simples detentor de um poder, sendo a coisa ou a obrigação para ele algo alheio. Ainda LARENZ distinguia a cessão de crédito em garantia, da cessão para cobrança. Cf.

A forma fiduciária mais difundida é a *Vollrechtstreuhand*, em que se distinguimos a garantia fiduciária no interesse no interesse próprio do fiduciário e a fidúcia - gestão exercida no interesse do terceiro, dependendo do objectivo perseguido pelas partes. Para entender a particularidade da fidúcia alemã, deve-se realçar que o Direito alemão distingue dois actos nos contratos translativos do direito real. Há um acto que cria as obrigações (“*Verpflichtungsgeschäfte*”) e um acto translativo de direito (“*Verfügungsgeschäfte*”), sendo esses dois actos considerados independentes um do outro, uma consequência do princípio de abstracção (“*Abstraktionsprinzip*”)<sup>934</sup>. Esta particularidade reflecte-se também na fidúcia alemã, onde existem igualmente dois actos. De um lado, o negócio fiduciário que cria obrigações, especificando os direitos e as obrigações das partes e, por outro, o acto translativo da propriedade, que confere ao fiduciário o pleno direito de propriedade estabelecida em nome do fiduciante. A propriedade do património fiduciário é transferida por um acto abstracto e pela entrega do material da coisa, nos termos do § 929.º do BGB. O acto fiduciário que cria obrigações constitui a causa da transferência da propriedade. Na verdade, para um sentido global do negócio, esses dois actos estão estreitamente relacionados.

II. *Sicherungstreuhand*. Na Alemanha, a garantia fiduciária (“*Sicherungstreuhand*”) é muito bem-sucedida e é considerada a rainha das garantias. Trata-se de uma matriz fiduciária romana, não se exigindo, como nos negócios fiduciários tradicionais, que a transmissão da propriedade fique subordinada à condição resolutiva do cumprimento da obrigação garantida. Na matéria das garantias mobiliárias, a cessão de crédito em garantia<sup>935</sup> e a alienação de coisas corpóreas ofuscam o penhor. De facto, no Direito alemão, a matéria do penhor sem desapossamento não é clara. Por conseguinte, para que seja plenamente eficaz, um penhor sobre coisa móvel, deve-se prever que o devedor seja desapossado da coisa objecto de penhor. Com efeito, o devedor fica privado da utilidade gerada pela sua coisa, o que não sucede na alienação fiduciária em garantia<sup>936</sup>,

---

Cristina Fuenteseca, *El Negocio Fiduciario en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Madrid, 1997, p. 93 ss.

<sup>934</sup> Cf. M. Pedamon, *Le Droit Allemand*, Que sais-je?, n.º 2206, p. 45.

<sup>935</sup> Em relação a cessão de crédito, ainda se faz a distinção entre a *Globalzession* e a *Mantelzession*.

<sup>936</sup> GERNHUBER considera que *fiduziarische Treuhand* consiste num negócio jurídico, nos termos do qual, o fiduciante transmite ao fiduciário o pleno direito, com a condição deste ficar obrigado a utilizar o bem transmitido apenas dentro de limites acordados. Cf. Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos...*, cit., p. 267. Este entendimento que se aproxima mais a *fiducia* romana e, por conseguinte, despoletou algumas aproximações que convergiram numa dupla caracterização do negócio fiduciário, cuja constituição e estrutura influenciam na forma de actuação e dos fins pretendidos: a admissibilidade do *Ermächtigungstreuhand*, contrato utilizado para que um terceiro, em nome próprio mas no interesse alheio, disponha de um direito fiduciário dentro de determinados limites definidos numa autorização previamente

porque o credor/fiduciário pode entregar ou manter a posse da coisa na esfera do devedor alienante, o que representa para ele grandes vantagens económicas.<sup>937</sup> A alienação em garantia, na Alemanha, despertou o interesse na garantia sem desapossamento, que permite conciliar a função de garantia com um aproveitamento funcional e económico do bem. Para efectivar esse desapossamento, para ser válido, um penhor sobre o crédito no Direito Alemão deve ser levado ao conhecimento do devedor cedido em garantia, o que não é o caso de cessão de créditos. É frequente que titular de crédito de uma quantia em dinheiro o cede ao seu banco; as partes convencionam que o cedente conserva o poder cobrar o crédito cedido, o cessionário reserva o direito de notificar a todo o momento a cessão aos devedores de tal crédito. O banco não procede a esta notificação a não ser no caso de incumprimento do seu cliente.<sup>938</sup> A cessão de crédito em garantia tem servido de alternativa a penhor de créditos.<sup>939</sup>

Em relação aos imóveis<sup>940</sup>, esta fidúcia consiste na entrega do título da dívida/terra (“*Grundschuldbrief*”), que é um documento geralmente ao portador e que representa os direitos desta hipoteca abstracta ou não acessória do Direito alemão. Este título é uma forma de garantia abstracta que mobiliza o valor de um bem imóvel. Existe apenas na Suíça e na Alemanha.<sup>941</sup> Deve-se realçar que a alienação fiduciária em garantia é consumada sem mecanismos de publicidade. A comunidade empresarial alemã é muito favorável, o que gera riscos de conflitos entre os credores. A proliferação desses títulos impede as empresas de serem salvas nos processos de recuperação. Para se ter uma ideia da importância da fidúcia na Alemanha, cabe ter presente que a Lei sobre a fidúcia, de 17 de Junho de 1990 (“*Treuhandgesetz*”), - foi destinada a transformar todos

---

concedida e amplamente utilizado no campo dos poderes de disposição fiduciária de títulos de crédito e de administração/gestão de patrimónios. Cf. Pestana de Vasconcelos, *A cessão...*, cit., p. 44. O espírito criativo alemão trouxe ao mundo jurídico uma outra figura fiduciária - *Vollmachstreuhand* - em que o fiduciário actua em nome e por conta do fiduciante, podendo aplicar-se, na falta de regulamentação própria, o regime do contrato de mandato. O *Treuhänder* é investido numa posição de titular de um direito que o exerce de forma plena e exclusiva, mas limitado por deveres obrigacionais perante o *Treugeber*. Esta segunda posição caracterizadora é a que tem sido mais citada e utilizada e depois porque a *fiduziarische Treuhand* ao fiduciário é atribuída a titularidade de um direito de forma plena e exclusiva, cujo exercício deve atender os interesses do fiduciante, e como mecanismos de segurança, é estabelecido um património separado, que é afectado a realização do fim acordado pelas partes.

<sup>937</sup> Cf. C. Witz, *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, cit., p. 9: na Alemanha, quando se pede um crédito bancário para a aquisição do veículo automóvel, é frequente que se faça a transferência da propriedade em garantia para o banco.

<sup>938</sup> Cf. Uwe Blaurock, *Les opérations fiduciaires en droit allemand*, cit., p. 224.

<sup>939</sup> Cf. Rolf Serick, *Le Garanzie Mobiliari nel Diritto Todesco*, cit., p. 91-97.

<sup>940</sup> Há quem considere que é difícil efectuar a alienação em garantia dos bens imóveis tendo em conta a carga fiscal e insusceptibilidade de condicionar a sua transmissão. Cf. Rolf Serick, *Le Garanzie Mobiliari nel Diritto Todesco*, Giuffrè, Milão, 1990, p. 7 - 8.

<sup>941</sup> Cf. Uwe Jahn, *La treuhand dans la pratique bancaire allemande. La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, Colloque du 29 Novembre 1990, Bulletin Joly, 1991, n°4, p. 61 ss.

estabelecimentos e organismos comerciais de Estado em empresas privadas. Para esse fim, o Estado transferiu suas propriedades como fiduciante para o *Treuhandanstalt*, para os gerir e vender aos empreendedores privados.<sup>942</sup> A fidúcia foi um instrumento útil, que permitiu privatizar as empresas pertencentes à antiga República Democrática da Alemanha.

*III. Regime jurídico.* A alienação em garantia constitui uma garantia mobiliária<sup>943</sup> sem desapossamento. Em termos gerais, para a transmissão da propriedade de coisa móvel, é necessário que o proprietário a entregue ao adquirente e que ambos acordem a referida transmissão. Para o efeito, em relação à alienação em garantia, tem-se aplicado o § 930 do BGB, admitindo transmissão da propriedade com a conservação da posse pelo alienante/devedor, mediante constituto possessório.<sup>944</sup> Ainda quanto à transmissão do direito, nos termos dos § 932 e 933 do BGB, o credor pode legitimamente adquirir o direito da propriedade sobre a coisa, mesmo que o prestador não seja o seu proprietário, desde que se reúnam certos requisitos, nomeadamente a boa fé do adquirente e a entrega da coisa<sup>945</sup>. Considera-se que, do ponto de vista dos Direitos Reais, o beneficiário da garantia é o proprietário da coisa alienada, razão pela qual a pode transmitir, válida e eficazmente, a um terceiro.<sup>946</sup> Quanto à forma, uma vez que a alienação em garantia é composta por um negócio obrigacional e um acordo real de disposição, o negócio obrigacional não está sujeito a forma solene<sup>947</sup>. Em regra, o cumprimento da obrigação garantida gera a obrigação de retransmissão do bem objecto de garantia (*“Rückübertragungspflicht”*). Diferentemente, se a alienação em garantia for sujeita, por

---

<sup>942</sup> Cf. Uwe Jahn, *La treuhand dans la pratique bancaire allemande*, cit., p. 62.

<sup>943</sup> A maioria da doutrina considera que é difícil efectuar a alienação em garantia dos bens imóveis tendo em conta a insusceptibilidade de condicionar a sua transmissão. Cf. Rolf Serick, *Le Garanzie Mobiliari nel Diritto Todesco*, cit., p. 7.

<sup>944</sup> Cf. Rolf Serick, *Le Garanzie Mobiliari nel Diritto Todesco*, cit., p. 11.

<sup>945</sup> As alienações feitas pelo *Treugeber*/fiduciante, quando este conserva a posse do *Treugut*, também são, em princípio, válidas. O § 932 do BGB protege o adquirente de bens móveis, mesmo que esses bens não pertençam ao vendedor. O fiduciário - beneficiário da garantia - não pode, portanto, reivindicar o bem alienado em posse do adquirente de boa fé mas, pelo contrário, se o terceiro adquirente estiver de má fé, a aquisição não lhe é oponível. Cf. E. Seel-Viandon, *La fiducie en Droit Comparé et en Droit International Privé français*, (polic.), II, Paris, 1979, p. 234 ss.

<sup>946</sup> Cf. P. Crocq, *Propriété et garantie*, cit., n.º 176.

<sup>947</sup> Na Alemanha, não existe uma regulamentação única sobre a forma do *Treuhand*. Entre vivos, assume a forma de um contrato que pode ser um mandato, uma estipulação em benefício de terceiros ou um contrato sinalagmático quando o fiduciário é remunerado. Não é necessário que a palavra *Treuhand* apareça no contrato, basta que o carácter fiduciário resulte do conteúdo do contratual. A forma é, em princípio, livre. Em alguns casos, no entanto, são necessárias formalidades adicionais, em particular no caso de transferência de propriedade de um bem imóvel. A forma notarial é de fato usada para contratos nos quais uma parte se compromete a transferir a propriedade de um imóvel. Nos termos do § 313 do BGB, *qualquer contrato pelo qual uma parte se comprometa a transferir a propriedade de um imóvel requer um ato notarial...*



acordo das partes, a uma condição resolutiva (§ 158/2 e § 159 do BGB), com o cumprimento da obrigação garantida, o direito da propriedade retransmite-se automaticamente.<sup>948</sup> Pelo contrário, se a obrigação garantida não for cumprida, em regra, produz dois efeitos. Primeiro, confere a faculdade de execução da garantia. Segundo, na esfera jurídica do devedor/alienante nasce o dever de transmitir a posse imediata do bem para o beneficiário da garantia.

Quanto à execução da garantia, deve-se ter em conta a proibição do pacto comissório, constante dos §§ 1229 e 1149 do BGB, para penhor e hipoteca, respectivamente. Assim, não se pode apropriar da coisa objecto de garantia fora das vias executivas judiciais. Todavia, este regime não tem servido de fundamento de invalidade da alienação em garantia. Na verdade, a alienação em garantia, em regra, é convencionada sem pacto comissório, o que implica que, em caso de incumprimento, o credor vende o bem por um preço determinado, devolvendo ao devedor o eventual remanescente. A doutrina maioritária admite a validade da alienação em garantia perante a proibição do pacto comissório.<sup>949</sup> No Direito alemão, o bem fiduciário sai do património<sup>950</sup> do fiduciante para o do fiduciário, que passa a ser proprietário por conta de outrem. Assim, a jurisprudência foi inovadora ao efectuar a distinção entre a propriedade jurídica e a propriedade económica. O fiduciário é o titular da propriedade jurídica e o fiduciante é considerado titular da propriedade económica. Com efeito, em caso da penhora dos bens fiduciário que integram o património do fiduciário, o fiduciante pode beneficiar, na qualidade do proprietário económico, opor-se à penhora. No mesmo espírito, o Direito Contabilístico alemão leva em consideração a propriedade económica.<sup>951</sup> Com efeito, é o fiduciante é que deve declarar o património fiduciário no seu balanço. O fiduciário não tem obrigação de declarar o património fiduciário no seu balanço, excepto quando se trate

---

<sup>948</sup> Cf. C. Witz, *Le Droit des Sûretés Réelles Mobilières en République Fédérale d'Allemagne*, RIDC, 1985, p. 27.

<sup>949</sup> Cf. Uwe Blaurock, *Les opérations fiduciaires en droit allemand*, cit., p. 253.

<sup>950</sup> Em geral, na Alemanha, entende-se que o negócio fiduciário constitui uma transferência de propriedade sob condição resolutiva com efeitos reais, que fará operar o retorno do direito da propriedade do fiduciário para o fiduciante. O regresso da titularidade para o fiduciante opera *ipso iure*, verificado o cumprimento dos termos constantes no *pactum*. Assim, o fiduciário nunca chega a ser um verdadeiro proprietário, situação que desaparece logo que a condição resolutiva é accionada. Assim, a Alemanha foi a criadora do chamado património autónomo - *Sondervermögen*. No conjunto do desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial criou-se o *Treuhand*, que permite transmitir um direito com determinadas faculdades e obrigações. Este direito será utilizado em determinados casos com finalidades determinadas. A transmissão do *Treugut* não investia o *Treuhänder* numa posição plena e exclusiva porque tinha como contraponto a valoração intencional do interesse do fiduciante com propensão real. Não havia, todavia, a unanimidade doutrinária.

<sup>951</sup> Cf. U. Blaurock, *Les opérations fiduciaires en droit allemand*, cit., p. 246.

de estabelecimentos de crédito.<sup>952</sup> Assim, diferentemente dos negócios fiduciários de outros países de *Civil Law*, o fiduciante dispõe de um direito de sequência, de um direito quase real que lhe permite reivindicar o bem que alienou ao fiduciário. Esse direito de sequência permite ao fiduciante deduzir embargo de terceiros, nos termos dos §§ 808, 809 e 771 ZPO.<sup>953</sup> Se o bem objecto de garantia for penhorado pelos credores do prestador de garantia, o beneficiário da garantia pode deduzir embargos de terceiro, nos termos do § 771 ZPO. A jurisprudência alemã não foi até ao fim da lógica do património fiduciário. O fiduciante não pode invocar este direito de reivindicação se os activos fiduciários foram adquiridos pelo fiduciário a terceiros após a conclusão do negócio fiduciário, o que constitui um caso de *unechte Treuhand*.<sup>954</sup> Em caso de insolvência do prestador de garantia, o beneficiário pode ser qualificado como um credor pignoratício, dispondo de um mero direito de pagamento preferencial e não de um direito de reivindicação ou de separação de bem, como competiria um verdadeiro proprietário.<sup>955</sup> No caso da insolvência do beneficiário da garantia, ao fiduciante é permitido um *Aussonderungsrecht*, no pressuposto de que o crédito garantido é satisfeito (§ 47 da InsO).

A alienação em garantia, segundo a concepção dominante, constitui uma garantia autónoma em relação à obrigação garantida. *Ex vi* do princípio de abstracção, o negócio real de execução de carácter abstracto pode ser válido apesar da invalidade do negócio obrigacional, sem prejuízo das regras do enriquecimento sem causa, plasmadas no § 812 BGB. Quanto ao regime da cessão de créditos em garantia, esta é sujeita ao regime previsto no contrato de garantia e, em muitos aspectos, ao regime geral da cessão de créditos prevista no §398 BGB. Deve-se realçar que no Direito Alemão, o acordo de cessão de crédito pode ser causal ou não, ou seja, se for abstracto, os vícios de negócio de base não afectam a transmissão da titularidade de crédito. A cessão de crédito produz efeitos por mera celebração do contrato, dispensando assim a notificação do devedor cedido. Se o devedor que não conhece a cessão cumprir perante o credor cedente, o cumprimento é eficaz perante o cessionário, conforme decorre do § 407 do BGB. Quanto ao âmbito, a cessão pode incidir apenas sobre os créditos existentes à data da cessão<sup>956</sup>, assim como pode incidir sobre créditos futuros ou um misto. Também a cessão de crédito

---

<sup>952</sup> Cf. Antoine Bureau, *Le contrat de fiducie: étude de droit comparé, Allemagne, France, Luxembourg*, Juripole de Lorraine, p. 4.

<sup>953</sup> Cf. U. Blaurock, *Les opérations fiduciaires en droit allemand*, cit., p. 244.

<sup>954</sup> Cf. C. Witz, *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, cit., p. 11.

<sup>955</sup> Cf. Rolf Serick, *Le Garanzie Mobiliari nel Diritto Tedesco*, cit., p. 14.

<sup>956</sup> Nesta modalidade a cessão opera-se em dois momentos, a celebração do contrato quadro e a entrega pelo cedente das cópias de documentos relativos ao crédito.

em garantia tem sido compreendida como um negócio autónomo em relação à obrigação garantida.<sup>957</sup> em caso de insolvência do cessionário, considera-se maioritariamente que o cedente tem o direito de separar o crédito da massa falida, nos termos do § 47 InsO. Se for insolvente o cedente, defende-se que o cessionário deve ser equiparado a um credor pignoratício - § 51/1 InsO.<sup>958</sup> No âmbito da acção executiva, o cessionário em garantia e o cedente podem opor-se à penhora do direito. com efeito, se os credores do beneficiário da garantia pretendem agir sobre o seu património, o prestador da garantia pode recorrer aos embargos de terceiros, desde que não se tenha verificado o vencimento da obrigação garantida.<sup>959</sup>

## **7. Collateral Directive**

*I. Crescimento, heterogeneidade e insegurança das garantias transfronteiriças.*  
A Directiva n.º 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho, relativa aos acordos de garantia financeira surge na continuidade da Directiva n.º 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.<sup>960</sup> Paralelamente ao forte crescimento das transacções financeiras e, especialmente, o recurso a derivados, os contratos de garantia financeira que visam reduzir o risco de incumprimento registou um forte desenvolvimento nos últimos anos, ao lado de outras técnicas de gestão de risco de crédito, nomeadamente o seguro e os derivados de crédito. Assim, estima-se que o montante total das garantias constituídas sobre o mercado de produtos de derivados é de aproximadamente US \$ 1 000.000, no início de 2004.<sup>961</sup> Com o objectivo de reduzir esse risco e gestão de aplicação dos fundos próprios, os operadores do mercado pretendiam constituir garantias transfronteiriças, o que contribuiu decisivamente para o crescimento do montante global de garantias. A constituição dessas garantias, também designada de

---

<sup>957</sup> Cf. Rolf Serick, *Le Garanzie Mobiliari nel Diritto Todesco*, cit., p. 85.

<sup>958</sup> Cf. P. Crocq, *Propriété et garantie*, cit., p. 151.

<sup>959</sup> Cf. C. Witz, *Les opérations fiduciaires en droit allemand*, cit., p. 243.

<sup>960</sup> Cf. O preâmbulo do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, que transpôs a referida directiva no Ordenamento Jurídico Português.

<sup>961</sup> Cf. <http://www.senat.fr/rap/a04-010/a04-0104.html>.

colateralização, é concretizada pela constituição de uma garantia composta de títulos e/ou espécies ou por uma transferência de propriedade sobre valores mobiliários ou dinheiro. As transacções sobre os instrumentos financeiros a termo ou operações de recompra constituem operações complexas e nem sempre conferem segurança jurídica aos intervenientes, na medida em que as formalidades para a constituição das garantias a elas associadas são específicas em função de cada jurisdição – registo, depósito, notificação, constituição de conta especial, etc... - e também podem variar em função da natureza do objecto de garantia - dinheiro, títulos de dívida ou de capital, títulos nominativos ou ao portador. Além disso, pode acontecer que a lei nacional de um dos contraentes não reconheça a validade jurídica da transferência da propriedade para fins de garantia, que, em muitos casos são requalificados como simples penhor. Com efeito, existia o risco de as formalidades aplicadas não serem suficientes para que as garantias sejam válidas e exequíveis. A heterogeneidade das regras jurídicas também se verificava nas modalidades da execução das garantias, o que pode criar dificuldades em caso de insolvência de uma das partes. Esta insegurança jurídica limita a eficácia das garantias transfronteiriças, limitando assim o volume de transacções e aumentando o custo de acesso aos serviços financeiros.<sup>962</sup> Até 2002, a Directiva Europeia que regulamentava a matéria da compensação de saldos – *netting* – e as garantias transfronteiriças era a Directiva 98/26/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 1998, relativa ao Sistemas de Pagamento e operações sobre Títulos – o seu campo de aplicação limita-se às transacções entre os Bancos Centrais dos Estados Membros e o Banco Central Europeu. Por conseguinte, na matéria das garantias transfronteiriças, era necessário instituir um regime homogéneo a nível europeu, que foi objecto da Directiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho de 2002, relativa aos Contratos de Garantia Financeira, às vezes, designada de *Collateral Directive*, que constitui um dos principais avanços do Plano de Acção para Serviços Financeiros da Comissão Europeia.<sup>963</sup>

*II. Regime comunitário minimal.* A Directiva 2002/47/CE, visa criar um regime comunitário minimal, capaz de promover a aceitação mútua de garantias transfronteiriças

---

<sup>962</sup> Cf. Remo Tarolli, *Le Garanzie Finanziarie: Il Diritto di Utilizzazione dell'Oggetto della Garanzia*, in Giur. Com., n.º 6, 2005, I, p. 873.

<sup>963</sup> Cf. <http://www.senat.fr/rap/a04-010/a04-0104.html>.

e, finalmente, a maior integração dos mercados financeiros europeus<sup>964</sup>. As suas principais disposições são os seguintes<sup>965</sup>:

Âmbito de aplicação – quanto ao âmbito de aplicação, nos termos do artigo 1.º da Directiva, o seu âmbito de aplicação não se baseia numa definição *rationae materiae* de crédito abrangidos, mas sim num critério *rationae personae* de determinação das partes – constituinte e o beneficiário da garantia, distinguindo as pessoas jurídicas públicas e as pessoas regulamentadas do sector financeiro – estabelecimentos de crédito, sociedades de investimento, seguradoras, sociedades gestoras, sociedades de investimento colectivo e, sociedades comerciais que não estão sujeitas a autorização ou regulamentação prudencial.

As partes no contrato devem necessariamente pertencer a uma dessas categorias e uma sociedade comercial não regulamentada só pode celebrar o contrato de garantia financeira com uma entidade regulada nos termos do artigo 2.º. A Directiva também abre a possibilidade de os Estados-Membros excluírem no âmbito deste regime situações em que uma das partes é uma entidade comercial não regulamentada, o que pode causar restrições em termos de eficácia das garantias transfronteiriças. O âmbito da aplicação das garantias financeiras é amplo, abrange qualquer contrato que envolva pagamento em dinheiro ou entrega de instrumentos financeiros que, na prática, cubra qualquer tipo de contrato comercial, artigo 1.º/4.º.

Tipos de garantias – nos termos do artigo 2.º/1, os Estados Membros reconhecerão dois regimes distintos da garantia, um que implica a transferência do direito e outro que não implica a transferência de direito, penhor financeiro.

---

<sup>964</sup> Assim sendo, o legislador comunitário pretende determinar a lei aplicável em caso de conflito de leis. Todavia, o objectivo da harmonização jurídica, acabou por abranger matérias tradicionalmente reservadas à *lex rei sitae*, assumindo como objectivos a simplificação da forma para a constituição das garantias financeiras, abolindo os requisitos formais, de registo e de publicidade, afastando a aplicação de algumas normas relativas à insolvência, definindo o conteúdo dos direitos do prestador e do beneficiário da garantia, reconhecendo algumas práticas operativas que nos últimos anos se impuseram nos mercados financeiros, como sejam o direito de reutilização do objecto da garantia por parte do detentor (*rehypothecation*), a integração da garantia em relação às variações do valor do título onerado ou da obrigação garantida depois de comparação entre valores de mercado e a substituição dos títulos oferecidos em garantia pelo devedor. A Directiva considerada a complexidade e o carácter nacional da matéria das garantias mobiliárias no âmbito comunitário, o único modo para garantir o tratamento harmonizado destes direitos consiste na introdução de normas homogéneas capazes de superar as particularidades nacionais, finalidade que não podia ser atingida com o simples recurso a normas de Direito Internacional Privado e particularmente com a definição da localização dos direitos sobre instrumentos financeiros. Cf. Margarida Costa Andrade: *O penhor financeiro com Direito de Disposição de Valores Mobiliários*, in ROA, ano 70, I/IV, 2010, p. 1.

<sup>965</sup> Para mais desenvolvimento, em especial, a transposição portuguesa, cf. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *A Directiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6/6/02... relativa aos acordos de garantia financeira ou os primeiros passos na harmonização do direito europeu das garantias mobiliárias*, in BFDUC, vol. 85, Coimbra, 2009, pp. 693-723.

Forma – nos termos do artigo 3.º, o formalismo associado à constituição e execução dessas garantias deve ser reduzido. A Directiva impõe o formalismo máximo um documento escrito, nenhuma formalidade adicional, nomeadamente a publicação em jornais, inscrição no registo ou notificação, devem ser exigidos para a constituição, validade, ou exequibilidade das garantias financeiras.

Em geral, de acordo com o artigo 5.º, os Estados Membros têm a faculdade de admitir, por parte do credor, a reutilização de títulos dados em garantia, em contrapartida da obrigação de restituição. Esta constitui uma inovação jurídica importante que não constava de alguns Direitos internos dos Estados Partes. Nos termos do artigo 7.º, os Estados membros podem adoptar mecanismos simplificados de execução das garantias, que implica a possibilidade de compensar as obrigações recíprocas das partes. Nos termos do artigo 6.º/1, os Estados Membros asseguram que um acordo de garantia financeira com transferência de titularidade possa produzir efeitos, nas condições nele previstas. Nos termos dos artigos 7.º e 8.º, as garantias constituídas no âmbito deste regime devem ser oponíveis nos processos de insolvência e processos executivos. Por fim, nos termos do artigo 9.º, os Estados-Membros devem adoptar uma norma de conflitos - uma espécie de *lex rei sitae* - que especifique o Direito aplicável às garantias constituídas sobre instrumentos financeiros em função da localização da conta na qual é depositada. Quanto à execução, as restrições colocam-se em relação aos instrumentos financeiros, em que a realização do direito do credor pode passar pela venda ou por uma apropriação do objecto da garantia, visando ou não uma compensação de créditos, impondo o dever de avaliação da garantia e das garantias financeiras cobertas, visando assim evitar o enriquecimento sem causa. A Directiva afasta assim a proibição do pacto comissório.

*III. As transposições do regime comunitário.* Os aspectos que marcam as transposições estão relacionados com os Direitos Internos e os objectivos da própria Directiva que segue dois propósitos, que é de assegurar o cumprimento da obrigação garantida; por outro lado, permite ao beneficiário da garantia celebrar outros negócios, o que se consegue pela concessão do direito de disposição, que legitima o beneficiário a alienar ou a onerar os bens empenhados. Ora, caso o credor pignoratício exerça este poder, constitui-se na sua esfera a obrigação de entregar bens equivalentes ao prestador da garantia até ao final da transacção. A Directiva admite expressamente a alienação da propriedade com função de garantia e a admissão do pacto comissório (marciano). A

transposição por parte dos Estados Membros foi efectuada através de diferentes técnicas<sup>966</sup>.

*França.* O Direito francês tradicionalmente permite o recurso às garantias reais que não implicam a transferência da propriedade, principalmente o penhor, o que apresenta um formalismo pesado, exigindo, para a sua constituição, o documento escrito e a entrega da coisa, o que dificulta as transacções nos mercados financeiros. Deve-se realçar que na altura, o Direito Financeiro francês já estava a evoluir-se no sentido de se adaptar ao sector financeiro.<sup>967</sup> Nos sistemas de pagamento interbancários já se recorria aos mecanismos baseados em transferência de propriedade e, portanto, proporcionando uma garantia mais forte do que o penhor, sobretudo através de intervenção de câmaras de compensação. Ademais, o penhor de conta de produtos financeiros, previsto no artigo L. 431-4 do Código Monetário e Financeiro, introduzido pela lei n.º 96-597, de 2 de Julho de 1996, de Modernização das Actividades Financeiras, permite constituição mais flexível de penhor sem entrega. Este instrumento permite que credor constitua o penhor sobre uma conta que o devedor possa usar desde que o valor dos instrumentos financeiros inseridos na conta cubra a garantia inicial. Por iniciativa da Comissão das finanças, os mecanismos convencionais de compensação de créditos e de dívidas foi aperfeiçoada e unificada sucessivamente pela Lei n.º 2001-420, de 15 de Maio de 2001, Relativa a Nova Regulamentação Económica, Lei n.º 2003-706, de 1 de Agosto de 2003 sobre Segurança Financeira. Antecipando parcialmente a transposição da Directiva Relativa aos Contratos de Garantia Financeira, o artigo 38.º da Lei de Segurança Financeira, que altera o artigo L. 431-7 do Código Monetário e Financeiro, permitiu, em particular, eliminar certas ambiguidades e eliminou a restrição de compensação global apenas para instituições financeiras. Assim, os contratos de garantia financeira são disciplinados pelo artigo L. 431-4 do Código Monetário e Financeiro, introduzido pela lei n.º 96-597, de 2 de Julho de 1996, de Modernização das Actividades Financeiras, que admite a transmissão plena de propriedade em garantia e o direito de *re-use (reutilização)* - isto é, a possibilidade dada a um credor pignoratício de dispor plenamente do direito sobre o bem penhorado.

---

<sup>966</sup> Recorrendo ao acto único para transpor a Directiva foi uma técnica seguida por 12 Estados-Membros - Chipre, Estónia, Finlândia, Grécia, Irlanda, Itália, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Portugal, Eslovénia e Reino Unido. Nos 10 Estados-Membros a Directiva foi implementada alterando as disposições existentes ou integrando novas disposições nacionais - Bélgica, República Checa, Dinamarca, Alemanha, França, Hungria, Holanda, Eslováquia, Espanha e Suécia. Uma combinação dos dois métodos foi aplicada por 3 Estados-Membros - Áustria, Letónia e Polónia. Por fim, a aplicação integral das disposições da Directiva *Collateral* foi aplicada por Chipre, Irlanda, Malta e o Reino Unido.

<sup>967</sup> Cf. Marcel-Éric Terret, *Transposition de la directive sur les contrats de garanties financières*, in BBF, n.º 137 - Maio de 2005, pp. 37 - 57, p. 57.

Esta disposição constitui uma grande inovação no Direito francês, aliás, nos países do sistema romano-germânico, uma vez que, em regra, o credor pignoratício apenas é investido na posse da coisa. Assim, ao beneficiário da garantia pignoratícia é atribuído o *direito de disposição* sobre o objecto desta, ou seja, é-lhe concedido os poderes de alienar ou onerar o objecto da garantia prestada, nos termos previstos no contrato como se fosse seu proprietário<sup>968</sup>.

*Itália.* Com objectivo da redução de risco de crédito<sup>969970971</sup>, a transposição foi efectuada através do Decreto Legislativo n.º 170, de 21 de Maio de 2004, que consagrou, nos termos do seu artigo 1.º, uma noção ampla do contrato de garantia financeira<sup>972</sup> – penhor, cessão de crédito em garantia e qualquer garantia real que tenha por objecto numerários ou instrumentos financeiros. Deve-se destacar o artigo 6.º do Decreto Legislativo n.º 170, que dispõe que os contratos de garantia financeira que prevejam a transmissão da propriedade com função de garantia produzem efeitos nos termos neles estabelecidos, independentemente da respectiva qualificação. Com efeito, entende-se que o legislador italiano criou uma categoria aberta de transmissão de propriedade com função de garantia, que compreende negócios típicos e atípicos, nomeadamente, o penhor irregular, o reporte e o depósito irregular com função de garantia.<sup>973</sup> Por outro lado, nos termos do seu artigo 6.º/2, determina expressamente que o artigo 2744.º do *Codice* – proibição do pacto comissório - não se aplica aos contratos de garantia financeira que implica a alienação em garantia. Na matéria da falência, a transposição da Directiva implicou a introdução de regras especiais. No caso da falência do devedor cedido, os pagamentos por este efectuados ao cessionário não podem constituir objecto da acção revogatória falimentar prevista no artigo 67.º do Decreto de 16 de Março de 1942, n. 267

---

<sup>968</sup> Habilitado para dispor dos instrumentos financeiros, o credor pignoratício pode constituir garantia real em favor de um seu credor, seja um penhor financeiro, seja uma alienação fiduciária em garantia, mas também optar por aliená-los. Naturalmente, o mesmo direito não se prevê para o credor garantido pela alienação fiduciária em garantia, pois que enquanto proprietário já está, por efeitos dos Direitos Reais, habilitado a dispor do objecto da garantia.

<sup>969</sup> Cf. Andrea Rossi/Ferdinando Bruno, *La collateralizzazione degli strumenti finanziari derivati OTC ('over the counter') in Italia*, Le Società, 2007, p. 1227.

<sup>970</sup> Cf. Cf. Remo Tarolli, *Le Garanzie Finanziarie: Il Diritto di Utilizzazione dell'Oggetto della Garanzia*, cit. p. 872.

<sup>971</sup> Cf. Alessandro Valerio Guccione, *I Contratti di Garanzia Finanziaria*, in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, n.º 307, Giuffrè, Milão, 2008, p. 2 e ss..

<sup>972</sup> Cf. Alessandra Grossi, *La direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria*, in Europa e Diritto Privato, 1, 2004, pp. 249-272, p. 262 e Cf. Eugenio M. Mastropaolo, *La Nuova Normativa Europea sui Contratti di Garanzia Finanziaria (Direttiva 2002/47/CE del 6 Giugno 2002)*, cit., p. 517 ss.

<sup>973</sup> Cf. Dario Loiacono/Andrea Calvi/Alessandro Bertani, *Il trasferimento in funzione di garanzia tra pegno irregolare, riporto e diritto di utilizzazione* - Banca, Borsa, Titoli di Credito, Vol. LVIII, Suplemento ao n.º 6/05, 2005, Giuffrè, Milão, pp 3 ss., p. 31.



- *Legge fallimentare*<sup>974</sup>. Em caso de falência do cedente, o cessionário pode opor a cessão à massa de insolvência e seus credores, desde que tenha pago a contraprestação da cessão.

*Alemanha.* Na Alemanha, A Lei de 5 de Abril 2004 transpôs a Directiva 2002/47/EC de 6 Junho, que altera a Lei de créditos bancários hipotecários e outras leis - *Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG, de 6 de Junho de 2002, über Finanzsicherheiten und zur Änderung des Hypothekbankgesetzes und anderer Gesetze vom 5 April 2004* - entrou em vigor a 9 de Abril de 2004, que procedeu à alteração de KWG, BGB e InsO.

*Espanha.* Em Espanha, a directiva foi transposta pelo *Real Decreto-ley 5/2005*, de 11 de Março, de reformas urgentes para o impulso da produtividade e para a melhoria da contratação pública. Nos termos do artigo 6.º/2, admite a transmissão da propriedade com fins de garantia de cumprimento das obrigações financeiras, que além de transpor a Directiva 2002/47 / CE, procurou ordenar e sistematizar as garantias bancárias e financeiras dispersas. Dessa forma, o conjunto de garantias financeiras foi reagrupado numa lei, derogando algumas disposições do Direito Comum e da Lei 37/1998, sobre a Reforma do Mercado de Capitais, e o artigo 68.º da Lei 14/2000 - relativa às garantias constituídas para garantir o cumprimento das obrigações derivadas de distribuição de moedas e notas de euro.

*Portugal - Decreto-Lei n.º 105/2004.* Em Portugal, A 8 de Maio de 2004 foi transposta através do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, o qual entrou em vigor a 7 de Junho de 2004.<sup>975</sup> Quanto ao âmbito de aplicação do Decreto-Lei n.º 105/2004 aparece delimitado em função de diversos requisitos, sendo que os contratos e as garantias que não os preencham continuarão sujeitos, se para tanto reunirem as condições respectivas, ao regime geral previsto no Código Civil, no Código Comercial e em legislação avulsa, conforme aplicável. Trata-se de uma técnica peculiar em que o regime aplicável se confunde amiúde com os próprios traços essenciais que permitem caracterizar a figura. Entende-se que a norma de conflitos do artigo 21.º é uma norma que pretende estabelecer uma designação de lei aplicável, pelo que carece de ser articulada com uma outra que em concreto esclareça qual é a conta *relevante* a qual, necessariamente, terá de ser uma conta

---

<sup>974</sup> Dispõe: *Sono revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore*: todavia, esta acção pode ser proposta em relação ao cedente se o administrador provar que ele conhecia o estado de insolvência do devedor na data de pagamento ao cessionário. Para mais desenvolvimento, cf. Eugenio Maria Mastropaolo, *La nuova normativa europea sui contratti di garanzia finanziaria (direttiva 2002/47/CE del 6 giugno 2002*, in RDComm., I, 2003, p. 525 e ss.

<sup>975</sup> Cf. Margarida Costa Andrade, *O Penhor Financeiro com Direito de Disposição dos Valores Mobiliários*, Coimbra, 2010, pp. 23 ss.

de titularidade. Em Portugal, a norma de conflitos melhor posicionada para auxiliar nesta tarefa é o artigo 41.º do Códigos dos Valores Mobiliários, aplicável à transmissão de valores mobiliários e à constituição de garantias sobre os mesmos. Conta «relevante» ou de «referência» na terminologia da Directiva, será assim, nesta perspectiva, para efeitos de Direito Português, aquela que assim for considerada pela lei do país que se repute aplicável por força do disposto no artigo 41.º do Código dos Valores Mobiliários.<sup>976</sup> O *Contratos de Garantia Financeira* abrange uma categoria de acordos que se encontram individualizados ao nível (A) do tipo de entidades que podem assumir a qualidade de partes<sup>977</sup>, ao nível (B) dos bens dados em garantia<sup>978</sup> e ao nível (C) das obrigações susceptíveis de serem garantidas<sup>979</sup>. Para além destes requisitos, nos termos do artigo 6.º/2, a garantia financeira deve ser efectivamente prestada e considera-se prestada quando o objecto tenha sido entregue, transferido, registado ou que de outro modo se

---

<sup>976</sup> Cf. Sofia Leite Borges, *A Transposição em Portugal da Directiva dos Acordos de Garantia Financeira*, in *Em Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 13, 2006, pp. 83 ss., p. 83. O artigo 21.º do Decreto-lei n.º 105/2004 estabelece, quando estejam em causa contratos e garantias financeiras sobre valores mobiliários escriturais, uma lista extensa das matérias que serão reguladas «pela lei do país em que está localizada a conta na qual é feito o registo da garantia. O elemento de conexão utilizado pelo artigo 21.º — o lugar da conta na qual é feito o registo da garantia não estabelece como determinar qual é a conta *relevante*. A *ratio* do artigo 9.º da Directiva e, consequentemente, do artigo 21.º do Decreto-lei n.º 105/2004, foi a de acolher um princípio designado de *Place of the Relevant Intermediary Approach* - Lugar do Intermediário Relevante»). O princípio PRIMA, tal como já alguns autores têm apontado, é um princípio vazio ou neutro, que pode ser condensado de formas distintas, levando a resultados díspares. Cf. Sofia Leite Borges, *A Transposição em Portugal da Directiva dos Acordos de Garantia Financeira*, in *Em Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 13, 2006, pp. 86.

<sup>977</sup> O Decreto-Lei n.º 105/2004 é aplicável aos contratos de garantia financeira cujo prestador e beneficiário pertençam a uma das categorias referidas no n.º 1 do artigo 3.º, nomeadamente 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; Banco de Portugal, outros bancos centra, Banco Central Europeu, Fundo Monetário Internacional, Banco de Pagamentos Internacionais, bancos multilaterais de desenvolvimento nos termos referidos no Aviso do Banco de Portugal n.º 1/93 e Banco Europeu de Investimento; instituições sujeitas à supervisão prudencial, incluindo: instituições de crédito, tal como definidas no n.º 1 do artigo 2.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro; empresas de investimento, tal como referidas no n.º 2 do artigo 293.º do Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro; instituições financeiras, tal como definidas no n.º 4 do artigo 13.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras..., a capacidade para a celebração de contratos de garantia financeira é a que resulta das normas especialmente aplicáveis às entidades referidas no n.º 1. Diferentemente da Áustria, o legislador português, tal como os restantes Estado Membros, optou por integrar os contratos de garantia financeira celebrados entre uma instituição de crédito, por exemplo, e uma pessoa colectiva, não fazendo uso do disposto no artigo 1.º/3 da Directiva, cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 135.

<sup>978</sup> Nos termos do artigo 5.º, o diploma é aplicável às garantias financeiras que tenham por objecto: *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; *Instrumentos financeiros*, entendidos como valores mobiliários, instrumentos do mercado monetário e créditos ou direitos relativos a quaisquer dos instrumentos financeiros referidos.

<sup>979</sup> Nos termos do artigo 4.º, *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*.

encontre na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia ou de uma pessoa que actue em nome deste, incluindo a composses ou o controlo conjunto com o proprietário. A prestação de garantia constitui um meio de publicidade e uma forma de protecção do credor<sup>980</sup>. O Decreto-Lei n.º 105/2004 reconhece, no artigo 2.º/2, a título não exaustivo, duas modalidades de contrato de garantia financeira, o Penhor Financeiro e a Alienação Fiduciária em Garantia<sup>981</sup> *two track approach*, que, nos termos do artigo 2.º/2, se distinguem consoante tenham, ou não, por efeito a transmissão da propriedade com função de garantia. Ainda nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, constitui modalidade de contrato de alienação fiduciária em garantia o contrato de reporte.

Enquanto garantia financeira, a falta de um dos quatro requisitos acima referidos implica a nulidade da garantia, nos termos do artigo 280.º CC. Defende-se, todavia, tendo em conta o princípio de aproveitamento dos negócios, a conversão do negócio nulo num negócio de conteúdo diferente, nos termos do artigo 293.º CC<sup>982</sup>, mantendo-se a garantia nos termos gerais do Código Civil, Comercial ou bancário. Nos termos do artigo 7.º, os contratos de garantia financeira e garantias financeiras podem ser provados por documento escrito ou o registo em suporte electrónico ou em outro suporte duradouro. Nos termos do n.º 4 do artigo 7.º, o objecto da garantia deve ser identificado. Nas garantias financeiras sobre numerário, para o penhor financeiro, é suficiente para identificar o objecto da garantia financeira, o registo na conta do prestador e, para a alienação fiduciária em garantia, o registo do crédito na conta do beneficiário, respectivamente; 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. Uma vez que a propriedade é transferida, embora plenamente, para fins de garantia, com o cumprimento, o beneficiário deve restituir o bem recebido em garantia.<sup>983</sup> Quanto à obrigação de restituição, nos termos do artigo 14.º, nos contratos de alienação fiduciária em garantia, deve o beneficiário, até à data convencionada para o cumprimento das obrigações financeiras garantidas: restituir ao prestador a garantia financeira prestada ou objecto equivalente; entregar ao prestador quantia em dinheiro correspondente ao valor que o objecto da garantia tem no momento do vencimento da obrigação de restituição, nos

---

<sup>980</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 136.

<sup>981</sup> Cf. Sofia Leite Borges, *A Transposição em Portugal da Directiva dos Acordos de Garantia Financeira*, in *Em Actualidade Jurídica* Uría Menéndez, n.º 13, 2006, pp. 83 ss., p. 83

<sup>982</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 136.

<sup>983</sup> Cf. Calvão da Silva, *Banca, Bolsa...*, cit., p. 214 e Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 138.

termos acordados pelas partes e segundo critérios comerciais razoáveis; livrar-se da sua obrigação por meio de compensação, avaliando-se o crédito do prestador nos termos da alínea anterior. No caso de incumprimento da obrigação garantida, considera-se que o beneficiário não está obrigado a cumprir os deveres acima referidos, podendo permanecer na titularidade do bem adquirido em garantia.<sup>984</sup> Quanto ao penhor financeiro, o Decreto-Lei n.º 105/2004 introduziu uma inovação importante no regime do penhor de numerário e de instrumentos financeiros, em Portugal.

Nos termos do seu artigo 11.º, admite-se a possibilidade às partes de poderem que o credor pignoratício poderá fazer seu o bem dado em garantia, caso o devedor não cumpra a obrigação financeira garantida. Regra geral, esta possibilidade encontra-se vedada pelo disposto no artigo 694.º do Código Civil, aplicável *ex vi* artigo 671.º do Código Civil. Deve-se realçar que, nos termos do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, esta possibilidade só existe quando, tendo tal sido convencionado pelas partes, o objecto do penhor sejam instrumentos financeiros e desde que as partes tenham chegado a acordo quanto à avaliação dos instrumentos financeiros, respeitando eventuais obrigações legais de proceder a essa avaliação de acordo com critérios comerciais razoáveis.<sup>985</sup> Na matéria da alienação em garantia, o Decreto-Lei n.º 105/2004 é omissivo quanto a esta possibilidade – pacto comissório. Todavia, não nos repugna esta solução, desde que haja a avaliação do bem, nos termos que protege o devedor. Em relação à alienação de crédito em garantia, nos termos do artigo 582.º CC, regravada geral, o efeito da transmissão da titularidade do crédito se verifica desde o momento da celebração do contrato, momento a partir do qual a prestação debitaria passa a caber ao cessionário, tal como as garantias e outros acessórios do crédito que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente. O Decreto-Lei n.º 105/2004 não dispõe nada sobre a notificação do devedor cedido, nem o regime da relação entre cedente e cessionário, nem entre cessionário e devedor. Para fazer face a esta situação, considera-se que se deve aplicar o regime geral do Código de 66 como regime geral<sup>986</sup>. Finalmente, o Decreto-Lei n.º 105/2004 prevê no Título IV - artigos 16.º a 20.º -

---

<sup>984</sup> Cf. Calvão da Silva, *Banca, Bolsa...*, cit., p. 214 e Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 138.

<sup>985</sup> Por outro lado, o Decreto-Lei n.º 105/2004 introduziu inovações interessantes no regime do penhor de numerário e de instrumentos financeiros em Portugal. Uma delas consta do seu artigo 9.º, nos termos do qual, consagra-se a possibilidade das partes num contrato de penhor financeiro acordarem conferir ao beneficiário da garantia um direito de disposição do bem objecto da garantia. Com efeito, o credor pignoratício, nos termos deste acordo, poderá alienar ou onerar, durante a vigência da garantia, o bem objecto da garantia financeira como se fosse seu proprietário, sempre com observância das regras que tenham sido contratualmente estabelecidas. Cf. Sofia Leite Borges, *A Transposição em Portugal da Directiva dos Acordos de Garantia Financeira*, cit., p. 85.

<sup>986</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 141.

um conjunto de regras referentes à validade e eficácia dos contratos de garantia financeira e das garantias prestadas, estabelecendo também regras específicas sobre o não prejuízo, nas mesmas circunstâncias, da possibilidade de vencimento antecipado e compensação eventualmente prevista naqueles contratos. O Decreto-Lei n.º 105/2004, não estabelece articulação com o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março (CIRE), nem no plano dos conceitos nem ao nível terminológico. Assim, enquanto o CIRE fala em *processo de insolvência*, em *declaração de insolvência* e nos *efeitos da declaração de insolvência*, o Decreto-Lei n.º 105/2004 fala em *processo de liquidação e medidas de saneamento* e coloca o acento tónico na *abertura de um processo de liquidação e na adopção de medidas de saneamento*, pondo em causa a certeza e da segurança jurídicas.<sup>987</sup>

*IV. Apreciação.* A Directiva constitui uma técnica de mitigação de risco e está a tornar-se um instrumento muito importante para os mercados financeiros modernos, pois é usado quase em todos os tipos de transacções. A necessidade de um conjunto uniforme de regras nos mercados financeiros desencadeou justifica-se pelas transposições efectuadas pelos Estados Membros. A remoção de certos obstáculos ao uso eficiente de acordos de garantias transfronteiriças, reduzindo as formalidades para a sua constituição ou execução, criação das regras de protecção de garantias financeiras nos processos de insolvência, reconhecimento da transferência da propriedade para fins de garantia e a permissão da reutilização do bem objecto de garantia, contribuem para a segurança jurídica e o acesso ao mercado financeiro.<sup>988</sup> As insuficiências da Directiva devem ser levadas em consideração, na medida em que as transposições para os Direitos internos têm seguido técnicas diferentes, o que pode prejudicar a certeza de que se necessita nos mercados financeiros - artigo 4.º/6, da Directiva. Em geral, a Directiva tem contribuído para a estabilidade e a relação custo-eficácia dos mercados financeiros e proporcionar a livre circulação de capitais no mercado único.

---

<sup>987</sup> Cf. Sofia Leite Borges, *A Transposição em Portugal da Directiva dos Acordos de Garantia Financeira*, cit., p. 86.

<sup>988</sup> Cf. Gulenay Rusen, *Financial Collateral Arrangements*, in *Journal of International Commercial Law and Technology* Vol. 2, Issue 4 (2007), p. 257. Outro aspecto importante é que o direito de reutilizar as garantias dadas agora é reconhecido em todos os 25 Estados-Membros. Para o efeito, quase todos os Estados-Membros, excepto a Alemanha, introduziram disposições específicas nos respectivos Direitos internos que admitem o direito de reutilização em conformidade com a Directiva.

## 8. Brasil

No Brasil, a consagração legal da introdução da alienação fiduciária em garantia não é recente, foi efectuada através da Lei 4.728, de 14 de Julho de 1965, que instituiu o regime de mercado de capitais. Posteriormente, o Decreto-lei 911, de 1 de Outubro de 1969 aperfeiçoou o regime e instituiu a prisão do devedor alienante, qualificado de fiel depositário<sup>989</sup>. O Brasil é um país com muita jurisprudência<sup>990</sup> e bibliografia<sup>991</sup> sobre a alienação em garantia. Inicialmente, a legislação previa a aplicação do regime da alienação fiduciária em garantia apenas para os bens móveis. Em 1997, através da Lei 9.514, de 20 de Novembro de 1997, o âmbito da aplicação do regime foi alargado, passando a admitir a alienação fiduciária de coisa imóvel, dispondo em seu artigo 22, que *a alienação fiduciária regulada por esta lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel*. Outra importante inovação efectuada pela lei 9.514/97, foi a dissipação de dúvidas em relação aos sujeitos que podem ser partes no contrato da alienação fiduciária em garantia, dispondo expressamente no seu

---

<sup>989</sup> Mais tarde essa prisão foi julgada inconstitucional pelo STF, com base na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A Constituição Federal de 1988 determina, no seu artigo 5.º, LXVII, que *não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel*. No entanto, em seu artigo 7.º/7, a convenção veda qualquer prisão por dívida, excepto a hipótese do devedor de alimentos. Todavia, a jurisprudência se formou no sentido da constitucionalidade da prisão do depositário infiel, uma vez que o referido pacto possui, no ordenamento jurídico brasileiro, a qualidade de norma infraconstitucional. Cf. Ac. STF, de 3 d3 Dezembro de 2008, Proc. RE 466343 SP, in <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540>.

<sup>990</sup> Cf., por exemplo, Ac. STJ, REsp 882.384/GO, de 01/03/2010 (João Otávio de Noronha); Ac. STJ, REsp 749.199/SP, de 25/03/2011 (Luiz Felipe Salomão); TJSC, n.º 2002.021100-7/Tangará, de 14/11/2002 (Torres Marques); TJSC, n.º 2006.043120-3/Jaraguá do Sul, de 11/04/2008 (Carstens Kohler); Ac. STJ, REsp 57.991/SP, de 29/09/1997 (Sálvio de Figueiredo Teixeira); Ac. STJ, REsp 770.315/AL, de 15/05/2006 (Francisco Peçanha Martins); Ac. STJ, REsp 916.782/MG, de 21/10/2008 (Eliana Calmon), todos in [www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br).

<sup>991</sup> Sobre os negócios fiduciários em geral, cf., por exemplo, Nestor José Foster, *O negócio fiduciário*, in Revista Forense, ano 62, v. 216, Outubro/Novembro/Dezembro, 1966, p. 16 – 22; J. Renato Corrêa Freire, *Negócio fiduciário – fidúcia: uma forma brasileira de trust?*, in Revista dos Tribunais, ano 4459 v. 411, Janeiro, 1970, p. 24 – 28; Orlando Gomes, *Contrato de fidúcia (trust)*, in Revista Forense, ano 62, v. 211, Julho a Setembro, 1965, p. 11 – 20; Judith H. Martins-Costa, *Os negócios fiduciários – Considerações sobre a possibilidade de acolhimento do trust no Direito brasileiro*, in Revista dos Tribunais, ano 79, v. 657, jul. 1990, p. 37 – 50; Francisco Paulo de Crescenzo Marino, *Notas sobre o negócio fiduciário*, in Revista Trimestral de Direito Civil, v. 20 Padma, Rio de Janeiro, 2004, p. 35 – 63. Sobre alienação em garantia, cf. Arruda Alvim, *Alienação fiduciária de bem imóvel – o contexto da inserção do instituto em nosso direito e em nossa conjuntura económica. Características*, in Revista de Direito Privado, ano 1, n.º 2, Abril/Junho, 2000, p. 147 – 176; Francisco dos Santos Neto, *A Alienação Fiduciária em Garantia no Direito Brasileiro*, in Revista de Direito Civil, Agrário e Empresarial, ano 6, v. 22, Outubro/Dezembro, 1982, p. 36 – 49; Lígia Cristina de Araújo Bisogni, *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Ano 11, n.º 42, Outubro/Dezembro, 1987, p. 100 – 114; Alfredo Buzaid, *Ensaio sobre a Alienação Fiduciária em Garantia*, in Revista dos Tribunais, ano 58 v. 401, Março, 1969, p. 09 – 29; Alcino Pinto Falcão, *Alienação fiduciária em garantia*, in Revista Forense, ano 66, v. 230, Abril/Junho, 1970, p. 398 – 403.

artigo 22.º/1 que a alienação fiduciária pode ser celebrada por pessoa singular ou colectiva, não sendo exclusiva das entidades que operam no Sistema Financeiro Imobiliário.

Quanto ao conceito, no Brasil, a alienação fiduciária *consiste na transferência da propriedade resolúvel e da posse indirecta de um bem infungível ou de um bem imóvel que o devedor, com escopo de garantia, faz ao credor*. Este instituto é qualificado como direito real de garantia sobre coisa própria, cujo regime, actualmente, consta essencialmente, no Código Civil de 2002 -artigos 1.361 a 1.368-B<sup>992</sup>. a alienação fiduciária em garantia brasileira é caracterizada pela transferência da propriedade ao fiduciário e o dever de restituição da coisa, o que a doutrina tradicional qualifica de elemento real e elemento obrigacional. Quanto às partes, são o fiduciário e o fiduciante. Fiduciário é o credor, aquele que adquire a propriedade fiduciária do bem e fiduciante consiste no devedor, ou seja, o alienante do bem em garantia de cumprimento de uma obrigação. Se o cumprimento da obrigação garantida pela transmissão da propriedade for efectuada por um terceiro, dispõe o artigo 1.368 do Código Civil Brasileiro, que o terceiro, interessado ou não, que pagar a dívida, se sub-rogará de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária. Em relação ao objecto, deve-se realçar a Lei 11.481/2007, que procedeu à alteração do artigo 22 da Lei 9.514/97, alargando o seu âmbito de aplicação, possibilitando a aplicação do regime do instituto da alienação fiduciária em garantia do domínio útil - bens enfitêuticos - o direito real de uso. Ou seja, actualmente é admitida a aplicação do regime da alienação em garantia tanto para bens móveis como para bens imóveis, assim como outros direitos reais, o que acaba por aumentar o leque de objecto da alienação em garantia, proporcionando maior segurança e opções ao credor e, consequentemente, fomentando o mercado imobiliário. Quanto à forma, nos termos do artigo 1.361, §1º do Código Civil, a propriedade fiduciária se constitui com o registo do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Cartório de Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento.

---

<sup>992</sup> O artigo 1.361 do Código Civil de 2002: *considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor*.

## 9. A experiência portuguesa

I. *Doutrina*. Em termos doutrinários, BELEZA DOS SANTOS<sup>993</sup> introduziu a concepção fiduciária moderna no Direito português. Na sua tese de doutoramento sobre a simulação, publicada em 1921, o autora analisa o conceito de negócio fiduciário, a sua distinção em face do negócio simulado e a sua admissão no Direito português. O interesse doutrinário tardio não significa que o comércio jurídico português desconheça a figura de negócio fiduciário. Existem elementos que indicam que desde o último quartel do século XIX já se praticava em Portugal o endosso fiduciário<sup>994</sup>. A doutrina recente dedicou certa importância ao negócio fiduciário.<sup>995</sup> Vamos proceder ao desenvolvimento da doutrina de BELEZA DOS SANTOS na parte dedicada à admissibilidade dos negócios fiduciários no Direito Português.

A questão relativa à inadmissibilidade dos negócios fiduciários no ordenamento jurídico português foi marcada pela evolução da doutrina no século XX, coincidindo com a sucessão do Código de Seabra para o Código de 66<sup>996</sup>. Em tempos passados a doutrina dominante assentou sua posição na inadmissibilidade dos negócios fiduciários, vindo posteriormente a sustentar que são negócios válidos e admissíveis à luz do Direito Português.<sup>997</sup> Passa-se assim a discorrer sobre os principais argumentos de oposição da validade dos negócios fiduciários e a respectiva solução encontrada para admissão dos mesmos.

---

<sup>993</sup> José Beleza dos Santos, *A Simulação em Direito Civil*, vol. I, Coimbra, 1921, p. 114.

<sup>994</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 749: onde pode verificar importantes referências doutrinárias e jurisprudenciais.

<sup>995</sup> Destacam-se aqui, em especial os trabalhos de Pedro Pais de Vasconcelos, *Em Tema do Negócio Fiduciário*, cit., Orlando de Carvalho, *Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)*, in Orlando de Carvalho, *Escritos. Páginas de Direito*, vol. I, Coimbra, 1998, Reimpressão, publicado originalmente no BFDUC, suplemento X, 1952, Luís Carvalho Fernandes, *Admissibilidade do Negócio Fiduciário no Direito Português*, in *Estudos Sobre a Simulação*, Quid Juris, Lisboa, 2004, p. 242 e seguintes, A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 703 e seguintes, M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 23 e seguintes e Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, Almedina, Coimbra, 2010, em diferentes capítulos.

<sup>996</sup> Cf. L. A. CARVALHO FERNANDES, *A admissibilidade do negócio fiduciário no direito português*, cit., pp. 240-241, cita os principais Autores defensores da posição negativista dos negócios fiduciários, nomeadamente BELEZA DOS SANTOS, CUNHA GONÇALVES, MANUEL DE ANDRADE, ORLANDO DE CARVALHO e PESSOA JORGE. Da posição quanto à admissibilidade dos referidos negócios, além de referir a si mesmo, acrescenta VAZ SERRA, CASTRO MENDES, BIGOTTE CHORÃO, OLIVEIRA ASCENSÃO, P. PAIS DE VASCONCELOS e M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES.

<sup>997</sup> A doutrina tem vindo a admitir a validade dos negócios fiduciários, cf. nomeadamente L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão de créditos em garantia*, cit., pp. 83; R. PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 1.ª ed., Principia, Cascais, 2002, pp. 150; MENEZES LEITÃO, *Garantias das obrigações*, cit., pp. 253; ANDRADE MATOS, *O pacto comissório. Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, Coimbra, pp. 190, CATARINA PIRES, *Alienação em Garantia*, cit., pp. 69 ss. e BARRETO CORDEIRO, *Do Trust*, cit., p. 751 ss.



*II. Frequente referência à simulação.* Na doutrina, quando se efectua a referência ao negócio fiduciário, em regra, é feita na sequência do regime da simulação, o que se explica devido à alguma proximidade que se verifica entre dois institutos.<sup>998</sup> Assim, o tratamento dos negócios fiduciários aparece tradicionalmente enquadrado nas figuras afins da simulação,<sup>999</sup> embora o entendimento comum seja no sentido de se sustentar estamos diante de figuras jurídicas autónomas.<sup>1000</sup> Esta asserção não significa que a doutrina portuguesa não se tenha ocupado do negócio fiduciário autonomamente<sup>1001</sup>. Todavia, preferimos partir, com base nos dados dos negócios fiduciários até aqui recolhidos, confronto com institutos próximos e uma tomada de posição em relação à sua admissibilidade.

*III. O problema da simulação.* A relação entre os negócios fiduciários e os negócios simulados em questão referida pela doutrina moderna com certo interesse e tal relação agora aparece claramente traçada.<sup>1002</sup> A simulação assume um interesse transversal no panorama jurídico-científico, na medida em que a sua relevância é notória no âmbito do negócio jurídico, quer numa perspectiva concreta, na materialização dos vícios de vontade, quer numa perspectiva mais geral, na clarificação da dicotomia clássica vontade e declaração. A simulação tem também sido analisada como instituto delimitador junto de outras figuras, nomeadamente a fraude à lei ou o próprio negócio fiduciário.<sup>1003</sup> Nos termos do n.º 1 do artigo 240.º CC, *se, por acordo entre declarante e declaratário, e no intuito de enganar terceiros, houver divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante, o negócio diz-se simulado*. Com efeito, a verificação da simulação depende dos três requisitos – (A) acordo estabelecido entre o declarante e o declaratário; (B) divergência entre a vontade declarada e a vontade real das partes; (C)

---

<sup>998</sup> Cf. Carvalho Fernandes, *A Admissibilidade do Negócio Fiduciário*, BFDC, II, *cit.*, p. 225.

<sup>999</sup> Cf. Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, AAFDL, 1979, p. 169 ss., Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, *cit.*, p. 171 ss., Carvalho Fernandes, *Teoria Geral*, *cit.*, p. 317 ss., Belea dos Santos, *A Simulação em Direito Civil*, *cit.*, p. 12 ss. e Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, *cit.*, p. 175 ss., Oliveira Ascensão, *Direito Civil*, II, *cit.*, p. 38 ss., Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, V, *cit.* p. 714. Diferentemente, Pais de Vasconcelos, desde 2003 já vinha integrar a matéria dos negócios fiduciários no conteúdo do negócio jurídico, in *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª ed. Almedina, Coimbra, 2003, p. 76 ss.

<sup>1000</sup> Cf. Carvalho Fernandes, *A Admissibilidade do Negócio Fiduciário*, BFDC, II, *cit.*, p. 225. Em sentido contrário, cf. Acórdão TRC, de 4 de Junho de 1991, in CJ, 1991, p. 80.

<sup>1001</sup> Cf. Carvalho Fernandes, *A Admissibilidade do Negócio Fiduciário*, BFDC, II, *cit.*, p. 226 (n.º 3).

<sup>1002</sup> Cf. Antonio Butera, *Della Simulazione nei Negozi Giuridici*, UT - Editrice Torinese, Turim, p. 193, p. 25.

<sup>1003</sup> A. Barreto Menezes Cordeiro, *Da Simulação no Direito Civil*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 3 ss.

com intuito de enganar terceiros.<sup>1004</sup> A divergência entre a vontade declarada e a vontade é um elemento caracterizador da simulação. É com base neste elemento que surgem diferentes modalidades da simulação – simulação absoluta e simulação relativa. Na simulação absoluta, as partes visam apenas enganar o terceiro, a vontade real corresponde a uma negação da vontade manifestada, ou seja, não existe a vontade real de contratar. Na simulação relativa, existe uma vontade de efectiva de contratar, só que sob o negócio simulado exteriorizado pelas partes, existe um outro negócio, designado negócio dissimulado – negócio efectivamente pretendido pelas partes. Dentro da simulação relativa, ainda se faz a subdistinção entre a simulação total ou parcial, sendo que na simulação total os negócios simulados e dissimulados pertencem a diferentes tipos negociais, na segunda, o tipo negocial declarado pertence ao negócio real, tendo apenas as diferenças pontuais, nomeadamente a diferença em relação ao valor declarado. Ainda a simulação implica que as partes têm a intenção de enganar terceiros, a aplicação do regime não impõe a intenção de prejudicar terceiros<sup>1005</sup>, apenas a intenção de prejudicar. O terceiro abarca sujeitos estranhos ou não ao negócio, que não tinham o conhecimento do conluio<sup>1006</sup> das partes.<sup>1007</sup>

## 10. Síntese

Cada fidúcia constitui um modelo único com os seus próprios contornos. Portanto, não existe uma fidúcia, mas sim fidúcias. Há várias fidúcias quanto existem sistemas de tradição civilista.<sup>1008</sup> De uma forma geral, as fidúcias que existem na Europa continental têm suas raízes na fidúcia romana, as alienações fiduciárias em garantia têm origem na *fiducia cum creditore*. Na maioria dos casos, os países que dispõem da fidúcia (não *trust*) ratificaram a Convenção de Haia, de 2 de Julho de 1985, sobre a lei aplicável ao *trust* e seu reconhecimento.<sup>1009</sup> Além disso, mesmo que a fidúcia e *trust* sejam baseados em fundamentos jurídicos que lhes são exclusivos, a questão da ratificação da Convenção de

---

<sup>1004</sup> Requisitos que servem de análise de partida das análises jurisprudenciais, cf. Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, de 16 de Janeiro de 2018 (Moreira do Carmo), Ac. STJ, de 21 de Março de 2012, Ac. STJ, de 22 de Fevereiro de 2011, STJ, de 14 de Abril de 2012 e Ac. STJ, de 4 de Maio de 2010, in [www.dgsi.com](http://www.dgsi.com). Na doutrina, sobre estes requisitos e o seu confronto com os negócios fiduciários, cf. Carvalho Fernandes, *Estudos sobre a Simulação*, *Quid Juris*, Lisboa, 2004, p. 245.

<sup>1005</sup> Cf. Ac. STJ, de 21 de Março de 2012, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>1006</sup> Cf. Ac. STJ, de 3 de Fevereiro de 2009, in [www.dgsi.com](http://www.dgsi.com).

<sup>1007</sup> Cf. A. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 757 -758.

<sup>1008</sup> Cf. C. Witz, *Les caractères distinctifs de la fiducie*, cit., p. 61 ss.

<sup>1009</sup> Cf. C. Witz, *La fiducie face aux expériences étrangères et à la convention de La Haye relative au trust*, Dalloz, 2007, p. 1369.

Haia suscitou reflexões internas – Suíça<sup>1010</sup> –, mas também a aprovação de leis que visam introduzir a fidúcia - França - ou mecanismos jurídicos que lhes são próximos – Itália. Outro aspecto que nota é que a fidúcia e *trust* levantam os mesmos problemas – nomeadamente a separação do controle jurídico do benefício económico.<sup>1011</sup> Pode-se constatar que a alienação fiduciária em garantia floresceu em muitos países da tradição Civil, nomeadamente os herdeiros do Direito romano. Alguns consagraram a alienação fiduciária em garantia por iniciativa do legislador, alguns a admitem com base nos costumes, doutrina e jurisprudência. Estas diferenças justificam-se na medida em que o Direito Civil Europeu baseia-se em diversas tradições históricas culturais e composto por sistemas diferentes<sup>1012</sup>. A matéria da alienação em garantia é influenciada pela matéria do

---

<sup>1010</sup> Cf. Luc Thévenoz, *Trusts en Suisse: Adhésion à la convention de La Haye sur les trusts et codification de la fiducie*, Schulthess, Zurique, 2001, p. 27.

<sup>1011</sup> Cf. C. Witz, *La fiducie en Europe: France, Suisse, Luxembourg, Allemagne, Liechtenstein. Analyse des lois existantes et des projets en cours*, UCL-KUL, Bruylant, Bruxelas, 1997, p. 51

<sup>1012</sup> Verifica-se a diversidade de origens e de soluções na matéria das garantias de cumprimento entre *Common Law* e *Civil Law*. O Direito inglês distingue *law* e *equity*, que permite uma divergente atribuição da *legal ownership* e da *equitable ownership*, bem como a classificação das garantias entre a *legal security* e *equitable security*. Estas características ditam o sentido dos negócios fiduciários neste ordenamento jurídico, condicionando ainda a disciplina de *trust*. Assim, tal como se verifica no Direito Norte-americano, o credor titular da garantia real beneficia de um *security interest* – o Direito com o propósito de garantia de um crédito. No Direito Inglês, a garantia que mais se aproxima da alienação em garantia dos sistemas do *Civil Law* é o *mortgage*. Esta figura constitui uma garantia em que se transfere a propriedade para o credor, com a condição de que a propriedade será transferida para o devedor uma vez cumprida a obrigação garantida. No *chatell mortgage*, a *legal property* – propriedade legal – de uma coisa móvel do devedor é transferida ao credor – *mortgage* – através de um *bill of sale*. Transferindo a *legal property*, o devedor conserva na sua esfera jurídica a *equitable property* – propriedade sustancial e a posse da coisa. Se o devedor cumprir a obrigação garantida, recupera a *legal property*. Pelo contrário, se não cumprir a obrigação garantida, o credor, de acordo com *Common Law*, tornar-se-á proprietário pleno, ou seja, passa a reunir na sua esfera jurídica a *legal property* e a *equitable property*. Cf. Almeida Costa, *Alienação em Garantia*, cit., p. 46. Nos Estados Unidos da América, nos termos da secção 9-102 da *Uniform Commercial Code*, quanto à matéria das garantias, dispõe que a referida secção 9 se aplica a qualquer transacção, independentemente da sua forma, desde que a sua finalidade seja criar um direito de garantia. Trata-se, portanto, de um conceito amplo, unitário e funcional de garantia – *security interest*. Cf. Eva – Maria Kieninger, *Repenser le Droit des Sûretés Mobilières*, LGDJ, Paris, 2005, p. 57.

Em Espanha, ainda é patente as divergências não sobre a admissibilidade dos negócios fiduciários, mas sobretudo em relação à sua estrutura. Cf. J. de Arespacochaga, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 54. Alguns consideram que os negócios fiduciários não podem produzir o efeito transmissivos para o fiduciário da propriedade de um bem ou a titularidade de um direito, na medida em que o Direito espanhol de transmissão patrimonial constitui um sistema causalista, cf. J. E. Bustos Pueche, *Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio*, ADC, LXIII, n.º 2, 1990, págs. 539-572, S. Cámara Lapuente, *La fiducia de garantía en Navarra*, RJN, n.º 14, 1992, p. 163-176 e R. Durán Rivacoba, *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 17, razão pela qual efeito jurídico da transmissão da propriedade ocorre apenas quando há uma *justa causa*. Cf. Miguel Virgós Soriano, *El "Trust" y el derecho español*, Thomson Civitas, 2006, p. 55. A causa de administração ou de garantia não constitui a *causa suficiente* que possa justificar uma aquisição ou perda d direito de propriedade. cf. G. Galicia aizpurua, *Causa y garantía fiduciária*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 27 ss. e J. L. Lacruz berdejo, *La causa en los contratos de garantía*, RCDI, n.º 544, 1981, p.709-756. Ainda considera parte da doutrina que, no negócio fiduciário, a transmissão serve apenas para criar uma aparência de titularidade *dominial* a favor do fiduciário, mas não a titularidade material nem uma propriedade formal que a jurisprudência tem considerado de encobrimento de uma *titularidade externa*, não verdadeira, cf. Ac. STJ, de 17 de Setembro de 2002; Ac. STJ, de 20 de

Direito das Garantias de cada país e pela disciplina da transmissão do direito da propriedade.<sup>1013</sup> Em relação aos países que reconhecem e admitem a aplicação do *trust* nos seus ordenamentos jurídicos, mesmo que não tenha, consagrado ou reconheça expressamente a figura da alienação fiduciária em garantia, dificilmente se poderá afirmar que não admitem a figura da alienação em garantia, na medida em que o *trust* funciona como instrumento de garantia essencialmente na área comercial e financeira.<sup>1014</sup> A modalidade *security trust*, é frequentemente utilizado por bancos e sociedades comerciais e serve para garantir uma determinada operação financeira ou comercial ou até como uma estrutura permanente capaz de abranger diferentes operações. O *security trust* constitui uma garantia de cumprimento, uma das funções inestimáveis que o *trust* actualmente assume no mundo dos negócios. Suponha que no âmbito de negócio de alienação, o adquirente é devedor do alienante. Para a constituição da garantia, acorda-se que o direito

---

Dezembro de 2007 e Ac. STJ de 27 de Janeiro de 2012, in Cristina Fuenteseca Degeneffe, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del tribunal supremo*, Dialnet, p. 196 ss. Considera ainda que a chama *titularidad fiduciária* trata-se de situação em que uma pessoa se encontra externamente como dono sem, na realidade, sê-lo. Cf. Miguel Virgós Soriano, *El "Trust" y el derecho español*, Thomson Civitas, 2006, p. 57. Outra parte da doutrina admite a validade dos negócios fiduciários em Espanha, afirmando a sua existência no Ordenamento jurídico espanhol, nomeadamente a venda em garantia. A *fiducia cum creditore* constitui a modalidade central desta corrente doutrinária. Cf. Durán Rivacoba, *La Propiedad en garantía*, Aranzí, Pamplona, 1998, p. 141. Em 2003, a Lei n.º 41/2003 de 18 de Novembro - Protecção patrimonial das pessoas com incapacidade e as modificações do Código Civil, da Lei Processual Civil e do Direito Fiscal, teve por objectivo favorecer a afectação, a título gratuito, de bens e direitos para o património de pessoas incapazes e estabelecer mecanismos adequados para garantir a afectação de tais bens e direitos, assim como os frutos destes à satisfação das necessidades vitais dos seus titulares, constituindo tais bens um património especial a favor dos incapazes beneficiários. Nos termos do artigo 3.º dessa lei, este património de afectação, pode ser constituído pelo incapaz, pelos seus representantes legais ou por quem tem legitimidade para o fazer. A referida constituição deve ter por fundamento sempre o interesse do incapaz, interesse que também é invocado para o caso de haver oposição à constituição do mesmo. A constituição do património protegido e afectação dos bens devem constar de escritura pública – artigo 4º. O critério para a determinação do administrador do património é o de fiscalização dos interesses e necessidades do beneficiário. O objectivo central da lei é a criação de um património autónomo, funcionalizado à satisfação das necessidades vitais do incapaz para que, cessada a incapacidade fiquem sem efeito a existência do referido património - artigos 5.º e 6.º - e se retransmita o remanescente às pessoas que tenham afectado os bens, ou apenas deixa de ter essa função, caso sejam bens do próprio incapaz. Curiosamente, Em Navarra, de acordo com a Lei 1/1973, de 1 de Março - *Compilación del Derecho Civil foral de Navarra*, in BOE n.º 57 - 07/03/1973, do Capítulo II - De las garantías fiduciaria y por arras - LEY 466 sob epígrafe *Fiducia*, consta: *Por la fiducia de garantía se transmite al acreedor la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho mediante una forma eficaz frente a terceros. Cumplida la obligación garantizada, el transmitente podrá exigir del fiduciario la retransmisión de la propiedad o del derecho cedido; el fiduciario, en su caso, deberá restituir y responder con arreglo a lo establecido para el acreedor pignoraticio en la Ley 470. No obstante, si así se hubiere pactado, podrá el acreedor, en caso de mora del deudor, adquirir irrevocablemente la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho, y quedará extinguida la obligación garantizada.* Deve-se realçar também que o legislador espanhol admite a transmissão da propriedade em garantia e elimina a proibição do pacto comissório na matéria das garantias financeiras previstas no Real Decreto-Ley 5/2005. E, para a GALICIA estas regras supõem prescindir das regras constantes dos artigos 1261.º/3 e 1274.º do Código Civil Espanhol, cf. Gorka Galicia Aizpurua, *Causa y garantía fiduciaria*, Anuario de Derecho Civil, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 1782.

<sup>1013</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 37-38.

<sup>1014</sup> Cf. Paul Finn, *Fiduciary Law and the Modern Commercial World*, in *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, Clarendon Press, Oxford, 2003, p. 7 ss.

da propriedade sobre um determinado bem seja transferido para um *trustee* para que este, em caso de incumprimento da obrigação garantida, aliene o bem objecto de garantia e transfira o produto da venda ao alienante/credor e, se houver, o remanescente é devolvido ao devedor/adquirente<sup>1015</sup>. Foi o que se sucedeu em França, na primeira fase da consagração legal da fidúcia, em vez de instituir a fidúcia propriamente dita, acabaram por instituir uma *fidúcia à trust*. As garantias reais clássicas, como o penhor ou a hipoteca, não supõem uma transmissão imediata do direito da propriedade, mas preparam a eventualidade de tal transmissão no futuro.

Nos países que ainda não instituíram, de forma geral, os negócios fiduciários, nomeadamente Espanha, Itália e Portugal, a transferência da propriedade para fins de garantia ainda gera problemas, mas isso não impede a sua admissão por sectores da doutrina, fundamentalmente a *fiducia cum creditore* e o depósito irregular com função de garantia.<sup>1016</sup> Em França, apesar do grande número de trabalhos dedicados ao tema, houve dificuldades em reconhecer os negócios fiduciários no sistema jurídico. De origem romana, a fidúcia francesa é caracterizada pela transferência da propriedade e a obrigação que delimita o exercício deste direito - *pactum fiduciae*. Estas características podem ser encontradas no antigo Direito francês, onde se manifestava timidamente sob a forma de substituições fideicomissórias, que obrigavam o herdeiro ou o legatário a manter a propriedade transmitida e a transferi-la após sua morte para um terceiro designado previamente.<sup>1017</sup> Este instituto foi “esquecido” voluntariamente pelos redactores do *Code Civil*, por razões ideológicas e económicas. De fato, as substituições fideicomissórias tinham a função de manter integralmente o património da família, tornando a propriedade inalienável na esfera de fideicomissário. Os bens podiam se estender por várias gerações sucessivas e, assim, conservar o poder das famílias feudais. As substituições fideicomissórias foram proibidas por uma lei de 14 de Novembro de 1792. Entre os ordenamentos europeus da origem Romano-Germânica, o Luxemburgo foi dos primeiros

---

<sup>1015</sup> Cf. Jack Beatson, *The Relationship between Regulations Governing the Financial Service Industry and Fiduciary Duties under the General Law*, in *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, Clarendon Press, Oxford, 2003, p. 55-69. Como resultado da já referida flexibilidade do *trust*, no Direito Anglo-Americano é normal que os bens objecto do *trust* estejam na posse ou até explorados economicamente pelo credor, pelo devedor ou por terceiro, nos termos que devem estar estipulados no acto constitutivo do *trust*.

<sup>1016</sup> Em Portugal: cf. Pestana de Vasconcelos, *Notas sobre o penhor irregular*, cit., p. 368 e Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 257 ss; em Itália: F. Anelli, *L'Alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 255 ss., D. Rubino, *Il pegno*, cit., p. 217. M. C. Bianca, *Diritto civile*, cit., p. 172-173 e A. Luminoso, *Deposito irregolare presso il terzo*, cit., p. 434. Em Espanha: Leyre Elizari Urtasun, *EL Depósito en Garantía - Estudio de la ley 474 del Fuero Nuevo*, UPNA, Pamplona, p. 190 ss.

<sup>1017</sup> Cf. Antoine Bureau, *Le contrat de fiducie: étude de droit compare*, cit., p. 1.

a adoptar texto legal - *Règlement Grand-ducal du 19 Juillet 1983* - que permitiu a introdução da fidúcia. Alemanha também conhece a aplicação da fidúcia, sob o nome de *Treuhand*, desde a segunda metade do século XIX, com forte influência da jurisprudência. Na Inglaterra, uma técnica semelhante à fidúcia continental foi desenvolvida por vários séculos, *trust*, encontrado na maioria dos países anglo-saxões e baseia-se em conceitos legais muito diferentes dos conhecidos nos países latinos. Consiste esquematicamente que uma pessoa seja proprietária em benefício de outra.

A situação na Alemanha e no Luxemburgo tem grande riqueza dogmática. Na Alemanha a *Treuhand* desenvolveu-se essencialmente por via jurisprudencial, enquanto no Luxemburgo, foi instituído através de um texto regulamentar de uma forma limitada - esses dois países têm muita experiência e prática dos negócios fiduciários. Portanto, estes países influenciaram muito na consagração e evolução da fidúcia francesa. De acordo com a tradição Romano-Germânica, a fidúcia contém uma estrutura contratual. O seu mecanismo é aparentemente simples - uma transferência temporária de propriedade, para uma finalidade específica que limita o exercício do direito de propriedade.<sup>1018</sup> Quanto à transferência de propriedade, deve-se realçar que o Grão-Ducado do Luxemburgo ainda constitui um país de influência napoleónica, não obstante um curto período de influência alemã durante a Segunda Guerra Mundial. O regime contratual é ainda semelhante ao francês. No que diz respeito ao Direito Alemão, o acto unilateral possui muita importância, mas uma declaração unilateral de vontade é insuficiente para constituir uma *Treuhand*. *Inter vivos*, só pode ser constituída por contrato. A intenção do fiduciante deve ser expresse, livre e corresponder à sua vontade real. Com efeito, tal como se verifica em maioria dos países continentais, também em França, o direito de propriedade transfere-se imediatamente com a celebração do contrato, artigo 1138.º do *Code*. Diferentemente, na Alemanha, o contrato translativo de direito é composto por dois actos distintos, independentes e abstractos - *Abstraktionsprinzip*. Um acto criador de obrigação - *Verpflichtungsgeschäfte* - e um acto translativo de direito - *Verfügungsgeschäfte*. Com efeito, o negócio fiduciário alemão é composto por dois actos, o que revela que o direito interno de cada país influencia a sua fidúcia.<sup>1019</sup>

No caso da Suíça, a consagração da fidúcia foi de uma forma implícita nos finais do século XIX - *fiducia cum creditore*, que constitui uma herança directa da pandectística

---

<sup>1018</sup> Cf. Antoine Bureau, *Le contrat de fiducie: étude de droit compare, cit.*, p. 3.

<sup>1019</sup> Cf. Antoine Bureau, *Le contrat de fiducie: étude de droit compare, cit.*, p. 4.

e se caracteriza pela transmissão de um bem cujo exercício do direito sobre o mesmo é limitado por um vínculo obrigacional e é usada principalmente para fins de garantia.

Em caso da Itália, reconhece-se a fidúcia de uma forma indirecta, a partir de alguns institutos que se baseiam nela. Todavia, a doutrina e a jurisprudência, com o fundamento, essencialmente na proibição do pacto comissório – artigo 2744.º do *Codice Civile* - têm resistido em relação à admissão da figura da alienação em garantia.

Em geral, o reforço da posição dos credores tornou-se um ponto fundamental na matéria do Direito das Garantias. De facto, os credores encontram-se em uma situação cada vez mais delicada e procuram, cada vez mais, o reforço das suas posições quando concedem crédito. Nos últimos anos, percebemos que os negócios fiduciários se encontram no centro das atenções. Consagrada em Luxemburgo através do Regulamentos de 1983 e na França através da lei de 2007, a alienação fiduciária em garantia está torna-se cada vez mais importante na Europa. Alguns países, como a Bélgica<sup>1020</sup>, ainda não

---

<sup>1020</sup> Bélgica é muito céptica em relação aos negócios fiduciários. Na Bélgica, efectuou-se um estudo, cf. Matthias E. Storme, *La Confiance est bonne, mais un dual ownership est preferable. Onze elements essentiels a prendre en consideration lors de l'introduction d'une figure similaire au trust ou contrat fiduciaire en droit Belge*, KU Leuven & Universiteit Antwerpen, Bruxelas. S.d., p. 1-2, sobre a possibilidade de consagração de uma figura semelhante a *trust* ou o negócio fiduciário no Direito belga. Resumidamente, foram apresentadas onze aspectos a considerar: (1) A fidúcia e o *trust* não constituem uma mera obrigação, mas um direito real, por isso, a sua introdução em Bélgica pressupõe necessariamente a introdução de um novo direito real; (2) As operações fiduciárias para fins de garantia e as operações fiduciárias para fins de administração deve ser claramente distinguidas e separados. Na consagração da fidúcia para fins de garantia deve-se ser efectuada por adaptação de certas regras relativas ao penhor e a hipoteca; (3) Na fidúcia para gestão, o direito de propriedade deve pertencer ao beneficiário e não ao administrador dos bens constituídos em fidúcia; (4) A necessidade de constituição de um património separado não pode ser reduzida a um problema do Direitos das Obrigações -como a obrigações de um administrador – considera-se que se trata de um problema dos Direitos Reais, com implicações "reais"; (5) Deve-se, sobretudo na fidúcia para administração, distinguir com clareza, os direitos das partes em geral, dos administradores, fiduciante e beneficiários; (6) Considera-se que o direito dos "titulares" possui um carácter "colectivo"; (7) A determinação dos poderes do administrador não constitui apenas uma questão de Direito das Obrigações, mas também um problema de Direito Real; (8) Não se deve excluir um princípio segundo o qual, um direito de administrar a propriedade de terceiros possa ser estabelecido apenas por contrato testamento; (9) Por um lado, deve ser feita uma distinção entre o desmembramento da propriedade por constituição de um direito de administração e, por outro lado, a disposição feita pelo fiduciante a título gratuito, oneroso, automático ou com efeitos posterior; (10) Não há razão para estabelecer condições substantivas, formais ou de publicidade específica, nem para a constituição de um direito de administração, nem para a alienação de direitos resultantes desta constituição, nem, de maneira mais geral, para transacções sobre esses direitos; (11) Por fim, considera-se que se deve distinguir, por um lado, o desmembramento da propriedade e, por outro, a titularidade do direito de administração. Este estudo foi baseado em parte na obra de A. Watson, *Legal transplants. An approach to comparative law*, Edinburgh 1976. Esta contribuição visa demonstrar posições claras relativa à maioria das questões de Direito Privado belga que coloca ou deve colocar em relação aos negócios fiduciários no Direito belga e foi influenciado por B. Rudden, *Things as Thing and Things as Wealth*, 14. Oxford Journal of legal studies, 1994. Recentemente, foi efectuada a reforma das garantias reais em Bélgica, Lei de 24 Junho de 2013 e de 11 Julho de 2013, a principal novidade é que o desapossamento deixa de ser a condição da validade do penhor. A Bélgica a Bélgica, ainda não reconheceu legalmente os negócios fiduciários, mas reconhece outros mecanismos para obter efeitos semelhantes, nomeadamente o mandato. Cf. François Glansdorff, *Mandat e Fiducie*, in Répertoire Pratique du Droit Belge. Législation, Doctrine e Jurisprudence, Bruylant, Bruxelas, n.º 219. Todavia, o Direito belga reconhece a validade de *trust* constituído no estrangeiro. A Lei de 16 Julho de 2004 criou um "Código de

foram reconhecidos legalmente os negócios fiduciários, mas reconhece outros mecanismos para obter efeitos semelhantes.

Por fim, a absorção do negócio fiduciário pelo regime da simulação constitui um aspecto comum em diferentes Ordenamentos jurídicos<sup>1021</sup>.

---

Direito Internacional Privado”. O referido código dedicou um capítulo apenas ao trust - capítulo XII. O Direito belga não reconhece e não contém o conceito do negócio fiduciário. O negócio fiduciário não constitui objecto de uma regulamentação geral, mas isso não impede a sua aplicação pontual em Bélgica, cf. Philippe Lambrecht, *La fiducie, un instrument juridique utile*, in *Le trust et la fiducie de trust en de fiduciaire overeenkomst implicaties pratiques practische implicaties*, Bruylant, Bruelas, 1997, p. 193.

<sup>1021</sup> Para GRASSETTI [Cesare Grassette, *Del Negizio Fiduciario e della sua Ammissibilità*, cit., p. 359. Na jurisprudência, cf. Cass., de 15 de Outubro de 1959, n. 3191, in *Giur. Civ.*, 1956, p. 15 ss. Esta posição é criticada por Giovanni Pugliese, *La Simulazione nei Negozi Giuridici*, CEDAM Pádua, 1938, p. 38], o negócio fiduciário pode implicar uma simulação relativa quando as partes fazem referência a um tipo, ou seja, a um negócio típico. Considera que nestes casos não vale a pena afirmar que quem pretende atingir um fim pretende o meio, na medida em que seria confundir a vontade directa. Seria confundir a vontade directa em relação ao efeito jurídico com a vontade directa em relação ao objecto típico empírico a qual normalmente o ordenamento jurídico atribui aquele efeito. Segundo o autor, as partes não podem querer o negócio típico: podem, por exemplo querer a troca da coisa por um preço e a ordem jurídica pode ver no caso em concreto que se trata de compra e venda. Considera ainda que seria mero artifício dizer que a vontade é dirigida em qualquer caso também ao tipo causal, entendido por lei em um sentido puramente formal, cf. Cesare Grassetti, *Del Negozio Fiduciario*, cit., p. 361.



## CAPÍTULO II

### CONFRONTO ENTRE A ALIENAÇÃO EM GARANTIA E O DIREITO DAS GARANTIAS

#### 1. Conceito de garantias no Direito interno

O nosso Direito interno não contém uma definição legal do conceito de garantias. As garantias encontram-se agrupadas, sobretudo no Código Civil. Em sentido lato a garantia consiste em toda a tutela que o Direito concede ao credor com vista à obtenção do ressarcimento do seu crédito. Nos ensinamentos de PAULO CUNHA<sup>1022</sup>, a garantia das obrigações reside no facto de serem facultados os meios necessários para que o credor possa executar o património do devedor no sentido de obter o seu pagamento. MENEZES CORDEIRO considera que as garantias são todos os esquemas destinados a lidar com o risco, assegurando o cumprimento das obrigações<sup>1023</sup>. Com efeito, no âmbito do nosso Direito interno, a alienação em garantia constitui uma garantia na medida em que consiste num negócio nos termos do qual uma parte transmite a outra a titularidade de um bem ou de um direito com a finalidade de garantia de cumprimento da obrigação<sup>1024</sup>. A garantia é um termo polissémico<sup>1025</sup>, mas de um modo geral, constitui um acréscimo/reforço de probabilidade de cumprimento.

#### 2. Alienação em garantia e garantias gerais

É conhecida a discussão em relação à garantia geral das obrigações, ou seja, se constitui ou não uma verdadeira garantia<sup>1026</sup>, discussão em que não se pretende entrar. Na

---

<sup>1022</sup> Cf. Paulo Cunha, *Da Garantia nas Obrigações*, cit. p. 18.

<sup>1023</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, vol. X (*Direito das Obrigações, Garantia*), Almedina, Coimbra, 2015, p. 35.

<sup>1024</sup> Cf. Diogo Leite de Campos, *A Alienação em Garantia, Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal, 150.º Aniversário (1846/1996)* Lisboa, Banco de Portugal, 1996, p. 11.

<sup>1025</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, cit., p. 13.

<sup>1026</sup> Considerando que a garantia supõe um significado qualitativo ou quantitativo, cf. Januário da Costa Gomes, *Assunção*, cit., p. 19, ainda refere que a chamada “garantia geral” possui uma estrutura inconsistente. Igualmente, Menezes Cordeiro, *Tratado cit.*, X, p. 235, considera que o credor não tem, *ab initio*, um direito sobre o devedor, considera que o devedor tem, dentro da lógica do vínculo obrigacional complexo e dependendo de certas eventualidades, uma permissão genérica de efectivar as regras de responsabilidade patrimonial e, que a garantia geral consiste em objecto da permissão genérica de actuação de tais regras. Ainda no mesmo sentido, Cf. Guilherme Moreira, *Patrimónios Autónomos nas Obrigações*, in BDF 7 (1921-1923), pp. 47-64, p. 49 e António Carneiro Pacheco, *Dos Privilégios Creditórios*, 2.ª ed.,

doutrina portuguesa, os principais trabalhos distinguem as garantias gerais das garantias especiais. A garantia geral identifica-se com a responsabilidade patrimonial<sup>1027</sup>, na medida em que permite efectivar as regras desta. Independentemente da qualificação da garantia geral como garantia ou não, a alienação em garantia não constitui uma garantia geral, pois aquele não incide sobre a generalidade do património do devedor, mas sim sobre um em específico. Mais, na garantia geral, no caso de incumprimento, o devedor obtém a sua satisfação através da penhora do bem do devedor e, em regra, a venda do mesmo bem. Diferentemente, na alienação em garantia, antes do incumprimento o bem transmitido em garantia figura na esfera jurídica do credor beneficiário da garantia.

### **3. Alienação em garantia e as classificações tradicionais**

I. Generalidades. A garantia especial representa um reforço suplementar em relação à garantia geral. A garantia especial varia, conforme se trate de garantias pessoais ou de garantias reais.<sup>1028</sup>

II. *Reforço quantitativo*. Na garantia pessoal, o reforço consiste em constituir uma obrigação secundária<sup>1029</sup>, assumida por um outro sujeito que não seja o devedor principal – o garante. Nesta situação verifica-se um reforço quantitativo na medida em que passa a existir mais do que um património a responder pela mesma dívida, a vinculação do património do devedor e o património do garante à satisfação do direito de um crédito, verificando, assim, uma soma de patrimónios responsáveis. Diferentemente de garantia especial pessoal, havendo apenas a garantia geral, a responsabilidade pessoal abrange apenas o património do devedor. Se este não cumprir a sua obrigação, não havendo uma outra garantia prestada por um terceiro, o credor apenas pode executar o património do próprio devedor inadimplente. Com efeito, a alienação em garantia não constitui propriamente um reforço quantitativo acima referido, pois normalmente tem por objecto um bem determinado. Na garantia pessoal, o património do garante segue o regime da

---

Rio de Janeiro, Ribeiro dos Santos, 1914, p. 8. Considerando que a garantia geral constitui uma verdadeira garantia, cf. Menezes Leitão, *Garantias*, 5.<sup>a</sup> ed., cit., p. 60, Paulo Sousa Mendes, *A Garantia Geral das Obrigações*, in RJ, n.º 6, 1986, pp. 87-131, p. 126. Considerando que constitui garantia em sentido amplo, cf. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 51. Considerando que o termo garantia em sentido objectivo inclui a garantia geral, cf. Pedro Romano Martínez/Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, Almedina, Coimbra, 5.<sup>a</sup> ed., 2006, p. 13.

<sup>1027</sup> Cf. Januário da Costa Gomes, *Assunção*, cit. p. 19 e Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações*, p. 505 ss.

<sup>1028</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias*, cit., p. 93.

<sup>1029</sup> O termo pertence ao Paulo Cunha, *Da Garantia nas Obrigações*, cit. p. 17 ss.

garantia geral, sujeito à execução com vista à satisfação do direito de crédito o garante responde com todo o seu património<sup>1030</sup>, a menos que as partes acodem a limitação da responsabilidade do garante nos termos do artigo 602.º do Código Civil. Por outro lado, na garantia pessoal, releva o património actual, o existente no momento da execução e na alienação em garantia, o bem objecto de garantia é transferido para a esfera jurídica do credor, normalmente no momento de concessão de crédito. A alienação em garantia, mesmo tendo por objecto um direito, não se confunde com garantia pessoal, nomeadamente fiança. na fiança, o fiador fica vinculado ao cumprimento da obrigação contraída por um terceiro tal como na cessão de crédito em garantia, só que na cessão de crédito em garantia é transmitido um bem – crédito normalmente o crédito de cedente sobre terceiro. Na fiança, não é transmitido um bem, mas sim o património do fiador pode ser executado em caso de incumprimento do devedor principal.

*III. Reforço qualitativo.* Na garantia real, o reforço é qualitativo. Tradicionalmente, esta modalidade de garantia coincide com direito real de garantia<sup>1031</sup>. Estes conferem preferência no pagamento, ou seja, as garantias reais conferem ao beneficiário da garantia o direito de ser pago pelo produto de certo bem com preferência<sup>1032</sup> em relação aos credores comuns e outros credores graduados abaixo do seu. Com efeito, o credor beneficiário de uma garantia especial real está numa vantagem em relação aos outros credores comuns do mesmo devedor e outros credores graduados abaixo dele em relação ao valor de um determinado bem – objecto de garantia.

*IV. O reforço qualitativo sem preferência.* Na alienação e garantia, não se verifica propriamente uma preferência de pagamento pelo produto de certo bem. Neste negócio de garantia, através da transmissão da coisa, o credor beneficiário da garantia adquire o direito da propriedade sobre a mesma coisa, com limitação obrigacional do seu direito<sup>1033</sup>. Este reforço não deixa de ser um reforço qualitativo<sup>1034</sup>, mas não confere preferência de

---

<sup>1030</sup> Cf. Januário da Costa Gomes, *Assunção*, cit., p. 46.

<sup>1031</sup> Cf. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., p. 63.

<sup>1032</sup> Cf. Paulo Cunha, *Da Garantia*, cit., p. 114.

<sup>1033</sup> Cf. Rolf Serick, *Le Garanzie Mobiliari nel Diritto Tedesco*, Giuffrè, Milão, 1990, p. 17.

<sup>1034</sup> É frequente o recurso a garantias anómalas ou impróprias, bem como a utilização de certos institutos jurídicos com fins de garantia, nomeadamente a compensação, cf. estes meios, por exemplo, na jurisprudência, os prolemas que suscitam na matéria da extinção das obrigações, nos processos executivos, em especial, insolvência, Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, de 11 de Maio de 2004, Proc. n.º 511/2004-7, in <http://www.dgsi.pt/>; Ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Outubro de 2013, Proc. n.º 2/11.1TVPR.T.P1.S1, in <http://www.dgsi.pt/>; Ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 24 de Fevereiro de 2015, Proc. n.º 91832/12.3YIPRT-A.C, in <http://www.dgsi.pt/>; Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, de 3 de Dezembro de 2009, Proc. n.º 436/07.6TBTMR.C1, in <http://www.dgsi.pt/>; Ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Fevereiro de 2008, Proc. n.º 07B4401, in <http://www.dgsi.pt/>; Ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Junho de 2009, Proc. n.º 09A0662, in <http://www.dgsi.pt/>; Ac. Supremo Tribunal de

pagamento, pois o bem pertence ao credor, em regra, desde o momento de constituição de garantia. O reforço qualitativo conferido por via de alienação em garantia pode ser mais forte do que a preferência de pagamento e, na alienação em garantia o credor pode transmitir o bem dado em garantia a um terceiro. Aliás, se o devedor não cumprir, o credor poderá satisfazer-se pelo valor do bem dado em garantia, alienando-a nas melhores condições do mercado, satisfazendo com o produto da venda o montante em dívida. Assim, a alienação em garantia de coisa constitui uma modalidade de reforço<sup>1035</sup> qualitativo que não se traduz propriamente em preferência de pagamento.

#### **4. Conceito de garantias reais no AUG**

Diferentemente do Código Civil, o AUG define o termo “garantia”.

Nos termos do artigo 1.º AUG, as garantias são os meios concedidos aos credores, pela lei ou pela convenção das partes, que visam assegurar o cumprimento das obrigações, independentemente da sua natureza. Este conceito de garantia é amplo<sup>1036</sup>, podendo enquadrar tanto a garantia especial como a garantia geral. Não obstante a amplitude do conceito legal, o âmbito do AUG é exclusivamente relativo às garantias especiais. Em relação às classificações, nos termos do artigo 2.º AUG, as garantias pessoais consistem na obrigação de uma pessoa responder pelo cumprimento de obrigação do devedor principal em caso de incumprimento por parte deste, ou à primeira solicitação do beneficiário de garantia. Nos termos do mesmo artigo, as garantias reais consistem no direito de o credor se fazer pagar preferencialmente pelo preço de venda do bem móvel ou imóvel afecto à garantia. Este conceito de garantias especiais parece incompleto, pois deixa de fora a alienação em garantia<sup>1037</sup> e o reforço qualitativo sobre certos bens pode ser obtido por outras vias, nomeadamente a própria alienação em garantia. Na alienação de coisa em garantia é transmitido para o património do credor uma coisa, mantendo-se aí até ao cumprimento por parte do devedor. Parece-nos que estamos na presença de um

---

Justiça, de 12 de Setembro de 2013, Proc. n.º 5478/06.6TVLSB.L1.S1, in <http://www.dgsi.pt/>; Ac. Tribunal da Relação de Guimarães, de 18 de Setembro de 2012, Proc. n.º 1622/12.2TBVCT.G1, in <http://www.dgsi.pt/>; Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, de 29 de Janeiro de 2013, Proc. n.º 147/11.8TBGVA.C1, <http://www.dgsi.pt/> e Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, de 12 de Janeiro de 2010, Proc. N.º 20463/09.8YIPRT.C1, <http://www.dgsi.pt/>.

<sup>1035</sup> Cf. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., p. 65.

<sup>1036</sup> Cf. Cláudia Madaleno, *As Garantias*, cit., p. 296.

<sup>1037</sup> Cf. Jean-Clary Otomou, *La lettre de garantie OHADA*, In *Revue de droit des affaires internationales*, n.º 4 (1999), p. 429.

reforço qualitativo. Aliás, o próprio Acto Uniforme inclui a figura de alienação em garantia no âmbito de garantias especiais.

Todavia, nos termos do artigo 4.º/2 AUG, as garantias reais consistem ou no direito do credor de se fazer pagar preferencialmente pelo preço de venda de um bem afecto à garantia da obrigação do seu devedor, ou no *direito de voltar a livremente dispor de um bem de que seja proprietário em garantia* dessa obrigação. As garantias reais, no âmbito do AUG, não são caracterizadas apenas pela preferência no pagamento, mas incluem também o reforço qualitativo sem preferência. Ou seja, o reforço qualitativo inclui, para além da preferência no pagamento, a exclusividade.

## **5. Enquadramento e sistematização das Garantias na Guiné-Bissau**

Com a reforma do AUG e a consagração legal da figura de alienação em garantia, parece importante efectuar o enquadramento e sistematização das garantias no nosso Ordenamento Jurídico. Chegados a este ponto, estamos em condições de traçar a sistematização e o enquadramento das garantias na Guiné-Bissau. No nosso Direito interno, o conceito de garantias não aparece definido nos textos legais, diferentemente do AUG que contém o conceito amplo de garantia e regula apenas as garantias especiais, razão pela qual consideramos que as garantias gerais não foram afectadas pelo AUG e, as garantias especiais que não contrariam o AUG não foram afectadas. Ainda no âmbito das garantias, é tradicional no nosso sistema de garantias efectua a distinção entre garantias gerais e garantias especiais.

Em relação às garantias especiais, no nosso Direito interno, distinguem-se em garantias pessoais e garantias reais, sendo certo que as garantias pessoais consistem em constituir uma obrigação secundária<sup>1038</sup>, assumida por um outro sujeito que não seja o devedor principal e, garantias reais, na afectação de uma coisa do devedor ou de terceiro à garantia do direito do credor, com preferência de pagamento pelo produto da venda do bem objecto de garantia. Esta classificação também é feita pelo AUG no seu artigo 2.º, que define garantias pessoais como aquelas que consistem na obrigação de uma pessoa responder pelo cumprimento de obrigação do devedor principal em caso de incumprimento por parte deste, ou à primeira solicitação do beneficiário de garantia. Nos termos do mesmo artigo, as garantias reais consistem no direito de o credor se fazer pagar

---

<sup>1038</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias, cit.*, p. 93.

preferencialmente pelo preço de venda do bem móvel ou imóvel afecto à garantia. Estas classificações não abrangem a alienação em garantia, que é uma garantia especial, mas tendo em conta esta classificação, dificilmente se pode considerar real porque não atribui preferência no pagamento, mas investe o credor na propriedade do bem para fim de garantia<sup>1039</sup>. As garantias são passíveis de muitas classificações, ou seja, não há apenas um único critério de classificação<sup>1040, 1041</sup>.

## 6. Relação entre o direito alienado e o crédito garantido

*I. A acessoriedade.* Importa determinar a relação entre o direito alienado e o direito garantido, ou seja, a influência que exercem um sobre o outro em termos do regime jurídico. Nos termos do artigo 2.º AUG salvo disposição em contrário, as garantias nele reguladas consideram-se acessórias<sup>1042</sup> da obrigação cujo cumprimento garantem. JANUÁRIO COSTA GOMES, não obstante a disposição do artigo 627.º CC (no caso da Guiné, artigo 2.º AUG) o problema consiste em determinar o conceito da acessoriedade. Importa determinar quando é que uma obrigação é acessória da outra ou quando é que um direito é acessório de outro. Em regra, foca-se a acessoriedade em lado passivo<sup>1043</sup>. Considera-se que a acessoriedade se traduz numa dependência unilateral de um direito face a outro, o que supõe que um tenha um peso superior a outro. Ou seja, o direito dirigente determina o destino do direito dirigido, mas não vice-versa<sup>1044</sup>. Este peso

---

<sup>1039</sup> Contestando expressamente a natureza real de alienação em garantia, cf. Menezes Leitão, *Garantias*, cit., p. 1.

<sup>1040</sup> Cf. Dominique Legeais, *Droit des Sûretés*, cit., p. 24.

<sup>1041</sup> Ficou demonstrado que Pierre Crocq, *Propriété et Garantie*, Paris, LGDJ, 1995, pp. 270 e ss., elabora uma proposta de classificação que autonomiza a alienação em garantia. O autor adopta dois critérios de classificação, sendo o primeiro o de incidirem sobre bens determinados ou sobre uma massa de bens, e o segundo critério, de possuírem ou não carácter preferencial, apresentando uma classificação nos seguintes termos: Bens determinados + cariz preferencial: *Garantias preferências especiais* – garantias reais tradicionais; Universalidade de bens + cariz preferencial: *Garantias preferenciais gerais*: nomeadamente, os privilégios gerais; Universalidade de bens + ausência de cariz preferencial: *Garantias pessoais*; Bens determinados + ausência de cariz preferencial: *propriedade como garantia* – nomeadamente reserva de propriedade e alienação da propriedade em garantia.

<sup>1042</sup> A acessoriedade significa, em termos lato, que a garantia é moldada tendo em conta as características da obrigação principal – artigo 2.º AUG. Também no Código de 66, as manifestações da acessoriedade podem ser encontradas no regime da finca, artigos 627.º/2, 632.º/1, 639.º e 651.º CC:

A fiança deve obedecer a mesma forma exigida para a obrigação principal; A fiança não pode exceder a obrigação principal; Anulabilidade da dívida principal implica a anulabilidade da fiança, excepto se o fiador conhecia o vício da vontade ou incapacidade do devedor; O fiador pode invocar contra o credor as excepções que o devedor pode invocar; extinta a dívida principal, extingue a fiança; A natureza civil ou comercial da fiança depende da dívida principal. Agora o regime é mesmo independentemente da natureza da dívida – artigo 1.º AUG.

<sup>1043</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória*, cit., p. 108.

<sup>1044</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória*, cit., p. 109.

superior depende de o facto de a regulamentação legal de quem é credor e sob que pressupostos pode esperar a satisfação do seu crédito, só ser realizada relativamente ao direito dirigente, sendo depois essa regulamentação estendida ao direito dirigido, através do esquema de acessoriedade<sup>1045</sup>. Há diversas modalidades de acessoriedade consoante as situações em que *direito dirigente* pode conformar o *direito dirigido* – no nascimento, no âmbito, na manutenção, na consecução e na extinção<sup>1046</sup>. CALVÃO DA SILVA<sup>1047</sup>, em relação à fiança, qualifica a acessoriedade como dependência e subordinação e distingue a dependência genética da funcional e da extintiva. Ensina JANUÁRIO COSTA GOMES<sup>1048</sup> que há diversos graus de acessoriedade, assim como há diversos graus de autonomia no polo oposto. O autor iniciou por proceder à distinção entre acessoriedade da fiança face a outras situações de acessoriedade, começando com o critério subjectivo – sujeitos da relação principal e relação acessória, dando o exemplo da acessoriedade da cláusula penal e da obrigação de juros, que apresentam-se menos complexa do que a acessoriedade da fiança e, nas primeira, os sujeitos da relação acessória coincidem com os da obrigação principal, o que não ocorre na fiança.

Outro critério de distinção tem a ver com a natureza da prestação do devedor principal e do devedor acessório (critério objectivo ou material). Na cláusula penal, a prestação do devedor não é necessariamente pecuniária. O autor procede à distinção entre acessoriedade fraca, média e forte. Seria acessoriedade fraca aquela que designa os casos de mera dependência existencial, como o caso da obrigação de juros. Seria média a acessoriedade os casos *cinzentos*, uma acessoriedade mais intensa do que a mera dependência genética e extintiva, não haja uma plena actuação de acessoriedade. Por fim, seria acessoriedade forte, os casos em que acessoriedade no nascimento, funcionamento e na extinção. Outra dúvida que se suscita é a seguinte: a acessoriedade é sinónima de dependência unilateral? Considera-se que não é possível equiparar a acessoriedade à dependência unilateral do direito de garantia face ao crédito, na medida em que tal dependência é comum a todos os direitos de garantia ligados ao crédito. Ou seja, atualmente, há garantias ligadas ao crédito que não sejam acessórias. Sustenta JANUÁRIO COSTA GOMES<sup>1049</sup> que o fim da garantia não se integra na acessoriedade.

---

<sup>1045</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória*, cit., p. 109. Sobre os termos “direito dirigente” e “direito dirigido”, cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória*, cit., p. 108.

<sup>1046</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória*, cit., p. 109.

<sup>1047</sup> Cf. João Calvão da Silva, *Garantias Acessórias e Garantias Autónomas*, in *Estudos de Direito Comercial (Parecer)*, Almedina, Coimbra, 1999 (Reimpressão), PP. 327-361, p. 334.

<sup>1048</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória*, cit., p. 110 ss.

<sup>1049</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória*, cit., p. 114 ss.

A acessoriedade apresenta-se como uma eficaz e impressiva técnica de ligação de dois créditos ou dois débitos, mas não é capaz de explicar todo o regime da relação fidejussória. Conclui o autor que a dependência e acessoriedade relacionam-se entre si como *genus* e *species*, sendo a acessoriedade uma dependência especialmente qualificada, ou o caso mais qualificado de dependência, que se manifesta no nascimento, no âmbito, na manutenção, na consecução e na extinção. Na alienação em garantia, a relação obrigacional que antecede<sup>1050</sup> a própria alienação em garantia é um pressuposto da função jurídica da garantia. Intercede uma relação de garantia entre o direito de crédito e o direito da propriedade<sup>1051</sup>. A matéria da autonomia da garantia tem constituído objecto reservado ao universo das garantias pessoais, mas merecem análise no âmbito das garantias reais. Diferentemente das garantias acessórias, nomeadamente penhor e hipoteca, na alienação em garantia, o direito da propriedade sobre a coisa transfere-se da esfera jurídica do alienante para o beneficiário da garantia (e torna-se proprietário da coisa), ainda que tenha obrigações que caracterizam a posição do fiduciário.

No penhor e na hipoteca, não se verifica tal transferência de propriedade, ou seja, o núcleo duro da garantia é a preferência no pagamento artigos 666.º e 686.º CC e os artigos 92.º AUG. O penhor é um contrato pelo qual o autor do penhor confere ao credor o direito de ser pago *preferencialmente*... 197.º AUG, enquanto a hipoteca confere ao seu titular um direito de seqüela e um direito de *preferência no pagamento*. Parte-se do pressuposto<sup>1052</sup> que tal preferência no pagamento existe ou extingue-se com o desaparecimento da obrigação garantida. Aliás, já vimos que, nos termos do artigo 2.º AUG, salvo disposição em contrário, as garantias nele reguladas consideram-se acessórias. Se se extinguir a obrigação garantida, para o Direito, a propriedade do beneficiário/adquirente deixa de ter uma justificação razoável<sup>1053</sup>. Todavia, ainda juridicamente, essa extinção da obrigação não opera a extinção do direito de propriedade

---

<sup>1050</sup> As garantias surgem sempre ligadas à concessão de crédito, seja por diferimento do preço na compra e venda, seja por mútuo. A ligação não é necessária, há diversos casos em que o crédito é concedido sem ser acompanhado de garantia – crédito em branco. Nestes casos, é necessário que o devedor apresente grande *capacidade negocial e patrimonial*. Em regra, sem garantia, o crédito não seria concedido ou então sê-lo-ia a preços muito elevado para *compensar* o risco de incumprimento.

<sup>1051</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia cit.*, p. 301.

<sup>1052</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia cit.*, p. 303.

<sup>1053</sup> Por isso, o adquirente deve retransmitir o bem ao alienante, na medida em que a garantia perde a sua causa. Assim, a recusa da retransmissão pode dar ao À responsabilidade civil ou, subsidiariamente, o enriquecimento sem causa, cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia cit.*, p. 306.



na esfera jurídica do beneficiário/adquirente. Assim, a alienação em garantia pode ser qualificada como garantia autónoma<sup>1054</sup>.

*II. A subsidiariedade e a alienação em garantia.* Nas garantias pessoais, *maxime* na fiança, o fiador só pode ser chamado a cumprir no caso de incumprimento da obrigação principal. A subsidiariedade está associada a “*algo que vem depois de*”<sup>1055</sup>. A principal manifestação da subsidiariedade é a possibilidade de invocação do benefício da excussão prévia, nos termos do artigo 628.º CC. Apenas depois de esgotadas as vias de acção contra o património do devedor principal e mantiver algum valor em dívida é que o credor pode atingir o património do fiador, exigindo-lhe o cumprimento, executando os seus bens. Na fiança solidária, que é regra no AUG, o fiador não goza do benefício da excussão prévia, mas existe ainda a subsidiariedade na medida em que o fiador só pode ser interpelado após o incumprimento do devedor principal, mas aqui o credor não está obrigado a accionar primeiro o devedor principal, nem a excutir previamente<sup>1056</sup> todos os seus bens.

---

<sup>1054</sup> A acessoriedade não se limita a estabelecer ligação entre o crédito e a garantia, através de um acordo específico, mas exige que estes momentos sejam simultâneos permitindo que o poder jurídico relacionado com o poder de direito de garantia se ajuste imediatamente ao conteúdo do crédito. Todavia, a acessoriedade, não se confunde com o fim da garantia. O fim da garantia resulta do facto de a generalidade das garantias conformarem uma realidade que não dispensa uma relação material com uma situação jurídica diversa que a precede. A acessoriedade consiste numa união condicionante não apenas da existência, mas também do desenvolvimento e da subsistência da garantia. Na alienação em garantia, as partes com base num acordo, ligam um acto translativo do direito a uma função de garantia de um crédito, o que não é suficiente para qualificar a alienação em garantia numa garantia acessória da obrigação principal. Por outro lado, na alienação em garantia, a ligação entre o acto translativo do direito a uma função de garantia de crédito não é suficiente para criar um sinalagma entre a obrigação garantida e a atribuição do bem para efeitos de garantia. Nas garantias acessórias, a influência que o crédito garantido exerce sobre a garantia, deriva da própria lei, na alienação em garantia, é o negócio fiduciário que impõe a ligação funcional e é o fim da garantia (causa) que explica as limitações de natureza obrigacional, cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia cit.*, p. 305.

<sup>1055</sup> Sobre o conceito da subsidiariedade, cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória, cit.*, p. 964, com vasto leque de bibliografia.

<sup>1056</sup> Pode accionar e executar o fiador logo que se verifique o incumprimento por parte do devedor principal. A subsidiariedade era uma característica meramente eventual na fiança civil, e consiste, em termos gerais, no facto do fiador poder impedir a execução dos seus bens, enquanto o devedor principal tiver bens que possam ser executados no seu património. A subsidiariedade não significa que o fiador não possa ser demandado ainda antes de serem executados todos os bens do devedor principal. Ela permite-lhe apenas que evite a execução dos seus bens enquanto não se tenha verificado a referida execução dos bens do devedor. A subsidiariedade manifesta-se no benefício da excussão prévia, artigo 638.º CC, e que encontra tradução processual em sede do processo executivo no artigo 828.º CPC – permite ao fiador opor-se à penhora dos seus bens enquanto não estiverem esgotados todos os bens do devedor principal. Ainda, nos termos do artigo 638.º n.º 2 CC, se o fiador provar que o incumprimento se deveu à culpa do credor, pode manter a recusa não obstante a excussão de todos os bens do devedor principal. No Direito Interno, dispõe o artigo 638.º CC: *Ao fiador é lícito recusar o cumprimento enquanto o credor não tiver executado todos os bens do devedor sem obter a satisfação do seu crédito* – regime supletivo - fiança simples. Por outro lado, nos termos do artigo 101.º C Com., *todo o fiador de obrigação mercantil, ainda que não seja comerciante, será solidário com o respectivo afiançado* – regime supletivo – fiança solidária. Em relação à OHADA, dispõe o artigo 1.º AUG: *considera-se garantia a afectação em benefício de um credor de um bem, de um conjunto de bens ou de um património a fim de garantir o cumprimento de uma obrigação ou de um conjunto de obrigações, independentemente da respectiva natureza jurídica, quer sejam presentes ou futuras, determinadas ou determináveis, condicionais ou incondicionais, quer seja o respectivo montante fixo ou*

Também nas garantias reais, a garantia, em princípio só pode ser executada no caso de incumprimento do devedor principal. A subsidiariedade não se confunde com a acessoriedade, na medida em que a obrigação subsidiária não é moldada pelas características da obrigação principal.

Na alienação em garantia, o direito transfere-se para a esfera jurídica do credor/adquirente antes de incumprimento da obrigação garantida. Esta transferência não se confunde com a falta de subsidiariedade porque não ocorre no âmbito da execução da garantia, mas sim no âmbito da sua constituição. Aliás, com o cumprimento da obrigação garantida, a garantia perde a sua causa e, por isso, a recusa do credor em restituir o bem depois do cumprimento pode gerar obrigação de indemnizar o alienante/devedor, ou recorrer ao instituto do enriquecimento sem causa subsidiariamente.

Esta subsidiariedade e a causa de garantia contribuem na caracterização da posição do fiduciário/adquirente/credor, ou seja, mesmo sendo titular de direito, deve exercê-lo como limitações e não como um titular normal. Por exemplo, no âmbito do AUG, podemos encontrar esta manifestação da subsidiariedade na matéria de alienação de soma monetária em garantia.<sup>1057</sup> Dispõe o artigo 91.º AUG: *à data do vencimento e em caso de cumprimento integral do crédito garantido, os fundos inscritos na conta são restituídos ao autor da garantia. Em caso de incumprimento do devedor e oito dias após o autor da garantia ter sido devidamente avisado, pode o credor exigir a entrega dos fundos alienados no limite do montante dos créditos garantidos que permaneçam por pagar.* Se o devedor não cumprir, o credor pode, através da execução da garantia, passar a exercer todos os direitos sobre o bem que já lhe pertencia desde o momento da constituição da garantia, extinguindo assim os deveres que caracterizam a posição do fiduciário.

Por outro lado, o efeito translativo do direito que decorre da constituição da garantia não se confunde com a adjudicação<sup>1058</sup>, pois a aquisição por adjudicação ocorre

---

*variável.* Com efeito, considera-se que este AUG é aplicável qualquer que seja a obrigação garantida, ou seja, quer se trate de obrigação civil, quer comercial. Quanto ao âmbito de aplicação, a excepção consta do artigo 4.º, § 4 AUG, nos termos do qual, *as garantias próprias dos Direitos fluvial, marítimo e aéreo, as garantias legais que não as reguladas pelo presente Acto Uniforme, bem como as garantias do cumprimento de contratos concluídos exclusivamente entre instituições de financiamento podem ser objecto de legislação especial.* Quanto ao regime, de acordo com a letra da lei, a regra supletiva é da solidariedade, isto é, em regra, os fiadores não gozam do benefício da excussão prévia, pelo que os credores os podem accionar, não podendo recusar o cumprimento com o fundamento de que o credor ainda não executiu o património do devedor principal.

<sup>1057</sup> Será desenvolvido na parte dedicada à alienação do dinheiro em garantia.

<sup>1058</sup> Consta do artigo 799.º CPC: 1 - O exequente pode pretender que lhe sejam adjudicados bens penhorados, não compreendidos nos artigos 830.º e 831.º, para pagamento, total ou parcial, do crédito.

no âmbito de execução judicial e diferentemente da alienação em garantia, a transmissão opera no âmbito da constituição da garantia. As partes ligam o acto translativo de direito a uma função de garantia de cumprimento. Esta transmissão também não se confunde com a lógica da venda a retro, pois nesta há faculdade de o vendedor resolver *ad nutum* o contrato durante um certo período de tempo e, em consequência, readquirir a propriedade da coisa vendida sem ser necessária a celebração de um novo contrato para que ocorra a retransmissão do direito, bastando o exercício, de acordo com as exigências legais, do direito de resolução. Na alienação em garantia, o credor adquire o direito com o fim de assegurar o cumprimento da obrigação e constitui um negócio em si mesmo, enquanto a venda a retro constitui apenas uma das modalidades da compra e venda. Na alienação em garantia, em regra, diferentemente da venda a retro (resolução) com o cumprimento, o direito não se retransmite automaticamente para esfera jurídica do alienante.

---

2 - O mesmo pode fazer qualquer credor reclamante, em relação aos bens sobre os quais tenha invocado garantia; mas, se já houver sido proferida sentença de graduação de créditos, a pretensão do requerente só é atendida quando o seu crédito haja sido reconhecido e graduado.

## CAPÍTULO III

### O DIREITO DE PROPRIEDADE E A SUA UTILIZAÇÃO PARA FINS DE GARANTIA

#### 1. A propriedade como objecto de garantia

*I. Generalidades.* Nos termos dos artigos 72.º e seguintes do AUG, a propriedade de um bem pode ser reservada até ao cumprimento da obrigação. É igualmente admissível que o proprietário de uma coisa possa transferir o seu direito de propriedade para garantir o cumprimento de uma obrigação. É o que sucede na alienação em garantia, em que a propriedade do bem é transferida para a esfera jurídica do credor para garantia do seu crédito. A alienação em garantia foi consagrada na reforma de 2010 e surge na parte referente das garantias mobiliárias. O AUG consagrou duas modalidades da *propriedade* - *Garantia*, a saber: a reserva de propriedade e a alienação da propriedade em garantia.

*II. O reconhecimento da propriedade – garantia.* O AUG e admite a utilização da propriedade para fins de garantia. Os artigos 72.º e seguintes do AUG consagraram a reserva da propriedade, alienação da propriedade em garantia, cessão de crédito em garantia e a transferência da soma monetária em garantia. Estas garantias têm um aspecto em comum, que é a titularidade do bem em função de garantia. Estas figuras já vinham, como vimo, a ser admitidas no Direito francês desde 2007. O nosso Código Civil, Código Comercial e legislações avulsas não consagraram a figura de alienação em garantia. O penhor e a hipoteca sempre constituíram as principais garantias reais voluntárias no nosso Ordenamento jurídico.

*III. Natureza de propriedade e o princípio de *numerus clausus* dos Direitos Reais.* A *Hostilidade tradicional*.<sup>1059</sup> A hostilidade tradicional em relação à utilização da propriedade para fins de garantia justifica-se por motivos teóricos. No ordenamento bissau-guineense tal decorre nomeadamente, da proibição do pacto comissório, da natureza de propriedade e do princípio de *numerus clausus* dos direitos reais.

*1.º Argumento. Proibição do pacto comissório.* Este ponto, sem intenção de analisar a compatibilidade ou não<sup>1060</sup> da proibição do pacto comissório com a alienação em garantia, visa essencialmente realçar os principais argumentos para sustentar a tese de não admissibilidade de alienação em garantia no nosso Ordenamento Jurídico. Nos

<sup>1059</sup> Seguimos no essencial, de perto o Dominique Legeais, *Droit des Sûretés*, cit., p. 447 e seguintes.

<sup>1060</sup> Sobre esta questão, por todos, cf. Catarina Pires, *Alienação*, cit., p. 151 e seguintes.

termos do artigo 694.º do Código Civil, é nula, mesmo que anterior à constituição da hipoteca, a cláusula pela qual o credor fará sua coisa onerada, no caso de o devedor não cumprir. Preceito extensível ao penhor e consignação de rendimentos, *ex vi* dos artigos 678.º e 665.º do Código Civil.

Em termos legais, tradicionalmente, nos termos do AUG de 1997, a execução hipotecária foi sempre efectuada judicialmente na sequência de apreensão do bem objecto de garantia.<sup>1061</sup> A reforma do AUG, em relação aos bens móveis, admite a figura da alienação em garantia, permitindo que o bem dado em garantia seja transmitido para a esfera jurídica do credor até ao cumprimento da obrigação. Em relação aos imóveis, os novos artigos 198.º e 199.º AUG determinam que "*pode ser acordado no contrato de hipoteca que o credor se torne o proprietário do imobiliário hipotecado*". O credor hipotecário pode assim evitar o demorado e dispendioso procedimento de execução hipotecária. Tendo em conta os requisitos destes preceitos, nomeadamente a necessidade de avaliação prévia do valor do bem dado em hipoteca, esta figura aproxima-se mais do pacto marciano do que pacto comissório. Todavia, esta solução deve encorajar os credores, vendo nesta solução uma felicidade na execução hipotecária. Esta questão será retomada e desenvolvida no âmbito do regime de alienação da propriedade em garantia.

2.º *Argumento - A Natureza do direito de propriedade.* Tendo em conta a natureza do direito de propriedade, considera-se que este não pode ser utilizado para fins de garantia porque a garantia possui um carácter acessório. O sujeito que adquire a propriedade de um bem, em regra, pode exercer todos os direitos derivados das características da propriedade: uso, fruição e disposição. O direito de propriedade está plasmado e regulado no Código Civil, no Livro III, TÍTULO II - Do direito de propriedade. Portanto, a sua relevância jurídica é evidente, como direito real por excelência. Deste direito sobressai a sua tendencial plenitude, uma vez que a propriedade abrange, geralmente, todos os direitos sobre a coisa. Nos termos do artigo 1305.º CC, *O proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas.* Na alienação da propriedade em garantia, a propriedade apresenta um carácter temporária e os direitos do credor/proprietário são limitados e, obriga-se a restituir o bem dado em garantia se a obrigação garantida pelo mesmo for cumprida.

---

<sup>1061</sup> Cf. Apollinaire A. de Saba, *La protection du créancier dans la procédure simplifiée de recouvrement des créances civiles et commerciales; droit de l'OHADA et pratique Européenne*, 2.ª ed., Global Finance Securities, collection Pratiques judiciaires et législatives, 2011, p. 11.

### 3.º Argumento. *Numerus clausus de Direitos Reais*

No jurídico ordenamento jurídico bissau-guineense prevalece o princípio da tipicidade dos direitos reais, nos termos do artigo 1306.º CC. Este princípio vale para todos as modalidades de direitos reais. Este princípio visa conferir a segurança jurídica e, por isso, é discutível se a criação de novas garantias sobre coisas, nomeadamente alienação em garantia, não vai perturbar as regras do concurso entre os credores<sup>1062</sup>.

IV. *Os problemas da utilização da propriedade em garantia -Antevisão*<sup>1063</sup>. É possível prever os problemas que a utilização de propriedade em garantia poderá vir a causar. O Direito alemão consagra tradicionalmente este sistema. O Direito alemão é considerado como um modelo para a doutrina que apoia a generalização de alienação em garantia em França<sup>1064</sup>. A alienação em garantia pode pôr em causa as actividades empresariais. A alienação fiduciária pode favorecer conflitos e, em consequência, gerar a insegurança jurídica. Por fim, questiona-se se era apenas necessário reforçar os poderes dos credores pignoratícios e dos credores hipotecários em vez da consagração de alienação da propriedade em garantia.

V. *Multiplificação de conflitos*. Na Alemanha, as garantias baseadas no direito de propriedade são ocultas, o que cria dificuldades nas relações entre os devedores, fornecedores e estabelecimentos de crédito. O credor pode ter dificuldades em conhecer a situação real das garantias recebidas, sobretudo aos fornecedores e os estabelecimentos de crédito, o que pode dar azo a litígios entre o credor titular de direito de propriedade em garantia e outros credores sobre o mesmo bem.<sup>1065</sup>

VI. *Incoerência do sistema de garantias*. A permissão de utilização de propriedade em garantia visa reforçar a garantia dos credores. Todavia, esta consagração não parece muito coerente num sistema de garantias, dado que sacrifica alguns credores com o objectivo de evitar algumas consequências dos processos de insolvência. Por isso, há quem considere que é mais lógico adoptar um sistema hipotecário que evite todos os desperdícios de crédito<sup>1066</sup>. Na Alemanha, os credores pignoratícios e os credores proprietários beneficiam dos mesmos direitos. A vantagem do recurso à alienação da propriedade em garantia é a preservação da confidencialidade do negócio devido ao carácter oculto da alienação fiduciária em garantia. Em França, DOMINIQUE

---

<sup>1062</sup> Cf. Dominique Legeais, *Droit des Sûretés*, cit., p. 22.

<sup>1063</sup> Seguimos no essencial, de perto o Dominique Legeais, *Droit des Sûretés*, cit., p. 448 e seguintes.

<sup>1064</sup> Cf. R. Serick, *Les Sûretés Réelles Mobilières en Droit Allemand*, LGDJ, 1990, p. 27.

<sup>1065</sup> Cf. Dominique Legeais, *Droit des Sûretés*, cit., p. 448.

<sup>1066</sup> Cf. Dominique Legeais, *Droit des Sûretés*, cit., p. 449.

LEGEAIS<sup>1067</sup> sustenta que a consagração da garantia baseada na propriedade não constitui uma necessidade.

## **2. Confronto entre alienação em garantia e direitos reais, *máxime*, propriedade**

Um dos principais argumentos técnico-jurídicos da não admissão da alienação da propriedade garantia estão relacionados com os Direitos Reais. A alienação em garantia, quando tem por objecto coisas corpóreas, não deixa de suscitar interesse no estudo de Direitos Reais. Os direitos reais proporcionam o aproveitamento de uma coisa corpórea e, este aproveitamento pode ser variado, nomeadamente os direitos reais que proporcionam o gozo da coisa, direitos reais de aquisição e os direitos reais de garantia que se limitam a assegurar a aquisição de um outro direito ou a possibilidade de realizar dinheiro com a venda da coisa.<sup>1068</sup>

## **3. Sumária referência ao desenvolvimento histórico da propriedade**

I. *Enquadramento*. A análise histórica - evolutivo da alienação fiduciária em garantia, sobretudo da propriedade, está de certa forma, interligada com a própria propriedade que influencia na sua elaboração e admissibilidade. Parece-nos que a análise histórica - evolutiva da alienação fiduciária da propriedade em garantia não deve ser efectuada atendendo única e exclusivamente à concreta configuração do negócio fiduciário. Por isso, procuraremos, de forma sumária, referir os modos de transmissão e as características que a propriedade assumiu historicamente e, sendo, em regra, objecto de alienação fiduciária, a sua configuração nos ordenamentos jurídicos que mais exercem influencias sobre o nosso. O direito da propriedade constitui objecto de alienação na alienação da propriedade em garantia. Todo instituto jurídico tem a respectiva origem na história. Sempre houve regras jurídicas no sentido de harmonizar os interesses do proprietário na utilização de direito de propriedade e outros interesses, motivo pelo qual, em face da modulação efectuada pela alienação em garantia a este direito, se impõe um estudo sumário, que não tem a pretensão de o esgotar.

---

<sup>1067</sup> Cf. Dominique Legeais, *Droit des Sûretés*, cit., p. 449.

<sup>1068</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 88.

II. *Propriedade nos tempos pré-romanos*. Alguns consideram que só havia propriedade colectiva. Alguns consideram ainda que havia propriedade individual sobre alguns utensílios, nomeadamente armas e vestuários. Estas teorias formam baseadas em presunções.<sup>1069</sup>

III. *Propriedade no Direito Romano*. No Direito romano, a qualidade de proprietário era sinónimo da liberdade. A propriedade era a expressão mais viva da independência do cidadão<sup>1070</sup> e, inicialmente, o proprietário tinha uma autonomia vasta em relação à propriedade. A propriedade era perspectivada como um direito vocacionado a desempenhar, de modo exclusivo<sup>1071</sup>, a vontade a vontade do seu titular sem interferência<sup>1072</sup> do Estado<sup>1073</sup>.

IV. *Propriedade civil – Quiritium*. A propriedade romana revestia a forma de propriedade civil e propriedade bonitária. A primeira pertencia aos cidadãos romanos e a latinos e estrangeiros contemplados com *ius commercii* e tinha por objecto coisas móveis e imóveis sitas em Itália<sup>1074</sup> e nas cidades ultramarinas assimiladas.<sup>1075</sup> Esta propriedade não foi definida<sup>1076</sup> pelos juristas antigos, pois estas apenas descreviam o respectivo conteúdo. A propriedade conservava constantemente um facto físico que se confundia com a substância do seu objecto e não podia transmiti-lo sem transferência material de tal substância.<sup>1077</sup> O segundo era uma posse protegida enquanto não decorresse o prazo para a aquisição propriedade através da *usucapio*<sup>1078</sup>. A propriedade romana tinha um conteúdo que permitia ao proprietário utilizar e extrair utilidades sobre a coisa sem coisa alterar; aproveitar os frutos periódicos da coisa sem alterar a sua substância; possuir, obter e dispor da coisa.<sup>1079</sup> O direito da propriedade foi sendo cada vez mais limitado por interesses públicos, religiosos, morais e privados<sup>1080</sup>. Ao lado da propriedade privada

---

<sup>1069</sup> Cf. A. Santos Justos, *Direitos Reais*, cit., pp. 219.

<sup>1070</sup> Cf. Lodovico Barassi, *La Proprietà – con riferimento al progetto di codice civile*, Giuffrè, Milão, 1939, p. 51 ss.

<sup>1071</sup> Cf. P. Agerson Taborsa, *Direito Romano*, FA7, Fortaleza, 2007, p. 229.

<sup>1072</sup> Cf. Paul Jörs, *Derecho Privado Romano*, Labor, 1937, Barcelona, p. 172.

<sup>1073</sup> Cf. Pietro Pierlingiere, *Introduzione alla Problematica della Proprietà*, Jovene Editore, Itália, 1970, p. 61.

<sup>1074</sup> Cf. Antonio Guarino, *Profilo di Diritto Privato Romano*, 4.<sup>a</sup> ed., Jovene, Nápoles, 1965, p. 229.

<sup>1075</sup> Cf. Lucien Jansse, *La Propriété, le regime des biens dans les civilisations occidentales*, Les Editions Ouvrieres Economie et Humanisme, Paris, p. 54.

<sup>1076</sup> Cf. Fritz Schurz, *Derecho Romano Classico*, BOSCH, Barcelona, 1960, p. 326.

<sup>1077</sup> Cf. Lucien Jansse, *La Propriété*, cit., p. 55.

<sup>1078</sup> Cf. A. Santos Justos, *Direitos Reais*, cit., p. 220.

<sup>1079</sup> Cf. Lucien Jansse, *La Propriété*, cit., p. 55.

<sup>1080</sup> Sobre limitações do direito de propriedade no Direito Romano, cf. A. Santos Justo, *Direito Privado Romano*, III (Direitos Reais), Coimbra Editora, Coimbra, pp. 30 a 38.



havia propriedade pública<sup>1081</sup>. A propriedade civil romana (*dominium ex iure Quiritium*)<sup>1082</sup> estava reservada aos cidadãos romanos. Era uma propriedade exclusiva, existindo duas excepções: a primeira era a propriedade indivisa, que corresponde à actual compropriedade e a segunda era a existência de outros direitos reais derivados da propriedade, nomeadamente usufruto, penhor, são direitos que não conferem a plenitude que o direito de propriedade conferia. O *dominium ex iure quiritium*<sup>1083</sup> era um direito real com maior plenitude e era um direito conferido pelo Direito romano a uma minoria privilegiada.<sup>1084</sup>

Este direito devia ser adquirido segundo o modo romano de aquisição, respeitando as formas de emancipação para a transferência de propriedade *mancipatio - per aes et libram*. O direito devia incidir sobre coisas romanas, tendo por objecto as coisas sitas em Itália<sup>1085</sup>;

Este direito conferia ao proprietário o poder pleno<sup>1086</sup> sobre a coisa e conferia o direito de agir conforme lhe aprouvesse<sup>1087</sup> sobre a coisa e o direito de impedir terceiros de praticar qualquer acto sobre a mesma. Todavia, eram conhecidas em Roma algumas limitações<sup>1088</sup> do exercício do direito da propriedade, alguns de ordem privada e algumas de ordem pública.<sup>1089</sup>

Esta propriedade tinha uma distinção em termos de objecto entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*.<sup>1090</sup> *Res Mancipi* constituía um número limitado de objectos, nomeadamente e a terra, escravos, meios de transporte<sup>1091</sup>. Ou seja, inclui o que, no início do império romano constituía as principais riquezas e incluía os principais meios de exploração agrícola<sup>1092</sup>. As outras coisas<sup>1093</sup> constituem *res nec Mancipi*.<sup>1094</sup>

---

<sup>1081</sup> Cf. A. Santos Justos, *Direitos Reais*, cit., p. 221.

<sup>1082</sup> *Ius Quiritium* tinha diversos significados, um deles era para qualificar a situação do *dominium civilistico*, cf. Antonio Guarino, *Le Origini Quiritare – raccolta di scritti romanistici*, Jovene, Nápoles, 1973, p. 180.

<sup>1083</sup> Cf. Antonio Guarino, *Profilo di Diritto Privato Romano*, 4.<sup>a</sup> ed., Jovene, Nápoles, 1965, p. 229

<sup>1084</sup> Cf. J. Malafosse /P. Ourliac, *Histoire du droit prive, II: les Biens*, PUF, 1971, p. n.º 43 a 44.

<sup>1085</sup> Cf. Luigi Gapogrosi Colognesi, *La Construzione del Diritto Privato Romano*, Il Mulino, Bolonha, 2016, p. 215.

<sup>1086</sup> Cf. Gian Gualberto Archi, *Scritti di Diritto Romano – metodologia e giurisprudenza, studi di diritto privato*, I, Giuffrè, Milão, 1981, p. 210.

<sup>1087</sup> Cf. Michel Villey, *Direito Romano*, (Título original: *Le Droit Romain*, trad. Fernando Couto), Resjuridica, Porto, (s.d.), p. 127.

<sup>1088</sup> Cf. Giovanni, Pugliese, *Istituzioni di Diritto Romano*, PICCIN, Padova, 1986, p.133.

<sup>1089</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy/André Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, p. 327.

<sup>1090</sup> Cf. Gayo, *Institutiones*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, p. 111.

<sup>1091</sup> Cf. Philippe Malaurie, Laurent Aynès, *Les biens*, Defrénois, 2007, p. 187.

<sup>1092</sup> Cf. João de Castro Mendes, *História do Direito Romano*, AAFDL, Lisboa, 1965, p. 118.

<sup>1093</sup> Cf. Massimo Brutti, *Il Diritto Privato Nell'Antica Roma*, G. Giappichelli, Torino, 2015, p. 273.

<sup>1094</sup> Cf. Emilio Betti, *Diritto Romano – Parte Generale*, Seminario, Padova, 1935, p. 696.

V. *Bonorum possessio* -propriedade bonitária. No caso da propriedade de uma *res nec Mancipi*, a transferência era feita através da tradição da coisa. A propriedade bonitária era a propriedade protegida pelo direito pretório<sup>1095</sup>. Tratava-se de uma posse<sup>1096</sup> que, contanto que reunidos os requisitos necessários, o *praetor*<sup>1097</sup> protegia enquanto não decorresse o prazo suficiente para que, por meio da *usucapio*, se transformasse em propriedade civil. Existia uma acção especial criada pelo *Publicius*. Esta acção permitia ao proprietário *bonitário* intentar uma acção contra os terceiros para reivindicar a sua propriedade ou perturbação da posse, demonstrando o seu domínio de facto sobre a coisa. No fundo, a diferença entre *quiritium* e *bonorum possessio*<sup>1098</sup> era a formal.<sup>1099</sup> A diferença entre a propriedade civil e propriedade bonitária foi-se extinguindo progressivamente devido a extinção da diferença entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*. As cerimónias de *mancipatio* foram substituídas pela redacção de um documento escrito que servisse de prova e validade de transmissão da propriedade. Mais tarde a transferência por tradição foi estendida para todos os bens e o Código Justiniano extinguiu a *mancipatio*, bem como a distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, ficando interdito o uso do termo *jure quirintum*.<sup>1100</sup>

VI. *Ex jure gentium* – propriedade peregrina. Inicialmente, em Roma, os estrangeiros (peregrinos) não podiam adquirir a propriedade civil, mesmo que a quisessem adquirir de um cidadão romano. Todavia, existiam possibilidades restritas de reconhecimento da propriedade dos estrangeiros<sup>1101</sup>. Se o titular de direito fosse um peregrino, ou seja, um habitante dos territórios conquistados, não podia ter propriedade civil porque, em regra, os peregrinos não eram contemplados com *ius commercii*. Após 212 d.C., a propriedade peregrina desapareceu, já que todos os habitantes livres do

<sup>1095</sup> Cf. Paul Jörs, *Derecho Privado Romano*, (tradução de L. Prieto Castro), Labor, Madrid, 1937, p. 177.

<sup>1096</sup> Cf. Ebert Chamoun, *Instituições de Direito Romano*, 4.ª ed., Forense, São Paulo, 1962, p. 231.

<sup>1097</sup> O *praetor* teria sido a denominação da mais alta Magistratura do início da República. Sobre a figura de *Praetor*, cf. E. Labut, *Histoire de la Préture*, Ernest Thorin, 1986, U. Brasiello, *Pretore Gaiano e pretore imperiale*, Giuffrè, Milão 1951, pp. 149 156, Carlos Alexandre Böttcher, *História da Magistratura - O Pretor no Direito Romano*, LCTE, São Paulo, 2011, pp. 77 a 79 e Mario Talamanca (cord.), *Lineamenti di Storia del Diritto Romano*, Giuffrè, Milão, 1989, p. 130.

No Direito Romano, *possessio* era um termo usado para identificar a posição em que um sujeito se encontra relativamente a uma coisa corpórea. O *possessor* é aquele que tem o domínio da coisa, exercendo o seu senhorio sobre a coisa e expressa-se fisicamente e corresponde a um domínio material sobre a mesma coisa, cf. José Alberto Vieira, *A Posse. Estudos Sobre o seu Objecto e Extensão. Perspectiva Histórica e de Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 20ss.

<sup>1099</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy/André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 301.

<sup>1100</sup> Cf. Jean Louis Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 32.

<sup>1101</sup> Cf. Luigi Capogrossi Colognesi, *Cittadini e Territorio – Consolidamento e trasformazione nella "civitas Romana"*, Sapienza, Roma, 2000, pp. 104 a 106.

Império Romano receberam a cidadania romana e tornaram-se cidadãos romanos, depois do Edito de Caracala.<sup>1102</sup>

*VII. Propriedade provincial.* A propriedade provincial era constituída pelas terras das províncias romanas, propriedade do Estado, os quais podiam ser usadas pelos particulares através do *usus*, do *fructus*, do *prossessio* ou *habere possidere*. Quem possuía essas terras pagava ao Estado pelo seu uso. Esta propriedade diz respeito às terras conquistadas pelos romanos, motivo pelo qual estavam sujeitas a um regime jurídico diferente da terra sita em Itália. Os agricultores dessas terras não podiam exercer o *dominium*, mas desde que pagassem os impostos sobre a mesma terra, poderiam conservar o direito de usar e fruir sobre a mesma.<sup>1103</sup> Havia possibilidade de transmissão *inter vivos* ou *mortis causa* desta propriedade. Todavia, esta propriedade não podia ser adquirida por usucapião e era transmitida apenas pela tradição. A lei não reconhecia esta realidade como propriedade, mas um simples estado de facto, que era designado por *possessio*, *ususfructus* ou *usus*. No entanto, o proprietário provincial podia ser protegido pelos governadores das províncias no exercício das suas autoridades judiciais.<sup>1104</sup>

*VIII. As compilações de Justiniano - Fusão das propriedades.* As propriedades com *status* inferior à propriedade civil desapareceram e as compilações de Justiniano estabeleceram um regime único de propriedade, denominado *proprietas* ou *dominium*, aplicável a todos os sujeitos e a todas as coisas.<sup>1105</sup> Ou seja, houve uma fusão da propriedade civil com a propriedade bonitária. Foi estendida a *res nec Mancipi* aos *fundi* situados nas províncias e a *mancipatio* foi substituída pela *traditio* na *atio publiciana* e a distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi* foi substituída pela distinção entre coisa móveis e coisas imóveis.<sup>1106</sup> As necessidades económicas exigiam o alargamento de âmbito de aplicação das normas sobre o direito de propriedade civil, pois só se aplicava aos cidadãos romanos e as coisas romanas e o formalismo dos respectivos modos de transferência eram muito complexos<sup>1107</sup>. No direito romano, até nas compilações de Justiniano, não existia uma definição do conceito técnico-jurídico da propriedade - *dominium* ou *proprietas*<sup>1108</sup>, limitando-se a estabelecer vagamente o seu conteúdo que

---

<sup>1102</sup> Cf. Jean Louis Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 30.

<sup>1103</sup> Cf. Jean Louis Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 29.

<sup>1104</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy/André Castaldo, *Histoire, cit.*, p. 345.

<sup>1105</sup> Cf. J. Malafosse /P. Ourliac, *Histoire, cit.*, n.º 41 a 44.

<sup>1106</sup> Cf. A. Santos Justo, *A Propriedade no Direito Romano. Reflexões no Direito Português*, BFD, LXXXV (separata pp. 99-120), Coimbra, 1999, p. 108.

<sup>1107</sup> Cf. J. Malafosse /P. Ourliac, *Histoire, cit.*, n.º 41 a 44.

<sup>1108</sup> Cf. Jean Louis Halpérin, *Histoire, cit.*, p. 33.

confere, em resumo, as seguintes faculdades e restrições<sup>1109</sup>: O proprietário exercia o seu direito sobre a coisa e, em relação à terra, o direito de propriedade estendia-se sobre o respectivo espaço aéreo e subsolo; O proprietário tinha o direito de disposição sobre a coisa, título gratuito ou oneroso; Em regra, o proprietário podia destruir ou abandonar a coisa; O direito de propriedade destinava-se a ser perpétuo, excepto o exercício legítimo de usucapião por parte de um terceiro; A exclusividade era uma das características da propriedade, por isso, em regra, a propriedade pertencia apenas a uma pessoa. Todavia, desde os períodos arcaicos os romanos conheceram formas de heranças indivisas<sup>1110</sup>.

*IX. Propriedade no Direito Medieval.* No período medieval, as escolas procuraram determinar o conceito de propriedade através dos textos romanos. Coube à ciência jurídica medieval definir a propriedade<sup>1111</sup>. Para os Glosadores, a propriedade conferia o direito de usar e consumir a coisa, ao passo que os Comentadores definiam a propriedade como o direito de dispor plenamente e uma coisa corpórea, salvo se a lei o proibisse. Durante este período destaca-se a *enfiteuse*, que já se praticava no Direito romano, nos termos do qual a propriedade se desmembrava no domínio directo e no domínio útil. O domínio directo pertence ao senhorio e o domínio útil pertencia ao agricultor.<sup>1112</sup> As principais obrigações recaíam sobre enfiteuta, que tinha o direito de explorar economicamente o prédio e tinha as seguintes obrigações: pagar anualmente a renda, não deteriorar o prédio e tinha a obrigação de dar preferência ao senhorio se decidisse vender o domínio útil e, ainda, o dever de pagar 2% do valor da venda se o senhorio optasse por não preferir.<sup>1113</sup> Estas escolas não davam muita relevância à distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*.<sup>1114</sup>

*X. Propriedade na Europa moderna. Inglaterra.* Em Inglaterra, a ideia do individualismo liberal influenciou muito o direito da propriedade, prevalecendo a ideia da propriedade absoluta e individual sobre as coisas. O direito da propriedade em Inglaterra não se desenvolveu com base numa construção racionalista, nem com base na ideia dos romanistas medievais baseados nos textos do direito antigo reunidos por Justiniano, mas como um resultado do desenvolvimento de um meio novo de formas

---

<sup>1109</sup> Cf. Jean Louis Halpérin, *Histoire, cit.*, p. 33.

<sup>1110</sup> Cf. Jean Louis Halpérin, *Histoire, cit.*, p. 33 a 34.

<sup>1111</sup> Cf. A. Santos Justo, *A Propriedade no Direito Romano, cit.*, p. 100.

<sup>1112</sup> Cf. Lucien Jansse, *La Propreté, cit.*, p. 109.

<sup>1113</sup> Cf. Cf. A. Santos Justos, *Direitos Reais, cit.*, p. 222.

<sup>1114</sup> Cf. Luigi Gapogrossi Colognesi, *La struttura della Proprietà e la Formazione dei «iura praediorum» nell' Ètà Repubblicana*, I, Giuffrè, Milão, 1969, p. 19.

medievais<sup>1115</sup> de regime de bens. A propriedade anglo-saxónica não contém propriamente uma definição legal, mas constitui um direito soberano de uso, fruição e disposição, salvo restrição legal expressa. Assim, não há fórmula única das faculdades que os proprietários têm sobre a coisa. Ainda permite efectuar transferências com possibilidade de limitar a disposição do direito transferido, nomeadamente através de *trust*<sup>1116</sup>.

*XI. Concepção da propriedade em Alemanha.* Na Alemanha, não foi consagrada a ideia de faculdades inatas sobre a coisa que o individualismo liberal francês ou anglo-saxónico reconheceu. A propriedade não constitui a consequência de uma ordem transcendental ou superior. A propriedade constitui um meio para gerir as relações humanas em função e de um Estado exterior e superior à sociedade civil. Assim, a propriedade não constitui um direito natural e não tinha definição devido a uma concepção puramente materialista da posse, excluindo os aspectos da vontade do Direito romano e morais do Direito canónico<sup>1117</sup>. Na matéria imobiliária, a transferência da propriedade não resulta da vontade das partes, mas de uma constatação material feito por um magistrado através do registo. É um sistema formal e que contraria os princípios individualistas de propriedade que facilita a sua transmissão.<sup>1118</sup>

*XII. A propriedade em França.* Em França, a revolução de 1789 destruiu o feudalismo e, conseqüentemente, foram suprimidos todos os encargos e prestações do senhor sobre a terra e reconstituiu-se o *dominium* do Direito romano<sup>1119</sup>. O principal objectivo do Estado renovado em França era produzir as leis de acordo com o direito natural, seguindo a doutrina individualista liberal. O individualismo liberal estigmatizou todos os direitos dos senhorios e feudos. De uma maneira geral, em França, ficou marcada a ideia de que a propriedade privada<sup>1120</sup> constitui um direito nos termos do qual uma coisa se encontra submetida de uma forma absoluta e exclusiva à vontade e acções de uma pessoa.<sup>1121</sup> Nos termos do artigo 544.º do *Code Civil*, a propriedade é o «*droit de jouir et*

---

<sup>1115</sup> Cf. Marie-France Papandréou-Deterville, *Le Droit Anglais des Biens*, LGDJ, Paris 2004, p. 1-7.

<sup>1116</sup> Cf. Lucien Jansse, *La Propriété*, cit., p. 148-149. Para mais desenvolvimento sobre trust, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014: com imensa bibliografia.

<sup>1117</sup> Cf. Lucien Jansse, *La Propriété*, cit., p. 152.

<sup>1118</sup> Cf. Lucien Jansse, *La Propriété*, cit., p. 152.

<sup>1119</sup> Cf. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Direitos Reais*, Lições coligidas por Álvaro Moreira e Carlos Fraga, Almedina, 1976, p. 226.

<sup>1120</sup> Sobre a propriedade pública em França, cf. Elise Langelier/Hugo-Bernard Pouillaude, *Traité de la Propriétés Publique*, Le Moniteur, Paris, 2015, Benoît Schmaltz, *Les Personnes Publiques Propriétaires*, Dalloz, Paris, 2016, C. Chamard-Heim/F. Melleray/R. Noguellou/Ph. Yolka, *Les Grandes Décisions du Droit Administratif des Biens*, 2.ª ed., Dalloz, Paris, 2015, Guylain Clamour, *Contrats et Propriété Publics. Actes du Colloque de Montpellier des 28 et 29 Avril 2011*, LexisNexis, Paris, 2011 e Yvon Goutal/Sophie Banel/Isabelle Wursthorn/Eve-Line Bernardi, *La Valorisation du Patrimoine Public*, Lami, Paris, 2013.

<sup>1121</sup> Cf. Lucien Jansse, *La Propriété*, cit., p. 163.

*disposer des choses de na manière la plus absolui, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».*

Excepto a distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, a lei preservou todas as distinções romanas. Durante este período, a distinção entre bens móveis e bens imóveis ganhou muita importância. Até final do século XVIII, os imóveis continuam a constituir o objecto mais importante do direito de propriedade e era a mais protegida. Em relação às coisas móveis, continua a valer a posse vale o título.<sup>1122</sup>

O direito de propriedade em relação às coisas móveis, os proprietários podiam usar, fruir ou mesmo destruí-los. Em relação aos imóveis, o sistema era muito diferente e muito mais complexo e tem duas funções: São fontes de poder político; São bens de produção económica fundamentais.<sup>1123</sup>

*XIII. A propriedade no período Franco.* Em relação à propriedade, o período Franco<sup>1124</sup> caracteriza-se pelo abandono do Direito Romano e pela introdução das regras consuetudinárias sobre a apropriação da terra. Com a decadência do Império Romano, os grandes proprietários ganharam vantagens em termos de exploração das suas terras, as suas faculdades sobre a terra deixaram de ser controladas pelas autoridades romanas. Esta situação foi desvantajosa para as pessoas que trabalhavam ou habitavam em propriedades alheias, pois a fraca intervenção do Estado tornou os grandes proprietários em pessoas influentes e com domínio total sobre as suas propriedades. A propriedade individual sobre coisas móveis é reconhecida, mas em relação à terra, existiam muitas restrições, na medida em que uma pessoa podia ser proprietária da terra, mas sobre o mesmo direito existiam restrições derivadas da colectividade e dos familiares. Este período é ainda marcado pelo surgimento de dois tipos de posses: *précaire* (precária<sup>1125</sup>) e *bénéfice* (*beneficium*). A *précaire* era adquirida através de um contrato nos termos do qual o proprietário da terra proporcionava o uso e fruição da terra a outra pessoa mediante uma renda fixa e baixa. Esta permissão era revogável a todo o tempo pelo proprietário.<sup>1126</sup> A *bénéfice* (*beneficium*) era uma posse adquirida em recompensa de um serviço militar e conferia poderes mais

---

<sup>1122</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy/André Castaldo, *Histoire, cit.*, p. 407.

<sup>1123</sup> Cf. Alain Piédelièvre, *Droit des biens*, Masson, 1997, p. 79.

<sup>1124</sup> Os Francos constituíam uma das tribos germânicas que estabeleceram um reino duradouro na área que cobre a maior parte da actual França e uma parte da actual Alemanha. O Reino Franco passou por várias divisões e repartições, já que dividiam sua propriedade entre os filhos sobreviventes. Essa prática explica em parte a dificuldade de descrever com precisão as datas e limites físicos de quaisquer um dos reinos francos e quem reinou sobre as várias secções. Eles produziram poucos registos escritos, cf. G. Lepointe, *Petit Vocabulaire du Droit Français*, Montcrestien, Paris, 1948, p. 141.

<sup>1125</sup> Cf. F. L. Ganshof, *Que é o Feudalismo?* Livraria Ferin, Lisboa, p. 25.

<sup>1126</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire, cit.*, n.º 284 a 285.

amplios do que a primeira. Neste contrato, o detentor, normalmente, não pretendia cultivar a terra, mas adquiria a faculdade de a subarrendar a outra pessoa constituindo uma nova *précaire*. A qualidade do beneficiário estava relacionada com a sua função e os direitos sobre a terra retornavam ao rei após a morte do titular<sup>1127</sup>. Durante os séculos IX e X, com a decadência da Dinastia Carolíngia<sup>1128</sup>, o *bénéfice* (*beneficium*) deixou de ser vitalício e passou a ser hereditário, mudança que esteve na origem do surgimento do feudalismo.<sup>1129</sup>

Este período<sup>1130</sup>, do século XI ao século XVI, a propriedade era caracterizada pelo sistema feudal<sup>1131</sup>, onde as relações sociais de produção se estabeleciam principalmente sobre a terra, porquanto baseado numa economia essencialmente agrícola. Neste sistema, os trabalhadores tinham direito de ocupação e utilização sobre a terra, mas o direito da propriedade pertencia a uma hierarquia de senhores, sendo certo que nenhum tinha a disposição absoluta do solo, mas tinham, no entanto, um direito sobre o produto ou herança dos seus inferiores, direitos de “apropriação” fixados pelo costume.<sup>1132</sup> A superestrutura política implicou o desaparecimento Estado soberano. O poder era exercido de pessoa a pessoa, nomeadamente a justiça a justiça era exercida pelo *suserano* sobre os seus *vassalos* e pelo *senhor* sobre os camponeses. O feudo era uma terra concedida por um senhorio feudal ao seu vassalo durante uma cerimónia pública: a investidura. Nesta cerimónia, o vassalo comprometia-se a prestar serviços sobretudo, militares ao senhorio, obrigando-se igualmente a cumprir com todas as suas obrigações. O feudo consistia numa forma de remuneração dos serviços militares do vassalo. Em contrapartida o senhorio concedia-lhe a terra para usar e fruir, continuando a ser o senhorio o dono da terra. O feudo extinguia-se com a morte do vassalo ou do senhorio.<sup>1133</sup> O vassalo não podia

---

<sup>1127</sup> Cf. Jean Louis Halpérin, *Histoire, cit.*, p. 59.

<sup>1128</sup> A Dinastia Carolíngia ou Carlovíngia é a designação dada ao período do reinado, durante a Idade Média, em grande parte da Europa, dos reis Francos que sucederam a Dinastia Merovíngia. Teve o seu início no séc. VIII e manteve-se nas actuais: Itália até o ano 887, Alemanha até 911 e na França até 987.

<sup>1129</sup> Cf. Antoine Arsac, *La propriété fiduciaire: nature et regime*, DUPS, Paris, 2013, p. 64.

<sup>1130</sup> Durante este período, a terra determinava as relações de poder. A propriedade da terra incidia sobre o universo político, social e económico. No desenvolvimento da agricultura, foram se organizando enormes domínios senhoriais. Esta sociedade era dominada pelos senhorios feudais que eram titulares do feudo. Geralmente, nessa propriedade de terra, encontrava-se a residência do senhorio, os celeiros, os estábulos, os moinhos e a própria terra de cultivo. Também se encontravam as áreas de pastos e as florestas. O outro domínio das terras era constituído por pequenas propriedades destinadas aos camponeses, que produziam o essencial para a sua subsistência. No entanto, em troca das terras cedidas, os camponeses deveriam repassar, para os senhorios feudais, grande parte da sua produção agrícola.

<sup>1131</sup> Sobre o feudalismo na história jurídica europeia, cf. Silvio de Fina, *Feudo*, in Enciclopedia del Diritto, XVII, Giuffrè, pp. 292-312, pp. 292 a 294.

<sup>1132</sup> Cf. Charles Parain, *Sur le Féodalisme*, (Trad. Maria de Fátima Martins Pereira), CERM, Editorial Estampa, Lisboa, 1973, p. 17.

<sup>1133</sup> Cf. Jean Louis Halpérin, *Histoire, cit.*, p. 60.

transmitir o seu direito. Em caso de incumprimento por parte do vassalo, especialmente em caso de traição, o senhorio podia revogar o contrato e retomar a sua terra.

XIV. *Cencive* era uma terra concedida a um homem livre<sup>1134</sup>, para exploração, ficando este obrigado a pagar com parte da colheita ou taxa anual. O detentor comprometia-se a realizar tarefas domésticas em benefício da pessoa que lhe concedeu a terra para a agricultura. O camponês, por via de regra, usava e fruía a terra para o seu sustento e da sua família. O senhor tinha o direito de lhe retirar a terra a qualquer momento mediante o pagamento de uma quantia. Diferentemente do feudo, neste sistema, não existia uma relação pessoal entre o senhor e o camponês, sendo bastante o pagamento da contrapartida.<sup>1135</sup>

XV. Por fim, a *tenure servile* (colonos<sup>1136</sup>) era um sistema em que o detentor não era um homem livre, ou seja, é um servo. Por isso, em regra, pagava taxas mais elevadas do que um concessionário a título *cencive*. O servo pagava a *chevage* (uma taxa paga anualmente ao senhor como sinal da sua dependência<sup>1137</sup>) e pagava a taxa por utilização da propriedade. A principal diferença entre *tenure servile* e *cencive* residia no facto de, no *tenure servile*, quem explorava a terra era um servo do proprietário.<sup>1138</sup> Discute-se a questão da propriedade durante o período feudal,

---

<sup>1134</sup> Colonos voluntários, cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, Imprensa Lucas & C.<sup>a</sup>, Lisboa, 1923, p. 287.

<sup>1135</sup> Colonos voluntários, cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 417.

<sup>1136</sup> Cf. Charles Parain, *Sur le Féodalisme*, cit., p. 27.

<sup>1137</sup> Cf. G. Lepointe, *Petit Vocabulaire du Droit Français*, cit., p. 61.

<sup>1138</sup> No caso português, Código de Seabra, a enfiteuse servia tanto para designar em conjunto os direitos derivados dos dois domínios – útil e directo – assim como o contrato que lhes dá origem, cf. Mário Júlio Brito de Almeida Costa, *Origem da Enfiteuse no Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1957, p. 1, (nota 1). Nos termos do artigo 1653.º do Código de Seabra, dá-se o contrato de emprazamento, aforamento ou enfiteuse quando o proprietário de qualquer prédio transfere o seu domínio útil para outra pessoa, obrigando-se esta a pagar-lhe anualmente certa pensão determinada, a que se chama foro ou cânone. O domínio directo, nos ensinamentos de Dias Marques, é o direito real que tem uma pessoa de, em consequência de aquisição por pessoa diversa de domínio útil sobre certa coisa, receber perpetuamente desta última pensão anual certa (foro ou cânone), cf. A Dias Marques, *Direitos Reais – Parte Geral*, I, (Lições feitas aos cursos de 1958 a 1960 da FDUL), Lisboa, 1960, p. 126. O titular de domínio directo chama-se senhorio directo e o titular do domínio útil chama-se enfiteuta (o artigo 1673.º do Código de Seabra designa-o de foreiro). Domínio útil é o direito real que permite ao respectivo titular gozar e dispor das generalidades das utilidades que do seu objecto podem extrair-se com a ressalva das limitações resultantes da existência sobre este do domínio directo. O titular do domínio útil podia constituir o subenfiteuse. Censo reservativo traduz-se na existência de dois direitos reais com o mesmo objecto, nos termos do artigo 1706.º do Código de Seabra, consiste no contrato por que qualquer pessoa cede algum prédio, com a simples reserva de certa pensão ou prestação anua, que deve ser paga pelos frutos e rendimentos do mesmo prédio. Censo consignativo traduz-se também na existência de dois direitos reais com o mesmo objecto. É o contrato nos termos do qual, *uma pessoa empresta a outra certa somma ou capital para sempre, obrigando-se aquella que o recebe a pagar certo interesse annual em generos ou em dinheiro, consignando em alguns, certos e determinados, immoveis, a obrigação de satisfazer ao encargo* – artigo 1644.º do Código de Seabra. Quinhão também traduz-se na criação de dois direitos reais, consistia numa forma atípica de administração de compropriedade, é o direito que uma pessoa tem de receber uma quota-parte da renda de um prédio indiviso, administrado por um dos comproprietários do mesmo prédio,



sustentando-se que, durante o século XIV, o *censitário* era um proprietário sobre da terra e alguns consideram que no feudo existia um domínio útil para o vassalo e um domínio directo para o senhor<sup>1139</sup>. O domínio útil do vassalo era concebido como um *dominium* inferior ao do senhor. O senhor tinha um *dominium* que não correspondia ao *dominium* do Direito romano. Era um direito de uso e, de uma certa maneira, um desmembramento do direito de propriedade. Portanto, havia na mesma terra, dois domínios, o domínio directo do senhor e a domínio útil do vassalo.<sup>1140</sup>

XVI. *A propriedade do Século XVI a Século XVIII*. Em França, durante este período, XVI a Século XVIII, em termos jurídicos, foram questionados os fundamentos da propriedade e a relação entre o domínio útil e o domínio directo. Durante este período existiam duas correntes de opinião sobre a propriedade, *maxime* em relação à terra. A primeira via no domínio útil uma permissão de uso e fruição da coisa alheia, considerando que o titular do domínio directo era o verdadeiro e principal proprietário e que a sua propriedade era mais nobre e mais perfeita; ao passo que a segunda considerava o domínio directo como um parasita que onerava a coisa, reconhecendo que aquele que detinha a terra em regime feudal ou *censive* tinha um direito real e perpétuo, por isso, deve ser considerado o verdadeiro proprietário.<sup>1141</sup> ROBERT JOSEPH POTHIER (1699-1772) publicou, em 1771, o "*Traité du droit de domaine de propriété*". Esta obra marcou um passo importante relativamente à formulação do direito de propriedade, uma vez definia este direito. O autor reconhecia dois domínios sobre a terra: o domínio directo e o domínio útil. Por outro lado, afirmava que o *domínio útil é chamado de "domínio da propriedade" e que o titular deste direito chama-se proprietário*. Ainda considera que se o domínio directo até podia ser mais antigo e original, mas não passaria de uma área de superioridade. Ele imediatamente minimiza a importância do domínio directo. Para este autor, quem possui o domínio directo não podia ser chamado de proprietário, mas simplesmente senhor.<sup>1142</sup> Afirma ainda que as prerrogativas senhoriais são reduzidas a uma coisa incorpórea e que a transferência da propriedade é realizada em benefício do detentor da terra a título do feudo ou de *censive*.<sup>1143</sup> Até 1789, continuam a verificar a

---

artigo 2190.º do Código de Seabra. O seu titular chama-se quinhoeiro e o outro titular, posseiro, cf. A Dias Marques, *Direitos Reais – Parte Geral*, cit., pp. 136 e 137. Outra figura era o direito de compasco que, nos termos d artigo 2262.º do Código de Seabra, consistia numa comunhão de pastos de prédios pertencentes a diversos proprietários.

<sup>1139</sup> Cf. Martin, *Histoire du Droit Français*, BFDL, (s. d.), p. 657.

<sup>1140</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., pp. 417 e 418.

<sup>1141</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 416.

<sup>1142</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 416.

<sup>1143</sup> Cf. Jean Louis Halpérin, *Histoire*, cit., p. 167.

divergência de opiniões sobre o domínio directo e domínio útil na determinação do verdadeiro proprietário, mas o primeiro foi gradualmente esvaziado do seu conteúdo a favor do segundo.<sup>1144</sup> Mesmo com o movimento para a redução ou extinção do domínio directo, permaneceu para titulares um encargo feudal, ou seja, para se tornarem proprietário tiveram que pagar o direito de *mutation*, (que se aproxima, no nosso direito, ao registo).<sup>1145</sup>

*XVII. O caso especial da Revolução Francesa e a propriedade.* Na noite de 4 de Agosto de 1789, os Estados gerais, com a influência de fisiocratas, apresentaram a proposta de abolição do feudalismo<sup>1146</sup> e a extinção dos privilégios dos senhores e feudos.<sup>1147</sup> Esta proposta foi materializada através do Decreto 15-28 de Março de 1790, que extinguiu, sobretudo, os deveres pessoais dos detentores da terra em relação aos senhorios feudais. Este decreto teve importância em relação ao direito da propriedade em França, pois extinguiu o “duplo domínio”, consagrando o conceito unitário de propriedade. Ainda em relação à propriedade, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de Agosto de 1789 reconhece a propriedade privada e determina ainda que a propriedade constitui um direito inviolável e sagrado e que ninguém pode ser privado dela, com excepção dos casos da necessidade pública, legalmente estabelecida e sob a condição de uma indemnização. Esta declaração previa que a propriedade constitui um direito natural e imprescritível. Mais tarde, em 1792, A Lei de 20 - 25 de Agosto, de 1792 estabelece o princípio de que toda propriedade sobre a terra é livre e livre de todos os direitos. Assim, o senhorio feudal, se desejar continuar a receber frutos, quer civis, quer naturais, provenientes da terra deve provar que tinha concedido o domínio útil ao ocupante<sup>1148</sup>, o que era, na maioria dos casos, impossível. Foi igualmente extinta a máxima “*nulle terre sans seigneur*”. Por fim, A lei de 17 de Julho, de 1793 (chamada “*lei de raiva*”) suprimiu todos os direitos dos senhorios feudais e sem qualquer indemnização.<sup>1149</sup>

*XVIII. A propriedade no Código Napoleónico.* A abolição do feudalismo restituiu a plenitude que o direito da propriedade conhecia no Direito romano. Como vimos, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de Agosto de 1789 reconhece e

---

<sup>1144</sup> Cf. J. Malafosse, Paul Ourliac, *cit.*, p. 154.

<sup>1145</sup> Cf. J. Malafosse, Paul Ourliac, *cit.*, p. 155.

<sup>1146</sup> Sobre a comparação entre a extinção do feudalismo em França e Inglaterra, cf. H. Sumner Maine, *El Antiguo Derecho y la Costumbre Primitiva*, Augustin Arival, Madrid, (s. d.), p. 265.

<sup>1147</sup> Cf. J. Malafosse, Paul Ourliac, *Droit Romain et Ancien Droit – les biens*, Thémis, Paris, 1961, p. 158.

<sup>1148</sup> Cf. J. Malafosse, Paul Ourliac, *Droit Romain et Ancien Droit, cit.*, p. 163.

<sup>1149</sup> Cf. J. Malafosse, Paul Ourliac, *Droit Romain et Ancien Droit, cit.*, p. 164.

considera que a propriedade constitui um direito inviolável e sagrado, sendo certo que a Declaração dos Direitos de 24 de Junho de 1793 define a propriedade como um direito que pertence a todos os cidadãos de gozar e dispor livremente dos seus bens, seus rendimentos, fruto do seu trabalho e de sua indústria. O *Code Civil* 1804 foi ainda mais longe, conferindo um poder soberano sobre a coisa<sup>1150</sup>. A propriedade ocupa um lugar importante no *Code*. O livro II é dedicado aos bens e às diferentes formas de modificação da propriedade, o Livro III trata de diferentes modos de aquisição da propriedade. A propriedade do *Code Civil*, com algumas diferenças, aproxima-se da propriedade do Direito romano, dado que é definida como um direito absoluto, exclusivo e perpétuo. Nos termos do artigo 544.º, a propriedade é definida coma: *le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou règlements*. Esta definição deriva do projecto do *Code Civil* apresentado em 1801 pela Comissão Governamental composta por quatro membros (Tronchet, Portalis, Bigot de Préameneu et Maleville), encarregados por Napoleão Bonaparte de preparar o código.<sup>1151</sup> O *Code Civil* adoptou a teoria do *senhorio* ou *domínio*, pois tomou em consideração as faculdades que sobre a coisa são atribuídas ao seu titular, afastando assim a teoria da *pertença* ou *sujeição* que toma em consideração a relação que se estabelece entre a pessoa e a coisa.<sup>1152</sup>

A propriedade constitui um direito perpétuo, com excepção da expropriação por utilidade pública. A formulação redundante do artigo 544.º *Code Civil* provavelmente contribui para a abolição definitiva do feudalismo e para a possibilidade de duplo domínio (directo e útil) sobre a mesma coisa, consagrando a concepção unificada de propriedade que triunfou em 1789, uma vez que o exercício do direito de propriedade "de forma absoluta" parece incompatível com o seu desmembramento em domínio útil e do domínio directo.<sup>1153</sup> Assim, a história da propriedade e o seu progresso tem semelhanças com a própria história da civilização. Por isso, há quem diga que é por propriedade que Deus civilizou o mundo e conduziu o homem do deserto à cidade, da crueldade à gentileza, da ignorância ao conhecimento, da barbaridade à civilização<sup>1154</sup>. Tendo em conta o artigo 544.º *Code Civil*, as características da propriedade não constam expressamente do texto,

---

<sup>1150</sup> Cf. J. Malafosse, Paul Ourliac, *Droit Romain et Ancien Droit*, cit., p. 172.

<sup>1151</sup> Cf. Jean Louis Halpérin, *Histoire du droit des biens*, cit., p. 193.

<sup>1152</sup> Os romanos traduziam estes dois conceitos através das expressões *dominium* e *proprietas*, cf. Menezes Leitão, *Direitos Reais*, cit., p. 287.

<sup>1153</sup> Cf. J. Malafosse, Paul Ourliac, *Droit Romain et Ancien Droit*, cit., p. 173 e 174.

<sup>1154</sup> Cf. J. Malafosse, Paul Ourliac, *Droit Romain et Ancien Droit*, cit., p. 173 e 174.

o seu desenvolvimento e sistematização foi fruto de trabalho doutrinário décadas mais tarde<sup>1155</sup>. Todavia, depois do Código de Napoleão o direito da propriedade conheceu vários períodos em França.

*XIX. A propriedade no período da burguesia.* O período liberal coincide, do ponto de vista político, com o reinado da burguesia e, do ponto de vista económico, com o incrementado capitalismo, continuando assim a desenvolver, de ponto de vista jurídico, a ideologia constante do Código. Este período estende-se praticamente a todo o século XIX.<sup>1156</sup> Durante este período, a palavra “proprietário” constitui confere grande prestígio social.<sup>1157</sup> A nível legislativo, a título de exemplo, o projecto de lei sobre a expropriação foi muitas vezes revisto, com sugestões de alterações para garantir a protecção da propriedade<sup>1158</sup>. Em 1841, entrou em vigor a Lei de 3 de Maio de 1841<sup>1159</sup>, Lei sobre a expropriação. Esta lei aumentou as garantias da propriedade condicionando a abertura do processo a uma declaração de utilidade pública, constante de lei ou decreto, a transferência da propriedade fica sujeita a pronúncia de um tribunal civil, a indemnização do proprietário expropriado é prévia e o seu valor é fixada por um júri composto pelos *propriétaires-contribuables*.<sup>1160</sup> É ainda durante este período que o sistema de três caracteres (absoluto, exclusivo e perpétuo) ganhou a relevância em França, o que levou muitos autores a proferir declarações que marcaram o direito da propriedade durante este período:<sup>1161</sup> *o poder de proprietário é ilimitado; seu direito vai mesmo até à faculdade de abusar da coisa... pelo absolutismo do seu direito, o proprietário pode consumir a coisa e destruí-la.* É ainda durante este período que se estendeu o domínio de “propriedade” sobre coisas incorpóreas, nomeadamente propriedade literária, artística, científica e estabelecimento comercial<sup>1162</sup>.

*XX. A propriedade entre as duas Grandes Guerras.* Alguns autores consideram que o período da burguesia conheceu o seu limite em 1880, mas a produção legislativa sobre a propriedade foi mais abundante a partir de 1914, sendo certo que foi a partir desta data que a propriedade conheceu mais limitações. Durante década de 1890, a doutrina francesa propagou a abordagem do instituto de abuso de direito para justificar a função

---

<sup>1155</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 472.

<sup>1156</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 470.

<sup>1157</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 470.

<sup>1158</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 471.

<sup>1159</sup> Loi du 3 Mai 1841: Expropriation pour cause D'Utilité Publique. Autorité de la Justice; Enquête Administrative. Avertissement. Privileges et Hypotheques. Reglement des Indemnités.

<sup>1160</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 471.

<sup>1161</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 471.

<sup>1162</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 472.

social da propriedade<sup>1163</sup>. Durante este período, o legislador francês foi influenciado, pelo desenvolvimento das correntes socialistas que põem em causa a propriedade privada<sup>1164</sup>. As legislações foram influenciadas pelos princípios revolucionários. Todavia, em relação à propriedade os legisladores continuam a ser tímidas, justificando sempre as razões de restrição da propriedade, nomeadamente por necessidade de higiene (para a protecção da saúde pública), abuso de direito. Esta contradição deve-se porque os próprios republicanos no poder, no plano social, ou são burgueses ou apoiam a burguesia. Ainda aconselham ao legislador no sentido de poupar os proprietários a fim de cumprir a função social de acomodar os locatários. A própria doutrina, durante este período continua a apontar as três características do direito da propriedade: absoluto, exclusivo e perpétuo.<sup>1165</sup> Durante as duas guerras mundiais, o princípio de intangibilidade da propriedade foi descartado. Neste período foram tomadas várias medidas legislativas que restringem a propriedade, nomeadamente a moratória concedida no arrendamento para habitação dos homens mobilizados em 1914, a propriedade sobre as minas e energias hidráulicas foram revertidos a favor do Estado entre 1917 e 1919, em 1935 foi aprovado um decreto que permite a expropriação sem indemnização prévia e com possibilidades de indemnização muito apertada, em 1938 foi estendida o regime de requisição da propriedade, em 1939 foi restabelecido o regime de confisco por crime contra a segurança do Estado, foram aprovadas medidas de parcelamento de edifícios e novos planos urbanísticos que limitaram consideravelmente o direito de propriedade e muitas nacionalizações foram efectuadas durante este período.<sup>1166</sup>

*XXI. De 1945 à consagração legal da alienação da propriedade em garantia em França.* Após a segunda guerra mundial, a França foi marcada por um movimento legislativo intenso que teve por base o desprezo pelo direito da propriedade. Este movimento com diferentes intensidades verificou-se noutros países europeus, sendo de destacar as nacionalizações efectuadas pelo Governo de Grã-Bretanha e a reforma agrária efectuada em Itália. Em Abril e Maio de 1946, foram efectuadas várias nacionalizações em França e os bens mais afectados são os referentes à energia (minas, gás e electricidade), bancos, seguros e algumas fábricas de automóveis. Uns dos principais fundamentos da nacionalização diz respeito a actos de colaboração económica com os

---

<sup>1163</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire, cit.*, p. 473.

<sup>1164</sup> Cf. Jean Louis Halpérin, *Histoire, cit.*, pp. 217-218.

<sup>1165</sup> Cf. Jean Louis Halpérin, *Histoire, cit.*, p. 218

<sup>1166</sup> Cf. Jean Louis Halpérin, *Histoire, cit.*, pp. 474-475.

inimigos, interesse geral, serviço público e a luta contra o monopólio de facto.<sup>1167</sup> Ainda durante este período, surgiu o primeiro imposto sobre capital (imposto de solidariedade), bem como foi alargado o confisco penal por delitos políticos e económicos. Todas estas agressões à propriedade privada foram influenciadas pelas teses socialistas<sup>1168</sup>. Depois da segunda guerra mundial continuou o movimento da limitação da propriedade. Em geral, houve dois movimentos em relação à evolução da propriedade: declínio do direito da propriedade individual e manutenção e expansão do direito da propriedade. Quanto ao declínio do direito da propriedade individual, no direito francês, sobretudo a partir de 1914, foi marcado pelo declínio da propriedade individual e restrições do conteúdo do direito de propriedade, não se pode cultivar livremente, construir livremente ou deixar a sua propriedade inocuada.<sup>1169</sup> O proprietário nem sempre pode alienar livremente o seu direito sobre a coisa e muita das vezes fica sujeita à alienação forçada por via de expropriação. Em relação às características da propriedade, os autores continuam a enumerar e a formular o plano de exposição na matéria dos Direitos Reais de acordo com os adjectivos apresentados pelos civilistas do século XIX, mas realçam que a propriedade já não é um direito ilimitado, tendo em conta as inúmeras restrições que sobre eles existem. Por outro lado, considera-se que a propriedade já não é tão exclusiva como foi em tempos, porque a indivisibilidade pode ser prolongada e a partilha dilatada no tempo (Lei de 1909 sobre bens familiares e Lei de 1938 sobre pequenas explorações rurais), a compropriedade prolongada, e direitos dos locatários e agricultores que alguns<sup>1170</sup> consideram que constituem verdadeiros domínios úteis. Também é posta em causa a característica de perpetuidade da propriedade, devido à expansão de expropriações e de renascimento de confiscos<sup>1171</sup>. Em relação à manutenção e expansão do direito de propriedade, ao lado da corrente contrária ao direito de propriedade, existe outra corrente antiga que defende o direito de propriedade privada de uma forma persistente e sólida. As conquistas desta corrente manifestam-se através da expansão do domínio da propriedade, através de reconhecimento de numerosas propriedades sobre coisas incorpóreas (propriedade no seu sentido lato), protegidas de forma similar ao direito de proprietários.<sup>1172</sup>

---

<sup>1167</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 475.

<sup>1168</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 476.

<sup>1169</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 489.

<sup>1170</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 480.

<sup>1171</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 480.

<sup>1172</sup> Por outro lado, depois da primeira guerra mundial muitos proprietários foram indemnizados pelos danos de guerra e em 1919 foi assegurado a reparação total, proliferou-se a legislação que favorece o acesso à propriedade para a habitação familiar e protege a pequena propriedade e habitação familiar, cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 483, e a própria persistência da propriedade privada.

XXII. *A propriedade em Portugal. A propriedade na península ibérica pré-romana.* Como já referimos, é quase desconhecida a origem da propriedade, por isso, foram avançadas diferentes hipóteses. Há quem entenda que inicialmente não existia o direito da propriedade e que existia só a posse. Alguns consideram que só havia propriedade colectiva. Alguns sustentam ainda que havia propriedade individual sobre alguns utensílios, nomeadamente armas e vestuários. Estas teorias formam baseadas em presunções<sup>1173</sup>. Todavia, havia comunidades de aldeia com solos indivisos e, mais tarde, comunidades de aldeia com repartição periódicas das terras, que revestia duas formas. Na primeira, as terras aráveis eram sorteadas anualmente entre as famílias, para o cultivo, devendo a família entregar a colheita à comunidade, para serem repartidos em função da necessidade de cada família. A segunda consistia em sortear terras aráveis por períodos mais longos, nomeadamente de dez em dez anos, para as famílias, para a cultivar e explorar, consumindo os frutos obtidos, sem serem obrigadas a entregá-los à tribo. As repartições das terras faziam-se por períodos cada vez mais longos, até cinquenta anos, até que caiu em desuso o sorteio, por isso, as comunidades de aldeia começaram a

---

Conforme já referimos, em 2005, foi constituído um grupo de trabalho presidido por MICHEL GRIMALDI, cujo objectivo era proceder à reforma do direito das garantias, que considera importante o reconhecimento legal de alienação em garantia, *Groupe de Travail Relatif à la Réforme du Droit des Sûretés. Rapport a Monsieur Dominique Preben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, Paris, 2005, p. 14. O Direito das Garantias foi recodificado e apresentado de forma mais clara no *Code Civil*, no novo livro IV dedicado às garantias e composto pelos artigos 2284.º e seguintes.

*A consagração legal da propriedade – garantia.* Uma das últimas evoluções no Direito das Garantias tem a ver com a introdução da garantia fiduciária. A Lei de 19 de Fevereiro de 2007, introduziu a fedúcia e *Ordonnance* de 30 de Janeiro de 2007 estabeleceu o regime da garantia fiduciária. A Lei nº 2007-211, de 19 de Fevereiro de 2007, que introduziu a fidúcia nos artigos 2011.º e seguintes do *Code Civil*, não descreve expressamente que o direito da propriedade pode ser transferido do fiduciante para o fiduciário. A possibilidade de transferência da propriedade em garantia não consta da letra da lei - *La propriété d'un bien mobilier ou immobilier peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030* – o direito de propriedade incide sobre coisas determinadas, o bem não constitui objecto da propriedade em sentido técnico. Todavia, a doutrina, cf. Céline Kuhn, *Une fiducie français*, Droit & Patrimoine, 2007, p. 158. considera que se trata de transferência da propriedade porque mesmo que o legislador não especifique explicitamente que a transferência fiduciária é uma transferência de propriedade, os artigos que regem a fidúcia constam Título XIV do Livro III do *Code Civil* sob epígrafe "Diferentes formas de aquisição de propriedade". Não deixa, todavia, de ser objecto de estudo o facto de nenhum artigo do *Code Civil* resultante da lei n.º 2007-271, de 19 de Fevereiro de 2007, descreve expressamente que o fiduciário se torne proprietário. Por isso, em 2009, foi adoptado *Ordonnance* 2009-112, de 30 de Janeiro de 2009, para mencionar expressamente essa transferência de propriedade para o fiduciário, dissipando as dúvidas que pairavam sobre A Lei nº 2007-211, de 19 de Fevereiro de 2007, que introduziu a fidúcia no artigo 2011.º. Com efeito, a *Ordonnance* 2009-112, de 30 de Janeiro de 2009, especificou os modos de constituição da garantia fiduciária de um lado, sobre coisas móveis (artigo 2372-1 e seguintes do *Code Civil*) e, por outro lado, sobre os bens imóveis (Artigo 2488-1 e seguintes do mesmo código). Estas normas preveem que a propriedade de bens móveis ou imóveis pode ser transferida como garantia de uma obrigação nos termos de um contrato fiduciário celebrado nos termos dos artigos 2011.º a 2030.º. Estes artigos fazem parte de um novo Capítulo VIII do Livro IV do *Code Civil*, sob epígrafe "Da propriedade transferida a título de garantia

<sup>1173</sup> Cf. A. Santos Justos, *Direitos Reais*, cit., pp. 219.

extinguir-se quando cada família começa a conservar a terra, dando origem às comunidades familiares.<sup>1174</sup> Isto deve-se à importância que as famílias foram adquirindo enquanto unidades sociais.<sup>1175</sup> Assim, as famílias começaram a possuir os instrumentos de trabalho, casas, terras e outros bens, por isso, alguns autores afirmam que começaram a sentir-se proprietários dos mesmos bens.<sup>1176</sup> Em relação à propriedade individual, alguns entendem que só se dava no caso da morte de chefe de família e os parentes se separassem e dividissem a terra. Todavia, para alienar a propriedade, era necessário o consentimento da família, ou seja, só depois de longa evolução a propriedade se emancipou dos traços do colectivismo, transformando-se no direito absoluto e individual. Deduz-se da organização física estabelecida mais tarde por Augusto, na Gália (e que não mandasse administrar a Espanha de um modo diverso da Gália), que nos últimos tempos da Espanha primitiva já se manifestava a tendência para a propriedade individual quando a terra começou a ser ocupada pelos nobres.<sup>1177</sup>

*XXIII. Propriedade na península ibérica durante a colonização fenícia.* As principais fontes de Direito durante este período eram *sentencia judicis*, o costume e as *leis rhodias* de origem fenícia, mas impostas pelos romanos ao comércio mediterrâneo. Os actos e contratos comerciais tinham mais relevância neste período devido ao espírito mercantil dos fenícios, nomeadamente a hipoteca teve a sua origem neste período para garantir o cumprimento nos contratos mercantis e já existia a venda a retro neste período<sup>1178</sup>. A propriedade, neste período continua a ser colectiva como no período mais avançado na península ibérica pré-romana (íberos, lígures e celtas), mas afirma-se que nesta altura já havia propriedade privada.<sup>1179</sup>

*XXIV. Propriedade na península ibérica durante a colonização grega.* Com o declínio do poderio comercial e marítimo dos fenícios, os gregos vieram à península ibérica.<sup>1180</sup> O principal domínio dos gregos foi mercantil, preocupavam-se mais com o poderio económico do que com o poderio militar. As principais fontes de direito durante este período eram *sentencia judicis*, costume, *leis rhodias* de origem fénica e leis jónicas de origem grega. Em relação ao direito privado (que inclui a propriedade), os princípios

---

<sup>1174</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 67.

<sup>1175</sup> Cf. António Godinho e Francisco Caeiro, *História do Direito Português*, 2.ª ed., Coimbra, 1915, p. 47.

<sup>1176</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 69.

<sup>1177</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 69.

<sup>1178</sup> Cf. António Godinho/Francisco Caeiro, *História do Direito*, cit., p. 58.

<sup>1179</sup> Cf. António Godinho/Francisco Caeiro, *História do Direito*, cit., p. 78.

<sup>1180</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 80.



basilares eram os mesmos dos fenícios.<sup>1181</sup> Neste período, a propriedade estava a desenvolver-se no sentido de dar mais importância à propriedade individual do que a colectiva devido à ligação deste povo ao comércio, em que os bens adquiridos predominavam sobre os bens comuns<sup>1182</sup>.

XXV. *A propriedade na península ibérica durante a dominação cartaginesa.* Durante este período a principal fonte de direito são as mesmas dos fenícios e gregos<sup>1183</sup>, por isso, neste período, já existia formas de apropriação privada.

XXVI. *A propriedade na península ibérica durante o período romano.* Como vimos, na península ibérica, tratando da propriedade entre iberos, ligures e celtas, havia a comunidades de aldeia com solos indivisos e mais tarde, comunidades de aldeia com repartição periódicas das terras. Nas comunidades de aldeia com solos indivisos, as terras aráveis eram sorteadas anualmente entre as famílias, para o cultivo, devendo a família entregar a colheita à comunidade, para serem repartidos em função da necessidade de cada família. Nas comunidades de aldeia com repartição periódicas de terras era sorteadas as terras aráveis por períodos mais longos para as famílias, para a cultivar e explorar, consumindo os frutos obtidos, sem serem obrigadas a entregá-los ao tribo. A questão que se coloca é o seguinte: qual das duas formas é que os romanos admitiram?<sup>1184</sup> Alguns autores consideram que é a comunidades de aldeia com repartição periódicas de terras. Alguns consideram que em Roma já se tinha ultrapassado o regime de comunidade de aldeia indivisa para o da comunidade familiar, sem se passar pelo estágio intermédio da repartição periódica das terras.<sup>1185</sup> Certo é que os romanos respeitaram a comunidade familiar em Roma e é discutível o momento preciso em que apareceu em Roma a Propriedade individual, certo é que desde a lei das XII Tábuas a propriedade sobre as coisas móveis e imóveis apresentava-se sob a forma individual<sup>1186</sup>.

O Direito Romano deu a fisionomia e a constituição que todos os povos civilizados têm adoptado com ténues alterações.<sup>1187</sup> Como vivos, a propriedade romana conheceu os seus limites e havia divisões entre coisas *mancipi* e *nec Mancipi*. As coisas *mancipi* eram os prédios existentes no solo romano, servidões rurais estabelecidas em benefício destes prédios, os escravos, animais de carga e de tracção. Todas as outras coisas eram *nec*

---

<sup>1181</sup> Cf. António Godinho/Francisco Caeiro, *História do Direito*, cit., p. 51.

<sup>1182</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 84.

<sup>1183</sup> Cf. António Godinho/Francisco Caeiro, *História do Direito*, cit., p. 63.

<sup>1184</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 201.

<sup>1185</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 201.

<sup>1186</sup> Cf. António Godinho e Francisco Caeiro, *História do Direito*, cit., p. 121.

<sup>1187</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 203.

*mancipi*. Assim, os imóveis que se encontravam nas províncias eram *nec Mancipi*. As coisas *mancipi* só podiam ser adquiridas por *mancipatio*. Inicialmente os romanos só reconheciam uma espécie de domínio – o domínio civil ou *quiritário*- que exigia três requisitos: capacidade da pessoa (só tinham capacidade civil as pessoas que gozavam de *jus commercii*); idoneidades da coisa – só as coisas sujeitas ao comércio do direito civil é que podiam constituir objecto do domínio *quiritário*; por fim, a legitimidade do modo de aquisição – a coisa tinha que ser adquirida segundo as formalidades legais.<sup>1188</sup> O domínio *bonitário* verificava quando o sujeito tinha a capacidade civil e a coisa sujeita ao comércio do direito civil, o mesmo sucede quando adquire uma coisa *mancipi* pela simples entrega.<sup>1189</sup> As conquistas romanas proporcionavam a propriedade de muitas terras ao Estado, pelo que nasceu a necessidade de as conceder aos particulares para exploração individual, dando mais tarde origem às *possessiones* que fizeram desenvolver a propriedade privada e esta, mais tarde deu origem à *latifundia*.<sup>1190</sup>

XXVII. A propriedade na península ibérica durante o período gótico - *Sortes goticae e tertiae romanorum*. Também existia comunidades de aldeia com repartição periódicas de terras entre os povos germânicos com o nome de *mark*. Era território ocupado colectivamente pela tribo ou clã germânica e que tinha três características: aldeia totalmente demarcada; terra indivisa; terras cultiváveis que se distribuía em lotes. Não havia palavra para indicar propriedade privada dado que a palavra *eigenthum* só apareceu depois dos germanos terem entrado em contacto com os romanos.<sup>1191</sup> A evolução da propriedade entre os germanos desenvolveu-se até revestir a forma individual. A primeira faculdade de alienação da propriedade surgiu com a autorização dos parentes; mais tarde, sem tal autorização, mas com a faculdade de revogação<sup>1192</sup>, assim foi desenvolvendo até revestir a forma individual. Quando os visigóticos se instalaram na península ibérica apropriaram-se de dois terços de terra arável pertencentes aos hispano-romanos, deixando a estes a posse de um terço restante, com base no princípio do Direito publico segundo o qual o solo conquistado pertence ao conquistador.<sup>1193</sup> A Lei 8.<sup>a</sup> do Título I do Livro X do Código Visigótico proíbe a alteração em relação à repartição das terras feitas entre godos e os romanos.<sup>1194</sup> Havia várias formas de propriedade na península ibérica durante esta

---

<sup>1188</sup> Cf. António Godinho/Francisco Caeiro, *História do Direito*, cit., p. 122.

<sup>1189</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 205.

<sup>1190</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 206.

<sup>1191</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 324.

<sup>1192</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 324.

<sup>1193</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 327.

<sup>1194</sup> Cf. António Godinho/Francisco Caeiro, *História do Direito*, cit., p. 226.

época, propriedade comum constituída pelos bosques e prados dos visigodos. Existia bosques e prados comuns que pertencia ao domínio particular – os vedados com parede ou com sabe. Por outro lado, havia na península muitas terras constituídas pelos campos abandonados que foram diminuindo porque o Breviário de Alarico<sup>1195</sup> e, mais tarde, o Código Visigótico concederam vantagens aos que quisessem cultivá-los e, porque os reis foram concedendo propriedade de grande parte deles aos particulares. Os proprietários godos chamam-se *consortes* e as suas terras *sortes goticae*. Os proprietários hispano-romanos chamam-se *hospites* e as suas terras *tertiaie romanorum*.<sup>1196</sup> Estas eram as propriedades privadas e, dentro delas havia distinção entre terras vedadas e terras abertas. Nas terras vedadas e nas terras abertas com horta, vinha ou cearas, o domínio do proprietário era completo e ilimitado. Nas outras terras, o domínio do proprietário era limitado dado que os *hospites* e os *consortes* podiam também nelas pastar.<sup>1197</sup>

XXVIII. *A propriedade na península ibérica durante o período árabe – Uact* - Aos povos que se rendiam por capitulação pacífica (*Çolhan*) deixavam os árabes a propriedade sobre o território e, alguns que subjugavam pela força (*anuatan*), deixavam alguns bens urbanos como rústicos, com a condição de satisfazerem, em ambos os casos, o tributo – *jarach* – o rendimento ou produto da terra.<sup>1198</sup> As terras abandonadas pelos que não queriam submeter-se ao islamismo passavam a ser propriedades de muçulmanos. As terras conquistadas por decapitação revestiam duas formas de domínio. A primeira, a terra era considerada propriedade do Estado muçulmano (*uact*), não podendo os antigos donos e ocupantes vendê-las nem as hipotecar, podendo apenas usar e usufruir mediante o pagamento de *jarach* e se o ocupante continuasse a professar a sua religião devia pagar uma taxa mais elevada, *chizia*.<sup>1199</sup> Na segunda forma de domínio, os naturais conservam a propriedade sobre a terra mediante o pagamento do *Jarach* que cessava mediante a conversão ao islamismo. Estas terras podiam ser alienadas ou hipotecadas livremente. Se a terra for adquirida por um muçulmano ficava livre do *jarach*. Todavia só os

---

<sup>1195</sup> O Breviário de Alarico (ou *Lex Romana Visigothorum*) é uma compilação de leis romanas em vigor no reino Visigodo de Tolosa, durante o reinado de Alarico II (487-507 d.C.) e promulgado a 2 de Fevereiro de 506. É também referido como *Breviarium Alarici*, *Breviarium Alaricianum*, Código de Alarico e Breviário de Aniano. Constitui fundamentalmente uma obra recompilatória de Direito romano pós-clássico e vulgar, e é considerada como a mais importante realizada num reino germânico. Por esse motivo, e em atenção à forma como foi elaborado e posterior influência, foi qualificada como o equivalente ocidental do *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano.

<sup>1196</sup> Cf. António Godinho/Francisco Caeiro, *História do Direito*, cit., p. 227 e 228.

<sup>1197</sup> Cf. António Godinho e Francisco Caeiro, *História do Direito*, cit., p. 228.

<sup>1198</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 366.

<sup>1199</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 366.

muçulmanos podiam adquirir estas terras e não as podia alienar a favor de um não muçulmano.<sup>1200</sup>

XXIX. *A propriedade na península ibérica na reconquista.* Na reconquista, ao lado da propriedade pública, a propriedade individual podia ser *alodial*, *beneficial* e *censual*. A propriedade alodial era a propriedade absoluta e completamente livre e incluía os domínios anteriores à invasão árabe, as *presurias* e as concessões dos soberanos.<sup>1201</sup>

As *presurias* (terras adquiridas por ocupação) eram o título que se alegava para fundamentar o direito de propriedade que dependia da licença do rei, mediante duas condições: deviam obedecer ao rei e não deviam alienar a terra.<sup>1202</sup>

XXX. *A propriedade alodial.* As terras e coisas móveis conquistadas dos infiéis eram consideradas propriedades absolutas do rei e as coisas móveis eram divididos entre os soldados depois do rei tirar a sua parte. Em relação aos imóveis, o rei fazia concessão com o domínio absoluto, dando origem à propriedade *alodial*.<sup>1203</sup>

XXXI. *A propriedade beneficial.* A propriedade *beneficial* surgiu nas concessões que os reis e nobres faziam mediante a prestação de fidelidade e de serviços pessoais, sobretudo militar.<sup>1204</sup> Esta propriedade difere-se da alodial porque o seu titular encontrase sujeito a serviços e vínculos por uma dependência pessoal, mas não pagava renda ou imposto.

XXXII. *A propriedade censual.* Por fim, a propriedade *censual*.<sup>1205</sup> Constituíam estas propriedades as terras que se concediam aos colonos para eles a cultivarem mediante pagamento de uma renda, diferentemente da propriedade *beneficial* onde não se pagava rendas ou impostos.<sup>1206</sup>

XXXIII. *A propriedade em Portugal.* Como remuneração dos serviços por eles prestados, aos nobres eram doadas pelos reis as terras. Tanto para os reis como para as classes privilegiadas, o conceito de soberania confundia-se com o de propriedade e esta confusão, que era a base do sistema aristocrático, manteve-se enquanto a organização política das monarquias neo-godas se não subordinam aos preceitos da legislação romana.<sup>1207</sup> A propriedade encontrava-se concentrada nas mãos das classes privilegiadas

---

<sup>1200</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 366.

<sup>1201</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 453.

<sup>1202</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 454.

<sup>1203</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 454.

<sup>1204</sup> Cf. Raphael Ribeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 454.

<sup>1205</sup> Cf. António Godinho e Francisco Caeiro, *História do Direito*, cit., p. 274.

<sup>1206</sup> Cf. António Godinho e Francisco Caeiro, *História do Direito*, cit., p. 275.

<sup>1207</sup> Cf. Francisco António Corrêa, *História económica de Portugal*, Lisboa, Tipografia da Empresa Nacional de Publicidade, Lisboa, 1929, p. 14.

que cultivavam apenas a parte mais fértil, deixando abandonada grande parte de terras. Assim, D. Afonso II, nas Cortês de 1211, celebradas em Coimbra, foi aprovada uma lei que proibiu as igrejas de comprar mais prédios rústicos.<sup>1208</sup>

*Os reguengos.* Os reguengos eram os bens da coroa. Os reguengos constituíram-se à base de conquista. Há quem defenda que estes bens foram constituídos por terras em que havia colónias e que ficaram sem donos - terras adquiridas em consequência da reconquista; terras perdidas a favor do fisco e terras adquiridas pela coroa pelo direito de *maninhadego*.<sup>1209</sup>

*As Jugarias.* As *jugarias* eram terras atribuídos pelo rei ao povo e que estavam sujeitas a uma contrapartida denominada *jugada*. Estas terras eram denominadas *jugadeiras*. Sabe-se que a *jugada* é um direito real que incide sobre certas terras, mas não se sabe em que consiste este tributo. Era constituído pelo pela quota-parte de frutos que terra produzia (cereais, vinho e linho) que a terra cultivada por um jugo de bois podia produzir.<sup>1210</sup>

*Coutos e honras.* Coutos e honras são terras doadas pelos reis aos nobres e tinham imunidades perante os impostos e justiças reais, por isso, era recebido, com agrado, pelo povo que procurava colocar-se sob abrigo de um poderoso para se livrar de um mordomo real.<sup>1211</sup>

*Os morgados: Proibição de alienabilidade.* Eram bens deixados para permanecer perpetuamente e íntegros na família, deferindo-se pela ordem sucessória legítima ao primogénito, mas próximo da família. Havia autorização que permitia aos testadores a proibir os seus herdeiros a alienação dos seus castelos e herdades.<sup>1212</sup>

*As capelas: Proibição de alienabilidade.* Tanto morgados, assim como capelas, são bens que devem permanecer permanentemente numa família por uma forma especial de sucessão, sem puderem ser partilhados ou alienados. Na capela, os bens deixados ficavam sujeitos a encargos pios e sob proibição de alienação, cujo sucessor ou administrador recebe uma porção certa e determinada de rendimentos em retribuição do trabalho. O morgado desenvolveu como meio de manutenção da nobreza, mas a capela floresceu como meio de realizar a salvação eterna.

---

<sup>1208</sup> Cf. Francisco António Corrêa, *História económica de Portugal*, cit., p. 17.

<sup>1209</sup> Cf. Marnoco e Sousa, *Historia das Instituições do Direito Romano, Peninsular e Português*, França Amado, Coimbra, 1910, p. 426.

<sup>1210</sup> Cf. Marnoco e Sousa, *Historia das Instituições do Direito Romano*, cit. p. 428.

<sup>1211</sup> Cf. Marnoco e Sousa, *Historia das Instituições do Direito Romano*, cit. p. 429 a 430.

<sup>1212</sup> Cf. Marnoco e Sousa, *Historia das Instituições do Direito Romano*, cit. p. 431.

*Lei das Sesmarias.* Tendo em conta as dificuldades de abastecimento do período, sendo destacada a necessidade de ampliação da produção, foram criados sesmos<sup>1213</sup> (actividade de divisão das terras pelos agricultores), com a finalidade de alistar as terras não cultivadas, fazendo com que passassem a ser exploradas pelos proprietários, que também podiam arrendá-la.<sup>1214</sup>

*Lei da Avoenga: Restrição de alienabilidade.* A lei da avoenga contribuiu para o desenvolvimento da agricultura, dado que associa a perpetuidade dos bens com a das famílias. Na avoenga, conferia-se aos descendentes ou parentes próximos o direito de preferência no caso de alienação dos bens hereditários.<sup>1215</sup> Estabelecia que se alguém quisesse alienar o bem da avoenga, estes devem ser alienados aos irmãos ou parentes mais próximos da família, de forma a resguardar o património familiar.

XXXIV. *A protecção da propriedade nas Ordenações.* Nas ordenações encontramos referências sobre a propriedade e posse, nomeadamente a sua conservação e transmissão, o que revela o reconhecimento do direito de propriedade, podia-se demonstrar a propriedade em face de possuidor ilegítimo, conforme consta do Livro III, título 52:

*“... E querendo nós prover aos esbulhados, e tolher os enganos, e malicias dos esbulhadores, Ordenamos, e eftabelecemos per ley, que todos os Juizes, que conhecerem dos feitos das forças, nom guardem figura de Juízo em ellas, mas fimplefmente, e fem delomgua, e fem outra maa Voguaria livrem os ditos Feitos, afsy que o demandador nam feja contrangido pelo Juiz a dar libello com aquellas folenidades, que o Direito quer que fe dé no Feito, em que fe deve guardar ordem de Juizo.*

A conservação e transmissão da propriedade, nomeadamente compra e venda, constam do tomo IV das Ordenações Afonsinas. Nas Ordenações Manuelinas<sup>1216</sup> e Filipinas as matérias se encontram dispostas pela mesma ordem que nas Ordenações Manuelinas. Ainda na Colecção de Duarte Nunes de Leão, publicada em 1659, com o

---

<sup>1213</sup> Sesmaria foi um instituto jurídico que regulava a distribuição de terras destinadas à produção agrícola. O Estado, recém-formado e sem capacidade para organizar a produção de alimentos, decide atribuir a particulares essa função. Este sistema surgiu em Portugal durante o século XIV, com a Lei das Sesmarias de 1375, criada para combater a crise agrícola e económica que atingia a Europa, e que a peste negra agravava.

<sup>1214</sup> Armando Castro, *A Evolução Económica de Portugal dos Séculos XII a XV*, IV, Portugália Editora, Lisboa, 1967, p. 74 a 80.

<sup>1215</sup> Cf. Marnoco e Sousa, *Historia das Instituições do Direito Romano*, cit. p. 441.

<sup>1216</sup> Sobre o procedimento e espírito das Ordenações Manuelinas, cf. António Pedro Barbas Homem, *As Ordenações Manuelinas: Significado no Processo de Construção do Estado*, in *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. DOUTOR RAÚL VENTURA*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 289-320.

título de Leis Extravagantes, na quinta e sexta parte constam a divisão das coisas que pertencem a fazenda do Rei e das coisas extraordinárias.

XXXV. *A propriedade no Código de Seabra.* No Código Civil de 1867, nos termos do artigo 2176.º, *diz-se propriedade a faculdade, que o homem tem, de aplicar à conservação da sua existência, e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu, e de que, portanto, pode dispor livremente.* Assim, com base nesta disposição, uma parte da doutrina definia a propriedade a partir da descrição das faculdades que integram o seu conteúdo – de fruição, transformação, restituição, defesa, alienação etc. A doutrina mais recente afastou-se das definições puramente descritivas, considerando que a natureza jurídica da propriedade não se resume em ser uma soma de faculdades, mas antes na circunstância de ser um centro unitário e autónomo de todas quantas podem recair sobre a coisa.<sup>1217</sup> Um dos direitos que o Código de Seabra conferia ao proprietário era o de alienação. Nos termos do artigo 2357.º do Código de Seabra, o proprietário pode alienar a sua propriedade por qualquer dos modos por que esta pode ser adquirida. Esta disposição estabelece amplos poderes de alienação.

*Enfiteuse (emprazamento/aforamento).* Enfiteuse serve tanto para designar em conjunto os direitos derivados dos dois domínios – útil e directo – assim como o contrato que lhes dá origem.<sup>1218</sup> Nos termos do artigo 1653.º do Código de Seabra, dá-se o contrato de emprazamento, aforamento ou enfiteuse quando o proprietário de qualquer prédio transfere o seu domínio útil para outra pessoa, obrigando-se esta a pagar-lhe anualmente certa pensão determinada, a que se chama foro ou cânone. O domínio directo é o direito real que tem uma pessoa de, em consequência de aquisição por pessoa diversa de domínio útil sobre certa coisa, receber perpetuamente desta última pensão anual certa (foro<sup>1219</sup> ou cânone).<sup>1220</sup> O titular de domínio directo chama-se senhorio directo e o titular do domínio útil chama-se enfiteuta (o artigo 1673.º do Código de Seabra designa-o de foreiro). Domínio útil é o direito real que permite ao respectivo titular gozar e dispor das generalidades das utilidades que do seu objecto podem extrair-se com a ressalva das

---

<sup>1217</sup> Cf. J. Dias Marques, *Direitos Reais*, I, *Parte Geral*, FDUL, Lisboa, 1960, pp. 115 e 116.

<sup>1218</sup> Cf. Mário Júlio Brito de Almeida Costa, *Origem da Enfiteuse no Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1957, p. 1, (nota 1).

<sup>1219</sup> Originalmente, a prestação devida pela enfiteuta designava-se de foro, cf. Rui Manuel de Figueiredo Marcos, *O Regresso da Enfiteuse*, in, in *FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA (org.)*, *O Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 975 ss, p. 975.

<sup>1220</sup> Cf. A Dias Marques, *Direitos Reais – Parte Geral*, *cit.*, p. 126.

limitações resultantes da existência sobre este do domínio directo. O titular do domínio útil podia constituir o subenfiteuse.

*Censo reservativo.* *Censo reservativo* traduz-se na existência de dois direitos reais com o mesmo objecto, nos termos do artigo 1706.º do Código de Seabra, consiste no contrato por que qualquer pessoa cede algum prédio, com a simples reserva de certa pensão ou prestação anua, que deve ser paga pelos frutos e rendimentos do mesmo prédio.

*Censo consignativo.* *Censo consignativo* traduz-se também na existência de dois direitos reais com o mesmo objecto. É o contrato nos termos do qual, *uma pessoa empresta a outra certa somma ou capital para sempre, obrigando-se aquelle que o recebe a pagar certo interesse annual em gerenos ou em dinheiro, consignando em alguns, certos e determinados, immoveis, a obrigação de satisfazer ao encargo* – artigo 1644.º do Código de Seabra.

*Quinhão.* *Quinhão* também traduz-se na criação de dois direitos reais, consistia numa forma atípica de administração de compropriedade, é o direito que uma pessoa tem de receber uma quota-parte da renda de um prédio indiviso, administrado por um dos comproprietários do mesmo prédio, artigo 2190.º do Código de Seabra. O seu titular chama-se quinhoeiro e o outro titular, posseiro<sup>1221</sup>.

*Compasco.* Outra figura era o direito de *compasco* que, nos termos do artigo 2262.º do Código de Seabra, consistia numa comunhão de pastos de prédios pertencentes a diversos proprietários.

*XXXVI. Evolução constitucional da propriedade.* Em Portugal, podemos referir, em síntese a evolução do direito de propriedade no constitucionalismo português que, de certa forma, influenciou a concepção de propriedade vigente na Guiné-Bissau. Nos termos dos artigos 1.º e 6.º da Constituição de 1822, *a Constituição Política da nação Portuguesa tem por objecto manter a liberdade, segurança e propriedade de todos os portugueses (...)* e *a propriedade é um direito sagrado e inviolável que tem qualquer português de dispor à sua vontade de todos os seus bens, segundo as leis (...)*, incluindo assim o direito da propriedade no rol dos direitos fundamentais que atribui ao seu titular poderes tendencialmente<sup>1222</sup> ilimitados. Na Constituição Republicana de 1911, no artigo 3.º podemos ler “*garante a portugueses e estrangeiros residentes no país a*

---

<sup>1221</sup> Cf. A Dias Marques, *Direitos Reais – Parte Geral*, cit., pp. 136 e 137

<sup>1222</sup> Importa esclarecer que nas constituições liberais se admitiam restrições ao direito de propriedade privada, nomeadamente as Constituições de 1822, 1826, 1838 e 1911, neste último, artigo 3.º *in fine* – *limitações estabelecidas na lei*.



*inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, segurança e a propriedade*”. Deste modo, nas constituições liberais, a propriedade e liberdade são indissociáveis<sup>1223</sup>.

Na Constituição de 1933, nos termos do artigo 35.º, a propriedade é considerada simultaneamente como um direito e garantia individual do cidadão e como um princípio de organização social: “*a propriedade, o capital e o trabalho desempenham uma função social (...), podendo a lei determinar as condições do seu emprego com a finalidade colectiva*”. Na Constituição de 1976, a propriedade privada é inserida no título dedicado aos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, por vezes incluído na parte relativa aos direitos e deveres fundamentais, lendo-se no artigo 62.º: “*a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, nos termos da Constituição*”.

*A propriedade no Código de 66.* O Código de Seabra nos termos do artigo 2167.º, definiu a propriedade como a *faculdade, que o homem tem, de aplicar à conservação da sua existência, e ao melhoramento da sua condição, tudo quanto ara esse fim legitimamente adquiriu, e de que, portanto, pode dispor livremente*. O actual CC não define a propriedade, apenas elencando o seu conteúdo. Assim, lê-se no artigo 1305.º *quel o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos do uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com observâncias das restrições por ela impostas*. O direito de propriedade assume-se com protótipo não apenas dos direitos reais, mas também dos direitos subjectivos em geral<sup>1224</sup>. O direito de propriedade confere ao seu titular todos os poderes ou faculdades que à coisa se podem referir.<sup>1225</sup>

JOSÉ ALBERTO VIEIRA<sup>1226</sup> elenca o conteúdo do direito de propriedade de seguinte modo: o poder de uso; de fruição; de transformação; de reivindicação; de excluir terceiros não autorizados do gozo da coisa; de demarcação, coisas imóveis e a faculdade de disposição que inclui o poder para alienar, onerar ou renunciar. No nosso Direito Civil a propriedade constitui um direito real e constitui o direito de maior extensão no âmbito dos direitos reais<sup>1227</sup>. Ao proprietário cabe o gozo exclusivo do aproveitamento da coisa. *Enfiteuse no Código de 66.* Em relação à enfiteuse, sempre suscitou discussões quanto à natureza dos direitos do titular do domínio útil e titular do domínio directo. Após muitos

---

<sup>1223</sup> Cf. Cláudio Monteiro, *O Domínio da Cidade. A Propriedade à Prova no Direito do Urbanismo*, AAFDL, 2013, Lisboa, p. 217.

<sup>1224</sup> Cf. José Alberto González, *Direitos Reais e Direito Registral Imobiliário*, 3.ª ed., *Quid Juris*, Lisboa, 2005, p. 15.

<sup>1225</sup> Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 448.

<sup>1226</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 584.

<sup>1227</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit. p. 577.

debates<sup>1228</sup>, decidiu-se manter a figura de enfiteuse no Código Civil de 1966<sup>1229</sup>, no Título IV do Livro III, incorporando-se no grupo de Direitos reais de gozo.

Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>1230</sup>, *não haverá uma verdadeira propriedade dividida, se entendermos esta expressão num dos sentidos em que é utilizada, e que significaria que deixaria de haver propriedade para qualquer das partes. Há antes uma comunhão irregular*. Em Portugal, o Decreto-Lei 195-A/76, de 16 de Março aboliu a enfiteuse dos prédios rústicos transferindo o domínio directo para os titulares do domínio útil. A Lei 22/87, de 24 de Junho admite a enfiteuse por usucapião a favor do Titular de domínio útil. Decreto-Lei 233/76, de 2 de Abril extingui enfiteuse sobre prédios urbanos, determina ainda que enfiteuta fica investido no direito de propriedade sobre a qual incidia a enfiteuse. Estes diplomas que revogaram o instituto de enfiteuse não são aplicáveis na Guiné-Bissau por serem posteriores à independência e à Lei 1/73<sup>1231</sup>. Todavia, por via da Constituição da República, pode-se considerar que a enfiteuse foi abolida, revogando parcialmente o Foral da Câmara municipal de Bissau, aprovado pelo Diploma Legislativo n.º 1. 415, de 15 de Junho de 1948<sup>1232</sup>, devido à incompatibilidade de conteúdos.

#### 4. As grandes controvérsias sobre a propriedade

*Generalidades*<sup>1233</sup>. É quase desconhecida a origem da propriedade, motivo pelo qual, foram avançadas diferentes hipóteses. Há quem entenda que inicialmente não existia o direito da propriedade e que existia só a posse. Há diversas teorias que tentaram explicar a origem da propriedade, a saber<sup>1234</sup>:

---

<sup>1228</sup> Rui Manuel de Figueiredo Marcos, *O Regresso da Enfiteuse*, in *O Sistema Contratual Romano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 975-983, p. 980 e 181.

<sup>1229</sup> Veja anteprojecto in Fernando Pires de Lima, *Enfiteuse*, (*Anteprojecto de um Título do Futuro Código Civil*), in *BMJ*, n.º 66, Lisboa, pp. 5-41.

<sup>1230</sup> José de Oliveira Ascensão, *Direitos Reais*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 575

<sup>1231</sup> Em 1973, a Assembleia Nacional Popular da Guiné-Bissau aprovou a referida Lei 1/73, composta por dois artigos, o primeiro referente ao conteúdo e segundo ao início da sua vigência. Dispõe no seu artigo 1º o seguinte: “A legislação portuguesa em vigor à data da proclamação do Estado soberano da Guiné-Bissau mantém a sua vigência em tudo o que não for contrário à soberania nacional, à Constituição da República, às suas leis ordinárias e aos princípios e objectivos de Partido Africano da Independência da Guiné e Cabo-Verde (PAIGC).

<sup>1232</sup> FACULDADE DE DIREITO DE BISSAU, *Código Civil com Anotações e Legislação Complementar*, (Coord: Rui Ataíde), Lisboa, 2007, anotação ao artigo 1491.º.

<sup>1233</sup> Aqui seguimos, de perto, António Godinho e Francisco Caeiro, *História do Direito Português*, 2.ª ed., Coimbra, 1915, pp. 42-44.

<sup>1234</sup> Cf. A. Santos Justos, *Direitos Reais*, cit., pp. 219.

- (i) Teoria da Ocupação: Esta teoria é defendida pelos juristas romanos e sustenta que os primeiros homens se apoderaram livremente das coisas que ainda não tinham dono<sup>1235</sup>;
- (ii) Teoria da Convenção: Esta teoria é seguida pelos filósofos de direito natural e defende que, primitivamente, os homens formaram uma convenção, nos termos da qual se comprometeram a respeitar o direito de propriedade de cada um deles sobre as coisas adquiridas e ocupadas<sup>1236</sup>;
- (iii) Teoria do Contrato social: Esta teoria defende que antes da ocupação da propriedade se teria dado a convenção, ou seja, primeiro houve a convenção e na sequência desta é que houve a ocupação<sup>1237</sup>;
- (iv) Teoria da lei: Segundo esta teoria, a lei é a origem donde emanam todos. Por isso, a propriedade, sendo um direito, também teve a sua origem legal. Esta teoria é defendida, entre outros, por Montesquieu<sup>1238</sup>;
- (v) Teoria do direito natural: Um dos seguidores desta teoria é Hegel, sustentando que a propriedade deriva da própria natureza humana, pois constitui a condição necessária à existência e desenvolvimento do homem<sup>1239</sup>;
- (vi) Teoria do trabalho: Segundo esta teoria, o homem, pelo seu trabalho, torna-se proprietário dos objectos que cria. Esta teoria foi defendida por muitos autores, incluindo Locke. Consideram que tendo em conta o direito ao trabalho, só se pode realizar este direito, ocupando a propriedade;<sup>1240</sup>
- (vii) Teoria da necessidade: Esta teoria defende que a propriedade deriva da consequência das exigências da produção e da circulação da riqueza e, sem ela, torna-se impossível o progresso económico e social<sup>1241</sup>;
- (viii) Teoria da conquista: Esta teoria entende que a propriedade seria primitivamente de todos os homens e, com a luta entre tribos e a vitória de uma delas, a propriedade conquistada passava para os homens mais destacados da tribo vencedora.<sup>1242</sup>

<sup>1235</sup> António Godinho e Francisco Caeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 42.

<sup>1236</sup> António Godinho e Francisco Caeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 42.

<sup>1237</sup> António Godinho e Francisco Caeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 42.

<sup>1238</sup> António Godinho e Francisco Caeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 42.

<sup>1239</sup> António Godinho e Francisco Caeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 43.

<sup>1240</sup> António Godinho e Francisco Caeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 43.

<sup>1241</sup> António Godinho e Francisco Caeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 43.

<sup>1242</sup> António Godinho e Francisco Caeiro, *História do Direito Português*, cit., p. 43.

## 5. O fundamento e a legitimidade da propriedade

I. Generalidades. Até 1848, discutia-se a cerca da manutenção ou extinção do direito da propriedade no seu todo. O ano de 1848 marca o movimento das doutrinas sobre a propriedade. Em 1848 foram publicados dois livros, da autoria de THIERS e TROPLONG, que defendem o princípio da propriedade. Neste mesmo ano, o movimento comunista contra a propriedade intensificou as suas acções.<sup>1243</sup> Por isso, vamos analisar, sinteticamente, as diferentes correntes sobre a ideia da propriedade.

II. *Ideias filosóficas e morais sobre a propriedade.* Embora algumas doutrinas antigas se tornassem célebres mais tarde, nomeadamente a de Platão, as antiguidades gregas e orientais não deixaram muitos indícios de reflexão profunda sobre a propriedade. Por exemplo, ARISTÓTELES considera que tanto para o indivíduo como para a comunidade, a vida preferível é aquela que é acompanhada de uma virtude com recursos suficientes para participar em acções virtuosas<sup>1244</sup>. Referem temas próximos de propriedade, nomeadamente a riqueza e a pobreza. Em termos morais, não é dada qualquer resposta sobre o problema da existência da propriedade.<sup>1245</sup>

*A propriedade na antiga Grécia.* PLATÃO preconizava a ideia da propriedade comum. Para o autor, a cidade só podia ser administrada na perfeição se houvesse comunidade das mulheres, comunidade dos filhos e de toda a educação, do mesmo modo, devia existir comunidade de ocupações na guerra e na paz, e que dentre eles serão soberanos aqueles que mais se distinguiram na filosofia e na guerra. *Além disso, ..., que nada têm de próprio para ninguém, mas são comuns a todos.*<sup>1246</sup> Diferentemente de PLATÃO, ARISTÓTELES defendia a ideia da propriedade privada, para ele só assim era possível incitar os camponeses a cuidarem das suas terras e apenas os proprietários são bons cidadãos<sup>1247</sup>.<sup>1248</sup>

---

<sup>1243</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 464.

<sup>1244</sup> Aristóteles, *Política*, Veja, 2.ª ed., Lisboa, 2016, p. 483.

<sup>1245</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy/André Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, p. 303.

<sup>1246</sup> Cf. Platão, *A República*, (tradução e introdução de Maria Helena da Rocha Pereira), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa 1949, p. 363.

<sup>1247</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy/André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 303.

<sup>1248</sup> Parece importante mencionar que há mais entendimentos sobre o fundamento e legitimidade sobre a propriedade, a saber: *O Socialismo e a propriedade*. O movimento socialista propõe a nacionalização do solo e questiona se a propriedade privada ainda conserva a sua utilidade. O socialismo científico fundado por KARL MARX, abjura o igualitarismo em detrimento do colectivismo, propondo a retirada de capital da burguesia e sua concentração nas mãos do estado, sustentando ainda que a origem da propriedade baseia-se no comunismo primitivo, cf. Jean-Philippe Lévy/André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 465.

*O Anarquismo e a propriedade*. Os anarquistas são inimigos da propriedade privada e consideram a propriedade como uma das principais causas de crime e consideram ainda que a propriedade privada confere

## 6. Função social da propriedade e a sua alienação em garantia

A função social da propriedade pode condicionar os limites da propriedade. As ideias liberais entendiam a propriedade como um direito originário destinado a

---

o direito de viver sem trabalhar e de viver de trabalho dos outros, cf. Jean-Philippe Lévy/André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 467.

*O Nacional-socialismo e a propriedade.* Consideram que a propriedade era apenas um meio que deve ser útil à comunidade nacional e que deve ser subordinada ao Direito, ao poder, subtrair dos proprietários a título de sanção ou a título de má gestão, cf. Jean-Philippe Lévy/André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 467. Embora este regime tivesse mantido o princípio jurídico de propriedade privada, não deixou de reduzir drasticamente sua aplicabilidade, extensão e temporalidade. Mesmo que a propriedade privada seja formalmente reconhecida, o regime retira completamente um dos elementos mais fundamentais dos direitos de propriedade: a liberdade de disposição - liberdade contratual. Mesmo sem abolir oficialmente o regime de propriedade, o nacional-socialismo significa a delegação da propriedade e o controle estatal das principais actividades económicas do país, uma transferência da parte essencial dos atributos reais dos direitos de propriedade aos burocratas do governo ou das corporações.

*A propriedade na bíblia.* GÊNESE 1:1 - No princípio, Deus criou os céus e a terra; DEUTERONÓMIO 10: 14 - *Eis que os céus e os céus dos céus, a terra e tudo o que nela existe...*; SALMOS 113: 16 - *Os céus são os céus do SENHOR, mas a terra, deu-a aos filhos de Adão!* A Bíblia exprime a ideia de que Deus é o verdadeiro proprietário da terra e de tudo que nela exista. Este constitui um princípio desenvolvido pelos pais da igreja e constitui um dos argumentos contra a propriedade privada, cf. Jean-Philippe Lévy/André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 403. Todavia, a igreja não hostiliza absolutamente a propriedade e a riqueza, apenas hostiliza o seu mau uso. O fundamento da propriedade privada reside nos direitos humanos. A caridade e a esmola servirá para conciliar os princípios dos bens e a apropriação privada, e será a condição da legitimidade desta, cf. Jean-Philippe Lévy/André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 403. O espírito social de cristianismo deduz-se do Antigo e Novo Testamento. Deduz-se, em resumo, com doutrina cristã, considera-se o conceito de propriedade privada está marcada pelo individualismo *quiritário*, o que dificulta em grande parte da resolução dos problemas sociais, baseando-se, sobretudo na Gen. I, 26-30 cf. Gênesis I, 26-30: E disse Deus: *Façamos o homem à nossa imagem, conforme a nossa semelhança; e domine sobre os peixes do mar, e sobre as aves dos céus, e sobre o gado, e sobre toda a terra, e sobre todo o réptil que se move sobre a terra. E criou Deus o homem à sua imagem; à imagem de Deus o criou; homem e mulher os criou. E Deus os abençoou, e Deus lhes disse: Frutificai e multiplicai-vos, e enchei a terra, e sujeitai-a; e dominai sobre os peixes do mar e sobre as aves dos céus, e sobre todo o animal que se move sobre a terra. E disse Deus: Eis que vos tenho dado toda a erva que dê semente, que está sobre a face de toda a terra; e toda a árvore, em que há fruto que dê semente, ser-vos-á para mantimento. E a todo o animal da terra, e a toda a ave dos céus, e a todo o réptil da terra, em que há alma vivente, toda a erva verde será para mantimento; e assim foi.* E disse Deus: *Eis que vos tenho dado toda a erva que dê semente, que está sobre a face de toda a terra; e toda a árvore, em que há fruto que dê semente, ser-vos-á para mantimento*, cf. José Maria Polacio, *Enquiridión sobre La Propiedad. Concepto Cristiano del Derecho de Propiedad y del uso de las Riquezas*, édado, Madrid, 1935, p. 17. Também a Bíblia Refere temas sobre a riqueza e a pobreza, egoísmo e caridade, mas não dá resposta clara sobre o conceito ou conteúdo da propriedade.

*As doutrinas jurídicas sobre a propriedade.* Em França, as obras jurídicas contemporâneas apresentaram controvérsias sobre o fundamento e a legitimidade da propriedade privada. Alguns concentram o fundamento da propriedade na existência de um “domínio iminente”, negando uma das características (absoluto) da propriedade, ou seja, uma espécie de direito de compropriedade em relação ao Estado, derivado da sua qualidade do primeiro proprietário; muitos autores admitem a teoria da função social da propriedade; alguns consideram que a propriedade não é um direito, mas sim uma função social. O proprietário (que trata por detentor) possui a riqueza e esta tem uma função social, por isso, enquanto estiver a cumprir a função social a sua propriedade é protegida juridicamente, mas, se não estiver a cumprir ou a cumprir mal a função social, o Estado tem a legitimidade para constranger a propriedade e assegurar a sua função social, por exemplo, se não cultivar a sua terra ou deixar o seu prédio urbano em ruínas, o Estado pode intervir para dar a estes bens a sua função social. Esta doutrina tem mais opositores do que aderentes. Os opositores consideram que a propriedade é um direito absoluto. As doutrinas liberais defendem sempre a propriedade privada, cf. Maria Margarida Nunes Mexia de Mendia, José Joaquim Lopes Praça (1844-1920), I – *Um Caminho Independente*, Gráfica Eborense, Lisboa, 1999, p. 155. Ainda sobre a propriedade, cf. Miguel Nogueira de Brito, *Propriedade Privada: entre o privilégio e a liberdade*, Fundação Francisco Manuel dos Santos, Lisboa, 2010, p. 11 ss.

desempenhar, com carácter de exclusividade, a vontade do proprietário, sem interferência do Estado.<sup>1249</sup> Todavia, surgiram teorias que põem em causa os fundamentos das ideias liberais da propriedade, demonstrando a importância da observância das restrições à propriedade.<sup>1250</sup> Assim, começou a ganhar a importância a ideia que entendia ser necessário o desempenho de uma função social por parte da sociedade.<sup>1251</sup> Este aprofundamento não se resume à imposição de limites na propriedade individual e liberal, mas reflecte no sentido de alocar esquemas próprios do Direito público.<sup>1252 1253</sup>

---

<sup>1249</sup> Cf. Guido Alpa/Mario Bessone, *Poteri dei Privati e Statuto della Proprietà. II, Storia, Funzione, Pubblici, Interventi*, Cedam, Pádua, 1980, p. 210.

<sup>1250</sup> Cf. José Luís Bonifácio Ramos, *Direitos Reais, Relatório*, AAFDL, Lisboa, 2013, p. 225.

<sup>1251</sup> Cf. José Luís Bonifácio Ramos, *Direitos Reais, Relatório*, AAFDL, Lisboa, 2013, p. 225.

<sup>1252</sup> Cf. Michele Giorgianni, *Il Diritto Privato e i suoi attuali confini*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.º 15, 1961, p. 392.

<sup>1253</sup> Por outro lado, procuram estabelecer um terceiro tipo, entre a propriedade pública e a propriedade privada, cf. José Luís Bonifácio Ramos, *Direitos Reais, cit.*, p. 325. No Direito Português (e no nosso), tendo em conta o artigo 1267.º do Código de Seabra, JAIME DE GOUVEIA, cf. Jaime de Gouveia, *Construção Jurídica da Propriedade*, Lisboa, 1919, p. 36, defendia a função social da propriedade, admitindo a sua extinção se deixasse de desempenhar esta função. CUNHA GONÇALVES, cf. Luís da Cunha Gonçalves, *Da Propriedade e da Posse*, Lisboa, 1952, p. 26, não comungava desta teorização, procurando aproximar-se da doutrina social da igreja, no sentido de prefigurar a propriedade privada com a alinhável proximidade da propriedade social, fundamentando essencialmente nas suas limitações sugeridas pelo interesse público, nos termos do artigo 1170.º do Código de Seabra, cf. Luís da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, XI, Coimbra, 1930, p. 171. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, 5.ª ed., Coimbra, 1993, p. 194, advoga que o actual Direito Civil consagra o princípio do abuso de direito que se compatibiliza com a função social da propriedade, considerando que o proprietário, na fruição da coisa, não pode contrariar os interesses sociais considerados relevantes. MENEZES CORDEIRO, cf. António Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, I, Lisboa, 1979, p. 578, também procura compatibilizar o abuso de direito e a função social da propriedade. Considera que os Direitos Reais, ao serem limitados pelo princípio da boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico e social, pretendem demonstrar que tais limitações podem ser reconduzidos à função social, pelo que o contido dos direitos Reais é limitado negativamente pela sua finalidade económico-social. MENEZES LEITAO, cf. Menezes Leitão, *Direitos Reais, cit.*, p. 176, aceita a compatibilização do abuso de direito com a função social da propriedade, referindo que o Estado não pode aprovar medidas que atinjam o essencial do Direito da propriedade. JOSÉ ALBERTO VIEIRA, cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais, cit.* pp. 290-291, considera que abuso de direito constitui uma limitação geral dos direitos reais, releva a necessidade de construir uma parte geral da realidade, colocando nessa parte as limitações próprias daquilo que denomina de *conteúdo negativo dos Direitos Reais*. BONIFÁCIO RAMOS, cf. José Luís Bonifácio Ramos, *Direitos Reais, cit.*, p. 329, reconhece a função social da propriedade e admite a sua compatibilização com o abuso de direito na vez que o artigo 334.º CC que os requisitos deste artigo integram o fim social ou económico. Admite ainda uma preponderância da vertente social em detrimento da vertente individual do sujeito que exerce a respectiva titularidade. Ainda este autor conclui que se atentarmos na pluralidade de restrições mostradas pelo proprietário, em nome do princípio da função social, vamos compreender a sua valia e razão de ser, para além dos preceitos exactos do instituto do abuso de direito. O direito da propriedade é uma das bases do sistema socioeconómico, o que torna plenamente compreensível e razoável o entendimento de que a propriedade já não pode ser vista como simples manifestação da liberdade individual. O proprietário pode usar, fruir e dispor da coisa, mas já não se concebe a propriedade como um direito ilimitado. Actualmente, várias são as limitações ao direito de propriedade, exemplo extremo é a expropriação em caso de necessidade ou utilidade pública. Por outro lado, a propriedade não pode servir de instrumento para a destruição de bens ou valores. Tendo em conta o nosso tema, não encontramos, pelo menos directamente, nenhum fundamento relacionado com a função social da propriedade que impede a sua utilização para fins de garantia. Devido à importância de concessão de crédito na economia, os actores económicos têm procurado meios de reforço das garantias e consideram que a *propriedade – garantia* pode ajudar a atingir esse fim. Por outro lado, os credores titulares de direitos de garantias reais tradicionais tendem a ser sacrificados nos processos de falência. Razão pela qual, tornou-se mais atractivo o recurso à *propriedade*

## **7. A propriedade - garantia e as dimensões constitucionais da propriedade na Guiné-Bissau**

I. Numa *dimensão institucional*, o direito de propriedade constitui um princípio de organização económica e social, em torno do qual giram a apropriação privada e a utilização privada dos bens. Assim, na dimensão institucional, a garantia de uma esfera de apropriação privada dos bens, está ligada à ideia de acessibilidade da propriedade privada, artigos 11.º e 12.º CRGB.

II. Numa *dimensão subjectiva*, o direito de propriedade corresponde a um poder concreto sobre os bens, um conjunto de faculdades ou poderes que o direito confere ao seu titular para realizar o seu aproveitamento, nomeadamente o direito da sua aquisição, utilização e fruição dos bens de que é proprietário, o direito de transmissão da propriedade em vida ou por morte e o direito de não ser privado arbitrariamente da sua propriedade.<sup>1254</sup> Nos termos do artigo 12.º CRGB é consagrado constitucionalmente o direito à propriedade privada. Na Guiné-Bissau a propriedade tem uma consagração residual, pois incide sobre os bens distintos do Estado e deve ser compatibilizada com a propriedade do Estado e a propriedade cooperativa. O direito da propriedade, na CRGB, em termos formais, não faz parte do catálogo dos direitos fundamentais, estando consagrada na parte dedicada aos princípios fundamentais do Estado. Diferentemente, como vimos, o direito de propriedade constitui um direito fundamental na Constituição portuguesa, nos termos do artigo 62.º CRP, que determina que “*a todos é garantido o direito à propriedade privada e à sua transmissão em vida ou por morte, em termos da constituição*”. Todavia, nos termos do artigo 12.º CRGB, é garantida a existência da propriedade privada na Guiné-Bissau, ficando assim assegurada a propriedade de Direito Civil ao lado da propriedade do Estado e da propriedade cooperativa. Consequentemente, na Guiné-Bissau, é reconhecida a liberdade de afectação de bens pelo titular do direito patrimonial. Os sujeitos podem livremente desenvolver os seus fins através da utilização dos seus bens. Consequentemente, a propriedade garante o direito de disposição dos seus bens.<sup>1255</sup> A concepção constitucional da propriedade visa salvaguardar a existência da propriedade, assim como o seu respeito pelos órgãos das entidades públicas. A concepção

---

– *garantia*, que também pode contribuir para a dinamização da economia, permite assegurar a permanência do bem dado em garantia no circuito económico e o credor fica dispensado dos custos de guarda e custódia com a coisa, cf. Catarina Pires, *Alienação*, cit., p. 13.

<sup>1254</sup> Cf. Cláudio Monteiro, *O Domínio da Cidade*, cit., 225 e 229.

<sup>1255</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 575.

constitucional da propriedade coincide com a titularidade de um direito patrimonial, o que inclui direitos subjectivos, que não têm coisas corpóreas por objecto.<sup>1256</sup> Como vimos, já não existem propriedades ilimitadas: toda a propriedade existe dentro dos limites da lei e sujeita-se às restrições por ela impostas. O aproveitamento das coisas pelo proprietário faz-se também no respeito de interesses atendíveis da comunidade e dos fins da natureza geral que a ordem jurídica prossegue. Analisada a concepção constitucional da propriedade, não encontramos nenhum fundamento directo capaz de inviabilizar a utilização da propriedade para fins de garantia. Aliás, numa *dimensão subjectiva*, o direito de propriedade corresponde a um poder concreto sobre os bens, um conjunto de faculdades ou poderes que não apenas o de transmissão da propriedade, sem delimitar ou estabelecer um *numerus* dos negócios translativos da propriedade.

## **8. Exclusividade do aproveitamento da propriedade e a sua alienação em garantia**

A propriedade constitui um direito real e constitui o direito de maior extensão no âmbito dos direitos reais.<sup>1257</sup> Ao proprietário cabe o gozo exclusivo do aproveitamento da coisa, pelo que os outros direitos reais supõem, pelo menos, a concorrência com a propriedade. Esta limitação às coisas corpóreas também exclui do âmbito da propriedade a titularidade da empresa, do estabelecimento comercial e do agrupamento de coisas, porque a propriedade deve ter por objecto coisas individualizadas, certas e determinadas.<sup>1258</sup> Na alienação da propriedade em garantia, dificilmente se verifica esta última característica da propriedade, porque o credor titular de garantia não concorre com o titular do direito de propriedade como sucede nas garantias reais tradicionais, nomeadamente hipoteca e penhor. Na alienação da propriedade em garantia, o credor beneficiário da garantia é também proprietário, não obstante adquirir a propriedade para fins de garantia. Por isso, esta garantia constitui um reforço, quiçá mais forte do que o reforço qualitativo tradicional que as garantias reais conferem ao credor, traduzido na prioridade no pagamento pelo produto da venda do bem objecto de garantia.

---

<sup>1256</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 575.

<sup>1257</sup> Cf., por exemplo, José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit. p. 577.

<sup>1258</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit. p. 577.



## 9. O conteúdo dos direitos reais de garantia e a alienação da propriedade em garantia

*I. No Direito Real de Garantia*, conforme ensina GUILHERME MOREIRA<sup>1259</sup>, *o objecto da garantia é o valor dela*. O direito real de garantia tem por objecto a coisa corpórea e confere ao seu titular a possibilidade de obter o pagamento através do rendimento da coisa ou o produto da sua venda<sup>1260</sup>. Os direitos reais de garantia são funcionalmente dirigidos a assegurar o cumprimento da obrigação e conferem ao credor a prioridade no pagamento do seu crédito através da coisa objecto de direito real de garantia e com prioridade em relação aos outros credores do devedor que não tenham a melhor garantia real sobre ela<sup>1261</sup>. O principal conteúdo do direito real de garantia consiste na atribuição ao titular deste direito numa posição de prevalência em relação aos demais credores do mesmo devedor, conferindo-lhe a prioridade no pagamento através do produto da venda da coisa<sup>1262</sup>. No nosso ordenamento jurídico, os direitos reais de garantia não têm poderes de gozo no seu conteúdo, mesmo atribuindo a posse da coisa ao credor. Aliás, mesmo havendo a autorização para o uso, este não integra o conteúdo típico deste direito, com excepção de consignação de rendimentos, que se afasta, neste aspecto, do regime comum dos direitos reais de garantia.<sup>1263 1264</sup>

A aquisição do bem objecto de garantia por parte do credor, não deixa de ser reforço, mas não confere propriamente preferência de pagamento, na medida em que o bem pertence ao credor, em regra, desde o momento de constituição de garantia. Conforme refere PESTANA DE VASCONCELOS, na alienação em garantia o credor pode transmitir o bem dado em garantia a um terceiro e, se o devedor não cumprir, o credor poderá satisfazer-se pelo valor do bem dado em garantia, alienando-a nas melhores condições do mercado, satisfazendo com o produto da venda o montante em dívida. Para

---

<sup>1259</sup> Cf. Guilherme Alves Moreira, *Instituições de Direito Português*, III, Coimbra, p. 5.

<sup>1260</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 287.

<sup>1261</sup> Cf. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, 4.ª ed., p. 64.

<sup>1262</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado*, III, cit., p. 615.

<sup>1263</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 288.

<sup>1264</sup> Na alienação em garantia, não se verifica propriamente esta preferência de pagamento pelo produto de certo bem. Ou seja, através da transmissão da coisa, o credor beneficiário da garantia adquire o direito da propriedade sobre a mesma coisa, com limitação obrigacional do seu direito, cf. Rolf Serick, *Le Garanzie Mobiliari*, cit., p. 17.

o autor, a alienação em garantia de coisa constitui uma modalidade de reforço<sup>1265</sup> qualitativo que não se traduz propriamente em preferência de pagamento.

*II. A nossa posição.* De acordo com o nosso Direito Interno, o conteúdo do direito real de garantia dificilmente se enquadra a alienação em garantia configurada como direito real de garantia. Embora discutível, sobretudo se tomarmos em conta o AUG, não nos repugna considerar a alienação da propriedade em garantia como uma garantia real, mas temos dificuldades em considerá-la como um direito real de garantia, porque neste o titular de garantia tem um direito específico sobre uma coisa alheia e, na alienação em garantia, o titular de garantia é o proprietário da coisa objecto de garantia.

## **10. O Conteúdo da propriedade e a sua alienação em garantia**

Nos termos do artigo 1305.º CC, *o proprietário goza de modo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem, dentro dos limites da lei e com a observância das restrições por ela imposta*. O direito de propriedade é o o arquétipo não apenas dos direitos reais, mas também dos direitos subjectivos em geral<sup>1266</sup>. A propriedade é o primeiro dos direitos reais de gozo.<sup>1267</sup> Com efeito, o direito de propriedade confere ao seu titular todos os poderes<sup>1268</sup> ou faculdades que à coisa se podem referir.<sup>1269</sup> JOSÉ ALBERTO VIEIRA<sup>1270</sup> elenca o conteúdo do direito de propriedade de seguinte modo: (i) poder de uso; (ii) poder de fruição; (iii) poder de transformação; (iv) poder de reivindicação; (v) poder de excluir terceiros não autorizados do gozo da coisa; (vi) poder de demarcação, coisas imóveis; (vii) faculdade de disposição que inclui o poder para alienar<sup>1271</sup>, onerar ou renunciar.

---

<sup>1265</sup> Cf. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., p. 65.

<sup>1266</sup> Cf. José Alberto González, *Direitos Reais e Direito Registral Imobiliário*, 3.ª ed., Lisboa, *Quid Juris*, 2005, p. 15.

<sup>1267</sup> O artigo 1305.º CC não contém a definição da propriedade (*omnis definitio in iure civili periculosa est*), cf. A Santos Justo, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 2015, (nota 1056), estabelece apenas o seu conteúdo que abrange o uso, fruição e disposição.

<sup>1268</sup> Beleza dos Santos, *A Simulação*, cit., p. 126 ss., advoga que a alienação fiduciária em garantia viola o princípio de que o direito de alienação é inerente à propriedade. Ainda refere o ilustre autor que o referido princípio se encontra consagrado numa série de preceitos do Código Civil, pelo que, uma cláusula limitativa do direito de alienação violaria directamente o referido princípio, assim como todos os preceitos que o precedem.

<sup>1269</sup> Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 448.

<sup>1270</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 584.

<sup>1271</sup> Cf. José Alberto González, *Direitos Reais e Direito Registral*, cit., p. 15. A propriedade atribui ao seu titular todo o aproveitamento possível de uma coisa corpórea, cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 582.

A limitação convencional do direito da propriedade encontra-se sujeita ao princípio da tipicidade. A cláusula negocial que limite o uso da coisa pelo proprietário a um certo fim (só para habitação) ou cláusulas negociais que imponham certos deveres ao proprietário, dão azo a uma propriedade atípica, em violação do disposto no artigo 1306.º CC. Apenas a lei pode criar um conteúdo negativo para a propriedade<sup>1272</sup>. As restrições convencionais da propriedade que atingem o seu conteúdo típico violam o princípio da tipicidade e, consequentemente, geram a nulidade do negócio em causa.<sup>1273</sup> Todavia, parece importante realçar que o princípio da tipicidade só se releva quando a cláusula negocial diz respeito ao conteúdo típico do direito de propriedade. Por conseguinte, o artigo 1306.º deixa de fora as limitações que tenham natureza meramente obrigacional.<sup>1274</sup> Como veremos relativamente ao regime de alienação da propriedade em garantia, o credor que adquire a propriedade em garantia vê este direito limitado e fica vinculado a certas obrigações. É certo que a autonomia privada não pode criar direito real de natureza diferente daqueles que estão previstos na lei<sup>1275</sup>. Todavia, na alienação em garantia, o direito é transmitido sem afectar o conteúdo essencial do direito de propriedade. O que sucede é que se estabelecem limitações de carácter obrigacional ao seu exercício, nos termos de autonomia privada<sup>1276</sup>. O problema que se coloca em relação à alienação em garantia em confronto com o princípio da tipicidade dos direitos reais, diz respeito aos factos que produzem a transmissão dos direitos reais. Em relação ao princípio da tipicidade, não existe *numerus clausus* de negócios transmissivos de direitos reais<sup>1277</sup>, vigorando, neste particular, o princípio de autonomia contratual.<sup>1278</sup> Veremos, todavia, se o regime jurídico estabelecido não cria restrições que alcancem os conteúdos típicos do artigo 1305.º CC. Desde já, importa realçar que delimitação positiva do tipo de direito real propriedade não tem de ser feita através da enumeração concreta dos poderes de

---

<sup>1272</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 584.

<sup>1273</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 585.

<sup>1274</sup> Conforme demonstra JOSÉ ALBERTO VIEIRA, *Direitos Reais*, cit., p. 585: *as partes estão impedidas de forjar uma propriedade com um poder de fruição ou de transformação limitado, em que, por exemplo, o proprietário não possa dar em locação ou efectuar uma construção, mas nada impede que o proprietário se obrigue a não dar a coisa em locação ou a não construir no imóvel. Tais vinculações do proprietário, constituindo meras obrigações, não redundam em qualquer violação da tipicidade legal e são, por conseguinte, juridicamente válidas.... O proprietário continua a poder dar... mas se o fizer, sujeita-se ao regime do incumprimento obrigacional* cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 585.

<sup>1275</sup> Cf. José de Oliveira Ascensão, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, Livraria Petrony, Lisboa, 1968, p. 259, Orlando de Carvalho, *Direito das Coisas (O Direito das Coisas em Geral)*, Centelha, Coimbra, 1977, p. 248 e Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, I, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 1979, p. 464 e

<sup>1276</sup> No nosso caso é o próprio AUG é que os estabelecem.

<sup>1277</sup> Cf. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., p. 594.

<sup>1278</sup> Cf. José de Oliveira Ascensão, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, cit., p. 162 a 168.

aproveitamento da coisa, dado que tudo o que seja aproveitamento não restringido legalmente cabe ao proprietário.<sup>1279</sup>

### **11. A propriedade temporária e a *propriedade - garantia***

A perpetuidade tem sido apontada como característica da propriedade. Todavia, o nosso direito interno admite a propriedade temporária nos casos especialmente previstos na lei (artigo 1307.º CC). Por conseguinte, esta característica não constitui nota distintiva do tipo legal da propriedade.<sup>1280</sup> Mesmo que esteja submetida a um horizonte temporal de duração, a propriedade continua a ser o direito de maior extensão. Nos termos do artigo 1307.º CC, a propriedade pode ter uma duração limitada no tempo, a termo certo ou incerto<sup>1281</sup>, desde que esta duração esteja legalmente prevista. A convenção da propriedade temporária fora dos casos previstos na lei gera a nulidade do negócio jurídico, nos termos dos artigos, 1307.º, 280.º, n.º 1 e 294.º, do CC. Na alienação em garantia, se a obrigação garantida for cumprida, implica o dever de retransmissão do bem objecto de garantia por parte do credor. Todavia, mesmo considerando que se trate de aquisição temporária de propriedade, a alienação em garantia, é uma situação prevista na lei, conforme se admite nos termos do artigo 1307.º CC. Todavia, parece que não se trata de uma propriedade temporária, do ponto de vista dos direitos reais, mas de uma propriedade funcionalizada de ponto de vista obrigacional<sup>1282</sup>.

### **12. A Determinação do objecto da propriedade no AUG**

O AUG contém uma secção no âmbito das garantas mobiliárias cujo título é reserva e alienação da propriedade em garantia<sup>1283</sup>. O artigo 72.º AUG, cuja epígrafe é

---

<sup>1279</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 583.

<sup>1280</sup> Cf. Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *Direitos Reais*, Almedina, 5.ª ed., 2015, p. 269 e José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 588.

<sup>1281</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 585.

<sup>1282</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação*, cit., p. 301.

<sup>1283</sup> Nos seguintes termos:

*Título 2 – GARANTIAS REAIS MOBILIÁRIAS*

*Capítulo 3 – Retenção ou cessão em garantia da propriedade*

*Secção 1 – Reserva de propriedade*

*Secção 2 – transmissão de propriedade em garantia*

*Subsecção 1 – Cessão de crédito em garantia*

*Subsecção 2 – Transferência fiduciária da soma monetária em garantia*

*propriedade transferida como garantia*, dispõe que “*a propriedade de um bem, presente ou futuro, ou de um conjunto de bens pode ser transferida como garantia de pagamento de uma dívida, actual ou futura, ou um conjunto de dívidas, nas condições previstas na presente secção*”. Esta secção contém duas subsecções que são a cessão de crédito em garantia e a alienação fiduciária de uma quantia em dinheiro.

Parece-nos legítimo analisar o objecto da propriedade referida no artigo 79.º AUG no sentido de determinar o âmbito de admissão de alienação em garantia no direito da OHADA.

Há duas interpretações possíveis:

Ou o legislador da OHADA admite a alienação em garantia só para cessão de crédito em garantia e da alienação da *soma monetária* em garantia; Ou utiliza o conceito técnico jurídico da propriedade e remete o seu regime para os regimes cessão de crédito em garantia e da alienação da *soma monetária* em garantia.

No nosso Direito Civil a propriedade constitui um direito real e, nos termos do artigo 1302.º CC, tem por objecto a coisa corpórea - propriedade de Direito Civil. Dado que a propriedade técnico-jurídica tem por objecto a coisa corpórea, constitui um erro a designação na linguagem corrente, a expressão propriedade intelectual quando se pretende designar uma propriedade de Direito Civil.<sup>1284</sup> Em relação ao objecto da propriedade, em França, a principal fonte de inspiração do legislador da OHADA, é frequente falar no “Direito dos Bens”<sup>1285</sup>. Aliás, a própria epígrafe do Livro II do Código Civil Francês é “*Des Biens et des Différentes Modifications de la Propriété*”. Na nossa linguagem o bem consiste na utilidade que a coisa pode proporcionar ao homem, exprimindo as coisas efectivamente apropriadas<sup>1286</sup>.

### 13. A ambiguidade da propriedade

A palavra propriedade é usada pelo nosso legislador em várias acepções a saber<sup>1287</sup>:

---

<sup>1284</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 582.

<sup>1285</sup> Cf. Pierre Voirin/Gilles Goubeaux, *Droit Civil, personnes, famille, incapacité obligations, sûreté*, 27.<sup>a</sup> ed., LGDJ, Paris, sem data, p. 240 e Jean Carbonnier, *Droit Civil, les biens, les obligations*, PUF, Paris, 2004, p. 1591.

<sup>1286</sup> Cf. Luís da Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, III, 1930, p. 35.

<sup>1287</sup> Cf. Oliveira Ascensão, *Direitos Reais*, cit., p. 382.

- a) Todos os direitos adquiridos - artigo 2167.º do Código de Seabra (embora não estando em vigor), *tudo quanto para esse fim legitimamente adquiriu*.
- b) Todos os direitos patrimoniais - o sentido constitucional da propriedade.
- c) Todos os direitos reais - tendência para referir à propriedade todos os princípios gerais dos direitos reais.
- d) Um direito real específico - propriedade em sentido técnico-jurídico.
- e) Objecto do direito de propriedade - referencia à coisa para significar o objecto de direito de propriedade.

No nosso sistema jurídico, há uma forte tendência em restringir o conceito de coisas às realidades corpóreas, enquanto os bens se alargam a realidades imateriais ou humanas e é correcto usar o termo “bem” *apenas para referir elementos patrimoniais mais vastos, para referir coisas incorpóreas, para referir conotações valorativas mais amplas do que a coisa (bens humanos ou de personalidade) ou ainda para referir as categorias económicas oposta aos serviços.*”<sup>1288</sup>. Isto significa que a influência do Code Civil não foi suficiente para generalizar o conceito de bens na nossa ordem jurídica<sup>1289</sup>. Na doutrina francesa faz-se a distinção entre bens corpóreos (coisas), que corresponde às coisas no nosso sistema e bens incorpóreos (direitos)<sup>1290</sup>, que se aproxima da nossa titularidade de direito patrimonial. Quanto à determinação do conceito de propriedade, convém realçar que ela apresenta-se como um produto da cultura de um povo e surge historicamente condicionada. A propriedade varia em função do ordenamento jurídico em apreço. A propriedade varia dentro do mesmo ordenamento jurídico, nomeadamente no direito publico ou privado e também muda em função do tempo histórico que se toma em consideração.<sup>1291</sup> Todavia, o direito da propriedade no direito civil está historicamente ligado a uma coisa corpórea determinada.<sup>1292</sup> Em França<sup>1293</sup>, têm sido utilizadas várias concepções do termo propriedade. O termo proprietário é usado para designar que em qualquer bem próprio e pode incluir situações de titularidade de direito. No fundo representa um *dominium*.

---

<sup>1288</sup> Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, II, Coisas*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 25.

<sup>1289</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado*, II, *cit.*, p. 24.

<sup>1290</sup> Cf. Pierre Voirin/Gilles Goubeaux, *Droit Civil*, *cit.*, p. 235 e 239.

<sup>1291</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, *cit.*, p. 584.

<sup>1292</sup> Cf. José, M. de Semprún y Guerrea, *Sentido Funcional del Derecho del Propiedad – como caso concreto del que corresponde a todo derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933, p. 211.

<sup>1293</sup> Também em Itália, às vezes usa-se promiscuamente o conceito de bem e de coisa, “*beni e cosa*”, cf. Adolfo Ravà,  *Istituizioni di Diritto Privato*, CEDAM, Padoa, 1938, p. 253.

Também é frequente o recurso ao o termo “proprietário de usufruto”, proprietário de um crédito quando se pretende referir o que, na nossa linguagem técnico-jurídica, corresponderia a usufrutuário ou credor. Usam até o termo *propriété incorporee* para referir o sentido mais lato da propriedade. É neste termo lato que se exprime o livro II do *Code Civil*, cujo epígrafe - *Des Biens et des Différentes Modifications de la propriété*<sup>1294</sup>. Todavia, grande parte da doutrina considera que a propriedade, em termos restritos, ou seja, em sentido técnico tem sempre por objecto coisas corpóreas<sup>1295</sup>. Portanto, o artigo 72.º AUG, onde refere “*a propriété de um bem*” está a referir-se ao direito de propriedade sobre uma coisa. Assim, o AUG admite a alienação da propriedade em garantia, mas, como veremos, não consagra um regime próprio para esta garantia.

#### 14. Interesse do credor na *propriété* – garantia

Na alienação da propriedade em garantia, o interesse do *credor - propriétaire* não é igual ao de um proprietário normal.<sup>1296</sup> Também o interesse do *credor - propriétaire* não se confunde com interesse dos credores titulares de garantias reais tradicionais, pois procura uma situação mais sólida do que a situação proporcionada pelas garantias reais tradicionais —<sup>1297</sup>. A vantagem que a propriedade garantia confere aos credores pode ser excessiva. Por isso, é questionável se se aplica o regime das garantias reais tradicionais à

---

<sup>1294</sup> Ch. Beudant/Pierre Voirin, *Cours de Droit Civil Française*, IV, les biens, Livraria Arthur Rousseau, 1938, p. 274

<sup>1295</sup> Idem e Pierre Voirin/Gilles Goubeaux, *Droit Civil*, cit., p. 30.

<sup>1296</sup> Actualmente, a propriedade está relacionada com o conceito de poder económico e, por conseguinte, com a riqueza, quer seja ela individual, quer seja ela colectiva. Assim, a propriedade constitui um elemento de riqueza. O proprietário é titular das utilidades que a coisa pode proporcionar, podendo alienar ou consumir. Com efeito, o direito da propriedade faz parte da garantia geral dos seus credores que o podem penhorar, cf. Michel Grimaldi, *La propriété fiduciaire*, in *Actes du colloque «La fiducie dans tous ses états»* Organizado a 15 Abril de 2010 por *Association Henri Capitant*, Dalloz, Paris, 2011, p. 4. Há que considere que a propriedade fiduciária não constitui propriamente uma riqueza para o seu titular, nem constitui um elemento de crédito, pois, em regra, o seu titular obriga-se, cf. Pierre Crocq, *Propriété fiduciaire, propriété unitaire*, in *Actes du colloque «La fi ducie dans tous ses états»* Organizado a 15 Abril de 2010 por *Association Henri Capitant*, Dalloz, Paris, 2011, p. 9, a não exercer os direitos de uso, fruição e disposição – a posição do fiduciário, cf. Michel Grimaldi, *La propriété fiduciaire*, in *Actes du colloque cit.*, p. 6. No caso da fidúcia para gestão, a riqueza pertence ao fiduciante; na fidúcia-liberalidade, a riqueza pertence ao beneficiário. Na alienação fiduciária em garantia, a riqueza do fiduciário é o seu próprio crédito e não a propriedade fiduciária, subjacente a esse crédito, mas não lhe acrescenta uma riqueza adicional. Por outro lado, em regra, a propriedade fiduciária não constitui uma garantia geral. Há duas disposições claras do Direito Comparado para explicar esta afirmação. O património fiduciário, tendo em conta a apropriada natureza da fidúcia, constitui um património autónomo, pelo que constitui a garantia geral dos credores da própria fidúcia e não dos credores pessoais do fiduciário, ou seja, constitui a garantia geral dos créditos relacionados com a própria actividade fiduciária – artigo 2025.º do Código Civil francês. No processo de insolvência, dispõe o artigo 2024.º do *Code* que o processo de insolvência contra o fiduciário não afecta o património fiduciário, cf. Michel Grimaldi, *La propriété fiduciaire*, in *Actes du colloque cit.*, p. 6.

<sup>1297</sup> Cf. Dominique Legeais, *Sûretés*, cit., p. 451.

*propriedade -garantia*<sup>1298</sup>. O legislador da OHADA consagra a *propriedade garantia*, na modalidade de reserva de propriedade e alienação da propriedade em garantia. Portanto, o interesse do credor adquirente não corresponde ao interesse de um adquirente normal do direito de propriedade porque a propriedade realiza a atribuição final de uma coisa corpórea e confere ao seu titular o direito de consumir ou destruir a coisa adquirida.

O proprietário pode decidir legitimamente sobre o destino final da coisa, alienando-a ou destruindo-a, pois a propriedade representa a atribuição última ou definitiva da coisa ao seu adquirente, o que confere ao proprietário a legitimidade a cerca do tipo de aproveitamento a fazer da coisa objecto do seu direito e o destino final da coisa.<sup>1299</sup> Na alienação em garantia, o devedor escolhe o destino a dar à coisa, alienando-a embora em garantia. Em relação ao credor adquirente, se alienar a coisa na pendência da garantia, pode ser responsabilizado civilmente perante o devedor alienante. Na alienação em garantia, o credor adquire a coisa não com o objectivo de a consumir, a sua aquisição está estritamente ligada à protecção do seu crédito, garantindo com a titularidade do seu direito de propriedade o seu crédito. Adquire a coisa no sentido de evitar confronto com outros credores em relação àquele bem específico. Um adquirente comum adquire a coisa com intuito de ficar com ela. Um credor adquirente em garantia adquire com o objectivo de garantir o seu crédito. Também o interesse do credor adquirente não se confunde com os interesses dos credores titulares de garantias reais tradicionais, nomeadamente hipoteca e penhor. Os credores titulares de garantia real têm interesse na manutenção e conservação da coisa objecto de garantia no sentido de manter o valor da garantia. No caso de incumprimento, os credores munidos de garantias preferenciais têm direito à satisfazer os seus créditos e eventuais juros com preferência sobre os restantes credores que não estão graduados abaixo deles. Estas garantias tradicionais conferem a faculdade de executar as coisas objecto de garantia e obtêm prioridade no pagamento sobre o valor da coisa objecto de garantia<sup>1300</sup>.

## **15. Alienação da propriedade e o recurso à impugnação pauliana**

As situações jurídicas avaliáveis em dinheiro e que o Direito considera como unitário para efeitos de responsabilidade pelo pagamento das obrigações constituem o

---

<sup>1298</sup> Cf. Ch. Mouly, *Procédures Collectives: assainir le regime des sûretés*, Mélanges Roblot, 1984, 529.

<sup>1299</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 281.

<sup>1300</sup> Cf., por exemplo, Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, cit., p. 120.



património relevante para este ponto – o património enquanto garantia patrimonial e meio de ressarcimento dos créditos. Na doutrina, na matéria de alienação em garantia, encontramos poucas referências sobre os meios de defesa dos credores do alienante, na perspectiva de que o bem alienado constitui a garantia geral dos credores do alienante. Quando um devedor ou terceiro aliena um bem em garantia, este acto não deixa de ser acto de disposição. Em muitas situações, o incumprimento deve-se apenas à inacção voluntária do devedor, por diversas razões. Às vezes, o património do devedor é que se apresente insuficiente para o cumprimento das suas obrigações. Todavia, há hipóteses em que o devedor com activo superior ao passivo prefere assumir uma postura desleal, dissipando os seus bens e ver o seu património diminuído. Não estamos com isto a afirmar que tal sucede sempre na alienação em garantia, estamos apenas a mostrar que é possível e analisar um dos meios de tutela que a lei confere aos credores contra esta situação e como se articula com a alienação em garantia.<sup>1301</sup> A impugnação pauliana<sup>1302</sup> consiste na faculdade que a lei confere aos credores de reagir contra os actos do devedor que diminuem a garantia patrimonial do crédito. Nos termos do artigo 610.º e seguintes do Código Civil, essa reacção dos credores é admissível<sup>1303</sup> em relação à primeira alienação

---

<sup>1301</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias*, cit., p. 65.

<sup>1302</sup> No Código de Seabra era designado de «rescisão judicial» - artigo 1030.º e seguintes. Com a entrada em vigor do Código de 66 surge a expressão legal «impugnação pauliana». Conforme ilustra Vaz Serra, “Responsabilidade Patrimonial”, cit., p. 194, partindo de estudo dos ordenamentos jurídicos alemão, francês e italiano, considera que é preferível a utilização da expressão «impugnação pauliana» em relação à «acção pauliana» por poder ser exercida por via de excepção. Quanto à origem, a impugnação pauliana teve origem no Direito Romano e deve a sua designação a Paulus, pretor romano, que a terá criado e aplicado no seu édito, cf. Menezes Leitão, *Garantia das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 66: demonstrando que se trata de uma designação errónea, não obstante a doutrina continuar a atribuir a pretor Paulus a invenção da acção pauliana, afirmando que a origem do nome é de origem bizantina porque não houve pretor PAULUS. Cf. Também João Cura Mariano, *Impugnação Pauliana*, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 20-22: É na época justinianeia (530 a 565) que surge a acção pauliana como instituto autónomo, resultante da fusão da *actio pauliana poenalis*, o *interdictum fraudatorium* e a *in integrum restitutio*. Sobre estas figuras, A. Santos Justo, *A Execução: Pessoal e Patrimonial (Direito Romano)* in *O Direito*, Ano 125, 1993, III-IV, Julho - Dezembro e Ana Sofia Carvalho, *Dois Institutos, Duas Épocas, A Impugnação Pauliana e a Servidão Predial, em Roma e na actualidade*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas (sep.)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

<sup>1303</sup> Veja Ac. TRP, de 29 de Setembro de 2016, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Proc. n.º 1252/14.4TBPRD.PI que considera que até no Processo de Insolvência, a impugnação pauliana mantém a sua utilidade com vista à liquidação de todo o património do devedor (incluindo os bens que foram objecto do acto impugnado), no Processo de Revitalização, a impugnação pauliana mantém a sua utilidade com vista à garantia das obrigações decorrentes do Plano de Revitalização. Em Portugal, sobre o âmbito de suspensão de acções nos termos do nº 1 do artigo 17.º-E) do CIRE, cf. Ac. STJ, de 05 de Janeiro de 2016, Ac. STJ, de 17 de Março de 2016, Ac. STJ, de 26 de Novembro de 2015, Ac. STJ, de 17 de Dezembro de 2015, Ac. RL, de 31 de Outubro de 2013, Ac. RL, de 21 de Novembro de 2013, Ac. RL, de 18 de Junho de 2014, Ac. RL, de 22 de Janeiro de 2015, Ac. RL, de 25.06.15, Ac. RL, de 25 de Junho de 2015, Ac. TRP, de 18 de Dezembro de 2013, Proc. n.º 7613/12.6YYPRT.P1), Ac. TRP, de 07 de Abril de 2014, Proc. n.º 918/12.8TTPRT.P1), Ac. TRP, de 30 de Setembro de 2013, 18.12.13, Proc. n.º 407/12.0TBBRG.P1), Ac. TRP, de 20 de Outubro de 2014, Ac. TRP, de 11 de Maio de 2015, Ac. TRP, de 16 de Novembro de 2015, Ac. TRP, de 03 de Março de 2016, Ac. RC, de 19 de Maio de 2015, Ac. RE, de 22 de Outubro de 2015, todos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

assim como em relação às alienações subsequentes efectuada pelo adquirente do bem. A impugnação pauliana era denominada de *actio pauliana* no Direito Romano, por ter sido criada por um édito do pretor PAULO.<sup>1304</sup> A impugnação pauliana teve origem na circunstância de ser um delito – *fraus creditorum* - o acto pelo qual o devedor cria ou aumenta conscientemente a sua insolvência, atribuindo-se para a sua repreensão a uma *actio poenalis* com o nome de *actio pauliana*.<sup>1305</sup> A impugnação pauliana surgiu com o movimento de sobreposição da execução patrimonial sobre a execução pessoal no Direito Romano.<sup>1306</sup> A impugnação pauliana visa evitar a frustração da posição de segurança que constitui a garantia patrimonial. No Código de Seabra, a impugnação pauliana era tida como acção de rescisão do acto, que a doutrina considera os seus efeitos aos da nulidade (artigos 1033.º e 1044.º), com efeito de reversão do bem alienado ao património do devedor e poderia ser executado pela universalidade dos credores. No CC vigente, nos termos do artigo 616.º, n.º 4, a impugnação pauliana aproveita apenas ao credor que a tenha requerido.

No Direito francês, a regulação de impugnação pauliana é parca: o artigo 1341.º do *Code Civil*, que corresponde ao antigo artigo 1167, alterado pela *Ordonnance* n.º 2016-131 de 10 de Fevereiro de 2016 (sobre a reforma do Direito dos Contratos, regime geral e prova das obrigações) limita-se a estabelecer que os credores podem, em seu nome pessoal, atacar os actos praticados pelo devedor em fraude aos seus direitos. Nos termos do artigo 1341 do código civil francês, o principal efeito da impugnação pauliana é a reversão do bem alienado ao património do devedor e a doutrina dedica bastante atenção à figura de impugnação pauliana<sup>1307</sup>. Através da impugnação pauliana, a lei permite que um acto do devedor seja ineficaz em relação ao credor, dando possibilidade a este de executar bens que se transmitiram para a esfera jurídica de um terceiro. Com efeito, parece-nos legítimo questionar se a propriedade alienada no âmbito de alienação em garantia pode ser impugnada por via de impugnação pauliana. A possibilidade de impugnação da transferência e execução dos bens transmitidos na esfera jurídica do

---

<sup>1304</sup> Cf. Paul Collinet, *L'origine byzantine du nom de la paulienne (après 533 – VIIe siècle)*, in *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* 43, 1919, pp. 187 – 208, considera ainda que foi divulgada pela Escola dos Glosadores da idade média.

<sup>1305</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias*, cit., p. 66.

<sup>1306</sup> Cf. João Cura Mariano, *impugnação Pauliana*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 23.

<sup>1307</sup> Cf. Dominique Legeais, *Sûretés*, cit., p. 16, H. Sinay, *Action paulienne et responsabilité delictuelle a la lumière de la jurisprudence récente*, in *RTDCiv*, n.º 46, 1948, pp. 183 – 193, Jean Pascal Chazal, *L'Action paulienne en Droit Français*, e trad: *La acción pauliana en Derecho Francés*, in Joaquín J. Forner Delaygua (org.), *La protección del crédito en Europa: La acción pauliana*, Barcelona, Bodch, 2000, p. 177 e Louis Josserand, *Cours de droit civil positif français*, II – *Théorie générale des obligations. Les principaux contracts du droit civil. Les sûretés*, Sirey, Paris, 1989, p. 428.

adquirente justifica-se porque o adquirente adquiriu gratuitamente e, geralmente, a lei não protege a aquisição gratuita em caso de conflito com titulares de outros interesses legítimos ou porque adquiriu a título oneroso, o fez com a consciência de que o seu acto iria prejudicar os credores, neste caso, do devedor alienante, má-fé. A impugnação pauliana funda-se no prejuízo que o acto causa ao credor do alienante e não na invalidade do acto, permitindo ao credor reagir contra o acto do devedor que afecte o seu património responsável. Nos termos do artigo 610.º CC, são os requisitos da impugnação pauliana:

- a) Acto do devedor que diminui a garantia patrimonial do crédito e que não seja de natureza pessoal;
- b) Direito de crédito anterior ao acto, ou sendo posterior, que o acto tenha sido praticado com dolo – intenção de prejudicar o futuro credor;
- c) O acto do devedor de natureza gratuita, ou sendo oneroso, que haja má-fé das partes – alienante e adquirente;
- d) Do acto resulte a impossibilidade de o credor obter a satisfação integral do seu crédito ou o agravamento dessa impossibilidade.

A constituição de garantias reais sobre os bens do devedor a favor de um dos credores pode afectar o património do devedor e causar-lhe prejuízos. Se onerar um dos bens, abstractamente estará a beneficiar o titular da garantia especial em detrimento dos outros credores que contam apenas com garantia geral. A questão que se coloca é saber se a constituição de garantia real constitui um acto gratuito ou oneroso, tendo em conta o terceiro requisito da impugnação pauliana. VAZ SERA considera que se a garantia tiver sido prestada ao mesmo tempo que se constitui a obrigação por ela garantida, deve-se entender que o foi a título oneroso porque a constituição de garantia tem uma contrapartida que é a concessão de crédito. Considera ainda que se o crédito tiver sido constituído gratuitamente, a garantia também tem carácter gratuito. Se a garantia tiver sido constituída posteriormente à constituição da obrigação, será onerosa se for prestada em contrapartida de algum acto do credor (por exemplo, a redução de juros) e gratuita se receber nenhuma contrapartida.<sup>1308</sup>

Na alienação em garantia, o devedor não só onera, mas aliena uma coisa, transferindo a propriedade da mesma para esfera jurídica de um dos credores. Assim, na alienação em garantia, em regra, o devedor diminui o activo – aliena um bem, em contrapartida recebe o dinheiro que é facilmente dissipável. Por outro lado, aumenta o

---

<sup>1308</sup> Cf. Vaz Serra, *Responsabilidade Patrimonial*, in BMJ, n.º 75, Abril, 1958, pp. 267 – 268.

passivo - contrai a dívida. Razão pela qual pode prejudicar os credores do devedor alienante. Também pensamos que é possível aplicar, com adaptações, a posição de VAZ SERRA na determinação de carácter oneroso ou gratuito da garantia, ou seja, se o bem for alienado em garantia ao mesmo tempo que se constitui a obrigação por ela garantida, deve-se entender que o foi a título oneroso porque a constituição de garantia tem uma contrapartida que é a concessão de crédito e a solução contrária podia por em causa a segurança jurídica e as expectativas do devedor alienante e o credor adquirente. Mas se o crédito tiver sido constituído gratuitamente, parece-nos que deve-se considerar que a garantia continua a ser onerosa porque implica menos esforço patrimonial por parte do devedor, vai reembolsar menos, ou seja sem juros e, conseqüentemente menos diminuição patrimonial. Se o bem tiver sido alienado em garantia posteriormente à constituição da obrigação, será onerosa se for prestada em contrapartida de algum acto do credor (por exemplo, a redução de juros) e gratuita se não receber nenhuma contrapartida.

## **16. A qualificação jurídica da propriedade adquirida em garantia**

*I. Colocação do problema.* No AUG, é reconhecida a função da propriedade como garantia, tanto na modalidade de reserva de propriedade assim como a alienação da propriedade em garantia. Ao atribuir função de garantia ao direito de propriedade pode-se questionar se o direito de propriedade não foi afectado. Com a alienação da propriedade em garantia, verifica-se uma dissociação entre as prerrogativas conferidas ao credor<sup>1309</sup> adquirente e as conservadas ao devedor alienante. Com efeito, o credor adquirente adquire a propriedade – o valor do bem – e o devedor alienante conserva a utilidade tradicional da propriedade. Assim surgiu a tese da *propriedade económica*<sup>1310</sup>.

*II. A tese da propriedade económica.* Esta tese pretende demonstrar que o direito da propriedade pode ter uma função de garantia sem a dissociação acima referida. Esta tese foi contestada. Em França, considera-se que a consagração legal da propriedade garantia vem, no fundo, reconhecer o património de afectação, o que é contrário à tradição jurídica daquele país. Na alienação da propriedade em garantia, o direito da propriedade transfere-se para a esfera jurídica do credor e, em regra, em caso de incumprimento, só

---

<sup>1309</sup> Cf. Dominique Legeais, *Sûretés*, cit., p. 452.

<sup>1310</sup> *Idem*.

responde o bem alienado que, em regra, fica excluído a possibilidade de execução daquele bem, os credores do devedor transmitente<sup>1311</sup>.

*III. Questões jurídicas. O problema.* Como vimos, no AUG, é reconhecida a função da propriedade como garantia, tanto na modalidade de reserva de propriedade, como na alienação da propriedade em garantia. Com efeito, questiona-se: A transmissão da propriedade em garantia confere um verdadeiro direito de propriedade? Quem é o verdadeiro proprietário da coisa objecto de garantia? As questões acima referidas ganharam relevo em França com a consagração da propriedade garantia, pois na alienação da propriedade em garantia, a aquisição da propriedade não constitui um fim em si mesmo, poiso direito da propriedade é instrumentalizado e constitui um meio para a obtenção de um outro fim que é garantia de crédito do adquirente.<sup>1312</sup> Por isso, estas questões merecem análise jurídica tanto a nível dos Direitos Reais como a nível do Direito das Garantias. Quando se transfere a propriedade para fins de garantia é questionável se se trata de uma propriedade normal, pleno e inteiro, ou se se trata de uma garantia real. Na garantia real tradicional, nomeadamente hipoteca, o credor tem um direito de preferência sobre o valor da coisa, o devedor conserva o seu direito de propriedade sobre a coisa, o que não se pode afirmar, sem análise prévia, na alienação em garantia.

*Tese da propriedade sui generis sobre coisa alheia.* Tendo em conta as limitações que o contrato pode impor ao adquirente, há quem entenda que não pode alienar a coisa, e tendo em conta o carácter provisório da titularidade, que exclui a perpetuidade, a qual tem sido apontada como característica da propriedade.<sup>1313</sup> Tendo em conta esta situação, alguma doutrina considera que, tendo em conta objecto da garantia na alienação em garantia – propriedade – e as limitações, em regra, impostas às prerrogativas do credor adquirente e o carácter temporário da propriedade, trata-se um direito real *sui generis* sobre coisa alheia<sup>1314</sup>. Na alienação em garantia, verifica-se a transferência da propriedade, mas, mesmo assim, pode-se questionar a natureza da propriedade transferida<sup>1315</sup>. A questão que se coloca é a de saber se a propriedade transferida corresponde à propriedade tradicional ou se se trata de uma nova forma de propriedade.

---

<sup>1311</sup> Cf. Francesco Messineo, *Manual de Drecho Civil y Commecial*, Editiones Juridicas Europa-America, 1971, Traduzido por Santiago Sentis Melendo, p. 263.

<sup>1312</sup> Cf. Dominique Legeais, *Sûretés*, cit., p. 452

<sup>1313</sup> Cf. Dominique Legeais, *Sûretés*, cit., p. 453.

<sup>1314</sup> Cf. Silvain Ravenne, *Les Propriétés Imparfaites, Contribution à l' étude de la Structure du droit de propriétés*, (policopiada), Paris-Dauphine, Paris, 2007, p. 1, resumo da tese onde propõe nova definição moderna de propriedade.

<sup>1315</sup> Cf. Silvain Ravenne, *Les Propriétés Imparfaites, Contribution à l' étude de la Structure du droit de propriétés*, cit., p. 1.

No Direito inglês, no caso concreto do *trust*, faz-se uma distinção entre *legal ownership* e *beneficial ownership*, ou seja, distinção entre a propriedade económica e a propriedade jurídica.<sup>1316</sup> Em França, foi apresentada uma proposta para acrescentar uma alínea ao artigo 2011.º do *Code Civil*, que podia esclarecer ou dar azo a análise da propriedade económica. A referida proposta visa introduzir o texto que esclarece que o adquirente fiduciário exerce os poderes por forma a concretizar os interesses do fiduciante, neste caso alienante. Esta proposta não foi acolhida.<sup>1317</sup> Com efeito, será difícil comparar, nestes termos, a figura do *trust* com a alienação fiduciária consagrada no direito francês<sup>1318</sup>.

O AUG dispõe que, na alienação em garantia, a propriedade se transfere para o credor adquirente e que o credor alienante preserva a qualidade de proprietário poderá pôr em causa a eficácia<sup>1319</sup> da garantia e o critério da distinção com outras garantias reais seria mais ténue. A maioria da doutrina considera que, na alienação fiduciária, o proprietário é o beneficiário, mesmo considerando superficial esta qualificação.

---

<sup>1316</sup> Cf. Silvain Ravenne, *Les Propriétés Imparfaites, Contribution à l' étude de la Structure du droit de propriétés*, cit., p. 1.

<sup>1317</sup> Cf. Silvain Ravenne, *Les Propriétés Imparfaites, Contribution à l' étude de la Structure du droit de propriétés*, cit., p. 1.

<sup>1318</sup> Cf. Y. Emerich, *Les Fondements Conceptuels de la Fiducie Française face au Trust de la Common Law: Entre Droit des Contrats et Droit des Biens*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, I, 2009, p. 48 e 49.

<sup>1319</sup> Cf. Dominique Legeais, *Sûretés*, cit., p. 453.

## CAPÍTULO IV

### CONFRONTO ENTRE A ALIENAÇÃO EM GARANTIA E O REGIME GERAL DOS NEGÓCIOS DE ALIENAÇÃO

#### 1. Origem do conceito de transferência de propriedade

*I. Generalidades.* Em relação ao estudo de Direito romano, há divergência quanto à origem do conceito de transferência de propriedade. Há basicamente duas linhas de opiniões. A primeira sustenta o conhecimento e a actuação de transferência de propriedade ao longo de toda a história do Direito romano. Por outro lado, os que, contrariamente, consideram que houve um período longo durante o qual o Direito romano não conheceu nem utilizou o conceito de transferência da propriedade, dado que lhe era estranha a concepção de que a propriedade pode ser transferida e manter a sua identidade na esfera do adquirente.<sup>1320</sup> DE FRANCISCI<sup>1321</sup> considera que o conceito de transferência da propriedade<sup>1322</sup> teve a respectiva génese na época pós-clássica, em concreto, na época justinianeia, considerando que, previamente se operava com a ideia de transferência da coisa de uma pessoa para outra – que adquire um novo direito diverso do do cedente. GALLO<sup>1323</sup> entende que o Direito romano clássico conheceu e utilizou o conceito de transferência da propriedade, cuja génese terá lugar na passagem da época arcaica à clássica.

*II. Modos de aquisição derivada da propriedade no Direito romano. Emptio venditio.* A *emptio venditio* não implicava a transferência da propriedade da coisa vendida para o comprador. Ou seja, esse contrato tinha efeitos meramente obrigacionais – o vendedor ficava obrigado a entregar a coisa objecto do contrato ao comprador, proporcionando-lhe a sua posse pacífica, enquanto o comprador assumia a obrigação de

---

<sup>1320</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore, Aspectos Gerais*, Coimbra, 1988, p. 2, (3).

<sup>1321</sup> Cf. Pietro Di Francischi, *Il Trasferimento della Proprietà*, Pádua, 1924, p. 54, cit. por Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore, Aspectos Gerais*, Coimbra, 1988, p. 2, nota n.º 3.

<sup>1322</sup> Sobre transferência da propriedade na compra e venda romana, cf., Emilio Albertario, *Il Momento del Trasferimento della proprietà nella Compravendita Romana*, FDUL, Milão, 1989, p. 237 e seguintes.

<sup>1323</sup> F. Gallo, *Studi sul Trasferimento della proprietà in Diritto Romano*, Turin, 1955, p. 174, cit. por Cf. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore, Aspectos Gerais*, Coimbra, 1988, p. 2, nota n.º 3.

pagamento do preço. Para que a transmissão da propriedade se verificasse, era necessário outro negócio: *mancipatio* (*res Mancipi*) ou *in iure cessio* (*res nec Mancipi*).

*Mancipatio*. A *Mancipatio* era um modo de aquisição<sup>1324</sup> extrajudicial da propriedade<sup>1325</sup> civil e sujeitava-se a uma cerimónia formal<sup>1326</sup> cujos detalhes eram regulamentados pela lei; os participantes eram o adquirente, o alienante e cinco testemunhas que deviam ser cidadãos romanos maiores. No fim da cerimónia, o adquirente da coisa assegurava o seu domínio dobre a mesma depois de efectuar o pagamento de preço da coisa em lingotes<sup>1327</sup> de bronze, que deviam ser pesados. A presença das testemunhas assegurava a publicidade e a prova da transferência de propriedade. A *mancipatio* permitia a transferência de *res Mancipi*.<sup>1328</sup> A *Mancipatio* foi a forma mais importante de transferência de propriedade de *res Mancipi*. Era um negócio jurídico de *ius civile* e originariamente foi uma verdadeira compra e venda. Provavelmente, com a introdução da meda cunhada, que substituiu barras de cobre, a *mancipatio* assumiu a fisionomia de *imaginaria venditio*: em vez da pesagem do cobre, o adquirente tocava na balança com uma pequena barra de cobre, que entregava ao alienante como preço simbólico.<sup>1329</sup> Assim, transformada em *imaginaria venditio*, a *mancipatio* tornou-se susceptível de várias aplicações, nomeadamente, na transmissão ou constituição de direitos reais, na venda de filho *in Mancípio*, na constituição de dotes, na libertação de uma obrigação, na disposição testamentária e na alienação d coisa para a garantia de cumprimento (*fiducia cum creditore*).<sup>1330</sup> Um dos principais efeitos reais da *mancipatio* é a transferência do direito da propriedade e, apesar de ser formal e solene, acabou por ser um negócio abstracto.<sup>1331</sup> Com a eliminação justinianeia da distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, a *mancipatio* desapareceu.

<sup>1324</sup> Cf. Max Kaser, *Direito Privado Romano*, (tradução de Samuel Rodrigues Ferdinand Hämmerle), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1999, pp. 148-149.

<sup>1325</sup> Sobre a figura, cf. António Vieira Cura, *Compra e venda e transferência da propriedade no Direito Romano Clássico e Justiniano. A raiz do "sistema do título e do modo"*, in BFDC, volume comemorativo, Coimbra, 2003, p. 69-112.

<sup>1326</sup> Cf. Salvo Randazo, *Legis Mancipii – Contributo allo Studio dei Limiti di Rilevanza sell'accordo negli Formali di Alienazione*, Giuffrè, Catania, 1998, p. 6.

<sup>1327</sup> Gabriel Lepointe, *Droit Romain et Ancien Droit Français (Biens)*, Daloz, Paris, 1958, p. 17.

<sup>1328</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy/André Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, p. 318 e Pietro Torelli, *Lezioni di Storia del Diritto Italiano (Diritto Privato – La Proprietà)*, Giuffrè, Milão, 1948, pp. 64 a 68.

<sup>1329</sup> Cf. A. Santos Justo, *Direito Privado Romano*, III – *direitos Reais*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 95.

<sup>1330</sup> Cf. Salvo Randazo, *Legis Mancipii – Contributo allo Studio dei Limiti di Rilevanza sell'accordo negli Formali di Alienazione*, cit., p. 40 e 41.

<sup>1331</sup> Cf. António A. Vieira Cura, *Transmissão da Propriedade e Aquisição de Outros Direitos Reais – Algumas Considerações sobre a História do «Sistema do Título e do Modo»*, in FACULDADE DE DIREITO DA UNVERSIDADE DE LISBOA (org.), *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, (sep.), Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp.377-400, p. 382.



*In iure cessio*. A *in iure cessio* é uma forma de aquisição derivada, voluntária e formal, com diferença de ser um acto aparente e formalmente processual realizado segundo a *legis actio sacramento in rem*.<sup>1332</sup> O adquirente, na presença do magistrado, tomava a coisa ou símbolo, caso se tratasse de um imóvel e proferia a seguinte declaração: «*hanc rem ex iure Quiritium meam aio*». Em seguir, o magistrado questionava o cedente se desejava fazer a *contra vindicatio* e, em face da resposta negativa ou do silêncio, adjudicava a coisa ao adquirente. Entre outras aplicações, servia para transferir o *dominium* da *res Mancipi*<sup>1333</sup>. Diferentemente da *mancipatio*, a *in iure cessio* era absolutamente interdita aos escravos e a todas as pessoas que não tinham capacidade judiciária. Também era um negócio abstracto e independente da sua causa e um dos seus principais efeitos reais era a transferência da propriedade<sup>1334</sup>.

*Traditio*. A *traditio*, enquanto modo de aquisição da propriedade, consistia na entrega ou colocação da *res nec Mancipi* à disposição do novo proprietário. Diferentemente da *mancipatio* e da *in iure cessio*, a *traditio* tinha apenas efeitos reais, ou seja, não gerava nenhuma obrigação e não validava nenhum acordo fiduciário. Por outro lado, era um acto causal, a transmissão apenas se verificava se a *traditio* fosse precedida de uma *iusta causa* que justificasse a sua realização, *maxime*, o contrato de compra e venda<sup>1335</sup>. Por outro lado, a *traditio* aplicava-se a todas as coisas e os respectivos efeitos variavam em função da natureza da coisa. Se o objecto fosse *res nec Mancipi*, o adquirente adquiria a propriedade quiritária; se for *res Mancipi*, adquire apenas a propriedade bonitária e se for *res* provincial, a propriedade adquirida era peregrina. Em relação aos sujeitos, a *traditio* aplicava-se quer aos cidadãos romanos, quer aos peregrinos, mas em relação a estes últimos, permitia adquirir apenas a propriedade peregrina<sup>1336</sup>. A sua eficácia translativa dependia do cumprimento dos requisitos apertados.<sup>1337</sup>

*III. Conclusão*: A transferência do domínio da *res nec Mancipi* no período clássico e a transmissão da propriedade das coisas corpóreas na época justinianeia eram objecto do tratamento jurídico que, no período moderno, é designado pelo *sistema do título e do modo* – dupla dependência do efeito real.<sup>1338</sup>

---

<sup>1332</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 559.

<sup>1333</sup> Há quem defenda que *in iure cessio* aplicava-se às *res nec Mancipi*, cf. A. Santos Justo, *Direito Privado Romano III – direitos Reais*, cit., p. 98.

<sup>1334</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 561.

<sup>1335</sup> Cf. António A. Vieira Cura, *Transmissão da Propriedade*, cit., p. 382.

<sup>1336</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 568.

<sup>1337</sup> Sobre os requisitos, cf. A. Santos Justo, *Direito Privado Romano III – direitos Reais*, cit., p. 99.

<sup>1338</sup> Cf. António A. Vieira Cura, *Transmissão da Propriedade*, cit., p. 384.

IV. *Alienação da propriedade na idade média. Caracterização.* No período medieval, a *traditio* não desapareceu. Pelo contrário, intensificou-se e foi acompanhada do formalismo. Por outro lado, mais tarde, no período feudal, a transferência da propriedade é caracterizada por aparecimento de um terceiro entre o alienante e o adquirente, o senhorio feudal.<sup>1339</sup>

A *investidura*. A terra era concedida por via de investidura. A investidura era uma cerimónia que decorria num tribunal “senhorial”, a qual compreendia três partes: a homenagem, em que o vassalo reconhecia a superioridade do senhorio; a investidura propriamente dita, quando o senhorio concedia ao vassalo a posse do feudo; e o juramento<sup>1340</sup> de fidelidade prestado pelo vassalo, o qual recebia, em contrapartida, a promessa de protecção por parte do senhorio. Os principais efeitos da investidura eram a consolidação dos direitos do adquirente, aquisição do título por parte de adquirente e produz efeitos em relação aos terceiros.<sup>1341</sup>

V. *Alienação da propriedade na época moderna. Sistema do título e do modo.* O sistema do título e do modo tem a sua origem na transferência do domínio da *res nec Mancipi* no período clássico e a transmissão da propriedade das coisas corpóreas na época justinianeia, mas a sua formulação doutrinária se verificou só no século XVI<sup>1342</sup>, nomeadamente Donellus que, dos seus comentários à propósito de aquisição do domínio das coisas privada pertencentes a outrem, distinguia a *causa* (ou *titulus*) do *modus acquirendae*. A *causa* é o acto através do qual se manifesta a vontade de efectuar a transmissão e deve constituir uma das causas reputadas idóneas para a transmissão da propriedade, nomeadamente compra e venda, permuta e doação. Por sua vez, o *modus* é o acto que consuma a transferência, por exemplo, a *traditio*, sendo precedida de *iusta causa*, a realização voluntária da *traditio* por quem goza da legitimidade para alienar a coisa.<sup>1343</sup>

VI. *Âmbito de alienação no Código de 66.* É conhecida a contraposição entre contratos reais e contratos obrigacionais.<sup>1344</sup> Os contratos de alienação representam uma síntese destas duas categorias, num acto de autonomia privada, cumulando-se numa

---

<sup>1339</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 570.

<sup>1340</sup> Cf. Paulo Merêa, *Estudos de História de Direito*, I, *Direito Português*, Casa Nacional - Casa da Moeda, Lisboa, 2007, p. 120.

<sup>1341</sup> Cf. Jean-Philippe Lévy et André Castaldo, *Histoire*, cit., p. 574 e 575.

<sup>1342</sup> Cf. António A. Vieira Cura, *Transmissão da Propriedade*, cit., p. 400.

<sup>1343</sup> Cf. António A. Vieira Cura, *Transmissão da Propriedade*, cit., p. 390 e 391: com imensa bibliografia citada.

<sup>1344</sup> Cf. Nuno Aureliano, *O Risco nos Contratos de Alienação, Contributo para o Estudo de Direito Privado Português*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 82.

mesma espécie contratual, a produção de efeitos reais e obrigacionais, nomeadamente a compra e venda e o mútuo.<sup>1345</sup> Não existindo propriamente *numerus clausus* sobre os negócios através dos quais se pode alienar a propriedade (em termos categoriais) outros contratos em que se verifique a transmissão, neste caso, da propriedade e a existência de uma relação creditícia, nomeadamente a alienação da propriedade em garantia, pode também ser integrada no mesmo conceito.

A alienação não se identifica com a existência de um contrato sinalagmático, nem com a onerosidade do vínculo contratual, mostrando-se ainda o critério delineado em termos de considerações funcionais de demarcação dos diversos tipos contratuais.<sup>1346</sup> Em termos etimológicos, a alienação significa tornar alheia uma coisa<sup>1347</sup>, mas o termo *alienatio* não adquiriu de imediato um significado unívoco. Todavia, no Código Civil, a alienação deve ser tomada como um conceito quadro policausal ou categorial, que encontra previsão normativa, nomeadamente nos artigos 2124.º, e 2130.º e assume uma relevância particular no caso de aposição de uma cláusula de reserva de propriedade ao contrato.<sup>1348</sup> A alienação constitui um equivalente funcional de disposição e diferente de uma aquisição a favor de outro sujeito, a abrangência no seu seio de contratos gratuitos é confirmada pelos artigos 2057.º, n.º 1 e 2129.º, n.º 2, inferindo-se conclusão a mesma conclusão das contradições pressupostas nalgumas normas relativas à alienação onerosa. A alienação, em termos de objecto, pode coincidir com uma parte da coisa, com partes integrantes, coisas acessórias ou frutos da coisa.<sup>1349</sup> Importa realçar que a alienação não se confunde com a constituição de direito real de garantia. Com efeito, os direitos reais de garantia e de gozo merecem uma análise específica no que se refere à transmissão do risco.<sup>1350</sup>

---

<sup>1345</sup> Cf. Nuno Aureliano, *O Risco nos Contratos de Alienação, Contributo para o Estudo de Direito Privado Português*, cit., p. 82.

<sup>1346</sup> Cf. Nuno Aureliano, *O Risco nos Contratos de Alienação, Contributo para o Estudo de Direito Privado Português*, cit., p. 82.

<sup>1347</sup> Cf. Paulo Cunha, *Direito Civil – Teoria Geral da Relação Jurídica*, (coligido por Margarida Saraiva e Orlando Courrège, Lisboa, 1943, p. 65.

<sup>1348</sup> Cf. Nuno Aureliano, *O Risco nos Contratos de Alienação, Contributo para o Estudo de Direito Privado Português*, cit., p. 85: ainda ilustra vários significados de alienação.

<sup>1349</sup> Cf. Nuno Aureliano, *O Risco nos Contratos de Alienação, Contributo para o Estudo de Direito Privado Português*, cit., p. 85.

<sup>1350</sup> Cf. Nuno Aureliano, *O Risco nos Contratos de Alienação, Contributo para o Estudo de Direito Privado Português*, cit., p. 82.

## 2. O contrato de alienação da propriedade em garantia

A alienação da propriedade em garantia constitui um contrato real *quoad effectum* na medida em que produz efeitos reais, i.e. a transferência da propriedade, nos termos do artigo 408.º CC. Tendo em conta o princípio da transferência consensual do domínio, na alienação em garantia, em regra, a propriedade transfere-se da esfera jurídica do devedor para a do credor por mero efeito do contrato, independentemente da tradição da coisa. Com efeito, a transferência de propriedade na alienação em garantia é uma operação puramente intelectual<sup>1351</sup>.

Uma das notas distintivas da propriedade é que ela realiza a atribuição final de uma coisa corpórea. A alienação da propriedade confere, por isso, ao titular o direito de consumir ou destruir a coisa. Apenas o proprietário pode decidir se vai alienar ou destruir a coisa. Em regra, nos contratos de alienação, o proprietário adquire estes direitos derivados da própria propriedade porque o fim do contrato visa atribuir a coisa ao proprietário. Na alienação da propriedade em garantia, o principal objectivo das partes é constituir uma garantia de cumprimento. Ou seja, a transferência de propriedade é um meio para garantir o cumprimento da obrigação, por isso, os direitos do credor adquirente são limitados em termos obrigacionais quanto ao fim da coisa, ou seja, decidir alienar ou destruir a coisa.

## 3. O momento da constituição efectiva da garantia

Na alienação em garantia, a garantia constitui-se no momento e que ocorre a transferência da propriedade<sup>1352</sup>. Como vimos, de acordo com o nosso direito interno, nos termos do artigo 408.º CC<sup>1353</sup>, em regra, a transferência do direito da propriedade dá-se

---

<sup>1351</sup> Cf. Pierre Voirin/Gilles Goubeaux, *Droit Civil*, cit., p. 281.

<sup>1352</sup> Em relação ao risco, MARIA DE LURDES PEREIRA e PEDRO MÚRIAS consideram que a transferência do risco deve ser definida como um momento temporal e que, para todos os feitos, a prestação de coisa vale como cumprida, cf. Pedro Múrias/Maria de Lurdes Pereira, *Prestações de Coisa: Transferência do Risco e Obrigações de Reddere*, CDP, n.º 23, 2008, pp. 3 ss., p. 8. Também em relação à alienação em garantia, não se pode considerar constituída a garantia antes da transferência da propriedade para a esfera jurídica do credor, pois esta garantia baseia-se na referida titularidade.

<sup>1353</sup> Nos termos do artigo 408.º CC, em regra, a transferência do direito da propriedade dá-se por mero efeito do contrato. Nos contratos de alienação da propriedade, designadamente compra e venda – artigo 879.º, al. a) e doação – artigo 954.º, a transmissão da propriedade da coisa constitui um efeito essencial, cf. Nuno Aureliano, *O Risco nos Contratos de Alienação*, cit., p. 89. E, o artigo 1316.º dispõe que a propriedade adquire-se por contrato, sendo certo que o momento de aquisição é determinado pelas disposições gerais (artigo 1317.º). Em relação a algumas garantias reais, nomeadamente hipoteca e penhor, o registo interfere na respectiva constituição. É importante o regime do artigo 408.º/1 CC constitui uma face (cara) de uma moeda que tem uma coroa (artigo 796.º/1 CC). O momento da transferência da propriedade releva muito na determinação da transferência do risco, cf. Catarina Monteiro Pires, *Impossibilidade da Prestação*,

Almedina, Coimbra, 2018, pp. 604 – 605 e, no caso de alienação da propriedade em garantia releva para o momento da constituição da própria garantia na medida em que esta se efectiva com a própria transferência da propriedade, delimitando a legitimidade para a alienação da coisa, a sua reivindicação e oneração. Assim, na sequência do Código de Seabra, o Código Civil de 66 adoptou, como base substantiva em relação à transmissão de direitos reais sobre coisas corpóreas, o sistema de título, produzindo-se efeito real com o acordo das partes, independentemente da tradição da coisa ou do registo do título - Menezes Leitão, *Arrendamento Urbano*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 68, Oliveira Ascensão, *Direito Civil - Teoria Geral*, III, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 148, João de Castro Mendes, *Direito Civil - Teoria Geral*, II, AAFDL, 1978, p. 67, João Calvão da Silva, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, 4.ª ed., Almedina Coimbra, 2006, p. 29, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 4.ª ed., 1997, p. 196 e Nuno Aureliano, *O Risco nos Contratos de Alienação*, cit., p. 87. Tendo em conta o regime interno, para a transferência imediata da propriedade, a coisa, para além de ser corpórea, deve ser presente, autónoma, certa e determinada. Pois nos termos do artigo 408.º, n.º 2, se a coisa não for determinada, a propriedade transfere-se nos seguintes momentos: Se transferência da propriedade respeitar a coisa futura, o direito transfere-se quando a coisa for adquirida pelo alienante; Se transferência da propriedade respeitar a coisa indeterminada, o direito transfere-se quando a coisa for determinada com conhecimento de ambas as partes, sem prejuízo do disposto em matéria de obrigações genéricas e do contrato de empreitada; Se transferência da propriedade respeitar a frutos naturais, a transferência só se verifica no momento da colheita; Se transferência da propriedade respeitar a partes componentes ou integrantes, a transferência só se verifica no momento da separação. Assim, em regra, a transferência da propriedade dá-se por mero efeito do contrato. Esta solução funda-se no ideário jusnaturalista do Século XVII e XVIII, cf. Antunes Varela, *Anotação ao Acórdão do STJ de 4 de Março de 1982*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 118, p. 286 e Nuno Aureliano, *O Risco nos Contratos de Alienação*, cit., p. 88. Diferentemente dos direitos reais de gozo, eficácia real translativa não é genericamente aceite em relação aos direitos reais de garantia e de aquisição, dado que em caso de hipoteca e alguns penhores exigem a entrega da coisa, artigos 687.º CC, 687.º CC, 50.º AUG, 92.º AUG e 195.º AUG. Importa realçar que a alienação da propriedade em garantia, diferentemente das garantias reais tradicionais, não incide sobre uma coisa alheia, ou seja, o credor adquire a propriedade sobre a coisa objecto de garantia e, não há nenhuma disposição que faça depender esta transferência de outras formalidades, por isso, a eventual necessidade do registo<sup>1353</sup> - Sobre efeitos do registo na constituição de direitos reais, cf. Antunes Varela, *Anotação ao Acórdão do STJ, de 16-06-1983*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 120.º, p. 208, António Magro D. Borges de Araújo, *Prática Notarial*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 339, Henrique Mesquita, *anotação ao Acórdão do STJ, de 29-04-1992*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 125.º, p. 86, José Alberto Vieira, *Registo de usucapião titulada por escritura de justificação notarial e presunção de titularidade do direito – Anotação ao AUJ n.º 1/2008, de 04-12-2007*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 24, Outubro/Dezembro de 2008, p. 37 (pp. 21 a 42), Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais, Quid Iuris*, Lisboa, 1997, p. 119, Mouteira Guerreiro, *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 117/118, Paulo Videira Henriques, *Terceiros para efeitos do artigo 5.º do Código do Registo Predial*, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2003, p. 400 e Santos Justo, *Direitos Reais*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 84. Ainda cf. Ac. STJ de 09 de Julho 2015, PROC. n.º 448/09.5TCFUN.L1.S1, Ac. STJ, de 27 de Janeiro de 2010, Proc. n.º 2319/04.2TBGDM.P1.S1, Ac. STJ, de 07 de Abril de 2011, Proc. n.º 569/04.0TCSNT.L1.S1, Ac. STJ, de 13 de Setembro de 2011, Proc. n.º 1027/06.4TBSTR.E1.S1, Ac. STJ, de 19 de Fevereiro de 2013, Proc. n.º 367/2002.P1.S1, Ac. STJ, de 08 de Fevereiro de 2011, Proc. n.º 2565/07.7TBMTS.P1.S1, Ac. STJ, de 06 de Outubro de 2011, Proc. n.º 399/1999.E1.S1 e Ac. STJ, de 17 de Dezembro de 2014, Proc. n.º 5169/11.6TBSXL.L1.S1, todos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), pode relevar apenas em relação aos terceiros, sendo a vontade das partes o suficiente para a transferência da propriedade, ou seja, constitutiva da garantia. Se a transferência da propriedade se dá por mero efeito do contrato, parece relevante determinar o momento em que se considera concluído o contrato. Nos termos dos artigos 224.º a 235.º CC, a conclusão do contrato se verifica no momento da eficácia de aceitação contratual [Galvão Telles, *Contratos em Geral*, p. 426, Carvalho Fernandes, *Teoria Geral*, II, p. 250. Alguns tipos de contratação, nomeadamente as que ocorrem em postos de combustíveis, em grandes superfícies comerciais, por aparelho electrónico ou na venda executiva, envolvem problemas específicos [Sobre transferência da propriedade na contratação electrónica e na venda executiva e nas contratações em postos de combustíveis, cf. Nuno Aureliano, *O Risco nos Contratos de Alienação*, cit., p. 92 e seguintes, Carlos Rogel Vide, *En torno al momento y lugar de perfeccion de los contratos concluidos via Internet*, in *Direito da sociedade da informação*, II, (org. FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA e ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DO DIREITO INTELECTUAL), Coimbra, 1999/2001, p. 57 e seguintes e José de Oliveira Ascensão, *Contratação Electrónica*, in *Direito da sociedade da informação* (sep.), II, (org. FACULDADE DE

por mero efeito do contrato<sup>1354</sup>, princípio da consensualidade<sup>1355</sup>. Importa realçar que o AUG consagra a alienação em garantia, mas não determina o momento da transferência do direito. Com efeito, o momento da transferência da propriedade com vista à constituição da garantia pode variar em função do regime interno de cada Estado Parte da OHADA, uma vez que cada Estado Parte tem o seu regime próprio sobre o efeito translativo dos negócios jurídicos, em concreto, o momento da transferência. Na alienação em garantia é importante determinar o momento da transferência do direito, em especial, da propriedade, pois releva na determinação da transferência não apenas do risco, mas no caso de alienação da propriedade em garantia releva para o momento da constituição da própria garantia na medida em que esta se efectiva com a própria transferência da propriedade, delimitando a legitimidade para a alienação da coisa e a sua reivindicação.

#### **4. A presunção da propriedade resultante da posse e a protecção de terceiros**

A posse, a detenção e a propriedade são institutos de Direitos Reais, sendo em regra, tratados em conjunto, pois apresentam uma característica principal em comum, o poder sobre uma coisa, onde se demonstra aos terceiros numa primeira impressão, que um sujeito é dono de um determinado bem.<sup>1356</sup> A posse, a detenção ou a propriedade,

---

DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA e ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DO DIREITO INTELLECTUAL), Coimbra, 1999/2001, p. 58.. Todavia, são situações que dificilmente se verificam na alienação em garantia - Por exemplo, actualmente é possível proceder à aquisição de bens e serviços pela Internet, procedendo ao seu pagamento por meio de cartão de crédito bancário ou por pagamento nos correios. Note-se a crescente preocupação da União Europeia em proteger os consumidores, parte substancialmente mais fraca neste tipo de contratos, preocupação essa revelada através da adopção de directivas e legislação nacional específica de protecção destes contraentes. Todavia, até ao momento, não se conhece nenhuma norma da OHADA sobre o assunto, mas a mesma seria pertinente e útil no circunstancialismo actual de desenvolvimento das telecomunicações e da sua difusão pela população em geral. Na ausência de tal regulamentação específica, julgamos que esta matéria somente poderá ser efectuada com recurso aos princípios gerais de direito, e, particularmente, com recurso ao Princípio da boa fé.

<sup>1354</sup> Duvidando do princípio do princípio do consensualíssimo, cf. Carlos Ferreira de Almeida, *Transmissão Contratual da Propriedade – Entre o Mito da Consensualidade e Múltiplos Regimes*, Themis, ano VI, 11, 2005, pp. 5ss, p. 6 ss. a contrário do que sucede na Alemanha, a doutrina dominante considera que o nosso sistema de transmissão contratual de propriedade assenta no consenso, cf. Calvão da Silva, *Cumprimento*, cit. p. 97, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., p. 283, Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, cit., p. 470, Raúl Ventura, *O Contrato de Compra e Venda*, cit., p. 594, Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, III, cit., p. 21, Romano Martinez, *Direito das Obrigações*, cit., p. 20, Pedro de Albuquerque, *Contrato de Compra e Venda*, cit., p. 25, Nuno Aureliano, *O Risco* cit., p. 87 e Catarina Pires, *Impossibilidade da Prestação*, cit. 607 ss.

<sup>1355</sup> Sobre o termo, cf. Mónica Jardim, *A actual problemática a propósito do princípio da consensualidade*, in BFDC, 90, I, Coimbra, 2014, p.179-218.

<sup>1356</sup> Nas garantias reais possessórias, o desapossamento implica os custos de depósito e conservação do bem objecto de garantia e o bem fica imobilizado e, consequentemente não pode ser utilizado no processo

quando se apresentam na forma dessa característica aludida, um terceiro em regra, apenas vai ter conhecimento efectivo de quem realmente é o proprietário, se tiver acesso aos documentos probatórios necessários para tal conhecimento. Nos termos do artigo 601.º do Código Civil, pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor... Em regra, no caso de incumprimento, o credor pode nomear à penhora qualquer bem do devedor com vista a executar. Ou seja, todos os bens que fazem parte do património do devedor são direccionados para o cumprimento das suas obrigações. Com efeito, na alienação da propriedade em garantia, coloca-se o problema da possibilidade de lesão de lesão ao credor e, sobretudo, aos terceiros. A titularidade - garantia, em especial, a alienação em garantia, tem sido rejeitada com fundamento na proibição do pacto comissório para proteger o devedor. A necessidade de proteger o devedor é uma das razões aduzidas pela doutrina e encontra o seu fundamento na necessidade de protecção da parte mais fraca, de forma a evitar situações de abuso de um contraente sobre o outro<sup>1357</sup>. Pretende-se evitar que o devedor, devido à necessidade de crédito, se veja obrigado a aceitar todas as imposições do credor, podendo, assim, estipular livremente os

---

produtivo nem pelo devedor, nem o credor pode dele desfrutar. Assim, estas garantias apresentam falta de eficiência económica. Em relação às garantias reais sem desapossamento, o devedor conserva os bens e, consequentemente, na insolvência, os credores titulares de garantia sujeitam-se ao concurso dos credores e normalmente são prejudicados pelos privilégios creditórios de entidades públicas, cf. Menezes Leitão, *Garantias*, cit., p. 245. Na utilização da propriedade em garantia, o credor titular de direito de propriedade (retida ou adquirida em garantia) subtrai o bem ao concurso com outros credores. Por outro lado, confere vantagens ao devedor na medida em que, normalmente, a propriedade garantia consiste em garantias ocultas, evitando assim a publicidade das garantias reais *tradicionais* em relação ao crédito concedido, cf. Menezes Leitão, *Garantias*, cit., p. 245. Assim, a propriedade garantia permite a permanência do bem em circuito económico e no poder do devedor, o que pode levar os credores a julgar que o devedor é dotado de mais bens que aquele que realmente possui, uma vez que conserva na sua posse o bem já alienado em garantia. Nos termos do artigo 1268.º/1 do Código Civil, “o possuidor goza da presunção da titularidade do direito”. Esta presunção visa proteger essencialmente o possuidor mas também a posse cria expectativas aos terceiros, pois implica o controlo material de coisas corpóreas, o que torna perceptível o respectivo exercício, no espaço jurídico, pelos diversos membros da comunidade, em que radicam os efeitos determinantes da sua existência, razão pela qual se infere a favor do possuidor a presunção de titularidade do correspondente direito, cf. Menezes Cordeiro, *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 2.ª Ed., Almedina, 1999, p. 116. A presunção da titularidade do direito, enquanto efeito da posse, tem grande importância prática e em certos casos *a situação do possuidor é mais vantajosa do que a do próprio titular do direito (melhor est condicio possidentis)*, cf. Henrique Mesquita, *Direitos Reais, Sumário das Lições ao Curso de 1966-1967*, Coimbra, 1967, pp. 110 - 111, *na alienação em garantia pode continuar a iludir os outros credores, acalmando-os e pode conseguir novo crédito com base na ilusão que a posse cria em relação aos terceiros*. Nos termos do artigo 71.º AUG admite a possibilidade de utilização de propriedade em garantia dispondo: “a propriedade de um bem móvel pode ser retida como garantia de uma obrigação em virtude de uma cláusula de reserva de propriedade. Esta também pode ser cedida como garantia de uma obrigação nas condições previstas no presente capítulo”. Todavia, a alienação em garantia pode facilitar o tráfego jurídico e a sua admissão pode não ser lesiva para os terceiros, uma vez que no âmbito das operações comerciais generalizou-se o pensamento de que nem todos os bens na posse de um comerciante constitui necessariamente sua propriedade, não se justificando por esta razão que os terceiros possam invocar que confiaram no na presunção da propriedade resultando da posse.

<sup>1357</sup> Para mais desenvolvimento, cf. Hugo Ramos Alves, *Vulnerabilidade e Assimetria Contratual*, RFDUL, ano LXII, n.º 1, T. 1, 2021, pp. 305 ss., p. 324 ss.

termos do contrato, de forma a conservar sempre uma relativa proporcionalidade ou equivalência entre as prestações. Por outro lado, o fundamento da proibição do pacto comissório é a exclusividade do Estado na prossecução da função executiva. A inderrogabilidade das regras processuais está intimamente ligada à proibição de autodefesa e à garantia de acesso ao direito e aos tribunais. Há quem alegue a necessidade de proteger os interesses dos demais credores, uma vez que um hipotético empobrecimento injusto do devedor diminui as garantias patrimoniais e as expectativas de cobrança dos restantes credores.<sup>1358</sup> Na alienação em garantia, o credor consegue subtrair o bem dado em garantia ao concurso com outros credores. A doutrina recente considera que o recurso à alienação em garantia não se apresenta lesivo para os terceiros, na medida em que, actualmente, no âmbito das operações comerciais, generalizou-se a ideia de que nem todo o activo na posse do comerciante constitui necessariamente sua propriedade, pelo que não se justifica que possam invocar que confiaram na presunção da propriedade resultante da posse.<sup>1359</sup>

---

<sup>1358</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Vulnerabilidade e Assimetria Contratual*, RFDUL, ano LXII, n.º 1, T. 1, 2021, pp. 305 ss., p. 331 ss.

<sup>1359</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias*, cit., p. 247.



## CAPÍTULO V

### DISCIPLINA GENÉRICA (DOCTRINÁRIA) DOS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS

#### 1. Autonomia do negócio fiduciário em relação à simulação

Actualmente, encontra-se claramente traçada a relação entre os negócios fiduciários e a simulação.<sup>1360</sup> A distinção entre o negócio fiduciário e simulação tem interesse prático, na medida em que se se concluir que o negócio fiduciário consubstancia uma simulação, aquele pode ser impugnado.<sup>1361</sup> Actualmente, é relativamente pacífica a não absorção dos negócios fiduciários pelo regime da simulação, ou seja, a diferenciação absoluta entre o negócio fiduciário e a simulação.

As principais diferenças entre o negócio fiduciário e a simulação são de natureza expositiva, diferentes do estilo próprio de cada um dos autores. As diferenças que extravasam o campo formal são essencialmente o fruto da definição apresentada. A doutrina clássica italiana focou-se na conformidade entre os propósitos realmente prosseguidos e a função económica do tipo contratual utilizado, porque esta doutrina<sup>1362</sup> estava baseada nas concepções objectivistas da causa, enquanto função económica ou social de cada tipo contratual.<sup>1363</sup> A partir da pandectística tardia, o

---

<sup>1360</sup> Em Itália, cf. Nicolò Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, cit., p. 318; Carriota Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 43; Francesco Gazzoni, *In Italia tutto è permesso, anche quel che è vietato (lettera aperta a M. Lupoi sul trust e su altre bagattelle)*. Rivista del Notariato, 2001, VI, (Dezembro), I, pp. 1247 ss., p. 1249 ss.; Maria Luisa Gambini, *Il negozio fiduciario negli orientamenti della giurisprudenza*, Rassegna di Diritto Civile, 1998, IV, (Dezembro), pagg. 844-879 e Massimo Franzoni, *Il Contratto Fiduciario e l Contratto Indirecto in Diritto Civile* (Coor. Andrea Zopinni), vol. III, *Obbligazione*, T. II, *Il Contratto in Generale*, Giuffrè Milão, 29, pp. 832 ss., p. 840. Em França, cf. Michel Dagot, *Simulation en Droit Privé*, LGDJ, Paris, 1967, p. 3. No rasil, cf. Guilherme Guimarães Feliciano, *Tratado de Alienação Fiduciária*, cit., p. 191 e Elza Maria Alves Canuto, *Alienação Fiduciária de Bem Imóvel: Responsabilidade do Avalista*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003, p. 83.

<sup>1361</sup> Cf. Navarro Martorell, *La Propriedad*, cit. p. 140.

<sup>1362</sup> Cf. Emilio Betti, *Consapevole Divergenza della Determinazione Causale nel Negozio Giuridico. Simulazione e Riproduzione Dicis Causa o Fiducia Causa*, in Bull. Inst. Dir. Romano Vittorio Scialoja, I, Cortona, 1934, p. 131 e Nicolò Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, cit. p. 317.

<sup>1363</sup> Cf. J. P. Remédio Marques, *Locação Financeira Restituiua (Sale and Lease-Back) e a proibição dos pactos comissórios*, cit., p. 610; Beleza dos Santos, *A Simulação*, I, cit., p. 144; Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, V, Coimbra Editora, Coimbra, 1932, p. 716; Gonçalves Dias, *Da Letra e da Livrança*, V, cit., p. 48; J. M. Vaz Barracho, *Da Simulação nos Contratos. Alguns Aspectos do Problema*, FDL, Lisboa, 1946, p. 141; Ferrer Correia, *Sociedades Fictícias e Unipessoais*, Atlantida, Coimbra, 1947, p. 170; Galvão Telles, *Manual dos Contratos*, cit., p. 192-193; Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, II, cit., p. 176-177; Fernando Pessoa, *O Mandato sem Representação*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 324; J. M. Simões Vieira, *Simulação nos Contratos. Algumas Considerações*, FDL, Lisboa, 1947; Castro Mendes, *Teoria Geral*, III, cit., p. 24; Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria*

elemento primordial da distinção entre a simulação e negócio fiduciário tem sido a vontade das partes.<sup>1364</sup> Esta posição é defendida por FERRARRA, que considera que o elemento distintivo entre a simulação e o negócio fiduciário é a vontade que não existe no negócio simulado e que existe no negócio fiduciário<sup>1365</sup>. O critério da vontade foi seguido em Portugal. BELEZA DOS SANTOS afirmava que no negócio fiduciário não havia divergência entre a vontade real e a vontade exteriorizada<sup>1366</sup>. Quando se tratasse dissimulação relativa, aumentava a dificuldade de distinção, partindo de uma construção dualista, baseada na conjugação de dois negócios – um de natureza real e outro de natureza obrigacional. Neste caso, tanto a simulação como o negócio fiduciário seriam compostos por dois negócios distintos. Todavia, mantinha-se o elemento diferenciador, pois no negócio fiduciário ambos os negócios eram pretendidos pelas partes e, diferentemente, na simulação relativa, apenas o negócio dissimulado era pretendido.

Na simulação, embora as partes exteriorizem a vontade<sup>1367</sup> de alienação de direito de propriedade, este nunca sai da esfera jurídica do proprietário originário, mas

---

*Geral*, II, *cit.*, p. 223, Menezes Cordeiro, *Tratado*, II/II, *cit.*, p. 259; Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, *cit.*, p. 305, considera que a distinção clássica baseada no elemento volitivo é um método dogmaticamente correcta, mas constitui uma perspectiva concreta pouco eficiente, na medida em que tanto o negócio fiduciário como a simulação caracterizam-se por uma certa desconformidade entre o tipo contratual exteriorizado e o fim efectivamente pretendido pelas partes, pelo que a atenção do interprete deve deslocar-se da vontade para a realidade – para as modificações produzidas na ordem jurídica: no negócio simulado, circunscrito ao negócio dissimulado; no negócio fiduciário, as suas dimensões, interna e externa; Carvalho Fernandes, *Teoria Geral*, II, *cit.*, p. 347 e, na sua obra Carvalho Fernandes, *A Admissibilidade*, *cit.*, p. 252, considera que o conteúdo do *pactum fiduciae* constitui parte integrante do negócio jurídico, enquanto que o *pactum simulationes* tem uma natureza autónoma, na medida em que a sua função esgotasse na sua dimensão simulatória, ou seja não tem um papel real na relação fiduciária, enquanto um todo. Todavia, A. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, *cit.*, p. 763, considera que o elemento que permite distinguir o *pactum fiduciae* do *pactum simulationes* e determinar se o primeiro é ou não parte integrante do negócio fiduciário continua a ser a vontade das partes; Romano Martinez/Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, *cit.*, p. 64 ss.; Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito*, *cit.*, p. 86. Na Jurisprudência, cf. Acs. RP de 11 de Abril de 2002, P. 0230148 (João Vaz), do STJ de 17 de Dezembro de 2002, P. 02A3267 (Pinto Monteiro), do STJ de 11 de Maio de 2006 P. 06B1501 (Salvador da Costa), da RE de 15 de Dezembro de 2009, P. 283/2002.E1 (Fernando Bento), do STJ de 16 de Março de 2011, P. 279/2002.E1.S1 (Lopes do Rego), da RP de 5 de Fevereiro de 2013, P. 4867/06.0TBVLG.P1 (Márcia Portela), do STJ de 7 de Março de 2017, P. 3585/14.0TBMAL.P1.S1 (Roque Nogueira), e da RE de 28 de Junho de 2017, P. 687/16.2T8PTG.E1 (Tomé de Carvalho), da RL de 15 de Março de 2012, P. nº 131/07.6TCFUN-6 (Teresa Soares), e do STJ de 12 de Setembro de 2006, P. nº 06A1988 (Afonso Correia), todos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>1364</sup> Sobre esta evolução e diferentes posições, cf. Lipari, *Il Negozi Fiduciario*, *cit.*, p. 318 ss. e A. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, *cit.*, p. 761 ss. e A. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, *cit.*, p. 762 ss.

<sup>1365</sup> Cf. Luigi Cariota – Ferrara, *I Negozi Fiduciari: Trasferimento*, *cit.*, p. 44-45.

<sup>1366</sup> Cf. Beleza dos Santos, *A Simulação*, II, *cit.*, p. 144.

<sup>1367</sup> Há uma dificuldade prática em relação à prova na matéria de simulação e a própria distinção entre questões jurídicas e questões de facto. Cf., por exemplo, Ac. STJ, de 6 de Maio de 2005, processo n.º 1862/2004; Ac. STJ, de 22 de Novembro de 2005, processo n.º 3247/05 - 6ª secção; Ac. STJ, de 7 de Dezembro de 2005, processo n.º 4646/04; Ac. STJ, de 14 de Dezembro de 2012, processo n.º 823/09.3tbbrg.g1.s1; Ac. STJ, de 28 de Fevereiro de 2012, processo n.º 824/07.8tblmg.p1.s1; Ac. STJ, de 19 de Março de 2012, processo n.º 868/07.otbntv.c1.s1; Ac. STJ, de 17 de Janeiro de 2012, processo n.º

diferentemente da simulação, no negócio fiduciário, para além das partes manifestarem<sup>1368</sup> essa intenção, concretizam-na, com efeitos visíveis na realidade prática.<sup>1369</sup> Com efeito, não é possível afirmar que os negócios fiduciários constituem necessariamente casos de simulação.

## 2. A fraude à lei

I. *Generalidades.* A história desempenha um papel importante na conceptualização da figura da fraude à lei,<sup>1370</sup> e constitui matéria analisada por muitos autores<sup>1371</sup>. Mesmo assim, tem sido ambígua<sup>1372</sup> a noção de fraude à lei.<sup>1373</sup> Nos finais do período clássico, foram registados os avanços jurídicos, que, por sua vez, foram incorporados no *Corpus Juris Civilis*. Inúmeras passagens são ainda utilizadas como ponto de partida para a discussão do conceito de fraude à lei no moderno Direito Civil<sup>1374</sup>, nomeadamente: PAULO, D.: 1.3.29: “*Contra legem facit, qui id facit quod lex progibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*”<sup>1375</sup>. Foi assim desenvolvendo a ideia de que quem respeita a letra da lei violando voluntariamente o seu

---

1876/06.3tbgdm.p1.s1 e Ac. STJ, de 26 Janeiro de 2012, processo n.º 979/05.6tbflg.g1.s1, disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>1368</sup> Carvalho Fernandes, *A admissibilidade*, cit., p. 252 refere que o *pactum fiduciae* desempenha uma função bem diferente do *pactum simulationis*. O primeiro é um elemento do conteúdo de um negócio unitário que, aposto ao chamado negócio fundamento, é, afinal, a fonte da atipicidade do negócio fiduciário, enquanto o segundo reveste um acordo que apenas tem em comum as pessoas envolvidas na simulação, não é elemento do conteúdo de qualquer dos negócios envolvidos na simulação, sendo antes um negócio autónomo, instrumental, que, explicitando a não correspondência do simulado com a verdadeira vontade das partes, faz a ligação entre ele e o simulado.

<sup>1369</sup> Cf. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 762 – 763.

<sup>1370</sup> Cf. Ana Filipa Morais dos Santos Antunes, *A Fraude à Lei no Direito Civil Português - Em Especial, como Fundamento Autónomo de Invalidade Negocial*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 47.

<sup>1371</sup> Cf. M. Géraud de la Pradelle, *La Fraude a la Loi*, in *Travaux du Comité français de droit international privé*, Dalloz, Paris, 1974, pp. 117 – 145, p. 117.

<sup>1372</sup> Não tem sido unitário o desenvolvimento do conceito de fraude à lei. Quanto às origens da figura, modernamente, o debate dividiu os romanistas contemporâneos – alguns consideram que as raízes do conceito de fraude à lei são muito antigas, remontando, provavelmente ao período arcaico, cf. Max Kaser, *Direito Privado Romano*, (Rev. da Trad. Maria A de Saint-Maurice), Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, p. 82; por outro lado, alguns consideram que o conceito foi desenvolvido na viragem da república para o Império, período marcado por uma rutura com o espírito positivista-legal que dominava o mundo jurídico, cf. S. S. de Sampaio Garrido, *Alguns aspectos de Fraude à Lei em Direito Internacional Privado*, FDL, Lisboa, 1942, p. 2 e Joaquim A. R. Figueiredo, *Fraude à Lei em Direito Internacional Privado*, FDL, Lisboa, 1942, p. 6, o que impedia a elaboração de mecanismos estruturalmente dependentes do espírito da lei e não apenas da sua letra, cf. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 762 – 768.

<sup>1373</sup> Cf. M. Géraud de la Pradelle, *La Fraude a la Loi*, cit. p. 118.

<sup>1374</sup> Cf. Ana Filipa Morais dos Santos Antunes, *A Fraude à Lei no Direito Civil Português*, p. 48 ss.

<sup>1375</sup> «*Age contra a lei aquele que faz o que a lei proíbe, age em fraude à lei aquele que respeita a letra da lei age contra o seu propósito*». Cf. B. Vonglis, *La Lettre et l'Esprit de la Loi dans la Jurisprudence Classique et la Rhétorique*, Sirey, Paris, 1968, p. 149 ss.,

espírito viola a lei<sup>1376</sup>. Durante o período intermédio, o conceito de fraude à lei, como resultado da carga moral derivada da religião cristã, assume uma dimensão superior à de uma simples violação da lei, passando a incluir actuações trapaceiras<sup>1377</sup>. Durante muito tempo, propagou-se a proximidade entre fraude à lei e a simulação<sup>1378</sup> e, a partir do início do século XX, com o conhecimento aprofundado da língua latina, houve avanços<sup>1379</sup> no estudo da figura da fraude à lei.<sup>1380</sup> Todavia, o conteúdo jurídico da fraude à lei tem-se mantido relativamente inalterado – violação indirecta da lei; acto que respeita a letra da lei e viola o seu espírito.

*II. A fraude à lei e o negócio em fraude à lei.* Não tem sido fácil afirmar uma noção unívoca de fraude à lei. Assim, a fraude à lei é, em regra, apresentada como uma figura a ser reconduzida à ideia de contrariedade indirecta ou mediata da lei, em especial, do seu espírito. De acordo com a doutrina e o contributo da jurisprudência, a fraude à lei, essencialmente, consiste em: Violação indirecta da lei; Violação, de modo oculto, da lei; Violação do espírito da lei; Cumprimento formalmente da lei e violação da respectiva substância.

---

<sup>1376</sup> Cf., por exemplo, C.1.14.5: ... *Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem: nec poenas insertas legibus evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulenter excusat. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente.* Cf. também G.B. FERRI, *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Rimini, Padova, 1992, p. 190.

<sup>1377</sup> Cf. Alexandre Ligeropoulos, *Le Problème de la Fraude à la Loi, Étude de Droit Privé, Interne et International, de Droit Fiscal, pénal et Comparé*, Recueil, Paris, 1928, p. 20-21, Giovanni Rotondi, *Gli atti in Frode alla Legge nella Dottrina Romana e nella sua Evoluzione posteriore*, UTET, Turim, 1911, p. 175 e Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 769.

<sup>1378</sup> Cf. G. Rotondi, *Atti in Frode alla Legge nella Dottrina Romana e nella sua Evoluzione Posteriore*, Giuffrè, Turim, 1911, p. 8 e Fabrizio de Marzio, *Interposizione Reale di Persona, Simulazione, Frode alla Legge nei Contratti*, Giustizia Civile, 2001, Parte II, pp. 433-456, p. 437.

<sup>1379</sup> Em Itália, cf. P. Fedozzi, *La frode alla Legge nel Diritto Internazionale Privato*, in Riv. It. Giur., 1900, p. 77 ss.; D. Anzilotti, *Il Riconoscimento delle Sentenze Straniere di Divorzio in Ordine alla Seconda Convenzione dell'Aja*, Giuffrè, Bolonha, 1908; Moscato, *La Frode alla Legge in Materia di Patto Commissorio ed i suoi Effetti*, in Legge, 1910, p. 2127; Giuseppe Messina, *Sulla Frode alla Legge nel Negozio Giuridico di Diritto Privato*, in Circolo Giur., XXXVIII, 1907, p. 211 ss.; F. Ferrara, *Della Simulazione dei Negozi Giuridici*, Giuffrè, Milão, 1909, p. 68 ss. Em França, cf., sobretudo na matéria do Direito Internacional Privado, E.H. Perreau, *Des Attenuations par Actes Juridiques aux Lois Imperatives et Prohibitives*, RTDC, 1923, p. 291; F. Vidal, *Essai d'une Théorie Générale de la Fraude en Droit Français*, Dalloz, Paris, 1957; P. Arminjon, *La Fraude à la Loi en Droit International Privé*, in Clunet, 1920, p. 409 ss.; J. Perroud, *La Fraude à la Loi en Droit International Privé*, in Clunet, 1926, p. 18 ss.; J. Maury, *L'Eviction à la Loi Normalement Compétente: l'ordre public international et la fraude à la loi*, Dalloz, Valladolid, 1952, p. 17.

<sup>1380</sup> Cf. Giuseppe Messina, *Sulla Frode alla Legge nel Negozio Giuridico di Diritto Privato*, Cir Giu., XXXVIII, 1907, pp. 93-102, p. 247; Giovanni Pachioni, *Sull' "in Fraudem Legis Ageri"*, RDCom, IX, 1911, pp. 332-340; Henri Desbois, *La Notion de Fraude à la Loi et la Jurisprudence Française*, Dalloz, Paris, 1927, p. 7 ss.; Giuseppe Ottolenghi, *La Frode a la Legge e la Questione del Divorzi fra Italiani Naturalizzati all'estero*, UTET, Turim, 1909, p. 11 ss.; B. Audit, *La fraude à la loi*, Dalloz, Paris, 1974, 207 e P. De Vareilles-Sommières, *Fraude à la loi*, in Encyclopédie Juridique – Répertoire de droit international, II, Dalloz, Paris, 1998, p. 318.

Existe uma relação entre uma figura comum – fraude à lei e uma figura especial – o negócio em fraude à lei, que constitui um tipo negocial conceptualmente autónomo. Assim, na fraude à lei constitui um vício que se projecta também no negócio jurídico, comprometendo a respectiva validade. Todavia, são a fraude à lei e o negócio em fraude à lei, embora distintas, matérias conexas. Por outro lado, o negócio em fraude à lei suscita o esclarecimento dos limites da autonomia privada<sup>1381</sup>, ou seja, concita a distinção entre o *contorno lícito da lei* e o que, pelo contrário, pode considerar-se ser um *desvio permitido* e, nessa medida, *lícito*, no quadro das possibilidades de actuação de acordo com a lei<sup>1382</sup> e o Direito.<sup>1383</sup>

*III. As coordenadas e a fundamentação normativa no Direito positivo.* No CC vigente<sup>1384</sup>, o negócio em fraude à lei não constitui objecto de um preceito legal explícito, quer em sede de invalidade quer no contexto de vícios e patologias negociais. Esta opção tem a ver com o facto de o legislador entender que o negócio em fraude à lei consiste numa modalidade de um negócio contrário à lei, que pode ser sancionado nos termos correspondentes aplicáveis à hipótese de contrariedade à lei imperativa<sup>1385</sup>. Todavia, a circunstância de o CC não regular especificamente o negócio em fraude à lei como figura geral não prejudica a sua relevância jurídica. Realmente, esta tem sido suportada normativamente em preceitos que referem textualmente a contrariedade à lei e a

---

<sup>1381</sup> Cf. R. Tommasini, *Nullità. Diritto Privato*, in Enc. Dir., XXVIII, Milão, 1978, p. 895; P. Barcellona, *Intervento Statale e Autonomia Privata nella Disciplina dei Rapporti Economici*, UTEC, Milão, 1969, p. 157; S. Rodotà, *Le Fonti di Integrazione del Contratto*, Giuffrè, Milão, 1969, p. 55; A. D'Antonio, *La Modificazione Legislativa del Regolamento Negoziale*, Giuffrè, Padoa, 1974, pp. 77 ss.

<sup>1382</sup> Cf. B. Inzitari, *Autonomia Privata e Controllo Pubblico nel Contratto di Locazione*, UTET, Nápoles, 1979, p. 138 ss.; G. Mazzù, *Proprietà, Diritti di Godimento e Legislazione Speciale*, Messina, 1977, p. 1461 e G. B. Ferri, *Antiformalismo, Democrazia, Codice Civile*, in RDCom, I, p. 385 ss.

<sup>1383</sup> Cf. Ana Filipa Moraes dos Santos Antunes, *Negócio em Fraude à Lei*, in Cinquentenário do Código Civil (Coord. Elsa V. Sequeira/Fernando Oliveira e Sá), Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2017, pp. 161 ss., p. 165.

<sup>1384</sup> Cf. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, *cit.*, p. 340, na vigência do Código de Seabra o seguinte: a fraude à lei poderia conquistar um espaço próprio de actuação só se existisse uma disposição legal igual ao artigo 1344 do *Codice Civile*. Em sentido contrário, cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil*, *cit.*, p. 326. Também no BGB e *Code Civil* não há previsão textual do negócio em fraude à lei. Em Itália, o artigo 1344.º do *Codice Civile* refere-se ao contrato em fraude à lei - *Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa*. O legislador espanhol não esclarece as consequências jurídicas do acto em fraude à lei, mas regulamenta – o de forma autónoma em sede de disposições gerais no artigo 6.º do Código Civil.

<sup>1385</sup> Esta solução seguiu, no fundo, a proposta de Rui de Alarcão, sobre a invalidade do negócio jurídico – e sobre o negócio jurídico. Cf. Rui de Alarcão, *Invalidade dos Negócios Jurídicos. Anteprojecto para o Novo Código Civil*, in BMJ, 89, Outubro 1959, pp. 199-267 e Rui de Alarcão, *Do Negócio Jurídico. Anteprojecto para o Novo Código Civil*, in BMJ, 105, Abril de 1961, pp. 249-279. Em sentido diferente, VAZ SERRA, Objecto da Obrigação. A Prestação – suas espécies, conteúdo e requisitos, in BMJ, n.º 4, 1958, pp. 15-283, incluiu o preceito dedicado especificamente à fraude à lei, no seu Anteprojecto, sob epígrafe *negócios em fraude à lei*, seu artigo 17.º dispõe: *os negócios jurídicos, com que as partes fraudam uma lei imperativa, são nulos, como contrários à lei, se esta os abranger na sua proibição. Não é necessária, para tanto, a intenção, nem mesmo a consciência de fraudar a lei*.

contrariedade a disposição legal de carácter imperativo, nomeadamente o artigo 280.º artigo 281.º e artigo 294.º CC. Esta perspectiva realça uma noção lata de contrariedade à lei, ou seja, compreende a contrariedade directa – ofensa frontal e imediata da lei, e indirecta – não fundamenta numa violação ostensiva nem directa da lei. A última hipótese caracteriza o negócio em fraude à lei, que surge como uma espécie do género contrariedade à lei e que desencadeia a ilicitude do negócio jurídico. É esta a posição da generalidade da doutrina e jurisprudência lusófona, a recusa da autonomia dogmática do negócio em fraude à lei.<sup>1386</sup>

*IV. Fraude à lei e o negócio fiduciário.* A fraude à lei tem constituído objecto de análise na matéria dos negócios fiduciários.<sup>1387</sup> Chegados aqui, podemos afirmar que, historicamente, as diferentes concretizações fiduciárias tiveram como objectivo contornar a rigidez do sistema ou colmatar as suas lacunas. Todavia, esta dimensão está longe de se esgotar na dimensão histórica dos negócios fiduciários. Actualmente, os negócios fiduciários podem ser reconduzidos a uma tripa função: a) contornar; b) encobrir; c) simplificar. Será que os termos atrás utilizados implicam que os negócios fiduciários consubstanciam necessariamente fraude à lei? Pode-se contornar a lei sem a violar indirectamente, ou escamotear uma relação jurídica sem prejudicar qualquer terceiro. O facto de uma situação jurídica poder ser qualificada como fiduciária não implica que, automaticamente, estejamos diante de uma violação, directa ou indirecta, da lei.<sup>1388</sup> Na alienação fiduciária em garantia, coloca-se a questão da violação da lei indirectamente, em fraude à lei, do disposto no artigo 694.º CC. Em relação à *fiducia cum creditore*, GALVÃO TELLES<sup>1389</sup> considera que a fidúcia em garantia consubstancia um negócio em fraude à lei, pois representa um desvio às disposições legais limitativas destinadas à protecção dos legítimos interesses do garante ou até de terceiros. CARVALHO FERNANDES entende que, para que esta modalidade de fidúcia não implique fraude ao mencionado pacto, o negócio fiduciário deverá prever a respectiva protecção do devedor – que impede o locupletamento injustificado do credor, resultante da apropriação do bem transmitido em garantia.<sup>1390</sup> Por isso, PAIS DE VASCONCELOS afirma que caberá a

---

<sup>1386</sup> Cf. Ana Filipa Morais dos Santos Antunes, *Negócio em Fraude à Lei*, cit., p. 170 e Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, 5.ª ed., UCE, Lisboa, 2010, p. 161.

<sup>1387</sup> Cf. Valentina Bertorello, *La Fraud in Equity*, in *Mandato, Fiducia e Trust. Esperienze a confronto*, (Org. Francesco Alcaro e Raffaele Tommasini, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 117 ss., p. 117.

<sup>1388</sup> Cf. A. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 778.

<sup>1389</sup> Cf. Galvão Telles, *Manual*, cit., p. 194 e A. Figueiredo, *O Negócio Fiduciário Perante Terceiros*, cit., p. 68, nota 158.

<sup>1390</sup> Carvalho Fernandes, *A Admissibilidade*, cit., pp. 250-251.

análise do juízo de mérito de cada caso concreto do negócio fiduciário para verificação de que o mesmo é ilícito porque celebrado em fraude, por exemplo, à proibição do pacto comissório, ou porque usurário, ou por outra razão.<sup>1391</sup> VAZ SERRA, seguindo a posição de GALVÃO TELLES, não exclui absolutamente a possibilidade da alienação fiduciária em garantia de forma a contornar, legalmente, a proibição legal. JANUÁRIO DA COSTA GOMES<sup>1392</sup> advoga que a *fiducia cum creditore* pode ser legal desde que o fiduciário se obrigue a transmitir, para o fiduciante, a diferença entre o valor do bem e o valor da dívida, caso o primeiro seja superior ao segundo – pacto marciano. A doutrina moderna portuguesa, com alguma cautela, admite a validade da alienação fiduciária em garantia, desde que respeite as limitações e proibições legais.<sup>1393</sup> Com efeito, não se pode afirmar perentoriamente que a alienação fiduciária em garantia consiste em fraude à lei, no âmbito do Direito interno Guineense. No âmbito da autonomia privada, artigo 405.º CC, a alienação fiduciária em garantia pode ou não ser ilícita, assim como todos os negócios, está sujeita ao juízo de mérito que, diante da análise do caso concreto, pode recusar a validade do contrato fiduciário que viole disposições legais ou morais.<sup>1394</sup>

<sup>1391</sup> Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, cit., pp. 280-281; L. M. Pestana de Vasconcelos, *A cessão de créditos em garantia*, cit., p. 88) refere ainda que pode ser colocada a questão quanto a existência de fraude à lei insolvencial, tendo em vista que o credor fiduciário, declarada a insolvência do devedor, uma vez que é ele o titular do direito, poderá obstar a que o bem integre a massa insolvente e obter sozinho a satisfação isolada pelo seu valor, o que não sucederia se fosse meramente titular de um direito real de garantia.

<sup>1392</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória*, cit., p. 86 ss. e 96.

<sup>1393</sup> Cf. Castro Mendes, *Teoria Geral*, II, cit., p. 242;

<sup>1394</sup> Cf. diferentes fundamentos e posições in Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, cit., p. 283; Carvalho Fernandes, *Teoria Geral*, II, cit., p. 355; Carvalho Fernandes, *A Admissibilidade*, cit., p. 251; J. P. Remédio Marques, *Locação Financeira Restitutiva (Sale and Lease-Back) e a proibição dos pactos comissórios*, cit., p. 607; Ferreira de Almeida, *Alienação da Propriedade em Garantia*, cit., p. 311; Andrade de Matos, *O Pacto Comissório*, cit., p. 193; Margarida Costa Andrade, *A Propriedade Fiduciária*, in Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 55-87, p. 73; Ana Moraes Antunes, *O Contrato de Locação Financeira Restitutiva*, UCP, Lisboa, 2006, p. 74; Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, cit., p. 322, Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 249 e A. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 783 ss. Na jurisprudência, cf. STJ, de 16 de Março de 2011, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), que transcreve longas passagens de JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória*, cit. cf. também Ac. Ac. RP, de 10 de Maio de 2011, Proc. n.º 1942/06.5tBmAi.P1, que transcrevemos parcialmente devido à sua importância em relação ao tema: I – *Como verdadeiro negócio indirecto, não pode afirmar-se, à partida, lícito ou ilícito, o contrato de alienação fiduciária em garantia, ou a sua simples promessa, antes havendo de sujeitar-se ao casuístico juízo de mérito que recuse a validade a um acto fiduciário que colida com a Lei, a Moral ou a Natureza (art.º 280º C.Civ.) – não pode extrair-se de um meio inadequado ao tipo uma ilicitude geral do negócio; é a ilicitude concreta do fim que descaracteriza a licitude do negócio-meio. II – Neste sentido, em termos genéricos, concebe-se a figura da alienação em garantia, com base no princípio da liberdade contratual – art.º 405º C.Civ. – ou com apoio no facto de a lei prever expressamente a hipótese de restrições obrigacionais ao direito de propriedade – art.º 1306º n.º 1 C.Civ. III – A dúvida sobre o montante que a fidúcia garante resolve-se favoravelmente ao devedor, podendo paralisar os efeitos da promessa de alienação em garantia, em função de determinados pagamentos provados, por parte do devedor, e mais a mais se o montante do pedido relacionado com a devolução do sinal em dobro atinge perto de 100.000, quantia que não se prova que se encontre em dívida, por parte do Réu, ao Autor”. A questão da validade do negócio fiduciário é um problema que tem tanto sentido colocado para este como para qualquer outro negócio jurídico (o que até se pode verificar pelos critérios que se invocam para proceder ao juízo acerca*

Nas palavras do Beza dos Santos, *nestes actos, dizem há uma divergência entre a vontade real e a declarada, o acto aparente não traduz a vontade séria das partes, os efeitos Jurídicos que a lei lhe atribui não são aqueles que os simuladores querem que ele produza. Pelo contrário, os negócios fiduciários são sérios, as partes querem o que declaram, aceitam previamente os efeitos jurídicos do acto que realizam.*<sup>1395</sup>

### 3. Os motivos da celebração dos negócios fiduciários

*I. O motivo e a causa.* A doutrina tem avançado com alguns motivos da celebração dos negócios fiduciários, nomeadamente contornar a rigidez do sistema ou colmatar as suas lacunas – contornar, encobrir ou simplificar. Estes termos conferem legitimidade para questionar se os negócios fiduciários consubstanciam necessariamente fraude à lei. A causa e o motivo não se confundem. Em alguns períodos<sup>1396</sup> tentou-se alargar o conceito de causa para também abranger o motivo relevante – causa adjunta. A teoria causalista do negócio jurídico comporta três vertentes: a teoria subjectivista, que faz coincidir a causa com o motivo determinante; a teoria objectivista, que vê na causa a função económico-social típica do negócio; e a teoria ecléctica, que, combinando as teorias anteriores, entende por causa o motivo determinante a todos os negócios da mesma espécie (motivo típico). Todavia, a própria dificuldade em distinguir causa de motivo revela como o conceito de causa pode ser mais ou menos amplo, e pode abranger vários significados.<sup>1397</sup> A própria doutrina que defende a teoria causal objectiva, já chegou, conforme referimos atrás, a afirmar que a preocupação com a causa seria um falso problema, na medida em que o conceito legal<sup>1398</sup> que constava do Código de Seabra não

---

*da respectiva licitude: os contidos no artigo 280º). Ela explica-se unicamente pelo facto de a doutrina portuguesa mais tradicional, ao definir o negócio fiduciário, ter colocado a tónica no excesso do meio em relação ao fim visado: o que sugeria, de imediato, a eventual fraude à lei.*

<sup>1395</sup> Cf. Beza dos Santos, *A Simulação*, cit., I-II, p. 119, apesar de não admitir a validade dos negócios fiduciários.

<sup>1396</sup> Antes da entrada em vigor do Código de Seabra, parece ter prevalecido, em Portugal, a concepção subjectiva da causa, reconduzindo-a à ideia de motivos pessoais e interiores que motivaram a contratação, cf. A. Manuel Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, I, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1886, p. 71 e José H. Corrêa Telles, *Digesto Portuguez ou Tratado dos Direitos e Obrigações Civis Accommodado às Leis e Costume da Nação Portuguesa para Servir de subsidio ao Novo Código Civil*, 2.ª ed., I, Imprensa da Universidade, Coimbra 1840, p. 27-29.

<sup>1397</sup> Cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito civil: teoria geral*, II, cit., p. 301.

<sup>1398</sup> Quanto à relevância da causa e do motivo nos negócios jurídicos, há sistemas *causalistas* e *anticausalistas*. Os primeiros, atribuem à causa o valor de elemento essencial à constituição válida do negócio jurídico; os segundos, não atribuem à causa essa relevância. A França figura como uma tradicional representante da escola causalista. Pois o artigo 1108.º do *Code Civil*, relaciona a causa como um dos requisitos de validade dos negócios jurídicos. Vários outros países igualmente enumeram a causa como um dos requisitos dos negócios jurídicos, nomeadamente artigo 1325.º do Código Civil italiano, artigo 499.º



coincidia com as construções doutrinárias, muitas vezes conflituantes, além de a problemática da causa poder ser solucionada com o anticausalismo germânico. Genericamente, considera-se causa a função económico-social<sup>1399</sup> típica de um negócio jurídico. Por motivo deve-se entender a razão intencional, o porquê, a razão que conduz as partes a celebrar o negócio jurídico. O motivo é a base subjectiva do negócio jurídico; é o impulso psíquico, algo que a pessoa faz para atender a uma razão de ordem psicológica. Justamente por isso, o motivo não integra o negócio jurídico, e apenas será relevante se for declarado como razão determinante, justifica apenas uma posição interna das partes e não consta, em regra, das cláusulas contratuais.<sup>1400</sup>

O motivo é o factor psicológico que determina a contratação, não consubstanciando um elemento constitutivo. Diferentemente, a causa é a parte integrante da vontade, elemento constitutivo do contrato. A causa constitui um elemento imediato e directo e o motivo é um elemento secundário<sup>1401</sup>, que pode ser genérico<sup>1402</sup> ou remoto<sup>1403</sup>.

---

do Código Civil Argentino, artigo 1145.º do Código Civil Chileno, artigo 1108.º do Código Civil Belga, artigo 1287.º do Código Civil Uruguaio, artigo 1141.º do Código venezuelano. O nosso Código Civil não aponta a causa como requisito dos negócios jurídicos, tal como a Suíça, Peru, México e Alemanha, que integram a chamada escola anticausalista. Na Alemanha, o BGB, no § 138, limita-se a prever a nulidade do negócio jurídico “que ofende os bons costumes”. Em relação ao erro sobre os motivos, muito embora a tendência geral dos sistemas jurídicos seja afastá-los da matéria da constituição dos negócios jurídicos, o BGB, no § 119, e o nosso Código Civil, no artigo 252.º, conferem relevância aos motivos psicológicos na hipótese de erro sobre a qualidade essencial da coisa ou da pessoa, se for um negócio *intuitu personae*. Nos casos de dolo e coação, os sistemas jurídicos costumam conferir relevância aos motivos psicológicos de manifestação da vontade, por exemplo, o Código Civil italiano considera nulo o negócio jurídico se o motivo for ilícito, artigo 1345.º. O nosso Código Civil, nos termos do artigo 281.º, *Se apenas o fim do negócio jurídico for contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes, o negócio só é nulo quando o fim for comum a ambas as partes*.

<sup>1399</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 624.

<sup>1400</sup> Cf. Giovanni B. Ferri, *Causa e Tipo Nella Teoria del Negozio Giuridico*, cit., p. 380-381.

<sup>1401</sup> Henri Capitant, *De la Cause des Obligations*, cit., p. 17 – 18.

<sup>1402</sup> No Direito romano e germânico, a fidúcia foi aplicada para a satisfação de diversas finalidades, cf. Frederico Fernández de Buján, *Sistema Contractual Romano*, cit., p. 418, nomeadamente, cf. A Santos Justo, *Breviário de Direito Privado Romano*, cit., p. 169, como garantia de cumprimento de uma obrigação, cf. Laura Santoro, *Il Negozio Fiduciario*, cit., p. 199, depósito ou comodato – também antes de ser reconhecido o contrato de comodato, o fiduciante transferia a propriedade de uma coisa ao fiduciário, para a usar e restituir decorrido certo prazo ou depois da utilização prevista. Tendo em conta o formalismo apertado, a rígida tipicidade do sistema contratual romano e escassa previsão dos negócios jurídicos na primeira fase do ordenamento civil romano e, tendo em conta as novas necessidades que lhes eram estranhas, que por sua vez, exigiam a protecção jurídica, a fidúcia surgiu e realizou duas funções, cf. A Santos Justo, *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)*, cit., p. 4. No comércio jurídico moderno, as razões que justificam o recurso aos negócios fiduciários são numerosas, sobretudo se tomarmos em consideração as que levam as partes a celebrar cada negócio fiduciário em concreto. Não cabe a este estudo analisar as causas de todos os negócios fiduciários, procederemos à análise centrada no negócio relacionado com o tema. Salienta-se apenas que as causas gerais dos negócios fiduciários variam dos países e épocas.

<sup>1403</sup> O formalismo jurídico, a influência de ordem política e normas proibitivas são causas que se conjugam modernamente e em poucas situações se pode afirmar que se deve exclusivamente a uma só delas uma concreta relação fiduciária. Assim, tendo em conta a lista extensa de institutos dos ordenamentos jurídicos modernos e a liberdade contratual, dificilmente se pode falar numa fidúcia fundada, como foi a romana, unicamente na rigidez do formalismo jurídico. Pelo exposto, nota-se que há uma causa remota, que é a

*II. Rigidez formal do sistema.* No Direito Romano clássico ainda não tinha sido reconhecida a figura dos contratos inominados como uma categoria geral, nem os referidos negócios tinham a protecção, então os negócios típicos formais de carácter abstracto era o único escape que a autonomia privada tinha para dar revestimento jurídico às suas criações originais cada vez que o sistema de *numerus clausus* contratuais impedia a existência de contratos atípicos causais<sup>1404</sup>, era o caso da *fiducia* romana, nomeadamente *fiducia cum creditore*, em que as partes rem que as partes recorriam a um negócio solene (*mancipatio* ou *iure in cessione*<sup>1405</sup>) e ao *pactum fiduciae*. Através da *mancipatio* ou *iure in cessione*, o fiduciante transferia a propriedade da coisa objecto de garantia para o credor; o *pactum fiduciae* regulava a relação fiduciária. É o que sucede com a legislação de maioria dos países ocidentais (e não só) na matéria dos Direitos Reais, ou seja, a taxatividade dos Direitos Reais, fixados necessariamente numa série de formas legalmente determinadas, porque é também do interesse da sociedade manter as suas notas mais características. Nomeadamente o seu carácter absoluto. Assim, os particulares, não encontrando nenhuma forma para satisfazer determinados interesses, nomeadamente o uso da propriedade em garantia, e não podendo, criar novos direitos reais, recorrem aos negócios fiduciários para alcançar os fins “atípicos” em relação aos previstos para os negócios com eficácia real (sobretudo translativos) previstos na lei. É importante destacar que, em relação ao princípio da tipicidade, não existe *numerus clausus* de negócios transmissivos de direitos reais<sup>1406</sup>, vigora neste particular, o princípio de autonomia privada.<sup>1407</sup> A doutrina considera ainda que no negócio fiduciário não se pretende propriamente criar um novo direito real, ou seja, pretende-se apenas a transmissão e da propriedade, apenas

---

diferença de ritmo entre os avanços da vida e os de Direito, em que o Direito se encontra, em regra, atrasado em relação à vida, cf. Mariano Navaro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 72. Por mais progressivo que seja o ordenamento jurídico, dificilmente se chega a uma sincronia com o aumento das necessidades, capaz de tornar impossível a inexistência de determinada necessidade económica que não corresponda a um meio jurídico adequado à sua satisfação. Assim, com os negócios fiduciários, pretende-se corrigir, em alguns casos, esta falta de ajuste e, não reduzindo a vida aos meios disponíveis nos ordenamentos jurídicos, mas adaptando-os às necessidades da vida, tentando servir, através da pobre elasticidade das normas, o rico dinamismo dos factos e dos actos, cf. Mariano Navaro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 72. Os potenciais motivos da celebração do negócio fiduciário não são elementos caracterizadores do negócio. Com efeito, a previsão legal - que pode extinguir ou diminuir tal motivo - não altera a qualificação do negócio fiduciário - Contudo, há quem entenda que, neste caso, seria uma fidúcia legal e não um negócio fiduciário. Cf. Grassetti, *Trust Anglosassone, Proprietà e Negoziò Fiduciario*, in RDCiv, 34, 1936, 548 ss, p. 553.

<sup>1404</sup> Cf. Juan-Bautista Jordano, *Los Contratos Atípicos*, cit., p. 23.

<sup>1405</sup> Cf. A Santos Justo, *Direito Privado Romano*, cit., p. 94 e 97.

<sup>1406</sup> Cf. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., p. 594.

<sup>1407</sup> Cf. José de Oliveira Ascensão, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, cit., p. 162 a 168.

com outros fins não previstos<sup>1408</sup> nos negócios translativos do direito da propriedade – um fim que não seria possível com o recurso a outros meios.<sup>1409</sup> Na vida, surgem constantemente novas necessidades determinadas por evolução permanente da sociedade e de todas as ordens que não encontram no ordenamento jurídico positivo uma solução para a sua satisfação senão o recurso a outros negócios. Todavia, para atingir certos fins, as partes recorrem aos negócios mais amplos do que os previstos na lei para os atingir e, os negócios mais interessantes para o efeito são negócios fiduciários.<sup>1410</sup>

*III. Influência de ordem política.* Às vezes, o próprio poder político exerce influência, tornando mais rígido o sistema jurídico positivo, através de condicionamento de exercício de determinados direitos privados, nomeadamente ao que sucedeu com o regime feudal inglês no desenvolvimento inicial do *trust*. Um exemplo de *use*: um senhor transmitiu um conjunto de propriedade para os seus filhos, com a particularidade de a administração das terras ter ficado a cargo de um religioso, que se comprometeu a actuar sempre no interesse e benefício dos menores. Mas, o *use* não era um direito real, nem sequer um direito reconhecido pelos tribunais centrais e as rígidas relações feudais não lhes podiam ser aplicadas<sup>1411</sup>. Ou seja, com um sistema de direito formalista e incompleto, era dificultado o desenvolvimento inicial do *trust*. Se um sujeito se preocupasse com os interesses da sua filha, transferia os bens a uma pessoa de confiança para evitar que o marido desta os dissipasse, realizava-se de facto uma transferência de propriedade para essa pessoa de confiança, mas o acordo entre o pai/titular de direito e o amigo de confiança de entregar os frutos do bem à filha, com a obrigação de, mais tarde, retransmitir-lhe a propriedade do mesmo bem verificado determinadas circunstâncias. A este acordo não era aplicável às rígidas relações feudais.

*IV. Disposições proibitivas.* Outra razão que leva as partes a recorrerem ao negócio fiduciário está relacionada com as normas proibitivas ou fiscais<sup>1412</sup>. Convém realçar que esta razão não implica que os negócios fiduciários constituíam crime<sup>1413</sup>. Mais

---

<sup>1408</sup> Cf. Cesare Grassetti, *Rilevanza dell'intento giuridico in caso di divergenza dall'intento empirico*, cit., p. 107.

<sup>1409</sup> Cf. Mariano Navaro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 71.

<sup>1410</sup> Cf. Mariano Navaro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 71.

<sup>1411</sup> Cf. A. Baarreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 254.

<sup>1412</sup> Cf. R. Mortier/F. Le Mentec, *Fiscalité de la Fiducie: la neutralité à tout prix*, in: *Droit & Patrimoine*, n.º 171, Junho, 2008, p. 82; B. Muir, *La fiducie au Québec*. Colloque du 25 mai 1995 «*Les fiducies dans le Code civil du Québec: une réforme radicale*», Institut Wilson & Lafleur, 1995; S. Normand, *La notion de modalité de propriété*, in *Mélanges Offerts au Professeur F. Frenette – Étude portant sur le droit patrimonial*, PUL, 2006, p. 255.

<sup>1413</sup> Cf. R. Ollard, *La Fiducie: aspects de droit pénal*, in *Revue de Science Criminelle*, 2009, p. 545; A. Peyrot, *La Fiducie en Droit Suisse*, in *Revue Lamy Droit des Affaires*, n.º 47, 2010; S. Piedelièvre, *Quelle*

uma vez um exemplo de *trust*, proibido inicialmente por *Statute of Uses*. Actualmente, são frequentes as referências à crise das garantias tradicionais, e, por outro lado, há necessidade de encontrar formas eficientes e expeditas de execução das garantias em caso de incumprimento do devedor, uma vez que não é possível ao credor salvaguardar o seu direito, apropriando-se da coisa objecto da garantia. Por último, as garantias reais tradicionais não resistem ao número crescente de credores privilegiados. Por outro lado, as normas legais impedem a inclusão do pacto comissório nas garantias tradicionais, por forma a resistir a número crescente de credores privilegiados, cujos créditos preferem aos credores hipotecário e pignoratício. Para alguns autores, a proibição do pacto comissório<sup>1414</sup> serve de fundamento para rejeitar certas garantias relacionadas com a titularidade, sobretudo, alienação da propriedade em garantia. Como ilustra JANUÁRIO DA COSTA GOMES, a alienação fiduciária em garantia e o pacto comissório<sup>1415</sup> são dois institutos muito próximos, pois tanto num caso como no outro verifica-se uma alienação com escopo de garantia. Porém, no pacto comissório a possível transferência de propriedade sobre o bem dado em garantia não ocorre no momento do pacto, ficando dependente do incumprimento pelo devedor, o que, para o Autor, constitui uma diferença relativamente ao que ocorre na alienação fiduciária em garantia, na qual a transferência da propriedade é automática<sup>1416</sup>. Contudo, o mesmo Autor considera que “a mera

---

*Fiducie-Sûreté pour l'Entreprise?*, *La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 75; S. Prigent, *Extinction d'une Fiducie-Sûreté dont le Constituant s'est Acquitté de sa Dette*, Defrénois, n.º 1, Janeiro, 2011, p. 48; A. Prüm, *L'Arrivée Annoncée de la Fiducie*, in *Revue de Droit Bancaire et Financier*, Janeiro-Fevereiro, 2007, p. 406.

<sup>1414</sup> Nos termos do artigo 694.º CC, o “pacto comissório” define-o como “a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir”, para estabelecer que tal convenção “é nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca”, “numa demonstração clara do destino que tem perseguido este pacto de origem romanista ao longo do tempo cf. Isabel de Matos, *O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, 2006, p. 23. A proibição do pacto comissório está prevista no Código Civil a respeito da hipoteca, regime paradigmático das garantias reais, extraindo-se desse facto a consequência de a referida interdição dever considerar-se extensível às demais garantias reais. Veremos mais adiante se o AUG admite ou não o pacto comissório.

<sup>1415</sup> Sobre pacto comissório, cf. Júlio Manuel Vieira Gomes – *Sobre o Âmbito da Proibição do Pacto Comissório, o Pacto Comissório Autónomo e o Pacto Marciano/ Anotação ao Ac. do STJ de 30.01.2003, rec. 3896/02, cdp, n.º 8 (Outubro- Dezembro), 2004, pp. 55- 72, Vincenzo Lojacono, *il patto commissorio nei contratti di garanzia*, giuffrè, milão, 1952, Angelo Luminoso, *Alla Ricerca degli Arcani Confini del Patto Comissorio*, RDCiv, 1990, Rubio Tomás Maestre, *El Pacto Comisorio*, universidad de murcia, secretariado de publicaciones, murcia, 1961, Manuel Ignacio/Feliu Rey, *La Prohibición del Pacto Comisorio y la Opción em Garantía*, Editorial Cívitas, Madrid, 1995, Rivaoba Durrán/Durán Ramón, *La Propiedad en Garantía: Prohibición del Pacto Comisorio*, Pamplona, Aranzadi, 1998, Enzo Roppo, *Il Divieto del Patto Commissorio*, in *Trattato di Diritto Privato Diretto da Rescigno*, xix, t. 1, torino, 1985, Enzo Roppo, *Note Sopra il Divieto del Patto Commissorio*, in *Rivista de Notariado*, 1981, 401 ss., Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Penhor*, in *BMJ*, n.º 58 (Julho de 1956), pp. 2-123 e Adolfo Wegmann Stockebrand, *Algunas Consideraciones Sobre la Prohibición del Pacto Comisorio y el Pacto Marciano*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, nº13, pp. 95-122 (Dezembro - 2009).*

<sup>1416</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória*, cit., p. 91.

*invocação da incoincidência dos momentos de transferência da propriedade soa mais a alibi do que a argumento*”.<sup>1417</sup>

#### 4. Causa nos negócios fiduciários

*I. Generalidades.* Na primeira metade do séc. XX uma corrente doutrinária<sup>1418</sup> considerava que não era possível efectuar a transmissão de um direito real para a esfera jurídica do fiduciário através de um dos negócios jurídicos causais típicos, pois haveria um *numerus clausus* de negócios transmissores de direitos desta natureza<sup>1419</sup>, pelo que o negócio fiduciário teria de ser necessariamente um acto abstracto<sup>1420</sup>. Uma vez que se entendia que no nosso sistema não contemplava os negócios abstractos, excepto no âmbito dos títulos de crédito, pelo facto de ser um sistema causalista, o negócio fiduciário não seria admissível<sup>1421</sup>. Uma vez que o objecto da transmissão no negócio fiduciário não tem de ser necessariamente um direito real, ou seja, também pode-se transmitir um direito de outra natureza através de um negócio fiduciário, esta posição, já na altura em que foi formulada, teve sempre um alcance limitado e seria possível sempre a referida transmissão com o recurso aos negócios abstractos admitidos e mesmo na altura havia quem defendesse aquilo que hoje parece um dado adquirido – a tipicidade do direito real não se confunde com o facto jurídico que o transmite<sup>1422</sup>. Não há nada que impeça os sujeitos, excepto os limites legais, nomeadamente o artigo 280.º CC, no exercício de autonomia privada, artigo 405.º CC, de criarem os contratos mais adequados, à consecução dos seus interesses e, dentro destes, também, negócios fiduciários<sup>1423</sup>.<sup>1424</sup>

<sup>1417</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória*, cit., p. 91.

<sup>1418</sup> Cf. Francisco Pereira Coelho, *Obrigações*, aditamento à teoria geral das obrigações de MANUEL DE ANDRADE, por Abílio Neto e Pupo Correia, 3.ª Ed., Almedina Coimbra, 1964, p. 91.

<sup>1419</sup> Cf. Beleza dos Santos, *A Simulação*, I, cit., p. 131 e Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, p. 177.

<sup>1420</sup> Cf. Carriota Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit. p. 124, Italo Bologna, *Considerazioni sui Negozi Fiduciari*, RDciv, 1955, pp. 618ss. p. 631 e Alessandro Graziani, *Negozi Indiretti e Negozi Fiduciari*, RDcom, I, 1993, pp. 414 ss, p. 415.

<sup>1421</sup> Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, p. 177 e Carriota Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit. p. 127 – 128.

<sup>1422</sup> De uma forma menor categórica, cf. Vaz Serra, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 363. De forma mais categórica, cf. José de Oliveira Ascensão, *A Tipicidade* cit., p. 163 ss. – *A tipologia taxativa dos direitos reais não implica, ... que sejam taxativos os factos que criam, modelam, ou extinguem direitos reais*. No mesmo sentido, cf. Galvão Teles, *Manual dos Contratos em Geral*, 3.ª ed., Lisboa, 1965, p. 180, Orlando de Carvalho, *Negócio Jurídico Indirecto*, cit., p. 127, I. Grassetti, *Del Negozio Fiduciaria e della sua ammissibilità*, cit., p. 373 e J. B. Jordano, *Mandato para Alienar*, RDES, 1951, p. 237.

<sup>1423</sup> Cf. Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, cit., p. 211 e Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Créditos em Garantia*, cit., p. 91.

<sup>1424</sup> Do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, consta: ... *Com a consagração de uma nova forma de transmissão de propriedade, ainda que a título de garantia, é alargado o numerus clausus*

Considera a doutrina que a transmissão do direito ao fiduciário vai constituir um mero efeito de um negócio causal com um conteúdo mais amplo que inclui a obrigação de o fiduciário exercer o direito dentro de certos parâmetros fixados negocialmente. Ainda considera a doutrina que a transmissão do direito pode ser através de um negócio abstracto, nos casos em que estes são admitidos pelo direito.<sup>1425</sup>

II. *A utilidade da causa.* A ambiguidade da causa<sup>1426</sup>, a sua dimensão filosófica e metafísica e a extensa biografia existente tornam defensáveis as teorias mais díspares<sup>1427</sup>. Os diferentes significados parecem inviabilizar uma abordagem mais directa. Conforme ensina MENEZES CORDEIRO<sup>1428</sup>, o sistema reconhece cinco sentidos úteis da causa:

III. *A causa – justificação* – este sentido da causa é facilmente apreendido no Direito Do Trabalho, ramo em que assume maior relevância, justa causa. Este constitui a realidade indispensável para a efectivação de determinados actos; *A causa – título* – por exemplo, na posse causal, a causa apresenta-se como fundamento da posição jurídica do possuidor. Neste sentido, a causa tem o sentido da justificação jurídica de determinada situação; *A causa – atribuição patrimonial* – com a sua utilização, pretende-se indicar qual a proveniência de determinada situação patrimonial; *A causa – obrigação* – as obrigações enquadradas nesta modalidade encontram-se dependentes da verificação e da demonstração da sua fonte, i.e., do negócio jurídico que as origina. Diferentemente, as

---

*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.* Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Créditos em Garantia*, cit., p. 91, revela o seu desacordo com o legislador, alegando que uma coisa são os negócios transmissores de direitos reais, para os quais vale a liberdade contratual e, outra coisa são os próprios direitos reais, em relação à qual vale o princípio da tipicidade decorrente do artigo 1306.º CC. Conclui o autor que o legislador foi infeliz nas afirmações que fez no preâmbulo.

<sup>1425</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Créditos em Garantia*, cit., p. 92.

<sup>1426</sup> Cf. Jean – Paul Gilli, *La cause juridique de la demande en justice*, LGDJ, Paris, 1962, pp. 263 ss, p. 265 e A. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 810.

<sup>1427</sup> Cf. E. Navarretta, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in RDComm., 2003, I, p. 985 e ss. e E. Navarretta, *Europa cum causa*, in Diritto Comunitario e Sistemi Nazionali: Pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti, in 4.º Congresso Nacional de SISDIC, Abril de 2009, Nápoles, 2010, p. 338 ss.

<sup>1428</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado*, II/II, cit., 614 ss. Ainda sobre os sentidos da causa, cf. Castro Mendes, *Direito Civil, Teoria Geral*, III, AAFDL, Lisboa 1968, p. 257 e Diogo Pereira Duarte, *Causa: motivo, fim, função e fundamento no negócio jurídico*, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, I, Almedina, Coimbra, pp. 431 ss. p. 444. Na doutrina italiana, cf. Ubaldo La Porta, *Il problema della causa del contratto*, I, Turim: Giapichelli, 2000, p. 17 ss., Rita Rolli, *Causa in abstracto e causa in concreto*, Pádua: CEDAM, 2008, p. 11 ss., Michele Giorgianni, *Causa: diritto privato*, In: *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milão, 1960, p. 547-575 e Gino Gorla, *El contrato: Problemas fundamentales tratados segun el metodo comparativo y casuístico*, Trad. do italiano para o espanhol de Jose Ferrandis Vilella, I, Bosch, Barcelona, 1959. Para a literatura francesa, cf. Jacques Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, Paris, 2006, Jacques Ghestin, *En Relisant «de la cause des obligations» de Henri Capitant in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du Droit, mélanges offerts à Jean – Luc Aubert*, Daloz Paris, 2006, pp. 117 ss.

obrigações abstractas caracterizam-se pela sua autonomia em relação ao negócio jurídica que está na sua base, por exemplo, títulos de crédito, cuja apresentação consubstancia *causa* suficiente para exigir o cumprimento da obrigação subjacente; A *causa – contrato* – a causa contrato é um elemento cuja verificação e adequação jurídico – legal o sistema poderá ou não exigir para a existência e validade de cada relação negocial. É esta acepção que nos interessa para o estudo dos negócios fiduciários.

IV. *História e dogma da causa – Direito Romano e Direito Intermédio.* A compreensão da matéria da causa, enquanto elemento da formação negocial, requer o conhecimento do processo formativo negocial romanístico e as evoluções do período intermédio.<sup>1429</sup> Considerado o principal dentre as três espécies de formalidades do Direito romano, a *stipulatio* era um negócio estipulado a partir de perguntas e respostas. Na *verba*, as palavras trocadas entre as partes constituem a obrigação, mediante a prolação das palavras certas, de carácter solene. Inicialmente, empregava-se o verbo *spondere* – spondes? (prometes?) *Spondeo!* (prometo!).<sup>1430</sup> Assim, os principais três elementos contratuais eram a capacidade, o consentimento e o objecto. Deve-se, todavia, realçar que a “causa” não é uma criação do Direito Romano.<sup>1431</sup> A causa corresponde à tradução efectuada pelos juristas romanos do grego *αἰτία*<sup>1432</sup>. Por outro lado, o Direito Romano não elaborou qualquer teoria geral do contrato ou do negócio jurídico, pautando-se pelo seu pragmatismo, derivado do casuísmo que o caracterizou<sup>1433</sup>. Havia múltiplos significados do conceito de causa. Todavia, a par desta multiplicidade de significados, a ciência jurídica tem concentrado na noção de *contractus* e das categorias que dele derivam, nomeadamente: (a) *obligatio contrahiturre*, (b) *verbis*, (c) *litteris* ou (d) *consensu*, o que permitia indicar o elemento de onde surgia a obrigação. Assim, nos contratos onde a obrigação surgisse de *verba* ou *litterae*, predominava a forma – tipicamente, a *stipulatio* –, enquanto nos casos de *consensus* predominava a entrega de coisas ou de dinheiro, situação que justificava a obrigação de restituição do *tantundem*.<sup>1434</sup>

Tendo em conta os três elementos que caracterizavam a *stipulatio* – consentimento, capacidade e objecto -, a doutrina considera que Gaius não refere a existência de um quarto elemento, pelo que se poderá concluir pela irrelevância da causa

---

<sup>1429</sup> Cf. Henry Capitant, *De la Cause des Obligations: contrats, engagements unilatéraux, legs*, 2.<sup>a</sup> ed., Dalloz, Paris, 1924, p. 117.

<sup>1430</sup> Cf. Santos Justo, *Direito das Obrigações*, cit., p. 85.

<sup>1431</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 597.

<sup>1432</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 597.

<sup>1433</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 597.

<sup>1434</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 598-599.

contratual, considerando ainda que a conclusão do contrato era alheia aos motivos pessoais das partes e, de maior relevância, à função social e económica do contrato utilizado.<sup>1435</sup> Importa realçar que, a par da polissemia do conceito de causa, a emergência de obrigações contratuais no âmbito dos negócios não enquadráveis no leque dos negócios tipificados estava dependente da existência da causa, é o caso dos contratos inominados. Neste caso, a obrigação não podia validamente subsistir sem a respectiva causa<sup>1436</sup>. Por outro lado, sendo a *stipulatio* um negócio abstrato, o tipo contratual que estava subjacente era irrelevante. Por vezes, as partes tinham dúvidas sobre quanto à causa que motivou a transmissão. Nestes casos, a parte lesada podiam apenas invocar um comportamento contrário à boa fé – *exceptio doli*.<sup>1437</sup> Por estas razões, conclui a doutrina que a causa, apesar de surgir como um elemento relevante, estava longe de constituir um requisito de validade contratual<sup>1438</sup>. No Direito intermédio<sup>1439</sup>, os glosadores e comentadores desconheciam o sistema formalístico de acções clássico, razão pela qual, na análise do Dig. 44.4.2.3: *Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat, haec sunt, quae tractari possunt...*, não tinham elementos que lhes permitissem distinguir as excepções de cariz formalístico processual das invalidades substanciais *per se*. Assim, consideravam que a *exceptio doli* consistia numa invalidade resultante da inexistência de causa. Não sendo evidente a natureza da *exceptio doli*, os glosadores e comentadores generalizaram a construção, passando a exigir, para todos os contratos, sob pena de nulidade, uma causa<sup>1440</sup>. No período medieval, o conceito de causa assume a relevância, através da definição de BALDUS<sup>1441</sup>, adoptada por todos os juristas da época. Paralelamente, e a divisão tetra-partida de Aristóteles<sup>1442</sup> foi retomada por São Tomás de Aquino e seguida por todo o movimento escolástico<sup>1443</sup>.

---

<sup>1435</sup> Cf. A. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 816.

<sup>1436</sup> Dig. 2.14.7.2: *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter aristo celso respondit esse obligationem* e Dig. 2.14.7.4: *Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem*.

<sup>1437</sup> Dig. 44.4.2.3: *Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat, haec sunt, quae tractari possunt*.

<sup>1438</sup> Cf. Simone Malvagna, *Il Problema della causa dei Contratti*, RDCiv, 26, 1934, pp. 118 – 147, p. 132 e A. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 816. Numa posição que nos parece ligeiramente diferente, cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 597.

<sup>1439</sup> Sobre as diferentes teorias da causa no período medieval, cf. E. M. Meyers, *Les Théories Médiévale concernant la Cause de la Stipulation et la Cause de la Donation*, Tijds Rgeschied, 1936, pp. 365 -397, 366 ss.

<sup>1440</sup> Cf. E. M. Meyers, *Les Théories Médiévale concernant la Cause*, cit., p. 369.

<sup>1441</sup> Sobre esta definição, cf. E. M. Meyers, *Les Théories Médiévale concernant la Cause*, cit., p. 387.

<sup>1442</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 603.

<sup>1443</sup> Cf. Joaquín Dualde, *Concepto de la Causa de los Contratos, (la causa es la causa)*, Bosch, Barcelona, 1949, p. 21 e A. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 818.



V. *A causa napoleónica e a sua supressão*. A causa, numa acepção jurídica moderna, tem origens napoleónicas.<sup>1444</sup> O artigo 1108.º do *Code Civil* Napoleón elenca quatro requisitos indispensáveis<sup>1445</sup> para a validade do negócio jurídico – o consentimento; a capacidade; objecto; e a causa. Estes requisitos foram seguidos<sup>1446</sup> pelos códigos de influência francesa, nomeadamente o Código Civil italiano de 1865 – artigo 1104.º, Código Civil belga – artigo 1108.º, Código Civil de 1889 – artigo 1261.º nos termos do artigo 1133.º do *Code Civil*, a obrigação sem causa, com causa ilícita ou falsa não produz nenhum efeito jurídico. Nos termos do artigo 1133.º, define a causa ilícita como as causas contrárias à lei, aos bons costumes ou à ordem pública. Refere ainda o legislador que a causa não tem de ser declarada, artigo 1132.º do *Code*. Considera MENEZES CORDEIRO<sup>1447</sup> que estas disposições não fornecem elementos úteis para a busca de um conteúdo técnico – jurídico do conceito de causa – contrato. O conceito de causa napoleónica remonta ao pensamento do DOMAT e POTHIER, dois autores que muito influenciaram o conteúdo do *Code Civil*<sup>1448</sup>. De uma forma muito resumida, DOMAT introduz a problemática da causa na matéria dos negócios em geral, distinguindo causa consoante se trate do negócio gratuito ou oneroso<sup>1449</sup>. Em relação aos negócios onerosos, considera DOMAT<sup>1450</sup> que a causa se fundamenta no sinalagma - a causa da obrigação assumida por cada uma das partes é a obrigação da contraparte. Já em relação aos negócios gratuitos, considera que o fundamento do doador pode ser qualquer motivo razoável e justo. POTHIER<sup>1451</sup> considera que a causa constitui um dos elementos do contrato, ao lado do consentimento e do objecto. Ainda considera o autor que, nos negócios onerosos, a causa corresponde ao conteúdo da parte contrária e, nos negócios gratuitos, a liberalidade constitui a causa suficiente, sendo nulo o negócio sem causa ou quando a causa é falsa. Actualmente, o artigo 1108.º do *Code* contém a definição dos

---

<sup>1444</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado*, II/II, cit., 603.

<sup>1445</sup> Sobre os fundamentos da causa enquanto elemento da formação contratual, cf. M. Vivant, *Le fondement juridique des obligations abstraites*, Dalloz, Paris, 1978, p. 39.

<sup>1446</sup> Cf. Jacques Ghestin, *La formation du contrat: principes et caractères essentiels, ordre public, consentement, objet, cause*, 3.ª Ed., LGDJ, Paris, 1993, p. 21.

<sup>1447</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado*, II/II, cit., 604.

<sup>1448</sup> Cf. Emiliano Battistoni, *La Cause nel Negozi Giuridici. Dal diritto intermedio al Codice Civile italiano*, CEDAM, Pádua, 1932, p. 11.

<sup>1449</sup> Cf. Judith Rockfeld, *Cause et type de contrats*, LGDJ, Paris, 1999, p. 36.

<sup>1450</sup> Cf. Jean Domat, *Traité des Lois in Oeuvres complètes de J. Domat*, editado por Joseph Remy, I, F. Père e Fils et Charles Réchet, LJ, Paris, 1828, 1er partie – Des Engagements, Livre I, p. 122 ss.

<sup>1451</sup> Cf. Robert J. Pothier, *Traité des obligations*, in *Oeuvres complètes de Pothier*, P. – J Langlois e A. Durand, Paris, 1844, 1er partie, 1, art III, p. 107. Os dois autores, Domat e Pothier, ao formularem o conceito da causa não tiveram em vista a concepção subjectivista ou objectivista, cf. Vasco Taborda Ferreira, *Do Conceito de Causa dos Actos Jurídicos*, Lisboa, 1946, p. 86.

contratos comutativos e aleatórios. A matéria dos elementos constitutivos agora consta do artigo 1128.º do *Code*, introduzido através da *Ordonnance* n.º 2016-131 de 10 de Fevereiro, que dispõe o seguinte: *Sont nécessaires à la validité d'un contrat: 1. ° Le consentement des parties; 2. ° Leur capacité de contracter; 3. ° Un contenu licite et certain.* Com efeito, o legislador suprimiu a referência à causa como elemento constitutivo do contrato, mantendo os três elementos – o consentimento, a capacidade e o conteúdo lícito e certo. É necessário para a validade do contrato um conteúdo lícito e certo, abandonando a referência à causa. O relatório dirigido ao Presidente da República explica que supressão formal da noção de causa, que provocou muitos debates em todos os sectores, permitirá a França que se aproximar do direito legislado de muitos países. Por outro, considera-se que a supressão do termo causa foi motivada essencialmente para tornar mais atractiva e eficaz o Direito Francês, na medida em que a causa contém uma noção difícil de apreender, sendo, inclusive, desconhecida noutros sistemas jurídicos<sup>1452</sup>. No entanto, a palavra "causa" foi excluída formalmente do *Code* como elemento constitutivo do contrato, mas o legislador mantém as suas funções essenciais nomeadamente, a de reequilibrar o contrato, que a jurisprudência lhe havia atribuído. Em primeiro lugar, nos termos do artigo 1131.º do *Code*, o papel é verificar a existência de uma justificativa para a obrigação contraída. Com efeito, considera a doutrina que as clássicas funções da causa são encontradas no *Code* sob outras designações, dando como exemplo o novo artigo 1162.º que estabelece que o contrato não pode derogar a ordem pública nem por suas estipulações, nem por seu fim e, se este foi conhecido ou não por todas as partes". Este preceito acolhe o antigo requisito que exigia a legalidade da causa como condição da validade do contrato. Por outro lado, o novo artigo 1169.º do Código Civil francês dispõe que "um contrato oneroso é nulo quando, no momento da sua formação, a prestação de uma das partes for ilusória ou irrisória"<sup>1453</sup>, o que implica aqui novamente a exigência de uma causa da obrigação, em outras palavras, a obrigação assumida por cada uma das partes tem como causa a obrigação da contraparte. Por seu turno, o novo artigo 1135.º de *Code* faz referência ao erro sobre motivo, o que se aproxima, segundo a doutrina francesa, ao erro sobre a causa. Portanto, foi suprimido formalmente o termo "causa". Todavia, mantém-se o seu espírito, continua a manifestar-

---

<sup>1452</sup> Cf. Annabel Quin, *Réforme du droit des contrats: la disparition de la cause et sa survivance*, Alta – Juris International, Paris, 2016, p. 2.

<sup>1453</sup> É o que a doutrina denomina da falsa causa, cf. Jean – René Binet, *De la fausse cause*, RTC. Outubro-Dezembro, 2004, n.º 4, p. 655-672, p. 670 e David Bonnet, *Cause et condition dans les actes juridiques* - Tomo 449, LGDJ, Reims, 2003, p. 29.

se, pois, não obstante a sua eliminação, as soluções que se baseavam na causa ainda podem ser encontrados no *Code Civil*.<sup>1454</sup> Nota-se que, apesar da supressão da noção de causa, a *Ordonnance* n.º 2016 - 131 parece manter o seu espírito. No entanto, longe de simplificar as coisas, será necessário acompanhar, através da jurisprudência, a interpretação destas novas disposições, em particular, no que diz respeito aos novos termos – *Contenu* (conteúdo) e *but* (finalidade).

VI. *A causa como obstáculo da fidúcia no Direito Interno.* A inadmissibilidade dos negócios fiduciários defendida por BELEZA DOS SANTOS, advogando que a função jurídico-económico do negócio utilizado pelas partes não corresponde à função jurídico-económico subjacente à contratação concreta. Considera que só quando os fins prosseguidos pelas partes coincidem com os fins do tipo contratual<sup>1455</sup> é que o direito

---

<sup>1454</sup> Cf. Annabel Quin, *Réforme du droit des contrats: la disparition de la cause...*, cit., p. 3.

<sup>1455</sup> Por exemplo, no caso da venda a retro, considera-se que o principal problema da venda a retro prende-se com a possibilidade de este contrato ser utilizado para uma finalidade que não coincida com a sua função típica - respectivas atribuições patrimoniais: a permuta de bens - concretamente, dos direitos sobre eles - por dinheiro, cf. Almeida Costa, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, p. 345. Porém, a venda a retro pode ser celebrada com a finalidade exclusiva de obtenção de um financiamento do vendedor, assegurando-lhe, ainda, a possibilidade de reaver a titularidade do bem alienado. Este contrato pode, pois, consubstanciar uma garantia do cumprimento de um crédito e tem afinidades com as garantias reais consagradas no nosso Direito Civil, cf. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 4.a cd., UCE, Lisboa, 2007, pp. 343-353 e *Admissibilidade do Negócio Fiduciário no Direito Português*, in *Estudos sobre a Simulação, Quid Juris*, Lisboa, 2004, pp. 243-274 (pp. 252-257 e pp. 260-272). Esta modalidade de venda foi abolida pelo Código de Seabra – artigo 1587.º. Galvão Telles, *Compra e venda*, cit., p. 29, considerava que o mal que se via na venda a retro era o de, em muitos casos, ser equivalente a um empréstimo pignoratício ou hipotecário, em que o preço funciona como capital mutuado e em que a coisa vendida e a transmissão da propriedade desempenhariam funções de cláusula comissória, habilitando, em caso de incumprimento, o mutuante/comprador a retro ficasse com o objecto sem avaliação. O mesmo autor considera que a venda a retro pode servir interesses sérios e legítimos, nomeadamente na situação em que uma pessoa precisa de dinheiro e não quer recorrer ao crédito, para não arcar com os custos associados ao crédito, e não quer também alienar definitivamente dos bens, mantendo a esperança e o direito de os recuperar. O Código Civil vigente procurou evitar que a venda a retro sirva interesses usurários, impedindo que o comprador receba qualquer contrapartida da resolução (artigo 928.º). A venda a retro é um dos contratos que se encontra previsto nos artigos 927.º e seguintes do CC [Beleza dos Santos, *A Simulação*, cit., p. 126; Galvão Telles, *Contratos Civis (Projecto Completo de um Título do Futuro Código Civil Português e Exposição de Motivos)*, in BMJ n.º 83, 1959, pp. 134 ss, Raúl Ventura, *O Contrato de Compra e Venda no Código Civil. O Preço, Venda a Retro*, ROA, 1980 pp. 643 ss, Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997 pp. 222 ss, José Carlos Brandão Proença, *A Resolução do Contrato no Direito Civil*, BFDUC, Suplemento XXII, Coimbra, 1975 pp. 317-318, Pedro de Albuquerque, *Contrato de Compra e Venda. Introdução, Efeitos Essenciais e Modalidades*, in *Direito das Obrigações*, III, (Lições coordenadas pelo PROF. DOUTOR A. MENEZES CORDEIRO), AAFDL, Lisboa, 1991, pp. 39 ss, Pedro Romano Martinez, *Direito das Obrigações (Parte Especial)*, *Contratos. Compra e Venda, Locação, Empreitada*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 82, ss, Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, cit., pp. 281, ss, Pedro Romano Martinez/Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias do Cumprimento* cit., pp. 194 ss, Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, III, *Contratos em Especial*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 79 ss, Manuel Baptista Lopes, *Do Contrato de Compra e Venda, no direito civil, comercial e fiscal*, Almedina, Coimbra, 1971, pp. 203 ss e L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *A Venda a Retro como Instrumento de Concessão de Crédito Garantido. Do Direito Civil ao Direito Bancário*, in REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO, IV, 2007, pp. 221-262] e noutros países, nomeadamente Itália - Em Itália, cf. Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 40.ª ed., Cedam, Pádua, 2001, pp. 779 ss, Domenico

confere a protecção jurídica, dando o exemplo clássico de alienação em garantia<sup>1456</sup> – as partes empregam o contrato de compra e venda quando o objectivo das partes é fortalecer a posição jurídica do credor/adquirente – considerando nulo este contrato por divergência entre os fins efectivamente prosseguidos e a função económico – jurídica do contrato de

---

Barbero, *Sistema Istituzionale del Diritto privato italiano*, II, *Obbligazioni e Contratti. Sucessioni per Causa di Morte*, UTET, Turim, 1958, pp. 305 ss, Domenico Rubino, *La Compravendita*, 2.<sup>a</sup> ed., in Trattato di Diritto Civile e Commerciale (coord. ANTONIO CICUE FRANCESCO MESSINEO), XXIII, Giuffrè, Milão, 1971, pp. 1024-1027, Angelo C. Pelosi, *Vendita com Patto di Riscatto*, ED, XLVI, pp. 517 ss, Massimo Bianca, *Vendita (Diritto Vigente)*, NovissDI, XX, pp. 622-627, Francesco Macario, *Vendita*, EGT, pp. 34 ss, Domenico Barbero/Antonio Liserre/Giorgio Florida, *Il Sistema del Diritto Privato*, 3.<sup>a</sup>ed., UTET, Turim, 2001, pp. 718 ss.], França [Jean-Baptiste Seube, *Droit des Sûretés*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 224-225 e François Collart Dutilleul/Philip Pedelebecque, *Contrats Civils et Commerciaux*, 6.<sup>a</sup> ed., Dalloz, Paris, 2002, pp. 162-163.] e Espanha [cf. Maria del Carmen Pérez Conesa, *Comentarios al Código Civil* (coord. RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Arazandi, 2001, pp. 1757 ss, Luis Díez Picazo/Antonio Gullón, *Instituciones de Derecho Civil*, I, Tecnos, Madrid, 1995, pp.629 ss, Bruno Rodríguez-Rosado, *Fiducia y Pacto de Retro en Garantía*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 1998, pp. 147 ss e Xaviero' Callaghan, *Código Civil Comentado y com Jurisprudencia*, 4.<sup>a</sup> ed., Laley, Madrid, 2004, pp. 1527 ss. - e, consiste na venda com a faculdade de o vendedor resolver *ad nutum* o contrato durante um certo período de tempo e, em consequência, readquirir a propriedade da coisa vendida sem ser necessária a celebração de um novo contrato para que ocorra a retransmissão do direito, bastando o exercício, de acordo com as exigências legais, do direito de resolução. Este contrato destina-se, sobretudo, a salvaguardar o interesse do vendedor que, não querendo recorrer ao crédito, vende a coisa na esperança de poder vir a recuperá-la, resolvendo o contrato sem que para isso tenha de invocar qualquer motivo perante o comprador para fundamentar essa resolução. Quanto ao regime, nos termos do artigo 929.º/1 CC, a resolução pode ser decretado dentro de dois ou cinco anos a contar da venda, conforme esta tenha por objeto bens móveis ou imóveis, respectivamente, salvo estipulação de prazo mais curto. Caso o prazo fixado pelas partes para a resolução exceda o imposto por esta norma, o n.º 2 determina que a convenção é reduzida aos limites impostos pelo n.º 1. Dentro dos prazos acima referidos, este contrato pode ser resolvido pelo vendedor, a “qualquer momento”, não tendo para isso que se justificar perante o comprador. Com efeito, caso o vendedor não exerça o direito de resolução, o comprador pode alienar esse bem no mercado para se satisfazer. Se a venda a retro for celebrada com o intuito exclusivo de constituição da garantia seria um verdadeiro negócio fiduciário, contanto que não haja simulação, poder-se-á afirmar estarmos diante de um negócio próprio em que a compra e venda perde a sua autonomia, cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Em Tema de Negócio Fiduciário*, cit., p. 55 ss.. Na vigência do Código de Seabra, Beleza dos Santos, *A Simulação*, cit., I-II, p. 126, considerava que, sendo nula a venda a retro, nulo seria o negócio fiduciário celebrado por esse meio. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Portugues*, V, Coimbra Editora, Coimbra, 1932, p. 715-717, estendia a proibição de venda a retro [Durante a vigência do Código de Seabra, também foi debatida a questão referente aos efeitos produzidos pela inserção de cláusula de revenda nos negócios translativos. A jurisprudência tende a circunscrever os efeitos da declaração de nulidade à referida cláusula, cf. Ac. TRC, de 29 de Janeiro de 1926, in RLJ, 60, 1927, pp. 171 ss. Uma parte da doutrina considera que todo o negócio fica viciado, cf. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Portugues*, IV, Coimbra Editora, Coimbra, 1931, p. 367; Cunha Gonçalves, *Da Compra e Venda no Direito Comercial Portugues*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1924, p. 351; Beleza dos Santos, *A Simulação*, cit., I-II, p. 125 e José Dias Ferreira, *Código Civil Portuguez Anotado*, 2.<sup>a</sup> Ed., III, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1898, p. 187] a todos os negócios fiduciários. Em sentido contrário, Gonçalves Dias, *Da Letra e da Livrança*, cit., V, p. 715, advogava que se o negócio fiduciário não contemplasse a cláusula de venda a retro, nada justificava a aplicação do seu regime.

<sup>1456</sup> Os pactos fiduciários sucessórios e cessão em garantia, no âmbito dos negócios fiduciários, foram referidos por BELEZA DOS SANTOS como obstáculos à admissibilidade dos negócios fiduciários. O auto entendia que a cessão em garantia seria inadmissível por desrespeito da causa do contrato e os pactos fiduciários sucessórios por aplicação de plúrimas disposições legais, que invalidariam qualquer disposição fiduciária, nomeadamente a proibição de fideicomisso. Todavia, os negócios fiduciários do Direito das Sucessões constituem um grupo muito próprio, razão pela qual as conclusões apresentadas têm um campo restrito, não extensível a todos os negócios fiduciários, cf. A. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 793. BELEZA DOS SANTOS O reconhece que os negócios fiduciários do Direito das Sucessões constituem um grupo muito próprio, cit., p. 129-130.

compra e venda.<sup>1457</sup> DIAS MARQUES defendeu uma concepção mista, considerando que os negócios jurídicos servem de instrumentos de realização de funções sociais e não puramente sociais. CASTRO MENDES<sup>1458</sup> considera que os actos jurídicos são objectos de protecção jurídica apenas se o interesse prosseguido for atendível.

VII. *A Causa nos Códigos de Seabra e de 66.* Diferentemente dos Códigos Napoleónicos, no Código de Seabra, a causa não constitui um dos elementos centrais da formação dos negócios. Nos termos do seu artigo 643.º eram três requisitos da validade dos negócios jurídicos, capacidade; mútuo consentimento; objecto possível. Pelo menos, de modo expresse, a causa não era um dos elementos centrais da constituição dos negócios jurídicos. Todavia, a causa em sentido técnico – jurídico, era utilizada em alguns preceitos do Código de Seabra, nomeadamente nos artigos 657.º,<sup>1459</sup> 658.º, 659.º, 660.º 692.º e 1745.º, pelo que a doutrina entende que o preenchimento do conceito só poderá ser feito se se partir do conteúdo destes preceitos<sup>1460</sup>. No Código de Seabra, o conceito de causa assume importância no âmbito dos vícios de vontade, nomeadamente erro acerca da causa. Assim, durante a vigência do Código de Seabra, o problema da causa assume uma dimensão específica, o facto de não constar do leque de elementos essenciais dos negócios jurídicos, desviou a sua discussão para o regime dos vícios da vontade. A causa subjectiva de Seabra é apresentada como os motivos pessoais e individuais dos contraentes, enquanto a causa objectiva reconduzível ao conceito de natureza jurídica do contrato.<sup>1461</sup> No Código de 66, o conceito de causa enquanto elemento essencial do negócio jurídico, assume uma função ainda mais diminuta. O termo causa aparece em diversos artigos do Código de 66, nomeadamente artigos 151.º e 323.º/2 e 473.º CC. Na maioria das vezes, o termo causa é empregue sem qualquer significado técnico-jurídico,

---

<sup>1457</sup> Cf. Beleza dos Santos, *A Simulação*, cit., 120 ss.

<sup>1458</sup> Cf. Castro Mendes, *Teoria Geral*, II, Cit., p. 381.

<sup>1459</sup> Artigo 657.º: *O erro do consentimento pode recahir: Sobre a causa do contracto; O Sobre o objecto, ou as qualidades do objecto do contracto; Sobre a pessoa com quem se contracta, ou em consideração da qual se contracta.* Defendia GUILHERME MOREIRA que, para efeitos de aplicação do regime de erro, o conceito de causa abrangia apenas os erros sobre os motivos pessoais, considerando ainda que em relação aos erros sobre a causa objectiva, *id est*, sobre a natureza do contrato, deve-se aplicar a figura do erro sobre o objecto, cf. Guilherme Moreira, *Instituições*, I, cit., p. 214 ss. Esta posição foi defendida por FERRER CORREIA, *Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1939, p. 118, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral*, II, cit., p. 253 e JOSÉ TAVARES, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil. Pessoas, cousas, factos jurídicos*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1928, p. 491. Diferentemente, CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, IV, cit., p. 301 e DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Annotado*, 2.ª ed., II, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1898, p. 11-12, defendem que os erros sobre a causa incluem tanto os erros sobre os motivos pessoais, como os erros sobre a causa objectiva do contrato.

<sup>1460</sup> Cf. Vasco Ferreira Taborda, *Do Conceito de causa dos Actos Jurídico*, Lisboa, 1946, p. 163.

<sup>1461</sup> Cf. A. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 830 – 831.

sendo reconduzível, com certa facilidade, à definição proposta pelo Dicionário da Academia de Ciências de Lisboa – aquilo que determinou ou pode determinar a existência de algo ou de um acontecimento<sup>1462</sup>.

*VIII. Causa na alienação em garantia.* Concluída a análise da causa dos negócios fiduciários em geral, importa, agora, efetuar a análise da matéria da causa especificamente na alienação em garantia. Parece-nos que, actualmente, é pacífico<sup>1463</sup> a qualificação da alienação em garantia como negócio fiduciário, tendo em conta a posição do credor beneficiário da garantia, ou seja, a aproximação com a *fiducia cum creditore*. Nos ensinamentos da pandectista germânica, o negócio fiduciário é composto por dois negócios, consistindo um no negócio de transmissão plena do direito sobre o bem, com carácter *erga omnes*, e sendo o outro um negócio de natureza obrigacional, nos termos do qual nasce a obrigação de retransmitir o bem por parte do fiduciário no caso de cumprimento, considerando que estes dois negócios possuem causas independentes – *teoria de duplo efeito*.<sup>1464</sup>

Esta caracterização foi criticada por FERRARA<sup>1465</sup>, advogando que o negócio fiduciário constitui uma forma complexa que resulta da união de dois negócios de natureza e efeitos diferentes, sendo certo que um constitui um contrato real positivo – transmissão do direito – e um contrato obrigacional negativo – nos termos do qual o fiduciário obriga-se a retransmitir o bem por parte do fiduciário no caso de cumprimento, fazer certo uso do direito adquirido. Considera o autor que se verifica uma contradição entre o meio e o fim, um excesso de meios utilizados para a prossecução do fim visado pelas partes. No mesmo sentido, CARIOTA-FERRARA<sup>1466</sup> entende que a *fiducia cum creditore* daria azo a uma divergência entre a transmissão da propriedade e a causa que a fundamenta, contradição consigo mesmo, o que suscita dúvidas acerca da sua adequação

---

<sup>1462</sup> Cf. A. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 832. Deve-se sublinhar que, em termos gerais, o termo causa é empregue como causa-justificativa – sempre que aparece como o termo justa, artigos 170.º/3, 265.º/3 e 461.º/1 CC; causa-atribuição patrimonial – no âmbito do instituto de enriquecimento sem causa; e, por fim, causa obrigação – fonte da posição jurídica, não comportando em nenhum destes casos causa – contrato.

<sup>1463</sup> Cf. Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Teoria Geral*, III, cit., p. 308, Almeida Consta, *Alienação Fiduciária*, cit., p. 41, Januário Costa Gomes, *Assunção Fidejussória*, cit., p. 86, Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, cit., p. 244, Pestana de Vasconcelos, *Cessão de crédito em Garantia* cit., p. 44 e Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 72. No mesmo sentido, Decreto-Lei n.º 105/2004, que transpõe a Collateral Directive em Portugal, assim como o artigo 87.º AUG, cujo conteúdo é o seguinte: *A alienação fiduciária de uma quantia em dinheiro constitui a convenção pela qual o autor da garantia aliena fundos em garantia do cumprimento de uma obrigação*.

<sup>1464</sup> Cf. Die Picazo/António Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, II, 6.ª ed., Tecnos, S.A., Madrid, 1992, p. 46.

<sup>1465</sup> Cf. Francesco Ferrara, *Della Simulazione*, cit., p. 57.

<sup>1466</sup> Cf. Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduciari*, cit., p. 57-58.

num sistema jurídico causal. Assim, considera o autor que a causa do negócio seria diferente da *causa fiduciae* e o fim de garantia prosseguido pelas partes adoptaria o valor de mero motivo. Mais tarde, GRASSETTI rejeitou a caracterização do negócio fiduciário como desproporção entre o meio e o fim, avogando que o negócio fiduciário é um negócio causal, cuja *causa fiduciae* é legalmente atípica, motivo pelo qual preconizou a autonomia da causa fiduciária, no confronto entre a *causa credendi* e *causa solvendi*. Assim, com GRASSETTI inicia-se um novo entendimento, tendo em conta a unidade do negócio jurídico e baseado na causa de garantia, permite clarificar que a alienação em garantia não se trata de dois contratos, ou seja, que se trata de um negócio complexo, no qual a transmissão do direito é correspectiva de um conjunto de obrigações fiduciárias na esfera jurídica do adquirente/fiduciário. Todavia, a superação da teoria de duplo efeito não foi suficiente para convencer sobre a admissibilidade dos negócios fiduciários. Aliás, os opositores dos negócios fiduciários põem em causa a validade destes negócios, invocando basicamente os argumentos que se seguem: a) a insusceptibilidade de uma causa fiduciária – coloca-se em dúvida a suficiência do fim visado pelas partes para operar a transmissão do direito da propriedade num sistema baseado no princípio da causalidade, considerando que a alienação em garantia constitui um negócio em fraude à lei, com causa ilícita, na medida em que contraria as normas jurídicas imperativas<sup>1467</sup>; b) o segundo argumento apresentado é a incompatibilidade da alienação em garantia com o pacto comissório<sup>1468</sup>; c) considera-se que o negócio fiduciário constitui um negócio simulado, ou seja, a alienação em garantia seria um negócio dissimulado de garantia. Por exemplo, as partes celebram, aparentemente, um contrato de compra e venda, mas a verdadeira intenção teria sido a de garantir um crédito<sup>1469</sup>. Actualmente, entende-se que o fim da garantia não é incompatível com a transmissão funcionalizada ou temporária do direito da propriedade sobre uma coisa até porque o nosso sistema jurídico reconhece os negócios translativos com função de garantia. Entende-se também que a determinação da compatibilidade entre o interesse concretamente prosseguido pelas partes e os interesses tutelados pelo ordenamento jurídico é basicamente um problema de ilicitude e não uma questão de causa<sup>1470</sup>. Ainda se considera que, uma vez que a causa do negócio consiste no efeito

---

<sup>1467</sup> Cf. Andrea Maria Azzaro, *Vendita com Patto di Riscatto i Devieto del Patto Commissorio*, Giustizia Civile, II, 1, p. 101 ss.

<sup>1468</sup> Cf. Massimo Lascialfare, *Le Alienazione a scopo de Garanzia. Le Garanzia Rafforate del Credito*, AAVV (Vicenzo Cuffaro), Utet, Torino, 2000, p. 155 ss, p. 187 ss.

<sup>1469</sup> Cf. Castro y Bravo, *El Negocio, El Negocio Juridico*, Civitas, Madrid, 1985, p. 1985, p. 419 e Ángel Carrasco Perera, *Los Derechos de Garantía en la Ley Concursal*, Civitas, Madrid, 2004, p. 1062.

<sup>1470</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação*, cit. p. 82.

visado pelas partes, na alienação em garantia, a causa é a garantia<sup>1471</sup> de cumprimento da obrigação.

## 5. O princípio de *numerus clausus* e a constituição de direito real através da fidúcia

O princípio da tipicidade tem duas vertentes: (a) escolha do tipo; (b) modificação do tipo. A primeira vertente consiste na proibição da constituição de um direito real diverso dos que constam do catálogo legal. A segunda vertente significa que os particulares não podem compor o conteúdo do direito real a seu bel-prazer, não podem mudar o conteúdo injuntivo típico do direito real legalmente previsto.<sup>1472</sup> Por essa razão, um dos argumentos utilizados para fundamentar a inadmissibilidade dos negócios fiduciários é o princípio da tipicidade dos negócios reais *quoad effectum*. A este propósito, MANUEL DE ANDRADE<sup>1473</sup> recorria ao princípio do *numerus clausus*, em relação à transmissão dos direitos, advogando a existência de um conjunto fixo e estático de negócios translativos, excluindo, dessa forma, todos os negócios translativos atípicos, nomeadamente os que assentam numa *causa fiduciae*. Segundo o autor, as partes podem transferir os direitos reais só se adoptassem um dos negócios translativos tipificados na lei. O ilustre jurista seguia a doutrina tradicional que considerava ser aplicável à transmissão de direitos o mesmo princípio recorda aplicável à constituição dos direitos reais; ou seja, sustentava que a legalidade da transmissão encontra-se dependente da norma que a contemple<sup>1474</sup>. ORLANDO DE CARVALHO<sup>1475</sup> defendia a teoria da atipicidade dos negócios translativos. VAZ SERRA<sup>1476</sup>, sem tomar uma posição definitiva, tendia a admitir a admissibilidade dos negócios translativos atípicos. GALVÃO TELLES<sup>1477</sup> sufragava claramente a atipicidade dos negócios translativos. No seu estudo preparatório para o novo regime dos contratos civis, o Autor defendia a

---

<sup>1471</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação*, cit. p. 82.

<sup>1472</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 188 -189.

<sup>1473</sup> Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, cit., p. 177 ss.

<sup>1474</sup> Veja os fundamentos, quanto a esta questão, dos Professores MANUEL DE ANDRADE, BELEZA DOS SANTOS E VAZ SERRA no A. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 794-797.

<sup>1475</sup> Cf. Orlando de Carvalho, *Negócio Jurídico Indirecto. Teoria Geral*, in Escritos, Páginas do Direito, I, Almedina, Coimbra, 1968, p. 85 e Orlando de Carvalho, *Direito das Coisas. Do Direito das Coisas em Geral*, Foro do Texto, Coimbra, 1977, p. 251 ss.

<sup>1476</sup> Cf. Vaz Serra, *Cessão de Crédito ou de outros Direitos*, in BMJ, 1955, p. 171.

<sup>1477</sup> Cf. Galvão Telles, *Contratos Civis: Exposição de Motivos*, 9, RFDUL, 1953, p. 144 ss. e 172.



aplicação do regime do contrato de compra e venda a outros contratos onerosos de alienação ou oneração de bens. Considera-se que se admite a aplicação do regime de compra e venda a outros contratos de alienação é porque admite a transmissão de bens através de outros contratos atípicos<sup>1478</sup>. A posição de MANUEL E ANDRADE foi criticada por DIAS MARQUES<sup>1479</sup> E PESSOA JORGE<sup>1480</sup>. A. BARRETO CORDEIRO<sup>1481</sup> entende que a extensão do *numerus clausus* aos negócios translativos peca, devido a sua discordância com a letra da lei, *máxime*, do artigo 949.º do Código de Seabra. No CC vigente, prevalece o princípio da tipicidade dos direitos reais, ou seja, só são reais os direitos que a lei qualifica como tal (artigo 1306.º CC) e os direitos reais têm um conteúdo definido por lei. Este princípio vale para todas as modalidades de direitos reais e visa conferir a segurança jurídica. CC. O artigo 1306.º CC foi objecto de críticas por parte de OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>1482</sup>, entendendo que não foi suficientemente claro o conteúdo do disposto no artigo 1306.º CC. Para ANTUNES VARELA<sup>1483</sup>, a transmissibilidade dos direitos reais não interfere com o princípio do *numerus clausus*, uma vez que o conteúdo dos direitos reais previsto pelo legislador permanece rígido e não sofre qualquer alteração em razão da qualificação do facto que determina a sua transferência<sup>1484</sup>. O princípio do *numerus clausus*, não se aplica às formas ou modos por

---

<sup>1478</sup> Cf. A. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 798.

<sup>1479</sup> Cf. Dias Marques, *Direitos Reais. Parte Geral, Lições Feitas aos Cursos de 1958-1959 e 1959-1960, da Faculdade de Direito de Lisboa*, I, Lisboa, 1960, p. 23.

<sup>1480</sup> Cf. Pessoa Jorge, *Mandato sem Representação*, cit., p. 17.

<sup>1481</sup> Cf. A. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 798.

<sup>1482</sup> Cf. Oliveira Ascensão, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, cit., p. 167.

<sup>1483</sup> Cf. Antunes Varela, *Direito de Propriedade. Anteprojecto para o Futuro Código Civil*, in BMJ, 1963, pp. 225-284.

<sup>1484</sup> Para além da doutrina portuguesa - Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, cit., p. 278; António Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, cit., p. 456; e Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, cit., p. 112. A doutrina italiana também tem manifestado neste sentido - cf. Franco Anelli, *L'Alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milão, 1996, p. 307; Cesare Grassetti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità*, cit., p. 367; Pietro Perlingieri, *O Direito Civil na Legalidade Constitucional*, (trad. Maria Cristina de Cicco), Renovar, Rio de Janeiro, 2008, p. 380. U. Morello, *Tipicità e Numerus Clausus dei Diritti Reali*, in A. Gambaro - U. Morello, *Trattato dei diritti reali*, II, Milão, 2012, p. 69 ss.; P. Grossi, *I Beni: Itinerari tra "Moderno" e "Post-moderno"*, in RTDProc. Civ., 2012, p. 1059 ss.; M. Costanza, *Numerus Clausus dei Diritti Reali e Autonomia Contrattuale*, in Studi in onore di CESARE GRASSETTI, I, Milão, 1980, 421 ss.; G. Musolino, *Le Servitù Irregolari. L'autonomia Negoziale e la Questione della Tipicità dei Diritti Reali*, in Revista do Notariado, 2010, p. 1517 ss. e E. Bilotti, *Proprietà Temporanea, Usufrutto e Tipicità delle Situazioni di Appartenenza*, in Riv. Notariado, 2013, p. 1277 ss. Em França, também se admite a liberdade na matéria dos direitos reais, não apenas a nível de transmissibilidade, cf. L. D'Avout/B. Mallet-Bricout, *La Liberté de Création des Droits Réels Aujourd'hui*, Dalloz, Paris, 2013, p. 53; V. Mazeaud, *Droit Réel, Propriété et Créance dans la Jurisprudence du Conseil Constitutionnel*, in RTDCiv, 2014, p. 29 ss. F. Mezzanotte, *"Liberté Contractuelle" e "Droits Réels"* in RDCiv, 2013, p. 857; H. Périnet-Marquet, *Propositions de l'Association Henri Capitant pour une Réforme du Droit des Biens*, Dalloz, Paris, 2009, p. 115 ss. e J. L. Bergel, *Droits Réels de Jouissance et Valorisation des Biens: les propositions de réformé du droit des biens*, in Mélanges Mouralis, Aix-Marseille, 2011, p. 26. Na Jurisprudência, cf. Ac. da Cour de Cass., de 31 de Outubro de 2012, in Sem. Jur., Éd. Gén., 2012, p. 2352, com anotação de F. Testu, *L'autonomie de la volonté, source de droits réels principaux*. No Brasil, no

que os direitos reais podem ser transmitidos, de maneira que essa pode ser, em princípio, através de contratos atípicos. A autonomia negocial não pode criar direitos reais fora das situações legalmente previstas ou alterar seu conteúdo típico para além dos limites legais. Por outro lado, os particulares têm liberdade para estipular os aspectos que melhor se adaptarem aos seus interesses no que concerne à transmissão dos direitos reais. O princípio de *numerus clausus* não limita o meio de constituição de direitos<sup>1485</sup>.

## 6. Os negócios fiduciários tipificados e a admissibilidade dos atípicos

*I. Generalidades.* Cabe efectuar uma análise da manifestação da fiduciariiedade tipificada no Direito interno Guineense, em especial no Direito Civil. No nosso Direito Civil, há negócios jurídicos típicos em relação aos quais se pode identificar, tendo em conta os seus regimes, notas de fiduciariiedade, tanto na modalidade da *fiducia cum amico*, como *fiducia cum creditore*.

*II. Cessão de bens aos credores.* Um dos exemplos identificados pela doutrina<sup>1486</sup> como negócio fiduciário é a *cessão de bens aos credores*. Este contrato é regulado nos artigos 831.º e seguintes do CC. Na *cessão de bens aos credores*, o devedor cede os bens aos seus credores, ou alguns deles, ficando os cessionários com o encargo de liquidar os respectivos bens cedidos, repartindo entre si, o produto para a satisfação dos seus créditos, que ficam extintos pelo valor que o respectivo produto permitir – artigo 835.º CC. Entende CARVALHO FERNANDES<sup>1487</sup> que sendo o fim da cessão o pagamento da dívida, atribuem-se aos cessionários os poderes que vão além desse fim, a função de garantia.

---

âmbito de estudo dos negócios fiduciários tem-se admitido a mesma interpretação, cf. Gustavo Tepedino, *Direitos Reais e Autonomia da Vontade: o princípio da tipicidade dos direitos reais*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 153-154; Gustavo Tepedino, *Autonomia Privada e Obrigações Reais*, in *Temas de Direito Civil*, II, Renovar, Rio de Janeiro, 2005, p. 287; Pablo Rentería, *Penhor e autonomia privada*, Atlas, São Paulo, 2016, p. 17 ss.; Milena Donato Oliva, *Do Negócio fiduciário à Fidúcia*, Atlas, São Paulo, 2014, p. 19-25 e Milena Donato Oliva, *Transmissão da Propriedade por meio de Contratos Atípicos*, in *Revista Forense*, vol. 418 (julho/Dezembro), 2013, p. 464.

<sup>1485</sup> Todavia, deve-se realçar que há excepções a livre transmissibilidade no regime, não da propriedade, mas de outros direitos reais, nomeadamente usufruto e de direitos de uso e habitação e, parcialmente no direito de retenção, cf. os artigos 1443.º CC, 1488.º CC e 760.º CC, respectivamente.

<sup>1486</sup> Cf. Galvão Telles, *Manual*, 4.ª ed., cit., p. 194, não em termos definitivos, mas referiu-o como um dos contratos com traços de fidúcia. Já com uma posição mais definida, cf. Carvalho Fernandes, *A Admissibilidade*, cit., p. 236-237. Tanto o mandato como qualquer outro negócio fiduciário, a preocupação central da doutrina, excepto a admissibilidade, tem sido a tutela real e obrigacional do alienante e o confronto deste co os terceiros, cf. Raffaele Tommasini, *Osservazioni Introduttive. A margine della ricerca interuniversitaria su «Mandato Fiducia e Trust – Esperienze a confronto»*, in *Giornate di Studio di Messina*, 6-7 Dezembro de 2001, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 145 ss., p. 150

<sup>1487</sup> Cf. Carvalho Fernandes, *A Admissibilidade*, cit., p. 239-240.

Ainda referiu o autor que se verifica a confiança do cedente de que os cessionários vão prosseguir o fim visado, com a particularidade de tutela implícita na tipificação legal do negócio. Nós vamos ainda mais longe, a *Cessão de bens aos credores* tem sido qualificado como mandato sem representação<sup>1488</sup>. Todavia, pode ser uma mera autorização.<sup>1489</sup> Com efeito, ao contrário do que sucede na situação paradigmática, o mandatário/cessionário não dispõe de plena liberdade para dispor daquele acervo patrimonial que, todavia, lhe pertence.

Ou seja, o mandatário/cessionário está vinculado a prosseguir um fim específico<sup>1490</sup> pré-determinado no quadro do programa contratual e que se projecta no interesse também do alienante, esta obrigação do mandatário/cessionário caracteriza estes negócios como negócios fiduciários – a posição dos fiduciários: mandatário/cessionário. No mandato sem representação, embora as obrigações que caracterizam a posição do fiduciário/mandatário poderão não ser tão fortes como aquelas que derivam do *pactum fiduciae*, o elemento fiduciário assume um significado forte.<sup>1491</sup> De facto, no mandato para adquirir, o mandatário obriga-se a celebrar um negócio com terceiro no sentido de adquirir um determinado direito de que se torna titular. Por efeito do contrato de mandato, o mandatário tem a obrigação de transmitir o direito adquirido ao mandante<sup>1492</sup>. Assim, a posição em que o mandatário se encontra depois de aquisição do direito na execução do mandato, reveste as características que a doutrina tem considerado de uma titularidade fiduciária. Esta característica resulta da articulação do contrato de mandato com a execução das obrigações daí decorrentes – celebração de um negócio jurídico com terceiro, nos termos do qual o mandatário fica investido na titularidade fiduciária<sup>1493</sup>. O percurso necessário ao cumprimento integral do contrato de mandato passa pela criação

---

<sup>1488</sup> Cf. Pessoa Jorge, *O Mandato Sem Representação*, cit., p. 158 ss. e Menezes Leitão, *A Cessão de Bens aos Credores*, AAFDL, Lisboa, 1987, p. 63-64.

<sup>1489</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 205 ss.

<sup>1490</sup> Cf. Januário da Costa Gomes, *Em tema de revogação do mandato*, cit., p. 131; Pereira das Neves, *A Cessão de Créditos em Garantia. Entre a Realização das Situações Obrigacionais e a Relativização das Situações Reais*, FDUNL, 2005, p. 525; André Figueiredo, *O Negócio Fiduciário*, cit., p. 221 e Edoardo Andreoli, *Il Trust nella Prassi Bancaria e Finanziaria*, Cedam, Padova, 1998, p. 150-151.

<sup>1491</sup> Cf. Angelo Falzea, *Representanza e Fiducia*, in *Giornate di Studio di Messina*, 6-7 Dezembro de 2001, pp. 157 ss., Giuffrè, Milão, 2003, p. 166.

<sup>1492</sup> Cf. Galvão Telles, *Mandato sem representação*, cit., p. 10, Michele Graziadei, *Mandato*, RDCiv, II, 1985, pp. 463 ss. p. 470, Angelo Luminoso, *Mandato, Commissione, Spedizione*, in TDCivCom, XXXII, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 205 ss., p. 265. cf. também Acórdão do STJ, de 29 de Junho de 1993, CJ-STJ, 1993, III, p. 12 e seguintes.

<sup>1493</sup> Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, p. 823 e M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 254.

de uma titularidade fiduciária – instrumental e funcionalizada<sup>1494</sup> – do mandatário, um negócio fiduciário indirecto<sup>1495</sup>.

*III. Mandato para alienar.* No mandato para alienar, o mandatário adquire previamente a titularidade do direito em causa a partir do mandante mas com a obrigação de a retransmitir a terceiro – alienação/relação<sup>1496</sup> fiduciária entre mandante e mandatário.<sup>1497</sup> O que significa que o negócio translativo celebrado a favor do mandatário tem carácter fiduciário: subentende-se que este último não pode reter o bem para si, não o pode deixar em sucessão aos seus herdeiros ou legatários, nem o pode retransferir a terceiro fora das condições previamente acordadas com o mandante e, por anteriormente ter assumido a obrigação perante o mandante, deve transferi-lo depois para outra pessoa, no sentido de cumprir<sup>1498</sup> integralmente o contrato de mandato.<sup>1499</sup> Em relação ao mandato para alienar, é discutida a sua estrutura, existindo, no essencial, três teses em confronto. A primeira tese considera que a transmissão do direito ao terceiro na execução do mandato implica que o mandatário adquira<sup>1500</sup> primeiramente o direito, para depois o poder transmitir ao terceiro pelo que é necessária a celebração de um negócio jurídico instrumental com efeito transmissivo entre mandante e mandatário, quando não fosse o o contrato de mandato a produzir esse efeito. Quanto à segunda tese, defendem PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA<sup>1501</sup> e JANUÁRIO DA COSTA GOMES<sup>1502</sup> que o direito

---

<sup>1494</sup> Cf. Januário da Costa Gomes, *Em tema de revogação do mandato*, cit., p. 130; Ubaldo La Porta, *L'Atto di Destinazione di Beni allo scopo Trascrivibile ai sensi dell'art 2645 – ter*, in Rev. Not., 2008, p. 1069 ss., p. 1100 e Roberto Calvo, *La Proprietà del Mandatario*, CEDAM, Pádoa, 1996, p. 170.

<sup>1495</sup> Sobre a titularidade indirecta, cf., André Figueiredo, *O Negócio Fiduciário Perante Terceiros – Com aplicação especial na gestão de valores mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 439 e seguintes.

<sup>1496</sup> Cf. Maria Costanza, *I Mandati e le Clausole Vessatore*, in *Giornate di Studio di Messina*, 6-7 Dezembro de 2001, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 219 ss., p. 219.

<sup>1497</sup> Cf. Massimo Galletti, *Mandato e Regolamentazione di Interessi Post Mortem*, in *Giornate di Studio di Messina*, 6-7 Dezembro de 2001, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 193 ss., p. 208-209.

<sup>1498</sup> As partes podem, nos termos da autonomia privada limitar eventuais responsabilidades do mandatário. Todavia, esta limitação não pode ser abusiva, cf. Fabrizio di Marzio, *Attuazione del Mandato e Limitazione Abusiva di Responsabilità*, in *Giornate di Studio di Messina*, 6-7 Dezembro de 2001, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 225 ss., p. 230. Sobre os mecanismos de protecção aplicáveis também ao mandato, cf. Massimo Cerniglia, *Le Clausole Vessatorie: Meccanismi di Protezione tra Tutela Individuale e Tutela Collettiva*, in *Giornate di Studio di Messina*, 6-7 Dezembro de 2001, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 275 ss., p. 291 ss.

<sup>1499</sup> Cf. João-Baptista Jordano, *Mandato para Alienar*, in RDES, n.º 6, 1951, pp. 195 ss., p. 196 ss.

<sup>1500</sup> Cf. J. Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, AAFDL, Lisboa, 1979, p. 167, L. Carvalho Fernandes, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, Quid Juris, Lisboa, 1993, p. 753, I. Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª ed., Coimbra Editora Coimbra, 2002, p. 194, Cerare Grassette, *Del negozio fiduciário e della sua ammissibilità nel nostro nel nostro ordinamento giuridico*, RDCom., I, 1936, pp. 345 ss., p. 377., António Sequeira Ribeiro, *A Cerca da Forma no Contrato de Mandato*, RFDUL, 1997, pp. 371 ss., p. 393, Juan Baptista Jordano, *Mandato para Alienar*, RDES, 1950, ano 6, pp. 195 ss., p. 211.

<sup>1501</sup> Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Volume II, cit., p. 227.

<sup>1502</sup> Cf. Januário da Costa Gomes, *Em tema de revogação do mandato*, cit., p. 123. Cf. ainda Fernando Pessoa Jorge, *O Mandato sem Representação*, Ática Limitada, Lisboa 1961, p. 324 ss., Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi Fiduziari*, Cedam, Padova, 1947, p. 68, Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do STJ de 19 de Março de 1976*, in RLJ, ano 110.º, p. 68, Maria Helena Brito, *O Contrato de Concessão Comercial*, p. 110,

se transfere directamente da esfera jurídica do mandante para terceiro, por acto do mandatário, sem passar pela esfera jurídica deste. Há, ainda, uma terceira tese, com posições compromissórias. Esta tese considera que ocorre a transmissão do direito ao terceiro através da esfera jurídica do mandatário, no momento da transmissão do mesmo ao terceiro e não antes, ou seja, a eficácia transmissiva depende do contrato de mandato e da sua execução por parte do mandatário<sup>1503</sup>. Sobre esta questão, o nosso Código Civil não adoptou uma posição clara, mas PESTANA DE VASCONCELOS<sup>1504</sup> considera que no mandato para alienar, mesmo quando as partes optem por pela transmissão directa do direito do mandante para terceiro, há sempre uma posição fiduciária em relação à contrapartida, quando se trate de um negócio oneroso celebrado com terceiro.

*IV. Mandato para administração.* No mandato para administrar, o mandatário obriga-se a administrar em nome próprio, mas por conta do mandante, os bens objecto do mandato e o essencial da actividade de gestão consistir na prática de actos jurídicos. Pode o mandatário praticar actos materiais, nem por isso deixará de ser mandato desde que tais actos assumam carácter acessório<sup>1505</sup>. Se for um mandato com representação, será necessário determinar se os direitos sobre os bens a gerir se encontram no património do mandante ou se forem transferidos para a esfera jurídica do mandatário com esse fim.<sup>1506</sup> No mandato com representação, se os bens a gerir forem transferidos para a esfera jurídica do mandatário, tal implica a criação de uma titularidade fiduciária, podendo a transmissão derivar do mandato ou de um outro negócio autónomo.<sup>1507</sup>

*V. Agente de garantias.* No mandato para administração e cobrança, o mandante transmite um crédito vencido ao mandatário para que este proceda à administração e cobrança do mesmo, em regra, a administração é acessória. Em regra, o mandatário é ma instituição de crédito que se obriga a administrar o crédito e proceder à sua cobrança, mediante uma determinada comissão. A entidade financeira poderá adiantar uma parte

---

Almedina, Coimbra, 1990 e Paolo Montalenti, *Il Contratto de Commissioni*, in *Trattato di Diritto Commerciali e di Diritto Pubblico dell'economia*, XVI, *Contratti Commerciali*, Cedam, Padova, 1991, p. 641.

<sup>1503</sup> Cf. Luigi Carraro, *Il Mandato ad Alienare*, Cedam, Padova, 1949, p. 91.

<sup>1504</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 261.

<sup>1505</sup> Cf. Januário da Costa Gomes, *Em tema de revogação do mandato*, cit., p. 17.

<sup>1506</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 263. Os bens que o mandatário vai adquirindo no desenvolvimento das suas actividades no âmbito do mandato devem ser transferidos para o mandante, nos termos do artigo 1181.º CC, como os que forem adquiridos com a alienação destes devem ser, cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Mandato Bancário*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, II, (*Direito Bancário*), organizados pelos Professores Doutores António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes Almedina, Coimbra, 2002, p. 154.

<sup>1507</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 263

nominal do crédito cedido.<sup>1508</sup> Se a finalidade visada pelo titular de crédito fosse apenas a administração e posterior cobrança, bastaria a celebração com a entidade financeira de um contrato de mandato com representação. A confiança que a instituição de crédito suscita ao mandante levará que este adopte um mecanismo contratual conducente à investidura da instituição financeira numa posição fiduciária. Trata-se de um mandato sem representação que as partes moldam, recorrendo a uma estrutura fiduciária.<sup>1509</sup>

No AUG, o agente de garantias aparece como um profissional de gestão de garantias de terceiros. Nos termos do artigo 5.º AUG, esta profissão só pode ser exercida por instituições financeiras ou de crédito. O agente de garantias é um mandatário, nos termos do qual pode constituir, registar, gerir ou executar de uma ou várias garantias do crédito de mandante. Quando a constituição ou execução de uma garantia implicar a transferência de propriedade a favor do agente de garantias, nos termos do artigo 9.º, os bens transferidos constituem um património separado do agente de garantias. Ainda nos termos do artigo 9.º, sob reserva de eventual exercício de sequela sobre estes bens, esse património separado só pode ser objecto de execução pelos titulares de créditos derivados de despesas de conservação e gestão desses bens ou no caso de um processo colectivo contra o agente de garantias. Na alienação em garantia, a própria constituição da garantia implica a transferência da propriedade, a propriedade pode ser transferida a favor de agente de garantia, assim como na execução de garantia, nomeadamente adjudicação o bem se transfere para a esfera jurídica do agente de garantias. Parece que nestes casos, o agente de garantia acaba por ser investido numa titularidade fiduciária<sup>1510</sup>.

VI. *A substituição fideicomissária ou fideicomisso.* O fideicomisso é uma figura regulamentada de forma extensa e cuidada no CC. Nos termos artigo 962.º/1 CC, são admitidas substituições fideicomissárias nas doações. O n.º 2 do mesmo artigo dispõe que a estas substituições são aplicáveis, com as necessárias correcções, os artigos 2286.º e

---

<sup>1508</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *Dos Contratos de Cessão Financeira (factoring)*, in BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 69-71.

<sup>1509</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 272.

<sup>1510</sup> *Endosso fiduciário*, artigo 19.º L. U sobre Letras e Livranças: endosso fiduciário é um caso especial do negócio fiduciário para cobrança. Neste caso, o fiduciante endossa o título de crédito ao fiduciário, o fiduciante/endossante não tem como propósito último transmitir o direito, mas simplesmente o permitir uma cobrança do crédito titulado, pelo que o fiduciário/endossado obriga-se a transmitir as quantias as quantias cobradas para o endossante, cumprindo assim o desígnio final do negócio cf. Fernando Olavo, *Desconto Bancário: Introdução, descrição, estrutura e natureza jurídica*, MCMLV, Lisboa, 1995, p. 170 - 171. Ainda em Portugal, tal como o endosso fiduciário, há outro caso típico qualificado do negócio fiduciário – *cessão do rendimento disponível*. Nos termos do artigo 239.º/2 CIRE, durante cinco anos após o encerramento do processo de insolvência, o rendimento disponível auferido pelo devedor considera-se cedido a um fiduciário escolhido pelo tribunal.

seguintes e, este dispõe o seguinte: *a disposição pela qual o testador impõe ao herdeiro instituído o encargo de conservar a herança, para que ela reverta, por sua morte, a favor de outrem; o herdeiro gravado com o encargo chama-se fiduciário, e fideicomissário o beneficiário da substituição.* O fideicomisso envolve, tanto nos negócios *inter vivos*, como *mortis causa*, a disposição de bens em benefício de uma pessoa, o fiduciário, para ela os conservar, a fim de reverterem, por sua morte para outrem – o beneficiário/fideicomissário. Nos termos dos artigos 2290.º e 2291.º CC, o fideicomissário adquire um direito sobre os bens que lhe é deixado e, se for uma coisa, é um direito real de gozo. O exercício deste direito é limitado em função do fim para que é deixado, a conservação dos bens no interesse do terceiro<sup>1511</sup>, apesar dessa limitação ter origem legal, aqui verifica-se a posição do fiduciário.

*VII. Admissibilidade dos negócios fiduciários atípicos.* Nos termos da autonomia privada, podem ser celebrados negócios diferentes dos previstos na lei. Este é um reconhecimento da sua admissibilidade de acordo com o Direito guineense e não necessariamente a sua validade. Ou seja, nas palavras de CARVALHO FERNANDES, “(...) com esta reserva não temos em mente a possibilidade de o negócio fiduciário, como qualquer, se mostrar viciado, mas de ele, pelo seu conteúdo e estrutura, coenvolver fraude à lei ou simulação.”<sup>1512</sup>.

*VIII. A admissibilidade dos negócios fiduciários em geral.* No nosso sistema, tanto a doutrina como a jurisprudência<sup>1513</sup> tem evoluído no sentido de admissibilidade<sup>1514</sup> dos

---

<sup>1511</sup> Cf. Carvalho Fernandes, *A Admissibilidade*, cit., p. 239.

<sup>1512</sup> Cf. Carvalho Fernandes, *A Admissibilidade*, cit., p. 248.

<sup>1513</sup> Consta do sumário de Ac. STJ, de 28 de Março de 2006, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): *No caso vertente, sendo o fim do contrato (a sua causa) a constituição de uma garantia de cumprimento de uma obrigação, não resulta daí que o fim seja contrário à lei, à ordem pública ou ofensivo dos bons costumes, impondo-se concluir pela validade do negócio.* Cf. Sobre a evolução jurisprudência de admissibilidade dos negócios fiduciários, cf. Ac. STJ, de 4 de Maio de 1956, BMJ, 56, 1956, p. 344; Ac. STJ, de 2 de Dezembro de 1958, BMJ, 82, 1959, p. 141; Ac. STJ, de 5 de Novembro de 1963, BMJ, 131, 1963, p. 361; Ac. STJ, de 7 de Março de 1967, BMJ, 165, 1967, p. 311-367; Ac. STJ, de 11 de Maio de 1996, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), cujo sumário dispõe que, em princípio, os negócios fiduciários são admissíveis; Ac. STJ, de 4 de Novembro de 2002, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. STJ, de 17 de Novembro de 2002, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. STJ, de 8 de Julho de 2003, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. STJ, de 22 de Abril de 2004, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. STJ, de 28 de Março de 2006, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. STJ, de 11 de Maio de 2006, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e Ac. STJ, de 23 de Fevereiro de 2012, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Alguns destes acórdãos foram comentados in Barreto Cordeiro, *De Trust*, cit., p. 803-807. Cf. ainda Ac. RP, de 5 de Fevereiro de 2013, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. STJ, de 2 de Maio de 2013, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. STJ, de 25 de Junho de 2013, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. STJ, de 7 de Março de 2017, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. STJ, de 28 de Junho de 2017, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e Ac. STJ, de 24 de Abril de 2018, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>1514</sup> Cf. Ac. STJ, de 28-01-1997, processo n.º 87557, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. STJ, de 04-03-1997, in CJSTJ v (1997), i, p. 121-125; Ac. STJ, de 11-05-2006, processo n.º 06b1501, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. STJ, de 12-11-2009, processo n.º 1842/04.3tvprt.s1, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. STJ, de 11-02-2015, processo n.º 174/12.8tblgs.e1.s1, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. STJ, de 21-01-2016, processo n.º 9065/12.1tclrs.11.s1, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. STJ, de 24 de Abril de 2018, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. da RP de 11 de Abril de 2002, P. 0230148 (João Vaz); Ac. STJ de 17 de Dezembro de 2002, P. 02A3267 (Pinto Monteiro); Ac. RE de 15 de

negócios fiduciários. JOÃO-BAPTISTA JORDANO<sup>1515</sup>, já vinha defendendo a validade dos negócios translativos atípicos e fiduciários, num estudo relativo ao mandato para alienar. Mais tarde, GALVAO TELLES<sup>1516</sup>, em 1962, admitiu, de uma forma generalizada, a validade da *fiducia cum amico*. O autor defendeu a inadmissibilidade da *fiducia cum creditore* por considerar que viola a proibição do pacto comissório. Todavia, advogava que, uma vez que a lei admite, a figura do mandato sem representação, também admite a alienação fiduciária como pressuposto de execução fiduciária, porque considera o ilustre Professor que a relação entre o mandante e o mandatário constitui uma relação fiduciária. a partir dos anos 70, toda a doutrina passou a admitir os negócios fiduciários – *fiducia cum amico* - com fundamento essencialmente na positivação do mandato sem representação e do princípio de atipicidade dos negócios translativos.

Em relação à *fiducia cum creditore*, ainda se encontram algumas reservas. MENEZES CORDEIRO<sup>1517</sup> entende que a lei portuguesa não admite, de forma geral, a alienação fiduciária em garantia, porque permite defraudar a proibição dos pactos comissórios. Segundo o autor, a alienação fiduciária em garantia não pode ter natureza real, pois viola o disposto no artigo 1306.º/1 CC e deixa o devedor fiduciante desamparado, dado tratar-se de uma garantia muito violenta para o devedor, devido à privação da titularidade da coisa objecto de garantia e à exposição aos riscos que possam atingir a coisa, o credor e o seu património. JANUÁRIO COSTA GOMES<sup>1518</sup> mostra-se favorável à admissão dos negócios fiduciários, mas, em relação à alienação fiduciária em garantia, o autor levanta reservas fundadas na proibição do pacto comissório, admitindo a figura apenas se forem estabelecidos os mecanismos tendentes à congruidade entre o valor do bem e o valor do crédito e, de uma forma genérica, quando sejam adoptadas as cautelas exigidas para o pacto marciano. Actualmente, a admissibilidade dos negócios fiduciários no nosso sistema interno deve ser arguida em concreto, aquilatando da eventual violação de algum princípio ou norma jurídica<sup>1519</sup>. De qualquer modo, a doutrina mostra-se favorável à admissibilidade dos negócios fiduciários, podendo ilustrar com

---

Dezembro de 2009, P. 283/2002.E1 (Fernando Bento); Ac. STJ de 16 de Março de 2011, P. 279/2002.E1.S1 (Lopes do Rego); Ac. RP de 5.02.2013, P. 4867/06.0TBVLG.P1 (Márcia Portela); Ac. STJ de 7 de Março de 2017, P. 3585/14.0TBMAI.P1.

S1 (Roque Nogueira); Ac. RE de 28 de Junho de 2017, P. 687/16.2T8PTG.E1 (Tomé de Carvalho), todos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>1515</sup> Cf. João-Baptista Jordano, *Mandato para Alienar*, cit., p. 228 ss.

<sup>1516</sup> Cf. Galvão Telles, *Dos Contratos*, cit., p. 171-173.

<sup>1517</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado, X – Direito das Obrigações. Garantias*, cit., p. 855.

<sup>1518</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória*, cit., p. 99.

<sup>1519</sup> Cf. A. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 802.



CARVALHO FERNANDES<sup>1520</sup>, ALMEIDA COSTA<sup>1521</sup>, FERREIRADE ALMEIDA, LEITE CAMPOS e VAZ TOMÉ<sup>1522</sup>, MARGARIDA COSTA ANDRADE<sup>1523</sup>, ANDRADE DE MATOS<sup>1524</sup> e JOÃO LABAREDA<sup>1525</sup>, PESTANA DE VASCONCELOS<sup>1526</sup>, CATARINA PIRES<sup>1527</sup>, BARRETO MENEZES CORDEIRO<sup>1528</sup>.

## **7. O conteúdo parcial da relação fiduciária, em especial, as obrigações do fiduciário**

*I. Fundamento do tratamento separado da posição do fiduciário.* Com este ponto procura-se determinar o conteúdo da relação contratual desencadeada por um negócio fiduciário. No entanto, importa realçar que esta análise será parcial porquanto efectuada dentro de uma relação contratual complexa, centrando-se principalmente sobre a obrigação do fiduciário. No fundo, pretende-se determinar as obrigações caracterizadoras da posição do fiduciário. Com efeito, torna-se necessário distinguir a fidúcia para administração e a fidúcia para garantia, pois, conforme ficou demonstrado, a fidúcia para garantia tem como o fim acautelar a posição jurídica do credor e na fidúcia para administração o fiduciário administra em benefício do fiduciante ou de terceiro. Dito de outro modo, os fins contratuais são diferentes, o que marca indubitavelmente o conteúdo da relação, em especial, as obrigações do fiduciário. Na realidade, em regra, na fidúcia para administração, o fiduciário recebe uma retribuição em contrapartida do seu serviço, sendo em regra onerosa e estabelecendo-se um nexó sinalagmático entre a obrigação do fiduciário em administrar e a obrigação do fiduciante em pagar a retribuição. Todavia, verificado um determinado facto, o fiduciário deve retransmitir o bem ao fiduciante<sup>1529</sup>, o que constitui também uma obrigação principal. Os dois grandes deveres – principal e

---

<sup>1520</sup> Cf. Carvalho Fernandes, *A Admissibilidade*, cit., p. 247.

<sup>1521</sup> Cf. Mário Júlio de Almeida Costa, *Alienação Fiduciária em Garantia e Aquisição de Casa Própria. Notas de Direito Comparado*, in RDJ, n.º 1, 1980, pp. 41 ss.

<sup>1522</sup> Cf. Leite Campos/Vaz Tomé, *A Propriedade Fiduciária*, cit., p. 243.

<sup>1523</sup> Cf. Margarida e Costa Andrade, *A Propriedade Fiduciária*, cit., p. 81.

<sup>1524</sup> Cf. Andrade de Matos, *O Pacto Comissório*, cit., p. 177.

<sup>1525</sup> Cf. João Labareda, *Contrato de Garantia Financeira e Insolvência das Partes Contraentes*, in Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Carvalho Fernandes, II, UCP, Lisboa, 2011, p. 127.

<sup>1526</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Créditos em Garantia*, cit., p. 291.

<sup>1527</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia* cit., p. 71 ss.

<sup>1528</sup> Cf. A. Barreto Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 783 ss.

<sup>1529</sup> Cf. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, V, Coimbra Editora, Coimbra, 1932, p. 715.

acessórios - que limitam a actuação do fiduciário, na fidúcia para administração são o dever de lealdade e os deveres de cuidado. Ora, na fidúcia para garantia, a obrigação do fiduciário consiste essencialmente no exercício ou não exercício do direito transmitido.

Na fidúcia para garantia, o fiduciário terá de retransmitir o direito ao fiduciante na eventualidade da obrigação garantida ser cumprida e, só pode alienar o direito em caso de incumprimento da obrigação garantida. Com efeito, antes do incumprimento, o fiduciário está obrigado a não alienar o direito que lhe foi transmitido. Assim, justifica-se um tratamento separado de cada uma das relações fiduciárias – fidúcia para administração e fidúcia para garantia<sup>1530</sup>:

Na alienação fiduciária em garantia, em regra, o fiduciário concede crédito ao fiduciante com a condição deste transmitir, para a sua esfera jurídica, um direito. Contudo, não deixa de ser importante realçar que este condicionamento não se deve a um interesse especial sobre os bens transmitidos, às especiais capacidades de administração ou a uma vontade em ajudar o fiduciante. Ou seja, a transmissão do bem visa especialmente garantir a posição do fiduciário – garantia do crédito/cumprimento. No mercado financeiro, por exemplo, quando um banco concede o crédito e exige como garantia a alienação de um bem para a sua esfera jurídica, não o exige por interesse nesse bem, mas para reduzir o risco que corre e pressiona o cliente a cumprir com as suas obrigações, em especial, a restituição do capital e juros, razão pela qual, em regra, o bem não chega a sair materialmente da posse do fiduciante porque a transmissão legal é suficiente para os fins que as partes pretendem atingir<sup>1531</sup>. Diferentemente das garantias “tradicionais” na alienação fiduciária em garantia, o credor é titular de direito objecto de garantia, por isso, questiona-se se lhe é exigido algum tipo de actuação.<sup>1532</sup> Com efeito, questiona-se se, na alienação fiduciária em garantia, são atribuídos ao fiduciário os deveres de lealdade e de cuidado. Com a celebração do contrato, o interesse do fiduciário, na alienação em garantia, reside na redução do risco de incumprimento, mas não se pode ir ao extremo de considerar que a sua posição se resume à transmissão do bem, na medida em que lhe é exigido o comportamento consentâneo com o princípio da boa fé. Esta imposição não deriva da característica específica do negócio fiduciário, mas sim de uma norma importante no nosso sistema: artigo 762.º/2 CC, que dispõe que: *No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder*

---

<sup>1530</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 132-133.

<sup>1531</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 956.

<sup>1532</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 158.

de boa fé. Mas BARRETO MENEZES CORDEIRO<sup>1533</sup> considera que este dever não assume especial relevância na alienação fiduciária em garantia, na medida em que o seu impacto terá sempre uma natureza circunscrita e acessória. Diferentemente da alienação fiduciária em garantia, na fidúcia para administração, os deveres impostos pelo artigo 762.º/2 CC assumem especial relevância, na medida em que esta relação surge fundada no pressuposto de que o fiduciário irá sempre actuar no interesse e em benefício de outrem, considerando que o que une as duas modalidades da fidúcia é inferior ao que as separa.

## *II. Obrigações específicas do fiduciário na alienação em garantia.*

Diferentemente da fidúcia para administração, na alienação fiduciária em garantia, o fiduciário não tem, pelo menos, como obrigação principal, um dever de administrar, apesar de o bem se encontrar na esfera jurídica do fiduciário. Ou seja, na alienação fiduciária em garantia, a transferência do direito desempenha a função de garantia de cumprimento de uma outra obrigação garantida por titularidade de um direito, que pode ser de crédito ou de propriedade. Consequentemente, se a obrigação garantida pela titularidade do direito não for cumprida, o fiduciário adquirente poderá liquidar o bem transmitido em garantia no sentido de satisfazer o seu crédito. Em regra, só no caso de incumprimento da obrigação garantida é que o fiduciário pode alienar o bem fiduciário – este aspecto é fundamental para modelar o conteúdo da relação fiduciária para garantia. Uma das principais obrigações do fiduciário é a restituição<sup>1534</sup> do objecto da garantia depois do cumprimento e, consequentemente, a não alienação do mesmo durante a pendência da garantia. Com efeito, como vimos, ao fiduciário/credor é exigido um comportamento consentâneo com o princípio da boa fé, uma imposição que não deriva da característica específica do negócio fiduciário para garantia, mas sim do artigo 762.º/2 CC, que impede o fiduciário de usar os bens alienados em garantia em benefício próprio, devendo restituir, em regra, a quando da retransmissão do bem todas as vantagens<sup>1535</sup>, que obteve em virtude da sua titularidade, na medida em que a sua titularidade é temporária e por ser instrumental do direito, conforme decorre, nomeadamente, do artigo 90.º AUG que dispõe que se os fundos transferidos em garantia gerar juros, estes são creditados na conta de garantia – conta bloqueada - salvo acordo em contrário.

---

<sup>1533</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 957.

<sup>1534</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *A Fidúcia Romana e a Alienação Fiduciária no Direito Actual*, in *Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, cit., p. 210.

<sup>1535</sup> Cf. José A. Engrácia Antunes, *A Supervisão Consolidada dos Grupos Financeiros*, Universidade Católica, Porto, 2000, p. 41.

Tal como na fidúcia para administração, na alienação fiduciária em garantia, também recai sobre o fiduciário um dever de protecção do bem alienado em garantia, um dever mais intenso se adquirir também a titularidade material da coisa, um dever de particular cuidado e deve efectuar um esforço para evitar a diminuição do valor patrimonial do bem objecto de garantia. Este dever compreenderá actos de administração ordinária<sup>1536</sup> – efectuar a conservação dos bens, só se estendendo a promover a sua frutificação normal quando tal seja estritamente necessário para evitar a sua diminuição patrimonial.<sup>1537</sup>

Esta situação não deve ser confundida com a fidúcia para administração onde o próprio fim do contrato é a administração, que constitui a principal obrigação do fiduciário, na alienação fiduciária em garantia, a administração é uma actividade instrumental à conservação do valor patrimonial do objecto de garantia, não só no interesse do fiduciante, mas também no próprio interesse do fiduciário, na medida em que o bem representa o valor da garantia, o âmbito da segurança do seu crédito. Por exemplo, se o objecto de alienação, na fidúcia para administração, for um crédito pecuniário, o fiduciário tem o dever de realizar esforços para que o crédito seja cobrado na data do seu vencimento, intentando, se for necessário, a acção declarativa e executiva. Ora, se for uma cessão de créditos em garantia, a actividade do fiduciário é mais limitada, deve praticar apenas os actos necessários para manter o valor patrimonial que o cedido representa, nomeadamente recorrer aos meios de conservação de garantia patrimonial<sup>1538</sup>, evitar a prescrição e colaborar no pagamento realizado pelo devedor, sendo estes actos manifestações do dever de protecção enquanto na fidúcia para administração serão

---

<sup>1536</sup> Sobre o conceito jurisprudencial de administração ordinária, cf. Ac. STJ, de 23 de Setembro de 2004, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Proc. n.º 04B2292, Ac. Do TRG, de 22 de Fevereiro de 2007, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Proc. n.º 181/07-1, cujo sumário dispõe: *São actos de administração extraordinária, os que visam a realização de benfeitorias ou melhoramentos nas coisas ou a frutificação anormal (excepcional) dos bens*, Ac. RP de 22 de Fevereiro de 1980, in CJ, n.º 58, de 1980, p. 56: *actos de disposição são aqueles com que se diminui o património ou se altera anormalmente a composição deste*, Ac. STJ, de 25 de Maio de 2009, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Proc. n.º 08B2707 e Ac. STJ, de 19 de Junho 2008, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Proc. n.º 08B871. Na doutrina, cf. Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, 1974, p. 57 ss.

<sup>1537</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 154-155.

<sup>1538</sup> Sobre meios de conservação de garantia patrimonial, cf. Romeu Martins Ribeiro Filho, *Impugnação Pauliana como Meio de Conservação de Garantia Patrimonial. Garantias das Obrigações* (Coord. Jorge Ferreira Sinde Monteiro), Livraria Almedina, Coimbra, 2007, Rui Correia de Sousa, *Impugnação Pauliana – Colectânea de Sumários de Jurisprudência*, Edição Qui iuris, Lisboa, 2002, Armando Lopes de Lemos Triunfante, *dos Meios Conservatórios da Garantia Patrimonial do Credor. Declaração de nulidade. Sub-rogação do credor ao devedor. Impugnação Pauliana. Arresto (Breve estudo na Lei na Doutrina e na Jurisprudência)*, Porto Editora, Porto, 1996, João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em Geral*, vol. II, 7.ª Ed. (reimp.) Livraria Almedina, Coimbra, 2009, Mário Júlio de Almeida Costa, - Anotação ao acórdão do S.T.J. de 23 de Janeiro de 1992, in RLJ, Ano 127, pp. 274-278, Rita Barbosa da Cruz, *O arresto*, O Direito, Ano 132.º I-II (Janeiro – Junho), Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, *Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*, 3.ª Ed., Universidade Católica, Lisboa, 2001.

deveres principais<sup>1539</sup> Na prática, uma vez que, na alienação fiduciária em garantia, o fiduciário não tem interesse na administração do bem, mas apenas na titularidade, por acordo das partes, a administração do bem é atribuída ao próprio fiduciante.

Em termos económicos, por forma a assegurar a permanência da coisa objecto de garantia no circuito económico e a dispensar os custos associados à custódia da coisa a cargo do credor, faz todo o sentido que o próprio fiduciante utilize o bem no âmbito da sua actividade que, por sua vez, gera rendimentos, possibilitando o cumprimento da obrigação garantida,<sup>1540</sup> Coloca-se a questão de saber se o fiduciário, durante a pendência da garantia, poderá alienar o bem e a sua substituição por outro - para evitar a sua desvalorização<sup>1541</sup>, nomeadamente a perda de valor na bolsa. A doutrina entende que não o pode fazer sem o consentimento do fiduciante, sob pena de incumprir contrato de alienação em garantia. Conhecendo o risco, o fiduciante, tendo em conta o dever de informação decorrente de boa fé, deve comunicar ao fiduciante e pedir a autorização para alienar o bem objecto de garantia e, se não for possível comunicar ao fiduciante, poderá recorrer a tal solução, o que coloca outra questão jurídica de determinar em que âmbito actua o fiduciário, ou seja se é na qualidade de gestor<sup>1542</sup> do fiduciante ou ainda no âmbito de contrato de alienação em garantia.<sup>1543</sup> Em síntese, considera-se que, sempre que as partes não tenham previsto esta situação no contrato, deve-se considerar que estamos perante uma lacuna, pelo que o negócio deve ser integrado mediante recurso à vontade hipotética das partes, eventualmente corrigida pela boa fé, nos termos do artigo 239.º CC.<sup>1544</sup> O contrato de alienação em garantia constitui um acto de autonomia privada através do qual as partes autorregulam nos seus interesses.

---

<sup>1539</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 156-157.

<sup>1540</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação*, cit., p. 13.

<sup>1541</sup> Cf. Almeida Costa, *Penhor, Ilícite na venda da Coisa Empenhada, Venda Antecipada*, in CJ, II, 1985, p. 25-27.

<sup>1542</sup> Sobre esta questão em especial, cf. Julio Manuel Vieira Gomes, *A Gestão de Negócios. Um Instituto Jurídico numa Incruzilhada*, in BFDUC, XXXIX (sep.), Coimbra, 1993, p. 77 ss. Sobre gestão de negócios em geral, na literatura lusófona, cf. Menezes Leitão, *A Responsabilidade do Gestor perante o Dono do Negócio no Direito Civil Português*, Almedina, Coimbra, 2005.

<sup>1543</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 159.

<sup>1544</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 160.

Portanto, carece de interpretação<sup>1545</sup>, o que constitui uma questão de facto<sup>1546</sup>, baseada num facto concreto<sup>1547</sup> e sempre num contexto amplo do sistema<sup>1548</sup>, pelo que não devem ser ignoradas as especificidades de cada contrato. Deve entender-se que a actuação do fiduciário ainda se enquadra dentro do negócio de alienação em garantia, não sendo por isso, necessário o recurso à gestão de negócios. Se a garantia diminuir por facto não imputável ao fiduciante, não poderá ser aplicado o disposto no artigo 780.º CC, por aplicação analógica<sup>1549</sup> do artigo 701.º CC. Por fim, mesmo que a obrigação garantida não seja cumprida, o fiduciário continua a ter a obrigação de vender a coisa pelo melhor preço e se houver remanescente, depois de satisfazer o seu crédito, deve entregá-lo ao fiduciante, obrigação que nos parece dispensável se o objecto da garantia for uma quantia pecuniária. Também o fiduciário deve segregar os bens no seu património, separando os bens objecto de garantia dos seus restantes bens, na mesma lógica do mandato, por forma a proteger os bens fiduciários<sup>1550</sup>

*III. As dimensões dos negócios fiduciários.* A *dimensão interna* é sinónimo da relação estabelecida entre as partes, em que o fiduciário é o sujeito activo e o fiduciante o sujeito passivo<sup>1551</sup>. Na fidúcia para administração, a prossecução dos interesses do beneficiário deve centrar-se nas obrigações que moldam o conteúdo da posição jurídica do fiduciário – o dever de lealdade e de cuidado.<sup>1552</sup> Na alienação fiduciária em garantia, a *dimensão externa* refere-se essencialmente às protecções concedidas ao fiduciante perante terceiros, essencialmente a autonomização dos bens constituídos em fidúcia, protecção concedida aquando da apreensão dos bens fiduciários ou no caso de insolvência<sup>1553</sup>, o que muitos autores incluem no capítulo do risco fiduciário<sup>1554</sup>.

---

<sup>1545</sup> Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral de Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2010, 6.ª edição, p. 545 e Pedro Pais Vasconcelos, *UNIDROIT – Interpretação do contrato (comparação entre as regras UNIDROIT e as regras do Código Civil Português)*, in Revista Themis, 1, 2 (2000), p. 237.

<sup>1546</sup> Cf. Ac. STJ de 10 de Abril de 1986, in BMJ, n.º 356, p. 365, Ac. STJ de 13 de Novembro de 1986, in BMJ, n.º 361, p. 496, Ac. STJ de 4 de Dezembro de 1986, in BMJ, n.º 362, p. 526, Ac. STJ de 2 de Fevereiro de 1988, in BMJ, n.º 374, p. 436 e Ac. STJ de 23 de Janeiro de 1996, in BMJ, n.º 453, p. 475.

<sup>1547</sup> Cf. Pietro Perlingieri, *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in Rivista di Diritto Civile, LVI, n.º 3, 2010, pp. 317-342, p. 319.

<sup>1548</sup> Cf. Nicolò Lipari, *Il Ruolo del Giudice nella Crisi delle Fonti del Diritto*, in Rivista di Diritto Civile, I, 2009, p. 480 ss.

<sup>1549</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 162.

<sup>1550</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 164.

<sup>1551</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 962.

<sup>1552</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 981.

<sup>1553</sup> Cf. André Figueiredo, *O Negócio Fiduciário Perante Terceiro*, cit. p. 141.

<sup>1554</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit. p. 191.

## 8. Os riscos associados à dimensão interna dos negócios fiduciários

I. *Generalidades.* O enquadramento das questões associadas ao risco fiduciário<sup>1555</sup> implica definir em geral as soluções das mesmas, de acordo com os princípios do nosso ordenamento jurídico, com especial atenção ao regime dos negócios típicos a que alguns negócios fiduciários possam ser reconduzidos, com especial incidência no mandato, no caso da fidúcia para administração. Resta, no nosso caso, determinar em que medida as regras dos contratos legalmente típicos poderão ser, por via de analogia, aos negócios fiduciários atípicos e legalmente típicos, nomeadamente os previstos no AUG.<sup>1556</sup>

II. *Delimitação negativa.* A questão do risco<sup>1557</sup> do perecimento ou deterioração da coisa nos contratos que importa a transferência de domínio ou constituição de direito real sobre certa coisa é especialmente<sup>1558</sup> regulado pelo CC vigente, nomeadamente artigo 796.º. O risco que pretendemos analisar neste ponto diz respeito ao risco relacionado com a própria alienação do bem para a esfera do fiduciário. Com base na experiência prática da vida, qualificamos certas situações como mais ou menos perigosas e certos comportamentos como mais ou menos prudentes<sup>1559</sup>, o que leva a doutrina a associar o negócio fiduciário ao risco, pois a alienação fiduciária em garantia é um negócio em que se verifica uma incerteza quanto à afectação final do bem objecto do contrato. É certo que todos os negócios envolvem riscos<sup>1560</sup>, mas os negócios fiduciários representam um risco acrescido. A alienação fiduciária em garantia constitui um negócio translativo, ou seja, é uma fidúcia dinâmica. O direto é transferido para a esfera jurídica do credor/fiduciário,

---

<sup>1555</sup> No Direito Romano, com a verificação da condição ou o termo do prazo, o bem não retornava automaticamente à esfera jurídica do fiduciante, ou seja, estaria sempre dependente da outra *mancipatio*, cf. Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 291 e C. M. Bianca, *Forme tipiche di vendita e violazione del divieto del patto commissorio nell'alienazione in garanzia ad effetto traslativo immediato*, in *Foro pad.*, 1961, I, c., p. 49. Na doutrina, não há unanimidade em relação à protecção conferida ao fiduciante no período das *legis actiones*, existindo três teses que são da tutela penal, tutela civil e tutela meramente moral, para mais desenvolvimento, cf. Vieira Cura, *Fiducia Cum Creditore*, cit., p. 351 e Eduardo Volterra, *Instituciones del Derecho Privado Romano*, III, Civitas, 1986, p. 111.

<sup>1556</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 166.

<sup>1557</sup> A palavra risco é empregada em diversos contextos, por exemplo, o risco ambiental, o risco de epidemia, o risco de morte, o risco biológico, o risco de acidente, o risco financeiro etc. No mundo financeiro, risco é o potencial que o investimento tem de não proporcionar o resultado previsto. Pode também significar a perda de grande parte ou de todo o investimento inicial. No mundo empresarial, risco financeiro refere-se ao endividamento da empresa, ou seja, sua probabilidade de não honrar as obrigações financeiras no tempo e prazos acordados.

<sup>1558</sup> Cf. Ana Afonso, *Cláusula de Condição e Risco Contratual (No Código Civil de 1966)*, in *Código Civil – Edição Comemorativa do Cinquentenário* (Coord. Elsa Sequeira/Fernando Sá), UNIVERSIDADE CATÓLICA, Lisboa, 2017, p. 454.

<sup>1559</sup> Cf. Pietro Trimarchi, *La Responsabilità Civile: Atti Illeciti, Rischio, Dano*, Giuffrè, Milão, 2017, p. 73.

<sup>1560</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *A Fiança no Quadro das Garantias Pessoais. Aspectos de Regime*, in *FDUL Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007 (separata, pp. 79-119), p. 95.

que é um titular limitado por deveres obrigacionais derivados do negócio fiduciário. Deve-se realçar que o negócio donde deriva a obrigação garantida é também um negócio que envolve os riscos, nomeadamente o de incumprimento, sendo risco típico de todo e qualquer contrato é este risco que o credor pretende minimizar com a garantia, através da alienação em garantia que, também não é este o risco que pretendemos analisar.

*III. Delimitação positiva.* O risco que o credor pretende minimizar através da alienação em garantia representa um risco para o devedor alienante. É este risco que pretendemos analisar neste ponto – os riscos derivados da alienação fiduciária em garantia. Os riscos fiduciários, na alienação em garantia, podem ser agrupados em seguintes conjuntos:

- a) Recusa da retransmissão do bem alienado após o cumprimento da obrigação garantida;
- b) Violação do dever de não alienação na pendência da garantia;

Na alienação em garantia, o fiduciário está vinculado a um dever de lealdade na execução do contrato, razão pela qual não deve frustrar as expectativas nele depositadas pelo fiduciante, dever que limita a actuação do credor/fiduciário e que, por sua vez, reduz a incerteza quanto à afectação final do bem transmitido em garantia.<sup>1561</sup>

---

<sup>1561</sup> Os riscos acima apontados não esgotam os riscos associados aos negócios fiduciários, pois a penhora e a insolvência, sobretudo do fiduciário também constituem riscos fiduciários, mas serão tratados no capítulo dedicado à alienação em garantia e é um aspecto que tem merecida a atenção da doutrina. A protecção do credor perante a execução da garantia no âmbito da OHADA constitui preocupação da doutrina africana, em concreto - cf. nomeadamente: Birika Jean Claude Bonzi, *La Saisie Immobilière. Acte du Séminaire de Formation Continue des Juges des Cours et Tribunaux*, Ouagadougou, 2001, p. 48; Marc Donnier, *Les Voies d'Exécution et Procédures de Distribution*, Litec, 5<sup>o</sup> ed., 1999; Guy. A. Kouassigan, *Droits des Biens, Encyclopédie Juridique de l'Afrique*, V, NEA, Abidjan, 1982, p. 493; Jean Vincent, *Les voies d'exécution et procédures de distribution*, 13.<sup>a</sup> Ed., Dalloz 1978; Kéba M'baye, *Organisation Judiciaire, Procédures et voies d'Exécution*, Encyclopédie juridique de l'Afrique; Christian Laporte, *La Nouvelle Saisie Immobilière: première approche du décret du 27 juillet 2006*, *Revue Juris-Classeur: les procédures* n.º 11, Novembro, 2006, p. 4; Souley Hamadou, *L'Opportunité des Prises des Garanties Hypothécaires, Rapport de stage de DESS Droit des Affaires*, UFR/SJP, ano 2003/2004, p. 53; Djibril Abarchi, *L'introduction du « tolme » ou « djinguina » dans le nouveau code de commerce nigérien : une tentative de valorisation d'une sûreté aux suites incertaines*, in *Revue nigérienne de droit*, p. 55, in : <http://www.ohada.com/doctrine>, OHADATA D-03-11); Kouliga Nikiema, *Droit des Biens et Droit Foncier*, Collection Précis de Droit Burkinabè, Outubro, 2008, p. 339; Birika Jean Claude Bonzi, *Théorie et Pratique des Saisies*, I, *Les procédures simplifiées de recouvrement des créances et les saisies mobilières*, Collection Précis de Droit Burkinabè, Julho, 2008; Serge Guinchard, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz 2007/2008, p. 1908; Boris Martor/Sébastien Thouvenot, *Le Droit Uniforme Africain des Affaires Issu de l'OHADA*, Litec 2006, p. 344; Serge Guinchard, *Droit et Pratique des Voies d'Exécution*, Dalloz 2004, p. 1593; J. Lbergel/Marc Andre, *Droit Immobilier*, LAMY, 2003; N'Diaw Diouf/Anne Marie Assi-Eso, *Recouvrement des Créances et Voies d'Exécution*, Collection Droit Uniforme Africain, Bruylant, 2002, p. 254; François Anoukaha/Aminata Cisse, *Sûretés*, Collection Droit Uniforme Africain, Bruylant 2002, p. 279; Joseph Issa-Sayegh/Jacqueline Obie Lohoues, *Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique*, Collection Droit Uniforme Africain, Bruylant 2002, p. 245, N'Diaw Diouf, *La Saisie Immobilière*, Communication dans le Cadre du Séminaire de Formation des Magistrats de l'ERSUMA, p. 21, in <http://www.ohada.com/doctrine>, OHADATA D-05-13; Cheikh Tidiane Lam, *Regard sur Quelques Jugements Rendus à l'Audience*



IV. *Violação do dever fiduciário – enquadramento.* Na fidúcia translativa, não é fácil determinar o destino final do bem alienado<sup>1562</sup>. Com efeito, o fiduciário está vinculado a um dever agravado de correcção na execução contratual, fazendo uso de padrões elevados de diligência e de lealdade de forma a não defraudar as expectativas<sup>1563</sup> do fiduciante, ou seja, na relação interna da fidúcia. A limitação da liberdade de actuação do fiduciário é fundamentada na incerteza referente à afectação final do bem alienado em garantia. Na alienação em garantia, o fiduciário obriga-se, por força do contrato, a exercer os seus direitos dentro de certas condições. Por conseguinte, se o fiduciário exercer o seu direito fora das condições fixadas no contrato, está a violar as suas obrigações contratuais e, uma das consequências é responder civilmente<sup>1564</sup> perante o fiduciante. Os deveres do fiduciário podem ser de *facere*, de *non facere*, ou de *de pati*, consoante consista, respectivamente, na realização de uma acção ou na omissão por parte do de mesmo, ou ainda na tolerância, pelo fiduciário, da intromissão de fiduciante na sua esfera jurídica, nomeadamente que aquele use o bem que lhe pertence. Na alienação em garantia, durante a pendência da garantia, parece-nos que devem ser realçados os dois deveres do credor/fiduciário – dever de conservação da integridade do bem alienado em garantia e o dever de retransmissão do bem uma vez cumprida a obrigação garantida. Na alienação em garantia consistem na alienação do bem transmitido em garantia na pendência da garantia e a recusa da retransmissão depois do cumprimento da obrigação garantida. Parece que a matéria da alienação indevida do bem na pendência da garantia deve ser tratada consoante exista ou uma condição<sup>1565</sup> no negócio da garantia.<sup>1566</sup>

---

*Éventuelle*, in OHADATA D-05-13 e J. M Lesguiller, *La Saisie Immobilière, une Procédure qui Marche Bien* : JCPG, 1978, I, p. 2901 - da OHADA.

<sup>1562</sup> Cf. A. Raynouard, *Le Dénouement de la Propriété Temporaire*, in RTDCiv, 2008, p. 324 e C. Champaud/D. Danet, *Fiducie. Origines et Vicissitudes de la Résurrection Législative d'une Très Ancienne Institution mise hors la Loi depuis 181 Ans. Nature et Portée de la Fiducie en tant que Technique Juridique de Substitution Fidéicommissaire*, RTDCom., 2007, p. 729.

<sup>1563</sup> Cf. Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança*, cit., p. 511 e Catarina Pires, *Alienação*, cit., p. 194.

<sup>1564</sup> Sobre a possibilidade da conduta do fiduciário preencher o tipo penal de infidelidade, cf. Américo Taipa de Carvalho, *Infidelidade*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, II, (Coord. JORGE FIGUEIREDO DIAS) Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 361 ss. E, sobre burla, cf. António M. Almeida Costa, *Burla*, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial*, II, (Coord. JORGE FIGUEIREDO DIAS) Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 285. Quanto à responsabilidade civil, deve-se realçar que dela emerge a obrigação de indemnizar pelos danos, nos termos do artigo 562.º do CC. À partida, a lei determina que a obrigação de indemnizar consiste na reconstituição natural, mas, quando esta não seja possível ou quando seja excessivamente onerosa para o devedor vale a reconstituição por equivalente pecuniário – cf. art. 566º. Ou seja, quando seja possível reconstituir exactamente a situação existente antes da infracção, deve ser esse o conteúdo da obrigação de indemnizar. Quando tal não seja, porém, viável, o conteúdo desta obrigação será meramente pecuniário, ou seja, por equivalente.

<sup>1565</sup> Na prática, é comum estabelecer a condição resolutiva que determina a recuperação do bem em caso do cumprimento da obrigação garantida, cf. Menezes Leitão, *Garantia das Obrigações*, cit., p. 264.

<sup>1566</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação*, cit., p. 195.

V. *A alienação indevida do direito*. Se, de acordo da estipulação acessória da declaração de vontade das partes, nos termos dos artigos 236.º e 237.º CC, não for possível extrair a existência da condição resolutiva<sup>1567</sup> na alienação em garantia, tendo em conta o artigo 406.º, n.º 2 CC, o alienante/fiduciante não poderá fazer valer *erga omnes* a sua posição jurídica<sup>1568</sup>. Com efeito, ressalvando as regras do registo<sup>1569</sup>,<sup>1570</sup> o terceiro adquire o bem alienado em garantia, pois, como titular de direito, o fiduciário pode alienar o bem a terceiro. Mas, por força do contrato, o mesmo fiduciário obriga-se a não aliená-lo, ou aliená-lo dentro das condições estabelecidas no contrato, por isso, se alienar o em fora das condições estabelecidas no contrato estará a violar as suas obrigações contratuais. Neste caso, mesmo não podendo fazer valer *erga omnes* a sua posição jurídica, poderá responsabilizar civilmente o fiduciário, na medida em que a alienação do bem na pendência da garantia constitui a violação de uma das principais obrigações do fiduciário no âmbito de alienação fiduciária em garantia, dando azo à responsabilidade civil contratual. À partida, a lei determina que a obrigação de indemnizar consiste na reconstituição natural mas, no caso da alienação indevida do bem dado em garantia durante a pendência da garantia, a reconstituição natural será difícil quando se trate, sobretudo, de bens imóveis ou poderá ser excessivamente onerosa para o fiduciário, pelo que a reconstituição por equivalente pecuniário será a via preferencial, nos termos do artigo 566.º.

VI. *Outras violações do dever fiduciário para além da alienação indevida*. A violação do dever fiduciário é, em regra, identificada coma transmissão do bem adquirido em garantia por parte do fiduciário<sup>1571</sup>, em contravenção comas suas obrigações contratuais. A a alienação de bem transmitido na pendência da garantia apesar de ser o caso mais relevante, não esgota o conjunto das situações que constituem a violação dos deveres fiduciários. Para além da alienação indevida do bem na pendência da garantia, há casos em que o fiduciário não cumpre com as suas obrigações contratuais, causando, com

---

<sup>1567</sup> A jurisprudência e doutrina alemã tem entendido que essa condição não se pode considerar implícita na alienação fiduciária em garantia, ou seja, tem que ser expressamente estipulada. Cf. Menezes Leitão, *Garantias das Obrigações*, cit., p. 264, n. 652.

<sup>1568</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação*, cit., p. 197.

<sup>1569</sup> Nos termos do artigo 84.º, n.º AUG, no momento da sua conclusão, o contrato de cessão de crédito em garantia, produz efeitos imediatos entre as partes, independentemente da data da celebração, do termo ou o da exigibilidade do crédito e se torna oponível a terceiros a partir de sua inscrição no Registo do Comércio e do Crédito Mobiliário, independentemente da lei aplicável ao crédito e da lei do país de residência do devedor.

<sup>1570</sup> Dispõe este artigo: *Se o mesmo crédito for cedido a várias pessoas, prevalece a cessão que primeiro for notificada ao devedor ou que por este tiver sido aceita.*

<sup>1571</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação*, cit., p. 191.

este comportamento, a desvalorização do valor patrimonial do bem transmitido em garantia e há casos que o direito transmitido em garantia se extingue sem que haja propriamente a sua alienação a terceiro.

*VII. Oneração do direito ou sua extinção sem que se verifique a transmissão a terceiro.* Como titular do direito, o fiduciário pode onerar o bem transmitido em garantia, nomeadamente, empenhar o bem e mais tarde retransmiti-lo onerado ao fiduciante.<sup>1572</sup> A existência de ónus trata-se de vícios de direito, que incidem sobre o direito transmitido, os quais devem exceder os limites normais inerentes aos direitos da mesma categoria. Consubstanciam-se em ónus ou limitações do direito transmitido, quer seja a existência duma servidão de passagem, um contrato de locação, privilégios creditórios, uma hipoteca, um usufruto, um penhor, um contrato de arrendamento, ou seja, a existência de direitos reais de gozo, direitos reais de garantia sobre a coisa alienada. Assim, excedendo estes ónus os limites normais inerentes aos direitos da mesma categoria, torna-se manifesta a falta de interesse por parte do fiduciante, na medida em que, mesmo cumprindo a sua obrigação, em princípio, será-lhe restituído um direito limitado. Verificados esses ónus, os mesmos constituem vícios de direito afectando assim a situação jurídica do direito. Ou seja, o fiduciário deve retransmitir o bem ao fiduciante sem ónus<sup>1573</sup>, excepto aos que existiam no momento da alienação em garantia. Se o bem for onerado na pendência da garantia, o fiduciante corre o risco de perdê-lo se o mesmo for penhorado numa acção executiva contra o ex-credor/fiduciário. Esta perda tem a sua origem no incumprimento por parte do fiduciário das suas obrigações durante a vigência do contrato de alienação em garantia.

Por outro lado, o direito alienado em garantia pode extinguir-se sem que se verifique a sua transmissão a terceiro. Pode extinguir-se por acção do fiduciário,. Suponha

---

<sup>1572</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 180.

<sup>1573</sup> Parece-nos que neste caso, deve-se aplicar analogicamente o regime de venda de bens onerados ou de coisas defeituosas, conforme se trate. Sobre estes regimes, cf. nomeadamente, António Pinto Monteiro/Agostinho Cardoso Guedes, *Venda de Animal Defeituoso*, in *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XIX, III, 1994; Antunes Varela, *Cumprimento Imperfeito do Contrato de Compra e Venda, A excepção do contrato não cumprido*, in *CJ*, IV, 1987; Armando Braga, *A Venda de Coisas Defeituosas no Código Civil. A Venda de Bens de Consumo*, Vida Económica, 2005; Dário Moura Vicente, *Desconformidade e garantias na venda de bens de consumo: a Diretiva 1999/44/CE e a Convenção de Viena de 1980*, in *Themis*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano II, nº 4, 2001; João Calvão da Silva, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas. Conformidade e Segurança*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2008; José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil e Direito do Consumidor*, EDC nº 8, Centro de Direito do Consumo, 2006/2007; Luís da Cunha Gonçalves, *Da Compra e Venda em Direito Comercial Português*, 2ª Ed., Coimbra, 1924 e Miguel Teixeira de Sousa, *O Cumprimento Defeituoso e a Venda de Coisas Defeituosas*, (org. ANTUNES VARELA, DIOGO FREITAS DO AMARAL, JORGE MIRANDA, GOMES CANOTILHO), *Ab Uno ad Omnes*, 75 Anos da Coimbra Editora 1920 -1995, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

que o fiduciário/cessionário recorra a este direito como contra crédito para operar a compensação com um crédito do devedor cedido sobre si<sup>1574</sup>. Se o bem alienado em garantia for uma participação social, o adquirente/fiduciário poderá valer-se da posição societária em benefício próprio, retirando daí vantagens à custa do fiduciante, de tal forma que retransmite depois uma participação social debilitada pela sua acção e representa um valor patrimonial diminuído, embora seja formalmente a mesma que o fiduciante lhe transferiu<sup>1575</sup>. Todas estas situações traduzem-se no incumprimento dos deveres fiduciários.

*VIII. O terceiro adquirente e o problema da relatividade das obrigações.* O direito do fiduciante, excepto as particularidades do registo, tem natureza meramente obrigacional, não podendo ser oposto a um terceiro que por contrato com o fiduciário adquira o direito. Dai se coloca o problema da eficácia externa das obrigações para determinar se o fiduciante poderá responsabilizar o terceiro adquirente. Segundo a teoria da eficácia externa das obrigações, o credor poderia investir os seus direitos contra o terceiro que negociou com o devedor, impossibilitando-o ou convencendo-o a não cumprir a obrigação inicialmente assumida com o credor. A questão que se coloca quando se fala em relatividade da obrigação é a de aferir se o credor cujo direito de crédito não foi satisfeito, para além de poder reagir contra o devedor (através da responsabilidade obrigacional), pode também exigir responsabilidades ao terceiro que, de alguma forma, colaborou, instigou ou de qualquer outra forma impediu o devedor de cumprir. Portanto, a discussão sobre a relatividade situa-se ao nível da segunda perspectiva acima referida, isto é, ao nível da eficácia da relação obrigacional. Este problema é objecto de larga controvérsia, tanto na doutrina como na jurisprudência, na medida em que a relação jurídica obrigacional, em regra, produz, no entendimento da maioria dos autores, apenas efeitos *inter partes*. Isto, contrariamente aos direitos reais, que produzem efeitos *erga omnes*, daí que todos os não titulares do direito se devam abster de quaisquer actos que prejudiquem o titular. Ora, admitindo que a obrigação só produz efeitos *inter partes*, só o devedor fica vinculado ao seu cumprimento, o que inviabiliza a responsabilização do terceiro.

O terceiro não pode violar a obrigação alheia. É este o entendimento da tese

---

<sup>1574</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 180.

<sup>1575</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 181.

clássica, ao qual se opõem alguns sectores da doutrina<sup>1576</sup> e da jurisprudência<sup>1577</sup>, que procuram demonstrar que por vezes se impõe a responsabilização do terceiro, por uma questão de justiça. Importa realçar que a maioria da doutrina lusófona não aceita a eficácia externa das obrigações<sup>1578</sup>, o que parece colocar o fiduciante em vulnerabilidade no caso da transmissão do bem a terceiro na pendência da garantia. Todavia, na alienação fiduciária em garantia, é possível, em determinados casos, responsabilizar o terceiro, mesmo sem recorrer à eficácia externa das obrigações<sup>1579</sup>.

---

<sup>1576</sup> Antunes Varela argumenta-se com o princípio *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*, que implica que “a prestação estipulada é *res inter alios*”, ou seja, que apenas produz efeitos entre as partes – credor e devedor. Assim sendo, os terceiros não ficam vinculados pelos direitos de crédito, de maneira que nenhuma responsabilidade lhes pode ser assacada quando contribuem para o incumprimento de uma obrigação, cf. João de Matos Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, I, cit., p. 72. Cf., também, Vaz Serra, *Abuso do Direito (em matéria de responsabilidade civil)*, in BMJ, n.º 85, p. 316, Vaz Serra, *Responsabilidade de Terceiros no não Cumprimento de Obrigações*, in BMJ, n.º 85, p. 347. Para a generalidade da doutrina que sustenta a tese da relatividade das obrigações o disposto no artigo 406.º, n.º 2 é essencial e constitui o seu principal argumento. Daqui decorre que o contrato, que é fonte de obrigações, apenas vincula as próprias partes, não podendo ser oposta a terceiros. O único problema é que o art. 406.º n.º 2 se refere à eficácia do contrato, e não propriamente à eficácia do direito de crédito ou das obrigações. Com efeito, conforme salienta Rita Amaral Cabral, uma coisa é a eficácia do contrato, e coisa diferente é a eficácia da obrigação, sendo certo que o actual Código Civil, ao contrário do anterior, diferencia claramente a obrigação das suas fontes, cf. Rita Amaral Cabral, *A eficácia externa da obrigação e o n.º 2 do artigo 406.º do Código Civil*, Livraria Crua, Braga, pp. 36 e seguintes. Também questionando a legitimidade da tese da relatividade, Menezes Cordeiro afirma que, desde logo, *há direitos sem relação*, pois admitem-se situações jurídicas absolutas (caso dos direitos reais). Por outro lado, *há direitos reais que são relativos e não absolutos* – é o caso da servidão de vistas - artigo 1362.º do CC. Acresce ainda que *há direitos obrigacionais que são potestativos*, em que o devedor se encontra numa simples situação jurídica de sujeição; ora, segundo este Professor, “o direito potestativo é, por definição, um direito absoluto”, porque falta-lhe o binómio direito/dever, próprio das situações jurídicas relativas; Por exemplo, o direito de resolução do contrato, ou de interpelar o devedor para cumprir, artigo 805.º n.º 1. Conclui o autor que a relatividade não pode ser considerada uma característica estrutural das obrigações, porque não se estende a todas as situações jurídicas obrigacionais, cf. António Menezes Cordeiro, *Direito das obrigações*, I, cit., p. 255. Cf. também Menezes Cordeiro, *Eficácia externa dos créditos e abuso do direito*, in O Direito, Ano 141.º, I, 2009, p. 71, sobre a relação entre a eficácia externa das obrigações e o abuso de direito. No Anteproyecto do Código de 66, Vaz Serra propôs a introdução de um preceito que consagrasse definitivamente a mera eficácia interna das obrigações, no artigo 734.º. Porém, este artigo não veio a ser consagrado no projecto final do CC, facto que para os defensores da tese da eficácia externa constitui argumento a seu favor. Manuel de Andrade, Almeida Costa e Menezes Leitão, consideram que ao terceiro que contribui para a violação de um direito de crédito pode ser aplicado o artigo 334.º do CC. O ponto de partida desta tese é o de que o devedor tem a liberdade de se vincular a obrigações, mas tem igualmente a liberdade de as incumprir, preferindo arcar com as consequências do incumprimento, razão pela qual nada obsta a que o devedor se vincule a várias obrigações incompatíveis entre si, sendo que tais obrigações são válidas e o devedor pode escolher cumprir qualquer uma delas, independentemente da data da sua constituição temporal. Ao contrário do que sucede nos direitos reais, em que prevalece o direito primeiramente constituído, nas obrigações não há uma regra de prioridade temporal de constituição da obrigação, cf. Luís Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, volume I, cit., p. 100 e Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., p. 83.

<sup>1577</sup> Cf., nomeadamente *Ac. STJ de 16 de Junho de 1964 e Ac. STJ de 17 de Junho de 1969*. Sobre os comentários referidos a estes acórdãos, cf. Maria de Fátima Abrantes Duarte, *O pacto de preferência e a problemática da eficácia externa das obrigações*, AAFDL, Lisboa, 1989, pp. 8, 9 e 12.

<sup>1578</sup> Como ficou demonstrado na nota anterior.

<sup>1579</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 183.

### IX. A aquisição por via negocial do terceiro e os limites do seu poder de contratar.

A cooperação do terceiro na violação do contrato é enquadrada na questão mais ampla da eficácia externa das obrigações. As vias de solução propostas, embora com certas nuances, são duas. A primeira é considerar que o terceiro viola o direito do credor – neste caso, o fiduciante – que lhe é, por isso, oponível, ficando constituído na obrigação de indemnizar se se verificarem os requisitos do artigo 483.º CC, neste caso, responsabilidade civil por factos ilícitos, onde se inclui, no âmbito da ilicitude, a violação não apenas de um direito absoluto, mas também de um direito de crédito.<sup>1580</sup> Do outro lado, a doutrina maioritária que sustenta a relatividade dos direitos de crédito abre a porta à responsabilização extracontratual de terceiro sempre que a sua conduta revista as características de abuso de direito<sup>1581</sup>, nos termos do artigo 334.º CC, que neste caso terá que ser alargado ao abuso de um poder jurídico – abuso de contratar.<sup>1582</sup> É necessário todavia determinar em que medida é que o terceiro que celebra um negócio com fiduciário, levando à perda o direito fiduciário, actua em abuso de direito. Esta questão

---

<sup>1580</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 185.

<sup>1581</sup> O ordenamento jurídico civil português e guineense é essencialmente coincidente. Com efeito, num e noutro vigorou o Código de Seabra de 1867, no qual eram condenadas as práticas abusivas. Porém, o texto do artigo 13.º não era muito claro, daí a existência de algumas hesitações doutrinárias e jurisprudenciais no reconhecimento desta figura<sup>1581</sup>. O Código Civil de 66 veio acolher expressamente a proibição de abuso de direito no seu artigo 334.º. Nesta disposição a lei relaciona o abuso de direito com a função social e económica do direito, os bons costumes e a boa fé. O conteúdo desta disposição é considerado pela doutrina muito avançado em relação às concepções da época, e atribui-se este conteúdo à forte influência da recepção da doutrina estrangeira, cf. Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé* cit., p. 707, que critica esta concepção adoptada pelo legislador de 1966 na medida em que à data de aprovação do código tinham sido já ultrapassadas as concepções que ligavam o abuso de direito à função por este desenvolvida, tendo sido então já substituído pela necessidade de interpretação teleológica do direito com vista a aferir se o concreto exercício que o seu titular faz é ou não legítimo e conforme à boa fé. No Direito francês foram unânimes no entendimento e na aplicação quanto aos casos de violação do direito crédito de um terceiro. Todavia, apesar de uma minoria não partilhar dessa opinião. Ainda assim, o Direito francês reconheceu e adoptou o princípio da responsabilidade do terceiro que viole o direito de crédito de terceiro, isto é, a eficácia externa das obrigações, de forma pacífica e de forma assente. Cf. Geneviève, Viney, *Introduction à la Responsabilité*. In *Traité de Droit Civil*, 2.ª ed., LGDG, Paris, 1995, p. 382, Pierre Hugueney, *La Responsabilité civile du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Paris, 1910, p. 211 e Alex Weil, *Le principe de la Relativité des conventions en droit privé français*, Dalloz, Paris, 1938, 417. Por sua vez, o Direito alemão na sua maioria doutrinária e jurisprudencial nega a inserção deste princípio no ordenamento jurídico. A doutrina e a jurisprudência são unas por manterem uma posição ao estabelecer uma barreira indestrutível quanto à aceitação do princípio da responsabilização de um terceiro pela lesão ao direito de crédito. Cf. Santos Júnior, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro*, cit., p. 269 ss. Em Itália, é admitida a responsabilização do terceiro que coopere na violação do direito de crédito. Cf. Francesco D. Busnelli, *La Lesione del Credito da Parte di Terzi*, Giuffrè, Milão, 1963, p. 247 e Alberto Mazzoni, *Les Operations Fiduciaires en Droit Italien*, LGDG, Paris, 1985, p. 351.

<sup>1582</sup> Cf. J. Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, I, cit., p. 46, Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato. As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 511, J. M. Coutinho de Abreu, *Do Abuso de Direito*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 67, Heinrich Ewald Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português. Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 287, Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 170 e M. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 187.

não é líquida. Na alienação em garantia, seria necessário que o terceiro contraente do fiduciário tivesse conhecimento do negócio fiduciário, e soubesse também que o fiduciário não pode alienar o direito, o que implica saber os termos do referido negócio fiduciário,<sup>1583</sup> donde decorre a obrigação de indemnizar<sup>1584</sup>, que na alienação em garantia consistiria na retransmissão do direito a fiduciante, nos termos do artigo 566.º, n.º 1, na medida em que dispõe que a indemnização deve ser fixada em dinheiro só se a reconstituição natural não for possível<sup>1585</sup>.

Vimos que, na alienação em garantia, seria necessário que o terceiro contraente do fiduciário, para além de ter conhecimento do negócio de alienação em garantia, seria necessário que soubesse também que o fiduciário não podia alienar o direito. Esta exigência é considerada apertada<sup>1586</sup>. Exigir que o terceiro conheça os termos do negócio de alienação em garantia implica que, para considerar que houve abuso de direito, deve-se provar que o terceiro agiu com dolo directo ou necessário<sup>1587</sup>, que saiba que com a sua conduta irá de forma imediata levar à frustração do direito à restituição do garante/fiduciante, afastando assim o dolo eventual e qualquer tipo de negligência.<sup>1588</sup> Este carácter restritivo da solução até não se articula mal com os fundamentos da doutrina dominante no que se toca aos casos excepcionais em que entende haver lugar ao recurso ao abuso de direito<sup>1589</sup>. Todavia, na alienação em garantia estes requisitos tornam difícil responsabilizar terceiro contraente do Credor/fiduciário<sup>1590</sup>, na medida em que, mesmo

---

<sup>1583</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 189, que realça que o § 826 do BGB pressupõe uma actuação dolosa contra os bons costumes e que o artigo 334.º CC não comporta as mesmas restrições e que permite responsabilizar quem tenha agido negligentemente contra os bons costumes, causando danos a outrem.

<sup>1584</sup> Importa ainda realçar que os efeitos em concreto resultantes do exercício abusivo de uma aposição jurídica não podem ser definidos de modo geral. Apenas em cada caso concreto é possível definir a consequência do abuso. Em regra, essas consequências poderão ser: dever de indemnizar; nulidade, nos termos do artigo 294.º CC; impossibilidade de arguir o vício pela parte que lhe deu causa. Cf. Fernando Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 468, J. Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, I, cit., p. 430, M. J. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., p. 78 e M. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 189.

<sup>1585</sup> Nos termos do artigo 566.º CC, *A indemnização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor.*

<sup>1586</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 190.

<sup>1587</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 190.

<sup>1588</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 190.

<sup>1589</sup> Cf., sobre este aspecto, Antunes Varella, *Das Obrigações em Geral*, I, cit., p. 178, Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, cit., p. 51 ss., J. Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, I, cit., M. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 191, M. J. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., p. 83, Ferrer Correia, *Da Responsabilidade do Terceiro que Coopera*, cit., p. 49 e Vaz Serra, *Abuso do Direito. Em Matéria da Responsabilidade Civil*, cit., p. 317.

<sup>1590</sup> Estes requisitos são mais apertados nos negócios fiduciários para a administração, numa gestão dinâmica de um conjunto de bens fiduciários, em que o fiduciário deve aliená-los.

considerando que este não pode alienar o direito e deve retransmiti-lo ao fiduciante, certo é que, em certos casos o pode fazer<sup>1591</sup>. Por isso, PESTANA DE VASCONCELOS<sup>1592</sup> considera que, neste caso, não há razões para excluir o dolo eventual e a negligência grosseira, ou seja, quando o terceiro contraente do credor/fiduciário configure a hipótese de frustração de crédito do alienante como efeito eventual do negócio que celebra com o fiduciário e não confia que esse resultado não se chegue a verificar ou prevendo a possibilidade desse negócio com o fiduciário causar danos a outrem, omite de uma forma manifesta a diligência.

Nestes casos, deve-se considerar que o terceiro incorre em abuso de direito, pois excede os limites impostos pelos bons costumes, que correspondem ao conceito de moral positiva de uma sociedade em concreto. Conforme deriva do disposto no artigo 280.º CC, os bons costumes não se impõem apenas ao direito subjectivo, constituindo uma verdadeira limitação comum à generalidade dos actos jurídicos. Os bons costumes dizem respeito ao comportamento geral do sujeito, independentemente de qualquer relação concreta com outros indivíduos. Implica atender às concepções ético-jurídicas dominantes na colectividade. É de notar que os bons costumes constituem um limite comum à generalidade dos actos e negócios jurídicos, conforme decorre desde logo do disposto no artigo 280.º CC. Neste caso, a conduta do terceiro contraente do fiduciário contém uma desaprovação dirigida à moral social ou negocial dominante<sup>1593</sup>.

## **9. Dever de retransmissão do bem alienado em garantia**

*I: Fundamentos.* No negócio fiduciário, se o direito for transferido com fim de garantia, o fiduciário poderá *compensar* o seu crédito com o produto da alienação do seu

---

<sup>1591</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 192.

<sup>1592</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 193.

<sup>1593</sup> Cf. Sinde Monteiro, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, cit., p. 550. Sobre a mesma questão, inclusão do dolo eventual no âmbito do artigo 334.º CC, cf. Vaz Serra, *Abuso do Direito. Em Matéria da Responsabilidade Civil*, cit., p. 300, Rui Alarcão, *Direito das Obrigações*, Coimbra, 1983, p. 89, Coutinho de Abreu, *Do Abuso de Direito*, cit., p. 32 e M. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 192. O artigo 334.º CC não se limita ao exercício abusivo de direitos subjectivos, abrangendo o exercício abusivo de todas as posições jurídicas de que um sujeito seja titular. Assim, torna-se desnecessário que o abuso consista num acto emulativo, podendo ser um qualquer exercício de uma posição jurídica que em concreto se revele contrário à boa fé. Além disso, para aplicar o artigo 334.º CC é desnecessária a intenção de prejudicar outrem, isto é, pode o exercício de um direito ser manifestamente abusivo ainda que o seu titular não tenha actuado com intenção de prejudicar terceiros. Não tem que haver dolo, nem sequer a consciência de lesar terceiros. No anteprojecto de Vaz Serra exigia-se a consciência de lesar outrem. A proposta não passou, pelo que actualmente o nosso sistema é mais próximo do sistema alemão, contendo traços de objectividade.



direito apenas no caso de incumprimento por parte do fiduciante. O fiduciário, quando transmite o direito objecto de garantia a um terceiro na pendência da garantia, transmite um direito que estava obrigado a não transmitir por força do contrato de alienação em garantia. Esta violação do contrato por parte do fiduciário é qualificada tradicionalmente como violação do crédito por parte do terceiro – cooperação do terceiro na violação do contrato – enquadrada na questão mais geral da eficácia externa das obrigações<sup>1594</sup>. Cumprida a obrigação garantida, o fiduciário deve restituir o bem dado em garantia, cumprindo assim uma das principais obrigações fiduciárias. O cumprimento da obrigação garantida implica o aparecimento de um dever de retransmissão do bem dado em garantia. A prestação de restituir ou *restituere*, resulta, em regra, da declaração de nulidade de um contrato ou da sua extinção em virtude de decurso do prazo. Na alienação em garantia, quando o devedor/alienante cumpre a sua obrigação, mesmo considerando que se trate de uma garantia autónoma, tendo em conta a obrigação fiduciária, o credor/fiduciário deve restituir o bem que tinha sido alienado em garantia, pois deixa de haver justificação jurídica da permanência do mesmo bem na sua esfera jurídica. O bem tinha a função de garantir o cumprimento de uma obrigação que já se encontra cumprida e, sendo assim, deixa de existir esta função – garantia - pois o bem garantia o cumprimento duma obrigação e, cumprida a obrigação, o seu destino ideal é o património do fiduciante.

*II. Mora.* A alienação em garantia implica um dever de retransmissão do bem alienado em garantia a cargo do beneficiário da garantia, no caso de cumprimento da obrigação garantida. Com efeito, se as partes tiverem convencionado um prazo, o beneficiário da garantia deverá retransmitir o bem ao alienante nesse período, sob pena de mora. Pois a primeira e a mais frequente causa de extinção dessa obrigação consiste

---

<sup>1594</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 184. Ainda na vigência do Código de Seabra, o STJ, no citado *Acórdão do STJ de 16 de Junho de 1964*, decidiu atribuir eficácia real a um pacto de preferência, um negócio mediante o qual alguém se comprometeu a alienar um conjunto de acções a certa pessoa, no caso de decidir vender. Sucede que o obrigado à preferência decidiu vender aquelas acções a um terceiro, não oferecendo o negócio ao preferente convencional e violando assim a obrigação a que tinha ficado vinculado por força da celebração do pacto de preferência. No Código de Seabra existia um artigo 1568.º n.º 4 que determinava que se o terceiro que negociasse com o devedor estivesse de boa fé, não lhe poderia ser assacada qualquer responsabilidade; o STJ decidiu que o preceito teve em vista a protecção da boa fé de terceiros, pelo que a sua *ratio* não consentia a sua aplicação ao caso dos autos, em que era manifesta a má fé do terceiro. Vide in Maria de Fátima Abrantes Duarte, *O pacto de preferência e a problemática da eficácia externa das obrigações*, AAFDL, Lisboa, 1989, pp. 8, 9, 12 e 22. Ainda sobre esta questão, cf. Ferrer Correia, *Da Responsabilidade do Terceiro que coopera com o Devedor na Violação de um Pacto de Preferência*, in *Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal*, 2.º ed., Almedina, Coimbra, 1985, p. 34, Rui de Alarcão, *Direito das Obrigações*, (texto elaborado por J. SOUSA RIBEIRO; J. SINDE MONTEIRO, ALMENO DE SÁ e J. PROENÇA), Coimbra, 1983, p. 82 e Manuel de Andrade/Rui de Alarcão, *Teoria Geral das Obrigações*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 1963, p. 51 ss. e Francisco Pereira Coelho, *Obrigações, Aditamento à Teoria Geral das Obrigações de Manuel de Andrade, por Abílio Neto e Pupo Correia*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 1964, p. 77.

no seu cumprimento voluntário por parte do beneficiário da garantia, que consistiria na realização voluntária da prestação a que o beneficiário da garantia se vinculou perante o alienante, efetivando o dever de prestar. Esta retransmissão consiste na transposição da vinculação do dever ser para o plano do ser. Nessa medida, a retransmissão consiste no momento máximo ou culminante da vida desta obrigação, pois ela nasce para ser cumprida pelo beneficiário da garantia, sendo certo que este cumprimento é o mais idóneo a satisfazer o interesse do alienante que cumpriu a sua obrigação<sup>1595</sup>. Nos termos do artigo 406º n.º 1 CC, o contrato deve ser pontualmente cumprido.

Esta regra não é, porém, restrita às obrigações contratuais<sup>1596</sup>, mas trata-se de um princípio fundamental, e não se refere apenas ao aspecto temporal, ou seja, não significa apenas que o devedor deve cumprir atempadamente, mas sim que deve cumprir a obrigação nos precisos termos em que esta foi constituída<sup>1597</sup>. Portanto, não está apenas em causa o facto de o devedor cumprir atempadamente, mas no caso em apreço, realça-se este aspecto porque o beneficiário da garantia deve retransmitir o bem atempadamente. Se for o dever de retransmissão for uma obrigação pura ou com prazo incerto, o vencimento<sup>1598</sup> vai depender de interpelação. Assim, se o beneficiário da garantia não retransmitir o bem a tempo, ou seja, havendo o retardamento da prestação, sendo ainda possível realizá-la, tanto do ponto de vista material, como do ponto de vista jurídico, este incorre em mora, o que corresponde à prática do facto ilícito pelo beneficiário da garantia, na medida em que o alienante tem o direito a receber atempadamente o bem que tinha alienado em garantia. Ora, não sendo tal direito satisfeito, verifica-se a prática de um facto ilícito, que, na responsabilidade contratual, consubstancia a violação do direito de crédito do alienante. Também deve-se realçar que para se poder falar em mora do beneficiário da garantia é necessário que o atraso na retransmissão lhe seja concretamente imputável, por dolo ou por negligência, que se presume nos termos do artigo 799.º n.º 2 CC. Nos termos

---

<sup>1595</sup> À partida, o artigo 767º CC admite que o cumprimento seja efectuado tanto pelo devedor, propriamente dito, como por um terceiro; não obstante, considera-se que apenas é verdadeiro cumprimento aquele que é protagonizado pelo devedor, cf. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, II, *cit.*, p. 8.

<sup>1596</sup> Cf. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, II, *cit.*, p. 13.

<sup>1597</sup> Cf. Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, *cit.*, p. 222.

<sup>1598</sup> Para saber se a prestação foi realizada no tempo devido é preciso recorrer aos artigos 777.º e seguintes, de modo a determinar o tempo de cumprimento. Sendo uma obrigação pura (não tem prazo ou tem prazo incerto), ela vence-se mediante interpelação nos termos do artigo 805.º n.º 1 CC. Sendo uma obrigação impura, o vencimento ocorre independentemente de interpelação, à luz do disposto no art. 805º n.º 2. É de ter em consideração ainda que, mesmo quando a obrigação tem um prazo certo, o decurso desse prazo tem de ser conciliado com a qualificação da obrigação do beneficiário da garantia quanto ao lugar do cumprimento, pois se se trata de obrigação de colocação isso significa que não basta o decurso do prazo para entrar em mora, é ainda necessário que o alienante se tenha deslocado ao domicílio do beneficiário da garantia e não tenha recebido aí a prestação devida.

do artigo 804.º n.º 1 CC a constituição em mora do beneficiário da garantia o faz incorrer na obrigação de indemnizar o alienante pelos danos resultantes dessa mora - indemnização moratória.

*II. Incumprimento definitivo.* Se o beneficiário da garantia não retransmitir o bem por facto que lhe é imputável, sem que lhe seja permitido realizar, posteriormente, por perda de interesse do fiduciante, essa mesma prestação, nos termos do artigo 808.º/1 CC, ou declarar perentoriamente que não vai cumprir, considera-se definitivo o incumprimento. Nos termos do mesmo artigo, em regra, o credor da prestação não sabe já em que empregar o objecto porque já passou o momento que tinha adequado a essa utilização, ou; em consequência da mora, o credor viu-se obrigado a satisfazer a sua necessidade através de outro meio. Na alienação em garantia, dificilmente se verificarão estas situações, pois, a necessidade que obrigou o devedor a alienar o seu bem foi satisfeita com o crédito que lhe foi concedido e garantido pelo bem alienado. Todavia, a perda do interesse do alienante deve ser aferida tendo em consideração as características de cada caso concreto, mas atendendo igualmente ao critério do homem médio, e não às particularidades subjectivas do alienante. De facto, quando se utiliza a expressão interesse *objectivo*, pretende-se aludir ao interesse do homem médio, colocado na posição do credor da retransmissão, embora atendendo a cada caso concreto. Ainda, não havendo perda do interesse do alienante na prestação, a lei permite-lhe fixar ao beneficiário da garantia um prazo adicional para executar a prestação, sob pena de, não o fazendo, se considerar a prestação definitivamente não cumprida. Trata-se de um prazo, que tanto vale para as obrigações puras como para as impuras<sup>1599</sup>, contanto que não tenham sido cumpridas no momento do seu vencimento<sup>1600</sup>.

---

<sup>1599</sup> Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, p. 71.

<sup>1600</sup> O prazo admonitório tem de ser um prazo razoável, consoante as circunstâncias de cada caso concreto. Por isso, muito embora seja fixado unilateralmente pelo alienante, este deve fazê-lo de acordo com a boa-fé – artigo 762.º n.º 2 - e é susceptível de controlo judicial. Nada obsta que as partes convençionem ou o alienante fixe este prazo admonitório logo quando é celebrado o negócio jurídico, cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, p. 72, de alienação em garantia. A epígrafe do artigo 808.º CC refere a recusa de cumprimento como forma de incumprimento definitivo da obrigação, muito embora o texto do artigo não desenvolva esta questão. Neste sentido, a doutrina considera que há incumprimento definitivo sempre que o devedor declare ao credor que não pretende realizar a prestação, sendo essa uma declaração firme e séria. Nessa hipótese, seria manifestamente contrário à boa-fé exigir ao credor o esforço de interpelar o devedor para cumprir, uma vez que este já declarou a sua intenção de não o fazer. O incumprimento definitivo gera a responsabilidade contratual do beneficiário da garantia, nos termos dos artigos 798.º CC e seguintes. Esta responsabilidade implica a substituição do dever de prestar pelo dever de indemnizar, ou seja, extingue-se a prestação a que o devedor estava, inicialmente, obrigado, sendo esta obrigação substituída por uma obrigação nova, que é a obrigação de indemnizar, Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, II, *cit.*, p. 239 - este constitui um dos grandes riscos fiduciários.

*III. Execução para entrega de coisa certa.* Na maioria dos casos, as partes estabelecem a obrigação de retransmitir, sem que seja possível, por via hermenêutica, fixar a forma dessa transferência, casos em que importa fixar um critério da decisão<sup>1601</sup>. Se se considerar que a obrigação de transmitir, como considera alguns autores<sup>1602</sup> no âmbito do mandato, como uma obrigação cujo objecto é uma prestação de *dare*, transmitindo-se a propriedade com a entrega da coisa do mandatário ao mandante, em caso de incumprimento pelo fiduciário, o fiduciante poderá recorrer à condenação e subsequente execução para entrega de coisa certa, nos termos do artigo 928.º e seguintes do CPC<sup>1603</sup>. Neste caso, implicaria que o objecto da prestação seja uma coisa, sob pena de não poderá recorrer à essa via executiva. Nos outros casos não seria possível.<sup>1604</sup> Se o objecto da prestação for um crédito, se se entendesse que a sua transferência se faria por negócio unilateral, tudo dependeria da declaração da vontade do fiduciário que, sendo infungível, não comporta a tutela executiva. Pelo contrário, se entende que seria necessário o acordo transmissor, será possível o recurso à execução específica.<sup>1605</sup>

*IV. Execução específica.* O alienante, no caso de incumprimento definitivo, terá duas vias: exigir indemnização pelo prejuízo causado pela recusa da retransmissão, nos termos do artigo 798.º e seguintes de Código Civil ou recorrer à execução específica. A doutrina<sup>1606</sup> tem admitido a possibilidade de recurso à execução específica, mediante aplicação analógica do artigo 830.º CC. No sentido restritivo, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA<sup>1607</sup>, consideram que o legislador não previa todos os casos em que uma das partes se encontre obrigada a celebrar um contrato, mas apenas aqueles em que a obrigação resulta de um contrato-promessa. Consideram ainda que, no confronto entre o novo texto e o artigo 442.º do Anteprojecto de VAZ SERRA, o sentido claro dos termos da norma e a impossibilidade da sua aplicação por analogia dado o carácter

---

<sup>1601</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 168-169.

<sup>1602</sup> Cf. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, I, cit., p. 87-89 e Calvão da Silva, *Cumprimento e Satisfação Pecuniária Compulsória*, separata do vol. XXX do BFDUC, Coimbra, 1987, p. 358.

<sup>1603</sup> Cf. Artur Anselmo de Castro, *A Acção Executiva singular, Comum e Especial*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 364, J. Castro Mendes, *Direito Processual Civil. A Acção Executiva* (Ac. Ribeiro Mendes e Teixeira de Sousa), AAFDL, Lisboa, 1980, p. 219 e J. Lebre de Freitas, *A Acção Executiva depois da Reforma*, 4.ª Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 374. Veja também o artigo 219.º do AUOPSCE e

<sup>1604</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 168-169.

<sup>1605</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 161.

<sup>1606</sup> Cf. Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, cit., p. 286 e *Em Tema de Negócio Fiduciário*, cit., p. 121, Pestana de Vasconcelos, *Cessão de créditos*, cit., p. 168 e Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 203. Na Jurisprudência, cf. Ac. STJ, de 22 de Janeiro de 2008, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), que considera que a execução específica prevista no artigo 830.º CC é apenas aplicável às obrigações emergentes do contrato-promessa. Diferentemente, Ac. TRP., de 11 de Abril de 2002, Proc. n.º 119/00, que admite a aplicação da execução específica ao caso de incumprimento da obrigação da retransmissão.

<sup>1607</sup> Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, p. 107.

excepcional da norma, não permitiam que se desse outro entendimento à disposição. No mesmo sentido, GALVÃO TELLES<sup>1608</sup> considera que a execução específica, nos termos do Código de 66, aplica-se só ao contrato promessa a que a lei a associa. A generalidade da doutrina tem admitido a aplicação da execução específica de uma forma mais generosa. VAZ SERRA<sup>1609</sup>, CALVÃO DA SILVA<sup>1610</sup>, ALMEIDA COSTA<sup>1611</sup>, HENRIQUE MESQUITA<sup>1612</sup>, JANUÁRIO COSTA GOMES<sup>1613</sup> e PAIS DE VASCONCELOS<sup>1614</sup> admitem, de certo modo, que a execução específica seja susceptível de abranger outras situações.

Sustenta ALMEIDA COSTA<sup>1615</sup> que o recurso à execução específica não deve ser visto como excepcional, mas, pelo contrário, como a regra, porque decorre da prevalência da restauração natural sobre a restauração por equivalente. Um dos problemas que se coloca em relação à aplicação da execução específica a outras situações, refere-se ao seu carácter histórico e o disposto no artigo 11.º CC. Todavia, nos termos do artigo 9.º CC, a norma deve ser interpretada, tendo em conta a unidade do sistema jurídico, bem como as circunstâncias do tempo em que é aplicada<sup>1616</sup>. Em relação ao artigo 11.º CC, ensina BAPTISTA MACHADO<sup>1617</sup> que este artigo permite a *analogia legis*, não permitindo apenas a *analogia iuris*, sendo admissível estender analogicamente a hipótese normativa que prevê um tipo particular de casos a outros casos particulares do mesmo tipo e modelarmente paralelos. Com efeito, tendo em conta a semelhança<sup>1618</sup> entre o incumprimento do contrato-promessa e o incumprimento do dever de retransmissão do bem, parece-nos que justifica a aplicação da execução específica aos casos de incumprimento do dever de restituição, uma vez cumprida a obrigação garantida.

---

<sup>1608</sup> Cf. Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, cit., p. 135.

<sup>1609</sup> Cf. Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do STJ, de 1 de Fevereiro de 1977*, cit., in RLJ, p. 16 -17.

<sup>1610</sup> Cf. Calvão da Silva, *Cumprimento e Sansão Pecuniária*, cit., p. 501.

<sup>1611</sup> Cf. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., p. 214.

<sup>1612</sup> Cf. Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit. p. 17-19.

<sup>1613</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Em Tema de Revogação do Mandato*, cit., p. 133-134.

<sup>1614</sup> Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Em Tema de Negócio Fiduciário*, cit., p. 121.

<sup>1615</sup> Cf. Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., p. 214.

<sup>1616</sup> Cf. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 190. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 484, considera que o elemento histórico não é o mais importante na matéria de interpretação, ou seja, constitui um elemento subalterno.

<sup>1617</sup> Cf. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, cit., p. 327.

<sup>1618</sup> No mesmo sentido, cf. Catarina Pires, *Alienação*, cit., p. 204 e Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 168.

## 10. Evolução da protecção jurídica do alienante

Numa Primeira fase, não havia protecção legal do beneficiário, não havia protecção nem obrigacional, nem real no caso de o fiduciário violar as suas obrigações; *Segunda fase*: o Direito reconhece protecção jurídica ao beneficiário – uma protecção meramente obrigacional, dispondo de mecanismos indemnizatórios; *Terceira fase*: o Direito confere ao beneficiário uma protecção que lhe permite reduzir o risco de transmissão, que lhe permite impedir a saída do bem fiduciário da esfera jurídica do fiduciário; *Quarta fase*: O Direito permite ao beneficiário fazer valer o seu direito, mesmo depois de os bens terem saído da esfera jurídica do fiduciário.

## 11. Protecções do fiduciante por via negocial

*I. Generalidades.* No negócio fiduciário de garantia, o destino final do bem é incerto. Razão pela qual se considera que o fiduciário está vinculado a um dever agravado de correcção na execução do contrato. Esta incerteza quanto ao destino do bem exige que a liberdade de actuação do beneficiário de garantia seja limitado e nada obsta que o fiduciante recorra aos meios que o Direito lhe confere para proteger a sua posição. O fiduciante poderá recorrer à protecção que o Direito lhe permite obter através da criação por via negocial de direitos de crédito ou direitos reais de aquisição.

*II. Criação por via negocial de direitos de crédito - actos dispositivos na pendência da condição.* Nos termos do artigo 274.º, n.º 1 CC, sempre que tenha sido aposta uma condição ao negócio de alienação em garantia, os actos de disposição sobre o objecto de garantia praticada pelo credor/fiduciário durante a pendência da garantia, ficam sujeitos à eficácia ou ineficácia do negócio de alienação em garantia. Na alienação em garantia em que tenha sido aposta uma condição resolutiva, o período da pendência da condição corresponde ao espaço de tempo que medeia entre a celebração do negócio jurídico da alienação em garantia e o cumprimento da obrigação garantida. Por isso, durante este período de tempo o fiduciário é o titular do direito, mas é-o a título *precário*<sup>1619</sup>, uma vez que se sujeita a perder essa titularidade. Esta situação, de risco de perda da titularidade do direito, implica que o fiduciário deva poder fazer alguns actos em relação à coisa objecto desse direito, mas que não possa fazer da mesma forma que

---

<sup>1619</sup> Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado*, I, *cit.*, p. 517.

actuarial se não existisse a condição. Mais, durante a pendência da condição a lei exige às partes uma actuação particularmente conforme à boa fé<sup>1620</sup>, sob pena de poder haver lugar a responsabilidade civil, por incumprimento deste dever legal. Assim, se a condição resolutiva se verificar – se o fiduciante cumprir a obrigação garantida – extingue o direito do fiduciário, com efeito retroactivo<sup>1621</sup>, nos termos do artigo 276.º CC e, em consequência, a sua transmissão a terceiro é havido como ineficaz. Pois a condição opera-se *ipso iure*, mesmo em relação a terceiros<sup>1622</sup> e, ressalvados os efeitos substantivos do registo, a situação jurídica do alienante/fiduciante será oponível a terceiros credores do fiduciário.

*III. Criação por via negocial de direitos reais de aquisição - Promessa real.* A lei permite a atribuição da eficácia real<sup>1623</sup> ao contrato-promessa, se este tiver por objecto os bens imóveis ou móveis sujeitos a registo e as partes declararem expressamente<sup>1624</sup> a

---

<sup>1620</sup> Os efeitos do negócio translativo – alienação em garantia – produzem-se regularmente até à verificação da condição da resolutiva. Porém, o devedor/fiduciante, goza de uma situação jurídica activa – expectativa jurídica – de vir a readquirir novamente o direito para si se cumprir a obrigação garantida. Por isso, o artigo 273.º CC permite ao fiduciário a prática de actos meramente conservatórios em relação à coisa adquirida em garantia, pelo que a sua alienação viola a expectativa e as obrigações assumidas no âmbito do negócio de alienação em garantia.

<sup>1621</sup> Porém, esta regra é supletiva, o que significa que as partes podem afastar a eficácia retroactiva da condição, o que dificilmente se verificará na alienação em garantia. A própria lei refere situações específicas em que não há produção retroactiva de efeitos – artigo 277.º CC: remissão para o artigo 434.º n.º 2 – tratando-se de negócio de execução continuada ou periódica não ocorre a eficácia retroactiva, mantendo ambas as partes as prestações que já receberam e não podendo exigir de volta o que já prestaram, por exemplo se o bem dado em garantia for alugada; a parte à qual incumbe o exercício do direito durante a pendência da condição, o fiduciário pode praticar actos de administração ordinária. Por exemplo, o disposto no artigo 1024.º CC. Logo, estes actos não são prejudicados pela verificação da condição; e, de acordo com a disposição legal, a parte à qual incumbe o exercício do direito durante a pendência da condição deve ser tratada como possuidora de boa-fé dos frutos que a coisa dê durante esse período – remissão para o artigo 1270.º do CC. Assim, esta parte terá direito aos frutos nos termos desta disposição.

<sup>1622</sup> Cf. Carvalho Fernandes, *Teoria*, II, cit. p. 393, Pires de Lima/Antunes Varella, *Código Civil Anotado*, I, cit., p. 254, Galvão Telles, *Manual*, cit., p. 273, Manuel de Andrade, *Teoria*, II, cit., 383-384, Mota Pinto, *Teoria Geral*, cit., p. 575, Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral*, cit., p. 452 e Catarina Pires, *Alienação*, cit., p. 196.

<sup>1623</sup> A promessa real consiste num contrato-promessa a que não é atribuída a eficácia meramente obrigacional a qual se traduz apenas na possibilidade de execução específica e na responsabilidade obrigacional por incumprimento, mas antes eficácia real, que o que permite opor eficazmente a promessa perante terceiros – direito real de aquisição – sobre direitos reais de aquisição, Mota Pinto, *Direitos Reais*, (coord. Álvaro Moreira/Castro Fraga), Almedina, Coimbra, 1971, p. 138, Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, II, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 1979, p. 1104, José de Oliveira Ascensão, *Direitos Reais*, Almedina, Coimbra, 1978, p. 561, Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Reais*, 5.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1993, Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, *Quid Juris*, Lisboa, 2009, p. 169 Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, Principia, Lisboa, 2013, p. 318, Santos Justo, *Direitos Reais*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 453 e Menezes Leitão, *Direitos Reais*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 461.

<sup>1624</sup> Sobre a declaração tácita no contrato-promessa com eficácia real, cf. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, cit., p. 169 e Menezes Cordeiro, *O Novíssimo Regime do Contrato-Promessa*, in CJ 12, 1987, 2, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 59-94.

atribuição de eficácia real<sup>1625</sup> e procedam ao seu registo, nos termos do artigo 413.º CC. Assim, parece-nos que o alienante poderá celebrar um contrato – promessa unilateral com o credor/fiduciário, dotado de eficácia real, tendo por objecto a celebração do contrato definitivo de retransmissão<sup>1626</sup> do direito alienado em garantia. Embora a possibilidade de atribuição de eficácia real dependa de certos requisitos, a promessa real continua a ser um meio eficaz de protecção do alienante/fiduciante na medida em que impede o fiduciário a violar o contrato. Parece aceitável que se pode celebrar uma promessa real mesmo que o negócio fiduciário seja atípico, a sua configuração será aquela que as partes, dentro dos limites da lei, decidirem dar<sup>1627</sup>. Se for um negócio fiduciário típico, o seu regime deve ser articulado com a celebração de um contrato promessa com eficácia real<sup>1628</sup>. Esta questão importa para saber quais os mecanismos que o beneficiário da promessa tem ao seu dispor para reaver o direito sobre a coisa.

A lei não esclarece qual forma de obter o cumprimento da promessa com eficácia real, em caso de ocorrer efectivamente a alienação do bem a terceiro. Com efeito, estes mecanismos podem variar consoante a natureza que seja propugnada para o direito do promitente não faltoso<sup>1629</sup>, neste caso o alienante/fiduciante, nomeadamente: *Execução específica contra o promitente faltoso*, considerando que este é comprador numa venda de bens alheios; todavia, igualmente este mecanismo se apresenta algo duvidoso, na

---

<sup>1625</sup> Na Guiné-Bissau, os requisitos para atribuição da eficácia real ao contrato promessa são mais apertados, basta analisar o actual artigo 413.º CC com o mesmo artigo do Código Civil Português. Guiné-Bissau – artigo 413.º CC - *À promessa de alienação ou oneração de bens imóveis, ou de móveis sujeitos a registo, quando conste de escritura pública, podem as partes atribuir eficácia real; mas, neste caso, a promessa só produz efeitos em relação a terceiros depois de registada.* Portugal: 1. *À promessa de transmissão ou constituição de direitos reais sobre bens imóveis, ou móveis sujeitos a registo, podem as partes atribuir eficácia real, mediante declaração expressa e inscrição no registo.* 2. *Salvo o disposto em lei especial, deve constar de escritura pública ou de documento particular autenticado a promessa a que as partes atribuam eficácia real; porém, quando a lei não exija essa forma para o contrato prometido, é bastante documento particular com reconhecimento da assinatura da parte que se vincula ou de ambas, consoante se trate de contrato-promessa unilateral ou bilateral.* Observando os requisitos enunciados, conclui-se que, na Guiné-Bissau, não é possível acordar a eficácia real em relação a qualquer contrato-promessa, mas apenas àqueles que tenham em vista a alienação ou a oneração de bens imóveis ou móveis sujeitos a registo. Entende-se por alienação qualquer transmissão a título oneroso de um bem. Por seu turno, a oneração significa a imposição de um encargo sobre um bem. Acresce que a eficácia real não pode provir de apenas uma das partes, trata-se de uma cláusula contratual, pelo que deve nascer na convenção. Em terceiro lugar, se as partes pretenderem atribuir eficácia real à promessa a lei é mais exigente em termos de forma, pois passa a ser preciso celebrar o contrato-promessa por escritura pública. De certo modo, pode dizer-se que esta exigência acrescida de forma vem pôr em causa a função do CP como facilitador das transacções. Por último, só há eficácia real se houver registo da cláusula, pois apenas desse modo é possível aos terceiros tomar conhecimento da sua existência.

<sup>1626</sup> Cf. Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, cit., p. 286 e Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 202.

<sup>1627</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 202.

<sup>1628</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*, cit., p. 202.

<sup>1629</sup> Sobre a execução específica depois do incumprimento definitivo, cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Em tema de contrato-promessa*, AAFDL, Lisboa, 2003, pp. 7 ss.



medida em que o terceiro não se obrigou a contratar o contrato prometido, ou seja, não celebrou nenhum contrato-promessa, pelo que nada legitima a execução específica contra ele de uma promessa que não fez; *Acção de reivindicação contra o terceiro* - esta possibilidade também apresenta um obstáculo, na medida em que a acção de reivindicação pressupõe que aquele que reivindica seja o titular do direito. Todavia, o promitente fiel ainda não é titular do direito, o que ele pretende é fazer o direito seu a partir da acção que vai ainda intentar; *Acção declarativa constitutiva contra o fiduciário e contra o terceiro* - com pedido de restituição da coisa. ~

ANTUNES VARELA e ALMEIDA COSTA e RIBEIRO DE FARIA consideram que se deve estabelecer a execução específica contra o obrigado, neste caso o credor/fiduciário, aplicando-se em relação ao terceiro o regime da venda de bens alheios, o que lhe permitiria exigir imediatamente do terceiro a restituição com base na nulidade da venda<sup>1630</sup>. Para DIAS MARQUES, deve-se intentara acção de execução específica contra o terceiro<sup>1631</sup>. OLIVEIRA ASCENSÃO e CARVALHO FERNANDES sustentam que a acção deve ser instaurada simultaneamente contra o obrigado a preferência e o terceiro adquirente<sup>1632</sup>. MENEZES CORDEIRO advoga que a forma ideal seria uma acção de reivindicação adaptada contra o terceiro<sup>1633</sup>. MENEZES LEITÃO advoga que o exercício da eficácia real não corresponde a uma acção judicial típica, pelo que deve considerar-se como uma acção declarativa constitutiva, eventualmente acumulável com um pedido de restituição, a instaurar em litisconsórcio necessário contra o promitente e o terceiro adquirente, destinado a fazer prevalecer o seu direito de aquisição sobre a aquisição do terceiro<sup>1634</sup>.

Concordamos com a última posição, na medida em que o litisconsórcio necessário constitui um meio eficaz para a proteção do fiduciante para fazer valer o seu direito sobre aquisição do terceiro. Com o litisconsórcio necessário, todas as partes envolvidas a oportunidade de se defender no mesmo processo, pelo que deve considerar-se como uma acção declarativa constitutiva, eventualmente acumulável com um pedido de restituição, a instaurar em litisconsórcio necessário contra o promitente e o terceiro adquirente, destinado a fazer prevalecer o seu direito de aquisição sobre a aquisição do terceiro.

---

<sup>1630</sup> Cf. Antunes Varela, *Obrigações*, I, *cit.*, 374, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, *cit.*, p. 412-413, Ribeiro de Faria, *Obrigações*, I, *cit.*, p. 273.

<sup>1631</sup> Cf. Dias Marques, citado, *apud* Menezes Leitão, *Direitos Reais*, *cit.*, p.464.

<sup>1632</sup> Cf. Oliveira Ascensão, *Reais*, *cit.* p. 567 e Carvalho Fernandes, *Direitos Reais*, *cit.*, p. 171.

<sup>1633</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Obrigações*, I, *cit.*, p. 477.

<sup>1634</sup> Cf. Menezes Leitão, *Direitos Reais*, *cit.*, p. 465.

## 12 A carência de acessoriedade e o enriquecimento sem causa

A situação fiduciária e o enriquecimento sem causa constituem um binómio que pode soar estranho a um jurista bissau-guieneense.<sup>1635</sup> Na alienação fiduciária em garantia, o beneficiário da garantia/fiduciário, em regra, adquire e conserva a propriedade, mesmo que a obrigação principal não se venha a constituir validamente ou se extinga. Por isso, considera-se que será difícil qualificar esta garantia como acessória<sup>1636</sup>. Todavia, as partes, como vimos, podem estabelecer a acessoriedade, mesmo impura, através da estipulação de uma condição suspensiva ou resolutiva, na medida em que a propriedade adquirida pelo credor ficará sujeita às restrições do negócio condicional, nomeadamente aos actos de disposição. Neste caso, a subsistência de crédito fica associada à existência e manutenção da obrigação principal.<sup>1637</sup> Em qualquer caso, há sempre a possibilidade de aplicação do instituto de enriquecimento sem causa, caso se verifique que a transmissão da propriedade foi realizada sem a causa de garantia que as partes tiveram em vista. Deve-se realçar que, tendo em conta o carácter de subsidiariedade, não há lugar à restituição por enriquecimento quando a lei facultar ao empobrecido outro meio de ser indemnizado. Apesar de o bem ser atribuído ao fiduciário, essa atribuição não é absoluta, ou seja, é limitada por deveres fiduciários.

Depois de cumprida a obrigação garantida, o valor patrimonial recebido pelo fiduciário mediante a alienação do bem dado em garantia é visto como enriquecimento obtido através de uma ingerência não autorizada num património que lhe estava fiduciado<sup>1638</sup>. Neste caso, o benefício patrimonial verificado na esfera do fiduciário não possui uma causa jurídica para a sua ocorrência, porque entretanto, com o cumprimento da obrigação garantida, esta causa se perdeu, deixa de haver justificação jurídica para o efeito. É aqui que reside a razão de ser da obrigação de restituição, isto é, de repor o equilíbrio suscitado pelo locupletamento. Com efeito, há certos benefícios patrimoniais obtidos pelas pessoas que são perfeitamente legítimos, pelo que em relação a estes não há qualquer obrigação de restituir, por exemplo, se houver pacto marciano e o fiduciário

---

<sup>1635</sup> No Direito italiano, cf. Andrea Vicari, *Le Situazioni Fiduciarie al di Fuori dell'Area Contrattuale: I Constructive Trusts e L'Arricchimento senza Causa*, in *Mandato, Fiducia e Trust. Esperienze a confronto*, (Org. Francesco Alcaro e Raffaele Tommasini, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 143 ss., p. 143.

<sup>1636</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias das Obrigações*, cit., p. 264 e Catarina Pires, *Alienação*, cit., p. 50.

<sup>1637</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias das Obrigações*, cit., p. 264

<sup>1638</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação*, cit., p. 199.

alienar, neste âmbito o bem dado em garantia. Esta obrigação só tem lugar quando, à luz do ordenamento jurídico, não exista um motivo justificativo desse aumento patrimonial.

### 13. Posse - usucapião na alienação em garantia

A alienação fiduciária em garantia tem sido usada como garantia sem desapossamento,<sup>1639</sup> em alternativa ao penhor<sup>1640</sup>, pelo que julgamos legítimo questionar a que título o alienante/fiduciante conserva a “posse” da coisa, pois pode-se questionar a possibilidade de aquisição, por usucapião<sup>1641</sup>, do direito de propriedade do bem alienado

---

<sup>1639</sup> Sobre posse no nosso sistema, cf. nomeadamente, António Menezes Cordeiro, *Evolução Juscientífica e Direitos Reais*, in ROA, Ano 45, I – Abril, 1985, p.71-112; António Menezes Cordeiro, *A posse: perspectivas dogmáticas actuais*, 3.ªed., Almedina, Coimbra, 2014. P. 11 ss; José Pinto Coelho, *Anteprojecto do Código Civil de 1966*, in BFDC, n.º88, Julho – 1959, p.139-166; Margarida Costa Andrade, *(Alguns) aspectos polémicos da posse de bens de imóveis no Direito Português*, in Cadernos do CENOR, (sep.), Almedina, Coimbra, 1996, p. 83-119; Fernando Pereira Rodrigues, *Usucapião: constituição originária de direitos através da posse*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 17 ss. e Luís Cunha Gonçalves, *Da propriedade e da Posse*, Edições Ática, Lisboa, 1952, p. 4 ss.; Orlando de Carvalho, *Introdução à posse*, in Direito das coisas, (coord. Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães; Maria Regina Redinha), Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p.259-312 e Gabriel António Órfão Gonçalves, *Aquisição tabular*, AAFDL, Lisboa, 2004, p. 12 ss.

<sup>1640</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 116.

<sup>1641</sup> Usucapião constitui uma das manifestações do Direito Romano no nosso sistema, cf. António Santos Justo, *A base romanística do direito luso-brasileiro das coisas (algumas figuras jurídicas)*, in ROA, Ano 69, I/II, 2009; António Santos Justo, *A usucapião (Direito Romano e Direito Português)*, in Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n.º 24, 2003, p.57-80; António Santos Justo, *A presença do Direito Romano no Direito Português: A usucapião*, in BFDC, 11, Jornadas Romanísticas, 2003, p. 217-231. A usucapião é uma figura do Direito romano anterior à Lei das XII Tábuas e o termo derivada do vocábulo *usucapio*, que significa “adquirir pelo uso” [*usus* (uso) + *cipio* (aquisição)]. Na época romano-clássica - 130 a.C. a 230. Para a verificação da figura era necessário o preenchimento de dois requisitos: (a) cidadania romana; (b) *possessio* de uma *res* corpórea e *in commercio*; (c) *iusta causa* (título); (d) duração da posse por um determinado período de tempo - dois anos nos imóveis e um ano nos móveis – tempo breve, mas compreensível devido à economia rural da época; (e) *bona fides* do possuidor no momento em que se iniciasse a posse. A par desta figura, existia uma outra, de origem grega, designada por *praescriptio longi temporis* que, apesar de mais tarde vir a incorporar-se na do *usucapio*, inicialmente surgiu, tão-só, com o propósito de paralisar pretensões reivindicatórias por parte do proprietário que não houvesse reagido contra a posse contrária durante dez ou vinte anos, consoante vivessem ou não na mesma cidade. Este instituto não tinha um efeito aquisitivo, mas antes extintivo de eventuais *actiones* propostas pelo proprietário inerte. Com a fusão da *usucapio* com a *praescriptio longi temporis*, operada por Justiniano no *Corpus Iuris Civilis*, passaram ambas as figuras a constituir um modo de aquisição da coisa com base numa posse titulada e na boa-fé do possuidor. Fusão que no Código de Seabra deu lugar à “prescrição aquisitiva”, antecedente imediato da “usucapião” - termo utilizado na proposta de Vaz Serra. Alterações posteriores vieram a decretar a dispensabilidade de *iusta causa* e de *bona fides* para *possessiones* de quarenta anos, qualificadas em Roma por *longissimi temporis*. Situação que se manteve até ao ano de 528 em que Justiniano tornou a exigir a *bona fides* do possuidor, considerando indigno todo aquele que exerce a posse com a consciência de que lesava um direito de outrem, ainda que a *mala fides* superveniente não prejudicasse o funcionamento da *usucapio*. Para um desenvolvimento mais completo da origem histórica da usucapião, cf. Santos Justo, *Direito Privado Romano - III (Direitos Reais)*, Coimbra, 1997, p.73 ss.; Santos Justo, *A Presença do Direito Romano no Direito Português: A usucapio*, cit., p. 217 ss Santos Justo, *A Usucapião (Direito Romano e Direito Português)*, cit., p. 57 ss.; Mónica Jardim, *Efeitos Substantivos do registo predial*, cit., p. 71; Moreira Alves, *A Posse. Do antigo Direito Português ao Código Civil Brasileiro*, in BFDUC – Estudos em Homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz, LVIII, t., II, Coimbra, 1982, p. 655-693.

em garantia. O CC vigente considera que alguns bens não podem ser adquiridos por usucapião. Assim, os direitos de uso e habitação são direitos que têm de ser aproveitados directamente pelo seu titular e pela sua família em virtude das suas necessidades pessoais (artigo 1486.º CC), com exclusão de qualquer outro sujeito, o que implica a sua intransmissibilidade (artigo 1488.º CC). Assim, constituídos estes direitos em favor de um sujeito, não pode depois, vir uma pessoa distinta aproveitar-se deles – extintas as necessidades extinguem-se os direitos de uso e habitação. O *modus operandi* do titular dos direitos de uso e habitação sobre a coisa é incaracterístico – o exercício da posse pelo seu titular não permite, de forma consistente e segura, visar e corresponder, tão-só, a esses mesmos direitos. Idênticos actos são executados pelo usufrutuário. Os direitos de uso e habitação podendo, embora fundar uma situação de verdadeira posse – com todas as vantagens que daí decorre, designadamente, de tutela possessória, não podem ser adquiridos por usucapião.

O artigo 1548.º/1 CC, que *as servidões não aparentes não podem ser constituídas por usucapião*. Uma das justificações da exclusão das servidões não aparentes tem a ver com a exigência de evitar que actos praticados clandestinamente, facilmente confundíveis com situações constituídas à base da tolerância ou no âmbito de relações de vizinhança, pudessem conduzir à aquisição deste direito por usucapião. Com efeito, a perplexidade dos actos reveladores do exercício da servidão teria o grave inconveniente de dificultar, em vez de fomentar as boas relações de vizinhança, pelo receio fundado que assaltaria as pessoas de verem convertidas em situações jurídicas de carácter irremovível e situações de facto, assentes sobre actos de mera condescendência ou obsequiosidade<sup>1642</sup>. Assim, o direito da propriedade pode ser adquirido por usucapião porque não é incluído no âmbito dos direitos que não podem ser adquiridos por usucapião. Aliás, nos termos do 1306.º CC, um dos modos de aquisição de propriedade é a usucapião.

No nosso sistema, não vigora o princípio segundo o qual a posse vale título<sup>1643</sup>, dado que esta presunção é ilidível nos termos do artigo 1268.º CC. CATARINA

---

<sup>1642</sup> Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, cit., anotação ao artigo 1548.º. Menezes Leitão, *Direitos Reais*, cit., p. 221, considera que a razão para a não aquisição por usucapião das servidões não aparentes resulta do facto de em relação à mesma não ser fácil determinar a existência de uma posse pública. Orlando Carvalho, *Direito das Coisas*, cit., p. 177 ss., considera que o carácter aparente da servidão não se confunde com a característica pública da posse, acarretando somente a publicidade em face das pessoas que compõem o círculo social em que a posse se desenvolve.

<sup>1643</sup> Sobre este aspecto, cf. Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, cit., p. 289, Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Reais*, cit., p. 72. José Alberto Vieira, *Registo de usucapião titulada por escritura de justificação notarial e presunção de titularidade do direito*, Anotação ao Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º1/2008, de 4 de Dezembro de 2007, Proc. 2464/07, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º24, Outubro/Dezembro, 2008, p. 21-42. O princípio posse vale título significa que estando de boa fé o possuidor de uma coisa móvel,

PIRES<sup>1644</sup> sustenta que o poder de facto que o fiduciário exerce sobre a coisa consiste numa posse especial, do carácter fiduciário, distinta da posse do proprietário normal, razão pela qual sujeita a um regime jurídico diferente, nomeadamente para o efeito de usucapião, razão pela qual parece-nos que a autora exclui a possibilidade de aquisição do direito da propriedade por usucapião com base nessa “posse”.

Em relação ao adquirente/fiduciário, parece que este não pode adquirir a propriedade que lhe foi transmitida em garantia porque já é proprietário, assim, não pode adquirir um direito que já lhe pertence, já se encontra na sua esfera jurídica. Em relação ao fiduciante, se a “posse” foi mantida na sua esfera jurídica, um banco pode conceder crédito a um comprador e este transfere a propriedade ao credor até ao cumprimento da sua obrigação. Nesta situação, em regra, a “posse” mantém-se na esfera jurídica do devedor/alienante, pelo que é legítimo questionar se este poderá vir a adquirir por usucapião o bem alienado que se encontra na sua posse. Não nos parece que o devedor/fiduciante possa adquirir o bem por via de usucapião, tolerância do titular de credor/fiduciário, pelo que o alienante não deve ser considerado possuidor e, por conseguinte, a sua actuação não poderá fundar uma aquisição mediante usucapião<sup>1645</sup>.

Neste caso, em relação ao alienante/devedor, não constitui uma autêntica situação de posse, por ser ele mesmo o alienante do direito de propriedade, cria uma situação da falta do elemento psicológico - o *animus possidendi* -reconduzindo-se a casos de detenção, em que ao exercer poderes materiais sobre o bem reconhece outrem como titular do direito real sobre ele. Há um interesse que se sobrepõe ao do detentor – o crédito

---

beneficia da presunção *iuris et iure*, o titular de direito real sobre a coisa perde o mesmo direito sobre ela e não a pode reivindicar desde que ela tinha sido transmitida ao terceiro de boa fé. Este princípio vigora no Direito Espanhol, Direito Francês, Direito Italiano e Direito Alemão. Sobre a posse e usucapião neste países, cf. Sobre a posse e a propriedade em Espanha, cf. Pedro de Pablo Contretas, *La propiedad y la transmisión de los derechos reales*, in *Derecho Privado Europeo*, (coord. Sergio Cámara), Madrid, 2003, p.951-966; Germán Gallego del Campo, *La usucapión contratabulas*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º686, 2004, p.2655-2710; Gabriel Garcia Cantero, *Les diferentes fonctions de la possession en droit privé*, in *European Review of Private Law*, VI, n.º 4, 1998, pp. 363-382; Antonio Hernández Gil, *La función social de la posesión: ensayo de teorización sociológico-jurídica*, Alianza Editorial, Madrid, 1969. Em Alemanha, cf. Rudolf Von Jhering, *Sobre o Fundamento da Protecção Possessória*, (Tradução a adaptação de José A. R. L. González), Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2007. Em França, cf. Jean Carbonnier, *Droit Civil*, III – *Les biens (monnaie, immeubles, meubles)*, Thémis, 16.<sup>a</sup> ed., actual, PUF (Presses Universitaires de France), Paris, 1995. Em Itália, cf. Salvatore Patti, *Perdita del diritto a seguito di usucapione e indenmità (alla luce della convenzione europea dei diritti dell'uomo)*, in *Rivista de Diritto Civile*, n.º 6, II, 2009, p. 663-668.

<sup>1644</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 117-118.

<sup>1645</sup> O detentor apenas pode adquirir por usucapião invertendo o título de posse inversão que tem de efectuar contra a pessoa em nome de quem detinha através de actos públicos dela conhecidos, ou cognoscíveis, sob pena de tal actuação não ter relevância jurídica, na medida em que desconhecida daqueles que poderiam reagir a essa reclamada inversão do título possessório. Cf. Ac. TRC, de 18 de Fevereiro de 2014, in [www.dgsi.pt..](http://www.dgsi.pt..)

do adquirente, a garantia do cumprimento – pelo que o exercício, sobre a coisa, por parte do devedor/alienante, durante a pendência da garantia, tem de conciliar-se com esse interesse do adquirente/fiduciário. Verifica-se, apenas, um *animus detinendi* que não é suficiente para fundar uma prescrição aquisitiva. Em relação aos terceiros<sup>1646</sup>, parece que podem adquirir por usucapião, desde que se verifiquem todos os requisitos da figura também em relação ao fiduciário. Aliás, nos termos do artigo 1264.º CC, se o titular do direito real transmitir esse direito a outrem, não deixa de considerar-se transmitida a posse para o adquirente, ainda que, por qualquer causa, aquele continue a detê-la.

#### **14. Os bens passíveis de transmissão em garantia – generalidades**

*I. Generalidades.* Na fidúcia, o negócio consiste em transmissão do bem do fiduciante para o fiduciário e este, mais tarde terá, eventualmente, verificada determinadas circunstâncias, que retransmitir o mesmo bem ao fiduciante. O direito transmitido pode ter diferentes naturezas, nomeadamente direitos reais e de crédito. Estes bens são transmitidos plenamente para o fiduciário ao mesmo tempo que se estabeleciam

---

<sup>1646</sup> Sobre conceito de terceiros para o efeito de registo, cf. Miguel Teixeira de Sousa, *Sobre o conceito de terceiros para efeitos de registo*, in ROA, Ano 59, I Janeiro, 1999, p.29-46. Em relação à aquisição por parte de terceiros, o Supremo Tribunal de Brasil apreciou uma questão em que uma pessoa detinha um automóvel sem o conhecimento do proprietário, fiduciário/financiador, e o respectivo detentor pretendia ver reconhecido o direito de propriedade, por via de usucapião, sobre o bem. Considerou o STJ – Brasil que a transferência do bem a terceiro, à revelia do, fiduciário/financiador constitui um acto de *clandestinidade* (sobre efeito de publicidade na matéria de usucapião no nosso sistema, cf. Ana Fonseca, *Publicidade espontânea e publicidade provocada de direitos reais sobre imóveis*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 20, Outubro - Dezembro, 2007, p.14-25; Vassalo de Abreu, *A relação de coexistência» entre a usucapião e o registo predial no sistema jurídico português*», in BFDC – Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p.29-107 e Alexandra Gonçalves Marques, *A transmissão da propriedade em Portugal: a questão informacional subjacente ao Registo Predial*, in O Direito, n.º 1, Ano 143, 2011, p. 93-134. J. Dias Marques, *Prescrição Aquisitiva*, I/II, Lisboa, 1960) incapaz de dar azo à posse, razão pela qual não pode adquirir a propriedade do bem por usucapião. Noutro caso idêntico, o STJ – Brasil já havia decidido que a posse de bem por contrato de alienação fiduciária em garantia não pode levar a usucapião pelo adquirente ou pelo cessionário deste, pois a posse pertence ao fiduciante que, no acto do financiamento, adquire a propriedade do bem até que o financiamento seja pago. Em termos gerais, a jurisprudência brasileira restringe o uso indiscriminado do instituto de usucapião na matéria de alienação fiduciária em garantia, considerando que não se pode facilitar a aplicação do instituto de usucapião na medida em que poderá dar azo às situações cujo objectivo consiste em *enfraquecer* a garantia e facilitar o incumprimento, considerando que bastaria a utilização de um intermediário para a compra do veículo e a simulação de uma transferência a terceiro com paradeiro desconhecido, para se requerer, decorrido prazo legal, o usucapião do bem. O STJ – Brasil, considerou ainda que, nos contratos de alienação fiduciária em garantia, mesmo havendo o desdobramento da posse, a transferência directa mesma a terceiros deve ser precedida de autorização do credor fiduciário porque constitui um acto que modifica a essência do contrato, bem como a garantia do credor/fiduciário. Se o bem, objecto da garantia for transferido a terceiro pelo devedor fiduciante, sem consentimento do credor/fiduciário, deve a apreensão do bem pelo terceiro ser considerada como acto clandestino, por ser praticado às ocultas de quem se interessaria pela recuperação do bem, destacou. Cf. Ac. STJ – Brasil, de 02 de Março de 2010, Proc. REsp 881.270/RS, Relator - Luís Felipe Salomão.

limitações de carácter obrigacional ao seu exercício. Tradicionalmente, o objecto do negócio fiduciário é o direito.<sup>1647</sup> Todavia, recentemente, alguns autores contrariam a doutrina tradicional, admitindo o alargamento do círculo de bens fiduciários, por forma a incluir certas posições jurídicas com valor pecuniário, nomeadamente informações e posições de controle e informações. Esta tese é inspirada no desenvolvimento do Direito Norte-Americano, onde as informações, sobretudo relacionadas com as oportunidades de negócios, processos de acabamento ou comercialização são considerados bens susceptíveis de transferências fiduciárias.

Na perspectiva do negócio fiduciário caracterizado pela relação interna, com fundamento na protecção desta modalidade de bens na jurisprudência constitucional alemã e pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, por razões jurídico éticas e de análise económica do direito, estes autores entendem que o referido alargamento se encontra justificado.<sup>1648</sup> Para além dos direitos, há outras formas de riqueza que compõem o *património em sentido económico*<sup>1649</sup>, porque não são objecto de um particular direito, mas têm muita relevância para as pessoas e empresas<sup>1650</sup>, suas expectativas de ganho e lucros, pelo que estes bens têm um determinado valor económico, podendo em alguns casos ser objecto de transmissão<sup>1651</sup>, nomeadamente certas informações de carácter técnico e comercial, sobretudo de difícil obtenção no mercado.<sup>1652</sup> Estes “bens”, por vezes, quando reúnam certas características, são protegidos através de um direito, cujo conteúdo essencial é reservar ao seu titular a exploração económica exclusiva<sup>1653</sup> desse bem durante um certo período de tempo, nomeadamente as invenções, sendo esse direito denominado de patente, atribuído, de acordo com a CPE, ao inventor primeiro solicitante.<sup>1654</sup> A questão que se coloca é a seguinte: será que estes bens que, não obstante não serem protegidos autonomamente através de um direito, são susceptíveis de serem

---

<sup>1647</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 101.

<sup>1648</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 103.

<sup>1649</sup> Cf. Maria João Vaz Tomé, *O Direito à Pensão de Reforma enquanto Bem Comum do Casal*, Studia Jurídica, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 147 -148 e Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, II, *Direito Industrial*, Lisboa, 1988, p. 77.

<sup>1650</sup> Cf. A Ferrer Correia, *Sobre a Projectada Reforma da Legislação Comercial*, Coimbra, 1984, p. 45 e J. M. Coutinho de Abreu, *Elementos ou meios das Empresas*, RJUM, I, 1998, p. 112-113.

<sup>1651</sup> Cf. Orlando de Carvalho, *Direitos Reais*, Centelha, Coimbra, 1977, p.189.

<sup>1652</sup> Cf. A Ferrer Correia, *Sobre a Projectada Reforma da Legislação Comercial*, cit., p. 46-47.

<sup>1653</sup> Cf. Carlos Olavo, *Propriedade Industrial*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 26-27. Para uma análise aprofundada sobre a natureza destes direitos, cf. M. Oehen Mendes, *Direito Industrial*, I (sumários das lições do 4.º ano - 83/84 – do curso do Direito no Porto da UCP, p. 91; Orlando de Carvalho, *Direitos Reais*, cit., p. 189; Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, p. 87; Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, II, *Direito Industrial*, cit., p. 389.

<sup>1654</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 107.

negociados isoladamente, podendo constituir objecto dos negócios fiduciários, a par dos direitos?

*II. Limitações britânicas.* No Direito inglês, qualquer bem, desde que identificável, pode ser objecto de *trust*.<sup>1655</sup> No direito, os conceitos são importantes<sup>1656</sup>. A Ciência Jurídica Inglesa recorre à expressão *assets* e não à expressão *rights*, abordagem que representa um obstáculo à perfeita adequação do instituto fiduciário aos tempos modernos e, por outro lado, gera dúvidas dogmáticas. Actualmente, o Direito inglês vive um momento de transição. Para além de se encontrar desfasado dos avanços jurídicos e sociais, o paradigma fiduciário britânico, tem neste ponto específico, a sua maior fragilidade por colocar o conceito de bens identificáveis no centro do processo constitutivo do *trust*. Há quem considere, todavia, que nada impede que o benefício de um direito de crédito seja constituído em fidúcia, sem aparentemente ser exigida a identificação de bens. Defende-se, por fim, que, a solução preferível deverá passar pelo abandono da solução defensável - identificabilidade dos direitos constituídos em *trust* - mas pelo reconhecimento de que qualquer direito pode, em princípio, ser objecto de fidúcia.<sup>1657</sup>

*III. Property right nos Estados – Unidos.* Nos Estados Unidos, o conceito de *trust* gira em torno da noção da propriedade. Partindo de uma concepção continental, facilmente se pode ser levado a pensar que, nos Estados Unidos, apenas os direitos reais podem ser objecto de *trust*. Na verdade, originariamente, o termo *property right* correspondia ao nosso direito de propriedade.<sup>1658</sup> Todavia, a partir do século XIX, o conceito de *property right* foi objecto de um processo expansionista no Direito Civil, pois, com os avanços sociais, económicos e comerciais do período moderno e contemporâneo, a visão que apresentava o *property right* como um poder absoluto ou um domínio exclusivo sobre uma coisa, tornou-se obsoleta.<sup>1659</sup>

---

<sup>1655</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 921-922.

<sup>1656</sup> Cf. Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito* (trad. José Lamago, Original: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*), 6.<sup>a</sup> ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 351; C. W. Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (trad. Menezes Cordeiro, orig. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*), 2.<sup>a</sup> ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, p. 359; M. Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, cit., p. 32; Orlando de Carvalho, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial*, I, Coimbra, 1987, p. 355 e J. Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983, p. 359.

<sup>1657</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 922.

<sup>1658</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 923.

<sup>1659</sup> *Trade marks*. O Supremo Tribunal, em 1879, reconheceu que, com o registo de uma marca (*trade marks*), o seu titular passa a ser titular de um *property right*. Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 924. Este direito é idêntico ao direito de propriedade clássico – um direito pleno e exclusivo e oponível a todos os terceiros – excepto na parte referente a objecto, porque o seu objecto não



IV. *Novos bens na Alemanha.* Na Alemanha, tradicionalmente, a doutrina e jurisprudência consideram que o objecto da fidúcia pode ser direito de crédito ou reias. Recentemente, STEFAN GRUNDMANN veio contrariar a doutrina tradicional, defendendo que o alargamento do objecto dos negócios fiduciários, por forma a incluir também aqui, a par dos direitos, certas realidades que constituem vantagens patrimoniais, nomeadamente informações e posições de controle e influencia.

V. *Informação e posição de domínio ou de controlo.* GRUNDMANN desenvolveu a sua tese com base no desenvolvimento do Direito Norte-americano, onde as informações sobre oportunidades de negócios, processos de produção e comercialização podem ser objectos dos negócios fiduciários e na jurisprudência alemã e Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias. O autor advoga que, para além dos direitos, há outras formas de riqueza – património em sentido económico<sup>1660</sup> – na medida em que estes bens<sup>1661</sup> possuem um determinado valor económico e passíveis de transmissão.<sup>1662</sup> Em resumo, considera o autor que estas situações, nomeadamente a informação, não são objectos de um particular direito, mas são de muita importância para as pessoas, suas

---

é uma coisa física, caindo assim a primeira característica da construção de BLACKSTONE. Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 924. *Trade name*. Mais tarde, décadas depois, a absolutividade ou exclusividade veio também a cair. Desenvolveu-se, paralelamente ao termo *trade marks*, o termo *trade name* – abarca todos os nomes utilizados num contexto comercial, não registados ou registáveis, que possam ser associados a um determinado sujeito. O propósito inicial do sistema era a protecção dos consumidores. cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 924. O reconhecimento judicial de um *trade name* permitia ao seu titular defender-se juridicamente de todos os terceiros que pretendessem, de forma fraudulenta, lucrar com a sua utilização. Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 924. A principal distinção entre *trade marks* e *trade name* é que a primeira é um *property right* oponível *erga omne*, enquanto o segundo pode ser invocado apenas contra certos terceiros, nomeadamente concorrentes que intentaram lucrar indevidamente e fraudulentamente com a sua utilização, ou seja, a sua protecção é circunscrita sectorialmente e geograficamente. Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 924. A consolidação do termo *trade name* originou um processo de teorização jurisprudencial que culminou com apresentação do nome comercial como uma forma de limitada de propriedade. Ou seja, com o registo do *trade name*, o seu titular passa a ser qualificado como titular de um direito limitado e circunscrito, e pode ser invocado apenas contra um conjunto de terceiros identificado. Assim, esta nova forma de *property right* não pressupõe uma coisa e não é oponível, aliás não tem que ser oponível a todos. Com efeito, na viragem para o século XX, os tribunais havia já qualificado como propriedade: segredos comerciais (*trade secrets*); reputação empresarial (*goodwill*); direitos do autor; direito de propriedade intelectual e industrial; *franchises*, etc. O conceito de propriedade foi estendido às situações em que os mecanismos de defesa têm uma natureza limitada e circunscrita. Assim, se todos os direitos são direitos de propriedade, torna-se necessário caracterizar o direito da propriedade. Para o efeito, define-se o *property right* como toda a situação jurídica activa concreta, merecedora de protecção jurídica, cujo conteúdo agrega o direito de uso, de fruição e de disposição. Os tribunais americanos têm dado muita atenção à transferibilidade, que se considera que *property right* é um direito passível de ser transferido. Por isso, todos os direitos que juridicamente possam ser alienados podem também ser constituídos em fidúcia. Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 925-928.

<sup>1660</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 101.

<sup>1661</sup> Em sentido lato, o termo bem inclui realidades vantajosas para o seu titular, cf. Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, AAFDL, Lisboa, 1978, Reimp., p. 387.

<sup>1662</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 106.

expectativas de ganho e são protegidos pelo direito, que o reconhece e considera que apenas podem ser utilizados com a concordância das pessoas com elas relacionadas, razão pela qual podem ser objecto dos negócios fiduciários. Todavia, uma vez que a tese de GRUNDMANN apoia-se muito no Direito Norte-americano, a doutrina faz dois reparos<sup>1663</sup>:

- a) No Direito Norte-americano, apenas os *property rights* podem ser constituídos em fidúcia. Com efeito, a expansão dos objectos dos negócios fiduciários surge como uma consequência do alargamento do conceito do *property right*, razão pela qual o apoio no Direito Norte-americano não tem razão de ser;
- b) Considera o GRUNDMANN que as oportunidades de negócio consubstanciam *property right*, todavia, o facto de os administradores não poderem utilizar, para os seus benefícios individuais, oportunidades que tenham chegado aos seus conhecimentos enquanto administradores não resulta um direito de propriedade da sociedade, mas da aplicação do dever de lealdade.

VI. *O problema dos bens imateriais na doutrina portuguesa.* O sistema português concebe a existência de alguns direitos sobre bens imateriais, de forma circunscrita e limitada, idêntico aos *property personal right* do Direito Norte-americano.<sup>1664</sup> Os autores concentram estudos nos segredos de negócios, porque podem servir de base a uma teoria mais abrangente e geral. O assunto dos segredos de negócio<sup>1665</sup> e da sua tutela jurídica tem

---

<sup>1663</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 930.

<sup>1664</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 931.

<sup>1665</sup> Sobre a sua protecção, cf. Lionelbently, *Tradeseecrets — intellectual Property but not ‘property’? Concepts of Property in intellectual Property* (Cambridge University Press, 2013), pp. 60-93. Até 1994 era discutido se respectiva protecção estava ou não incluída no artigo 10.º bis da Convenção de União de Paris - *Os países da união obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da união protecção efectiva contra a concorrência desleal. Constitui acto de concorrência desleal qualquer acto de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial. O número 3 contém uma enumeração exemplificativa de actos em que relevam a confusão e a indução em erro.* É esta a causa da discussão acerca na natureza genérica ou não entre a cláusula geral do número 2 e a enumeração exemplificativa do número 3. Com a adopção do Acordo TRIPS, parte integrante do Tratado que institui a Organização Mundial do Comércio, esta questão ficou ultrapassada. O artigo 39.º, único da secção VII, relativa às informações não divulgadas, consagrou uma dupla protecção: segredos de negócio (n.º 2) e informações relacionada com produtos químicos farmacêuticos ou para agricultura, na medida em que utilizem novos elementos químicos, cuja obtenção resulte de esforço considerável. Nos termos do n.º 1 do artigo 39.º do TRIPS esclareceu ainda que estes meios de protecção se incluem no artigo 10.º bis da Convenção da União de Paris. Da conjugação dos números 1 e 2 do artigo 39.º TRIPS, o titular da informação relevante — de impedir a divulgação, aquisição ou utilização da mesma por terceiros de uma forma contrária às práticas comerciais leais. Em nota ao artigo densifica-se o conceito “forma contrária às práticas comerciais leais”, através de uma enumeração exemplificativa. Em bom rigor, não se protegem segredos de negócio de forma absoluta; apenas se protegem segredos de negócio contra a aquisição, utilização ou divulgação indevidas. É necessário que a acção em causa seja contrária às práticas comerciais honestas, constituindo um acto de concorrência desleal, para que se afirme violação de segredos de negócio e, dessa forma, haja lugar a tutela, cf. Nuno Sousa e Silva, *Um Retrato do Regime Português dos Segredos de Negócio*, Exposição oral feita no Seminário “A Protecção Legal de Segredos de Negócio” UCP (Porto), Julho de 2014, p. 235.

crescido em importância. O artigo 318.º do CPI<sup>1666</sup>, cujo texto reproduz fielmente o artigo 39.º/2 do Acordo TRIPS, define segredos de negócio como: "(...) informações [que]: Sejam secretas, no sentido de não serem geralmente conhecidas ou facilmente acessíveis, na sua globalidade ou na configuração e ligação exactas dos seus elementos constitutivos, para pessoas dos círculos que lidam normalmente com o tipo de informações em questão; Tenham valor comercial pelo facto de serem secretas; Tenham sido objecto de diligências consideráveis, atendendo às circunstâncias, por parte da pessoa que detém legalmente o controlo das informações, no sentido de as manter secretas.

Assim, na conjugação dos artigos 317.º e 318.º CPI, a utilização e aquisição dos segredos de negócios de um concorrente, sem o consentimento do mesmo, constitui um acto de concorrência desleal. Com efeito DÁRIO MOURA VICENTE<sup>1667</sup> entende que o legislador consagrou um efectivo direito. Em sentido contrário, outra parte da doutrina<sup>1668</sup> considera que a referida disposição não consagra um direito subjectivo individual, mas sim pretende punir a concorrência desleal e a violação das regras de lealdade que regulam a actividade concorrencial.

A. BARRETO CORDEIRO<sup>1669</sup> adere à posição do DÁRIO MOURA VICENTE. Nesta óptica, advoga que o artigo 318.º CPI consagrou um direito, circunscrito, que pode ser invocado apenas contra certos terceiros, os concorrentes prevaricadores. Ou seja, tal como no Direito Norte-americano, no Direito português, o titular do direito não o pode invocar contra sujeitos que tenham tido acesso à informação por meios idóneos e lícitos. Ainda este autor ainda vai mais longe (do que a doutrina que restringe a análise do direito à sua dimensão interna), considerando que: *Se trata de um direito de uso e de fruição* – protegendo a posição jurídica do titular contra os possíveis prevaricadores, significa que o legislador reconhece que o respectivo titular pode usar e fruir dessa informação; *Se trata de um direito de disposição* – na medida em que a utilização de segredos de negócio sem

---

<sup>1666</sup> Sobre este artigo, cf. Oehen Mendes, *A Inversão do Ónus da Prova na Violação das Patentes de Processo*, in AAVV, *Iuris et de Jure*, UCP, 1998, pp. 1087-1115.

<sup>1667</sup> Cf. Dário Moura Vicente, *Segredo Comercial e Acesso e Acesso à Informação Administrativa*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, FDL, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 289-297, p. 294. No mesmo sentido, Américo da Silva Carvalho, *Ilícito Comercial e dano*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 179.

<sup>1668</sup> Cf. Couto Gonçalves, *Manual de Direito Industrial: propriedade industrial e concorrência desleal*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 377; Pedro Sousa e Silva, *Direito Industrial: noções fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 341; Carlos Olavo, *Propriedade Industrial*, I, *sinais distintivos do comércio, concorrência desleal*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, p. 245. Para uma análise mais aprofundada sobre o sentido desta disposição, cf. José de Oliveira Ascensão, *Concorrência Desleal*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 469 ss. e *Direito Comercial*, II, *Direito Industrial*, Reimp. ed. de 1994, p. 296 ss.

<sup>1669</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 937.

o consentimento do seu titular consubstancia um acto ilícito, significa que o mesmo titular pode dar o seu consentimento, por isso, tem um direito a dispor; *Direito limitado ou circunscrito* – este novo direito, ao contrário do direito de propriedade, não é pleno nem exclusivo e é, apenas, invocável contra determinados sujeitos de má-fé. Conclui o autor que, uma vez que o legislador reconhece a existência de um direito sobre essas informações, este direito pode ser transmitido e por conseguinte, pode ser transmitido em fidúcia, na medida em que o elemento chave deve ser colocado na transmissibilidade.

PESTANA DE VASCONCELOS advoga que estes bens imateriais, nomeadamente segredos de negócio, constituem o património em sentido económico e não se confundem com o património em sentido jurídico que é composto por um conjunto de direitos pecuniariamente avaliáveis de que é titular um sujeito. Considera o autor que estes bens em sentido económico, quando reúnam determinadas características, são protegidos por intermédio de um direito absoluto cujo conteúdo é reservar ao seu titular a sua exploração exclusiva durante um período de tempo limitado.<sup>1670</sup> Refere ainda que devido à importância destes bens, o Direito lhes protege sob forma de um direito de exploração exclusiva limitado no tempo. Mais adiante, o autor refere que os mesmos bens não são protegidos autonomamente através de um direito<sup>1671</sup>. O autor chamou a atenção para o facto de ser necessário terem conta, numa perspectiva estrutural dos negócios fiduciários, que o risco que o fiduciário suporta no caso de ser um direito é mais amplo do que suportaria no caso dos *bens economicamente valiosos*, na medida em que os direitos podem ser penhorados pelos credores do fiduciária, assim como podem ser liquidados na insolvência do fiduciário, diferentemente dos *bens economicamente valiosos*, onde estes problemas dificilmente se podem colocar, concluindo que não se pode, por exemplo, penhorar o saber fazer ou a imagem da empresa. Conclui o autor que o negócio fiduciário em sentido estrito – negócio fiduciário para administração e negócio fiduciário de garantia – só pode ter por objecto o direito.<sup>1672</sup>

## **15. As modalidades dos negócios fiduciários**

*I. Fidúcia para garantia e fidúcia para administração.* Na fidúcia para garantia, o direito é transmitido ao credor para que ele o retransmita logo que a obrigação garantida

---

<sup>1670</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 103-108.

<sup>1671</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 109.

<sup>1672</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 124-126.

tenha sido cumprida. No negócio fiduciário para administração, um direito sobre um bem é transmitido ao fiduciário para que este o gira em benefício de outrem, e depois retransmita o direito. A fidúcia para garantia corresponde, em regra à *fiducia cum creditore* e a fidúcia para administração à *fiducia cum amico*.<sup>1673</sup>

II. *Negócio fiduciário aberto e Negócio fiduciário oculto*. Considera-se aberto o negócio fiduciário quando o carácter fiduciário é público, ou reconhece pelo terceiro que celebre com o fiduciário um negócio jurídico tendo por objecto um direito fiduciariamente transmitido. Se apenas o fiduciante e a sua contraparte tiverem conhecimento do carácter fiduciário do direito, considera-se oculto o negócio fiduciário. Esta distinção, na Alemanha e Portugal, tem a sua relevância na determinação da responsabilidade de um terceiro que tenha adquirido ao fiduciário, violando este a sua obrigação para com o fiduciante, o direito em causa.<sup>1674</sup>

III. *Fidúcia dinâmica e fidúcia estática*. A fidúcia dinâmica implica necessariamente a transferência de um direito ao fiduciário. Na fidúcia estática, o fiduciário já é titular da referida posição jurídica que depois se obriga a exercer de determinada forma a favor do fiduciante ou de terceiro. Esta distinção é efectuada na doutrina italiana.<sup>1675</sup>

IV. *Negócio fiduciário directo e negócio fiduciário indirecto*. Na *fiducia* estática, como vimos, o fiduciário já é titular da referida posição jurídica que depois se obriga a exercer de determinada forma a favor do fiduciante ou de terceiro. Todavia, esta modalidade de fidúcia não se confunde com situações em que um sujeito se obriga a adquirir um determinado direito para o fiduciante. Neste caso, o fiduciário obriga-se, mediante *pactum fiduciae*, a realizar a aquisição para o fiduciante de um direito que lhe deverá transferir em cumprimento da obrigação assumida. Diferentemente da *fiducia* estática, quando o fiduciário se obriga a adquirir um determinado direito para o fiduciante, não se trata da situação em que o fiduciário já fosse titular do direito. Ou seja, a posição fiduciária do fiduciário implica a celebração de um negócio com terceiro, pelo qual se

---

<sup>1673</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 49.

<sup>1674</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 52-53.

<sup>1675</sup> Cf. Francesco Galgano, *Diritto Civile e Commerciale, II, Le obbligazioni e i contratti, (1) Obbligazioni in generale, contratti in genae*, 3.<sup>a</sup> ed., Cedam Padova, 1999, p. 458, Vincenzo M. Trimarchi, *Negozi fiduciário*, ED, XVIII, pp. 32 ss., p. 48, Giovanni Criscuoli, *Fiducia e Fiducie in Diritto Privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, RDCiv., 1983, I, pp. 136 ss., p. 141 e Giovanni Meruzzi, *Intestazione a Società Fiduciarie di Titoli Azionari*, CI, 1995 p. 393.

adquire o direito que *ex vi* do negócio inicial obrigou-se a retransmitir ao fiduciante, por isso, a doutrina lhe classifica de negócio fiduciário indirecto.<sup>1676</sup>

V. *Negócios fiduciários para gestão*. Na fidúcia para gestão, o beneficiário da gestão pode ser o alienante, assim como pode ser a favor de um terceiro ou para outros fins em que a gestão é meramente acessória. O negócio fiduciário em benefício de outrem tem, em regra, a finalidade de atribuir ao beneficiário os resultados de gestão prudente realizada pelo fiduciário. Assim, o fiduciante transfere o direito, normalmente da propriedade, ao fiduciário/gestor, em vez de doar o bem ao beneficiário, entre outras razões, como forma de proteger o beneficiário contra a sua inexperiência ou prodigalidade. O beneficiário receberá os proventos da gestão realizada pelo fiduciário que lhe transmitira o direito da propriedade.<sup>1677</sup> O beneficiário da gestão pode ser o próprio alienante/fiduciante, um dos exemplos é o que sucede em relação aos valores mobiliários, que exigem constantes transações em resposta aos movimentos do mercado, desenvolvendo variadas actividades, nomeadamente em que as actividades a desenvolver são a gestão dos bens de outra parte, o direito é transmitido a uma pessoa para que ela mais tarde o retransmita a outrem.<sup>1678</sup> A administração também pode ser meramente acessória no negócio fiduciário, por exemplo, o fiduciário adquire um bem a um terceiro para depois transferir ao fiduciante.

---

<sup>1676</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 54.

<sup>1677</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 49.

<sup>1678</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 251.

### **PARTE III**

#### **REGIME INSTITUIDO PELA OHADA**

## 1. OHADA

*I. Generalidades.* A aplicação dos actos uniformes da OHADA na Ordem Jurídica dos estados partes da organização tem fascinado os juristas, sobretudo, da África francófona<sup>1679</sup>. Somos do entendimento que, antes de avançar para a essência do tema, é

---

<sup>1679</sup> A bibliografia dedicada aos actos uniformes da OHADA é vasta. Os principais estudos sobre o espaço OHADA e os actos uniformes, em todas as vertentes: Manuel Januário da Costa Gomes, *Regime da carta de garantia*, Boletim da FDB, 2005; Manuel Januário da Costa Gomes, *O regime da fiança no Acto Uniforme sobre Garantias da Organização para a Harmonização em África do Direito dos Negócios; alguns aspectos*, Separata do Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, n.º 6, Bissau, 2004; Manuel Januário da Costa Gomes, *O Regime da Fiança no AUG DA OHADA – Alguns Aspectos*, in Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, n.º 6, Junho de 2004, pp. 325 ss.; Manuel Januário da Costa Gomes/Rui Ataíde, *OHADA – Tratado, Regulamentos e Actos Uniformes*, Almedina, Coimbra, 2008; Cláudia Alexandra Madaleno, *Direito Privado (garantia das obrigações)* Sumários produzidos na FDB, em 2005; Cláudia Alexandra Madaleno, *As Garantias das Obrigações nos Direitos Guineense e da OHADA*, Almedina, Coimbra, 2009; Salvatore Mancuso, *Diritto Commerciale Africano (OHADA)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 2009; Salvatore Mancuso, *Direito Comercial Africano (OHADA)*, Almedina, Coimbra, 2012; Samora Ilídio Delgado Sampa, *Garantia Geral das Obrigações Prevista no Código Civil face ao Acto Uniforme da OHADA relativo à Organização das Garantias*, in *Estudos sobre a OHADA*, Faculdade de Direito de Bissau, Bissau, 2008, pp. 243-301; Samora Ilídio Delgado Sampa, *Carta de Garantia*, in *Estudos sobre a OHADA*, Faculdade de Direito de Bissau, Bissau, 2008; Samora Ilídio Delgado Sampa, *Os Negócios entre a Sociedade e os Sócios no Direito da OHADA*, Almedina, Lisboa, 2014; João Espírito Santo, *Acte Uniforme Relatif au Droit des Sociétés Commerciales et du Groupement d'intérêt Économique*, Parecer solicitado pelo Ministro da Justiça da Guiné-Bissau, edição desconhecida, 1997, p. 2; Jean Lefilleur, *Comment Améliorer l'Accès au Financement pour les PME d'Afrique subsaharienne?*, in *Revue Afrique Contemporaine*, III, n.º 227, 2008; Jacqueline Lohouès-Oble, *L'Apparition d'un Droit International des Affaires en Afrique*, RIDC, n.º 3, 1999, p. 543; Maïnassara Maïdagi, *Le Défi de l'Exécution des Décisions de Justice en Droit de l'ohada*, Penant n.º 855, Abril-Junho, 2006, p. 186 ss.; Twengembo, *Injonction de Payer, de Délivrer ou de Restituer*, in *Encyclopédie du droit OHADA*, Lamy, 2011, p. 1010 ss.; Souleymane Toe, *Aperçu Pratique des Finalités de la Procédure Collective dans l'Espace OHADA*, RDU, n.º 1, junho, 2010, p. 37 ss.; Thorsten Vogl, *La Lutte Contre la Corruption: condition essentielle pour la réussite de l'OHADA*, in Penant n.º 867, avril-juin 2009, p. 206. 498; Anoh B. Adouko, *Le Droit Uniforme Africain et le Droit International Privé*, Burdeus, 2013; Aziber Seïd Algadi, *Contrats et Droit OHADA des Procédures Collectives. Étude à la lumière du droit français*, L'Harmattan, 2009; Anne Marie Assi-Eso/N'Diaw Diouf, *OHADA, Recouvrement des Créances*, Bruylant, 2002; Olga Ballal, *Les Usages et le Droit OHADA*, VII, PUAM, 2014; Paul Gérard Pougoue/Yvette Rachelle Kalieu, *L'Organisation des Procédures Collectives d'Apurement du Passif OHADA*, PUA, Yaoundé, 1999; Djibril Abarchi, *Pour une Adaptation du Droit Nigérien des Procédures Collectives à l'Évolution Socio-économique*, Université d'Orléans, 1990; Roch Adido, *Essai sur l'Application du Droit en Afrique: le cas de l'OHAD : aspects sociologiques et juridiques au vu du passé et du présent*, Perpignon, 2004; Apollinaire A. Saba, *La Protection du Créancier dans la Procédure Simplifiée de Recouvrement des Créances Civiles et Commerciale. Droit de l'OHADA et pratique Européenne*, 2.<sup>a</sup> ed., Global Finance Securities. Pratiques judiciaires et législatives, 2011; Ngarlem Ngarguinam Madjiwei, *Le Droit Pratique des Affaires au Tchad: quelle place pour le commerce informel*, Panthéon-Sorbonne, Paris, 2010; Prosper Mvondo, *Le Dualisme Juridique en Afrique Noire Francophone. Du droit privé formel au droit privé informel*, Strasbourg, 1995; Eloie Soupgui, *Les Sûretés Conventionnelles à L'épreuve des Procédures Collectives dans L'espace OHADA*, Yaoundé, 2008; Laurent Benkemoun, *Quelques Réflexions sur L'OHADA 10 Ans après le Traité de Port Louis*, Penant n.º 843, pp. 133-139; Serge Kokou Evelamenou, *Le Concordat Préventif en Droit Ohada*, Paris, 2012, p. 492; Stéphanie Kwemo, *L'OHADA et le Secteur Informel, l'Exemple du Cameroun*, 2012; Éloge Mesmin Koumba, *Droit de L'OHADA, Prévenir les Difficultés des Entreprises*, L'Harmattan, 2013; Dédji Kounde, *Les Actes Uniformes OHADA et la Croissance Économique des États D'Afrique de la Zone Franc*, Perpignan, 2005; Samba Thiam, *Introduction Historique au Droit en Afrique*, L'Harmattan, 2011; Philippe Tiger, *L'Afrique Subsaharienne: De la Crise à une Croissance Durable, Que sais-je? Le Droit des Affaires en Afrique OHADA*, PUF, 2000; Claude Garrier, *Côte D'Ivoire et zone OHADA: gestion immobilière et droit foncier*



pertinente deixar uma breve nota sobre a OHADA, que, de certa forma, gera questões que merecerão a nossa atenção durante este percurso. Por outro lado, é necessário fazer uma descrição, caracterização e análise sumária de alguns aspectos por forma a compreender o que ulteriormente se vai estudar. Antes da criação da OHADA, havia mais desconfianças por parte dos operadores económicos em relação aos países da África subsariana, devido à insegurança jurídica e judiciária que os caracteriza<sup>1680</sup>, porque nos países africanos as regras jurídicas do Direito Privado são as regras herdadas dos antigos Estados colonizadores. Depois das independências, a maioria dos países, actualmente membros da OHADA, adoptaram uma legislação<sup>1681</sup> complexa em diferentes domínios<sup>1682</sup>. Por um lado, como nem todo o Direito em vigor na metrópole se aplicava nos territórios ultramarinos, por um lado, era necessário um diploma de extensão que, normalmente, continha reservas e, por outro, depois das independências, para que o Direito produzido pelos Estados colonizadores vigorasse nos territórios das antigas colónias era necessário o diploma da recepção<sup>1683</sup> que, muitas vezes, também continha reservas. Todos estes aspectos contribuíram fortemente para a insegurança judiciária causada pela dificuldade na realização da justiça – lentidão na realização da justiça,

---

urbain, L'harmattan, 2007; Ayangma Amazing Protails, *Les Attentes des Investisseurs Face aux Risques Juridiques et Judiciaires dans L'espace de L'OHADA: témoignage et expérience de terrain*, Colloque Droit et Attractivité Économique: Le cas de L'OHADA, L'IRJS, n.º 48, 2013, p. 20 ss.; Antoine Delabrière, *Le Registre du Commerce et du Crédit Mobilier, Instrument d'Information et de Sécurité des Créanciers dans L'Espace OHADA*, in Penant n.º 840, Julho-Setembro, 2002, pp. 369 ss.; Apollinaire A. Saba, *Un Nouveau Droit des Affaires pour Attirer les Investisseurs en Afrique. Est-ce suffisant?*, Finance & Bien Commun, III, n.º 28-29/2007, pp. 96-104; Ipanda, *Le Régime des Nullités des Actes de Procédure Depuis L'Entrée en Vigueur de L'Acte Uniforme portant Recouvrement Simplifié et Voies D'Exécution*, in Revue Camerounaise du Droit des Affaires, Janeiro-Março, 2001; Soulèye Kanté, *Le Secteur Informel en Afrique Subsaharienne Francophone: vers la promotion d'un travail décent*, BIT, Genebra, 2002; Alassane Kanté, *Réflexions sur le Principe d'égalité entre les Créanciers dans le Droit des Procédures Collectives d'Apurement du Passif OHADA*, in EDJA, n.º 56; OHADATA-06-47; Desire-Cashmir Kolongele eberande, *Immunité d'Exécution, Obstacle à l'Exécution Forcée en Droit OHADA Contre les Entreprises et Personnes Publiques?*, in RJP, n.º 2, 2014, p. 147 ss.; Marie-Andrée Ngwe/Serge Jokung, *La réforme du Registre du Commerce et du Crédit Mobilier dans la Zone OHADA*, in Droit et Patrimoine, n.º 281, Março, 2011, p. 56 ss.; Félix, Onana Etoundi, *L'Immunité d'Exécution des Personnes Morales de Droit Public et ses Applications Jurisprudentielles en Droit OHADA*, RDU, Agosto, 2010, in Ohadata D- 13- 55; Bebey Modi Koko, *La Réforme du Droit des Affaires de L'OHADA au Regard de la Mondialisation de l'économie*, in www.juriscope.org, p. 16 e Roger Massamba, *L'OHADA et le Climat d'Investissement en Afrique*, in Penant n.º 855, Abril-Junho, 2006, p. 137 ss.; Pierre Meyer, *La sécurité juridique et judiciaire dans l'Espace OHADA*, in Penant n.º 855, Abril-Junho, 2006.

<sup>1680</sup> Cf. Salvatore Mancuso, *Direito Comercial Africano (OHADA)*, cit., p. 15.

<sup>1681</sup> No caso específico do direito societário de maioria dos Estados Partes da OHADA, antes da vigência do AUDSC/ACE, era constituído pelo Direito francês da época colonial, cf. Alhousseini Mouloul, *Le regime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA: l'exemple du Niger*, LGDJ, Paris, 2005, p. 8.

<sup>1682</sup> Cf. Georges Meissonnier, *Les sources du droit des sociétés*, in Encyclopédie Juridique de l'Afrique, I, VII, «Droit des Entreprises», p. 107.

<sup>1683</sup> Em certos casos, na prática, o Direito produzido na metrópole continua em vigor, sem qualquer diploma de recepção.

imprevisibilidade das decisões judiciais, corrupção do sistema judiciário e dificuldades de execução das sentenças<sup>1684</sup>.

As situações acima expostas retraem o investimento, pelo que se torna necessária a reconstrução completa do sistema jurídico e judiciário no sector do Direito Comercial no sentido de restituir a confiança dos operadores económicos relativamente aos países africanos. Assim, a ideia da unificação do Direito africano foi considerada como única solução para suprimir obstáculos ao desenvolvimento resultantes das diferenças dos sistemas jurídicos dos vários Estados<sup>1685</sup>.

As relações internacionais são, cada vez mais, marcadas pela globalização do comércio, que se traduz na criação de espaços económicos no seio dos quais as fronteiras geográficas, apenas têm um significado político<sup>1686</sup>. A criação destes espaços económicos, que consagram uma cada vez maior integração económica dos Estados membros visa, por um lado, a promoção do desenvolvimento económico e social e, por outro, do investimento privado, tornando os mercados mais atraentes e as empresas mais competitivas. Assim, tornava-se um imperativo, para muitos países africanos, a adopção de um “Direito dos Negócios” comum, moderno e realmente adaptado às necessidades económicas da realidade africana, assegurando as relações entre os operadores económicos.<sup>1687</sup> No sentido de responder a estes desafios, alguns países africanos decidiram proceder a uma reforma dos instrumentos operativos de integração económica e regional através da OHADA.

*II. O processo constitutivo.* Antes da criação da OHADA, os operadores económicos africanos tomaram a consciência da necessidade de melhoria do ambiente jurídico onde actuam as respectivas empresas<sup>1688</sup>. A OHADA não nasceu de uma iniciativa de Chefes de Estados africanos da Zona Francófona. Surgiu, também como uma exigência, dos operadores económicos africanos, que reivindicaram a melhoria do quadro jurídico e judiciário das empresas a fim de assegurar os respectivos investimentos. De facto, tendo em consideração o abrandamento dos investimentos que se seguiu à recessão económica e à insegurança jurídica e judiciária que reinaram na região a partir da década de oitenta, tratava-se de voltar a dar confiança aos investidores, tanto nacionais como

---

<sup>1684</sup> Cf. Salvatore Mancuso, *Direito Comercial Africano...*, cit., p. 15.

<sup>1685</sup> Cf. Salvatore Mancuso, *Direito Comercial Africano...*, cit., p. 16.

<sup>1686</sup> Cf. Alhousseini Mouloul, *Compreender a Organização para a Harmonização do Direito dos Negócios em África (OHADA)*, 2.<sup>a</sup> Ed., (tradução: Diogo de Sousa, OHADA D-09-50) Niamei, 1999, p. 7.

<sup>1687</sup> Cf. Jean Paillusseau, *Le droit de l'OHADA. Un droit très important et original*, in Reviste “La Semaine Juridique” n.º 44 de 28 de Outubro 2004, pp. 1 – 5.

<sup>1688</sup> Cf. Salvatore Mancuso, *Direito Comercial*, cit., p. 17.

estrangeiros, para favorecer o investimento do espírito empresarial e relançar os investimentos externos<sup>1689</sup>.

A questão de harmonização jurídica<sup>1690</sup> em África foi objecto de análise desde 1963, numa reunião dos Ministros da Justiça de alguns países africanos promovida e dirigida por René David<sup>1691</sup>.

Em 1975, esta ideia foi retomada no seio da UAM e na OCAM, que levou à criação do GAMIEL. Este gabinete tinha por objecto auxiliar os Estados membros na criação de regras jurídicas harmonizadas. Esta organização não foi dotada de orçamento suficiente e, consequentemente, não teve resultados práticos. A ideia de Harmonização do Direito Africano foi retomado em 1991, nas reuniões dos ministros das finanças da Zona Franca realizadas em primeiro lugar em Ouagadougou, (Burkina Faso), em Abril de 1991 e em Paris, em Outubro de 1991, onde foi criada uma Comissão. A 5 e 6 de Outubro de 1992, os Chefes de Estado da Zona Francófona reuniram-se em Libreville, onde foi apresentado o estudo analítico do projecto elaborado pela comissão acima referida. Ainda nesta reunião, os Chefes de Estados decidiram ampliar o âmbito da organização, permitindo assim a entrada dos países que não fazem parte da Zona Francófona.

Nesta reunião, foi também aprovado o projecto de harmonização do direito dos negócios concebido pelos Ministros das Finanças da Zona Francófona, tendo-se decidido pô-lo em prática de imediato, exortando, para o efeito, os Ministros das Finanças e da Justiça de todos os estados interessados a fazer disso uma prioridade. Os Chefes de

---

<sup>1689</sup> Cf. Alhousseini Mouloul, *Compreender, cit.*, p. 8.

<sup>1690</sup> O Direito herdado da Metrópole varia de um território para outro, devido à regra da especialidade legislativa, em virtude da qual nem toda a legislação colonial era aplicável. Como vimos, a sua aplicação às colónias necessitava de uma extensão especial feita por decretos. De facto, nas antigas colónias francesas o Direito Comercial aplicável era, frequentemente, aquele plasmado no Código Comercial Francês de 1807 e os textos subsequentes aplicáveis às colónias. Como resultado desta legislação colonial, atingiu-se nas colónias uma certa aproximação das soluções legais. Após a independência, cada estado começou a legislar nos domínios que considerou prioritários, cf. Joseph Issa – Sayegh, Jacqueline Lohoues – Oble, *OHADA – «Harmonisation du droit des affaires»*, Bruylant – Juriscope, 2002, nota 5, seguindo as adaptações e as modernizações realizadas em França com o aprofundamento da “balcanização jurídica” do continente. Por último, a legislação aplicada nos recém-independentes Estados tornou-se caduca como consequência da sua falta de adaptação às realidades socioeconómicas e os investidores deparavam-se, em cada país, com um Direito díspar, confuso e desactualizado. Uma tal diversidade de textos denunciava também a respectiva inadaptação ao contexto económico da época, sendo certo que muitos investimentos apenas podiam ser concebíveis num plano interestadual, cf. Alhousseini Mouloul, *compreender, cit.*, p. 10. Para fazer face a estes desafios, era necessário criar uma organização com vista à harmonização do Direito. Na Guiné-Bissau, aliás, nos PALOP, o grosso das regras sobre o Direito das Garantias constava do Código Civil de 1966. Na Guiné-Bissau, não houve modificação da antiga legislação portuguesa, pois o Estado guineense muito cedo reconheceu a necessidade de a manter, por isso, antes da entrada em vigor do AUG, o nosso Direito das Garantias constava basicamente do Código Civil – mais um caso de inércia legislativa.

<sup>1691</sup> Cf. Salvatore Mancuso, *Direito Comercial, cit.*, p. 18.

Estados adoptaram o relatório das sete personalidades, designam uma Direcção composta por três membros (Presidida por KEBA M'BAYE; membros: MARTIN KIRSCH, Conselheiro Honorário do Supremo Tribunal Francês e MICHEL GENTOT, Presidente da secção do contencioso no Conselho de Estado Francês), encarregues de coordenar a preparação do Tratado que institui a OHADA.

A Direcção preparou o projecto de Tratado que apresentou na reunião dos Ministros da Justiça, em Libreville a 7 de Julho de 1993. O projecto foi aprovado e, a 17

de Outubro de 1993, realizou-se em Porto Luís - Conferência dos Países Francófonos, onde foi assinado o Tratado que instituiu a OHADA<sup>1692, 1693</sup>.

<sup>1692</sup> Para a cronologia completa, ver Alhousseini Mouloul, *Comprendre..., cit.*, p. 19 e seguintes. A bibliografia sobre a OHADA é extensa. A revista jurídica “Penant” dedica a maioria das suas edições semestrais à discussão da doutrina e jurisprudência relacionada com a OHADA. Para uma perspectiva geral da OHADA cf. Jean Paillusseau, *Le droit de l’OHADA – Un droit très important et original*, in La Semaine Juridique n° 44 de 28 Outubro 2004, Suplemento n.º 5, pp 1 – 5; Jeanne Tietcheu, *Vulgariser les textes de l’OHADA* JAE de 30 Março a 12 Abril 1998 p. 57 ; Joseph Issa-Sayegh/Jacqueline Lohoues-Oble, *OHADA – Harmonisation du droit des affaires*, BRUYLANT – JURISCOPE, 2002 ; Boris Martor/ Sébastien Thouvenot, *le droit uniforme africain des affaires issu de l’ohada*, LITEC, Julho 2004; Georges Meissonnier/Jean-Claude Gautron: *Encyclopédie juridique de l’Afrique*, VII, NEA; Alhousseini, Mouloul, «Comprendre l’OHADA, 1ª Edição, NIN Abril 2000; Philippe Tiger, *Le droit des Affaires en Afrique – OHADA*, edições Que sais-je?, PUF. Novembro de 1999; Armand Me Adotevi, *Les lacunes du droit des affaires harmonisé*, JAE, 14/6/1998 p. 136; Etienne Cerexhe, *Problématique de l’entreprise et de l’harmonisation du droit des sociétés*, In RJPIC 1978 n°1; Alain Feneon, *Le nouveau droit de l’arbitrage commercial en Afrique*, Cabinet FENEON, Paris – 1999; Joseph Issa –Sayegh, *L’intégration juridique des Etats africains de la zone franc*, in Revue PENANT n° 823 – Janeiro – Abril de 1997 p. 5 ; Gaston Kenfack Douajni, *l’abandon de souveraineté dans le traité ohada*, in Revue PENANT n.º 830 Maio – Agosto de 1999, p. 125; Martin Kirsch, *Historique de l’OHADA*, in Revue Penant n° 827 Maio – Agosto de 1998, p. 129; Jacqueline Lahoues-Oble, *L’apparition d’un droit international des affaires en Afrique*, RIDC – 3 – 1999 p. 543; Tristan Gervais Lafond, *Le Traité relatif à l’harmonisation du droit des affaires en Afrique*, G.P. de 20 e 21/09/1995 p. 2; Philippe Leboulanger, *l’arbitrage et l’harmonisation du droit des affaires en afrique*, in Revue de l’arbitrage, 1999, n° 3 p. 541; Boris Martor/Sébastien, *L’uniformisation du droit des affaires en Afrique par l’OHADA*, in La Semaine Juridique n° 44 de 28 Outubro 2004, Suplemento n° 5, pp 5 – 11; Kéba M’Baye, *L’histoire et les objectifs de l’OHADA*, in Petites Affiches, n° 205, de 13 Outubro 2004, pp 4-7; Georges Meissonnier, *Analyse de la législation africaine en matière de droit des sociétés*, in RJPIC 1976 n° 3 pp. 331; Henri Modi Koko Bebey Henri, *La réforme du droit des affaires de l’OHADA au regard de la mondialisation de l’économie*, in: [www.ohada.com](http://www.ohada.com); Henri Modi Koko Bebey, *L’harmonisation du droit des affaires en Afrique: regard sous l’angle de la théorie générale du droit*, [www.ohada.com](http://www.ohada.com); Etienne Nsie, *La Cour Commune de Justice et d’Arbitrage*, in Revue Penant n.º 828, Setembro – Dezembro 1998 p. 308 e Jean Paillusseau, *L’Acte uniforme sur le droit des sociétés*, in Petites Affiches n° 205 de 13 Outubro 2004, pp 19-29. Robert Nemedeu, *L’organisation pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, Petites Affiches n.º 205, 13 de Outubro de 2004; Joseph Issa – Sayegh, *L’intégration juridique des Etats africains dans la zone franc*, Penant, n.ºs 823 e 824, 5 a 120 (1997); ID., *Quelques aspects techniques de l’intégration juridique : l’exemple des actes uniformes de l’OHADA*, 4 Unif. L. Rev. 5 (1999); Martin Kirsch, *Dixième anniversaire de la signature du Traité concernant l’harmonisation du droit des affaires en Afrique (Libreville, 17 octobre 2003)*, Penant, n.º 845, 389 (2003); Laurent Benkemoun, *Quelques réflexions sur l’Ohada, 10 ans après le Traité de Port-Louis*, Penant, n.º 843, 133 (2003); Celestin Sietchoua Djuitchoko, *Les sources du droit de l’organisation pour l’harmonisation en Afrique du droit des affaires (OHADA)*, Penant, n.º 843, 140 (2003); Gaston Kenfack Douajni, *L’abandon de souveraineté dans le traité OHADA*, Penant, n.º 830, 125 (1999); Jean-Jacques Raynal, *Intégration et souveraineté: le problème de la constitutionnalité du traité OHADA*, Penant, n.º 832, 5 (2000); Benjamin Boumakani, *Le juge interne et le droit OHADA*, Penant, n.º 839, 133 (2002); Gaston Kenfack Douajni, *Les conditions de la création dans l’espace OHADA d’un environnement juridique favorable au développement*, RJPIC, n.º 1, Janeiro-Abril 1998, 39 ; Pierre Meyer, *La sécurité juridique et judiciaire dans l’espace OHADA*, Penant, vol. 854, 151 (2006).

<sup>1693</sup> A Guiné-Bissau não faz parte de conjunto de Estados africanos que originariamente assinaram o Tratado da OHADA em 1993, tendo aderido à mesma organização em 15 de Janeiro de 1994 e depositado o instrumento de ratificação em 26 de Dezembro de 1995 [João Espírito Santo, *A Sociedade Unipessoal no Direito Comercial da Guiné-Bissau (Acto Uniforme Relativo ao Direito das Sociedades Comerciais e do Agrupamento de Interesses Económico da Organisation pour L’Harmonisation en Afrique du Droits des Affaires)*, In Revista de Direito das Sociedades, n.º 3, ano VIII (2016), 3, Almedina, 2016, PP. 565-575, p. 565]. O Tratado entrou em vigor na Guiné-Bissau em 20 de Fevereiro de 1996, cf. Tiago Soares da Fonseca, *0 Acto Uniforme Relativo ao Direito das Sociedades Comerciais e do Grupo Complementar de Empresas*, LEX, Lisboa, 2002, p. 23. Contudo, na Guiné-Bissau não se constata ainda a segurança jurídica que tanto é pretendida pela OHADA. Com efeito, actualmente o Direito da OHADA é praticamente desconhecido dos agentes judiciais, o que origina incerteza jurídica sobre o Direito efectivamente vigente. Sendo um país de língua portuguesa, os actos uniformes são traduzidos e publicados na Guiné-Bissau em língua

*III. Objecto da OHADA.* Nos termos do artigo 1.º do Tratado, a OHADA tem por objecto a harmonização do *direito dos negócios* nos Estados Partes, através de adopção de regras comuns adaptadas à situação das respectivas economias, da implementação de processos judiciais apropriados e do incentivo ao recurso à arbitragem para a resolução de conflitos contratuais. Encontram-se em curso a elaboração de novos Actos Uniformes noutras áreas, nomeadamente Direito do Trabalho.<sup>1694</sup> Pela leitura do preceito acima referido, percebe-se que o âmbito da intervenção da OHADA abrange tanto o direito substantivo como o direito adjectivo. Por outro lado, conjugando o Tratado e os Actos uniformes, é manifesto que o Direito dos negócios vai para além do Direito Comercial, pois abrange matérias tradicionalmente situadas no Direito Comercial e no Direito das Sociedades, mas abrange também matérias de Direito Civil, Direito dos Transportes e Direito da Contabilidade.<sup>1695</sup> Mais, nos termos do artigo 2.º do Tratado, que contém uma norma de abertura, a OHADA pode emitir Actos Uniformes sobre qualquer matéria relacionada com o objecto do Tratado, desde que o Conselho de Ministros decida por unanimidade neste sentido.

*IV. Órgãos da OHADA.* Passamos agora a caracterizar muito sumariamente cada um dos órgãos da OHADA.

*Conferencia dos Chefes dos Estados e de Governo*, passados quinze anos de aplicação, o Tratado da OHADA foi recentemente revisto em 2008. Entre muitas alterações, criou-se um órgão denominado Conferencia dos Chefes de Estado e de Governo<sup>1696</sup>. Nos termos do artigo 27.º do Tratado, este órgão constitui a instituição

---

portuguesa. A OHADA é fortemente influenciada pelo sistema jurídico francês, cf. Mamadou Koné, *Le nouveau droit commercial des pays de la zone OHADA: comparaison avec le droit français*, LGDJ, Paris, 2003, p. 11, e os Actos Uniformes apresentam grandes dificuldades conceptuais. A Guiné-Bissau é um país membro pertencente à família de ciência jurídica de tipo germânico, pelo que tem excelentes potenciais para colaborar activamente no processo de estudo dos actos uniformes. Para o efeito, o Estado português tem contribuído muito com importante e lúcido apoio à cooperação (neste particular, entre a Faculdade de Direito de Bissau e a Faculdade de Direito de Lisboa). Também é importante realçar que a adopção de Actos Uniformes não sacrifica a tradição jurídica guineense.

<sup>1694</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes / Rui Ataíde, *OHADA – Tratado*, cit., p. 6.

<sup>1695</sup> Já foram aprovados os seguintes Actos Uniformes: Acto Uniforme relativo ao Direito das Sociedades Comerciais e do Agrupamento de Interesse Económico, 1998; Acto Uniforme relativo ao Direito Comercial em Geral, 1998; Acto Uniforme relativo ao Direito das Garantias, 1998; Acto Uniforme relativo aos Processos Simplificados de Cobrança de Execução, 1998; Acto Uniforme relativo ao Processos Colectivos de Apuramento do Passivo, 1999; Acto Uniforme relativo ao Direito da Arbitragem, 1999; Acto Uniforme relativo à organização e Harmonização da Contabilidade das Empresas, 2002; Acto Uniforme relativo aos Contratos de Transporte de Mercadorias por Estrada (AU/CTME), 2004; Acto Uniforme relativo às Sociedades Cooperativas.

<sup>1696</sup> Sobre as principais, cf. Joseph Issa Sayehg, Paul-Gerard Pouguué, *L'OHADA: défis problèmes et tentatives de solutions*, in *Uniform Law Review*, vol. 13 (2018), p. 476 e José M.ª Cueto Álvarez de Sotomayor/Sergio Esono Abeso Tomo/Juan C. Martinez Garcia, *La Armonización del Derecho Mercantil en África Impulsada por la OHADA*, 2.ª Ed., Ministerio de Defensa, Madrid, 2011, p. 23 ss..

máxima da OHADA. Como o nome anuncia, este órgão é composto por chefes de Estados e de governos dos Estados Partes e compete-lhe abordar todas as questões relativas ao Tratado.

*O Conselho de Ministros* é um órgão de natureza executiva, composto pelos Ministros da Justiça e das Finanças dos Estados-Membros.

*O Secretariado Permanente* é um órgão que assiste ao *Conselho de Ministros*. *Tribunal Comum de Justiça e de Arbitragem* (TCJA) é um órgão composto por nove juízes e desempenha as funções: consultiva, jurisdicional e arbitral.

*A Escola Regional Superior d Magistratura* (ERSUMA) é uma instituição dependente do *Secretariado Permanente*, destina-se à formação e aperfeiçoamento dos magistrados, auxiliares de justiça e advogados, notários e contabilistas.

V. *A Língua da OHADA*. A língua da OHADA merece uma alusão específica porque fazem parte da organização os países lusófonos, francófonos, anglófonos e países de língua castelhana. A língua da OHADA tem sido uma barreira<sup>1697</sup> em relação à sua aplicação e divulgação. Com efeito, nos termos do artigo 24.º do Tratado, na sua formulação originária, estabelecia que a língua do trabalho era francesa. Por isso, os actos uniformes têm sido publicados em francês e os processos no TCJA são exclusivamente conduzidos em francês, o que punha em causa o acesso à justiça em relação aos países não francófonos. A revisão do Tratado resolveu parcialmente o problema, pois a alteração ao seu artigo 42.º, que passou a prever o português, o inglês e o castelhano como línguas de trabalho da OHADA. Falta resolver outro aspecto relativo à língua de trabalho da OHADA, pois da última parte do artigo 42.º do Tratado, consta que, em caso de desconformidade na tradução<sup>1698</sup>, prevalece a versão francesa. Com efeito, embora a OHADA não defina expressamente a sua língua oficial, excepto em francesa, as versões noutras línguas serão meras traduções<sup>1699</sup>.

VI. *Financiamento da OHADA*. O Tratado da OHADA, no artigo 43.º, enumera as fontes de financiamento da organização. Tendo em conta a pouca fiabilidade de contributo dos Estados Partes e financiamentos externos<sup>1700</sup>, o Conselho de Ministros

---

<sup>1697</sup> Cf. Salvatore Mancuso, *Direito Comercial*, cit., p. 52.

<sup>1698</sup> Sobre o problema da tradução dos textos normativos, cf. Rodolfo Sacco, *Riflessioni di un giurista sulla lingua (la lingua del diritto uniforme, e il diritto al servizio di una lingua uniforme)*, in RDCiv, I, 1996, p. 57, Antonio Gambaro/Rodolfo Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, UTEC, Torino, 1996 e José M. Cueto/Sergio Esono Abeso Tomo/Juan Carlos Martínez, *La armonización del Derecho Mercantil en África impulsada por la OHADA*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2006.

<sup>1699</sup> *Idem*, p. 53.

<sup>1700</sup> Cf. Salvatore Mancuso, *Direito Comercial*, cit., p. 54.

determinou um modo original de financiamento da OHADA, recorrendo à criação de um Fundo de Capitalização no montante de FCFA: 12 000 000 000, 00 (doze mil milhões de FCFA), aproximadamente €: 18 320 610, 00, para suportar as despesas de manutenção das instituições da OHADA durante uma década. O Fundo de Capitalização foi constituído de seguinte modo: cada Estado membro contribui para o capital com um montante de trezentos e setenta e cinco milhões de FFCA, que totaliza seis milhões. Os restantes seis milhões foram financiados por colaboradores externos. Em 1997, o Conselho de Ministros da OHADA, decidiu confiar a gestão dos recursos financeiros da OHADA ao PNUD. Devido às dificuldades financeiras e para assegurar à OHADA recursos certos e regulares<sup>1701</sup>, o Conselho de Ministros, em 2003, decidiu instituir uma taxa composta por uma quota directa das receitas aduaneiras de cada Estado Parte - *Taxa OHADA* - constituída por um montante fixado em 0,05% do montante de importações de produtos originários de países terceiros que se destinam ao consumo final nos Estados-Partes.

VII. *As Fontes do Direito da OHADA*. Contrariamente ao Tratado instituidor da União Europeia, o Tratado OHADA nada dispõe sobre a classificação das fontes de direito, pelo que a mesma depende de um exame concreto das respectivas normas<sup>1702</sup>. O nível mais alto da hierarquia das fontes<sup>1703</sup> no Direito da OHADA é constituído pelo Tratado. A seguir ao Tratado temos os actos uniformes<sup>1704</sup> que constituem o instrumento através da qual se prosseguem os objectivos da OHADA. Imediatamente aos actos uniformes, no nível hierárquico, encontram-se os regulamentos de aplicação do Tratado. Neste ponto, merecem também referencia as deliberações do Conselho de Ministros da OHADA. Por fim, deve-se referir que o Tribunal Comum de Justiça e de Arbitragem elabora pareceres que complementam as normas interpretadas ao ponto dos juízes de Estados Membros se referirem àquelas normas como complementadas pela interpretação do tribunal<sup>1705</sup>. Para o presente estudo, a fonte do direito da OHADA mais importante é os Actos Uniformes, em especial, o AUG. Os Estados Partes estão envolvidos, em certa medida, no processo de produção dos Actos Uniformes, pois, os projectos dos Actos

---

<sup>1701</sup> Cf. Alhousseini Mouloul, *Comprendre...*, cit., p. 50.

<sup>1702</sup> Cf. Salvatore Mancuso, *Direito Comercial*, cit., p. 42.

<sup>1703</sup> Cf. Célestine Sietchoua Djutchoko, *Les sources du droit de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des Affaires (OHADA)*, in *Revue Penant*, n.º 843, 2003, p. 141 ss..

<sup>1704</sup> O texto de todos os Actos Uniformes da OHADA está disponível em [www.ohada.com](http://www.ohada.com). cf. também Joseph Issa Sayegh, *La portée abrogatoire des Actes uniformes de l'OHADA sur le droit interne des Etats-Parties*, in *Revue Burkinabé de Droit*, n.º especial, 39-40, 51.

<sup>1705</sup> Cf. Salvatore Mancuso, *Direito Comercial*, cit., p. 21.



Uniformes são preparados pelo Secretariado Permanente, que são comunicados pelo mesmo aos Governos dos Estados Partes, para o efeito de observações prévias, sendo depois submetidos ao TCJA para parecer. Portanto, antes de submetidos ao parecer do TCJA, todos os projectos de Actos Uniformes são comunicados pelo Secretariado Permanente aos Governos dos Estados Partes, que têm um prazo de noventa dias, a contar da data de recepção, para formular as respectivas observações. A este propósito, importa referir que em cada Estado existe uma Comissão Nacional da OHADA cuja função é analisar os projectos dos Actos Uniformes e apresentar eventuais sugestões de alteração ao Estado. Decorrido este prazo, o projecto acompanhado das observações dos Estados Partes, bem como um relatório do Secretariado Permanente, é transmitido para parecer do TCJA, que, por sua vez, dispõe de um prazo de trinta dias para emissão de parecer (artigo 7º do Tratado). Findo este prazo, o Secretariado permanente elabora o texto final de projecto de Acto Uniforme e propõe a sua inclusão na ordem de trabalhos do Conselho de Ministros da OHADA<sup>1706</sup>. Cabe ao Conselho de Ministros a aprovação dos Actos Uniformes, tendo competência supranacional para legislar nas matérias objecto da OHADA, determinando os princípios gerais, conteúdo das normas e o modo da sua aplicação. Com efeito, o poder legislativo de Estados Partes, em relação a estas matérias, fica diminuído<sup>1707</sup>.

*VIII. Técnica de integração.* A entrada em vigor dos Actos Uniformes da OHADA pode trazer muitas soluções e instituições que podem constituir novidades nos Direitos Internos de Estados Partes. Após a aprovação da primeira Constituição da República<sup>1708</sup>, estes diplomas foram recebidos na Ordem Jurídica Guineense<sup>1709</sup> pela Lei n.º 1/73, de 24 de Setembro<sup>1710</sup>. Muito cedo o Estado guineense reconheceu a importância legislativa e a incapacidade de produzir as leis necessárias ao país num curto espaço de tempo. Por isso, nos termos do artigo 1º da lei acima referida, procedeu à recepção material de toda a legislação portuguesa, que foi então estendida à Guiné-Bissau, em especial, o Código

---

<sup>1706</sup> Sendo este o procedimento adoptado, parece-nos que o Estado Guineense deveria, antes de emitir as observações, recolher as opiniões dos interessados, fazendo participar os cidadãos na elaboração dos actos uniformes.

<sup>1707</sup> Cf. Joseph Issa Sayeegh, *L'intégration Juridique des Etats Africaines dans la zone Franc*, parte 2, in *Revue Penant*, 824, (1997), p. 120.

<sup>1708</sup> Sobre a Constituição da República de 1973, cf. Jorge Reis Novais, *tópicos de Ciência Política e Direito Constitucional guineense*, AAFDL, Lisboa, 1996, p. 89 ss. e Luís Barbosa Rodrigues *A Transição Constitucional Guineense*, Lisboa, AAFDL, 1995, p. 25 ss.

<sup>1709</sup> Sobre o âmbito da recepção do direito português, cf. João Espírito Santo, *Apontamentos Sobre os Regimes Jurídicos Guineenses de Fonte Legal do Casamento e do Divórcio*, in *Boletim da Faculdade de Direito de Bissau*, n.º 4, Janeiro de 1997, pp. 211 ss., p. 212.

<sup>1710</sup> Publicado no Boletim Oficial n.º 1, de 4 de Janeiro de 1975.

Civil de 1966, onde consta o essencial do regime das garantias. Importa, neste ponto, analisar o artigo 10.º do Tratado que dispõe que “*Os Actos Uniformes são directamente aplicáveis e obrigatórios nos Estados Partes, não obstante toda e qualquer disposição contrária de direito interno, anterior ou posterior*”<sup>1711</sup>. A aplicabilidade directa e o carácter obrigatório e revogatório dos Actos Uniformes são uma das características que os distinguem das Directivas Europeias, nas quais é a vontade dos Estados que as devem transpor para o seu direito interno. Apesar disso, os Actos Uniformes aproximam-se dos Regulamentos europeus, uma vez que estes são directamente aplicáveis aos Estados membros. Voltando à análise do artigo 10.º do Tratado, parece que este não esclarece a questão do âmbito da revogação dos Direitos Internos<sup>1712</sup>.

É certo que a solução *lex posterior derogant priori* assegura a coerência do sistema jurídico, evitando que vigorem duas leis sobre a mesma matéria, mas não resolve todos os problemas sobre a lei aplicável<sup>1713</sup>. Existe jurisprudência do TCJA<sup>1714</sup> sobre o problema da supranacionalidade dos Actos Uniformes da OHADA. Inicialmente, foi defendida a tese da uniformização, considerando a revogação global das regras de Direito interno pelo facto de terem mesmo objecto com os Actos Uniformes, independentemente da avaliação da incompatibilidade do seu conteúdo<sup>1715</sup>. Actualmente, a orientação da jurisprudência parece ter-se modificado<sup>1716</sup>, no sentido de considerar que, por força do artigo 10.º do Tratado, a entrada em vigor dos Actos Uniformes revoga as disposições de Direito interno com o mesmo objecto, desde que o seu conteúdo seja contrário ao disposto

---

<sup>1711</sup> Na interpretação literal deste preceito, cf. CA D’jamena, de 29 de Setembro de 2000, n.º 459/2000, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com).

<sup>1712</sup> Nos termos do artigo 10.º do Tratado, os Actos Uniformes são directamente aplicáveis e obrigatórios nos Estados Partes, não obstante toda e qualquer disposição contrária do Direito interno, anterior ou posterior. Assim, a vigência do Acto Uniforme na ordem jurídica interna dispensa a aprovação da ANP, do Governo e, não carece da promulgação por parte do Presidente da República nem é necessária a sua publicação no Boletim Oficial. Nos termos do artigo 9.º do Tratado, os Actos Uniformes têm que ser publicados no Jornal Oficial da OHADA e entra em vigor 90 dias após a sua aprovação ou data nele determinada. Com efeito, os países membros da OHADA renunciam parcialmente as suas competências legislativas. Assim, nos termos do artigo 10º do Tratado, os Actos Uniformes substituem todas as normas do Direito interno anteriores contrárias a ele e as normas posteriores não o podem contrariar devido ao seu carácter supranacional.

<sup>1713</sup> Cf. Miguel Teixeira de Sousa, *Aplicação da Lei no Tempo*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 18, Abril/Junho 2007, p. 3.

<sup>1714</sup> Ao Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem, nos termos do artigo 14º do Tratado da OHADA, compete interpretar as normas jurídicas derivadas da OHADA e emitir pareceres sobre os projectos de Actos Uniformes, mas não lhe compete interpretar as disposições estritamente internas, cf. Acórdão do TCJA n.º 2/2009, de 26 de Fevereiro de 2009, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com), ref. J-09-283.

<sup>1715</sup> Cf. Aviso n.º 2/997EP, de 13 de Outubro de 1999, disponível em [www.ohada.com](http://www.ohada.com), ref. J-02-02, que considera que os artigos 336.º e 337.º revogam todas as disposições em vigor nos Estados Partes sobre as matérias nele regulada.

<sup>1716</sup> Cf. Cláudia Alexandra dos Santos Madaleno, *As Garantias das Obrigações nos Direitos Guineense e da OHADA*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 66.

nos Actos Uniformes, deixando claro que a revogação é individualizada<sup>1717</sup>. O AUG é influenciado pelo Direito francês e nem todos os Estados Partes da OHADA são francófonos, pelo que a técnica de uniformização não deve ter muitos subscritores. Em todo o caso, na presença de Ciências jurídicas diferentes, qualquer integração uniformizadora parece-nos destinada ao fracasso<sup>1718</sup>. O próprio Tratado fala em harmonização, mesmo assim surge uma tendência ilegítima<sup>1719</sup> que põe o assento tónico na uniformização. A uniformização tem consequências graves porque constitui um processo nivelador, que ignora a diversidade das condições dos países a que se aplica.<sup>1720</sup> Portanto, perante estes dados, pensamos que é legítimo concluir que o AUG não revoga integralmente o Direito interno anterior.<sup>1721</sup><sup>1722</sup> Aliás, parece que vai neste sentido o estudo de ajustamento do Direito interno com os Actos Uniformes da OHADA. Não podemos aceitar a tese da revogação total, pois seria, na nossa perspectiva, um caos para o nosso Direito Interno, dado que ao Actos Uniformes da OHADA não contém uma parte geral, constante sobretudo do Direito civil, que é o mais comum e mais abstracto de todos os ramos do Direito e que constitui a base a partir do qual se vão erguendo todos os demais ramos jurídicos normativos<sup>1723</sup> - uma imagem de marca da Pandectística.

*IX. Os Actos Uniformes e o Direito Interno.* Os Actos Uniformes da OHADA, na maioria das vezes, não resultam da análise dos sistemas jurídicos internos dos Estados Partes, ou seja, resultam da vontade de um grupo transitório<sup>1724</sup> e reduzido de pessoas, sobretudo, os países francófonos. A Guiné-Bissau e todos os países membros da OHADA têm as suas características próprias, com certas práticas seguidas nas comunidades. Na

---

<sup>1717</sup> Cf. Aviso n.º 001/2001/EP, de 30 de Abril de 2001, disponível em [www.ohada.com](http://www.ohada.com), ref. J-02-04. Este Aviso determina expressamente que as normas de Estados Partes que não contrariam os Actos Uniformes se mantêm em vigor.

<sup>1718</sup> Cf. António Menezes Cordeiro, *A Directriz 2007/36, de 11 de Julho (Accionistas de sociedades cotadas): Comentário à proposta de transposição*, in ROA, ano 68, 2008, pp. 503 sgs., p. 509.

<sup>1719</sup> Cf. Salvatore Mancuso, *Direito Comercial*, cit..., p. 25, n. 34, Gaston Kenfack Douajni, *L'abandon de souveraineté dans le Traité OHADA*, in Revue PENANT n.º 830, Maio – Agosto 1999, p.125 e ss., Henry Modi Koko Bebey, *L'harmonisation du droit des affaires en Afrique: regard sous l'angle de la théorie générale du droit*, pp. 13 – 15, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com).

<sup>1720</sup> Cf. José de Oliveira Ascensão, *O Acto Uniforme da OHADA sobre o Direito Comercial Geral e a Ordem Jurídica da Guiné-Bissau*, in Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, n.º 6 (separata), Junho de 2004, pp. 2 53, p. 5.

<sup>1721</sup> Cf. Joseph Yssa-Sayehh, *O Direito das sociedades comerciais da OHADA: direito comum e regimes especiais*, in Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, n.º 6, 2007, p. 79.

<sup>1722</sup> Cf. O nosso *Garantia Geral das Obrigações Prevista no Código Civil face ao Acto Uniforme da OHADA relativo à Organização das Garantias*, in *Estudos sobre a OHADA*, Faculdade de Direito de Bissau, Bissau, 2008, pp. 243-301, p. 297.

<sup>1723</sup> Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I, t. 1, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 55. Paulo Cunha, *Do Código Civil (Meditação sobre a lei mais importante do país)*, in O Direito, ano 98, 1996, 315, considera que tudo é regulado pelo Direito Civil.

<sup>1724</sup> Cf. António Pedro Barbas Homem, *O Justo E O Injusto*, Lisboa, AAFDL, 2001, p. 68.

Guiné-Bissau, os aspectos relacionados com as garantias são regulados pelo Código Civil de 1966, e pelo Código Comercial. Essa prática em muitos aspectos, não se submete ao AUG; aliás, se for contrária ao AUG, este entra em desuso, na medida em que formalmente continua em vigor, mas materialmente perde a juridicidade, ou seja, vigora com um conteúdo vazio porque não serve de regra de conduta para as pessoas<sup>1725</sup>. A lei deve reflectir a realidade social do lugar onde se aplica, diferentemente do que acontece na Guiné-Bissau, onde se verifica o fenómeno de “importação de pacotes legislativos”<sup>1726</sup>, ou seja, na feitura dos Actos Uniformes<sup>1727</sup>, os técnicos responsáveis pela redacção só procuram os modelos na lei da mesma matéria em França, sem ter em conta a realidade social do lugar onde se destina a aplicar. Aliás, actualmente, é pacífico que as sociedades actuais não se organizam sobre a base de um pretendo Direito universal, ou seja, mesmo havendo fundamentos comuns para o Direito, continua a verificar-se uma enorme diversidade entre os sistemas e ordenamentos jurídicos, que variam conforme a sociedade em concreto, razão pela qual é muito importante ter em conta a realidade social do lugar onde a lei se destina a ser aplicada, o que não se verifica na Guiné-Bissau. O Legislador da OHADA ignora o Direito interno dos Estados partes, nomeadamente, no caso da Guiné-Bissau, o CC, que teve uma longa e cuidada elaboração, a qual reflecte o trabalho da doutrina portuguesa, enriquecida pela sua história e pelos ensinamentos doutrinários de outros países, nomeadamente Alemanha e Itália<sup>1728</sup>. Por esta razão, na Guiné-Bissau, há dois aspectos a salientar em relação ao Direito da OHADA. Por um lado, há um grupo reduzido de pessoas que aplica o Direito da OHADA, enquanto, por outro, há os que o contestam asseverando que o Direito legislado da OHADA mais não é do que um texto com conteúdo vazio<sup>1729</sup>, dando prevalência ao Direito interno. Aliás, nestas comunidades, as pessoas sentem-se mais ligadas ao Direito Interno do que ao Direito da OHADA. Não queremos concluir este ponto sem realçar que o Direito português, neste caso das garantias desempenha um papel significativo na Guiné-Bissau. Aliás, nas experiências legislativas dos diversos países lusófonos, nota-se um fundo

---

<sup>1725</sup> Sobre a obediência ao Direito, cf. Josep M. Vilajosana, *Filosofia Y Derecho – Identificación y Justificación del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2007, p. 126.

<sup>1726</sup> Itálico nosso.

<sup>1727</sup> Sobre o desenvolvimento das teorias da lei e filosofia jurídica e política, cf. António Pedro Barbas Homem, *Introdução Histórica à Teoria da Lei – Época Medieval*, in separata de Cadernos de Ciência de Legislação, n.º 25, INA, 1999, pp. 7-123.

<sup>1728</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *O Regime da Fiança no AUG DA OHADA – Alguns Aspectos*, in Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, n.º 6, Junho de 2004, pp. 325 ss., p. 327.

<sup>1729</sup> Sobre crise da lei, cf. Carlos Blanco de Moraes, *Manual de Legística (Critérios Científicos e Técnicos para Legislar Melhor)*, Cascais, Verbo, 2007, p. 79 ss.

cultural e jurídico - científico comum no domínio das garantias, aspectos que devem ser tidos em conta<sup>1730</sup>, pois todos os países africanos aceitam como própria a linguagem técnica e os conceitos jurídicos anteriores à independência política<sup>1731</sup>.

## **2. O Acto Uniforme Relativo à Organização das Garantias**

*I. Generalidades.* Um dos objectivos da OHADA é o fomento do investimento estrangeiro, sendo certo que a determinação do regime jurídico das garantias assume importância capital na prossecução deste objectivo. O AUG contém o conceito de garantias e um elenco de garantias pessoais e reais, visando essencialmente aplicar-se a agentes económicos, sem prejuízo da aplicação a obrigações civis<sup>1732</sup>. Em relação às garantias pessoais, o AUG prevê e regula a fiança e a carta de garantia. Em relação às garantias reais mobiliárias, o AUG prevê e regula o direito de retenção, a reserva de propriedade, a alienação da propriedade em garantia, a cessão de crédito em garantia, o penhor e os privilégios creditórios<sup>1733</sup> e, por fim, em relação às garantias reais imobiliárias, hipoteca. Parece-nos legítimo colocar a questão sobre a possibilidade de constituição de outras garantias não previstas expressamente pelo AUG. Em relação às garantias pessoais, embora não falem argumentos a contrário, parece-nos defensável a orientação que defende que o AUG é meramente indicativo, ou seja, que as partes podem ainda, nos termos do artigo 405.º CC, criar outras garantias pessoais. Já em relação às garantias reais, onde vigora o princípio de *numerus clausus*, a posição acima defendida é mais discutível. Todavia, não há nada expresso que impeça um dos Estados Partes de criar novas garantias reais. Todavia, em relação à preferência de pagamento pelo produto da execução dos bens, os Estados Partes, mesmo criando novas garantias reais, estarão sempre vinculados pela graduação de pagamento plasmada nos artigos 224.º e 225.º do AUG<sup>1734</sup>.

---

<sup>1730</sup> Cf. Fernando José Bronze, *O Direito, A Internacionalização e a Comparação de Sistemas Jurídicos (ou a Pessoalização como Tarefa Realizada, a Universalização como Objectivo Utópico e a Relativização como Coordenada Metódica)*, in FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, *Estudos em Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando De Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, II, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 637 sgs., p. 663-664.

<sup>1731</sup> Cf. Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Curso de Direito Romano, I, Fontes. Método. História. Fontes. Actores judiciais*, Principia, Cascais, 2009, p. 94.

<sup>1732</sup> Cf. Cláudia Madaleno, *cit.*, p. 293.

<sup>1733</sup> Em Portugal, a inclusão de privilégios creditórios no lote de garantias reais é controversa.

<sup>1734</sup> Cf. Cláudia Madaleno, *cit.*, p. 293.

*II. Génese do Direito das Garantias da OHADA.* Considera-se que a adopção do AUG em 17 de Abril de 1997 constitui um progresso considerável e significativo para a economia dos Estados Membros. Antes da adopção do AUG, nos países de língua francesa<sup>1735</sup>, membros da OHADA, as regras jurídicas aplicáveis às garantias são as regras que herdaram do *Code Civil*. Depois das independências, a maioria dos países, adoptaram, em diversas matérias, uma legislação<sup>1736</sup> complexa<sup>1737</sup>. Basicamente, antes da adopção do AUG, a matéria do Direito das garantias constava dos artigos 2011 a 2203, do *Code de Commerce*, para o penhor comercial e de muitos outros diplomas extravagantes. Na matéria das garantias reais imobiliárias, as disposições do Código Civil foram revogadas por uma série de diplomas coloniais sobre propriedade, nomeadamente o Decreto de 26 de Julho de 1926, sobre a reorganização da propriedade sobre a terra na África Ocidental francesa, diplomas esses que se mantiveram em vigor depois da independência destes países<sup>1738</sup>. Depois da independência, o *Code Civil* registou muitas evoluções na matéria das garantias. Naturalmente, as novas disposições/evoluções não são aplicáveis nestes países. Com efeito, excepto o Senegal e o Mali que procederam às reformas do Direito das Garantias, os outros países da zona franca mantiveram um Direito das Garantias, digamos, “velho”, com mais de duzentos anos, não obstante uma abundante jurisprudência e prática. Em consequência, as normas referentes ao Direito das Garantias deixaram de ser suficientemente confiáveis, apresentando-se inadequadas e constituídas por textos muito antigos para acompanhar as situações contemporâneas. Assim, com a adopção do AUG, a OHADA visa reduzir a insegurança relacionada com o “Direito dos Negócios”, nomeadamente a insegurança jurídica, cujas consequências prejudicam o ambiente dos negócios, o desenvolvimento económico, sobretudo para o sector bancário. Por isso, o próprio AUG considera revogadas todas as disposições contrárias dos Direitos Internos na matéria das garantias.<sup>1739</sup> Assim, o AUG, em relação à zona francófona introduziu muitas inovações, reforçou o Direito das Garantias e

---

<sup>1735</sup> Sobre o âmbito da recepção do direito português na Guiné-Bissau, cf. João Espírito Santo, *Apontamentos Sobre os Regimes Jurídicos Guineenses de Fonte Legal do Casamento e do Divórcio*, in Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, n.º 4, Janeiro de 1997, pp. 211 sgs., p. 212.

<sup>1736</sup> Cf. Alhousseini Mouloul, *Le regime juridique des sociétés commerciales dans l'espace OHADA: l'exemple du Niger*, LGDJ, Paris, 2005, p. 8.

<sup>1737</sup> Cf. Georges Meissonnier, «*Les sources du droit des sociétés*», in Encyclopédie Juridique de l'Afrique, I, VII, «*Droit des Entreprises*», p. 107.

<sup>1738</sup> Cf. G. Adjété Kouassigan, *Les Hypothèques*, in Encyclopédie Juridique de L'Afrique, V, Droit des Biens, p. 165.

<sup>1739</sup> Cf. Joseph Issa Sayegh, *Le Nouveau Techniques de L'intégration Juridique : exemple des actes Uniformes OHADA*, in Rev. Dir, Unif., 1991, p. 1- 11.

esclareceu algumas questões que consideradas obscuras<sup>1740</sup>. Todavia, o AUG não fez uma verdadeira revolução na matéria das garantias destes países, pois mantiveram as respectivas tradições nesta matéria, uma vez que a principal fonte do legislador da OHADA é o próprio Direito Francês e não aproveitou a experiência anglo-saxónica e do Direito Lusófono, que contém aspectos não previstos pelo AUG.

Com a entrada em vigor do AUG, em Janeiro de 1998, por influencia da prática comercial internacional e Direitos Estrangeiros, introduziu novas garantias pessoais e reais nos países da zona francófona. Na matéria das garantias pessoais, instituiu a carta de garantia ao primeiro pedido, garantia autónoma que na altura não tinha sido consagrada expressamente no Direito Francês. Em relação às garantias reais, introduziu duas novas garantias mobiliárias: o direito de retenção e o penhor de créditos. Por outro lado, instituiu garantias reais mobiliárias sem entrega: penhor sem entrega de direitos sociais e valores mobiliários, penhor sem entrega do estabelecimento comercial, penhor sem entrega de estoques e penhor sem entrega de equipamento profissional e de veículos automóveis.

Outra questão que nos parece importante realçar, é que o AUG vem clarificar e simplificar a questão de distribuição e classificação das garantias, aspecto que era complexo e que variava de país para país.

*III. A justificação de um Acto Uniforme sobre Direito das Garantias.* Em termos práticos, sem confiança dificilmente se celebra o contrato de crédito e não há confiança sem garantia. O legislador da OHADA também dá relevância aos riscos de incumprimento e de solvabilidade. A actividade económica está em constante aceleração e o Direito das Garantias deve acompanhar este dinamismo até porque os operadores económicos estão em constante procura de garantias, em regra, antecipando o Direito positivo. A matéria das garantias era sempre inserida no seio do Direito das Obrigações, dos Direitos Reais, do Direito Comercial, do Direito da Insolvência, do Processo Executivo ou do Direito Bancário. O legislador da OHADA, devido à sua importância e necessidade decidiu autonomizá-lo. Assim, a nível legislativo, o Direito das Garantias foi autonomizado pelo legislador da OHADA e, o Direito das Garantias tem fascinado os juristas da África francófona<sup>1741</sup>.

---

<sup>1740</sup> Cf. Joseph Issa Sayegh, *Le Nouveau Droit de Garantie de L'OHADA*, in [www.ohada.org](http://www.ohada.org), ohadata, n.º D-02-15.

<sup>1741</sup> Os principais estudos sobre o Direito das Garantias da OHADA: Teses e monografias em geral sobre garantias - Alassan Amadou Sanni, *La Problématique de la Réalisation des Hypothèques Bancaires au Bénin*, université ABOMEY-CALAVI, Benin, 2002 ; Marie Duvalé Kodjo Gnintedem, *L'Efficacité des Sûretés Maritimes* (policopiado), Yaoundé, 2011; Mahaman Rabiou Oumarou, *La Protection des Droits du Débiteur saisi dans la Réalisation de L'immeuble apporté en Garantie d'une Créance*, Ouagadougou,



### 3. A influência da evolução contemporânea do Direito Francês das Garantias<sup>1742</sup> no AUG

I. *Generalidades.* A evolução do Direito francês influencia muito das opções legislativas da OHADA. Substituindo o Acto Uniforme de 17 de Abril de 1997, o novo

---

2006 ; Pierre Crocq (cord.) /Michael Brizoua-Bi/Lionel Black Yondo, *Le Nouvel Acte Uniforme portant Organisation des Sûretés. La Réforme du Droit des Sûretés de l'OHADA*, LAMY, 2012; Mamadou Sall, *Les Garanties du Crédit Bancaire au Sénégal*, Bordeaux I, 1993 e Sylvain Sorel Kuate Tameghe, *La Protection du Débiteur dans les Systèmes des Voies D'exécution OHADA*, Bordeaux, 2003. Artigos de revistas e obras colectivas sobre garantias: Karel Osiris Coffi Dogue, *Regard Critique et Pratique sur L'agent des Sûretés de L'OHADA*, in Revue ERSUMA, n°4, Setembro, 2014, p. 159 ss.; Miessan Ursène Emien, *L'Inscription des Sûretés Mobilières dans les Actes uniformes de L'OHADA relatifs au Droit Commercial Général et aux Sûretés*, in PENANT, n°860, Doctrine, p. 356 ss.; Michel Brizoua-Bi, *L'Attractivité du Nouveau Droit OHADA des Hypothèques*, Dr. et Patr., n°197,2010; Yvette Rachel Kalieu Elongo, *Propriété Cédée ou Retenue à Titre de Garantie*, in Encyclopédie du Droit OHADA, Lamy, 2011, p. 1443 ss.; Marie Duvalé Kodjo Gnintedem, *Heurs et Malheurs de l'Article 4 de l'Acte Uniforme OHADA portant Organisation des Sûretés*, in Revue de L'ERSUMA, n° 2, Março, 2013; Kouakou Mathurin Brou, *Le Droit de Rétenção en Droit Ivoirien: conditions d'exercice et prérogatives du rétenteur à propos de l'affaire SATA Mali c/INCART FIAT*, in Ohadata D-07-10; Kouakou Mathurin Brou, *Le Nouvel Acte Uniforme Portant Organisation des Sûretés et L'Accès au Crédit dans L'Espace OHADA*, in Ohadata, p. 27, D-13-23; Kouakou Mathurin Brou, *Les Sûretés Fondées sur une Situation D'Exclusivité et le Projet d'Acte Uniforme portant Organisation des Sûretés*, in Droit et patrimoine, n.º 197, 2010, p. 83; Mamadou Diallo, *Contribution au Diagnostic des Difficultés d'Application par les Établissements Financiers du Nouvel Acte Uniforme sur le Droit des Sûretés*, in Revue de l'ERSUMA, n°2, Março 2013, p. 349 ss.; Boubacar Diarra, *Les Innovations Introduites dans L'Acte Uniforme portant Organisation des Sûretés*, in Revue de Droit Uniforme Africain, n° 5, 2011, p. 9; Amadou Ba, *Quelques réflexions sur le nouvel acte uniforme des sûretés : un vrai "DOLLY" juridique*, in <http://www.ohada.com>; Pierre Boubou, *La Réalisation de L'Hypothèque dans le Projet de Reforme de L'Acte Uniforme sur les Sûretés : Priorité à la Viabilité des Garanties*, Comunicação apresentada na Universidade de Dschang nas Jornada anual de OHADA, 2010, organizado por GERDIIC sob tema: *Droits Réels Immobiliers, Accès au Crédit et Promotion des Investissements dans les Pays de l'OHADA*, in www.ohada.com, OHADATA D-10-54, p. 8 ss.; Alain Fénéon, *Le Pacte Commissaire: Une Innovation Importante du Nouvel Acte Uniforme sur les Sûretés*, in PENANT, n° 877, Outubro – Dezembro, 2011, p. 429 ss.; Souley Hamadou, *La Protection des Droits du Débiteur Saisi dans la Réalisation de L'Immeuble Apporté en Garantie d'une Créance*, UFR/SJP de Ouagadougou, 2004; Joseph Issa-Sayegh, *La Liberté Contractuelle dans le Droit des Sûretés OHADA*, in www.ohada.com, Ohadata D-05-06; Djibril Abarchi, *L'Introduction du "Tolme" ou "Djingouina" Dans le Nouveau Code de Commerce Nigérien : une tentative de valorisation d'une Sûreté Traditionnelle aux Suites Incertaines*, in Revue Nigérienne de Droit, p. 55 ss.; Denis Pohe- Tokpa, *La caution profane en droit ohada la balkanisation du droit du cautionnement*, in Des liens et des droits, Mélanges en l'honneur de J.P. LABORDE, 2015, coll., Études, Mélanges, Travaux, p. 159; Dalé Hélène Labitey, *Quels Droit des Sûretés Réelles pour l'OHADA?*, in, Revue Congolaise de Droit des Affaires, n° 6; Lionel Yondo Black, *Enjeux Économiques de la Réforme de L'Acte Uniforme OHADA portant Organisation des Sûretés: un atout pour faciliter l'accès au crédit*, in Droit et patr., n° 197 Novembro, 2010; Mactar Sakho, *Dossier Pratique sur les Techniques d'Optimisation des Sûretés: les pièges à éviter, les diligences à respecter*, in Revue de l'ERSUMA, n.º 1, junho, 2012, p. 481 ss.; Moussa Samb, *Étude sur les Difficultés de Recouvrement des Créances dans l'Espace UEMOA : cas du Benin, Burkina-Faso, Mali et Sénégal*, Revue de l'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle, n.º 1 – Junho, 2012; Adjita Akrawati Shamsidine, *Le Droit de Rétenção comme Sûreté en Droit Uniforme OHADA*, in Penant n.º 841, Outubro-Dezembro, 2002, p. 473 ss.; Zakeye Zerbo, *Le Droit de Rétenção dans l'Acte Uniforme portant Organisation des Sûretés: Étude comparative*, in Penant, n° 836, Maio- Agosto, 2001, p. 250 ss.; Mamadou Konate, *La Consécration des Sûretés Spécifiques OHADA : Réserve de propriété, droit de rétenção, cession de créances*, Ohadata D- 11- 91; Guy Adjété Kouassignan, *Les hypothèques*, in, Encyclopédie juridique de L'Afrique, NEA, V, 1982; Guy-Auguste Likillimba, *L'Agent des Sûretés OHADA*, Revue de L'ERSUMA : Droit des affaires - Pratique Professionnelle, Novembro/Dezembro 2011, Pratique Professionnelle, p. 165 ss e Isidore Léopold Miendjiem, *La Floating Charge de Droit Anglais et les Nantissements du Droit OHADA*, in RRJ, n.º 3, 2009, p. 1571 ss.

<sup>1742</sup> Neste particular, seguimos, de perto, Dominique Legeais, *Droits des Sûretés*, cit., p. 19 a 25.



AUG, adoptado em 15 de Dezembro de 2010 reflecte a determinação dos Estados Partes da OHADA de reforçar a confiança dos agentes económicos. Um dos objectivos da reforma operada é a consagração de novas garantias, nomeadamente a alienação em garantia. Por isso, parece importante efectuar um estudo sintetizado do Direito das Garantias em França.

*II. Os períodos recentes da evolução.* De 1804 à presente data, houve evoluções importantes no Direito francês das garantias. Os períodos da evolução contemporânea do direito francês de garantia podem ser elencados de seguinte modo<sup>1743</sup>:

- 1) Aperfeiçoamento constante das *garantias – modelo*;
- 2) Fase de declínio de garantias modelo;
- 3) Procura de garantias de substituição;
- 4) Reforma de Direito das garantias.

*III. Fase de aperfeiçoamento das garantias clássicas.* O progresso das *garantias clássicas* ocorreu no século XX, e traduz-se na multiplicação das garantias mobiliárias sem desapossamento. Neste período, o legislador francês, tendo em conta a industrialização das economias e a transição para uma economia bancária e financeira, regulamentou o modo de assegurar a permanência do bem dado em garantia na posse do devedor ou terceiro, permitindo assim a permanência do bem no circuito económico. Ainda neste período, também foram criadas garantias tendo em conta o surgimento de bens incorpóreos, nomeadamente o estabelecimento comercial e a propriedade intelectual. A reforma efectuada em relação à publicidade de certas garantias também contribuiu para o aperfeiçoamento das garantias. Esta reforma foi efectuada em 1955 e submeteu a hipoteca e privilégios à publicidade, dado que até àquela altura eram garantias ocultas.

*IV. Fase de declínio das garantias clássicas.* Na década de 80, houve uma desaceleração do recurso à fiança. Durante este período, os tribunais revelaram muita complacência em relação aos fiadores. Assim, estes começaram a opor sistematicamente aos credores os meios de defesa que lei lhes conferia e os processos demoravam muito tempo a ser concluídos. Esta situação desencorajou o recurso à fiança. Em reacção a esta situação, os credores começaram a procurar as garantias que protegem melhor os seus créditos. Começaram assim a recorrer às garantias autónomas. Em relação às garantias reais clássicas, estas foram afectadas pela evolução do Direito dos Processos colectivos

---

<sup>1743</sup> Cf. Dominique Legeais, *Droits des Sûretés*, cit., p. 20.

de apuramento de passivo que, a partir de 1967, começou a dar prioridade às empresas em dificuldade. Esta finalidade é claramente concretizada por artigo 1.º de Lei n.º 85-98, de 25 de Janeiro de 1985, nos termos do qual o legislador impôs sacrifícios aos credores, inclusive os beneficiários de garantias reais. Assim, a procura de novas<sup>1744</sup> garantias constitui uma reacção compreensível perante esta situação.

V. *Fase de procura de garantias de substituição*. Em substituição da fiança, os credores começaram a recorrer às garantias nos termos dos quais o garante não se pode eximir ao cumprimento invocando as excepções inerentes à dívida principal. Portanto, os credores começaram a exigir garantias mais fortes em relação à fiança, nomeadamente, obrigações solidárias e garantias autónomas. Em relação às garantias reais clássicas, intensificou-se o recurso ao direito de retenção, reserva de propriedade e alienação fiduciária em garantia. Nestas garantias, o credor pode conservar a posse ou a propriedade sobre uma coisa que lhe permite evitar as consequências do processo colectivo. Por outro lado, com estas garantias, o credor não receia concorrer com os outros credores. Esta procura de novas garantias, nomeadamente a alienação em garantia é considerada, em França, uma das características da maior evolução contemporânea do Direito francês das garantias. Tendo em conta estas características, há quem considere que o direito da propriedade constitui o reino das garantias<sup>1745</sup>.

VI. *As recentes reformas do Direito francês das garantias*. O Direito francês das garantias era muito complexo e pouco legível<sup>1746</sup>. Era um Direito que não dava resposta

---

<sup>1744</sup> Alias, devido à rigidez do sistema das garantias reais tradicionais tem sido comum o recurso a garantias anómalas ou impróprias, bem como a utilização de certos institutos jurídicos com fins de garantia, nomeadamente a compensação, cf. por exemplo, Hugo Ramos Alves, *Compensação Voluntária e Função de Garantia da Compensação*, in *Direito das Garantias*, Centro de Estudos Judiciário, Lisboa, 2017, pp. 24 ss., Cosentino Patti, *La compensazione nei suoi aspetti giuridici*, Jovene Editore, Nápoles, 1983, p. 11, Paula Ponces Camanho, *Do contrato de depósito bancário*, Livraria Almedina, Coimbra 2005, p. 21 ss., Pedro Baena, *La compensación en las cuentas bancarias*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 1 ss., Nicole Claire-Ndoko, *Les mystères de la compensation* in RTDC 90 (1991), pp. 661- 69, Isabel Mousinho Figueiredo, *A compensação como garantia de cumprimento das obrigações*, in O Direito 139 (2007), pp. 380-437, António Menezes Cordeiro, *Da compensação no direito civil e no direito bancário*, Livraria Almedina, Coimbra 2003, p. 11 ss., Enrico Giuliano, *La compensazione. Con particolare riguardo alle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milão 1955, p. 7 ss., Robert Mendegris, *La nature juridique de la compensation*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1969, p. 11 ss., Pietro Perlingieri, *Modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento*, Nicola Zanelli, Bolonha, 1975, p. 17 ss., Maria Petrone, *La compensazione tra autotutela e autonomia*, Giuffrè, Milão, 1997 p. 21 e Masciangelo/Moracavallo/Vomero, *La compensazione*, in *Tratato delle obbligazioni* dirigido por Luigi Garofalo e Mario Talamanca, III – *I modi di estinzione*, CEDAM, Pádua, 2008, pp. 189-357.

<sup>1745</sup> Cf. Dominique Legeais, *Droit des Sûretés*, cit., p. 22.

<sup>1746</sup> Cf. Dominique Legeais, *Droit des Sûretés*, cit., p. 22 e Jacques Auger, *Problèmes actuels de sûretés réelles*, <http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtv0131num3/ auger.pdf>, acedido em 12 de Fevereiro de 2019, p. 623 ss.

aos interesses dos credores<sup>1747</sup>. A primeira reforma foi efectuada na matéria de processos colectivos de apuramento de passivo. A Lei de 26 de Julho de 2005 modificou notavelmente as regras relativas aos garantes das empresas em dificuldades. A segunda reforma versa directamente sobre o Direito das Garantias; inicialmente foi efectuada através da Lei de 1 de Agosto de 2003 – *Loi Dutreil* - que aprofundou a reforma da fiança e introduziu um conjunto de disposições no Código de Consumo e um conjunto de disposições que constituem o segundo regime geral da fiança. Em 2005, foi constituído um grupo de trabalho presidido pelo MICHEL GRIMALDI, cujo objectivo era proceder à reforma do Direito das Garantias, que considera importante o reconhecimento legal de alienação em garantia<sup>1748</sup>. Uma das últimas evoluções no Direito das Garantias tem a ver com a introdução da garantia fiduciária. A Lei de 19 de Fevereiro de 2007, introduziu a fidúcia e a *Ordonnance* de 30 de Janeiro de 2007 estabeleceu o regime da garantia fiduciária. A reforma operada de 2007 a 2009 era restrita. Não abrangeu a matéria das garantias pessoais, com excepção da definição de carta de conforto e da garantia autónoma. A reforma não teve em conta as garantias especiais previstas no *Code de Commerce* e outras legislações, assim como eliminou muitas normas que podiam servir do regime comum das garantias. Também o regime de penhor foi alterado. O Direito das Garantias foi recodificado e apresentado de forma mais clara no *Code Civil*, no novo livro IV dedicado às garantias e composto pelos artigos 2284.º e seguintes.

#### **4. AUG - A reforma de 2010**

*I. Generalidades.* Substituindo o Acto Uniforme de 17 de Abril de 1997, o novo AUG, adoptado a 15 de Dezembro de 2010 reflecte a determinação dos Estados Partes da OHADA de reforçar a confiança dos agentes económicos, incluindo banqueiros, fornecedores e investidores em geral. Tal como a versão de 1997, o novo Acto Uniforme inspira-se no modelo francês, embora com algumas novidades<sup>1749</sup>. Conforme a versão anterior, através do novo Acto Uniforme o Legislador da OHADA procedeu, mais uma vez, à harmonização na matéria das garantias, tomando em consideração o papel que os Estados Partes podem desempenhar nesta matéria. Embora seja discutível o âmbito da

---

<sup>1747</sup> Cf. Michel Grimaldi, *Exposé des motifs du Projet de Réforme Présenté*, RDC, Julho de 2005, p. 783.

<sup>1748</sup> *Groupe de Travail Relatif à la Réforme du Droit des Sûretés. Rapport a Monsieur Dominique Preben, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice*, Paris, 2005, p. 14.

<sup>1749</sup> Cf. Michel Grimaldi, *L' Acte Uniforme Portant Organization des Garanties*, in *Petites Affiches*. La Loi, n.º 205, 13 de Octobre 2004, p. 31.

competência dos Estados Partes e quais os efeitos deste espaço de manobra<sup>1750</sup>, o Acto Uniforme admite expressamente que os Estados Partes legislem na matéria das garantias, por exemplo, o artigo 4.º, § 4, que remete para os Direitos internos e artigo 179.º, que permite aos Estados Partes a constituição de novos privilégios creditórios. Um dos objectivos da reforma do direito das garantias da OHADA é a consagração de novas garantias, melhorar a redacção e apresentação do texto e criar a coesão entre o AUG e outros Actos Uniformes. O Acto uniforme de 1997 tinha cento e cinquenta e um artigos e o de 2010 comporta duzentos e vinte e oito. Nos últimos dez anos tem-se registado a proliferação de bancos comerciais nos países membros da OHADA, a promoção e desenvolvimento de serviços bancários, o aumento das micro-finanças e o desenvolvimento das finanças islâmicas – bancos islâmicos. Todos estes factores devem ser acompanhados pelo Direito das Garantias.

*II. Os diagnósticos que impulsionaram a reforma de 2010.* O diagnóstico efectuado pela OHADA que justificou a reforma de 2010 teve apoio de autores francófonos<sup>1751</sup> e do Banco Mundial, bem como os representantes dos Estados e operadores económicos da região, sobretudo zona franca, que demonstrou que a reforma do AUG era necessária e atendível. O diagnóstico concluiu inequivocamente que era necessário efectuar a reforma. A análise concluiu que a reforma era útil, porque facilitaria a leitura das disposições dispersas sobre vários regimes das garantias, alargaria o regime geral das garantias, facilitaria o modo de publicidade e facilitaria a execução das garantias. Por outro lado, a análise concluiu que a reforma poderia corrigir as imperfeições e falta de coerência que os dez anos da prática/aplicação do AUG revelaram, assim como a colmatar as lacunas, contribuindo igualmente para facilitar o acesso ao financiamento, relançar o investimento e consumo, assim como imprimir o dinamismo de actividade das instituições financeiras da Zona OHADA. A análise recomenda que a reforma deve ser efectuada em torno dos princípios que visam racionalizar e reforçar o Direito das Garantias da OHADA. Em relação aos bens móveis, o relatório do diagnóstico sugere a reforma na matéria das garantias reais mobiliárias deve ser efectuada em torno dos princípios de redução de formalismos de constituição, assegurando a publicidade nacional acessível e, finalmente, facilitar a execução da garantia no caso de

---

<sup>1750</sup> Cf. Salvatore Mancuso, *cit.* p. 284.

<sup>1751</sup> Pierre Crocq, Issa Sayegh, Gabinete de advogados *Lovells* (actual *Hogan Lovells*), Clifford Chance, painel do Grupo do Banco Mundial dirigido por M. Alejandro Alvarez de la Campa – CNUDCI.

incumprimento. Ainda o relatório refere que as garantias reais devem adoptar as seguintes características:

- a) Abranger todas as categorias das coisas, móveis e imóveis, corpóreas e incorpóreas, os patrimónios, os bens futuros, e que podem ser possessórias ou não;
- b) Para garantir o cumprimento de uma obrigação ou de um conjunto de obrigações, independentemente da respectiva natureza jurídica, quer sejam presentes ou futuras, determinadas ou determináveis, condicionais ou incondicionais, quer seja o respectivo montante fixo ou variável;
- c) Organizar o registo de forma a facilitar os credores e os terceiros acederem às informações referentes à existência ou não de garantias reais a baixo custo e fiável;

Estabelecer regras claras sobre preferências de pagamento quando incidem várias garantias sobre o mesmo bem.

*III. Orientações da reforma.* A análise atenta do AUG 2010 permite-nos perceber que ocorreu uma evolução da filosofia geral na matéria da garantias das obrigações, conforme as seguintes manifestações: estende o âmbito das garantias reais, consagrando novas garantias; simplifica e atenua o procedimento de constituição e publicidade de garantias; simplifica o modo de execução de garantias reais, sobretudo, no caso de hipoteca<sup>1752</sup>; O AUG criou o estatuto de agente de garantia; O AUG 2010, revoga e substitui o de 1997; O AUG 2010 criou novos conceitos e novas garantias; alterou, em certos aspectos, o regime das garantias preexistentes. Pode-se dizer que a reforma visa reforçar a segurança jurídica e tornar mais atractivo o Direito das Garantias da OHADA. De uma forma geral, a reforma visa reforçar a segurança jurídica em relação a todas as garantias. Todavia, este reforço nota-se mais em certas garantias, nomeadamente nas garantias reais sem entrega, porque sua oponibilidade é agora sistematicamente sujeita, independentemente do seu objeto, a uma exigência de publicidade (registo) o que reforça a segurança dos terceiros. O acesso ao Direito das Garantias da OHADA efectuado pela reforma de 2010 assenta em dois pilares: tornar mais claro o conteúdo do AUG e alarga o regime geral das garantias. Este procedimento consiste em melhorar a precisão das regras do AUG. A título de exemplo, antes da reforma, o artigo 14.º AUG previa duas obrigações, (i) a obrigação de informar o fiador da evolução do crédito garantido e (ii) a obrigação de informá-lo do incumprimento do devedor principal. Agora, estas obrigações constam claramente de dois artigos distintos, os artigos 24.º e 25.º AUG. Por outro lado,

---

<sup>1752</sup> Veja, por exemplo, o artigo 199.º AUG, que, cumprindo certos requisitos, permite ao credor apropriar-se directamente da coisa dada em hipoteca, perante o incumprimento da obrigação assumida pelo devedor.

nos termos do artigo 137.º AUG<sup>1753</sup>, o AUG esclarece expressamente o que pode constituir objecto do penhor de conta bancária e indica que este é constituído pelo saldo credor à data da execução da garantia ou da abertura de um processo de apuramento do passivo. Também nos termos do artigo 194.º, o AUG elucida expressamente os efeitos da hipoteca sobre os bens indivisíveis, nos termos do qual, a hipoteca de um imóvel indiviso mantém o seu efeito independentemente do resultado da partilha, se tiver sido constituída por todos os titulares dos bens indivisos.

Em relação aos efeitos do penhor, o artigo 43.º (da versão originária) remete para a matéria do penhor. Consequentemente, e tendo em conta o artigo 60.º da versão originária, para além do direito de preferência, o direito do retentor é indivisível e oponível *erga omnes*, daí que o retentor possa recusar a restituição da coisa a quem quer que seja enquanto o seu direito de crédito não se encontrar integralmente satisfeito. Podia, portanto, opor a retenção a qualquer pessoa. Ademais, o retentor podia continuar a reter a coisa em caso de mero pagamento parcial, mesmo que a coisa retida seja divisível. Ora bem, na versão originária, por remeter para o regime do penhor, o direito de retenção tinha o efeito de conferir a preferência de pagamento e, consequentemente, devia ser graduada na ordem dos pagamentos. Por outro lado, era conferido ao direito de retenção o efeito de exclusividade, pelo que havia controvérsia porque o retentor podia recusar a restituição da coisa a quem quer que fosse enquanto o seu crédito não se encontrasse integralmente satisfeito. Esta exclusividade afastava o concurso dos credores, o que era incompatível com a noção de preferência e de graduação dos credores. Para eliminar esta incoerência, a reforma procedeu à redução dos efeitos do direito de retenção à exclusividade, ou seja, já não remete para o regime de penhor e deixa constituir a preferência de pagamento, nos termos do actual artigo 72.º AUG que dispõe que “*o credor que detenha legitimamente um bem móvel do seu devedor pode retê-lo até ao cumprimento integral da obrigação que lhe for devida, independentemente da existência de qualquer outra garantia, sem prejuízo da aplicação do parágrafo segundo do artigo 107.º do presente Acto Uniforme*”<sup>1754</sup>.

---

<sup>1753</sup> Eis o conteúdo deste artigo: *Quando o penhor incida tenha por objecto uma conta bancária, considera-se empenhado o crédito relativo ao saldo credor, provisório ou definitivo, ao dia da execução da garantia, sem prejuízo da regularização das operações em curso, segundo as modalidades previstas no Acto Uniforme relativo à Organização dos Processos Simplificados de Cobrança e de Execução em matéria de penhora e venda de créditos numa instituição de crédito. Sob idêntica ressalva, em caso de abertura de um processo colectivo ao devedor do crédito garantido, os direitos do credor pignoratício passam a ter por objecto o saldo da conta ao dia da referida abertura.*

<sup>1754</sup> Nos termos dos parágrafos 2.º e 3.º deste artigo, quando um bem dado em penhor sem desapossamento tiver sido posteriormente objecto de um penhor com desapossamento, o direito de preferência do credor

*IV. Afirmação do carácter acessório das garantias.* O reforço do regime geral das garantias traduz-se na introdução das disposições aplicáveis a todas as garantias, nomeadamente o princípio de acessoriedade. Nos termos do artigo 2.º AUG, salvo disposição em contrário, as garantias consideram-se acessórias da obrigação cujo cumprimento garantem. Assim, o Acto Uniforme revisto consagra, de uma forma geral, o princípio de acessoriedade.

*V. Unificação do regime de publicidade.* Antes da reforma do AUG e do AUDCG, existiam disposições sobre os registos das garantias reais mobiliárias em ambos os actos uniformes, dois regimes para o registo das garantias, o que dava azo a dúvidas. Constituíam um total de quarenta e oito artigos. Agora existe apenas um regime de registo, composto apenas por dezasseis artigos, 51.º a 66.º.

Com a reforma de 2010, o legislador da OHADA efectuou o reforço da atractividade das garantias da OHADA das duas formas seguintes: primeiro, através de aperfeiçoamento do regime existente; segundo, através de criação de novos mecanismos de garantias de financiamentos. Com a reforma de 2010, o legislador da OHADA não só instituiu novas garantias, mas também procedeu à alteração do regime das garantias preexistentes. Em relação às garantias reais mobiliárias, alterou o critério da distinção. Na vigência do AUG 1997, a distinção das garantias mobiliária tinha por base a posse. Actualmente, a distinção tem por base a natureza do objecto do penhor, sendo que o regime varia em função da natureza do bem objecto do penhor, artigos 92.º e seguintes. Quanto à execução do penhor, nos termos do artigo 104.º, cumprindo certos requisitos, permite ao credor pignoratício apropriar-se directamente da coisa dada em penhor, perante o incumprimento da obrigação assumida pelo devedor<sup>1755</sup>. Quanto ao direito de retenção, o artigo 68.º eliminou os § 2 e 3 do artigo 42.º do antigo Acto Uniforme, nos termos dos quais se exigia que apenas podia ser exercido o direito de retenção se existisse conexão entre a constituição da obrigação e a coisa retida e a presunção de que esta relação se considerasse estabelecida sempre que a detenção da coisa e a obrigação surgissem em consequência de relações comerciais existentes entre o devedor e credor. Actualmente, os requisitos de

---

*pignoratício anterior é oponível ao posterior desde que regularmente registado e não obstante o direito de retenção deste último.*

*Quando um bem dado em penhor com desapossamento tiver sido posteriormente objecto de um penhor sem desapossamento, o direito de retenção do credor pignoratício anterior é oponível ao credor posterior que não poderá exercer os seus direitos sobre o bem enquanto o credor anterior não tiver sido integralmente pago.*

<sup>1755</sup> Este constitui um meio célere na execução de garantia. Esta solução já era conhecida noutras Ordens Jurídicas, nomeadamente em Portugal, na matéria de garantias financeiras, sobre este regime, cf. Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 280 e seguintes.

conexão constam do artigo 69.º, nos termos do qual se presume que existe conexão em três situações:

- a) Se a coisa retida for entregue ao retentor com a condição de ser devolvida só depois do cumprimento.
- b) Quando a dívida resulta do contrato que obriga o retentor a entregar a coisa retida;
- c) Por fim, quando a dívida nasce na sequência de detenção da coisa – talvez quando se trata de despesas de conservação, armazenamento ou transporte da coisa vendida.

Quanto à carta de garantia, na redacção do artigo 28.º AUG 1997, a garantia autónoma<sup>1756</sup> automática era designada de *carta de garantia*. Com a reforma de 2010, esta terminologia foi substituída por garantia autónoma (artigo 39.º AUG), pois “*carta de garantia*” é uma terminologia utilizada pela doutrina francesa para referir garantias autónomas automáticas e a palavra carta criava dificuldades na articulação com o facto de ser uma convenção e não um acto unilateral.<sup>1757</sup> Aparentemente, neste particular, o legislador da OHADA acolheu a sugestão/crítica de JANUÁRIO DA COSTA GOMES<sup>1758</sup>. Já em relação às hipotecas, nos termos do artigo 199.º AUG, desde que o devedor seja uma pessoa colectiva ou pessoa singular inscrito no RCCM e o imóvel não está a ser usado para habitação, permite ao credor hipotecário apropriar-se directamente da coisa dada em hipoteca, perante o incumprimento da obrigação assumida pelo devedor, desde que haja convenção neste sentido.

VI. *Facilidade na constituição das garantias*. Para facilitar a constituição das garantias, o legislador da OHADA procedeu no sentido de facilitar o registo das garantias, o que, para além de redução de custos associados ao registo, visa eliminar as contradições entre o AUG e as legislações nacionais na matéria do registo, pois admite agora o registo de actos que não foram objectos de registo anterior. Todavia, em termos práticos, verifica-se um problema, dado que a legislação nacional de alguns países contém disposições que preveem que o Conservador do RCCM não pode registar actos que não tenham sido previamente registados, o que cria a contradição entre a legislação nacional e as disposições da OHADA. Seria desejável que estas leis fossem alteradas para não servir

---

<sup>1756</sup> Quanto à acessoriedade da fiança, com a reforma de 2010, tal como na redacção do artigo 7.º AUG 1997 e o Código Civil francês, consta do artigo 17.º que a fiança não pode existir senão sobre uma obrigação válida. Assim, parece que se a obrigação a garantir não for válida nem sequer é possível existir uma fiança a garantir o seu cumprimento, cf. Cláudia Madaleno, *Garantias*, cit., p. 356.

<sup>1757</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *O Regime da Carta de Garantia no AUG da OHADA. Alguns Aspectos*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 247.

<sup>1758</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *O Regime da Carta de Garantia*, cit., p. 247.



de justificativo para recusar os registos. Por outro lado, a facilidade de constituição das garantias manifesta-se através da admissão de constituição de garantias de créditos futuros, assim como garantias de bens futuros, desde que sejam determináveis.

*VII. Reforço da eficácia das Garantias.* De acordo com o disposto no artigo 4.º AUG (versão originária), todo o contrato de fiança devia ser celebrado por documento escrito e assinado pelas partes, afastando-se dos reflexos da acessoriedade. Se não fosse observada a forma legalmente exigida, a fiança era nula nos termos do artigo 220.º CC, por inobservância de uma disposição legal que impõe a adopção de forma *ad substantiam*. Na vigência deste artigo, alguns autores francófonos não concordavam com esta interpretação. Segundo estes autores, a fiança seria apenas nula se não fosse prestada de modo expresso, mas seria válida mesmo que não obedecesse à forma escrita. Ou seja, a fiança conservava a consensualidade, podendo ser prestada por mero acordo entre as partes. Alguns autores e própria jurisprudência francesa entendiam que a falta de exigência da forma tinha como consequência não a nulidade, mas sim a falta de valor probatório do acto. Na versão actual, podemos ler no artigo 14.º AUG “*a fiança prova-se por documento escrito do qual conste a assinatura do fiador e do credor*”. Assim, tal como defendiam alguns autores e a própria jurisprudência francesa, a falta de exigência da forma, numa interpretação literal, tem como a consequência não a nulidade, mas sim a falta de valor probatório do acto. Com efeito, a exigência de um documento escrito é um formalismo *ad probationem* e não *ad substantiam*, segundo os autores francófonos. E, consequentemente, consideram que o AUG vem alargar a eficácia da fiança, eliminando a exigência de um formalismo de que dependia a sua eficácia.

*VIII. Novos mecanismos de execução das garantias reais.* De uma forma geral, o AUG tenta estabelecer o equilíbrio na protecção conferida ao garante e às conferidas ao beneficiário da garantia. A título de exemplo, a execução judicial do bem pressupõe sempre a avaliação objectiva do bem e, se o valor deste for superior ao valor da dívida, o garante/devedor tem direito a receber o remanescente. Por outro lado, o AUG admite o pacto marciano, pois nos termos dos artigos 104.º e 105.º AUG, se o bem empenhado for uma quantia em dinheiro ou um bem cujo valor seja objecto de uma cotação oficial, as partes podem convencionar a adjudicação ao credor pignoratício da propriedade do bem empenhado em caso de incumprimento. As partes têm igual faculdade relativamente às demais coisas móveis corpóreas quando o devedor da obrigação garantida for um devedor profissional. Neste caso, o bem empenhado deve ser avaliado no dia da transmissão por um perito convencional ou judicialmente designado. Em relação à hipoteca, nos termos

do artigo 199.º AUG, se esta tiver sido prestada por uma pessoa colectiva ou por uma pessoa física devidamente matriculada no RCCM e o imóvel objecto da hipoteca não se destinar a habitação, pode acordar-se na convenção de hipoteca que o credor adquirirá a propriedade do imóvel hipotecado, admitindo, assim um pacto marciano – facilita a execução e protege, em certa medida, o garante porque impõe a avaliação prévia do bem e, por outro lado, nos termos do artigo 200.º AUG, o valor do imóvel deve ser avaliado por perito nomeado pelas partes ou em juízo. Se o valor do imóvel exceder o montante do crédito garantido, o credor deve ao autor da hipoteca uma quantia igual à diferença.

*IX. Novos mecanismos de garantia de financiamento - Os mecanismos descartados.* O AUG é inspirado pelo Direito francês. Todavia, por diversas razões, não acolhe todas as inovações deste Direito, nomeadamente a hipoteca “recarregável”<sup>1759</sup>, consagrada pela *Ordennance de 23 de Mars 2006*, que é uma forma de garantia hipotecária que permite ao mutuário reutilizar o mesmo bem dado em hipoteca para fazer outros empréstimos. O reembolso, ainda que parcial, da primeira prestação “expurga” a hipoteca nesse valor e permite constituir nova garantia hipotecária nesse valor para um novo crédito. Por outro lado, o AUG não acolhe a garantia fiduciária da forma que é consagrada no Direito francês. Com a reforma de 2010, o legislador da OHADA consagrou novas garantias, tendo em conta a prática social e o Direito Comparado. Não constituindo o objectivo do presente trabalho, vamos fazer apenas uma descrição sumária das novas garantias consagradas pelo AUG: reserva de propriedade, artigo 72.º e seguintes; transmissão de propriedade em garantia, artigo 79.º e seguintes; cessão de crédito em garantia, artigo 80.º e seguintes; transmissão fiduciária da soma monetária em garantia, artigo 87.º e seguintes; penhor de direitos de propriedade intelectual, artigo 156.º e seguintes.

*X. Novos conceitos. Generalidades.* O AUG 2010 consagrou três conceitos novos em relação ao AUG 1997, que são os seguintes: Estabelecimento de Financiamento, Devedor Profissional e Agente de garantias, que passaremos a descrever muito sumariamente.

---

<sup>1759</sup> A hipoteca *recarregável*, resultante da reforma das garantias, de 24 de Março de 2006, é consagrada legalmente em França desde 2007. Este dispositivo, destinado a incentivar o consumo, permite ao mutuário reutilizar a sua hipoteca para contrair novos créditos, que podem ser concedidos por outros bancos. Podem ser créditos ao consumidor ou crédito para financiar trabalhos no domicílio ou outros imóveis. Por exemplo, se contraiu um empréstimo imobiliário de €: 200 000 e, entretanto, já efectuou o pagamento no valor de €: 100 000, a hipoteca *recarregável* reforça parcialmente sua “capacidade” de empréstimo, até ao valor de €: 100 000.

*XI. Estabelecimento de Financiamento.* Parece-nos que o termo se refere ao estabelecimento financeiro, que é um conceito amplo. O Acto Uniforme, normalmente, contém definições das figuras. Embora muitas vezes se refira ao estabelecimento de financiamento, no § 4.º do artigo 4.º, o AUG é silente sobre a sua definição. Talvez não tendo definido esta figura pelo facto de ter remetido os aspectos relacionados com ela aos Direitos internos de Estados Partes. De uma forma geral, o estabelecimento de financiamento são instituições de crédito<sup>1760</sup>. Todavia, o Acto Uniforme contém uma delimitação negativa no âmbito da sua aplicação em relação ao “estabelecimento de financiamento”, considerando que as suas regras podem ser afastadas por normas especiais quando se trate de garantia do cumprimento dos contratos exclusivamente entre os “estabelecimentos de financiamento”.

*XII. Devedor Profissional.* A segunda inovação importante do novo Acto Uniforme é a criação da figura do devedor profissional. Nos termos do artigo 3.º, AUG, o legislador da OHADA introduziu, com a versão de 2010, a figura do “devedor profissional”. O “devedor profissional” é o devedor cuja dívida deriva da sua actividade profissional, ainda que não exercida a título principal. Esta noção inclui toda a actividade profissional, nomeadamente, comercial, agrícola, industrial e liberal. A definição é curiosa e parece que o conceito é pejorativo porque, à primeira vista, pode ser entendido como um sujeito mais ligado à dívida do que ao cumprimento. Dado que a dívida pode derivar tanto da actividade comercial, agrícola, industrial ou liberal, parece que, em vez de devedor profissional, devia ter-se optado pelo termo *dívidas profissionais*<sup>1761</sup>, como se refere nos artigos 80.º e 85.º AUG. A consagração não é meramente conceptual, ou seja, influencia o regime a qualidade do sujeito – “devedor profissional”. Efectivamente, em termos de regime jurídico, a noção de “devedor profissional” permite determinar

---

<sup>1760</sup> A Lei n.º 4/2008, de 31 de Março, que transpõe para a ordem jurídica guineense a Lei - Quadro de Regulamentação Bancária da UMOA, determina no seu art. 1.º que é aplicável aos estabelecimentos de crédito que exercem as suas actividades num dos Estados Membros da UMOA. Estes estabelecimentos podem exercer as suas actividades como bancos ou como estabelecimentos de natureza bancária (art. 1.º, n.º 3 LRB). Cabe ao Banco Central dos Estados da África Ocidental classificar as operações e determinar aquelas que podem ser praticadas por estas instituições. Em relação ao sistema financeiro descentralizado, é regulado basicamente pela Lei n.º 9/2008, de 26 de Agosto<sup>1760</sup>, que transpõe para a ordem jurídica guineense a Lei-quadro de sistema financeiro descentralizado da UMOA. Nos termos do seu art. 1.º, n.º 21 entende-se por sistema financeiro descentralizado a instituição cujo objecto principal consiste em prestar serviços financeiros às pessoas que normalmente não têm acesso às operações efectuadas pelos bancos e pelos estabelecimentos financeiros de natureza bancária e que se encontram habilitadas a prestar tais serviços. Esta definição parece-nos imprecisa. Em todo o caso, abrange as instituições mutualistas ou cooperativas de poupança e de crédito, art. 85.º LSFD.

<sup>1761</sup> Cf. Joseph Issa-Sayegh, *OHADA, Traité et Actes Uniformes Commentés et Annotés*, Juriscope, 2015, p. 881, anotação ao artigo 3.º.

situações de inoponibilidade ao cessionário quando a dívida cedida deriva de uma actividade profissional (artigo 80.º); a modalidade de cumprimento do devedor cedido (artigo 85.º); modalidades de execução do penhor (artigo 104.º).

*XIII. Agente de garantias.* A criação do agente de garantias é igualmente uma das inovações do novo Acto Uniforme. o agente de garantias aparece como um profissional de gestão de garantias de terceiros. Nos termos do artigo 5.º AUG, esta profissão só pode ser exercida por instituições financeiras ou de crédito. Esta função necessita uma certa experiência<sup>1762</sup> na matéria de garantias. Por isso, o AUG dispensa-lhe um conjunto de regras para o seu enquadramento e das suas actividades (artigos 5.º a 11.º). O agente de garantias é um mandatário<sup>1763</sup>, em virtude de um contrato celebrado com o credor mandante, nos termos do qual pode constituir, registar, gerir ou executar uma ou várias garantias do crédito de mandante. O agente de garantias deve ser uma instituição financeira ou estabelecimento de crédito, nacional ou estrangeira, que age em seu nome (ou em nome do credor mandante, conforme o contrato) e no interesse do credor mandante. Estabelecimento financeiro e estabelecimento financeiro são conceitos amplos, e, nesta sede, importa levantar uma questão: uma sociedade de recuperação de crédito não pode ser agente de garantias? Pensamos que a resposta é positiva. Salvo estipulação em contrário, o agente de garantias detém poderes para representar o seu mandante nas suas relações com os devedores, garantes e terceiros, assim como poderes para intentar todas as acções necessárias para proteger os interesses do mandante credor, para isso basta indicar a sua qualidade de agente de garantias, nos termos do artigo 8.º. Quando a constituição ou execução de uma garantia implique a transferência de propriedade a favor do agente de garantias, nos termos do artigo 9.º, os bens transferidos constituem um património separado do agente de garantias. Ainda nos termos do artigo 9.º, sob reserva de eventual exercício de sequela sobre estes bens, esse património separado só pode ser objecto de execução pelos titulares de créditos derivados de despesas de conservação e gestão desses bens ou no caso de um processo colectivo contra o agente de garantias. Este preceito – artigo 9.º - contém algumas imprecisões, pois determina que sob reserva de eventual exercício de sequela sobre bens que fazem parte do património separado do agente de garantia e em caso de fraude, estes bens só podem ser objecto de

---

<sup>1762</sup> Cf. Joseph Issa-Sayegh, *OHADA, Traité et Actes Uniformes Commentés et Annotés*, cit., p. 882.

<sup>1763</sup> Cf. Joseph Issa-Sayegh, *OHADA, Traité et Actes Uniformes Commentés et Annotés*, cit., p. 882.

execução pelos titulares de créditos derivados de despesas de conservação e gestão desses bens ou no caso de um processo colectivo contra o agente de garantias. O artigo 9.º, § 3 excepciona duas situações: o caso de direito de sequela em relação aos bens, mas não determina o terceiro em causa e; excepciona o caso de ilicitude, mas não esclarece em relação a quem se refere. O AUG, nos termos do artigo 6.º, ainda coloca requisitos formais para designação válida de agente de garantias – mandato, nomeadamente:

#### 4.1. Apreciação crítica

A reforma do AUG foi realizada em 2010 com o objectivo de ampliar a coerência e eficácia do sistema de garantias em geral e das garantias reais em especial. As definições do conceito de garantias e das garantias reais foram alteradas para corresponder à evolução que o legislador da OHADA pretendia dar ao Direito das Garantias. Para atingir este objectivo, o legislador da OHADA aumentou o número de garantias existentes e pretendeu também responder às exigências práticas. Sucedeu, todavia, que há dois aspectos que se opõem em relação às garantias reais. Continuam a existir garantias reais que se baseiam na preferência de pagamento ou tradicionais e, por outro, as novas garantias que têm por objecto o direito da propriedade.<sup>1764</sup> Em vez de melhorar o regime das garantias existentes no sentido de obter mais eficácia e simplicidade, as novas garantias consagradas pelo legislador da OHADA acrescentaram complexidade. O CC é rico em termos de definições, mas em relação às garantias, não contém a definição da mesma, nem das garantias reais (*omnis definitio in iure civili periculosa est*<sup>1765</sup>), limitando-se a elencá-las e a estabelecer o respectivo regime. Diferentemente do nosso Direito interno, o AUG contém noção de garantia.

Esta noção de garantia é ampla de modos que inclui a garantia geral, cujo regime não institui e ainda contém uma definição das garantias reais que não abrange as garantias baseadas na titularidade que o próprio legislador da OHADA institui. A definição da garantia inclui o que o AUG não regulamenta – garantias gerais, por sua vez, a definição

---

<sup>1764</sup> Cf. Kouakou Stéphane Bohoussou, *Réflexion critique sur l'efficacité des sûretés réelles en droit OHADA: proposition en vue d'une réforme du droit OHADA des sûretés réelles*. Universidade de Bordeaux, França, 2015, p. 26.

<sup>1765</sup> Cf. A Santos Justo, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 2015, (nota 1056).

da garantia real exclui o que o AUG regulamenta – garantias especiais.<sup>1766 1767</sup> Um dos objectivos da reforma de 2010 consiste em simplificar o Direito das Garantias que se apresentava disperso, difícil de aceder e que punha em causa a segurança jurídica<sup>1768</sup>, no sentido de torná-lo mais coerente, contrariamente, a referida reforma apenas agravou o fenómeno da dispersão das garantias<sup>1769</sup>, nomeadamente as reais. Como vimos, o nosso Código Civil e o francês não contêm a noção de garantia, mas contém definição e ou estabelece requisitos de cada uma das garantias, tais como penhor e hipoteca.

Recentemente surgiram propostas de definições de garantias pela doutrina francesa, com o objectivo de superar a separação entre as garantias reais tradicionais e as demais técnicas contratuais que se baseiam na titularidade, nomeadamente alienação da propriedade em garantia, reserva de propriedade e cessão de crédito em garantia.<sup>1770</sup> O próprio artigo 4.º AUG, que contém a definição das garantias pessoais e reais, no seu parágrafo 2.º determina que as únicas garantias reais que podem ser constituídas validamente são aquelas previstas no próprio AUG. Ainda determina que estas garantias consistem no direito do credor a ser pago preferencialmente pelo preço de execução de um bem. Esta definição parece incorrecta porque o direito de preferência é uma decorrência da própria garantia especial<sup>1771</sup>. Também é incompleta porque não inclui muitas garantias previstas no próprio AUG, as garantias que se baseiam na titularidade. Por outro lado, o artigo 4.º, n.º 2, que contém o conceito de garantias reais, contradiz o

---

<sup>1766</sup> Cf. François Anoukaha, *Le droit des sûretés dans l'acte uniforme OHADA*, Presses Universitaires d'Afrique, Yaoundé, 1998, p. 8.

<sup>1767</sup> Cf. Kouakou Bohoussou, *Réflexion, cit.*, p. 27. A Hipoteca é uma das principais garantias utilizadas no nosso sistema de financiamento. O recurso à hipoteca é frequente por parte dos credores e sofreu apenas uma reforma ínfima que deixou a maior parte das dificuldades relacionadas à sua constituição e criou dúvidas em relação à sua execução. Os aspectos acima referidos revelam uma falta de coerência no âmbito do AUG. Esta incoerência resulta da opção do legislador da OHADA, porque teve uma abordagem não funcional do Direito das Garantias; se tivesse optado por esta abordagem poderia contribuir para a eficácia do Direito das Garantias. Por outro lado, o legislador da OHADA em vez de equilibrar a sua intervenção em diferentes tipos de garantias, privilegiou a categoria de novas garantias reais em detrimento das garantias reais tradicionais. Em termos formais, as reformas efectuadas pelo legislador da OHADA são muito patentes, mas em relação às reformas de conteúdo, ainda persistem dúvidas se constituem verdadeiras novidades. O legislador da OHADA não efectuou propriamente uma profunda inovação (revolução) do Direito das Garantias, porque continuamos a detectar a influência permanente do Direito francês no Direito das Garantias.

<sup>1768</sup> Cf. David Robine, *Aperçu de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006*, Bull. Joly Sociétés, 2006, p. 879.

<sup>1769</sup> Cf. Kouakou Bohoussou, *Réflexion, cit.*, p. 27.

<sup>1770</sup> Cf. Kouakou Bohoussou, *Réflexion, cit.*, p. 33. Deve-se admitir que não é fácil fixar um conceito de garantias, assim como fixar os conceitos das garantias especiais ou reais. É por isso que, o nosso legislador interno não referiu esta questão, opção que ainda hoje parece quase insuperável. Uma das principais questões associadas à noção de garantia é determinar as garantias que inclui. No caso concreto, em relação à definição das garantias reais verifica-se que, em termos objectivos, não inclui situações da *propriété* – *garantie*, nem direito de retenção.

<sup>1771</sup> Cf. Kouakou Bohoussou, *Réflexion, cit.*, p. 33.

artigo 1.º, pois, nos termos do artigo primeiro, em relação às garantias reais, o conceito é caracterizado pela afectação de um bem ou um património. Já no artigo 4.º, a garantia real é caracterizada pela preferência no pagamento.

Ainda em relação às garantias reais, o Acto Uniforme, antes da revisão de 2010, nos seus artigos 44.º e seguintes, adoptava uma distinção clara entre penhor – bens corpóreos e direitos constantes dos títulos; *nantissement* propriamente dito – sujeito a RCCM e não carece de entrega para a sua constituição. Com a revisão de 2010, o critério da distinção das garantias mobiliárias foi alterada, e o principal critério passa a ser o seu objecto e subsidiariamente se há desapossamento. Assim, o penhor incide sobre coisas corpóreas e o *nantissement* sobre coisas incorpóreas. O critério de distinção podia basear-se apenas no desapossamento do bem objecto do penhor, mas com a reforma de 2010, aplica-se também à distinção baseada na natureza do bem objecto de garantia, o que pode dar azo a dúvidas.<sup>1772</sup> Este critério de distinção baseada na natureza do bem objecto de garantia põe em causa a distinção clássica baseada na forma de constituição, no nosso caso de penhor, penhor com desapossamento ou penhor sem desapossamento e ainda penhor de coisas incorpóreas, *Nantissement*.<sup>1773</sup> Em relação a alienação em garantia, o AUG reconheceu, de uma forma tímida, a possibilidade de utilização da propriedade para fins de garantia. A sua formulação, como veremos dá azo em termos do âmbito de admissão da alienação da propriedade em garantia.

Em geral, uma das principais lacunas na legislação da OHADA, é o facto de, na maioria dos aspectos, estar afastada das realidades socioeconómica de maioria dos seus Estados Membros. Nas palavras do MONTESQUIEU<sup>1774</sup>: *une bonne loi devrait découler de la nature des choses...* Se a reprodução do Direito francês nos actos uniformes da OHADA permite aos investidores e financiadores europeus evoluir em um ambiente legal que lhes é familiar, este modo de produção normativa não permite levar em consideração o contexto socioeconómico africano. O tecido económico dos Estados Membros da OHADA caracteriza-se pela predominância do sector informal e pelo analfabetismo.<sup>1775</sup> Acresce que os franceses não são os únicos investidores na Zona OHADA, em especial, na Guiné-Bissau. Com efeito, esta técnica – reprodução do Direito Francês - aproveita essencialmente aos países francófonos membros da OHADA que têm

---

<sup>1772</sup> Cf. Kouakou Bohoussou, *Réflexion, cit.*, p. 36.

<sup>1773</sup> Cf. Kouakou Bohoussou, *Réflexion, cit.*, p. 37.

<sup>1774</sup> Cf. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Flammarion, Paris, 2008, p. 61.

<sup>1775</sup> Cf. Kouakou Bohoussou, *Réflexion, cit.*, p. 54.

a tradição jurídica francesa, beneficiando de maior segurança jurídica, facilidade de adaptação aos conceitos, a língua, facilidade na investigação. Em termos económicos, os países francófonos beneficiam de vantagens na medida em a segurança jurídica e judiciária atraem muito os investidores no sentido de garantir o retorno de capital aos pais de origem. Por isso, esta reforma não constitui uma *Reformatio in melius*.

## 4.2. Âmbito de aplicação do AUG

*I. Generalidades.* O AUG revoga substancialmente o Direito Interno na matéria das garantias especiais, mas não regula totalmente estas garantias.

*II. Âmbito material.* O AUG tem por objecto as garantias especiais – reais e pessoais<sup>1776</sup>. Nos termos do artigo 1.º AUG, este é aplicável qualquer que seja a natureza

---

<sup>1776</sup> Eis as geografias do nosso Código Civil e o AUG na matéria das garantias. Em relação às garantias, o nosso legislador colocou as garantias pessoais e reais no livro II - Direito das obrigações diferente do legislador alemão que colocou as garantias pessoais no livro das relações obrigacionais e garantias reais no livro dos Direitos reais, cf. Menezes Cordeiro, *Tratado*, X, *cit.*, p. 143. Do livro II do Código Civil, as garantias constam do capítulo V e VI, que tem a seguinte composição:

### Capítulo V

Secção I - Disposições gerais – artigos 601.º a 604.º;

Secção II - Conservação da garantia patrimonial – artigos 605.º a 608.º;

Subsecção I - Declaração de nulidade – artigo 605.º;

Subsecção II - Sub-rogação do credor ao devedor – artigos 606.º a 609.º;

Subsecção III – Impugnação pauliana – artigos 610.º a 618.º;

Subsecção IV – Arresto – artigos 619.º a 622.º

As garantias especiais constam do capítulo VI, que tem a seguinte composição em resumo:

### Capítulo VI

Secção I - Prestação de caução – artigos 623.º a 626.º;

Secção II - Fiança – artigos 627.º ao artigo 655.º;

Secção III – Consignação de rendimentos - artigos 656.º a 665.º;

Secção IV – Penhor – artigos 666.º a 685.º;

Secção V – Hipoteca – artigos 686.º a 685.º;

Secção VI - Privilégios creditórios – artigos 733.º a 761.º.

Ainda cumpre referir que estas menções devem ser completadas com diplomas especiais [Nomeadamente o Decreto – Lei que procedeu à Harmonização do Direito Interno com o AUG] e normas do processo. Em relação às garantias pessoais, com excepção das normas injuntivas, são arcadas pela autonomia privada, cf. Menezes Cordeiro, *Tratado*, X, *cit.*, p. 145. Contrariamente às garantias pessoais, as garantias reais são limitadas pelo princípio do *numerus clausus* – artigo 1305.º CC.

Parece-nos importante referir a geografia do AUG para o efeito da interpretação sistemática, cf. Menezes Cordeiro, *Tratado*, X, *cit.*, p. 143. O acto uniforme contém apenas a matéria das garantias especiais, deixando de fora as garantias gerais. Vamos mencionar apenas a estrutura do Acto Uniforme sem referir os artigos.

*Título preliminar - Disposições gerais;*

*Título I – Garantias pessoais;*

*Título II – Garantias reais mobiliárias;*

*Título III – Hipotecas;*

*Título IV – Distribuição e classificação das garantias;*

*Título V – Disposições transitórias e finais.*

Como se vê, as garantias gerais não foram afectadas pelo AUG, na medida em que este não as regula.



da obrigação garantida, ou seja, quer se trate da obrigação civil, que comercial, quer qualquer outro tipo de obrigação. O Legislador da OHADA revela, mais uma vez, que o Direito dos negócios está para além do Direito Comercial, pois abrange matérias tradicionalmente situadas no Direito Comercial e no Direito das Sociedades, mas abrange também matérias do Direito Civil, pois é aplicável às garantias de obrigações civis.<sup>1777</sup>

*III. Âmbito temporal.* O AUG entrou em vigor no dia 15 de Maio de 2011, data em que começou a ser aplicável a todos os Estados Partes da OHADA. Nos termos do artigo 227.º AUG, as garantias consentidas ou constituídas antes da sua vigência e que estejam de acordo com as disposições então em vigor, mantêm-se sujeitas ao mesmo regime, até à respectiva extinção.

*IV. Âmbito territorial.* O AUG é aplicável a todos os Estados Partes da OHADA e aos futuros Estados que venham a aderir a esta organização. O AUG não contém propriamente matérias do Direito Internacional Privado. Todavia, quando uma garantia compreende elementos ligados a vários Estados, sobretudo, quando um dos Estados não faz parte da OHADA, é necessário determinar a lei aplicável.<sup>1778</sup>

#### **4.3. Interpretação do AUG na Guiné-Bissau**

O Direito lusófono tem características próprias e as garantias apresentam algumas especificidades que justificam a uma abordagem sumária<sup>1779</sup>. No Ordenamento Jurídico Guineense, para efeitos de interpretação - em especial, na matéria de garantias - é necessário ter em conta as especificidades que as garantias apresentam no âmbito de Direito lusófono, o que pode criar dificuldades na articulação com o Direito interno e na interpretação sistemática. O intérprete<sup>1780</sup> deve ter em conta que, em termos históricos, o

---

<sup>1777</sup> O artigo 1.º do AUG revogado tinha dois parágrafos, nos termos do 2.º §, continha uma delimitação negativa no âmbito de aplicação do Acto Uniforme – as suas regras não se aplicavam às garantias do Direito Fluvial, do Direito Marítimo e do Direito Aéreo. Esta delimitação negativa consta do actual artigo 4.º, § 4 do Acto Uniforme. O Direito Fluvial, Direito Marítimo e Direito Aéreo têm as suas especificidades que merecem atenção que não se verificam nas garantias comuns. Estas excepções são inevitáveis, pois estas garantias devem ser reguladas pelas legislações especiais e convenções internacionais, são áreas de actividade, normalmente, transfronteiriças, por isso, em regra, o seu regime consta das convenções internacionais ou regras especiais de cada Estado Parte.

<sup>1778</sup> Cf. Kouakou Bohoussou, *Réflexion*, cit., p. 298.

<sup>1779</sup> Seguimos no essencial, de perto o António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, X, Direito das Obrigações, Garantias*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 123 e seguintes.

<sup>1780</sup> Ao Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem, nos termos do artigo 14º do Tratado da OHADA, compete interpretar as normas jurídicas derivadas da OHADA e emitir pareceres sobre os projectos de Actos Uniformes, mas não lhe compete interpretar as disposições estritamente internas, cf. Acórdão do TCJA n.º 2/2009, de 26 de Fevereiro de 2009, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com), ref. J-09-283.

Direito lusófono acolheu elementos franceses no início do século XIX, mas acabou por enveredar para o pandectismo romano-germânico. Os actos uniformes são produzidos em francês e há uma forte barreira linguística por parte do intérprete guineense dado que a língua oficial é a portuguesa. Esta dificuldade pode ser verificada, com menor grau, em relação ao guineense em contacto com o Direito francês. O uso da língua portuguesa dá azo a um modo próprio de colocar problemas e de encontrar e justificar soluções. A base do nosso Direito das Garantias é influenciada pelo Direito italiano. Com efeito, deve-se dar atenção às raízes e à evolução do Direito lusófono das garantias e articular, na sua interpretação, com as raízes e evolução do Direito francófono das garantias. Ademais, o intérprete deve tomar sempre em conta que o nosso Direito das Garantias é dotado de doutrina própria e de referências jurídico – científicas próprias.

## **5. A fidúcia no Direito da OHADA**

Para as operações de financiamento de empresas em África e sua segurança jurídica, observa-se que a obtenção de crédito é uma necessidade real e constitui um elemento fundamental para promover o desenvolvimento económico e do próprio crédito em África.<sup>1781</sup> Alguns autores consideram que as garantias de crédito devem ser compreendidas como um jogo de estratégia, nos termos do qual, cada jogador, considerado como cada credor, deve-se munir da melhor “carta estratégica”, ou seja, a melhor garantia de cumprimento é aquela que garante que, uma vez concedido o crédito, seja pago pelo devedor ou simplesmente por aquele a quem o crédito foi concedido.<sup>1782</sup> Com efeito, em muitos ordenamentos jurídicos estão e continuam a trabalhar para criar mecanismos legais eficientes, que permitam que os respectivos operadores económicos sejam tranquilizados, mas acima de tudo incentivados à prática de várias operações de financiamento, no sentido de obter a eficiência do mercado, também prejudicada, particularmente em termos de equidade, pelas assimetrias informativas que a ele são endógenas e pelo consequente aumento dos custos das operações financeiras.

---

<sup>1781</sup> No contexto económico actual, bastante difícil e em países africanos, onde se regista muitas instabilidades em relação aos operadores económicos, que nem sempre são reconhecidos pelo sistema formal, os bancos consideram que é cada vez mais arriscado conceder crédito, o que confirma o fato de que, além da possibilidade de alcançar uma vantagem específica sobre o crédito concedido, um dos interesses fundamentais do credor tem sido a certeza de que os fundos emprestados podem ser reembolsados, na melhor das hipóteses, dentro do prazo acordado.

<sup>1782</sup> Cf. Dominique Legeais, *Droit des Sûretés et Garanties du Crédit*, cit., p. 447 ss. e Franck Ikael Solou, *Les Crypto-fiducies du Droit OHADA pour la sécurisation et le développement du crédit en Afrique*, in RED, 22 de Junho de 2017, p. 2.

A garantia de cumprimento eficaz não contribui apenas para o desenvolvimento das empresas, mas, sobretudo, para o desenvolvimento da economia e do crédito, razão pela qual, nos últimos anos, em França e nos países africanos membros da OHADA adoptaram o *slogan - sem garantia, não há crédito, sem crédito, não há economia moderna*.<sup>1783 1784</sup> Atento o crescimento do volume e da complexidade de operações de financiamento no espaço OHADA, esta reforma de 2010 procedeu à criação da figura de agente de garantias, encarregue de constituir, gerir e executar as garantias reais. No fundo, de acordo com o disposto no artigo 5.º AUG, o agente de garantias é um mandatário, em virtude de um contrato com o credor mandante, nos termos do qual pode constituir, registar, gerir ou executar de uma ou várias garantias do crédito de mandante, tal como o fiduciário no Direito francês. Cabe notar que inicialmente, depois da reforma de 2006, através do artigo 2011.º do *Code*, legislador francês instituiu a fidúcia e dispõe que *a fidúcia é a operação pela qual um ou vários constituintes transferem bens, direitos ou garantias, ou conjunto de bens, direitos ou garantias, presentes ou futuros, a um ou vários fiduciários que, tendo-os separado do seu próprio património, ajam com um fim determinado em benefício de um ou vários beneficiários*.

## **6. Património de afectação**

Nos termos do artigo 9.º AUG, quando a constituição ou execução de uma garantia implica a transmissão de propriedade a favor do agente de garantias, os bens transferidos formam um património afecto ao seu mandato e devem ser mantidos pelo agente de garantias separadas do seu património próprio. A mesma solução aplica-se no caso de pagamentos recebidos pelo agente de garantias no âmbito do respectivo mandato. Com efeito, quando a constituição ou execução de uma garantia implica a transmissão de propriedade a favor do agente de garantias, o bem é administrado em separado do património do agente de garantias, razão pela qual constitui um património de afectação separado do património pessoal do agente de garantias, com duas características fundamentais: um fim que fundamenta a afectação e um gestor do património. Assim, o

---

<sup>1783</sup> Cf. Franck Ikael Solou, *Les Crypto-fiducies du Droit OHADA cit.*, p. 2.

<sup>1784</sup> No contexto económico actual, bastante difícil e em países africanos, onde se regista muitas instabilidades em relação aos operadores económicos, que nem sempre são reconhecidos pelo sistema formal, os bancos consideram que é cada vez mais arriscado conceder crédito, o que confirma o fato de que, além da possibilidade de alcançar uma vantagem específica sobre o crédito concedido, um dos interesses fundamentais do credor tem sido a certeza de que os fundos emprestados podem ser reembolsados, na melhor das hipóteses, dentro do prazo acordado.

bem transferido não entra para o património do agente de garantia nem se considera que lhe pertence definitivamente<sup>1785</sup>, porque deverá restituí-lo uma vez verificado um certo prazo ou evento. Este património de afectação tem um carácter temporário. A criação do património de afectação visa proteger o contraente do agente de garantia e também o beneficiário efectivo da garantia, razão pela qual, ainda nos termos do artigo 9.º, sem prejuízo do eventual exercício de um direito de sequência e exceptuando os casos de fraude, os bens transferidos para o agente de garantias só podem ser penhorados pelos titulares de créditos resultantes da conservação e da gestão desses mesmos bens, incluindo em caso de abertura de processo colectivo de apuramento do passivo contra o agente de garantias.

Outra figura instituída pela OHADA é a alienação fiduciária de uma quantia em dinheiro. À primeira vista, o termo fiduciário integra o termo da figura, o que constitui um índice do tipo, ou seja, um elemento de partida para o qualificar como uma figura fiduciária. De facto, nos termos do artigo 87.º AUG, a alienação fiduciária de uma quantia em dinheiro é uma convenção pela qual o autor da garantia aliena fundos em garantia do cumprimento de uma obrigação. Esses fundos devem ser depositados numa conta *bloqueada*, aberta em nome do credor desta obrigação. Assim, apesar de ser credor titular da conta, o credor não pode movimentar os fundos da conta apesar de juridicamente ser titular de crédito sobre o fundo depositado na conta, mas tendo em conta o fim da garantia, não pode exercer o seu principal direito sobre a conta, que é de proceder saques. De acordo com este regime jurídico, se observarmos atentamente, verifica-se que a constituição efectiva da garantia é efectuada entre o devedor e o estabelecimento de crédito que, no fundo, possui uma posição do fiduciário, pois exerce função idêntica à do agente de garantias. Para além destas figuras, o AUG criou outros mecanismos fiduciários, nomeadamente a alienação da propriedade em garantia e a cessão de crédito em garantia, que analisaremos em momento ulterior.

## **7. A titularidade-garantia no Direito da OHADA**

Não só nos países membros da OHADA, a utilização da propriedade como garantia tem vindo a ganhar relevância, substituindo as tradicionais garantias reais. O

---

<sup>1785</sup> Cf. Karel Osiris Koffi Dogue, *Regard critique et pratique sur l'agent de sûreté en droit OHADA*, in Revue de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature (ERSUMA), Droit des affaires, Pratique professionnelle, n.º especial, Novembro/Dezembro, 2011, p. 159.

legislador da OHADA acompanhou esta evolução, consagrando expressamente as garantias baseadas não apenas no direito de propriedade, mas sim na titularidade. Tem-se salientado que as garantias que, em relação às garantias reais possessórias, se apresentam como economicamente não eficientes, pois o desapossamento implica o custo do depósito e conservação do bem que permanece imobilizado economicamente porque nem o devedor o pode utilizar no processo produtivo, nem o credor pode desfrutar dele. Nas garantias reais sem desapossamento, o devedor conserva os bens, mas não existe garantia absoluta em caso de insolvência, pois têm de estar sujeitas ao concurso de credores e cedem perante certos privilégios e a proibição do pacto comissório redonda ao valor obtido com a alienação pública. O recurso à titularidade-garantia apresenta vantagens para o credor, na medida em que lhe permite subtrair o bem ao concurso com outros credores. Adicionalmente, confere vantagens ao devedor, porque a titularidade-garantia, em regra, constitui garantia oculta, evitando a publicidade das garantias reais clássicas em relação ao crédito concedido ao devedor. A solução não se apresenta, em regra, lesiva para os terceiros, na medida em que, no âmbito das operações comerciais, generalizou-se a ideia de que nem todo o activo na posse do de um comerciante constitui necessariamente sua propriedade, não se justificando por isso que terceiros possam invocar que confiaram na presunção da propriedade resultante da posse. O AUG, nos seus artigos 72.º e seguintes, regula essencialmente três figuras que se enquadram no âmbito da titularidade-garantia - reserva de propriedade (artigo 72.º), alienação de propriedade em garantia (artigo 79.º), cessão de créditos em garantia (artigo 80.º) e a alienação fiduciária de uma quantia em dinheiro em garantia (artigo 87.º).

## 8. OHADA e o renascimento da garantia fiduciária

A garantia fiduciária é considerada a mais antiga garantia real<sup>1786</sup>. Constitui uma garantia, nos termos da qual, o devedor transfere o direito sobre um bem a um credor.<sup>1787</sup>

---

<sup>1786</sup> Cf. Vieira Cura, *cit.*, p. 150. e Sebastião Cruz, *Direito Romano (Ius romanum)*, I, 4.ª Ed., Coimbra, 1984, p. 243.

<sup>1787</sup> No caso de cumprimento, o credor deve restituir o bem e, no caso de incumprimento, conservava ao bem na sua esfera jurídica. A garantia fiduciária do qual se encontra vestígios do Egipto dos Faraós, da Grécia antiga ou no Japão, foi perfeccionada e sistematizada em Roma – *fiducia cum amico* (fidúcia – gestão) e *fiducia cum creditore* (fidúcia - garantia), em particular sobre a influência do jurisconsulto Gaius no Séc. II D.C., cf. Frederic William Maitland, *Equity: Also the Forms of Action at Common Law*, Cambridge University, Cambridge, 1910, p. 23. Realça-se o fenómeno denominado *dual ownership* - dois sujeitos distintos são (supostamente) titulares de um (aparente) direito de “propriedade” sobre os mesmos *trust assets*. Paradoxalmente, é nos países de tradição civilista em que surgiu a *fiducia* romana é que nasceu a “desconfiança” em relação à fidúcia, cf. Maria Chiara Malaguti, *Atlante di Diritto Privato Comparato*, in

A segunda causa da renascença dos negócios fiduciários é a atractividade. No quadro de *mercado de normas*, os Direitos se encontram numa relação de competição, não apenas económicas, mas de uma forma geral, os legisladores compreendem que os países com a regulamentação dos negócios fiduciários são atractivos aos negócios empresariais, o que representa um benefício fiscal para o Estado.

A terceira causa da renascença relaciona-se com a tomada de consciência de que apenas as técnicas fiduciárias permitem efectuar a identificação/qualificação jurídica de certas figuras atípicas que se baseiam na transferência temporária de propriedade. Estas figuras foram, na sua grande parte identificadas por *Claude Witz*, que contribuiu muito na difusão da ideia fiduciária.<sup>1788</sup>

## 9. A infância da titularidade garantia da OHADA

I. O legislador da OHADA introduziu, em 2010, as garantias fiduciárias, que ainda se apresentam como, passe a expressão, uma criança bagunça *complicada*, com pouca flexibilidade<sup>1789</sup>. Parece-nos importante referir a liberdade de constituição, a eficácia e o equilíbrio das garantias fiduciárias instituídas pela OHADA.

II. Quanto à *liberdade de constituição*, nos termos do artigo 80.º AUG, o crédito pode ser cedido em garantia de qualquer crédito concedido por uma *pessoa colectiva* nacional ou estrangeira que realize a título de actividade habitual e por sua conta operações de *banco* ou de *crédito*; nos termos do artigo 87.º, a alienação fiduciária de

---

Francesco Galgano (org.), 3.<sup>a</sup> ed., Zanichelli, Bolonha, 1999, p. 183. Com efeito, A *fiducia* esteve durante muito tempo como instituto *non grata* - cheira a enxofre e o seu carácter sulfuroso ainda hoje se faz sentir por vários motivos, nomeadamente o princípio da unidade da propriedade, proibição do pacto comissório, simulação abolição de distinção entre domínios directo e útil operado na noite de 4 de Agosto de 1789 em França etc... Apareceu em países de tradição civilista, a *fiducia* foi banida dos países de *Civil Law* e floresceu em países de *Common Law*.

<sup>1788</sup> Esta renascença teve uma evolução lenta em França. Houve várias tentativas da consagração da fidúcia - um projecto de Lei de 20 de Fevereiro de 1992. Só em 2000, foi consagrada a figura da cessão de crédito em garantia, através do Código Monetário e Financeiro, artigo L. 313-24 – cessão de *crédito professionnel*, cf. P. Turcas, *Le Transfert des Créances dans le cadre de la loi Dailly*, Gaz. Pal., 1986, 1, (Pol.), p. 263. Mais tarde, através do Código do Mercado Financeiro, o legislador admite operações sobre instrumentos financeiros, incluídas garantias baseadas na transmissão de direito. Em 2007, França adoptou, de forma genérica, a figura da fidúcia no seu Código Civil através da aprovação da Lei n.º 211/2007, de 19 de Fevereiro, permitindo a constituição de negócios fiduciários apenas por entidades financeiras que posteriormente foi alargada o âmbito da sua aplicação às pessoas singulares. Em 2009, com a *Ordonnance* 2009 -112, de 30 Janeiro de 2009, instituíram disposições especiais para a alienação em garantia. O legislador da OHADA, ao instituir, através AUG revisto em 2010, certos institutos jurídicos como o Agente de garantia, Reserva de propriedade, Alienação de propriedade em garantia, Cessão de créditos em garantia e a Alienação fiduciária de uma quantia em dinheiro, parece ter-se apercebido da sua eficácia na atracção de investidores.

<sup>1789</sup> Diferentemente da fidúcia francesa que foi introduzida como figura geral, no livro III do *Code*.

uma quantia em dinheiro constitui a convenção pela qual o autor da garantia aliena fundos em garantia do cumprimento de uma obrigação, e estes fundos devem ser depositados numa conta bloqueada, aberta em nome do credor desta obrigação, e inscritos nos livros da *instituição de crédito* habilitada a recebê-los. Estas restrições do legislador da OHADA revelam que o beneficiário, nos termos do artigo 80.º AUG, deve pertencer a uma categoria de pessoas; que o objecto deve ser um crédito sobre terceiro e o crédito garantido de pertencer a uma categoria de sujeito. No segundo caso, os fundos devem ser depositados numa conta bloqueada, aberta em nome do credor desta obrigação, e inscritos nos livros da *instituição de crédito*. Em França, através do artigo 18-I da Lei n.º 2008-776 de 4 de Agosto de 2008, foi eliminada a restrição em relação aos sujeitos que podem celebrar os negócios fiduciários, revogando o artigo 2014.º do *Code*, alargando assim o leque das pessoas que podem celebrar o negócio fiduciário<sup>1790</sup>. Em relação ao AUG, acreditamos que no futuro, é provável que esse leque se alargue. As garantias fiduciárias instituídas pelo legislador da OHADA não superam, pelo menos de forma expressa, os aspectos inconvenientes da fidúcia, que consiste na perda, por parte do fiduciante, da utilidade económica do bem<sup>1791</sup>.

*III. Quanto à eficácia.* Em França, a Lei de 19 de Fevereiro de 2007, que instituiu o regime geral do negócio fiduciário, nada dispunha sobre a execução da garantia em caso de incumprimento.<sup>1792</sup> mais tarde, a *Ordonnance* de 23 de Março de 2006 veio admitir a cláusula do pacto marciano como modo de execução da garantia, nos termos do qual, o valor do bem objecto de garantia deve ser determinado por um perito, excepto quando se trate de somas monetárias, crédito ou instrumentos financeiros admitidos no mercado regulamentado. Em relação ao legislador da OHADA, o legislador anuncia, em relação à reserva da propriedade – artigo 77.º AUG, através de uma fórmula um pouco embaraçosa, nos termos da qual o credor pode pedir a restituição do bem de modo a recuperar o direito de dispor do mesmo. Aparentemente, de acordo com esta disposição, o fiduciário não adquire a propriedade sobre o bem, mas sim, o poder de disposição sobre o mesmo, sem

---

<sup>1790</sup> Ainda antes da consagração legal, de uma forma geral, em França, já uma parte do Senado considerava que seria desejável incluir, no leque de pessoas que podem ser fiduciários, os advogados. Mais tarde, através do artigo 18.º da Lei n.º 2008-776, alargou-se o leque das pessoas que podem ser partes nos negócios fiduciários.

<sup>1791</sup> Situação actualmente superada pelo legislador francês, através da Lei de 4 de Agosto de 2008, que introduziu o artigo 2018-1, referindo expressamente que as partes podem convencionar que o fiduciário pode conservar o uso ou a fruição do bem alienado fiduciariamente.

<sup>1792</sup> No sentido de colmatar esta lacuna, a doutrina francesa recorria ao Direito Comum na matéria da execução das garantias reais convencionais – penhor, para alienação fiduciária em garantia de bens móveis; hipoteca, para a alienação fiduciária em garantia de bens imóveis, Cf. Manuella Bourassin/Vincent Bremond, *cit.*, n.º 789.

necessidade de penhora. O AUG não dispõe nada sobre formas particulares da execução das garantias fiduciárias e as respectivas protecções ao credor.

IV. Por fim, em relação a *equilíbrio*, o legislador<sup>1793</sup> da OHADA facilita a execução da garantia fiduciária e pretende também equilibrar a relação entre o garante e o beneficiário da garantia, pois nos termos do artigo 77.º AUG, no caso de incumprimento, o credor pode pedir a restituição do bem de modo a recuperar o direito de dispor do mesmo e o valor do bem restituído é imputado, a título de cumprimento, ao saldo do crédito garantido. Quando o valor do bem restituído exceder o montante do referido saldo, o credor deve restituir ao devedor a quantia correspondente à diferença. O AUG não refere ao dever de avaliação do bem, nem sequer em caso de desvalorização do mesmo.

#### **10. Alienação em garantia do AUG constitui um negócio fiduciário?**

É discutível a qualificação da fidúcia legal. Há quem entenda que a alienação fiduciária em garantia (legal) não constitui um negócio fiduciário, essencialmente por duas razões:

- a) a confiança é elemento importante na realização do contrato de alienação fiduciária, pois a lei sempre protege o fiduciante contra qualquer espécie de abuso, circunstância que descaracteriza a *situação de risco*, que alguma doutrina considera presente na configuração do negócio fiduciário<sup>1794</sup>;
- b) a transmissão do direito é sempre temporária.

---

<sup>1793</sup> Em França, o legislador facilita a execução da alienação fiduciária em garantia, mas também tenta equilibrar a relação contratual da garantia, conferindo ao alienante as protecções conferidas aos garantistas nas garantias reais tradicionais através da *Ordonnance* de 23 de Março de 2006, em que ao devedor/alienante é exigido a determinação do valor do bem alienado fiduciariamente em garantia ou vendido (porque as partes podem acordar que o credor proceda à venda do bem transmitido em garantia) por um especialista designado pelas partes ou judicialmente, nos termos dos artigos 2372.º -3, n.º 2 e 2488.º - 3, n.º 2 do *Code*, salvo se o valor do bem resultar, na matéria mobiliária, de cotação oficial de um mercado organizado ou se o bem for uma soma monetária. Nos termos do n.º 3 dos artigos 2372.º -3, n.º 2 e 2488.º - 3 do *Code*, qualquer cláusula contrária considera-se não escrita. Nos termos dos artigos 2372.º-4, n.º 2 e 2488.º-4 do *Code*, o fiduciante o deve restituir a diferença entre o valor da avaliação do bem ou o valor da venda e o saldo da dívida garantida, se os valores de um dos primeiros forem superior ao valor do último, deduzindo, eventualmente o valor da dívida derivada da conservação ou gestão do bem alienado em garantia. Esta constitui uma exigência de ordem pública. Como veremos mais adiante, a execução da alienação fiduciária em garantia é imobilizada durante a pendência do processo de recuperação da empresa do fiduciante, no sentido de não comprometer a recuperação da empresa, cf. Manuella Bourassin/Vincent Bremond, *cit.*, n.º 792.

<sup>1794</sup> Cf. Cesare Grassetti, *Trust anglosassone, proprietà fiduciária e negozio fiduciario*, Separata da Rivista dei Diritto Commerciale, I, n.º 9/10, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milão, 1936, pp. 3 ss., p. 7



A doutrina é unânime ao conceber a alienação fiduciária como espécie do qual o negócio fiduciário é género. Isso porque permanece o dever de lealdade do fiduciário, no sentido de retornar a propriedade do bem ao fiduciante uma vez que ocorrida a condição resolutiva, e também porque a transmissão continua a ocorrer em dois momentos, a exemplo do que acontecia na *mancipatio* e *remancipare* do direito romano, na transmissão da propriedade a título de garantia, de carácter transitório, e posteriormente na restituição do bem ao domínio do fiduciante, cumprida a obrigação garantida. A previsão legal da fidúcia não a descaracteriza, pois mesmo assim, continua a verificar-se a posição do fiduciário.<sup>1795</sup> Importa realçar que o negócio fiduciário para a administração poderá ou não traduzir numa situação de desproporção entre o meio e o fim visado pelas partes, por essa razão, considera-se que este elemento não é suficiente para caracterizar o negócio fiduciário. Na fidúcia legal, a obrigação que caracteriza a posição do fiduciário deriva e pode derivar da própria lei e nada impede que, no âmbito de autonomia privada

---

<sup>1795</sup> A construção do negócio fiduciário baseou-se, por parte dos autores clássicos naquilo que alguns consideram da utilização de um negócio jurídico com um resultado económico muito fraco, cf. Nicolò Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, cit., p. 87- 89. Alguns consideram que os efeitos do negócio jurídico utilizado pelas partes são mais fortes em relação ao fim que as partes pretendem atingir. Tradicionalmente, o negócio fiduciário tem sido caracterizado pelo excesso do meio sobre o fim visado pelas partes, cf. Nicolò Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, cit., p. 64-65 e Ana Canepa/Umberto Morelo, *Il Negozio Fiduciario*, cit., p. 208. Considera-se que se verifica a excedência do meio sobre o fim porque as partes servir-se-iam de uma forma jurídica mais ampla do que seria necessário para o fim visado pelas partes, cf. Francesco Ferrara, *La Simulation de los Negocios Jurídicos* cit., p. 84, Tomaso Mancini, *In Tema de Negozio Fiduciario*, cit., p. 1840, Francesco Messineo, *Dottrina Generale del Contratto* cit., p. 340, J. Garigues, *Negocios Fiduciarios en Derecho Mercantil*, cit., p. 14. No mesmo sentido, em Portugal, cf. Maria João Vaz Tomé, *Fundo de Investimento Mobiliário Abertos*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 173, João Calvão da Silva, *Anotação ao acórdão do STJ de 16-5-2000*, in RLJ, ano 133, p. 87, J. Beleza dos Santos, *A Simulação em Direito Civil*, I, Coimbra, 1955, Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 190, José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Teoria Geral, II. Acções e Factos Jurídicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 197-198, J. Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., p. 164 e Fernando Pessoa Jorge, *O Mandato sem Representação*, cit., p. 325. A doutrina clássica considera que é difícil existir este poder de abuso (outra característica clássica dos negócios fiduciários) sem que haja a desproporção entre o meio e o fim. Contudo, vimos que há quem ponha em causa a existência de desproporção entre o meio e o fim porque o meio é indispensável para alcançar o fim visado pelas partes, cf. Nicolò Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, cit., p. 115. Contudo, existe a desproporção e a possibilidade de abuso em relação à obrigação assumida pelo fiduciário, em prejuízo do fiduciante que se contentará com a indemnização porque quando o fiduciário alienou o bem era proprietário, cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 83. Mas, vimos que, de acordo com a construção clássica dos negócios fiduciários, a diferença entre o negócio fiduciário e os negócios *intuito personae* é essencialmente o facto de que no negócio fiduciário existe um negócio translativo de direito e um pacto fiduciário - um negócio real e um negócio obrigacional, cuja complexa coexistência deriva o negócio fiduciário, cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 83. Considera a construção clássica, cf. Marco Montefameglio, *La Protezione dei Patrimoni – Dagli Strumenti Tradizionali ai Nuovi Modelli di Segregazione Patrimoniale*, 3.ª ed., Maggiore Editore, Dogana (Rep. San Marino), 2015, p. 18, que no Direito romano, a *fiducia*, sobretudo, *cum creditore* era constituída por um negócio solene (*mancipatio* ou *iure in cessio*, cf. A Santos Justo, *Direito Privado Romano – III (Direitos Reais)*, cit, p. 94 e 97.) e por um pacto - *pactum fiduciae*, cf. Pablo Fuenteseca, *Lines Generales dela «Fiducia cum Creditore»*, cit., p. 405. Ficou também demonstrado que não há unanimidade quanto à dualidade de negócios na estrutura fiduciária, ou seja, em dualidade de contratos de índoles diversas – real e obrigacional, cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 85.

o fiduciário assume obrigações para além dos que derivam da lei. A fidúcia legal constitui um negócio único. Não nos parece que pelo mero facto de ser reconhecido, qualificado pela lei um negócio deixe de ser fiduciário, desde que haja a posição do fiduciário – o *titular de um direito se compromete a actuar nos exactos termos acordados*. Ou seja, tanto na fidúcia atípica, como na fidúcia legal, para que haja um elemento unificador, é necessário que na haja a posição do fiduciário, mesmo que a fonte da sua obrigação ou parte dela seja legal.

### 11. A atipicidade na qualificação doutrinária da fidúcia e a fidúcia legalmente típica

Em Portugal<sup>1796</sup>, para além das garantias financeiras, tal como *InsO* alemã – §§ 286-303- a lei criou a figura do fiduciário no âmbito do processo de insolvência. Se o insolvente for uma pessoa singular, a seu pedido, poderá ser-lhe concedida a exoneração

---

<sup>1796</sup> De facto, é frequente a qualificação doutrinária dos negócios fiduciários como contratos atípicos, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 919, Orlando de Carvalho, *Negócio Jurídico Indirecto*, cit., p. 127 ss., L. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, cit., p. 318, L. Carvalho Fernandes, *Admissibilidade dos Negócios Fiduciários no Direito Português*, cit., p. 247-248 (adere a tese de Galvão Telles e Castro Mendes, que consideram que no nosso Ordenamento Jurídico existem negócios fiduciários tipificados, tanto na modalidade *cum amico*, como *cum creditore*, nomeadamente mandato para alienar e alienação fiduciária em garantia, respectivamente, Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, cit., p. 291. Na jurisprudência portuguesa, cf. Ac. STJ, de 17 de Dezembro de 2002, in [www.dgsi.com](http://www.dgsi.com). Na doutrina estrangeira, cf. Nicolò Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, cit., p. 64 ss. e 394 ss., J. Garrigues, *Negocios Fiduciarios en Derecho Mercantil*, cit., p. 78-79, que considera que a atipicidade constitui um elemento característico dos negócios fiduciários, C. Grassetti, *Del Negocio Fiduciario*, cit., p. 378, C. Grassetti, *Il Negocio fiduciario nel Diritto Privato*, cit., p. 7-9, M. Foschini, *Sull'intestazione Fiduciaria dei Titoli Azionari*, cit., p. 39 e F. Messineo, *Dottrina Generale del Contratto*, cit., p. 339.] Pois, modernamente, como carácter voluntário das partes. A doutrina clássica considera que a principal diferença entre a antiga *fiducia* e a fidúcia moderna é o facto de esta ser eleita livremente pelas partes sem o carácter necessário que aquela teve no seu desenvolvimento quando constituía um meio único de garantia real de crédito e de satisfação de certas necessidades económicas mediante adaptação de fórmulas gerais a fins específicos, nomeadamente o que sucedeu com a *fiducia cum amico* para depósito, comodato ou sociedade, surgem os chamados negócios fiduciários que alguma doutrina considera que não podem ser constituídos legal ou jurisprudencialmente, porque seria uma fidúcia diversa da típica e verdadeira, cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propiedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, cit., p. 60. Recentemente, BARRETO MENEZES CORDEIRO, [A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 853. Segundo ANDRÉ FIGUEIREDO, *um negócio fiduciário poderá “ser descrito como o contrato do qual resulta, directa ou indirectamente, uma atribuição plena e exclusiva (ainda que temporária) de um bem ao fiduciário - maxime, de um direito de propriedade sobre uma coisa -, gravada porém por um vínculo funcional de natureza obrigacional que instrumentaliza a situação jurídica em que fica investido o fiduciário à prossecução de um interesse alheio - pertencente ao fiduciante -, e que impõe, nos termos estipulados, a (re)transmissão daquele acervo patrimonial e respectivos frutos para a esfera do fiduciante”*, cf. André Figueiredo, *O Negócio Fiduciário Perante Terceiros*, cit., pag. 83., define o negócio fiduciário como um negócio: (a) Autónimo; b) completo e; c) atípico; d) *que se caracteriza pela assunção, por parte do titular de um direito, da obrigação de actuar, no âmbito de uma determinada posição jurídica, nos exactos termos acordados*. Tendo em conta esta qualificação do negócio fiduciário, implica que a nossa ordem jurídica não consagrasse o negócio fiduciário.

do passivo restante. O juiz poderá determinar a cessão do rendimento disponível que o devedor venha a auferir – nos cinco anos depois do encerramento do processo, depois de excluídos determinados montantes – ao fiduciário, que será uma entidade designada pelo tribunal, artigos 237.º -239.º CIRE. Nos termos do artigo 25.º da Lei n.º 32/2004, de 22 de Julho<sup>1797</sup>, o fiduciário é remunerado com 10% das quantias objecto da cessão, com o limite máximo de €: 5000 por ano. Na Guiné-Bissau, como veremos, o AUG, nos termos do seu artigo 79.º, dispõe que “a propriedade de um bem, presente ou futuro, ou de um conjunto de bens pode ser transferida como garantia de pagamento de uma dívida...”, artigo 80.º AUG dispõe que “um crédito detido sobre um terceiro pode ser cedido como garantia de qualquer crédito...” e, nos termos do artigo 80.º AUG, “A transferência fiduciária de uma soma em dinheiro é o contrato pelo qual um outorgante cede fundos como garantia do cumprimento de uma obrigação”. Em França, vimos que o artigo 2011.º do *Code Civil*, admite fidúcia similar à anglo-saxónica e de acordo com a Lei de “Modernização da Economia”, de 4 de Agosto de 2008, a Lei de Simplificação e “Esclarecimento” de Direito, de 12 de Maio de 2009 e dois Despachos de 23 de Dezembro de 2009 e de 2 de Março de 2010, a fidúcia também pode ser usada para fins de garantia de crédito, a alienação em garantia. As situações acima referidas são apenas exemplos da consagração legal dos negócios fiduciários, ou pelo menos, que a lei qualifica de fiduciários. Veremos, de seguida, sem pretensão de esgotar todos os casos, exemplos dos negócios fiduciários e de negócios com alguns aspectos em comuns com os negócios fiduciários<sup>1798</sup>.

## **12. A consagração legal da fidúcia e a confiança na base substantiva da fidúcia**

A doutrina<sup>1799</sup> tem avançado com alguns motivos “tradicionais” da celebração dos negócios fiduciários. Um deles é a falta da previsão legal destes negócios ou a sua proibição, pelo que nos parece que é necessário analisar a influência que a previsão legal da fidúcia pode exercer na própria qualificação do negócio fiduciário.

---

<sup>1797</sup> Publicado no Diário da República n.º 171/2004, Série I-A de 2004-07-22.

<sup>1798</sup> Neste sentido cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Créditos em Garantia*, cit., p. 246.

<sup>1799</sup> Na doutrina moderna define-se o negócio fiduciário como *um negócio atípico em que o titular de um direito se compromete a actuar nos exactos termos acordados*, cf. A Santos Justo, *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)*, (segundo as prelecções ao 5.º ano jurídico no ano lectivo de 1987/1988) Coimbra, p. 4..

Alguns autores afirmam que se o fiduciante não tivesse confiado plenamente no fiduciário, o negócio fiduciário nunca seria concluído<sup>1800</sup>. *Fiducia* significa confiança, a confiança que une as diversas partes intervenientes. Vimos que historicamente na *fiducia cum amico*, o fiduciário é um “*amigo*” que adquire a propriedade em salvaguarda<sup>1801</sup> (custódia<sup>1802</sup> gestão ou disposição de direito).<sup>1803</sup> Por diversas razões, o fiduciante transferia a propriedade para o fiduciário, em regra, para a protecção do próprio bem, este adquire o direito de gozo e o dever de o administrar em nome próprio mas no interesse do fiduciante, findo o período acordado, o fiduciário devia retransmitir a propriedade ao fiduciante. Hodiernamente, alguns autores ainda tendem a colocar a confiança na base substantiva dos negócios fiduciários. Ficou também demonstrado que, segundo a construção clássica os negócios fiduciários não podem ser constituídos legal ou jurisprudencialmente, porque não seria uma “fidúcia pura”<sup>1804</sup> e, segundo a construção clássica, mais do que a vontade das partes, a confiança, de acordo com a origem da *fiducia* romana, o negócio fiduciário moderno tem na sua base a confiança depositada no fiduciário. A confiança depositada no fiduciário constitui uma das primeiras bases do negócio fiduciário: é com base neste ponto de vista que se afirma que o fiduciante pode exigir ao fiduciário o cumprimento da sua obrigação não obstante a inexistência de alguma acção real com suporte legal. Nesta linha de pensamento, ainda que a confiança transmitida ao fiduciante derive de várias qualidades deste, nomeadamente as técnicas e morais, tal como a honra e fidelidade. E que esse investimento de confiança está ligado ao risco fiduciário e melhor se compreende se for articulado com este. No negócio fiduciário, como a própria terminologia indica, a confiança desempenha um papel importante e determinante, fazendo parte da sua própria estrutura, segundo a construção clássica do negócio fiduciário<sup>1805</sup>. Essa visão de negócio fiduciário tem na sua origem<sup>1806</sup> as duas características clássicas que usualmente lhe são atribuídos: (I) a desproporção entre o meio e o fim; (II) o risco que o fiduciante corre de o fiduciário, violando as

---

<sup>1800</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado*, II/II, *cit.*, p. 270, Orlando de Carvalho, *Negócio Jurídico Indirecto*, *cit.*, p. 117-119 e Pedro Pais de Vasconcelos, *Em Tema de Negócio Fiduciário*, *cit.*, p. 9 e A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, *cit.* p. 948, citando e referindo que os autores atrás tendem a colocar a confiança na base substantiva dos negócios fiduciários.

<sup>1801</sup> Cf. Michele Fragali, *Fiducia*, *cit.*, p. 385.

<sup>1802</sup> Cf. Mario Casella, *Negozió Fiduciario*, *cit.*, p. 38.

<sup>1803</sup> Cf. Umberto Giacomelli, *Brevi Osservazioni sul Negozió Fiduciario*, *cit.*, p. 5.

<sup>1804</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica*, *cit.*, p. 60.

<sup>1805</sup> Cf. Antonio Hernández Gil, *Comentarios a las Sentencias del T. S., de 10 Marzo y 25 Mayo de 1944*, in *Revista General de Legislación y Giurisprudencia*, 1.º Semestre, 1944, pp. 690 ss, p. 695.

<sup>1806</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, *cit.* p. 948.

obrigações contraídas, abusando da posição ocupada<sup>1807</sup>. Alguns autores defendem que o negócio fiduciário é caracterizado pela desproporcionalidade entre o meio utilizado pelas partes e o fim proposto e o abuso constitui uma decorrência lógica de tal desproporcionalidade<sup>1808</sup>. Não obstante, a doutrina clássica entende que o cumprimento das obrigações do fiduciário consiste na violação da confiança que lhe foi depositada<sup>1809</sup>. O reconhecimento legal da admissibilidade do negócio fiduciário remete a relação para o campo jurídico, deixando de se falar na violação de confiança, porque a conduta que não resulta de um acto da autonomia negocial dos sujeitos, compõem o estatuto normativo do contrato e se aplicam por força de valorações de Direito objectivo, a ideia de protecção de expectativas deixa de ter influencia na sua determinação ou aplicação se estão em jogo puras considerações de justiça objectiva, desaparecendo assim o espaço para relevo da confiança<sup>1810</sup>. Por outro lado, os negócios fiduciários para a garantia são em regra utilizados no comércio jurídico por entidades bancárias e financeiras. Com efeito, afirma-se: “*mais do que confiança no fiduciário, confia-se em que o sistema funciona e que o Direito pode ser chamado, a todo o tempo, a intervir.*”<sup>1811</sup>”.

### 13. O sentido estrito do negócio fiduciário e a fidúcia legalmente consagrada

Numa perspectiva dogmática, assevera-se que o tratamento unitário do negócio fiduciário cria obstáculos ao desenvolvimento da fidúcia para garantia, assim como para fidúcia para administração. Considera-se<sup>1812</sup> que será excessivo defender o abandono do termo fiduciário para as alienações em garantia<sup>1813</sup>, mas o seu conteúdo esgota-se numa

---

<sup>1807</sup> Cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, cit., p. 88.

<sup>1808</sup> Cf. João Morais Antunes, *Do Contrato do Depósito Escrow*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 284-287. Alguns consideram que o depósito de *escrow* tem sido utilizado para resolver o problema de falta de confiança entre as partes, cf. Fátima Fonseca, *O Contrato de Depósito Escrow*, cit., p. 801.

<sup>1809</sup> Cf. Beleza dos Santos, *A Simulação*, cit., I, p. 115.

<sup>1810</sup> Cf. Manuel A. C. P. Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 552. O autor ressalva, todavia, que, em relação à relevância da vontade, nos negócios de confiança pode arrancar-se de uma confiança tipificada, presumida face às características habituais nele envolvidas, prescindindo-se da demonstração de uma situação concreta individualizada de confiança por parte do sujeito que dela beneficia, cit. p. 553, veja também nota (585).

<sup>1811</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 949.

<sup>1812</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 958, com indicação da doutrina e extensa jurisprudência alemã sobre o tema.

<sup>1813</sup> Historicamente, o negócio fiduciário, na relação interna, contém um sentido de justiça tipicamente baseado na confiança, numa tensão de interesses e de justiça lógica.

Pode ser celebrado egoísta ou altruisticamente, assim como pode funcionar a favor do fiduciante ou em benefício de terceiro. O negócio fiduciário constitui um expoente da autonomia da vontade e integra-se essencialmente em termos de equidade e de boa fé. Na doutrina italiana, cf. Luigi Cariota-Ferrara, *I Negozi*

dimensão histórica, concluindo que o negócio fiduciário em sentido estrito ou moderno será o negócio fiduciário para administração. Todavia, a OHADA dá mais relevância à alienação em garantia, consagrando-a e qualificando-a como negócio fiduciário, através do AUG, em cujo artigo 71.º se determina que a propriedade de um bem móvel pode ser cedida como garantia de uma obrigação, artigo 80.º: um crédito detido sobre um terceiro pode ser cedido como garantia de qualquer crédito,, o artigo 87.º: a transferência fiduciária de uma soma em dinheiro é o contrato o devedor cede fundos como garantia do cumprimento de uma obrigação.

#### 14. Os desafios da fidúcia OHADA

A fidúcia instituída pelo legislador da OHADA enfrenta essencialmente dois desafios.

E primeiro lugar, é necessário que os principais atores/destinatários do *teatro* fiduciário se *apropriem* deste instrumento. O principal desafio ao desenvolvimento da fidúcia é a adopção pelos credores das garantias fiduciárias. Ainda se verifica, devido à sua relativa novidade e formalismo minucioso, uma certa reserva – empresas, escritórios de advogados e estabelecimentos de crédito – em relação aos negócios fiduciários instituídos pelo legislador da OHADA.

Em segundo lugar, no tocante às garantias fiduciárias instituídas pela OHADA é manifesta a falta de articulação saudável com os institutos fundamentais do Direito Civil.

---

*Fiduciari. Trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanxia. Processo fiduciário*, CEDAM, Pádua, 1933, p. 1-9, havia uma distinção entre negócios fiduciários e negócios de fidúcia. De acordo com esta distinção, os negócios fiduciários seriam aqueles em que um sujeito transfere um direito para a esfera jurídica de outrem, para a administração ou em garantia, recaindo sobre o adquirente, o dever de o retransmitir mais tarde. Seriam os negócios de fidúcia aqueles que assentam numa especial relação de confiança. Entre estas classificações, havia uma zona comum preenchida pelos negócios fiduciários para administração. De acordo com esta classificação, os negócios fiduciários para garantia não seriam negócios de fidúcia, pois não pressupõem uma particular relação de confiança entre as partes. Há certas categorias de contratos que se distinguem por assentarem numa relação de confiança que estabelecida previamente entre as partes. Essa confiança pode decorrer de qualidades de honorabilidade, lealdade, confidencialidade, etc, que são importantes para atingir os fins do contrato: cf. J. Baptista Machado, *Pressupostos de Resolução por Incumprimento*, in João Paptista Machado, I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, p. 40-41; M. Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 544; Giovanni Criscuoli, *Fiducia e Fiducie in Diritto Privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in RDCiv, II, 1990, p. 147. Em regra, os contratos assentam numa relação de confiança “mínima” entre as partes. Todavia, em certos negócios, atendendo ao seu conteúdo e à relação de colaboração que constituem, é exigido um nível mais elevado de confiança, sobretudo nos contratos que não se limitam na mera troca. Nestes contratos, a manutenção da referida confiança é essencial no decurso do próprio contrato, cf. A. Pinto Monteiro, *Contrato de Agência (Anteprojecto)*, in BMJ n.º 360, p. 111. Esta categoria é muito ampla para permitir distinguir os tipos de negócios, sendo certo que, para além de que, o que caracteriza os negócios fiduciários é a posição do fiduciário, limitada no exercício de um direito.

Coloca-se a questão de articulação entre o direito de propriedade consagrado no Código Civil e a propriedade fiduciária. Pode-se questionar se nem o fiduciante nem o fiduciário dispõem do direito real sobre o bem objecto da fidúcia. Adicionalmente, pode ser questionada a unicidade da propriedade. Também falta a articulação entre as garantias fiduciárias instituídas pela OHADA com o processo executivo ou de insolvência.

As garantias fiduciárias instituídas pela OHADA, como qualquer instituto novo, dão origem a certas dificuldades de interpretação que embaraçam os círculos económicos. Todavia, pensamos que a reflexão doutrinária e jurisprudencial vai atingir, com o decurso do tempo, uma maturidade que permitirá clarificar pontos dúbios. Outra questão que se coloca é a articulação entre a fidúcia instituída pela OHADA e as fidúcias atípicas.

### **15. Filiação da alienação em garantia instituída pelo AUG na *fiducia cum creditore***

Resumidamente, podemos avançar que a alienação em garantia instituída pelo legislador da OHADA, tendo em conta a sua caracterização - artigo 71.º: artigo 80.º: artigo 87.º: artigo 91.º – transferência do direito em garantia, com a imposição ao beneficiário da garantia de restituição do bem objecto de garantia no caso do cumprimento da obrigação garantida, tendo em conta os fins prosseguidos pelas partes<sup>1814</sup> corresponde,

---

<sup>1814</sup> O direito é transmitido ao credor para que ele o retransmita logo que a obrigação garantida tenha sido cumprida – a transmissão tem como o fim acautelar a posição jurídica do credor contra eventual incumprimento e, no negócio fiduciário para administração, um direito sobre um bem é transmitido ao fiduciário para que este o administre em benefício de outrem, e depois retransmita o direito. A fidúcia para garantia corresponde, em regra à *fiducia cum creditore* e a fidúcia para administração à *fiducia cum amico*. Com efeito, a doutrina tem recorrido aos termos fidúcia altruísta e fidúcia egoísta para designar os negócios fiduciários para administração e para garantia, respectivamente; egoísta e altruísta; puro e impuro para administração e para garantia, respectivamente. Assim, tendo em conta a diferença dos interesses prosseguidos na fidúcia para administração e na fidúcia para garantia, levantou-se, no início do século passado sérias objecções a cerca do tratamento unitário dos negócios fiduciários, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 952. Há autores que hesitam em considerar fiduciária a alienação em garantia, excluindo-a da fidúcia pura, na medida em que considera que na fidúcia pura um sujeito obriga-se a actuar, no âmbito de uma determinada posição jurídica, no interesse de um terceiro. Alguns autores colocam a maior ênfase nas obrigações assumidas pelo fiduciário, na fidúcia para administração, a actuação do fiduciário é moldada por um inflexível dever de lealdade que o obriga a actuar sempre no interesse do beneficiário, já na alienação em garantia este dever assume uma dimensão periférica ou acessória, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 953, citando Grundmann. Ainda há autores que a alienação em garantia tem uma origem histórica, na medida em que se pretendia afastar o regime simulatório deste tipo de transmissão, descritas como efectivamente pretendidas, mas acabam, contraditoriamente, considerar que a alienação em garantia constitui um tipo de garantia real e não como um negócio translativo, considerando que nestes casos não há uma vontade real de transmitir o direito, razão pela qual a transmissão constitui uma simulação, pelo que as duas modalidades têm apenas em comum a mesma denominação. Esta posição é sustentada pela entrada pela positivação do novo Código de

no essencial, ao modelo da *fiducia cum creditore* do Direito Romano. É um modelo diferente do adoptado para a alienação em garantia no Direito Brasileiro, que assenta na *fiducia* germânica, caracterizada pela transferência da propriedade sob condição resolutiva que se verifica quando a finalidade visada pelas partes é alcançada, condição que não era conhecida no Direito Romano<sup>1815</sup>. Existe, ademais, entre a *fiducia cum creditore* e a fidúcia legal consagrada pelo AUG, uma finalidade em comum – garantia de cumprimento da obrigação e, em termos da importância socie-económico, quanto ao objecto do bem alienado em garantia, os numerários correspondem às *res pretiosiores* do nosso tempo. Tal como no Direito Romano, no AUG, se a obrigação garantida não for cumprida, no caso específico dos numerários, o fiduciário adquire, de forma definitiva o direito objecto de garantia.

#### **16. Relevância da tipificação do negócio fiduciário do ponto de vista da ciência jurídica**

A falta da tipificação do negócio fiduciário implica que os seus contornos e seu conteúdo terão de ser preenchidos pela Ciência Jurídica pelo recurso ao sistema. Este processo científico e criativo resulta, na prática, de uma aplicação de princípios e de regimes com os quais a realidade fiduciária se identifique. O ponto de partida terá de ser a realidade concreta, i.e., a vontade das partes, *nos exactos termos acordados*. As construções doutrinárias submetem-se à vontade das partes. A circunscrição dos negócios fiduciários a estruturas gerais e apriorísticas tende a desvirtuar os propósitos das partes, assim como limita a versatilidade de um mecanismo a que tem actuado, desde os seus primórdios, da válvula de escape do sistema.<sup>1816</sup> Note-se que o ressurgimento dos

---

Insolvência na Alemanha, em 1999, cujo § 51/1 determina expressamente que as transmissões fiduciárias que tenham por objecto os bens móveis ou direitos de crédito devem ser aplicados o regime das garantias reais, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 954, citando Geibel. Considera-se, por outro lado, que esta posição torna-se fácil de explicar se tivermos em consideração o panorama anglo-saxónico onde as alienações em garantia nunca foram absorvidas pelo *trust*, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, cit. p. 955.

<sup>1815</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *A Fiducia Romana e a Alienação Fiduciária no Direito Actual*, in *Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, cit., p. 212.

<sup>1816</sup> Cf. Castro Y Bravo, *El Negocio Juridico in Derecho Civil de España*, III, Thomson Civitas, 2008 (reedición de 1971), p. 383.



negócios fiduciários nos finais do século XIX ficou a dever-se às necessidades do comércio<sup>1817</sup>, o que revela a forte dimensão prática na figura.

<sup>1817</sup> Expansão do negócio fiduciário no comércio moderno deveu-se às necessidades do comércio que varia de país a país: Na Alemanha, os operadores económicos, no período oitocentista, deparavam-se com obstáculos que dificultavam o acesso ao financiamento. Sobre o tema – alienação em garantia – chegou-se a criar comissão que apresentou ao Governo Federal da Alemanha um relatório com recomendações, cf. Claude Witz, *Le Droit des Sûretés Réelles Mobilières en République Fédérale d'Allemagne*, in RIDC, 1985, p. 28, que devia servir de base de trabalho do legislador alemão, cf. Uwe Blaurock, *L'avenir de la Fiducie-Sûreté en Droit Allemand. Perspectives de Réforme du Droit des Procédures Collectives*, in Colloque de Luxembourg 1984 - Les Operations Fiduciaires, LGDJ, Paris, 1985, p. 107. A pequena burguesia e a classe média não dispunham, em regra, de bens imóveis suficientes para garantir os créditos de que necessitavam para financiar as suas actividades. Acresce que o legislador via com grande desconfiança a prestação de garantias que tinham por objecto os bens móveis. Assim, estes factores levaram os operadores económicos a descobrir novos mecanismos que salvaguardassem a posição jurídica dos financiadores – alienação em garantia – que permitia fazer face às limitações jurídicas da época e responder às exigências dos mutuários, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 744 e 745. A solução encontrada assentava em três contratos: cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 744 e 745: (a) compra e venda com cláusula de venda a retro; (b) mútuo e (c) aluguer. O credor comprava um conjunto de bens e alugava-os ao devedor, o qual tinha o direito de readquirir os referidos bens, cf. Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 288 ss. e Orlando de Carvalho, *Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)*, cit., p. 144. Esta relação encobria, sem sentido depreciativo, um mútuo, pois a contraprestação monetária do contrato de compra e venda correspondia ao montante mutuado e a renda aos juros devidos. Na venda a retro quando o vendedor exerce o direito de resolução terá de restituir ao comprador o crédito mutuado, dado que o preço pelo qual foi feita a venda corresponde ao capital emprestado pelo credor ao devedor [Neste sentido, em relação ao nosso Direito Português, veja-se o Ac. STJ de 19-09-2006, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): *a venda a retro prevista nos arts. 927º e ss. do Código Civil é compatível com a existência de um contrato de mútuo em que o mutuário é ali vendedor e o mutuante é ali comprador, servindo aquela venda de garantia do cumprimento do mútuo, cumprimento este que determinará ou não a resolução daquela venda*] Também como resultado dos avanços económicos e comerciais, na Alemanha, verificou-se a generalização do uso de títulos de crédito. Era usual endossar a favor de terceiro com mero objectivo de cobrança, estando o endossado a transmitir as quantias cobradas para o endossante. Também no mesmo período recorreram aos mecanismos reconduzíveis à *fiducia cum amico*, como às concepções modernas dos negócios fiduciários para a administração. Em Itália, o Tribunal de Bari, em Dezembro de 1893, decidiu um caso que envolvia uma venda com fins de garantia. A referida sentença foi comentada por FADDA, onde abordou duas questões que acompanham a temática do negócio fiduciário até aos dias de hoje:

- a) A legalidade de negócio;
- b) A sua distinção ou absorção pelo regime da simulação.

Os negócios fiduciários se generalizaram no seio dos títulos de crédito. Tal como se verificou na Alemanha, em Itália, era usual endossar a favor de terceiro com mero objectivo de cobrança, estando o endossado a transmitir as quantias cobradas para o endossante. Devido à quantidade de litígios provenientes deste tipo de relação despertou o interesse da doutrina, nomeadamente Cesare Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, vol. III, 5.ª ed., Dottor F. Vallardi, Milão, 1924, 274 e Agostino Ramella, *Trattato dei titoli all'ordine*, vol. I, *Parte Generale*, Fratelli Cammelli, Florença, 1899, p. 177.

Em França. Em França [Sobre *trust* noutros países, cf. Matthew Conaglen, *Sham Trusts*, in 67 (2008) *Cambridge Law Journal* 176; M. Grondona, «*Living trust*» e *diritti successorii in capo al coniuge superstite: a proposito di una recente sentenza nordamericana*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2002, p. 204 ss; M. Rainer, *Trust e Treuhand in Liechtenstein*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2002, p. 215 ss; A. REALI, *Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano: il trust senza l'equity*, in *Rivista di Diritto Civile*, n. 2/2011, p. 161 ss; A. Gambaro, *Trust (Voce)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, XIX, Utet, Torino 1999, p. 449 ss, M. Lupoi, *Trusts*, Giuffrè, Milão, 1997 e A. Morace Pinelli, *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Giuffrè, Milão 2007], recentemente – anos oitenta – os operadores económicos procuraram mecanismos capazes de servir várias funções e exercer um papel comparável ao *trust* inglês – neste sentido, FRANÇOIS BARRIERE/CLAUDE WITZ, autores franceses que mais linhas dedicaram ao tema dos negócios fiduciários. Em França foram publicadas as seguintes obras do FRANÇOIS BARRIERE: François Barriere, *La Fiducie: brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie*, *JCP E* 2008, 385; François Barriere, *La Loi Instituant la Fiduci : entre équilibre et incohérence*, *JCP E*, 2007, 2053; François Barriere, *La fiducie. Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007*, *Bull. Joly* 2007. 440 et *Bull. Joly* 2007. 556; François Barriere, *Fiducie nommée et sûretés de*

la directive « collatérale », in *La fiducie-sûreté*, LGDJ-Lextenso, 2015; François Barrière, *Propriété, fiducie et sukuk*, JCP E, 2011, 1203; François Barrière, *La fiducie-sûreté*, JCP E 2009. 1808 ; JCP N 2009. 1291; François Barrière, *Dossier « Fiducie »*, Dalloz, 2007; François Barrière, *La Réception du Trust au Travers de la Fiducie*, Litec, 2004; François Barrière, *Charitable Trusts Anglo-Américains et Fondations Françaises*, in *Fondation et trust dans la protection du patrimoine*, L'Harmattan, 1999. No estrangeiro (em relação a França, foram publicadas as seguintes obras: François Barrière, *Francouska Zkusenost se Sverensvim*, in *Trust A Srovnatelné Instituty V Evrope*, Rozkotova Publishing, 2014, pp. 81 ss.; François Barrière, *The Security Fiducie in French Law*, in *The Worlds of the Trust*, Cambridge Univ. Press (Inglaterra), 2013, pp. 101 ss.; François Barrière, *La Fiducie-Sûreté en Droit Français*, McGill Law Journal (Canada), 2013, LVIII, n° 4; François Barrière, *La naissance chaotique de la fiducie en France*, McGill Law Journal (Canada), 2013, vol 58, n° 4; François Barrière, *The French Fiducie or the Chaotic Awakening of a Sleeping Beauty*, in *Re-imagining the trust: Trusts in Civil Law*, s. la dir. de L. Smith, Cambridge Univ. Press (Inglaterra), 2012, pp. 222 ss.; François Barrière, *Trust and fiducie*, in *Towards a European Civil Code*, (Holanda), 2010; François Barrière, *La fiducie-sûreté, Trusts e attività fiduciaria* (Itália), 2010, pp. 5 ss.; François Barrière, *La Fiducie en France*, in *Il trustee nella gestione dei patrimoni. Responsabilità e soluzione dei conflitti*, (Torino, Itália), 2009, pp. 827 ss.; François Barrière, *La Fiducie: aspects fiscaux*, in *Teoria e pratica della fiscalità dei trust*, IPSOA/Kluwers (Itália), 2008; François Barrière, *La Legge che Istituisce la Fiducia: tra equilibrio e incoerenza, Trusts e attività fiduciaria* (Itália), Março-Abril, 2008, n.º 124; François Barrière, *El Equivalente Francés del Trust o la Fiducia como Instrumento Commercial*, in *El trust en el derecho civil*, Bosch (Espanha), 2007; François Barrière, *Rapport Français*, in *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge Univ. Press (Inglaterra), 2005 e François Barrière, *La Fiducie en Droit Français*, in *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruylant (Belgica), 1999. Claude Witz, *Rapport Introductif: les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe. La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, Joly, 1991, p. 9; Claude Witz, *La Fiducie en Europe: France, Suisse, Luxembourg, Allemagne, Liechtenstein. Analyse des Lois Existantes et des Projets en Cours*, in *Le trust et la fiducie, implications pratiques*. Colloque UCL-KUL, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 51; Claude Witz, *La Fiducie face aux Expériences Étrangères et à la Convention de La Haye relative au Trust*, Dalloz, 2007, p. 1369; Claude Witz, *Les Caractères Distinctifs de la Fiducie*, in *Colloque: trust & fiducie : concurrents ou compléments ?*, Academy & Finance, Genebra, 2008, p. 61 - alguma doutrina defendeu que a fidúcia podia exercer esta função no sistema jurídico francês. Por outro lado, ainda nesta época, as autoridades francesas pretendem mudar a prática da concessão de crédito em França. Atenta a importância desta actividade na economia francesa, sobretudo no tocante ao crédito a fornecedores e o legislador tem procurado meios de reforço das garantias. Tem evoluído o crédito aos compradores e o legislador, por influência do Direito alemão, julga que a *propriedade – garantia* pode estimular esta prática no sentido de tornar mais acessível o mercado de crédito. Ou seja, a instituição de crédito pode conceder crédito ao comprador e este transfere a propriedade ao credor até ao cumprimento da sua obrigação. Por outro lado, nos finais dos anos oitenta, os credores titulares de direitos de garantias reais tradicionais foram prejudicados nos processos de falência, nomeadamente pelos credores titulares de privilégios creditórios e direito de retenção. Com efeito, tornou-se mais atractivo o recurso à *propriedade – garantia*, dado que a qualidade do proprietário permite ao credor, no processo de falência, exercer o seu direito de reivindicação ou restituição da coisa de que é proprietário, cf. Dominique Legeais, *Sûretés*, cit., p. 450. Por fim, o legislador francês foi influenciado pela atractividade exercida pelo *Trust* [O trust exerce influencia também em Itália, sobre trust na doutrina italiana, cf. Mirzia Rosa Bianca, *Gli strumenti di articolazione del patrimonio: Profili di competitività del sistema*, a cura di Capaldo Giuseppina, Giuffrè, Milão, 2010, Bianca M., *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione (L'art. 2645-ter del codice civile)*, Milano, 2007, Edgardo Marco Bartolazzi Menchetti, *Considerazioni su affidamento di beni al trustee e imposte sui trasferimenti di ricchezza*, in *Riv.Dir.Trib.*, 2012, p. 151, Saverio Bartoli, *Trust e atto di destinazione nel diritto di famiglia e delle persone (Il diritto privato oggi, a cura di P. Cendon)*, Giuffrè, Milão, 2011, Valentina Bellomia, *La tutela dei bisogni della famiglia, tra fondo patrimoniale e atti di destinazione*, in *Diritto di Famiglia e delle Persone*, n.º 42, 2013, pp. 698-740., p. 698, Mirzia Rosa Bianca, *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione (L'art. 2645-ter del codice civile)*, Giuffrè, Milão, 2007, Mirzia Rosa Bianca, *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. Not.*, 2009, p. 557, e Cristiano Cicero, *Riflessioni su trust e categorie civilistiche*, in *Giur. Comm.*, 2010, p. 899], instituto do sistema jurídico anglo-saxónico que influenciou o ressurgimento do interesse na alienação da propriedade em garantia em França, cf. F. Barrière, *La Réception du Trust au travers la fitude*, Liec, Paris, 2004, p. 242. Em substituição das garantias reais clássicas, intensificou-se o recurso à alienação fiduciária em garantia que, devido às suas características, leva muitos autores a sustentar que esta constitui o reino das garantias. Uma das últimas evoluções no Direito das Garantias tem a ver com a introdução da garantia fiduciária. A Lei de 19 de

Do ponto de vista da ciência jurídica e do debate doutrinário, a consagração legal do negócio fiduciário tem essencialmente a vantagem de consagração das linhas mestras da discussão. Por mais divergentes que sejam, as posições a debater terão sempre em comum o mesmo ponto de partida – a *lex scripta*.

## **17. Justificações da consagração legal da *propriedade - garantia***

*I. Generalidades.* Não é sem alguma justificação<sup>1818</sup> que o Legislador da OHADA e o legislador francês consagraram recentemente a possibilidade de utilização da propriedade para fins de garantia<sup>1819</sup>. Durante muito tempo, o nosso sistema resistiu e continua a resistir ao reconhecimento da validade da *propriedade - garantia*, sobretudo na modalidade de alienação da propriedade em garantia. É delicada a análise teórica dos motivos que levaram o legislador da OHADA a instituir a figura de alienação em garantia.

*II. Justificações económicas.* Em França a partir dos anos oitenta (1980), foi retomada a questão da utilização da *propriedade – garantia*. O contexto da reutilização da *propriedade – garantia* foi favorável. Os operadores económicos procuravam mecanismos capazes de servir várias funções e exercer um papel comparável ao *trust* inglês. Alguma doutrina defendeu que a fidúcia pode exercer esta função no sistema jurídico francês.<sup>1820</sup> Por outro lado, ainda nesta época, as autoridades francesas pretendiam alargar a prática do crédito em França, fomentando a concessão de crédito, o que requer um certo reforço das garantias para as instituições de crédito. Devido à importância de concessão de crédito na economia francesa, sobretudo aos fornecedores, o legislador tem procurado meios de reforço das garantias. De igual sorte, evoluía o crédito aos compradores e o legislador, por influência do Direito alemão, entende que a *propriedade – garantia* podia favorecer esta prática, através da concessão de crédito ao comprador e a consequente transferência da propriedade ao credor até ao cumprimento da sua obrigação. Por outro lado, nos finais dos anos oitenta, os credores titulares de direitos de garantias reais tradicionais foram sacrificados nos processos de falência. Com efeito, tornou-se mais atractivo o recurso à *propriedade – garantia*, dado que a qualidade do proprietário permitia ao credor, no processo de falência, exercer o seu direito de

---

Fevereiro de 2007, introduziu a fedúcia e *Ordonnance* de 30 de Janeiro de 2007 estabeleceu o regime da garantia fiduciária.

<sup>1818</sup> Seguimos no essencial, de perto e a ordenação do Dominique Legeais, *Sûretés, cit.*, p. 450 e seguintes.

<sup>1819</sup> Cf. J. Stoufflet, *L'usage de la Propriétés à des fins de Garantie*, in les *Sûretés*, FEDUCI, 1984, p. 321.

<sup>1820</sup> Cf. Dominique Legeais, *Sûretés, cit.*, p. 450.

reivindicação ou restituição da coisa de que é proprietário.<sup>1821</sup> Por fim, o legislador francês foi influenciado pela atractividade que *Trust* exercia no sistema jurídico anglo-saxónico e influenciou a recuperação da alienação da propriedade em garantia em França.<sup>1822</sup> Sendo a principal fonte de inspiração do legislador da OHADA, o Direito francês teve a sua evolução própria tendo em conta a sociedade francesa e às suas necessidades. A OHADA, muitas vezes não tomou em consideração as especificidades dos países membros e reproduzir o Direito Francês. Actualmente, é pacífico que as sociedades actuais não se organizam sobre base de um pretenso Direito universal, ou seja, mesmo havendo fundamentos comuns para o Direito, continua a verificar-se uma enorme diversidade entre os sistemas e ordenamentos jurídicos que variam conforme a sociedade em concreto, razão pela qual é muito importante ter em conta a realidade social do lugar onde a lei se destina a aplicar, o que não se verifica, muitas vezes, com o legislador da OHADA.

*III. Justificações dogmáticas.* Este ponto pretende ilustrar se a consagração da *propriedade – garantia* contraria algum princípio fundamental do Direito. De facto, tem evoluído a tese da aceitação de utilização da propriedade para fins de garantia. Em relação aos princípios fundamentais do Direito, sobretudo, Reais, coloca-se a questão de *Numerus clausus* de Direitos reais e a proibição do *pacto comissório*. Para uma corrente da doutrina, estes princípios não constituem obstáculos<sup>1823</sup> à consagração da *propriedade – garantia*. Apesar da longínqua da proibição do pacto comissório e dos seus fundamentos, a tradição ocidental, na última década, tem sofrido grandes desvios. Na Alemanha, há posições doutrinárias que defendem a validade da alienação em garantia perante o pacto comissório.<sup>18241825</sup>

---

<sup>1821</sup> Cf. Dominique Legeais, *Sûretés*, cit., p. 450.

<sup>1822</sup> Cf. F. Barrière, *La Réception du Trust au travers la fidejussio*, Liec, Paris, 2004, p. 242.

<sup>1823</sup> Cf. Dominique Legeais, *Sûretés*, cit., p. 450.

<sup>1824</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação*, cit., p. 254.

<sup>1825</sup> Cf. Dominique Legeais, *Sûretés*, cit., p. 451. A *propriedade – garantia* é defendida e consagrada em França. Também o legislador da OHADA consagrou a alienação da propriedade em garantia. Em relação à hipoteca, nos termos do artigo 199.º AUG determina que “*pode ser acordado no contrato de hipoteca que o credor se torne o proprietário do imobiliário hipotecado*”. O credor hipotecário pode assim evitar o demorado e dispendioso procedimento de execução hipotecária”. Por outro lado, nos termos do artigo 105.º AUG, as partes podem convencionar a execução privada do penhor, dispensando a execução judicial. Em relação ao *numerus clausus*, a doutrina considera que, com a utilização da propriedade em garantia, não se cria propriamente um novo direito real. Mas há quem considere que devesse admitir que se trata de uma nova garantia real.

## **18. Consequências dogmáticas da consagração legal da *propriedade* – *garantia***

*I. Colocação do problema.* Em primeiro lugar, coloca-se a questão de determinar se a alienação em garantia constitui uma nova garantia. Em segundo lugar, deve-se questionar se a consagração legal de alienação da propriedade em garantia altera a natureza do direito da propriedade.<sup>1826</sup> Estas questões são delicadas, mas parece-nos importante analisá-las no âmbito do presente estudo. Tradicionalmente, na nossa ordem jurídica, em termos legais, alienação da propriedade visa conferir ao adquirente os direitos constantes do próprio conteúdo do direito de propriedade, nos termos do artigo 1305.º CC. Como vimos, na alienação da propriedade em garantia, o credor adquire a propriedade, mas essencialmente para garantir o seu crédito sobre. Aqui a propriedade é utilizada para um fim que não constitui regra na nossa ordem jurídica. Por isso, coloca-se as seguintes questões: A alienação da propriedade em garantia constitui uma nova garantia real? A alienação da propriedade em garantia altera a natureza do direito da propriedade?

*II. O problema do conceito dos direitos reais de garantia.* Os direitos reais de garantia conferem preferência no pagamento, ou seja, as garantias reais, conforme ensina PAULO CUNHA, conferem ao beneficiário da garantia o direito de ser pago pelo produto de certo bem com preferência<sup>1827</sup> em relação aos credores comuns e outros credores graduados abaixo do seu. Com efeito, o credor beneficiário de uma garantia especial real está numa vantagem em relação aos outros credores comuns do mesmo devedor e outros credores graduados abaixo dele em relação ao valor de um determinado bem – objecto de garantia – devido à prioridade de pagamento que este direito lhe confere. Não se verifica propriamente uma preferência de pagamento pelo produto de certo bem, na alienação em garantia. Na alienação em garantia, através da transmissão da coisa, o credor beneficiário da garantia adquire o direito de propriedade sobre a mesma coisa, com limitação obrigacional do seu direito<sup>1828</sup>. A aquisição do bem objecto de garantia por parte do credor não deixa de ser reforço qualitativo, mas não confere propriamente preferência de pagamento, dado que o bem pertence ao credor, em regra, desde o momento de constituição de garantia. Este reforço não coincide com o reforço que tradicionalmente conhecemos no nosso direito das garantias, pois não coincide com a prioridade de pagamento, razão pela qual se questiona se a alienação em garantia constitui uma garantia

---

<sup>1826</sup> Cf. Dominique Legeais, *Sûretés*, cit., p. 452.

<sup>1827</sup> Cf. Paulo Cunha, *Da Garantia*, cit., p. 114.

<sup>1828</sup> Cf. Rolf Serick, *Le Garanzie Mobiliari*, cit., p. 17.

real. A alienação da propriedade em garantia não corresponde, pelo menos, ao nosso critério tradicional de qualificação de uma garantia como real, ou seja, de qualificação de garantia real, não obstante ter por objecto uma coisa. Todavia, o AUG consagra a alienação da propriedade em garantia e qualifica-a como garantia real. Das duas uma, ou não concordamos com a qualificação legal, ou admitimos que o AUG alarga o conceito de garantia real, considerando que o reforço qualitativo não se restringe na prioridade de pagamento, mas também inclui outros reforços, nomeadamente aquisição da propriedade em garantia. De acordo com o nosso sistema, a alienação da propriedade dificilmente será qualificável como garantia real. Todavia, parece-nos que o AUG alarga o conceito de garantias reais. De acordo com a nossa tradição jurídica a alienação em garantia, apesar de ser legalmente qualificada como garantia real, não deixa de ser uma garantia *sui generis*. Com a consagração da alienação da propriedade em garantia, questiona-se se não altera a própria natureza do direito de propriedade. No nosso caso, a alienação em garantia está tipificada na lei como garantia real, mesmo assim pode-se questionar se corresponde aos nossos direitos reais. Não corresponde aos nossos Direitos Reais de Garantias clássicos.

## **19. O problema do pacto comissório**

*I. Generalidades.* Depois de um percurso histórico – comparatístico, pudemos verificar que os principais fundamentos a que, tradicionalmente, se recorre para proibir a admissibilidade da alienação em garantia são o princípio da causalidade dos negócios jurídicos, o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais e a proibição do pacto comissório. Considerando que na alienação em garantia se verifica a transmissão da propriedade para o beneficiário da garantia, é óbvio que as partes podem utilizar um objecto cujo valor ultrapasse, em muito, o valor do crédito, situação que poderá exponenciar o enriquecimento injustificado do credor, perante uma situação de incumprimento da obrigação garantida. Por isso, é necessário analisar os fundamentos da proibição do pacto comissório e a sua articulação com a alienação em garantia.

*II. A proibição no Direito Romano - lex commissoria.* O pacto comissório é um dos institutos jurídicos mais importantes e antigos do regime das garantias reais. Poucos institutos jurídicos do Direito Privado têm tanta ancestralidade nos Ordenamentos jurídicos continentais como o pacto comissório e a sua proibição, estabelecida no Direito

comum desde a época de Constantino<sup>1829</sup>. Esta proibição encontra o seu fundamento na ideia de justiça, que se baseia na defesa da parte, geralmente, mais fraca da relação creditícia, o devedor. Essa necessidade de defender os direitos do devedor contra eventuais abusos de credores já havia sido reconhecida em Roma, quando a *fiducia*, na modalidade destinada a garantia de cumprimento - *fiducia cum creditore* -, foi superada e substituída por novas figuras que julgavam permitir uma satisfação mais eficaz do interesse de ambas as partes: o penhor ("*pignus*") - e a hipoteca ("*hypotheca*"). Tanto no penhor como na hipoteca, o credor adquiria um direito real sobre a coisa objecto de garantia, que lhe permitia, de acordo com a legislação justinianeia, vender o bem objecto de garantia e satisfazer o seu crédito com o preço da venda, restituindo o excesso ao devedor ("*superfluum*" ou "*hyperocha*")<sup>1830</sup>. Esta faculdade, *ius distrahendi*, em princípio de natureza puramente accidental, podia ser substituída por uma convenção, nos termos da qual, as partes acordavam que o credor poderia apropriar-se directamente da coisa caso o devedor não cumprisse a obrigação garantida dentro do prazo estipulado. Esta convenção designava-se genericamente da *lex commissoriae* e permitia ao credor ficar com a coisa objecto da garantia, no caso de incumprimento, satisfazendo desta forma o seu crédito.

Assim, a *lex commissoria* constiuia uma "lei" privada ("*lex privata*") baseada numa declaração das partes, que representava essencialmente um acordo, nos termos do qual, o vendedor podia reaver a coisa vendida se o preço não for pago dentro de certo prazo. Portanto, a *mancipatio*, servia para transferir fiduciariamente o direito de propriedade e a *lex commissoria* servia de garantia de pagamento.

A *fiducia* constituía uma figura baseada nos meios de transmissão de direito (*mancipatio* e *in iure cessio*), entrou em desuso e substituído por *pignus* como meio de garantia. Aqui reside, então, a união e a origem comum entre os vários pactos comissórios: na compra e venda, servia como condição resolutiva no caso de não pagamento do preço, com efeitos meramente pessoais e não reais, como no *mancipatio* e em benefício do vendedor; no *pignus*, por outro lado, o pacto comissório constituía uma garantia que favorecia o credor, pois permitia-lhe manter a coisa empenhada em caso de incumprimento da obrigação garantida<sup>1831</sup>. O pacto comissório surgiu inicialmente como uma mera renúncia à acção pignoratícia do devedor, o que lhe convertia a posse do credor

---

<sup>1829</sup> Cf. Ramón Durán Rivacoba, *La propiedad en garantía: prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 15.

<sup>1830</sup> Cf. António Santos Justo, *Penhor - pignus Datum, Lusíada*, Direito, Porto, n.º 5 - 6, (2012), pp. 249-307, p. 263 e Ramón Durán Rivacoba, *La propiedad en garantía, cit.*, p. 17.

<sup>1831</sup> Cf. Juan Iglesias, *Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, Ariel, 1972, p. 356.

em propriedade. Assim, o pacto comissório destorceu a natureza do *pignus*, convertendo-o naquilo que muitos designam de venda com fins de garantia. Cabe notar que a compra e venda com fins de garantia constituía a hipótese mais comum do negócio fiduciário. Posteriormente, na época romano-helénica, a *lex commisoria* foi proibida por Constantino, mediante um édito do ano 320 d. C: *Imp. Constantinus ad populum - Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt.*<sup>1832</sup>

III. A Proibição no período medieval - *Significante R. Cive Pisano*. A proibição do pacto comissório foi acolhida pela tradição jurídica medieval. O imperador Carlos Magno, mediante a *Admonitio Generalis* do ano 789<sup>1833</sup> e a capitular de Nimega de 806, procedeu à sua proibição. Os cânones dos primeiros concílios proíbem a usura aos clérigos - cânone 20 do concílio de Elvira, cerca de 300; cânone 17 do concílio de Nicéia, 325, depois estende a proibição aos laicos - *concílio de Clichy*, em 626. Sobretudo, Carlos Magno, legislando tanto em relação aos bens espirituais quanto aos materiais, proíbe a usura tanto aos eclesiásticos quanto aos laicos através da *Admonitio generalis* de Aix-la-Chapelle, desde 789<sup>1834</sup>. Mais tarde, a proibição do pacto comissório foi confirmada expressamente pelo Papa Inocêncio III, em 1198, na sua decisão *Significante R. cive pisano*<sup>1835</sup>. Em 1569, o Papa Pio V, através da bula *motu proprio*, insiste em condenar, entre outras cláusulas contratuais, o pacto comissório.

Em Espanha, ainda desde o período medieval, a proibição do pacto comissório estava legalmente consagrada na *partida V*, do título XIII, das *Leyes* 41 y 42. Em Portugal, do Livro IV, Título XXXVII das Ordenações Afonsinas<sup>1836</sup>, constava a proibição do pacto comissório.

---

<sup>1832</sup> C. 8, 34, 3.

<sup>1833</sup> *Generalis Admonitio* é um conjunto de Legislação conhecida como uma capitular emitido por Carlos magno em 789, que abrange a reforma educacional e eclesiástica dentro do reino franco. Capitulares foram usados no reino franco durante a dinastia carolíngia por órgãos estatais e de administração e abrangia várias matérias.

<sup>1834</sup> Este período constitui um passado de condenação por parte dos poderes eclesiástico e laico, que pesa sobre a usura. Mas, numa economia contraída, onde o uso e a circulação da moeda eram frágeis, o problema da usura foi tratado de forma secundária. Durante longo período, os mosteiros é que forneciam, até o século XII, o essencial do crédito necessário. No final do século, o papa lhes proibiu a forma preferida de crédito, o *mortgage*, empréstimo garantido por um imóvel cujo senhorio recebe os rendimentos, cf. G. Le Bras, *verb. "Usure"*, in *Dictionnaire de Théologie Catholique*, XV, 1950, 2356.

<sup>1835</sup> Decretais de Gregório IX, II.21, 7.

<sup>1836</sup> Sobre Ordenações Afonsinas, cf. Mário Júlio de Almeida Costa, "*Nota de apresentação*", *Ordenações Afonsinas*. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, I, 5-11.



IV. *A Proibição na tradição romano-germânico moderna.* O Direito Civil da Europa continental proíbe o pacto comissório, nomeadamente nas ordens jurídicas portuguesa, alemã, espanhola, francesa e italiana. Em Portugal, a matéria do pacto comissório consta do artigo 694.º CC, que se aplica ao penhor e à consignação de rendimentos, por força dos artigos 678.º e 665.º CC; no Direito alemão, a proibição do pacto comissório, na matéria de penhor, consta do § 1229 BGB, ao passo que, em relação à hipoteca, o § 1149 BGB dispõe que o proprietário não pode conceder ao credor, com o propósito de o satisfazer, o direito de exigir a transmissão da coisa ou de dela se apropriar fora da via judicial; em Itália, o artigo 1963.º do *Codice*, a propósito da consignação de rendimentos, dispõe que é nulo qualquer pacto, mediante o qual se convence que a propriedade do imóvel se transfere para o credor em caso de incumprimento pelo devedor. Também o artigo 2744.º proíbe o pacto comissório em relação ao penhor e hipoteca. Em França, o artigo 2078.º do *Code* dispõe que é nula toda a cláusula que faculte ao credor a apropriar-se da coisa objecto de penhor, dispensando os procedimentos legais<sup>1837</sup>; Em Espanha, fiel à tradição romana desde Constantino, o Código Civil espanhol manteve a proibição do pacto comissório, artigo 1859.º, mas a tendência actual é restringir cada vez mais a proibição do pacto comissório<sup>1838</sup>.

V. *A ratio da proibição.* A discussão a cerca do fundamento da proibição do pacto comissório<sup>1839</sup> ainda continua a ser incerta<sup>1840</sup> e nebulosa<sup>1841</sup>, sendo que há orientações que privilegiam o ponto de vista da protecção do devedor – *favor debitoris* – e outros

---

<sup>1837</sup> Em França, de uma forma geral, na recente reforma do Direito das Garantias, introduzida pela *Ordonnance* n.º 2006-346, de 23 de Março de 2006. Nos termos da actual redacção do artigo 2348 do *Code Civil*, as partes podem convencionar que, em caso de incumprimento da obrigação garantida, o credor poderá tornar-se proprietário do bem objecto de garantia, desde que o valor do bem seja determinado no dia da transmissão por um perito designado por acordo amigável, pelo tribunal ou, se for caso disso, por referência à cotação do bem em mercado organizado.

<sup>1838</sup> Cf. José Enrique Bustos Pueche, *Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio*, in *Anuario de Derecho Civil*, vol. 43, n.º 2, Madrid, 1990, pp. 7 ss.; Francisco Redondo Trigo, *El pacto marciano, el pacto ex intervallo y la fiducia cum creditore en las garantías financieras del Real Decreto-Ley 5/2005*, in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 699, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2007 e José Manuel Fínez Ratón, *Garantías reales: imperatividad de las normas de ejecución versus pacto comisorio*, in *Estudios jurídicos em homenagem ao professor Luis Díez-Picazo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 3829 – 3840.

<sup>1839</sup> Cf. M. di Paolo, *Patto commissorio*, in *Dig. Dis. Civ.*, XIII, Torino, 1995, p. 311; A. Luminoso, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *RDCiv.*, 1990, 230; N. Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Nápoles, 2000, p. 129.

<sup>1840</sup> Cf. I. Radoccia, *La ratio del divieto del patto commissorio*, in *Giur. Mer.*, IV, 1997, p. 220; A. Luminoso, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *RDCiv.*, I, 1990, p. 219; e, recentemente, G. Cricenti, *I contratti in frode alla legge*, in *CENDON*, Il diritto privato oggi, Milão, 2008, p. 67 ss.

<sup>1841</sup> Cf. Giorgio Rispoli, *Mutuo - Patto comissório*, in *I Nebulosi Confini del Divieto di Patto Commissorio*, *Giust. Civ.*, 11-12, 2013, p. 697 ss.

preocupam-se com a tutela do crédito e, ainda alguns constituem teses ecléticas, o que leva a parte da doutrina a considerar que o fundamento proibitivo corresponde a uma razão débil<sup>1842</sup> ou pouco evidente<sup>1843</sup>.

Tradicionalmente, a proibição do pacto comissório é fundamentada na situação de debilidade da parte mais fraca<sup>1844</sup> e na necessidade de prevenir a apropriação da coisa pelo credor por um valor inferior ao valor da dívida.<sup>1845</sup> A necessidade de proteger o garante/devedor constitui o fundamento da doutrina clássica, considerando-o a parte mais fraca, de forma a evitar situações de abuso de um contraente sobre o outro.<sup>1846</sup> Este argumento explica parcialmente a razão da proibição do pacto comissório, mas não é suficiente, na medida em que a proibição se aplica mesmo nas situações em que a coisa dada em garantia pertence a um terceiro, o que não se entenderia se o seu fundamento fosse exclusivamente a protecção do devedor. Por um lado, entende-se que se a proibição visa proteger o devedor, o regime aplicável deveria ser o da anulabilidade e não o regime da nulidade. Por outro, nem sempre o devedor constitui a parte mais débil do contrato, na medida em que recorrem ao crédito, não só aqueles que estão em condições de precariedade, mas também os profissionais e empreendedores que dele fazem uso como

---

<sup>1842</sup> Cf. R. Triola, *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in Giust. Civ., 1988, I, p. 1769.

<sup>1843</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 258 – 259. Actualmente, até em Itália, a doutrina fala na derogabilidade da proibição do pacto comissório, pelo menos, na matéria das garantias financeiras. Cf. A. Grossi, *La direttiva 2002/47/CE sui contratti di garanzia finanziaria*, in Europa e Dir. Priv., 2004, pp. 249 ss. E. Gabrielli, *Contratti di garanzia finanziaria*, in Dig. Disc. Priv., UTET, 2007, pp. 300 ss. e F. Gigliotti, *Sull'ammissibilità della cessio in securitatem (tra preclusioni tradizionali, nuove suggestioni normative e prospettive de iure condendo)*, in Ordines, 2015, p. 6.

<sup>1844</sup> Cf. P. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil III. Observations des tribunaux d'appel*, Paris, 1968, p. 190.

<sup>1845</sup> Cf. G. Cervenca, *Usura – Diritto Romano*, in ED. XLV, Milão, 1929, p. 1127, M. Giaccherio, *L'atteggiamento dei Concili in materia di usura dal IV al VI secolo*, in Atti del IV Convegno internazionale dell'Accademia Romanistica Costantiniana, Perugia, 1981, p. 340 e Hugo Ramos Alves, *Dação em Comprimento*, cit., p. 638.

<sup>1846</sup> Pretende-se evitar que o devedor, devido à necessidade de crédito, se veja obrigado a aceitar as imposições do credor, podendo, assim, estipular livremente os termos do contrato, de forma a preservar a proporcionalidade entre as prestações. Segundo esta tese, a lei pretende prevenir que o credor se aproveite da condição de carência do devedor, coagindo-o a aceitar celebrar um pacto comissório contra a sua livre vontade. Desta forma, a imposição legal pretende corrigir eventuais desequilíbrios de forças, normalmente existentes entre devedor e credor. Assim, para os defensores desta tese, a razão fundamental da proibição do pacto comissório é a protecção dos direitos do devedor/garante, perante potenciais abusos do beneficiário da garantia. VAZ SERRA, considera que o fundamento da proibição do pacto comissório justifica-se porque constitui um pacto que pode representar um benefício injustificado para o credor, sobretudo quando a garantia é constituída pelo devedor *necessitado*. Desta forma, a imposição legal pretende corrigir eventuais desequilíbrios de forças, normalmente existentes entre devedor e credor. Assim, para os defensores desta tese, a razão fundamental da proibição do pacto comissório é a protecção dos direitos do devedor, perante potenciais abusos do credor. Cf. Vaz Serra, *Penhor*, cit., p. 217 e Vaz Serra, *Hipoteca*, cit., p. 74.

instrumento financeiro para o exercício das suas actividades.<sup>1847</sup> Em Itália, tanto na doutrina<sup>1848</sup> como na jurisprudência<sup>1849</sup> é intensa a discussão<sup>1850</sup> na relação entre fraude à lei, proibição do pacto comissório e alienação em garantia. Considera-se, geralmente, que, nas garantias reais tradicionais, não se verifica a transferência da propriedade, ao ponto que, na alienação em garantia, a propriedade é transferida pela própria constituição da garantia, pelo que não lhe é aplicável directamente a proibição do pacto comissório, que se aplica directamente quando as partes acordam que a propriedade se transfere com incumprimento da obrigação garantida. Com efeito, a grande parte da doutrina italiana sustenta que a alienação em garantia constitui uma forma fraudulenta de contornar a proibição do pacto comissório, antecipando a transmissão da propriedade que se consolida com o incumprimento<sup>1851</sup>. Com efeito, considera-se a alienação em garantia como um negócio proibido se se reunirem os requisitos da fraude à lei.<sup>1852</sup>

Alguns autores defendem que a proibição do pacto comissório se fundamenta num juízo de imoralidade, asseverando que o pacto serve para ocultar negócios usurários, prejudiciais para o devedor. Os negócios usurários pertencem aos negócios jurídicos com conteúdo censurado pela ordem jurídica, em virtude do desequilíbrio das prestações neles acordados devido à inferioridade de uma das partes. Com efeito, um dos fundamentos da proibição do pacto comissório aceite na doutrina é a usura e a imoralidade do mesmo, invocando o perigo de locupletamento do credor em prejuízo do devedor e dos demais credores deste, uma vez que o bem dado em garantia é habitualmente de valor muito superior ao da dívida. Em Portugal, esta posição, ainda na vigência do Código de Seabra,

---

<sup>1847</sup> Cf. Maria Valente Guedes, *Da Proibição do Pacto Comissório: Fundamento e Extensão*, pol., Lisboa, 2015, p. 19.

<sup>1848</sup> Cf. R. de Nictolis, *Divieto del patto commissorio, alienazioni in garanzia e sale and lease back*, in RDCiv., II, 1991, p. 538 e V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principi di causalità*, cit., 1428.

<sup>1849</sup> Cf., por exemplo, Cass., 11 Janeiro de 1988, n.º 46, in Giust. Civ., 1988, I, p. 1766. Cass., 3 de Junho de 1983, n.º 3880, in Giust. Civ., 1984, I, p. 1899; Cass., 6 de Dezembro de 1983, n.º 7271, in Giur. it., 1984, I, 1, c. 1698; Cass., 3 de Novembro de 1984, n.º 5569, in Riv. It. Leasing, 1985, p. 469; Cass., 3 de Novembro 1984, n.º 5570, in Mass. Foro It., 1984, 1093; Cass., 9 de Junho de 1986, n.º 3815, in Mass. Giur. It., 1986, p. 649; Cass., 18 de Maio de 1985, n.º 3061, in Mass. Foro it., 1985, 570. Crítica a esta posição, sobretudo à Cass., 3 de Junho de 1983 cf. F. Macario, *Anotação à Cass. de 3 de Junho de 1983*, in Foro It., 1984, I, 212; E. Roppo, *Anotação à Cass. de 3 de Junho de 1983*, in Nuova Giur. Civ. Comm., 1985, I, p. 97; G. Piepoli, *Anotação à Cass. de 3 de Junho de 1983*, in Corr. Giur., 1985, I, p. 201

<sup>1850</sup> Cf. V. Andrioli, *Divieto del patto commissorio*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1955, p. 53; F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con patto di riscatto*, in RDPProc., II, 1946, p. 159; L. Barbiera, *La responsabilità patrimoniale*, in Commentario al codice civile Diretto da Schlesinger, Milão, 1991, p. 213 ss. e F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 54.

<sup>1851</sup> Cf. A. Luminoso, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, cit., p. 219.

<sup>1852</sup> Cf. E. Betti, *Sugli oneri ed i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione dell'obbligazione*, in RDComm., II, 1931, p. 699; U. Miele, *Sul patto commissorio immobiliare*, II, 1946, p. 69 ss.; U. Carnevali, *Patto commissorio*, in Enc. Dir., XXXII, Milão, 1982, p. 501. Na jurisprudência, cf. esta posição in Cass., de 6 de Dezembro de 1983, n. 7271, in Foro It., 1984, I, 426.

foi defendida por COELHO DA ROCHA, considerando que é nula a cláusula que permita ao credor ficar com a coisa objecto de garantia sem ser avaliada por um perito; MELLO FREIRE, entendia que o pacto comissório era proibido porquanto injusto e usurário, na medida em que o penhor excedia quase sempre o valor da dívida; PAULO CUNHA defendia que o pacto comissório era proibido porque visava impedir que o credor, através do penhor, auferisse interesses superiores ao crédito que ele garante, com prejuízo do devedor e de outros credores<sup>1853</sup>. Ainda no mesmo sentido JOSÉ TAVARES, GUIELHERME MORREIRA e DIAS FERREIRA. Na vigência do Código de 66, ANTUNES VARELA, PAIS DE VASCONCELOS e PESTANA DE VASCONCELOS filiam-se neste entendimento clássico. O primeiro autor faz um paralelo à proibição da usura, considerando que o fundamento da proibição se identifica, não só com a *ratio* da norma que pune a usura - artigo 1146.º -, mas ainda com o pensamento subjacente à condenação dos negócios usurários<sup>1854</sup>. O segundo autor considera que evita um enriquecimento sem causa e o terceiro autor considera que a proibição visa evitar o desequilíbrio entre o valor da coisa dada em garantia e a obrigação garantida. JANUÁRIO COSTA GOMES e JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES criticam esta posição assinalando o facto de o fundamento da proibição do pacto comissório na usura apresenta congruência entre a protecção do interesse individual do devedor e a sanção de anulabilidade.<sup>1855</sup> Esta posição é também criticada por CATARINA PIRES<sup>1856</sup>, que sustenta que não é possível extrair no nosso sistema uma correspondência rígida entre e exacta entre interesse individual e a anulabilidade e entre interesse colectivo e a nulidade, dando o exemplo dos artigos 560.º e 928.º do Código Civil.

Outro argumento a que se recorre para fundamentar a proibição do pacto comissório prende-se com o respeito pelo princípio *par conditio creditorum*<sup>1857</sup>. Esta posição considera que a necessidade de proteger os interesses dos demais credores<sup>1858</sup>,

---

<sup>1853</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Comprimento*, cit., p. 645.

<sup>1854</sup> Cf. Antunes Varela, *Das obrigações em Geral*, cit., p. 555.

<sup>1855</sup> Cf. Januário Costa Gomes, *Assunção*, cit., p. 93, Júlio Manuel Vieira Gomes, *Sobre o Âmbito da Proibição do Pacto Comissório, o Pacto Comissório Autónomo e o Pacto Marciano/Anotação ao Ac. do STJ, de 30 de Janeiro de 2003*, rec. 3896/02, CDP, n.º 8 (Outubro- Dezembro), 2004, pp. 55- 72, p. 57. Em Itália, no mesmo sentido, cf. Vincenzo Lojacono, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Giuffrè, Milão, 1952, p. 25 e Enzo Poppo, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in Riv. Not., 1981, 401.

<sup>1856</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 262 – 263.

<sup>1857</sup> Cf. U. Miele, *Sul patto commissorio immobiliare*, in RDComm., 1946, II, pp. 65 ss. e F. Carnelutti, *Note sul patto commissorio*, in RDComm., 1916, II, p. 890. Na jurisprudência, cf. Cass., de 3 de Abril de 1989, n.º 1611, in Nuova Giur. Civ. Comm., 1989, I, p. 348.

<sup>1858</sup> Cf. U. Carnevali, *Patto commissorio*, in Enc. Dir., XXXII, Giuffrè, 1982, p. 505 e A. Biscardi, *La "lex commissoria" nel sistema delle garanzie reali*, in Estudos em Homenagem ao E. BETTI, II, Giuffrè, 1962, p. 575.

uma vez que um hipotético empobrecimento injusto do devedor diminui as garantias patrimoniais e as expectativas de cobrança dos restantes credores, constitui o fundamento da proibição do pacto comissório. O princípio da universalidade patrimonial encontra-se consagrado no artigo 601.º CC, que estabelece que o cumprimento da obrigação é assegurado pelos bens que integram o património do devedor. O património do devedor constitui assim a garantia geral das obrigações. A garantia geral reconduz-se à responsabilidade patrimonial, pois o património do devedor constitui, nos termos do artigo 601.º CC, a garantia geral das obrigações. Regra geral, a responsabilidade patrimonial abrange apenas os bens do devedor. Por outro lado, nos termos do artigo 601.º do Código Civil, pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor. Em regra, no caso de incumprimento, o credor pode nomear à penhora qualquer bem do devedor com vista a executar. Ou seja, regra geral, todos os bens que fazem parte do património do devedor são direccionados para o cumprimento das suas obrigações. Não há preferência entre os credores.

Nos termos do artigo 604.º do Código Civil, os credores estão em pé de igualdade em relação à satisfação dos seus créditos. Se os bens do devedor forem insuficientes para a satisfação do crédito, o seu valor *será rateado proporcionalmente entre os credores* quirografários. Por isso, há quem alegue a necessidade de proteger os *interesses dos demais credores*, como fundamento da proibição do pacto comissório, uma vez que um hipotético empobrecimento injusto do devedor diminui as garantias patrimoniais e as expectativas de cobrança dos restantes credores. Os credores que não gozem de direito de preferência sobre os demais, são pagos em pé de plena igualdade. Por isso, nas palavras de ANTUNES VARELA<sup>1859</sup>, *esta é a famosa regra da parconditio creditorum, que cava um abismo entre os direitos reais e os direitos de crédito. Com efeito, esta posição defende que a o fundamento da proibição do pacto comissório porque cria uma desigualdade entre os credores e, consequentemente, fere o princípio parconditio creditorum, considerando que se o credor beneficiário da garantia pudesse pagar-se com o bem objecto da garantia – penhor ou hipoteca – sem avaliação e fora dos meios previstos na lei seria uma forma indirecta da diminuição do património do devedor*<sup>1860</sup>,

---

<sup>1859</sup> Cf. Antunes Varela, *Das obrigações em Geral*, cit., p. 419 – 420.

<sup>1860</sup> Actualmente, a responsabilidade é patrimonial, o património do devedor constitui a garantia das suas obrigações, os credores têm todo interesse em conservar o referido património. Aliás, para além de os credores poderem atingir todos os bens do devedor, certo é que este facto não é muito seguro na medida em que os devedores se podem alhear desses bens, deixando os credores sem meios para o ressarcimento dos seus créditos. A redução da garantia patrimonial pode verificar-se Diminuição do activo, por exemplo, o devedor pode alienar o seu direito. Neste caso, se forem reunidos os respectivos requisitos, os credores

prejudicando assim os credores quirografários.<sup>1861</sup> Esta orientação também é criticada com o fundamento de que não procede quando o património do devedor é suficiente para ressarcir todos os credores; quando seja possível recorrer a um dos meios da conservação da garantia patrimonial. Por outro lado, na própria lei verifica-se desvios ao princípio da *parconditio creditorum*, consagrado no artigo 604.º CC, nomeadamente privilégios creditórios, prioridade da penhora, e a regra da hierarquização dos credores<sup>1862</sup>.

Regista-se, nos últimos anos, o recurso legal às soluções no sentido de constituir alternativas à proibição do pacto comissário, nomeadamente o pacto marciano. Todavia, esta questão não é recente na doutrina. A doutrina tradicional entende que a alternativa ao pacto comissório seria uma degradação das garantias reais, na medida em que a atribuição da propriedade não se coaduna com a função das garantias típicas, baseadas na atribuição da preferência de pagamento ao credor<sup>1863</sup>. Por essa razão, a proibição do pacto comissório devia ser aplicada ao pacto meramente obrigacional, pacto comissório autónomo com função de garantia e, em geral, a qualquer pacto apropriativo. Considera-se ainda que o pacto comissório seria uma alienação em garantia ilícita, tendo em conta a própria atribuição da propriedade com função de garantia. Esta posição é criticada, considerando que a proibição do pacto comissório não significa a repressão indistinta a qualquer pacto apropriativo. Também se considera que a o fundamento na da proibição do pacto comissório na proibição de auto - tutela em matéria das garantias não se colhe, na medida em que o próprio Direito reconhece várias formas lícitas de auto - tutela na

---

podem recorrer-se à impugnação pauliana que é dirigida contra os actos praticados por ele, destinando-se a impedir que esses actos possam afectar a garantia patrimonial do crédito.

<sup>1861</sup> Cf. Francesco Carnelutti, *Note sul Patto Commissorio*, in RDCom., II, 1916, p. 887. Contra, cf. Contra esta posição, cf. V. Lojacono, *Il patto commissorio*, cit., p. 71 e F. Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, cit., p. 469.

<sup>1862</sup> Por todos, cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 264, com vasta bibliografia aí citada.

<sup>1863</sup> Há quem defenda como fundamento da proibição do pacto comissório razões estritamente processuais e a defesa da estrutura típica dos direitos reais de garantia, isto é, as regras gerais em matéria das garantias das obrigações. Nesta perspectiva, o fundamento principal da proibição do pacto comissório em é a exclusividade do Estado na prossecução da função executiva, seguido da tutela dos interesses privados, tanto do devedor como dos seus demais credores. Defende-se que não sendo este o seu principal fundamento, não faria sentido o pacto comissório ser sancionado com a nulidade. A inderrogabilidade das regras processuais está intimamente ligada à proibição de autodefesa e à garantia de acesso ao direito e aos tribunais. Cf. Feliu Rey, *La prohibición del pacto comissório*, cit., p. 67. Esta posição é também passível de críticas, na medida em que pressupõe uma visão excessivamente processualista de um instituto que nasceu com o objectivo explícito de proteger os interesses do devedor, enquanto contraente mais débil, e que se encontra regulado primariamente em normas substantivas, designadamente o princípio do devedor necessitado e o princípio de protecção dos demais credores desse devedor. Se o fundamento da proibição do pacto comissório radicasse em princípios de ordem processual, o pacto marciano deixaria de ser juridicamente admissível.

matéria das garantias, nomeadamente o direito de retenção e a convenção de venda extraprocessual do objecto de penhor – artigo 675.º CC.<sup>1864</sup>

Alguns autores ainda consideram que a proibição do pacto comissório funda-se na necessidade de evitar que o credor possa limitar a liberdade negocial do devedor – presente ou futura. Esta ideia é criticada, colocando-se a tónica no seu carácter genérico, não conseguindo explicar qual a exacta danosidade social provocada pelo pacto comissório. Aliás, a limitação da liberdade é permitida pelo ordenamento jurídico, dentro de determinados limites, nomeadamente no caso das cláusulas contratuais gerais ou cláusula penal.<sup>1865</sup> Ainda nos termos da autonomia privada, artigo 405.º, as partes podem acordar no sentido de limitar os bens exequíveis no caso de incumprimento. Trata-se de um negócio típico e uninominado. Neste caso, a lei admite este negócio porque, normalmente, há certos bens que representam certa importância, que pode ser de várias ordens e, por conseguinte, os seus titulares têm todo interesse em os manter intactos. Através deste negócio jurídico as partes estabelecem uma impenhorabilidade convencional. É um dos exemplos em que a própria lei admite a limitação da responsabilidade patrimonial.<sup>1866</sup>

VI. *A proibição do pacto comissório como realidade plúrima e complexa.* Ensina JANUÁRIO COSTA GOMES<sup>1867</sup> que a *ratio* da proibição do pacto comissório é plúrima e complexa, devendo ser analisada à luz do elemento dogmático e das razões histórico-jurídicas. A *ratio* da proibição do predito pacto é plúrima, complexa, revelando, concomitantemente, o propósito de proteger o devedor da possível extorsão do credor e a necessidade, correspondente a um interesse geral do tráfico, de não serem iludidas as *regras do jogo* através da atribuição injustificada de privilégios a alguns credores, fora

---

<sup>1864</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação*, cit., p. 266.

<sup>1865</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação*, cit., p. 267.

<sup>1866</sup> Deve-se, todavia, realçar que o legislador não considerou de ordem pública a exequibilidade de todo o património do devedor. Mas já é de ordem pública que o credor possa sempre executar alguns bens do devedor, ou seja, o credor não pode renunciar em abstracto à possibilidade de atingir os bens do devedor. Por conseguinte, as partes não podem excluir todos os bens do devedor, e, mesmo sendo uma exclusão parcial, os bens restantes devem ser, pelo menos, suficientes para cobrir uma parte significativa da dívida. Ou seja, este acordo não pode comprometer a exequibilidade do crédito, de forma a evitar as actuações fraudulentas. Esta norma admite a limitação da responsabilidade e não a sua exclusão, tendo em conta a interpretação sistemática, ou seja, a própria epígrafe do artigo 602.º do Código Civil, que refere a limitação da responsabilidade e não a exclusão. Se a lei admitisse a exclusão isso seria um pouco contraditório com o princípio básico da responsabilidade patrimonial que é o da responsabilidade dos bens do devedor - artigo 601.º CC. A lei não determina o momento em que as partes podem acordar, limitando a responsabilidade, por isso, pode ser antes ou depois do incumprimento.

<sup>1867</sup> Cf. Januário Costa Gomes, *Assunção Fidejussória*, cit., p. 94.

das vias objectivas em que repousa a bondade das excepções ao princípio das excepções ao princípio *par conditio creditorum*.

JANUÁRIO COSTA GOMES entende que a razão de ser da proibição do pacto comissório é plúrima e complexa, 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 tráfego, 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 demais. Efectivamente, parece-nos que a proibição do pacto comissório funda-se na tutela simultânea do devedor e do tráfego jurídico em geral, nomeadamente a impossibilidade de serem falseadas as normas que impendem sobre os agentes.<sup>1868</sup>

A evolução do estudo permite concluir que a razão de ser da proibição do pacto comissório é plúrima e complexa, ou seja, que não é possível compreender a sua proibição com o recurso a um único argumento, mas em todos os argumentos destaca-se um elemento central, aliás, é o elemento que o distingue do pacto marciano – ausência de mecanismos de que assegurem que o valor do bem dado em garantia não é superior ao valor da dívida garantida e que, caso excede esse valor, o credor não se apropriará do excedente à satisfação do seu crédito<sup>1869</sup>. Este sim, é um pacto comissório proibido. Quanto ao âmbito de aplicação, considera-se que se aplica às convenções celebradas antes do nascimento do crédito e anterior ao vencimento da dívida e quanto ao pacto convencionado depois do vencimento do crédito. Também a proibição aplica-se tanto ao *pactum real* como ao acordo comissório obrigacional.<sup>1870</sup>

*VII. Pacto comissório no contexto actual.* Na Ordem Jurídica Bissau-guineense<sup>1871</sup>, o regime legal/geral do pacto comissório consta do artigo 694.º CC, que

---

<sup>1868</sup> Neste sentido, Hugo Ramos Alves, *Dação em Comprimento*, cit., p. 652, Catarina Pires Cordeiro, *Do pacto comissório (ao pacto marciano): entre a eficiência e a justiça comutativa nas relações creditícias*, Lisboa, 2004, pp. 35-36 e Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 267,

<sup>1869</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 273.

<sup>1870</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., 275, com mais desenvolvimento sobre o âmbito da aplicação e outros aspectos do regime jurídico.

<sup>1871</sup> Na Guiné-Bissau é frequente o recurso à *Mpinha*. *Mpinha* consiste num contrato, nos termos do qual o devedor entrega ao credor uma coisa móvel ou imóvel para garantir o cumprimento de uma obrigação e, em caso de incumprimento pelo devedor, o direito da propriedade sobre a coisa dada em garantia transfere-se para a esfera jurídica do credor. Mesmo que o valor da coisa dada em garantia seja superior ao valor do crédito, o credor não é obrigado a restituir ao devedor a soma correspondente à diferença. Nestes termos, por esta via, admite-se que o credor se aproprie da coisa dada em garantia. No fundo, a principal característica desta figura consiste na transferência da propriedade, porquanto se transmite a propriedade de um bem para o credor, ficando essa transferência sujeita ao requisito de verificação de uma determinada eventualidade, que será o incumprimento do devedor, ou seja, o incumprimento da obrigação do devedor. Verifica-se, portanto, a existência de uma coligação entre a transferência da propriedade sobre o bem e a



considera nula a convenção estabelecida entre o credor e o devedor, em virtude da qual se permite ao credor apropriar-se directamente da coisa objecto de garantia, no caso de incumprimento da obrigação garantida. O pacto comissório pode ser definido como a convenção estabelecida entre o credor e o devedor, em virtude da qual se *permite ao credor apropriar-se directamente da coisa dada em garantia, perante o incumprimento* da obrigação assumida pelo devedor.<sup>1872 1873</sup> Ainda ao nível do Direito interno, coloca-se a questão de saber se o pacto marciano é admissível e qual é o âmbito de aplicação da proibição do pacto comissório, ou seja, se a proibição do pacto comissório é extensível às garantias reais que não sejam hipoteca e penhor, nomeadamente a alienação em garantia.<sup>1874</sup> Por norma, a nulidade corresponde a um interesse geral, não convalesce com

---

relação creditícia, que, em regra, é constituída por um contrato de mútuo. Temos, por isso, uma relação jurídica garantida e uma relação jurídica de garantia, sendo a primeira principal e a segunda acessória. Constitui uma garantia com verdadeiro pacto comissório, cf. Júlio Manuel Vieira Gomes, *Sobre o Âmbito da Proibição do Pacto Comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano/anotação ao Ac. do STJ de 30.01.2003*, rec. 3896/02, CDP, n.º 8, Outubro - Dezembro, 2004, pp. 55- 72, N. Cipriani, *Patto Commissorio e Patto Marciano. Proporzionalità e legittimità delle Garanzie*, Nápoles, 2000, pp. 35. Aliás, não prejudica apenas os devedores e a proibição do pacto comissório também visa proteger os credores quirografários, não apenas o devedor. Cf. F. Carnelutti, *Note sul Patto Commissorio*, in RDCom, 1916, II, pp. 817 ss; G. Gitti, *Divieto del Patto Commissorio, Frode alla Legge, Sale and Leaseback*, in RTDPCiv, 1993, p. 462, A. Dolmetta, *Lease-back e Patto Commissorio: un rapporto complesso*, in Giur. Comm., 2002, p. 307]. Curioso é que, sendo proibido o pacto comissório, na prática, com o incumprimento, estes credores apropriam-se dos bens e os devedores não recorrem ao tribunal. A persistência do sistema de *mercado negrolusuriers* impõe, pelo menos, duas observações: por um lado, a inexistência de práticas informais de empréstimo demonstra os inconvenientes da transposição de um modelo bancário projectado para países desenvolvidos, com literacia financeira consolidada. Dada ao actual sistema bancário, será difícil eliminar essas práticas. Também os bancos devem adaptar-se às realidades locais e ter a noção que a persistência desta actividade tem como uma das causas o difícil acesso ao crédito bancário. Por outro lado, nessa matéria, o papel do Estado deve ser mais activo. De fato, a regulação da usura é uma necessidade para o domínio da política de crédito e, como tal, contribui para a protecção da ordem pública, económica e financeira. Não basta regular, o Estado deve ter um papel mais activo, o que pressupõe a erradicação dessas actividades. A verdade das verdades é que o *mpinha* constitui uma garantia socialmente aceite e, por parte do devedor, constitui um vexame dar publicidade ao incumprimento e execução de *Mpinha* e funciona socialmente não na lógica de garantia, mas numa lógica de sanção para o incumpridor. Em relação a *mpinha*, não se verificou corte com as formas tradicionais da vida e o Direito legislado é contestado por admitir o pacto comissório e não passa de textos com conteúdos vazios, dando prevalência ao Direito consuetudinário, onde as pessoas sentem-se mais ligadas aos costumes do que ao Direito legislado, o que gera afastamento entre o Direito e a justiça.

<sup>1872</sup> Cf. Giuseppe Cricenti, *I Contratti in Frode Alla Legge*, 2.ª edição, Giuffrè Editore, 2008, p. 74.

<sup>1873</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 12 e Dominique Legeais, *Droit des Sûretés et Garanties du Crédit*, cit., p. 450.

<sup>1874</sup> Nos termos do artigo 694.º CC, *é nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca*. A proibição do pacto comissório, tal como se verifica na maioria dos países europeus - na Ordem Jurídica espanhola, o artigo 1859.º do Código Civil Espanhol dispõe que o credor não pode apropriar-se das coisas dadas em penhor ou em hipoteca nem pode dispor delas. A doutrina é praticamente unânime, no sentido de considerar nulo o pacto comissório e, apesar de a proibição apenas se estabelecer expressamente no âmbito das garantias reais (penhor, hipoteca e consignação em rendimentos), a maior parte da doutrina considera a proibição extensível às garantias reais em geral, cf. Manuel Ignacio Feliu Rey, *La prohibición del pacto comisório y la opción em garantía*, Civitas, Madrid, 1995, p. 65 e Ramón Durán Rivacoba, *La propiedad en garantía: prohibición del pacto comisório*, Aranzadi, Pamplona, 1998, p. 121 ss. O legislador espanhol, tal como os restantes Estados Membros da CE, elimina a proibição do pacto comissório na matéria das garantias financeiras previstas no Real Decreto-Ley 5/2005 - consta do Código Civil a respeito da hipoteca,

o tempo, nem se compadece com a faculdade de confirmação, podendo ser arguida a todo o tempo, por qualquer interessado e sendo apreciada oficiosamente. No penhor e na hipoteca, não se verifica a transmissão da propriedade com a constituição da garantia. A norma do artigo 694.º é transversal às garantias reais previstas no Código Civil e prevê a hipótese de o garante alienar a coisa onerada ao beneficiário da garantia, o que a torna muito importante na matéria da alienação em garantia, onde se verifica mesmo a alienação do bem objecto da garantia para o beneficiário da garantia. Por isso, parece que se torna importante analisar os fundamentos da proibição do pacto comissório, ou seja, determinar por que é proibido ao garante transmitir o bem objecto da garantia.

VIII. *Pacto comissório e os fundamentos romanísticos do Direito actual.* Na Alemanha<sup>1875</sup>, interessa destacar a matéria da transferência de direito para fins de garantia - *Sicherungsübereignung*<sup>1876</sup>, que sem prejuízo da proibição do pacto comissório – proibido pelo § 1259 do BGB – com a transposição<sup>1877</sup> da Directiva 2002/47/CE - admite expressamente a transferência da propriedade para fins de garantia de cumprimento de uma obrigação, cuja restituição é subordinada ao cumprimento da obrigação garantida<sup>1878</sup>, muito próxima da estrutura e funcionamento da *fidúcia cum creditore* romana. O funcionamento do *Verfallklausel*<sup>1879</sup> permite que o credor, não obstante a eficácia da proibição do pacto comissório, fazer sua a coisa a coisa objecto de garantia, depois da avaliação do bem, o que também parece fazer lembrar as características e as finalidades correctivas do pacto marciano. *Verfallklausel*, de facto, prevendo a restituição do excedente ao credor, o § 138 que, para a alienação em garantia, dispõe que, no caso de incumprimento, o credor deve de vender o bem pelo preço justo e deve devolver a

---

regime paradigmático das garantias reais, extraindo-se desse facto a consequência de a referida proibição dever considerar-se extensível às demais garantias reais. Insere-se, assim, no capítulo dedicado às garantias especiais das obrigações. Encontra-se consagrada em matéria de hipoteca - artigo 694.º - e, é ainda aplicável por remissão em sede de consignação de rendimentos - artigo 665.º -, e de penhor (artigo 678.º). Enquanto negócio jurídico proibido, o pacto comissório é nulo, por força do artigo 280.º, n.º 1 e 294.º CC. O negócio nulo não produz quaisquer efeitos - artigos 286.º e 289.º CC, sem prejuízo das regras especiais aplicáveis ao terceiro de boa-fé que tenha registado a sua posição jurídica - artigo 291.º CC.

<sup>1875</sup> No Direito Alemão, a proibição do pacto comissório consta do § 1229 e do § 1149 do BGB, para penhor e hipoteca, respectivamente. Nos termos do § 1229, é nulo o acordo que nos termos do qual se admite a possibilidade de o credor pignoratício, no caso de incumprimento poder fazer sua a coisa dada em penhor. Já o § 1149 do BGB refere-se à hipoteca e estipula que o proprietário não pode, enquanto o crédito não se tiver vencido, conceder ao credor, com o propósito de o satisfazer, o direito de exigir a transmissão da propriedade da coisa ou dela se apropriar fora do âmbito do processo executivo.

<sup>1876</sup> Cf. M. Bussani, *Il problema del patto commissorio*, Torino, 2000, p. 171.

<sup>1877</sup> Transposta pela *Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2002/47/EG vom 6. Juni 2002 über Finanzsicherheiten und zur Änderung des Hypothekbankgesetzes und anderer Gesetze del 5 aprile. s*

<sup>1878</sup> Cf. Mauro Bussani, *Patto di riscatto e patto commissorio – Studio di diritto comparato*, G. Giappichelli Editore, Torino, p. 399.

<sup>1879</sup> Cf. M. Bussani, *Il problema cit.*, p. 187 e 188.

diferença de valor ao devedor<sup>1880</sup>. Na alienação em garantia, mesmo que as partes acordem expressamente a exclusão da restituição do excedente, considera-se não escrita e converte-se *ex lege* o pacto comissório em pacto marciano.<sup>1881</sup> Mesmo antes do incumprimento, o § 138 estabelece a possibilidade de controlo na relação entre o bem objecto de garantia e o valor de crédito, determinando expressamente que, em caso de diferença excessiva entre o bem dado em garantia e o crédito – *Übersicherung* – o devedor pode desonerar o bem objecto de garantia na parte excedente.<sup>1882</sup> No geral, portanto, este regime deu azo a uma interpretação jurisprudencial que levou ao reconhecimento substancial da validade da alienação da propriedade em garantia, o mesmo caminho foi seguido pela jurisprudência alemã também em matéria de cessão de crédito para fins de garantia e, na verdade, sempre houve preocupação com a posição do devedor<sup>1883</sup>.

Em França<sup>1884</sup>, com a *Ordonnance* n.º 2006-346 de 23 Março 2006<sup>1885</sup>, nos termos dos artigos 2348.º e 2459.º do *Code*, para penhor e hipoteca respectivamente, as partes podem convencionar que o credor faça sua a coisa objecto de garantia em caso de incumprimento. O valor do bem deve ser avaliado por um perito e, em caso de incumprimento, se o valor do bem for superior ao valor da dívida, o credor deve restituir a diferença ao devedor. Em relação à alienação em garantia, a *Ordonnance* de 30 de Janeiro de 2009, instituiu o regime que implica a transferência do direito de propriedade do fiduciante para o fiduciário<sup>1886</sup>, nos termos dos artigos 2329.º, 2372.º - 1, 2373.º e 2488.º - 1 do *Code*. Nos termos dos artigos 2372.º - 3 e 2488.º - 3, primeira parte, no caso de incumprimento da obrigação garantida, o fiduciário dispõe de faculdade de dispor livremente da coisa, execução da garantia. Nos artigos 2372.º - 2 e 2488.º - 2 do *Code* deve-se determinar o valor do bem transferido para o património fiduciário. Esta

---

<sup>1880</sup> Cf. Mauro Bussani, *Il problema*, cit., p. 188.

<sup>1881</sup> Cf. M. Bussani, *Il problema* cit., p. 188.

<sup>1882</sup> Cf. A. Braun, *I trust di garanzia in Germania*, in *Trusts e Attività fiduciarie*, 2000, p. 41.

<sup>1883</sup> Cf. R. Serick, *Le garanzie mobiliari nel diritto tedesco*, Heidelberg 1988, trad. it. P.M. Vecchi, Milão, 1990, 23 ss.

<sup>1884</sup> Em França, na matéria da alienação em garantia, como ficou demonstrado, a *Ordonnance* de 23 de Março de 2006 veio admitir a cláusula do pacto comissório (marciano) como modo de execução da garantia, determinando expressamente que o valor do bem objecto de garantia deve ser determinado, excepto quando se trate de somas monetária, crédito ou instrumentos financeiros admitidos no mercado regulamentado e, considera-se não escrita a cláusula que admite que o credor pode apropriar-se da diferença entre o valor do bem e o crédito. Para mais desenvolvimento, sobretudo antes da grande reforma do Direito francês das Garantias, cf. C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, cit., p. 137 ss.

<sup>1885</sup> Esta reforma mereceu atenção da doutrina estrangeira, cf, por exemplo, Eric Dirix, *The Belgian Reform on Security Interests in Movable Property, in Secured Transactions Law Reform: Principles, Policies and Practice*, Louise Gullifer & Orkun Akseli, Oregon, 2016, pp. 391 ss., p. 395; Bruno Caprile Biermann, *La reforma al derecho de las cauciones en Francia: perspectivas para un devenir en Chile*, Estudios de Derecho Civil II, Legal Publishing, Santiago, 2008.

<sup>1886</sup> Cf. Ph. Dupichot, *La fiducie-sûreté en pleine lumière*, cit., p. 132.

determinação pode ser efectuada de forma amigável, sem intervenção de um especialista.<sup>1887</sup> Esta imposição é suplementar em relação às exigências do artigo 2018.º do *Code*, que impõe apenas a designação do bem transferido para o património do fiduciário. Os artigos 2372.º -3 e 2488.º - 3 do *Code*, determinam que, em caso de incumprimento, o fiduciário – credor adquire a faculdade de disposição da coisa móvel ou imóvel alienada fiduciariamente em garantia. O fiduciário é proprietário do bem alienado fiduciária em garantia. Não significa isto que o fiduciário, em termos reais, não possa alienar o bem, só que se o fizer pode ser obrigado a indemnizar o fiduciante em termos obrigacionais. Considera-se nula qualquer estipulação em contrário – que permita o beneficiário da garantia ficar com a coisa independentemente do seu valor. Em relação à hipoteca, se o imóvel objecto de garantia for a residência habitual do devedor é nula a cláusula do pacto marciano – artigo 2459.º.

Nota-se que na Alemanha e na França, não obstante a proibição do pacto comissório, admite-se a alienação em garantia, instituindo mecanismos que permitem evitar o abuso e prejuízo das partes do contrato de garantia<sup>1888</sup>, máxime, pacto marciano. Aliás, até em Alemanha, actualmente a posição dominante é de admissão da validade da alienação em garantia perante a proibição do pacto comissório<sup>1889</sup>.

Diferentemente, em Itália<sup>1890</sup>, em contraste com o desenvolvimento dos principais sistemas da tradição romana, a jurisprudência<sup>1891</sup> italiana, no entanto, reiterou ao longo dos anos uma interpretação extensiva da proibição do pacto comissório, constante do artigo 2744.º do *Codice*<sup>1892</sup>, independentemente da efectividade do dano causado ao devedor e aos credores do devedor<sup>1893</sup>, acabando por sacrificar extremamente os

---

<sup>1887</sup> Cf. Manuella Bourassin/Vincent Bremond, *cit.*, n.º 783.

<sup>1888</sup> Cf. A. Braun, *I trust di garanzia in Germania*, in *Trusts e Attività fiduciarie*, 2000, p. 41.

<sup>1889</sup> Cf. M. Bussani, *Il problema cit.*, p. 151 e C. Witz, *Transferts Fiduciaires, cit.*, p. 79 – 80.

<sup>1890</sup> Em Itália, o artigo 1963.º do *Codice*, referente à consignação de rendimentos, considera nulo qualquer pacto, ainda que posterior à conclusão do contrato, mediante o qual se convence que a propriedade da coisa se transfere para o credor em caso de incumprimento. Da mesma forma que, de acordo com o artigo 2744.º do mesmo código, não é permitida a convenção, nos termos da qual, e em caso de incumprimento, a propriedade da coisa hipotecada ou empenhada se transfere para o credor. Cf. M. Bussani, *Patto commissorio, proprietà e mercato. Appunti per una ricerca*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1, 1997, pp. 113 ss., p. 127.

<sup>1891</sup> Cf. *Cass. Civ.*, n.º 7586 de 5 Junho de 2001, e *Cass. Civ.*, n.º 19950 de 6 Outubro de 2004, in *Giust. Civ.* 2005/I, p. 1528.

<sup>1892</sup> Dispõe este artigo: *È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore salvo i casi in cui il valore del bene sia stato opportunamente stimato da un terzo e sia stata pattuita la restituzione dell' eccedenza al debitore.*

<sup>1893</sup> Cf. F. Carnelutti, *Mutuo pignoratizio e vendita con patto di riscatto*, in *RDPProc. Civ.*, 1946/II, p. 156; L. Barbiera, *Responsabilità patrimoniale*, in *Commentario Schlesinger*, Art. 2740-2744, Milan, 2010, p. 315.

interesses dos operadores económicos<sup>1894</sup> e à autonomia<sup>1895</sup> privada<sup>1896</sup>. A Directiva 2002/47/EC de 6 Junho foi transposta em Itália pelo Decreto Legislativo n.º 170, de 21 de Maio de 2004, que determina expressamente, nos termos do seu artigo 6.º/2, que o artigo 2744.º do *Codice* – proibição do pacto comissório - não se aplica aos contratos de garantia financeira que implica a alienação em garantia.

Na Ordem jurídica espanhola, o disposto no artigo 1859 do Código Civil, relativo à proibição de pacto comissório, diferentemente do conteúdo dos projectos de codificação espanhola, sanciona inequivocamente o pacto comissório<sup>1897</sup>, dispondo que: *El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas. A jurisprudência espanhola tem admitido, no entanto, a validade do pacto Marciano como correctiva ao pacto comissório, aproximando-se, dessa forma, da versão original do conteúdo dos artigos 1851 e 1882 dos projectos de códigos de 1851, que delimitavam o âmbito de aplicação do pacto comissório, cujo conteúdo é respectivamente o seguinte*<sup>1898</sup>: *El a creedor no puede apropiarse la cosa recibida en prenda ni disponer de ella aunque así hubiere estipulado; pero cuando haya llegado el tiempo en que deba pagarse le, tiene derecho a hacerla vender en subasta pública, o a que se la adjudique a falta de postura legalmente admisible, por el precio mismo en que un tercero habría podido rematar la com arreglo a la ley*<sup>1899</sup>. *No puede el acreedor apropiarse la cosa recibida en prenda, ni disponer de ella, salvo pacto en contrario. No existiendo este pacto, y una vez vencido el plazo del pago, tiene el a creedor derecho, a que se venda en pública subasta, o a que se le adjudique, en defecto de postura legalmente admisible, por el mismo precio en que un tercero hubiera podido rematarla con arreglo a la ley*<sup>1900</sup>. Em última análise, a actual

---

<sup>1894</sup> Cf. Oriana Toro, *Il divieto del patto comissório e Il patto Marciano nei rapporti assoluti di garanzia*, pol., 2012, p. 151 ss. e M. D'Auria, *Cessione di crediti futuri a scopo di garanzia e patto commissorio*, in *Giur. It.*, 2009, p. 1412 ss. Itália continua a ser o país mais conservador, cf. Oriana Toro, *Il divieto del patto comissório e Il patto Marciano nei rapporti assoluti di garanzia*, cit., p. 147 ss.; V. Mariconda, *Trasferimenti commissori e principio di legalità*, in *Foro it.*, 1990, I, p. 1428 e F. Realmonte, *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, 1990, I, p. 1440.

<sup>1895</sup> Cf. A. Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Nápoles 1999, p. 201; F. Gigliotti, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Napoli 1997, p. 110.

<sup>1896</sup> Cf. E. Betti, *Sugli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in *RDComm.* 1931/II, p. 689.

<sup>1897</sup> Cf. Adolfo Wegmann Stockebrand, *Algunas consideraciones sobre la prohibición del pacto comisorio*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, 2019, p. 95.

<sup>1898</sup> Cf. I. Díez Picazo/A. Gullón, *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 2004, p. 501; Guilarte Zapatero, *Comentario a los artículos 1822-1886 del Código civil. Comentarios al Código civil y compilaciones Forales*, XXIII, Madrid, 1979, p. 371; F. de Castro y Bravo, *Derecho civil de España*, Madrid 1984, p. 196.

<sup>1899</sup> Proyecto Isabelino de 1851, artigo 1775, capitulo III, § 3.

<sup>1900</sup> Anteprojeto do Código Civil de 1882, art. 6, Cap. III, § 3.

tendência jurisprudencial tende a limitar o âmbito de aplicação da proibição do pacto comissório.

Em Portugal, a matéria do pacto comissório consta do artigo 694.º CC, que se aplica ao penhor e à consignação de rendimentos, por força dos artigos 678.º e 665.º CC. Em termos gerais, é proibido a pacto comissório. Quanto ao regime do penhor financeiro, o Decreto-Lei n.º 105/2004 que transpõe a Directiva 2002/47/EC, de 6 Junho, permite que as partes estipulem um pacto marciano. De acordo com este regime, se houver acordo, nos termos do artigo 11.º, caso o devedor não cumpra a obrigação financeira garantida, o credor pignoratício poderá fazer seu o bem objecto de garantia. Nos termos do mesmo artigo 11.º, esta possibilidade apenas existe se for convencionado pelas partes, o objecto do penhor sejam instrumentos financeiros - e não quando tal objecto seja numerário, pois quanto a este apenas poderá haver vencimento antecipado e compensação - e desde que as partes tenham chegado a acordo quanto à avaliação dos instrumentos financeiros, respeitando eventuais obrigações legais de proceder a essa avaliação de acordo com critérios comerciais razoáveis.<sup>1901</sup>

*IX. Evolução recente do Direito Europeu e da OHADA.* Nota-se que a evolução recente do Direito Europeu<sup>1902</sup>, assim como da OHADA é no sentido de restringir a proibição do pacto comissório<sup>1903</sup>, justificando com a protecção do garante através da imposição do dever de avaliação do bem objecto de garantia. Todavia, a o fundamento da proibição do pacto comissório não se resume apenas à protecção do credor, ou seja, ainda hoje continua a ser intensa a discussão sobre o fundamento da proibição do pacto comissório.<sup>1904</sup>

---

<sup>1901</sup> Este percurso permite-nos afirmar que a fidúcia romana continua a influenciar o Direito Europeu e todos os Direitos que nele se inspira. Cf. Ricardo Fercia, *Fiduciam contrahere e contractus fiduciae. Prospettive di diritto romano ed Europeo*, Jovene, Cagliari, 2012, p. 395 ss.

<sup>1902</sup> Sobre recentes reformas do Direito das Garantias efectuadas nos Diferentes países, cf. Diferentes estudos in *Secured Transactions Law Reform: Principles, Policies and Practice*, Louise Gullifer & Orkun Akseli, Oregon, 2016. No caso francês, cf. Eric Dirix, *The Belgian Regorm on Security Interests in Movable Property*, in *Secured Transactions Law Reform: Principles, Policies and Practice*, Louise Gullifer & Orkun Akseli, Oregon, 2016, pp. 391 ss., p. 395.

<sup>1903</sup> Cf. Reglero Campos, Fernando, *El pacto comisorio*, in *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 11 ss.

<sup>1904</sup> A crise económica e financeira dos últimos anos, relacionada com a crise do mercado de crédito, a demora do processo executivo e a dificuldade da recuperação de crédito, levou com que os legisladores europeus consagassem garantias mais sólidas e meios de execução mais eficazes e ágeis, restringindo o âmbito de aplicação da proibição do pacto comissório até no país mais conservador em relação a este aspecto, Itália, artigo 2744.º CCit, levando com que a doutrina mais recente comece a questionar se a própria proibição do pacto comissório não se tornou anacrónico e, tendo em conta o contexto actual, se o devedor continua a ser, como sempre foi considerado, a parte mais fraca numa relação de crédito, cf. Damiano Marinelli/Saverio Sabatini, *Le Alienazioni in Garanzia*, cit., p. 7.

Aliás, nos termos do artigo 120.º *Testo único bancário - Decreto Legislativo*, n.º 385, de 1 Setembro de 1993 – na sua versão de 2016, em aplicação do artigo 27.º da Directiva 2014/17/EU – *Mortgage Credit Directive*<sup>1905</sup> - sem prejuízo do disposto no artigo 2744.º do *Codice*, no momento da celebração do contrato, as partes podem acordar que, em caso de incumprimento do consumidor, a devolução ou transferência do imóvel objecto de garantia real ou do produto provenientes da venda do mesmo envolve a extinção da obrigação garantida, mesmo que o valor dos imóveis devolvidos ou transferidos ou o valor do produto da venda seja inferior ou superior ao valor da dívida. Se o valor da propriedade, avaliado pelo especialista ou o valor do produto da venda, for superior à dívida residual, o consumidor terá direito ao excedente. Trata-se, pois, do pacto marciano. Em qualquer caso, o credor é obrigado a empregar toda a diligência para alcançar o melhor preço de venda possível com a venda.

No Direito da OHADA, o artigo 199.º do novo AUG determina que se a hipoteca tiver sido prestada por uma pessoa colectiva ou por uma pessoa física devidamente matriculada no RCCM e o imóvel hipotecado não se destinar a habitação, pode acordar-se na convenção de hipoteca que o credor adquirirá a propriedade do imóvel hipotecado. Findo um prazo de trinta dias após ter sido infrutiferamente interpelado para cumprir

---

<sup>1905</sup> Nos termos do artigo 28.º da Directiva 2014/17/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 4 de Fevereiro de 2014, Relativa aos Contratos de Crédito aos Consumidores para Imóveis de Habitação e que altera as Directivas 2008/48/CE e 2013/36/UE e o Regulamento (UE) n.º 1093/2010, dadas as importantes consequências que a execução da hipoteca tem para os mutuantes, os consumidores e eventualmente para a estabilidade financeira, convém incentivar os mutuantes a tratarem de forma proactiva o risco de crédito emergente logo de início e instituir as medidas necessárias para assegurar que os mutuantes ajam com razoável tolerância e envidem diligências razoáveis para resolver a situação por outros meios antes de intentarem um processo de execução hipotecária. Sempre que possível, deverão ser encontradas soluções que tenham em conta as circunstâncias concretas e as necessidades razoáveis para as despesas de subsistência do consumidor. Caso após o processo de execução subsista uma dívida por saldar, os Estados-Membros deverão assegurar a protecção de condições mínimas de subsistência e instituir medidas que facilitem o reembolso evitando simultaneamente o *sobreendividamento* de longa duração. Pelo menos quando o preço obtido pelo imóvel afectar o montante devido pelo consumidor, os Estados-Membros deverão incentivar os mutuantes a empreenderem diligências razoáveis para obterem pelo imóvel objecto de execução o melhor preço possível no contexto das condições de mercado. Os Estados-Membros não deverão impedir as partes num contrato de crédito de acordarem expressamente que a transmissão do bem dado em garantia para o mutuante é suficiente para reembolsar o crédito. Sobres as origens da Directiva, cf. Andrea Fusaro, *Il diritto europeo delle ipoteche immobiliari: novità e prospettive*, in *I mutui ipotecari nel diritto comparato ed europeo, Commentario alla direttiva 2014/17/UE*, (coord. Pietro Sirena), Fondazione Italiana del Notariato, 2016, p. 17 e ss. A Directiva 2014/17/UE foi transposta para o Direito Português através do Decreto-Lei n.º 81-C/2017, de 7 de Julho, que regula as actividades de intermediação de crédito e de prestação de serviços de consultoria e pelo Decreto-Lei n.º 74-A/2017, de 23 de Junho, que procedeu à transposição das disposições da Directiva que regulam a comercialização dos contratos de crédito com garantia hipotecária ou equivalente, objecto do presente texto. Sobre o regime jurídico, cf. Luís Menezes Leitão, *O impacto da crise financeira no regime do crédito à habitação*, em I Congresso de Direito Bancário (coord. Luís Pestana de Vasconcelos), Almedina, Coimbra, 2015, p. 9 s.; Jorge Morais Carvalho e Kristin Nemeth, *Implementation of the EU Mortgage Credit Directive in the EU Member States*, EuCML (3/2017), p. 131 e ss, e Isabel Menéres Campos/Jorge Morais Carvalho, *Mortgage Credit in Portugal*, EuCML (5/2017), p. 219 e ss

através de acto extrajudicial, o credor pode promover a redução a escrito da transmissão da propriedade num documento lavrado segundo as formalidades exigidas por cada Estado Parte em matéria de transmissão de imóveis (artigo 200.º): Nos casos previstos nos artigos 199.º e 200.º AUG, o valor do imóvel deve ser avaliado por perito nomeado pelas partes ou em juízo. Se o valor do imóvel exceder o montante do crédito garantido, o credor deve ao autor da hipoteca uma quantia igual à diferença. Se houver outros credores hipotecários, o credor consigna-a. Considera-se não escrita qualquer cláusula em contrário. Assim, se: a) Hipoteca for prestada por uma pessoa colectiva ou por uma pessoa física devidamente matriculada no RCCM; b) Imóvel hipotecado não se destinar à habitação; c) O bem for avaliado, o credor pode fazer sua a coisa dada em garantia no caso de incumprimento<sup>1906</sup>. Por isso, tecnicamente, trata-se de um pacto marciano. Parece-nos que esta disposição procedeu à alteração do disposto no artigo 694.º do Código Civil. Esta disposição, na parte em que refere *Imóvel hipotecado não se destinar à habitação*, tem a mesmo *ratio* com o D. 20,1,11,3 (Marciano), que dispõe que não podem dar-se em penhor as servidões de prédios urbanos, afastando a possibilidade de se constituir um penhor sobre prédios urbanos, o que se compreende, pois implicava um atentado à privacidade que os prédios urbanos devem assegurar<sup>1907</sup>.

X. *A crise da dupla ratio da proibição.* As posições ecléticas integram no fundamento da proibição do pacto comissório, essencialmente, os motivos de tutela da liberdade de quem se vincula em estado de carência e de protecção dos credores quirografários. Tem-se entendido que a proibição do pacto comissório visa tutelar o devedor quando em situação de inferioridade perante o credor<sup>1908</sup>. Considera a doutrina que a proibição do pacto comissório visa evitar a sujeição convencional do devedor perante um poder de autotutela e de *autossatisfação* por parte do credor, cujo objectivo é proteger o devedor. A doutrina italiana mais recente fala na crise do duplo ratio da proibição do pacto comissório, baseada essencialmente em três fundamentos<sup>1909</sup>: Nos termos do artigo o artigo 2744.º CCIt., não é permitida a convenção segundo a qual, em caso de incumprimento pelo devedor na data acordada, a propriedade da coisa hipotecada ou empenhada se transfere para o credor. Alguns autores advogam que a evolução recente

---

<sup>1906</sup> Sobre o regime em França, cf. Philippe Delebecque, *L'hypothèque, en Commentaire de l' Ordonnance du 23 mars 2006, relative aux suretés*, La Semaine Juridique, 17 de Maio de 2006.

<sup>1907</sup> Cf. António Santos Justo, *Penhor - pignus Datum, Lusíada*, Direito, Porto, n.º 5 - 6, (2012), pp. 249-307, p. 263

<sup>1908</sup> Lojacono, *Il patto comissório*, cit., p. 39 e P. Crocq, *Propriété et Garantie*, cit., p. 222

<sup>1909</sup> Cf. D. Sabatino, *Le Alienazioni in Garanzia*, cit., p. 25.



do Direito Europeu, em especial, na matéria das garantias financeiras, implicitamente derroga a proibição do pacto comissório, tipificando o pacto marciano, que reduz esta protecção do devedor na medida em que pode executar a garantia sem recorrer aos meios processuais que conferem garantias ao devedor, dando prevalecia à satisfação de crédito. O segundo argumento a que se recorre para fundamentar a crise da dupla *ratio* é que, tradicionalmente, outra fundamentação da proibição do pacto comissório é a de a sua admissibilidade permitir uma derrogação do princípio *par conditio creditorum*. Caso o pacto comissório fosse admitido, os credores quirografários suportariam, indirectamente, a diminuição do património do devedor, o que prejudicaria os outros credores. A teoria da crise da dupla *ratio* considera que a evolução do Direito, na matéria das garantias, com a limitação da proibição do pacto comissório e a admissibilidade expressa do pacto marciano, a intervenção de outros credores torna-se cada vez mais eventual, tornando a execução cada vez mais individual, excluindo a aplicação rigorosa da aplicação do princípio *par conditio creditorum*, reduzindo assim a protecção dos restantes credores. Por fim, considera esta tese que a evolução do Direito das Garantias evoluiu não no sentido da protecção da parte mais fraca ou de outros credores, mas sim da tutela do mercado<sup>1910</sup>, dando o exemplo do artigo 9.º da Lei n.º 192 de 1998 e o artigo 7.º do Decreto Legislativo n.º 231.º de 2002, em que o legislador italiano atuou em função da eficiência do mercado. De facto, a evolução do Direito das Garantias, vai no sentido de restringir a proibição do pacto comissório e de admitir o pacto marciano, facilitando a transmissão da propriedade em garantia e a respectiva execução. A recente evolução do Direito Comunitário Europeu e da OHADA - a alienação fiduciária em garantia e o penhor financeiro constituem, em termos legais uma inovação entre nós. Mas, de uma determinada perspectiva, o mesmo pode dizer-se do penhor financeiro: apesar de ser uma garantia mobiliária, e, portanto, semelhante ao penhor de coisas e ao penhor de direitos, desde há muito consagrados entre nós, o seu regime jurídico permite que se legitime o credor pignoratório a dispor da coisa onerada, assim como a tornar-se dela proprietário uma vez verificado o incumprimento da obrigação garantida. Na verdade, esta evolução limita o âmbito de aplicação da proibição do pacto comissório, mas não altera os fundamentos da sua proibição. Os legisladores mais recentes podem não levar em

---

<sup>1910</sup> Cf. D. Sabatino, *Le Alienazioni in Garanzia*, cit., p. 25 -26 e Carmela Camardi, *Integrazione Giuridica Europea e Regolazione del Mercato. La disciplina dei contratti di consumo nel diritto della concorrenza in europa e Diritto Privato*, 2001, pp. 703-728, p. 718. Esta questão não unânime, cf. C. Castronovo, *Quadro Comune di Referimento e Acquis. Comunitario: conciliazione o incompatibilità?* 2007, p. 278.

consideração tais fundamentos, ou dar relevância a um aspecto, mas os fundamentos da proibição do pacto comissório continuam a ser a tutela simultânea do devedor e do tráfego jurídico em geral.

## 20. Pacto Marciano

*I. Generalidades.* O CC proíbe, como vimos, a estipulação do pacto comissório. Mais recentemente, vem sendo discutida a admissão da utilização do pacto marciano, que consiste na permissão para que o credor adquira o bem dado em garantia, condicionada à avaliação do respectivo valor de mercado de forma independente por um terceiro aquando do vencimento da obrigação garantida. A estipulação do pacto marciano em contratos de alienação fiduciária permite maior celeridade na execução da garantia. Tradicionalmente, não era frequente registar previsões legais expressas sobre o pacto marciano, mas já existia doutrina e jurisprudência sobre o assunto, ainda que escassas, com diferentes posições<sup>1911</sup> sobre a sua admissibilidade em contratos de alienação fiduciária. Nos últimos anos, regista-se uma admissão cada vez maior nos ordenamentos jurídicos a permitir a utilização do pacto marciano em contratos de alienação fiduciária.

*II. D. 20, 1, 16, 9, Marcianus, Formulam hypothecariam.* É pacífico que o pacto marciano consiste numa cláusula derivada do jurista Marciano, com o objecto de restabelecer o equilíbrio entre a obrigação garantida e o objecto da garantia<sup>1912</sup>, clausula em que exprime de seguinte modo: *Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto praetio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt; hoc henim casu videtur quodammodo condicionalis esse esse venditio.* D. 20, 1, 16, 9, Marcianus, Formulam hypothecariam derivou do Jurista Marciano a cláusula idónea que visava restabelecer o equilíbrio sinalagmático entre o valor de crédito em incumprimento e o valor do bem dado em

---

<sup>1911</sup> Cf. Vaz Serra, *Penhor*, cit., p. 217 – 219; Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., p. 96; Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 275; Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 659; Júlio Manuel Vieira Gomes, *Sobre o Âmbito da Proibição do Pacto Comissório*, cit., p. 57; Fulvio Gigliotti, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Edizioni Schientifiche Italiane, Nápoles, 1997, p. 131 e Damiano Sabatini, *Le Alienazioni*, cit., p. 186.

<sup>1912</sup> Cf. Damiano Sabatini, *Le alienazioni*, cit., p. 183.

garantia. Trata-se do pacto marciano<sup>1913</sup>, que constituía um acordo, nos termos do qual as partes estabeleciam que, perante o incumprimento da obrigação garantida, o credor tinha a faculdade de se apropriar do bem objecto da garantia, desde que o bem fosse previamente avaliado e desde que fosse devolvida ao devedor a quantia que, eventualmente, excedesse o valor da dívida. O pacto marciano surgiu para mitigar as consequências do pacto comissório, sendo orientado<sup>1914</sup> por princípios de proporção e equidade socialmente<sup>1915</sup> difundidas e aceites. Alguns advogam que o instituto constituía uma forma particular de *emptio in causam obligationis*, que vigorou não obstante a proibição do pacto comissório<sup>1916</sup>. Para impedir o livre arbítrio<sup>1917</sup> do credor, consta do fragmento do D. (“*iusto praetio tunc aestimandam*”) – que o bem devia ser vendido por justo<sup>1918</sup> preço, ou seja, mediante preço de mercado devidamente avaliado por um terceiro<sup>1919</sup>.

III. *Teorias da rejeição e da admissão do pacto marciano.* Os legisladores omitiram a regulamentação do pacto marciano, prevendo apenas a proibição do pacto comissório. Os tribunais, por sua vez, não assumiram um papel activo na construção da disciplina do pacto marciano. Desse modo, a doutrina assume importante atribuição de esclarecer os elementos constitutivos, os fundamentos valorativos e os parâmetros de interpretação-aplicação do pacto marciano. Nesse contexto, na literatura lusófona, destacam-se as obras de JANUÁRIO COSTA GOMES<sup>1920</sup>, JULIO GOMES<sup>1921</sup>, CATARINA PIRES<sup>1922</sup> e HUGO RAMOS ALVES<sup>1923</sup>. Alguns autores, nomeadamente GIGLIOTTI sustentam que o pacto marciano constitui um acto inválido. Para esta teoria, esta solução é imposta pelas exigências de concorrência do sistema de garantias, asseverando que o pacto marciano, tal como pacto comissório, é contraditório com a valoração de interesses operadas pelo legislador no *Codice*, devendo as garantias seguir

---

<sup>1913</sup> Embora denominado pacto Marciano - por ser defendido pelo jurisconsulto romano Marciano (*condicionalis venditio*) - foi confirmado em rescrito dos imperadores Settimio Severo e Antonino Caracalla. Cf. F. Nasti, *L'attività normativa di Severo Alessandro I. Politica di governo riforme amministrative e giudiziarie*, Nápoles, 2006, p. 22 ss.

<sup>1914</sup> T. Spagnuolo Vigorita, *Tribolazioni severiane*, in Index 19/1991, p. 507.

<sup>1915</sup> Cf. M. Giangrieco Pessi, *Situazione economico-sociale e política finanziaria sotto i Severi*, Roma 1988, p. 76

<sup>1916</sup> Cf. L. de Giovanni, *Introduzione allo studio del diritto romano tardoantico*, Nápoles, 2000, 17 ss.

<sup>1917</sup> Cf. V. Messana, *Ambiguità del concetto di aequitas dal III al V secolo. (Dalla filantropia clementina alla giustizia lattaniana alla carità giustificante agostiniana)*, in Studi Tardoantichi V/1988, p. 209.

<sup>1918</sup> Cf. M. Brutti, *La problematica del dolo processuale nel diritto romano*, II, Milão, 1973, p. 606.

<sup>1919</sup> Cf. Arnaldo Biscardi, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, cit., p. 586.

<sup>1920</sup> Cf. Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., p. 96.

<sup>1921</sup> Cf. Júlio Manuel Vieira Gomes, *Sobre o Âmbito da Proibição do Pacto Comissório*, cit., p. 57

<sup>1922</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 275.

<sup>1923</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 659.

os modelos consagrados na lei. Esta teoria é céptica quanto ao reconhecimento de um espaço de autonomia privada das partes na conformação das garantias<sup>1924</sup>. SABATINI<sup>1925</sup> entende que o pacto marciano centra-se no valor do bem e viola o princípio, pois transforma o beneficiário da garantia numa espécie de credor superprivilegiado. Para VAZ SERRA, o pacto deve ser proibido mesmo que o credor se obrigue a entregar o excedente do valor da coisa sobre o crédito garantido, e não obstante a coisa ter um valor fixo do mercado, na medida em que subsiste o perigo do pacto comissório – o credor apropriar-se-ia de uma coisa, que o garante não quereria vender-lhe nessas condições, se não fosse a situação de dificuldade económica em que se encontrava.<sup>1926</sup>

O pacto marciano tem sido admitido na doutrina portuguesa<sup>1927</sup>, ora sustentando que só dever ser considerada como venda comissória aquela em que a função de garantia se traduz numa vantagem injustificada para o credor<sup>1928</sup>, ora advogando que os requisitos da validade do pacto marciano são revelados por contradição teleológica com o âmbito da proibição do pacto comissório e pela análise do regime que admite o pacto marciano. Esses traços de regime são, essencialmente, os seguintes: o beneficiário da garantia deve restituir ao prestador o excesso entre o valor do crédito e o valor real do bem objecto de garantia. Em relação a este aspecto a doutrina sublinha o facto de não ser necessária a intervenção judicial; nada impede que o pacto comissório nulo seja modificado, convertido num pacto marciano, nos termos do artigo 293.º CC.<sup>1929</sup> Importa realçar que há quem considere que com a admissão do pacto marciano, admite-se a *lex comissória*, com a limitação de que não pode exceder o valor da coisa<sup>1930</sup>, nas palavras do JANUÁRIO COSTA GOMES, um pacto comissório lícito.<sup>1931</sup>

Na alienação em garantia verifica-se a transferência do direito para esfera jurídica do beneficiário da garantia e o pacto comissório proíbe que o beneficiário da garantia se

---

<sup>1924</sup> Cf. Fulvio Gigliotti, *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, Edizioni Schientifiche Italiane, Nápoles, 1997, p. 131.

<sup>1925</sup> Cf. Damiano Sabatini, *Le Alienazioni*, cit., p. 186.

<sup>1926</sup> Cf. Vaz Serra, *Penhor*, cit., p. 217 – 219.

<sup>1927</sup> Cf. Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., p. 96, Andrade de Matos, *O pacto comissório*, cit., p. 88, Remédio Marques, *Locação financeira restitutiva (sale and lease-back)*, cit., p. 607 e Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 279.

<sup>1928</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 660.

<sup>1929</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 278 -280.

<sup>1930</sup> Cf. Adolfo Wegmann Stockebrand, *Considerations on the ban on forfeiture of property furnished as security (pactum commisorium) clauses and pactum marcianus exceptions thereto*, in RChDP, pp. 95-122, p. 100.

<sup>1931</sup> Cf. Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., p. 96 ss.

aproprio do bem dado em garantia, pelo que, *ictu oculi*, parece difícil compatibilizar a alienação em garantia com a proibição do pacto comissório<sup>1932</sup>. JANUÁRIO COSTA GOMES realça que a alienação fiduciária em garantia e o pacto comissório são dois institutos muito próximos, uma vez que tanto num caso como no outro há uma alienação e tal alienação tem escopo de garantia. No entanto, no pacto comissório a possível transferência de propriedade sobre o bem dado em garantia não ocorre no momento do pacto, ficando dependente do incumprimento pelo devedor, o que, para o Autor, constitui uma diferença em relação à alienação fiduciária em garantia, na qual a transferência da propriedade é automática.

Todavia, na verdade o mesmo Autor considera que “*a mera invocação da incoincidência dos momentos de transferência da propriedade soa mais a álibi do que a argumento. De facto, estas figuras partilham uma mesma finalidade de garantia de um crédito, de tal modo que, dificilmente se compreenderá que a norma do artigo 694.º CC possa considerar-se alheia ao regime jurídico de garantias atípicas. Pelo contrário, as razões de ser da norma impõem a sua extensão teleológica a estes casos. Mas o autor ressalva que o que a norma pretende evitar não é a aquisição pelo credor insatisfeito, mas o aproveitamento da debilidade do devedor (...) só devendo, assim, ser tratada como venda comissória aquela que em função de garantia se traduz numa vantagem injustificada para o credor. Assim, considera que a alienação fiduciária em garantia é válida, desde que se verifique uma equivalência entre o valor do bem alienado e o montante da dívida.*”<sup>1933</sup>. Esta questão refere-se, no nosso caso, à extensão teleológica da norma do artigo 694.º CC. Nos termos deste artigo, é nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da garantia, a convenção pela qual o credor fará sua coisa onerada no caso de o devedor não cumprir. A letra da lei restringe o seu âmbito de aplicação às convenções acessórias de direitos reais de garantia. Deve-se determinar se esta proibição se aplica à alienação em garantia. a alienação em garantia não se confunde com o penhor e hipoteca, tendo em conta, sobretudo, o seu efeito translativo de direito. O problema que se coloca é se a prestação de garantia pelo devedor é absolutamente livre ou deve considerar alguns limites. Quanto a esta questão, não há unanimidade na doutrina. VAZ SERRA considera que a alienação em garantia não constitui o perigo que

---

<sup>1932</sup> Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., p. 90 refere que *onde a afirmação da validade da alienação em garantia, máxime da venda em garantia, depara, no nosso entender, com dificuldades – diríamos mesmo, com enormes dificuldades – é na sua harmonização com o pacto comissório - artigo 694.º CC.*

<sup>1933</sup> Cf. Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida*, cit., p. 96 ss.

o pacto comissório representa, pois o alienante pode recuperar o bem alienado em garantia, desde que cumpra a obrigação garantida. Mas se estipular meramente que o fiduciário ficará com a coisa se a dívida não for paga, a situação coincidirá com o penhor acompanhado de pacto comissório, pelo que será nulo<sup>1934</sup>. PAIS DE VASCONCELOS<sup>1935</sup> considera que a *fiducia cum creditore* seria válida não obstante a proibição do pacto comissório, sem prejuízo das regras do negócio usurário, artigo 282.º CC. CALVÃO DA SILVA<sup>1936</sup> considera que a venda em garantia não contende com a proibição do pacto comissório. ANTUNES VARELA, MENEZES CORDEIRO, MENEZES LEITÃO, PINTO DUARTE, REMÉDIO MARQUES E PESTANA DE VASCONCELOS consideram que a proibição do pacto comissório é aplicável à alienação em garantia<sup>1937</sup>. CATARINA PIRES entende que as razões da norma do artigo 694.º CC impõem a sua extensão teleológica às garantias<sup>1938</sup>. Parece-nos que a proibição do pacto comissório só por si não invalida a alienação em garantia, ou seja, é válida desde que um modo de controlo da relação entre o valor da dívida garantida e o valor do bem objecto de garantia, através de uma avaliação justa e isenta.<sup>1939</sup>

---

<sup>193</sup> Cf. Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussória*.

<sup>1938</sup> Cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Negócios fiduciários*,

<sup>1936</sup> Cf. Calvão da Silva, *Contratos Coligados*, cit., p. 91.

<sup>1937</sup> Cf. Antunes Varela, *Das Obrigações*, cit., II, p. 320; Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, cit. P. 608, veja também *tratado X – Garantias*; Menezes Leitão, *Garantias*, cit., p. 274; Pinto Duarte, *Curso*, cit., p. 154; Remédio Marques, *Locação Financeira*, cit., p. 597 – 598; Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Créditos em Garantia*, cit., p. 627 ss.

<sup>1938</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 278 -279.

<sup>1939</sup> Na jurisprudência, pode-se ler no sumário do Acórdão do STJ, de 16 de Março de 2011 *que não é de admitir a extensão teleológica da proibição contida no artigo 694.º, determinante do vício de nulidade, à venda fiduciária em garantia de bens imóveis, por tal envolver restrição desproporcionada do princípio fundamental da segurança e confiança no comércio jurídico, ao facultar aos outorgantes a invocação e a consequente oponibilidade da nulidade a terceiros de boa fé, subadquirentes do imóvel alienado, nos termos do artigo 291.º do CC, mesmo nos casos em que o pacto fiduciário estivesse oculto e dissimulado, relativamente às cláusulas contratuais integradoras do negócio formal de alienação e do teor do respectivo registo, de modo a afectar a consistência jurídica dos direitos que aqueles fundadamente supunham ter adquirido*.

## CAPÍTULO I

### A RESERVA DE PROPRIEDADE EM GARANTIA

#### 1. O reconhecimento autónomo da reserva de propriedade

A utilização da reserva de propriedade como garantia tem constituído um tipo social<sup>1940</sup> no Direito Interno Bissau-guineense.<sup>1941</sup> No Direito romano, a reserva de propriedade já era conhecida – D.19.2.21 – sendo permitido ao vendedor reter a coisa até que o preço fosse pago. Apesar de ser reconhecida no Direito romano, a reserva de propriedade teve dificuldades em ser reconhecida no Direito Comum, tendo os juristas utilizado antes para o efeito a figura da condição<sup>1942</sup>, ainda que a sua eficácia retroactiva a tornasse inadequada a uma transmissão diferida da propriedade<sup>1943</sup>. O reconhecimento autónomo da figura aparece apenas com a *Chursächsische Prozeßordnung* de 1622, que dispunha no seu título 42 que o vendedor que reserva o domínio tinha direito de ser pago antes dos outros credores do comprador sobre o bem vendido. A reserva de propriedade, no século XVIII, veio a ser reconhecida como correspondendo a uma necessidade do

---

<sup>1940</sup> No Direito português, cf. Luís Lima Pinheiro, *A Cláusula de Reserva de Propriedade*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 19.

<sup>1941</sup> Cf. Menezes Leitão, *Direito das Garantias*, cit., p. 246.

<sup>1942</sup> Cf. Galvão Telles, *Contratos civis*, *BMJ*, 83, 1959, p. 138 e Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 367 a 369.

<sup>1943</sup> Como vimos na parte referente à evolução histórica dos negócios fiduciários, no Direito Romano, a transferência da propriedade resultava da conjugação de um negócio causal válido com a *traditio*, além de que se entendia que seria oposto ao fim do contrato impedir perpetuamente que se verificasse a aquisição da propriedade, cf. Roberto de Ruggiero, *Instituciones de Derecho Civil*, (trad. Ramón Serrano Suñer/José Santa-Cruz Teijeiro, II, Academia Editorial Reus, Madrid, 1931, p. 326. Ou seja, eram necessários dois requisitos - a existência de uma justa causa de transmissão e o acto material de entrega da coisa. Era possível, no entanto, aditar ao contrato de compra e venda *pactas* que alteravam o conteúdo normal do negócio, como o caso da *lex comissoria*, pacto através do qual se atribuía ao vendedor a faculdade de considerar o contrato não realizado se o comprador não pagasse o *pretium* dentro de um prazo fixado; ou o caso do *pactum deretrovendendo* em que o vendedor reservava a faculdade de resgatar a *res* restituindo, dentro de certo tempo, o *pretium* ao comprador, cf. Santos Justo, *Direito Privado Romano II – Direito das Obrigações*, cit., p. 63.

tráfego<sup>1944</sup><sup>1945</sup>, o que implicou a sua inclusão no BGB e, a partir deste, no nosso CC<sup>1946</sup>(artigo 409.º)<sup>1947</sup>. Actualmente, na União Europeia, a reserva de propriedade constitui um (senão um dos principais) meio de tutela de, em regra, *crédito comercial*.

Em regra, a cláusula de reserva de propriedade é inserida num contrato de compra e venda e constitui uma importante tutela do vendedor/alienante que entrega a coisa sem

---

<sup>1944</sup> Em França, embora a reserva de propriedade já fosse sendo referida em diplomas dispersos foi apenas recentemente acolhida no Código Civil, com a reforma francesa dos Direito das Garantias, que teve início em 2006, artigos 2367.º e seguintes. Também consta do L. 6324-16 e seguintes do *Code Commerce*. A matéria da reserva de propriedade não conhece grande desenvolvimento por parte da doutrina francesa, cf. Jacques Ghestin, *Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, Dalloz Sirey, 1981, I, p. 1 e Pierre Crocq, *La réserve de propriété*, Droit & Patrimoine, n.º 140, Setembro de 2005, p. 75 ss. Ainda na doutrina francófona pode ver-se P. Coppens, *La mise en œuvre d'une clause de réserve de propriété en cas de concours des créanciers*, RDC, 1995, pp. 546-551 ; P. Coppens/Fr.T'Kint, *La clause résolutoire et la clause de réserve de propriété dans le contrat de vente*, RRD, 1979, pp. 887-899, B. de Coninck, *La clause de réserve de propriété et son opposabilité en cas de concours*, RGDC, 2005, pp. 241-258, A. S. Gigot, *L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de procédure collective d'insolvabilité*, R.D.C., 2011, p. 512 e J. Windey, *Les conditions d'exercice de la clause de réserve de propriété en cas de faillite en application de l'article 101 de la loi du 8 août 1997*, RDC, 2000, p. 291. No sistema jurídico espanhol, veja-se a Ley nº 28/1998, de 13 de Julho, que regula as vendas a prazo de bens móveis, que faz expressa referência à reserva de domínio nas vendas a prestações. Alguns Códigos europeus prevêem autonomamente a reserva de propriedade desde há muito tempo, veja-se, por exemplo, o artigo 1523.º do *Codice - riserva di proprietà*; o §449 do BGB – *Eigentümsvorbehalt*; o artigo 3:92, do Código Civil Holandês e, no Reino Unido, a s.19 da *Sale of Goods Act* de 1979 – *reservation of title*.

<sup>1945</sup> A difusão da reserva de propriedade está estreitamente ligada à venda a prestações, difundida a partir da segunda metade do século XIX, sobretudo relativa à alienação de máquinas industriais e bens de consumo doméstico, como mobiliário e electrodomésticos. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, VIII, *cit.*, p. 348; Humberto Pelágio, *Da venda a Prestações. Ensaio sobre a venda de cousas móveis para uso ou consumo*, Procural, Lisboa, 1941, p. 47-48; Galvão Telles, “*Venda obrigatória e venda real*”, in RFDUL, ano V, 1948, p. 86; Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações* (col. Rui de Alarcão), 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 1963, p. 160.

<sup>1946</sup> Em Portugal, apesar do pacto *reservati dominii* já fosse admitido nas Ordenações Filipinas (consta do seu Livro 4, título 5, § 3 *E vendendo algum homem alguma coisa móvel, ou de raiz sob condição, que se lhe o comprador não pagar o preço dela ao dia por ele assinado, a venda seja nenhuma, se o comprador até ao dito dia não pagar, a venda será nenhuma, conforme a condição dela. Mas se passado o dia da paga o vendedor requerer ao comprador que pague o preço da coisa comprada, que lhe houvera de pagar no dia já passado, não poderá já desfazer a venda contra a vontade do comprador porque deixou o direito, que tinha; pois poderá desfazer a venda por bem da condição, por lhe não ser feita a paga, e pediu e demandou o pagamento, sendo passado o dito dia*), cf. Mello Freire, *Instituições de Direito Civil Português* (trad. Miguel Pinto de Menezes), BMJ, 168, p. 67. A utilização da reserva de propriedade como garantia de cumprimento constitui um fenómeno relativamente recente. Aliás, no Código de Seabra a cláusula de reserva de propriedade não estava consagrada autonomamente, embora houvesse já um entendimento no sentido da sua admissibilidade, cf. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, *Cit.*, VIII, p. 348; Humberto Pelágio, *Da venda a prestações. Ensaio sobre a venda de cousas móveis para uso ou consumo*, Lisboa, 1941, p.47 ss.; Galvão Telles, *Venda Obrigatória e Venda Real*, RFDUL, ano V, 1948, p.86; Manuel de Andrade/ Rui de Alarcão, *Teoria Geral das Obrigações*, 2ª Ed., Almedina, Coimbra, 1963, p. 160. No nosso Direito Civil, a cláusula de reserva de propriedade só veio a ser acolhida positivamente no Código de 66, fruto das sugestões e estudos elaborados pelos autores do Anteprojecto responsáveis pela parte referente ao Direito das Obrigações, em especial VAZ SERRA e GALVÃO TELLES, que seguiram as orientações do BGB e CCit.

<sup>1947</sup> Quanto às referências legais, veja, por exemplo, o Decreto-Lei nº 359/91, de 21 de Setembro, que regulava esta matéria, revogado pelo Decreto-Lei nº 133/2009, de 2 de Junho, aprovado na sequência da transposição da Directiva n.º 2008/48/CE, de 23 de Abril. Também consta do Código de Insolvência e de Recuperação de Empresas, artigos 104.º e 280.º ainda pode ver-se o Regulamento Comunitário 1346/2000 do Conselho que disciplina a matéria das insolvências transfronteiriças, refere-se os efeitos que a abertura de um processo de insolvência pode acarretar em relação às coisas vendidas com reserva de domínio.



receber o preço, o que constitui, em regra, um *crédito comercial*— concessão de um prazo para o pagamento do preço. Com a reserva de propriedade, o vendedor cria para si um instrumento de tutela assente na propriedade da coisa, através da ligação da transmissão da propriedade ao momento do efectivo pagamento do preço. Se o devedor não cumprir, o credor poderá recuperar a coisa, pois a propriedade nunca sai da sua esfera jurídica<sup>1948</sup>. A garantia do vendedor radica na manutenção da propriedade do bem na sua esfera jurídica, obstando a que ela se transmita de imediato, com a celebração do contrato. Diferentemente das garantias reais tradicionais, na reserva de propriedade, a garantia do credor é caracterizada pela *retenção* da propriedade na esfera jurídica do credor.<sup>1949</sup>

## 2. O Código Civil e o perfil de garantia da reserva de propriedade

O CC, nos termos do artigo 408.º/1, reconhece aos contratos eficácia real, para além da sua normal eficácia obrigacional, ressalvadas as excepções previstas na lei. A constituição ou transferência de direitos reais sobre coisas determinadas decorre, em regra<sup>1950</sup>, da mera vontade das partes<sup>1951</sup>. O artigo 409.º/1 CC permite, nos contratos de alienação, que se convencie que o efeito translativo da propriedade seja subordinado à verificação de um determinado evento futuro, não se produzindo de imediato, mantendo-se a propriedade na esfera jurídica do alienante. Na prática, é frequente as partes recorrem à compra e venda com reserva de propriedade em que vendedor interessado na venda das suas mercadorias que, para garantir o cumprimento da obrigação do pagamento do preço, não pretende cedê-las ao comprador que, por sua vez, pretende adquirir o bem imediatamente, mas que não dispõe dos fundos necessários para pagar o preço, sem que este preste garantias do cumprimento futuro. Na falta de uma garantia mobiliária sem desapossamento idónea, o vendedor limita o risco de incumprimento pela contraparte

---

<sup>1948</sup> Cf. J. Caeymaex, *Réflexions sur la réserve de propriété*, Anotação à Cass., 22 septembre 1994, J.L.M.B., 1995, pp. 126-129; B. de Coninck, *La clause de réserve de propriété et son opposabilité en cas de concours*, R.G.D.C., 2005, pp. 241-258; M. Gregoire, *Questions liées à l'invocation d'une clause de réserve de propriété*, in Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe, Bruylant, Bruxelas, 2000, pp. 465-495.

<sup>1949</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., p. 418.

<sup>1950</sup> Cf. Galvão Telles, *Contratos Cíveis, Projecto*, cit., p. 117; Raúl Ventura, *O Contrato de Compra e venda no Código Civil*, cit., p. 594 e Orlando de Carvalho, *Direito das Coisas – Do Direito das Coisas em Geral*—Centelha, Coimbra, 1977, p. 268.

<sup>1951</sup> Considerando que a transferência dar-se-á sempre por força do contrato, cf. Pedro de Albuquerque, *Direito das Obrigações*, I, I, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 95 a 97. Em sentido contrário, cf. Gabriela Figueiredo Dias, *Reserva de propriedade*, in *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 421.

reservando para si a propriedade, até que o pagamento seja efectuado. Neste caso, o fim visado pelas partes com a estipulação da reserva de propriedade é o de garantir<sup>1952</sup> a satisfação do crédito do vendedor ao pagamento do preço, recorrendo ao direito de propriedade para fins de garantia<sup>1953</sup>. Ou seja, na reserva de propriedade, verifica-se uma alienação sujeita à verificação de um facto futuro e incerto, com perfil de garantia.

### **3. Mecanismo de funcionamento da garantia (*Crp*) e o reforço qualitativo**

De acordo com o nosso Direito interno, o conceito amplo de garantia abrange quer a garantia geral, quer as garantias especiais. As garantias especiais encontram-se no plural porque são compostas por várias garantias específicas. O Capítulo V do Título I do Livro II do Código Civil de 1966 é dedicado à garantia geral das obrigações. O artigo 601.º do mesmo texto considera que a garantia geral das obrigações consiste na globalidade do património do devedor. O património bruto do devedor constitui assim a garantia geral das suas obrigações, ou seja, antes de ser descontado o passivo.<sup>1954</sup> De acordo com o nosso sistema de garantias, a noção técnica de garantia real implica a afectação de uma coisa ao cumprimento de uma obrigação e a atribuição ao credor de um direito de satisfação preferencial em relação aos demais credores, através do valor dessa mesma coisa obtido em venda executiva. A destinação ou a sujeição de uma coisa ao cumprimento de uma obrigação, reforçando a garantia geral do crédito que representa

---

<sup>1952</sup> Cf. Raul Ventura, *O contrato de compra e venda no Código Civil*, cit., p. 607; Gabriela Figueiredo Dias, *Reserva de propriedade*, in *Comemorações*, p. 436 e Micaela Alexandra Santos Miranda Batista, *A Validade da Cláusula de Reserva de Propriedade a Favor do Mutuante*, cit., p. 24.

<sup>1953</sup> Cf. Luís Lima Pinheiro, *A Cláusula de Reserva de Propriedade*, Coimbra, Almedina, 1988, p. 109 e L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 455.

<sup>1954</sup> A garantia geral, tal como é prevista no artigo 601.º do Código Civil, manifesta a ideia da responsabilidade patrimonial. Sendo assim, quando se contrai uma obrigação, automaticamente, o património do devedor passa a constituir a garantia geral das suas obrigações, independentemente do seu consentimento. Este é um meio que a lei cria para proteger os credores na medida em que o interesse principal do credor é ressarcir o seu crédito. Por sua vez, as garantias especiais são aquelas que asseguram de forma particular o cumprimento das obrigações, mas só existem quando haja acordo expresse das partes ou determinação da lei, cf. Menezes Cordeiro, *Direito das obrigações*, cit., p. 4. A garantia geral distingue-se da especial na medida em que as garantias especiais são todas aquelas que, integrando o conceito geral de garantias, não se apresentem garantias gerais. Na garantia especial pessoal verifica-se um reforço da massa responsável com providências que respeitem as obrigações determinadas, aumentando quanto a essas obrigações, os bens responsáveis, reforço quantitativo. Na garantia especial real, o reforço é qualitativo, na medida em que o direito do credor se encontra garantido por um determinado bem que se inclui no património do devedor ou de terceiro, que serve de garantia daquele crédito. Aqui, o credor pode atingir aquele bem, executá-lo e pagar-se preferencialmente pelo produto da venda do mesmo, cf. o nosso, *Garantia geral das obrigações prevista no Código Civil face ao Acto Uniforme da OHADA relativo à Organização das Garantias*, in *Estudos sobre a OHADA*, FDB, Colecção de Estudos e Monografias, n.º 1, Bissau, 2008, p. 247.

todo o património do devedor, determina a derrogação do princípio da igualdade dos credores e é nesse sentido que se fala<sup>1955</sup> em direito real de garantia.

De acordo com o Direito interno, com a estipulação da reserva de propriedade, o vendedor fica investido numa posição que lhe faculta a possibilidade de obtenção da restituição da coisa no caso de incumprimento ou de insolvência do comprador, mas a tutela da posição do vendedor vai mais longe, na medida em que independentemente do incumprimento do comprador, a garantia que representa para o vendedor a propriedade reservada, permite-lhe defender-se, face a terceiros, se a coisa vier a ser alienada, penhorada ou apreendida em processo executivo – singular ou colectivo<sup>1956</sup> - movido contra o comprador, o que significa que tem uma posição mais forte do que a de um credor pignoratício ou hipotecário<sup>1957</sup>. Por via da execução com vista ao cumprimento coercivo, o vendedor tem a possibilidade de nomear à penhora a coisa objecto de compra e venda com reserva de propriedade para, de seguida, em venda executiva, satisfazer o respectivo crédito. Nesta situação, a manutenção da propriedade reservada na titularidade do vendedor, assegura que a coisa não é alienada pelo comprador a terceiros, deixando intocado o direito daquele se satisfazer à custa desse bem. Se o vendedor optar pela resolução do contrato, pode obter a restituição da coisa, lançando mão da prerrogativa que o contrato lhe atribui. A via da resolução do contrato e da consequente restituição da coisa vendida, é, afinal, o exercício da garantia contratual e não, em rigor, do funcionamento de um direito real de garantia em sentido técnico-jurídico de acordo com o nosso sistema de garantias<sup>1958</sup>. No fundo, no caso da obrigação de restituição a cargo do comprador, a garantia deriva de um comportamento pessoal do devedor cuja fonte é contratual.<sup>1959</sup> Esta tutela que a lei assegura aos direitos de crédito funda-se na estrutura da relação obrigacional<sup>1960</sup>. Esta predominância do interesse do credor e da correlativa subordinação do devedor corresponde ao direito subjectivo ao cumprimento e do respectivo dever de cumprimento.<sup>1961</sup>

Por isso, de acordo com o nosso sistema de garantias, a doutrina entende que a reserva de propriedade, garantindo ao vendedor a possibilidade de reaver a coisa

---

<sup>1955</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 313.

<sup>1956</sup> Onde poderá requerer a separação da coisa.

<sup>1957</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 314.

<sup>1958</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 314.

<sup>1959</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 314.

<sup>1960</sup> Cf. P. Coppens/Fr. T'Kint, *La clause résolutoire et la clause de réserve de propriété dans le contrat de vente*, R.R.D., 1979, p. 887.

<sup>1961</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 314.

resolvendo o contrato, não pode ser qualificada como uma garantia em sentido técnico, pois não confere ao credor o direito à satisfação preferencial do seu crédito à custa do valor da coisa reservada.<sup>1962</sup> Sobre esta questão, a doutrina francesa<sup>1963</sup> considera que, em relação à compra e venda com *Crp*, o vendedor tem uma garantia real, na medida em que a reserva de propriedade constitui um acessório do crédito, sendo uma garantia consagrada na lei. Em abono desta construção, assevera-se igualmente que, não podendo a reserva de propriedade garantir outro crédito para além daquele que resulta do diferimento da transferência da propriedade, deve qualificar-se como uma forma de utilização da propriedade com fins de garantia, gozando de oponibilidade em relação a terceiros e à insolvência. MENÉRES CAMPOS sustenta que a consequência do incumprimento do contrato venha a ser a resolução e a consequente restituição da coisa, reconhecendo que se trata do exercício de uma prerrogativa do contrato e não de uma garantia real em sentido técnico, pode-se afirmar que o vendedor exerce a garantia contratual de resolução, que lhe é conferida pela reserva de propriedade, afastando a aplicação da regra do artigo 886.º CC que, não fosse a *Crp*, estaria impedido de fazer. Na perspectiva do adquirente, a oponibilidade a terceiros da respectiva expectativa jurídica de que é titular, gozando igualmente do direito de sequência e sendo o conteúdo do direito integrado pela posse da coisa, permite afirmar que a sua posição tem marcas características da realidade, sendo um meio termo entre o campo obrigacional e o domínio dos direitos reais.<sup>1964</sup>

Nos termos do artigo 79.º AUG, a propriedade de um bem, actual ou futuro, ou de um conjunto de bens pode ser alienada em garantia do cumprimento de um crédito, actual ou futuro, ou de um conjunto de créditos... No centro desta figura está a possibilidade do recurso ao direito de propriedade para a função de garantia. Sustenta MENEZES LEITÃO que a utilização da reserva de propriedade como garantia não pode ser considerada uma garantia real no sentido clássico do termo, na medida em que não se limita a atribuir preferência de pagamento ao credor sobre um bem do devedor, mas sim investe-o na plena propriedade desse bem, passando a ser o proprietário do objecto de garantia. Tradicionalmente, esta modalidade de garantia coincide com direito real de garantia. Estes conferem preferência no pagamento. PESTANA DE VASCONCELOS<sup>1965</sup>

---

<sup>1962</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 315.

<sup>1963</sup> Cf. Yves Picod, *Doit des Sûretés*, cit., p. 501; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 12.ª ed., cit., p. 488; Philippe Malaurie/Laurent Aynés, *Les sûretés. La publicité foncière*, 11ª ed., cit., p. 473 ss.

<sup>1964</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 316.

<sup>1965</sup> Cf. M. Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., 3.ª ed., p. 67.

considera que o reforço qualitativo sobre certo bem pode ser obtido pelo credor por uma outra via, ou seja, através do recurso à titularidade de um direito, no caso da reserva de propriedade, mantendo, o credor na sua esfera jurídica um bem que já lhe pertencia até ao integral cumprimento<sup>1966</sup>, em vez de lho transmitir de imediato com a celebração do contrato. Na reserva de propriedade, não se verifica propriamente uma preferência de pagamento pelo produto de certo bem. Na reserva de propriedade, o credor beneficiário da garantia conserva o direito da propriedade sobre coisa objecto de garantia, suspende-se o efeito translativo da propriedade<sup>1967</sup>, mantendo-se aí na sua esfera jurídica até ao cumprimento.

No caso de incumprimento, o credor beneficiário da garantia pode satisfazer-se nos termos do artigo 77.º AUG, que dispõe que *na falta de cumprimento integral à data do vencimento, o credor pode pedir a restituição do bem de modo a recuperar o direito de dispor do mesmo*. Este reforço, não deixa de ser um reforço qualitativo, mas não confere propriamente preferência de pagamento, poiso bem pertence ao credor, em regra, desde o momento de constituição de garantia. O reforço qualitativo conferido por via de reserva de propriedade pode ser mais forte do que a preferência de pagamento. As garantias reais podem ser mobiliárias ou imobiliárias. Nos termos do artigo 50.º AUG, são garantias mobiliárias: o direito de retenção, a reserva de propriedade, a alienação de propriedade em garantia, o penhor de coisas móveis corpóreas, o penhor de coisas móveis incorpóreas e os privilégios creditórios. O AUG reconhece autonomia e qualificação da reserva de propriedade.<sup>1968</sup> Diferentemente, nos termos do artigo 4.º AUG, salvo

---

<sup>1966</sup> A transferência da propriedade dependerá, em regra, do cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte. Deve-se realçar que da doutrina não existe consenso em relação a esta questão, cf. neste sentido, Cunha Gonçalves, *Da Compra e Venda no Direito Comercial Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1925, pp. 475 e ss. e Tratado de Direito Civil, Vol. VIII, Coimbra Editora, Coimbra, 1934, p. 349, em que inicialmente defende que a reserva de propriedade não se trata sequer de uma condição, acabando posteriormente por considerá-la como uma condição resolutiva. Ainda neste sentido, Lima Pinheiro, *A Cláusula de Reserva de Propriedade*, in *Estudos de Direito Civil, Direito Comercial e Direito Comercial Internacional*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 67 e ss.; Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, III, 8ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 56 e ss.

<sup>1967</sup> Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, I, 4ª Ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 376, Galvão Teles, *Direito das Obrigações*, 7ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 83, Heinrich Hörster, *A Parte Geral do Código Civil Português – Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992, p. 493; Batista Lopes, *Do Contrato de Compra e Venda no Direito Civil, Comercial e Fiscal*, Almedina, Coimbra, 1971, p. 102; Távarela Lobo, *Temas Jurídicos: discussão e soluções do novo Código Civil*, in Separata da RDES, Ano XVI, 1970, n.º 1-2, 3-4; Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 297; Romano Martinez, *Direito das Obrigações – Parte Especial. Contratos*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 36; Nuno Oliveira, *Contrato de Compra e Venda - Noções Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 51.

<sup>1968</sup> Na nossa tradição jurídica, a generalidade da doutrina, cf. [Nem todos, diferentemente, ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE dividem as garantias especiais em prestação de caução, garantias pessoais, garantias reais e garantias indirectas, cf. Romano Martinez/Pedro Fuzeta da Ponte,

disposição do AUG em contrário, as únicas garantias reais validamente constituídas são as reguladas pelo AUG. Estas consistem ou no direito do credor de se fazer pagar preferencialmente pelo preço de venda de um bem afecto à garantia da obrigação do seu devedor, ou no direito de voltar a livremente dispor de um bem de que seja proprietário em garantia dessa obrigação, que é o caso da reserva de propriedade, pois, nos termos do artigo 77.º AUG, na falta de cumprimento do contrato de alienação com reserva de propriedade, o credor alienante pode pedir a restituição do bem de modo a recuperar o direito de dispor do mesmo. Assim, o legislador da OHADA procedeu ao alargamento do conceito da noção de reforço qualitativo através da admissão do recurso à titularidade de um direito.

#### **4. Natureza jurídica da reserva de propriedade em garantia**

Nos termos do artigo 71.º AUG, a propriedade de um bem móvel pode ser reservada em garantia de uma obrigação por força de uma cláusula de reserva de propriedade. Esta disposição admite expressamente a utilização da propriedade para fins de garantia através da reserva de propriedade. Na doutrina<sup>1969</sup>, existe uma grande

---

*Garantias de Cumprimento*, cit. p. 235. MENEZES LEITÃO contrapõe garantia geral e garantias especiais, e dentro das garantias especiais - garantias pessoais e garantias reais; utilização da propriedade como garantia; garantias especiais sobre direitos; garantias especiais sobre universalidades; garantias especiais atípicas, cf. Menezes Leitão, *Direito das Garantias*, cit., p. 14 ss. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS critica a doutrina tradicional por ser incompleta, por não incluir figuras que desempenham o papel da garantia e por desconhecer o seu regime executivo e jurisprudencial, cf. L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., 3.ª ed., p. 61..

<sup>1969</sup> Na doutrina, existe controvérsia sobre a natureza da reserva de propriedade em geral. MENEZES CORDEIRO considera que se trata de uma alienação sujeita a uma condição suspensiva, cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado X*, cit., p. 853. De acordo com esta tese, às cláusulas apostas referentes a uma venda feita sob condição suspensiva, seriam de aplicar as normas dos artigos. 270.º e ss. Nesta linha de raciocínio, considerar-se-ia o alienante do bem como proprietário desse bem até à verificação do evento futuro, enquanto que o comprador será um mero titular de uma “expectativa jurídica” de aquisição da coisa, tendo, porém, a detenção material desse mesmo bem. Tal “direito de expectativa” gerado na esfera jurídica do comprador, revela-se num direito de gozo nos termos do direito de propriedade, sustentando a doutrina estarmos perante uma posição jurídica de natureza real, cf. Menezes leitão, afirma expressamente que aquele direito de expectativa constitui um direito absoluto semelhante à propriedade, considerando-o com um “pré - estágio da mesma”, in *Garantias das Obrigações*, 6.ª ed., p. 260. No mesmo sentido, Luís Lima Pinheiro, *A Cláusula de Reserva de Propriedade*, cit., p. 69 e Pestana Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., 3.ª ed., p. 457 ss. Lima Pinheiro considera que não assistem ao vendedor quaisquer faculdades de gozo da coisa. Ele só pode obter a restituição da coisa depois de resolvido o contrato; em relação a terceiros ele apenas exerce prerrogativas tendentes a evitar a extinção da sua garantia, opondo-se à execução da coisa por terceiro”, representando a reserva de propriedade para o alienante a possibilidade de reassumir aquelas prerrogativas de propriedade “em caso de inexecução definitiva ou, eventualmente, do incumprimento, de outras obrigações contraídas pelo comprador, cf. Luís Lima Pinheiro, *A Cláusula de Reserva de Propriedade*, cit., p. 67. Esta tese, na doutrina portuguesa, é defendida por Galvão Teles, *Contratos Cíveis*, BMJ 83, 1959, p. 114-283; Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, cit., p. 376; Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., p. 297; Baptista Lopes, *Da Compra e Venda*, cit., p. 102; Mário Tavarela Lobo, *Temas Jurídicos: discussão e soluções do novo Código Civil*, in *Revista de Direito e*

controvérsia sobre a natureza da venda com reserva de propriedade. Na reserva de propriedade em garantia, estamos perante uma alienação sujeita ao pagamento do preço<sup>1970</sup>. Nesta figura, a posição do alienante reveste a natureza de uma garantia, na medida em que a conservação da propriedade na sua esfera jurídica é efectuada com a função exclusiva da garantia<sup>1971</sup>. Nesta figura, a posição do alienante reveste a natureza

---

Estudos Sociais, Ano XVI, 1970, p. 14; Lima Pinheiro, *A Cláusula de Reserva de Propriedade. Algumas Reflexões sobre a sua Função, Regime e Natureza Jurídica*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 115; Raúl Ventura, *O Contrato de Compra e Venda no Código Civil*, cit., p. 615; Romano Martinez, *Direito das Obrigações*, cit., p. 36; Pinto de Oliveira, *Contrato de Compra e Venda*, cit., p. 51 e 29 Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, cit., p. 305. Em sentido contrário, cf. por todos, Luís da Cunha Gonçalves, *Da Compra e Venda no Direito Comercial Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1925, p. 349. O autor considerava existir um equívoco na denominação *reserva de propriedade*, porquanto nos casos em que um bem é entregue ao adquirente antes do cumprimento da sua obrigação de pagamento integral do preço, tratar-se-ia então de uma condição resolutiva. Em França, o novo artigo 2367.º do *Code Civil* consagrou a figura da reserva de propriedade em garantia. Importa destacar que na doutrina francófona, a reserva de propriedade é abordada essencialmente na perspectiva do Direito Falimentar, cf. Yves Picod, *Droit des Sûretés*, PUF, Paris, 2016, p. 499. Na Bélgica, cf. Anne-Sophie Gigot, *L'opposabilité de la Clause de Réserve de Propriété en cas de Procédures Collectives d'insolvabilité*, R.D.C., Junho 2011, p. 512; Fr. T'kint/W. Derijcke, *Incidence de la Nouvelle Législation Relative à la Faillite et au Concordat Judiciaire sur le Droit des Sûretés*, in *Droit des Sûretés*, CUP, Liège 1997, vol. 20, p. 119; F. Davreux/N. Gendrin, *Développements Récents à Propos de la Clause de Réserve de Propriété, Utilité du Privilège du Vendeur et Position du Fournisseur et du Prestataire de Services*, in *Le point sur le droit des sûretés*, CUP, Liège, 2000, vol. 41, p. 279; B. de Coninck, *La Clause de Réserve de Propriété et son Opposabilité en cas de Concours*, R.G.D.C., n.º 32, 2005, p. 253; FR. T'kint/W. Derijcke, *Dessaisissement et situation des créanciers en cas de faillite*, in *Le nouveau droit du concordat judiciaire et de la faillite. Les lois du 17 juillet et du 8 août 1997*, Bruylant, Bruxelas, 1997, pp. 173-207; J. Caeymaex, *Les privilèges – Les modifications entraînées par les lois de 1997 et par la jurisprudence subséquente*, in *Concordat judiciaire et faillites*, Liège, Formation Permanente, CUP, 2002, vol. 58, pp. 145-169; J. Caeymaex, *La réserve de propriété en cas de concours*, in J.L.M.B., 2010, pp. 955-957; P. Coppens, *La mise en œuvre d'une clause de réserve de propriété en cas de concours des créanciers*, R.D.C., 1995, pp. 546-551; B. de Coninck, *La clause de réserve de propriété et son opposabilité en cas de concours*, R.G.D.C., 2005, pp. 241-258; F. Georges, *Réserve de propriété et règlement collectif de dettes*, J.L.M.B., 2008, pp. 80-81; A – S GIGOT, *L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité*, R.D.C., Junho de 2011, pp. 511-544. Na jurisprudência belga cf. *Cass.*, 9 Fevereiro de 1933, Pas., 1933, I, p. 103; *Cass.*, 23 de Maio de 1946, Pas., 1946, I, p. 204; *Cass.*, de 27 de Março de 1952, Pas., 1952, I, p. 475; *Cass.*, de 22 de Setembro de 1994, J L M B, 1995, p. 124; *Cass.*, 9 de Novembro de 1995, Pas., 1995, I, p. 1014; *Cass.*, 7 de Maio de 2010, in J.L.M.B., 2010, p. 1242. Em Itália a tese de condição suspensiva é defendida por Ferrara Santamaria, *La Vendita a Rate com Riserva di Proprietà*, 2.ª ed. Jovene, Milan, 1938, p. 58-61, Francesco Degni, *La Compravendita*, 3ª ed., CEDAM Pádua, 1939, pp. 124 – 127. Ainda na doutrina italiana regista-se a controvérsia entre a teoria da condição suspensiva, a tese da venda obrigatória e a concepção da reserva de propriedade como um direito real de garantia, cf. Domenico Rubino, *La Compravendita, Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, XXIII, Giuffrè, Milan, 1971, p. 427 ss.; Giacomo Gazzara, *La Vendita Obbligatoria*, Giuffrè, Milan, 1957, pp. 220 e Francesco Galgano, *Diritto Civile e Commerciale, Le obbligazioni e i Contratti*, II, Tomo II, 2ª Edição, CEDAM, Pádua, 1993, p. 27.

<sup>1970</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado X*, cit., p. 853, considera que se trata de condição suspensiva.

<sup>1971</sup> Cf. *Garantias das Obrigações*, 6.ª ed., p. 261. A reserva de propriedade contém uma natureza mista, com elementos obrigacionais e reais, “visando assegurar ao vendedor o pagamento do preço. O titular do direito de propriedade reservada não goza dos poderes de uso, fruição ou disposição nos moldes de um verdadeiro proprietário, assumindo a propriedade uma natureza de garantia do cumprimento das obrigações do referido titular de propriedade. Esta vertente de garantia do cumprimento do crédito é a principal função socioeconómica da reserva de propriedade. O princípio da Consensualidade, consagrado no art. 408.º CC auxilia a célere transmissão dos bens, o que pode revelar-se lesivo aos interesses do alienante que ainda não tenha recebido a contraprestação da transmissão da propriedade, cf. Ac. do STJ, de 30 de Setembro de 2014, Proc- 844/09.8TVLSB.L1.S1, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Tradicionalmente inserida em contratos de compra e venda a crédito - venda a prestações e venda à espera do preço -, nos quais é habitual a imediata entrega da coisa

de uma garantia, na medida em que a conservação da propriedade na sua esfera jurídica é efectuada com a função exclusiva da garantia<sup>1972</sup>, subtraindo o bem ao concurso dos restantes credores<sup>1973</sup>.

## 5. A reserva de propriedade como fidúcia estática

Para alguns autores<sup>1974</sup> se não houver a transferência da propriedade, dificilmente se poderá falar em negócio fiduciário, na medida em que faltará um elemento muito importante do negócio fiduciário, que é a atribuição de confiança. Vimos que em Itália, contrariamente, já se considerava que o negócio fiduciário não pressupõe a transferência do direito da esfera do fiduciante para a esfera do fiduciário, tendo em conta a dupla dimensão do negócio fiduciário, interna e externa, o conceito da dimensão externa não respeita à transmissão do direito, mas a todos os aspectos deste negócio que estejam relacionados com a titularidade do direito. Na doutrina italiana<sup>1975</sup>, é frequente estabelecer a distinção entre a fidúcia estática e a fidúcia dinâmica.<sup>1976</sup> Na reserva de propriedade, o

---

ao comprador, a cláusula de reserva de propriedade procura tutelar a posição do vendedor que, em regra, suporta o risco da venda sem beneficiar de nenhuma garantia especial de pagamento do preço, encontrando-se, após a celebração do contrato, na posição de credor quirografário do devedor adquirente, Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, III, 8.ª edição, Almedina, 2013, p. 52. A posição do vendedor é ainda mais frágil, na medida em que “a lei para facilitar a transmissão dos bens e evitar que esta seja revertida, vem, através do artigo 886.º, retirar ao vendedor a possibilidade de resolução, a partir do momento em que ocorra a transmissão da propriedade e a entrega da coisa, cf. Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, III, cit. p. 52. Assim, tornou-se prática comum no panorama contratual a aposição de cláusulas deste tipo nos contratos de compra e venda a prestações, por forma a conferir ao alienante a faculdade de manter na sua esfera jurídica a propriedade do bem, ainda que se tenha verificado a tradição da coisa, até que o seu crédito esteja satisfeito ou se tenha por verificado o evento ao qual as partes sujeitaram a transmissão da coisa para a esfera jurídica do adquirente. Tal possibilidade obsta à verificação dos riscos associados à venda a prestações ou com espera de preço que, não obstante as suas reconhecidas vantagens para vendedor e credor, padece de algumas insuficiências no que concerne à protecção do vendedor a prazo, cf. Micaela Alexandra Santos Miranda Batista, *A Validade da Cláusula de Reserva de Propriedade a Favor do Mutuante*, UC, Coimbra, 2016, p. 10.

<sup>1972</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias das Obrigações*, 6.ª ed., p. 261.

<sup>1973</sup> Cf. Yves Picod, *Droit des Sûretés*, PUF, Paris, 2016, p. 499.

<sup>1974</sup> Cf. Mariano Navarro Montorell, *La Propriedad Fiduciaria*, cit., p. 87.

<sup>1975</sup> Cf. Francesco Galgano, *Diritto Civile e Commerciale*, II, cit., p. 458, Vincenzo M. Trimarchi, *Negoziio fiduciário*, cit., p. 48, Giovanni Criscuoli, *Fiducia e Fiducie in Diritto Privato*: cit., p. 141 e Giovanni Meruzzi, *Intestazione a Società Fiduciarie di Titoli Azionari*, cit., p. 393.

<sup>1976</sup> A fidúcia dinâmica implica necessariamente a transferência de um direito ao fiduciário. Diferentemente da fidúcia dinâmica, na fidúcia estática, o fiduciário já é titular da referida posição jurídica ou o adquire a um terceiro que depois se obriga a exercer de determinada forma a favor do fiduciante ou de terceiro. Esta distinção/modalidade ganhou interesse com a publicação da obra de LIPARI, cf. Nicolò Lipari, *Il Negoziio Fiduciario*, cit., p. 150 ss., que considera que a fidúcia estática é caracterizada pela mera assunção da obrigação por parte do titular de direito – que irá exercer a posição ocupada em função dos fins propostos pelas partes. A posição do LIPARI teve acolhimento doutrinário e jurisprudencial em Itália, considerando válida a fidúcia estática, mas a maioria da doutrina continua a definir o negócio fiduciário como um negócio translativo, cf. Michele Graziadei, *Acquisto per Conto di un Comitato non Riconosciuto, e Dissociaciazione della Proprietà*, in RDCiv, 1988, II, 34, p. 127ss. Vimos que na doutrina portuguesa, PESTANA DE



alienante já é titular da posição jurídica que depois se obriga a exercer de determinada forma a favor do fiduciante ou de terceiro, não se verifica a transmissão do direito da esfera jurídica do “alienante” para a do “adquirente”. Na reserva de propriedade, o “alienante” conserva a propriedade na sua esfera jurídica mas o exercício deste direito fica limitado obrigacionalmente e o “alienante” deverá, verificado um determinado circunstancialismo, em regra o pagamento do preço, *transmitir* este direito ao “adquirente”. Assim, na reserva de propriedade, a *fiduciariedade* resulta não da transmissão de um direito, mas sim da simples assunção dessa obrigação, por parte do titular do direito.

## 6. O princípio da consensualidade e o problema da livre circulação dos bens

Este princípio nasceu no Código de Napoleão, onde, apesar do idêntico âmbito de aplicação, não recebe esse reconhecimento explícito, mas é derivado da articulação dos seus artigos 1582.º e 1583.º sobre a venda e o artigo 1138.º, onde se lê *l’obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes*. Esta última disposição marca uma importante diferença conceitual do sistema francês original em relação ao código italiano de 1942 e ao de 1865,<sup>1977</sup>

No nosso Direito interno, nos termos do artigo 408.º n.º 1 do CC, o princípio geral é o de que a transmissão dos direitos reais ocorre por mero efeito da celebração do contrato. O contrato tem um efeito real, pois através dele, e apenas por força da celebração deste contrato, se transmite o direito, não sendo exigida nenhuma outra formalidade<sup>1978</sup>.

---

VASCONCELOS, admite a figura da fidúcia estática, cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit. p. 54. O autor admite assim a validade e a qualificação deste negócio enquanto negócio fiduciário, ou seja, a fidúcia em que não se verifica a transmissão do direito. No mesmo sentido, FERRER COORRIA, cf. António Ferrer Correia, *Sociedades Fictícia e Unipessoais*, cit., p. 171, PAIS DE VASCONCELOS, cf. Pedro Pais de Vasconcelos, *Em Tema de Negócio Fiduciário*, cit., p. 128-129, MENEZES CORDEIRO, cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil, II - Direito das Obrigações*, vol. II cit., p. 259 e OLIVEIRA ASCENSÃO, cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Teoria Geral*, II cit., p. 308, abrem as portas aos casos que não assentam num negócio translativo. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória*, cit., p. 87, reconhece a validade da fidúcia estática e negócios fiduciários constituídos por simples manifestação de vontade do fiduciário. A. BARRETO MENEZES CORDEIRO admite expressamente a fidúcia estática, cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 844.

<sup>1977</sup> Cf. Ch. Larroumet, *Les Obligations. Le Contrat*, 6.ª Ed., Paris, 2007, p. 187 e Ch. Beudant, *Cours de Droit Civil Français, La Vente et le Louage*, Paris, 1908, p. 10.

<sup>1978</sup> Para um estudo histórico e comparatístico, cf. C. A. Cannata, *Corso di Istituzioni di Diritto Romano*, I, Torino, 2001, p. 315; M. Fabre - Magnan, *le Mythe de l’Obligation de Donner*, in RTDCiv., 1996, p. 106; Emiglio Betti, *Il Quarto Libro nel Progetto del Codice Civile Italiano*, in Riv. Dir. Comm., 1938, I, p. 541; U. Petronio, *Vendita, Trasferimento della Proprietà e Vendita di Cosa Altrui nella Formazione del Code Civil e dell’Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, in *Vendita e Trasferimento della Proprietà nella Prospettiva Storico-comparatistica*. Coordenação de L. VACCA, I, Milan, 1991, p. 175 ss.

O artigo 408.º n.º 1 não é injuntivo, uma vez que é passível de ser afastado pelas partes na negociação contratual. No artigo 409.º, a lei admite, pelo menos nos contratos de alienação do direito de propriedade, que as partes afastem o efeito transmissivo automático do direito no momento da celebração do contrato, podendo estas protelá-lo para um momento futuro, que pode ser o pagamento integral do preço ou a verificação de um outro evento futuro e incerto. Caso seja estipulada a reserva de propriedade, o direito mantém-se na esfera jurídica do alienante e apenas se transmite para o adquirente no momento em que se verifique o evento acordado pelas partes para esse efeito transmissivo ocorrer.

É que ainda nos casos de reserva de propriedade o efeito transmissivo do direito opera por efeito do contrato<sup>1979</sup>, só que não é *por mero efeito do contrato*, isto é, é necessário a celebração do contrato e a verificação de um evento ao qual as partes subordinaram o efeito transmissivo – por exemplo, o pagamento do preço. Não é necessário que ocorra a entrega da coisa, pelo que ainda aqui o contrato deve ser qualificado como contrato real *quoad effectum*, e não como real *quoad constitutionem*. Tendo em conta o princípio da consensualidade, outra questão debatida na doutrina diz respeito à protecção de terceiros<sup>1980</sup> na compra e venda com reserva de propriedade, pois o vendedor conserva a propriedade na sua esfera jurídica, podendo<sup>1981</sup> ainda alienar<sup>1982</sup> a coisa objecto da cláusula<sup>1983</sup>. Nos termos do artigo 879.º CC, a compra e venda tem como

---

<sup>1979</sup> No mesmo sentido, cf. Pedro de Albuquerque, *Direito das Obrigações*, I, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 94 - 97. Em sentido contrário, cf. Gabriela Figueiredo Dias, *Reserva de propriedade*, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 421.

<sup>1980</sup> Quanto ao conceito de terceiros para efeitos de registo predial, cf. Quirino Soares, *O conceito de terceiros para efeitos de registo predial*, Cadernos de Direito Privado, n.º 9, Janeiro/Março 2005, p. 7; Heinrich Ewald Hörster, *A função do registo como meio de protecção do tráfico jurídico*, Regesta, n.º 5, 1988, p. 275; Heinrich Ewald Hörster, *Efeitos do registo - terceiros - aquisição «a non domino»*, in Revista de Direito e Economia, 8 (1982), Coimbra, p. 111; Heinrich Ewald Hörster, *Venda executiva e o conceito de terceiros para efeitos de registo – Ac. do STJ de 9.1.2007, Proc. 1510/06*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 23, Julho/Setembro 2008, pp. 53 ss.; Luís Manuel Couto Gonçalves, *A aplicação do artigo 291º, nº 2, do Código Civil a terceiro para efeitos de registo – Ac. do STJ de 19.2.2004, Proc. 4369/03*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 9, Janeiro/Março 2005, pp. 43 ss.; Heinrich Ewald Hörster, *Terceiros para efeitos de registo e a segurança jurídica*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 11, Julho/Setembro 2005, p. 26. Na jurisprudência, cf. Ac. STJ, 15/97, in Diário da República de 04 de Julho de 1997 e Ac. STJ, 3/1999, publicado em 10 de Julho de 1999.

<sup>1981</sup> Cf. U. Natoli, *Il Conflitto di Diritti e l'art. 1380 del Codice Civile*, Milan, 1950, 33 e ss., p. 116.

<sup>1982</sup> Cf. C. A. Funaioli, *La CD. Proprietà relativa*, in RDComm., 1950, I, pp. 292, p. 301.

<sup>1983</sup> Cf. R. Nicolò, *Diritto Civile*, in Enc. Dir., XII, Milan, 1964, p. 908; C.M. Bianca, *Il Principio del Consenso Traslativo*, in Diritto Privato, 1995, I, *Il Trasferimento in Proprietà*, p. 7; A. Auricchio, *La Simulazione nel Negozio Giuridico. Premesse Generali*, Napoles, 1957, p. 192 ss.; S. Pugliatti, *La Pubblicità nel Diritto Privato*, Parte Geral, Messina, 1944, p. 26. o Supremo Tribunal Italiano considera que a omissão do registo do contrato com a cláusula de reserva de propriedade não só não impede o comprador de celebrar um contrato promessa de compra e venda do mesmo bem um terceiro, como também não impede a possibilidade do promissor sub-adquirente de recorrer à execução específica da obrigação da

efeitos essenciais: a) A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; b) A obrigação de entregar a coisa; c) A obrigação de pagar o preço<sup>1984</sup>. Assim, em regra, a pretensão das partes no contrato de compra e venda<sup>1985</sup> é a troca de coisa contra preço, e por efeito<sup>1986</sup> do contrato nasce um direito de crédito a uma soma de dinheiro do vendedor em relação ao comprador e na transferência do direito de propriedade do vendedor para o comprador<sup>1987</sup>. Na compra e venda com reserva de propriedade, o efeito real não se verifica. Porém, os outros dois efeitos do contrato produzem-se no momento da celebração do contrato. O comprador obtém, em regra, com a celebração do contrato, a imediata disponibilidade material da coisa<sup>1988</sup>.

Além disso, a obrigação do pagamento do preço, ainda que se convencie que será pago de forma diferida ou fraccionada, constitui-se desde logo, sendo o direito de crédito do vendedor garantido através da cláusula de reserva de propriedade. Os efeitos obrigacionais da compra e venda ocorrem com a celebração do contrato. A correlatividade das prestações na compra e venda implica que, por via de regram o momento da entrega da coisa e o momento do pagamento do preço coincidam. Quando o vendedor cumpre a sua obrigação principal – entrega da coisa - o carácter sinalagmático das prestações exigiria também que o comprador cumprisse, simultaneamente, com a sua obrigação de pagamento do preço. Mas sucede que, muitas vezes, por diversos motivos, o pagamento do preço não é realizado de imediato embora o comprador receba a coisa, podendo utilizá-la e dela retirar as competentes utilidades.

---

obrigação de contratar, cf. *Cass.*, de 25 de Agosto de 1994, n. 7512, in *Giust. Civ.*, 1994, p. 1105 e *Cass.*, de 22 Junho de 2004, n. 11572, in *Giust. Civ.*, 2004, p. 1394.

<sup>1984</sup> No direito alemão, o BGB prevê, no §433, que as obrigações contratuais típicas da compra e venda são a obrigação, da parte do vendedor, de entrega da coisa ao comprador e de fazer com que este adquira a propriedade e, a cargo do adquirente, a obrigação de pagamento do preço. As obrigações contratuais resultantes da compra e venda devem ser cumpridas ao mesmo tempo, nos termos do §320. Na venda a prestações com reserva de propriedade, esta regra é afastada em virtude do estabelecimento da dilação no pagamento do preço.

<sup>1985</sup> Referimos o contrato de compra e venda por ser o mais exemplar e frequente dos tipos contratuais com função de troca, cf. Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos*, II, Almedina, Coimbra, 2007, p. 130 e Calvão da Silva, *Compra e venda de coisas defeituosas*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 13, que traça a distinção entre compra e venda e a troca ou escambo pelo facto de aquela ter uma correspectividade em dinheiro e nesta transmissão da propriedade dá-se por contrapartida não monetária. Assinala, porém, que, em princípio e no essencial a troca ou escambo está sujeita às regras da compra e venda, arquétipo dos contratos onerosos, artigo 939.º.

<sup>1986</sup> Cf. P. Sirena, *Il Principio del Consenso Traslativo*, in *Trattato del Contratto Diretto*, III, *Effetti*, Coord. M. Costanza, Milan, 2006, p. 31.

<sup>1987</sup> Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1965, p. 537.

<sup>1988</sup> Cf. G. Amadio, *Proprietà e Consegna nella Vendita dei Beni di Consumo*, in *RDCiv.*, 2004, I, p. 138; A. Nicolussi, *Diritto Europeo della Vendita dei Beni di Consumo e Categorie Dogmatiche*, in *Europa Diritto Privato*, 2003, p. 532, e C. Rinaldo, *La Sostituibilità del Bene nella Vendita di Species al Consumatore. Italia e Germania: due Ordinamenti a Confronto*, in *RDCiv.*, 2011, II, p. 543.

Nos termos do artigo 74.º AUG, a reserva de propriedade só é oponível a terceiros se tiver sido regularmente inscrita no RCCM. Ainda na secção dedicada aos registos, dispõe o artigo 57.º AUG que a inscrição regularmente efectuada de uma garantia mobiliária sujeita a registo é oponível a terceiros a partir da data da sua inscrição no registo cronológico de depósitos do RCCM. Uma das questões discutidas a propósito da eficácia da cláusula de reserva de propriedade é a sua oponibilidade a terceiros quando o negócio incida sobre coisas móveis não sujeitas a registo. O campo de aplicação da cláusula de reserva de propriedade é, sobretudo, a compra e venda deste tipo de coisas. Cabe, portanto, apurar se tal cláusula, inserida em contratos de alienação de coisas móveis não registáveis, pode ser oposta a terceiros.<sup>1989</sup> No nosso Direito Interno<sup>1990</sup>, quanto aos

---

<sup>1989</sup> Cf. C.M. Bianca, *Il Principio del Consenso Traslativo*, in *Diritto Privato*, 1995, I, *Il Trasferimento in Proprietà*, p. 7; A. Auricchio, *La Simulazione nel Negozio Giuridico*, cit., p. 193; S. Pugliatti, *La Pubblicità nel Diritto Privato*, cit., p. 27.

<sup>1990</sup> O nosso sistema de direitos reais está particularmente relacionado com a publicidade, sendo esta apontada ora como um seu princípio geral, ora como uma sua característica tendencial, cf. Henrique Mesquita, *Direitos reais, – Sumários das lições*, cit., p. 52; Menezes Cordeiro, *Direitos reais*, cit., p. 281; Carvalho Fernandes, *Lições de direitos reais*, cit., p. 87. O nosso sistema registal se caracteriza pela autonomia estrutural entre o acto registal e o facto sujeito a registo, a publicidade não constitui um elemento do facto que dá a conhecer. Ou seja, o facto está completo e perfeito, a publicidade subsequente apenas lhe molda a eficácia, mas não a existência e validade. A publicidade não constitui um elemento interno do facto, mas um facto autónomo, cf. Maria Isabel Helbling Menéres Campos, *Contributo para o estudo da reserva de propriedade. Em especial a reserva de propriedade a favor do financiador*, Coimbra, 2009, p. 126. Nas palavras de Ferreira de Almeida, *Publicidade e teoria dos registos*, Almedina, Coimbra 1966, p. 208, *é um requisito de eficácia do facto publicado - requisito de eficácia absoluta, a publicidade constitutiva; requisito de eficácia em relação a terceiros (oponibilidade), a publicidade declarativa (...); em qualquer tipo de publicidade, o acto registal diferencia-se estruturalmente do facto sujeito a registo*”220. Inicialmente, o direito constitui-se e depois de constituído regista-se. Esta sequência dos factos revela que a própria aquisição do direito se realiza com base no direito material – substantivo –, enquanto a sua publicidade constitui uma tarefa do direito processual (formal, adjectivo), cf. Maria Isabel Helbling Menéres Campos, *Contributo para o estudo da reserva de propriedade*, cit., p. 126. Deve-se realçar que a publicidade registal não visa pôr em causa a segurança de cada acto individualmente considerado, mas uma segurança global do tráfico jurídico imobiliário no seu conjunto, cf. Maria Isabel Helbling Menéres Campos, *Contributo para o estudo da reserva de propriedade*, cit., p. 126. Em algumas situações, parte da doutrina admite que o registo possa ter efeitos constitutivos, dando como exemplo o caso da hipoteca, considerada pela maior parte dos autores nacionais como uma das situações em que o registo terá eficácia constitutiva, cf. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, V, Coimbra Editora, Coimbra, 1932, p. 565, que considera que sem o registo não podem as hipotecas conceber-se como validamente existentes; Mota Pinto, *Teoria Geral...*, cit., p. 367; Orlando de Carvalho, *Direito das coisas*, Apontamentos, Coimbra, 1994, p. 267; Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, cit., p. 281; Carvalho Fernandes, *Publicidade e teoria dos registos*, cit., p. 144; José Alberto Vieira, *Direitos reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 289. Considerando que o registo da hipoteca é uma mera condicionante da eficácia absoluta do negócio, cf. Oliveira Ascensão, *Os efeitos substantivos do registo predial na ordem jurídica portuguesa*, ROA, Ano 34, 1974, Janeiro/Dezembro, p. 7. Considera Maria Isabel Helbling Menéres Campos, *Contributo para o estudo da reserva de propriedade*, cit., p. 127, considera que a hipoteca voluntária não se constitui com o registo, que o registo constitui, na hipoteca, apenas uma condição legal de eficácia do negócio, não se desviando aqui o nosso sistema da regra da publicidade declarativa. Considera ainda que sendo o registo, em regra, condição de oponibilidade do acto em relação a terceiros, o acto é perfeitamente eficaz e válido entre as partes e, ainda, em relação a todos aqueles que não satisfaçam a noção de terceiros para efeitos de registo predial. Assim, para a autora, se estiverem em causa bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, é necessária a inscrição no registo para que a cláusula produza efeitos *erga omnes*. Conclui que o problema da oponibilidade do pacto de reserva de propriedade em relação a terceiros não se põe de forma diversa,

bens imóveis e móveis registáveis, dispõe o n.º 2 do artigo 409.º CC que tratando-se de coisa imóvel, ou de coisa móvel sujeita a registo, só a cláusula constante do registo é oponível a terceiros<sup>1991</sup>. Por isso, suscita-se a dúvida sobre a oponibilidade a terceiros quando a reserva de propriedade incide sobre um bem não registável. Uma vez que, no nosso Direito interno, a lei não exclui a estipulação da reserva de propriedade em relação aos bens não registáveis, nem condiciona a sua oponibilidade a terceiros de boa fé, a doutrina tem entendido que, de acordo com o princípio da causalidade vigente no nosso sistema, a reserva poderá ser aposta a terceiros de boa fé.

A lei só exige a publicidade da reserva nos casos de bens sujeitos a registo, pelo que, nos outros casos, não será exigida qualquer publicidade para se poder opor a reserva a terceiros, mesmo que este esteja de boa fé e tenha obtido a propriedade por transmissão do adquirente sob reserva.<sup>1992</sup> Não cabe no âmbito do presente trabalho desenvolver o tema da publicidade registal dos direitos reais, todavia, importa realçar que o AUG reconhece como garantia real mobiliária a reserva de propriedade no artigo 50.º AUG e que o AUG não contém um elenco<sup>1993</sup> das garantias mobiliárias sujeitas a registo, não obstante a existência de um conjunto de disposições específicas relativo ao registo das garantias mobiliárias, na dependência sistemática da regulação das garantias mobiliárias – artigos 51.º a 66.º - determinando que em regra, a publicidade das garantias, quando legalmente determinada, deve ser efectuada por inscrição no RCCM. Nos termos do artigo 74.º AUG, a oponibilidade da cláusula da reserva de propriedade depende da sua

---

quando estejam em causa coisas imóveis ou móveis registáveis, vigorando as regras da publicidade registal aplicáveis aos demais actos sujeitos a registo, assumindo o registo da cláusula de reserva de propriedade uma função declarativa.

<sup>1991</sup> Távarela Lobo, *Breves notas e algumas sugestões sobre a Revisão do Código do Registo Predial e seu Reajustamento ao novo Código Civil*, RDES, 1966, Ano XIII, p. 281, Távarela Lobo, *Temas jurídicos – Discussão e soluções no novo Código Civil*, Coimbra, 1970, p. 14, considera que o n.º 2 do artigo 409.º CC é desnecessário e deveria ser eliminado, na medida em que do ponto de vista registal, não tem qualquer utilidade, porque a oponibilidade da cláusula da reserva de propriedade em relação a terceiros resulta das próprias regras do registo, uma vez que, na sua perspectiva, se trata de uma condição suspensiva da transferência do direito real pelo que tem de ser obrigatoriamente registada. Na verdade, nos termos da h) do artigo 2.º do nosso Código do Registo Predial – factos sujeitos a registo – está sujeito a registo as convenções de reserva de propriedade e de venda a retro estipuladas em contratos de alienação de imóveis.

<sup>1992</sup> Menezes Leitão, *Direito das Garantias*, cit., 6.º ed., p. 255; Raul Ventura, ROA 43, 1983, pp. 608-609; Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, I, 10 ed., Almedina, Coimbra, p. 306; Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., p. 297; Jorge Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, I, Almedina, Coimbra, 1987, p. 221; Lima Pinheiro, *A Cláusula de Reserva de Propriedade*, cit., p. 31. No sentido contrário, Pedro Romano Martinez, *Direito das Obrigações – Parte Especial – Contratos. Compra e venda. Locação. Empreitada*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, p. 38, considerando que tendo em conta a tutela da aparência, na medida em que o penhor de coisa exige, salvo casos especiais de penhor, a tradição para efeitos de publicidade.

<sup>1993</sup> Cf. João Espírito Santo, *Direito Comercial Geral da OHADA e da Guiné – Bissau*, AAFDL, Lisboa/Bissau, 2020, p. 512.

publicação no RCCM. Com efeito, a cláusula de reserva de propriedade, para ser oponível a terceiros, deve ser sempre inscrita no RCCM, nos termos dos artigos 74.º e 51.º a 66.º AUG. Assim, de acordo com o AUG, a cláusula de reserva de propriedade pode constituir objecto de inscrição autónoma. Se a cláusula não for inscrita autonomamente, o negócio jurídico do qual consta deve obrigatoriamente constar do extracto da inscrição.

## 7. O problema jurídico da natureza acessória da reserva de propriedade

*I. Colocação do problema.* Genericamente, a acessoriedade<sup>1994</sup> significa que a garantia se molda sobre a obrigação garantida e a sua subsistência, desde o nascimento à extinção, depende da subsistência desta. A característica da acessoriedade significa que a obrigação do fiador se apresenta na dependência estrutural e funcional da obrigação do devedor, sendo determinada por essa obrigação em termos genéticos, funcionais e extintivos.<sup>1995</sup> A dependência da garantia em relação à obrigação garantida começa na forma da declaração de prestação da garantia. Em termos legais, é mais marcante a

---

<sup>1994</sup> Sobre o conceito da acessoriedade e autonomia, cf. João Calvão da Silva, *Garantias Acessórias e Garantias Autónomas*, in *Estudos de Direito Comercial*, (Pareceres), Almedina, Coimbra, 1996, pp. 327, p. 334, Orlando Gomes, *Contratos*, 26.ª ed., Forense, Rio de Janeiro, p. 537, Menezes Leitão, *Garantias*, cit., 6.ª ed., p. 109, A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, v. III, *Letra de Câmbio* (policopiado), Universidade de Coimbra, 1975, pp. 205 e ss., António Pereira de Almeida, *Direito Comercial III, Títulos de Crédito*, AAFDL, Lisboa, 1986/87, pp. 225 e ss., Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito Comercial, Títulos de Créditos*, AFDL, Lisboa, 1990, pp. 125 e ss., José de Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, vol. III, *Títulos de Crédito*, FDUL, Lisboa, 1992, pp. 172 e ss., Jorge Henrique da Cruz Pinto Furtado, *Títulos de Crédito*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 152 ss., Pedro Romano Martinez, *Garantias Bancárias*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 265 ss., Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, cit., pp. 72 – 74, Alexandre de Soveral Martins, *Títulos de Crédito e de Valores Imobiliários*, Parte I, *Títulos de Crédito*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 77 e 78, e José A. Engrácia Antunes, *Os Títulos de Crédito Uma Introdução*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 81. Nas garantias tradicionais, nomeadamente fiança, considera-se autonomia a impossibilidade de o garante invocar os meios de defesa próprios do devedor principal, ou ainda, a não invocabilidade pelo garante de quaisquer objecções sobre a subsistência ou validade do crédito do beneficiário perante o devedor garantido. Ou seja, no facto de o garante não poder recusar o cumprimento com base em circunstâncias relacionadas com a obrigação garantida. Assim sendo este contrato é autónomo uma vez que o garante assume uma obrigação própria e independente do contrato base. A par desta inoponibilidade costuma-se também acrescentar a não alegação de excepções baseadas na sua relação com o garantido. Para além das referidas limitações impostas ao garante, a autonomia está também relacionada com o facto de o devedor principal, o garantido, não poder impedir o garante de pagar ao beneficiário a quantia acordada no contrato de garantia. O garante, uma vez interpelado pelo credor beneficiário da garantia, nos termos previstos no contrato de garantia autónoma terá que cumprir o acordado. A doutrina faz ainda referência a diferentes graus de autonomia consoante o tipo de garantia autónoma, cf. Miguel Brito Bastos, *A recusa lícita da prestação pelo garante na garantia autónoma “on first demand”*, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. III, Coimbra Editora, 2010, p. 527.

<sup>1995</sup> João Calvão da Silva, *Garantias Acessórias e Garantias Autónomas*, in *Estudos de Direito Comercial*, (Pareceres), Almedina, Coimbra, 1996, pp. 327, p. 334.

manifestação da acessoriedade na matéria da fiança<sup>1996</sup>, uma vez que esta garantia não pode exceder a dívida principal nem ser contraída em condições mais onerosas, ficando sujeita à redução caso tal venha a suceder. Nos termos do artigo 72.º AUG, a propriedade pode ser reservada em garantia por força de uma cláusula de reserva de propriedade que suspenda a eficácia translativa de um contrato até à integral cumprimento da obrigação. No entanto, nada dispõe sobre a relação entre esta garantia e a obrigação garantida. Ou seja, não determina se a reserva de propriedade constitui ou não uma garantia autónoma.

Sobre esta questão, em França, antes da reforma do Direito processual em 2005 e das garantias em 2006, a *Cour de Cassation*<sup>1997</sup> decidiu que a extinção do crédito sobre o preço gera a invalidade da garantia. Ainda se discute acerca da questão. O que se debate é se a cláusula de reserva de propriedade deve sobreviver à invalidade da obrigação garantida. Estes são os termos de um debate lançado, sobretudo, logo a seguir à sentença da segunda Câmara Cível<sup>1998</sup>, de 27 de Fevereiro de 2014, e que o anteprojecto de reforma do Direito das Garantias, da autoria da associação Henri Capitant, sugeria inicialmente a seguir. Com efeito, o referido acórdão adoptou uma solução que gerou celeuma<sup>1999</sup>.

No essencial, os factos do litígio eram os seguintes: o comprador de um veículo viu sua dívida extinta através de um procedimento de cobrança pessoal. A compra e venda foi celebrada com reserva de propriedade e, não tendo o preço de compra sido pago, ainda assim, o vendedor solicitou com sucesso a apreensão do veículo, alegando que a extinção da dívida garantida na sequência da respectiva anulação não equivale a um pagamento, e o Tribunal deduziu que a transmissão da propriedade não poderia ter ocorrido para a esfera jurídica do comprador. Ou seja, a cláusula de reserva de propriedade resistiu à

---

<sup>1996</sup> Cf. Orlando Gomes, *Contratos*, 26.ª ed., Forense, Rio de Janeiro, p. 537, Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Fiança e Figuras Análogas* (separata do BMJ n.º 71), Lisboa, 1957, p. 282 e Jorge Duarte Pinheiro, *Garantia Bancária Autónoma*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 52, II, Julho 1992, pp. 428 e 429. Na doutrina francesa cf. M. Cabrillac, *Les Accessoires de la Créance*, in *Études dédiées à Alex Weill*, Dalloz, 1983, p. 107; D. Grimaud, *Le Caractère Accessoire du Cautionnement*, PUAM, 2001, p. 171 ss.; M. Cottet, *Essai Critique sur la Théorie de l'accessoire en Droit Privé*, LGDJ, Colecção Bibliothèque de droit privé, tomo 544, 2013, pp. 97 ss.; P. Crocq, *Le Droit des Procédures Collectives et le Caractère Accessoire du Cautionnement*, in *Liber amicorum Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 171; C. Juillet, *Les Accessoires de la Créance*, Defrénois, tomo n.º 37, 2009, pp. 751 ss.

<sup>1997</sup> Cass., 9 de Janeiro de 1996, In Bull. Comm., 1996, IV, n.º 8, p. 5.

<sup>1998</sup> Cass. Civ. 2.ª, 27 Fevereiro de 2014, n.º 13-10891 in Bull. Civ. II, n.º 59.

<sup>1999</sup> Veja as anotações de P. Crocq, in RTD Civ. 1996, p. 436; F. Macorig-Venier, in BJED, Julho – Agosto de 2014, p. 217; M. Dumont-Lefrand, in Gaz. Pal., de 20 de Março de 2014, p. 22; T. Stefania, in LPA, de 19 de Maio de 2014, p. 7; S. Piedelièvre, in RD Banque et Finance, de Maio e Junho de 2014, n.º 113; J. Klein, in RDC 2014, p. 393; H. Barbier/F. Derrida, in RTD Civ. 2014, *Pour une solution équivalente concernant l'ancienne sanction du défaut de déclaration de créance qu'était l'extinction de la créance: Cass. com., 9 janv. 1996*, p. 184 - 370; M.-H. Monsérié, in D&P Maio de 1996, p. 85; M. Cabrillac, in JCP G 1996, I, 3935, n.º 19; P. Simler, P. Delebecque, JCP G 1996, I, 3942, n.º 4; S. Gjidara-Decaix, in RPC, Setembro e Outubro de 2014, n.º 112; E. Charlery, in JCP G 1997, I, 4013 e A. Martin-Serf., in RTD Com., 1997, p. 331.

extinção da obrigação garantida e manteve a sua eficácia. Após várias críticas<sup>2000</sup>, foi exactamente o oposto do que foi adoptado pelo anteprojecto de reforma do Direito das Garantias, uma vez que no artigo 2367.º, n.º 2, *in fine* do *Code Civil*, lê-se que a reserva de propriedade é acessória em relação à obrigação garantida.<sup>2001</sup> Assim, de acordo com esta solução, a invalidade da reserva de propriedade implicará a extinção da reserva de propriedade e, conseqüentemente, implica a transferência da propriedade, apesar do não pagamento do preço. Quanto ao destino do bem objecto da reserva de propriedade, em caso da invalidade da obrigação garantida, ou seja, quanto ao âmbito da acessoriedade da cláusula da reserva de propriedade, constava do texto do anteprojecto da reforma de 2009, em concreto, o artigo 2367.º/2 do *Code Civil*, estatuinto que a reserva de propriedade cessa com a extinção da obrigação garantida, seja qual for a sua causa. Esta última parte do texto foi eliminada pelo legislador na versão final, pelo que apenas consta do n.º 2 do artigo 2367.º do *Code* que a propriedade reservada é acessória da obrigação por ela garantida. A doutrina<sup>2002</sup> considera que o facto do legislador não acolher a expressão “*seja qual for a sua causa*”, não é sinónimo de que a acessoriedade da reserva de propriedade é absoluta<sup>2003</sup>, pelo que a pretensão do vendedor ou do comprador deve ser analisada em função do destino do próprio bem<sup>2004</sup>, no que diz respeito ao tratamento da insolvência<sup>2005</sup>. Todavia, parece-nos que há causas de extinção do crédito, como a prescrição ou o perdão da dívida que conduzem logicamente à extinção da reserva de propriedade. No AUG, nos

---

<sup>2000</sup> Cf. F. Pérochon, *Comment en finir avec un canard sans tête?* in BJED Julho – Agosto, 2014, p. 217.

<sup>2001</sup> O Projecto de lei sobre o crescimento e transformação das empresas - ECOT1810669L -, no seu artigo 16. I, 8.º, solicita especificamente o Governo a especificar as condições da extinção da reserva de propriedade.

<sup>2002</sup> Por todos, veja Manuella Bourassin, *Sûretés et surendettement des particuliers*, LPA, de 10 de Outubro de 2012, p. 5 e seguintes.

<sup>2003</sup> Cf. J. Ernst Degenhardt, *La détermination de l'actif du débiteur sollicitant un rétablissement professionnel: faut-il prendre en compte des biens acquis sous réserve de propriété et le patrimoine affecté de l'EIRL?* BJED, n.º 5, de 1 de Setembro de 2014, p. 335.

<sup>2004</sup> Cf. H. Barbier, *Anotação ao Cass. Civ. de 27 Fevereiro de 2014*, in RTDCiv., 2014, p. 371.

<sup>2005</sup> Vai neste sentido a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa aos quadros jurídicos em matéria de reestruturação preventiva, à concessão de uma segunda oportunidade e às medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e quitação, e que altera a Directiva 2012/30/EU. Veja também Adelaide Menezes Leitão, *Contributos sobre a Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a meios preventivos de reestruturação, segunda oportunidade e medidas de melhoria da eficiência dos processos de reestruturação, insolvência e exoneração do passivo restante e à alteração da Directiva 2012/30/EU*, in RDS VIII (2016), 4, 1019-1043, pp. 1021 e seguintes.



termos do artigo 2.º AUG<sup>2006</sup>, salvo disposição em contrário<sup>2007</sup>, as garantias nele reguladas consideram-se acessórias da obrigação cujo cumprimento garantem. Esta disposição consagrou o princípio da acessoriedade, o que significa que, no âmbito do AUG, salvo disposição em contrário, as garantias são acessórias das obrigações garantidas. Com efeito, na falta de disposição em contrário e, por não se tratar de uma garantia ou contragarantia autónoma, a reserva de propriedade constitui uma garantia acessória da obrigação garantida. Importa realçar que a consagração da regra do *accessorium sequitur principale* não implica que o direito de propriedade em si passa a ser acessório em relação a outro direito, ou seja, a natureza e características do direito de propriedade, embora seja utilizado para fins de garantia, continua a ser um direito real principal, exclusivo e absoluto.

*II. A incoerência jurídica da solução legal - A lógica da acessoriedade na reserva de propriedade.* Não se podem negar as especificidades do destino da *propriedade - garantia* em relação às da propriedade comum. Não nos parece que seja justo considerar que, com a invalidade da obrigação principal o bem reservado passa a integrar o património do devedor antes que este cumpra com a sua obrigação. Com efeito, antes do pagamento do preço/contrapartida, deve-se considerar que o bem permanece na esfera jurídica do vendedor. Aliás, no caso típico da compra e venda, uma vez declarado inválido o contrato, extinguem-se os respectivos efeitos essenciais inclusive a transmissão da propriedade, o que obriga o comprador a restituir a coisa e o vendedor a restituir o preço. A lógica do carácter acessório da cláusula de reserva de propriedade não deve ser entendida nos mesmos termos das garantias pessoais, nomeadamente da fiança.

Nas relações comerciais, as instituições, de modo a proteger-se perante prováveis incumprimentos de responsabilidade pelos titulares de financiamento exigem uma segurança adicional, para viabilizarem a operação de crédito proposta pelos interessados. Na verdade, estas instituições não querem executar garantias, pois representam um custo de vários níveis: seja de dinheiro ou de tempo. O intermediário financeiro quer transaccionar capitais, não quer ser proprietário de bens, que posteriormente terá de vender. Nas garantias pessoais, uma pessoa obriga-se perante o

---

<sup>2006</sup> No Direito interno, para mais desenvolvimento, cf. M. J. de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 10ª Edição Reelaborada, Almedina, Coimbra, p. 888 - 895; Januário da Costa Gomes, *A Fiança No Quadro das Garantias Pessoais. Aspectos do Regime*, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil*, III, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 79 - 119. Na jurisprudência, cf. Ac. RLx, de 13 de Abril de 2000, in CJ, II, Ano XXV, p. 134 e Ac. RLx, de 29 de Junho de 1989, in CJ, IV, Ano XIV, p. 111.

<sup>2007</sup> Por exemplo, dispõe o artigo 40.º AUG que as garantias e contragarantias autónomas criam obrigações autónomas, distintas das convenções, actos e factos susceptíveis de constituir a respectiva base.

credor a cumprir a obrigação de outra pessoa<sup>2008</sup>, no caso de esta o não fazer. O fiador<sup>2009</sup> compromete-se a pagar uma dívida de outrem – o devedor principal. O seu compromisso é acessório<sup>2010</sup>. Com efeito, a lógica de acessoriedade nas garantias pessoais é proteger o garante, que assume pagar a dívida de outrem, do devedor principal. A acessoriedade visa proteger o garante, no sentido de este não vir a responder em termos mais onerosos ou gravosos em comparação ao devedor principal, o beneficiário de financiamento, razão pela qual todas as alterações favoráveis devem repercutir-se sobre o garante, ao contrário das prejudiciais.

Todavia, até na fiança, conforme assinala JANUÁRIO COSTA GOMES<sup>2011</sup>, existem “*zonas em que a acessoriedade, como característica natural da fiança, não penetra, não age*”, dado que não se concilia com outros dois pilares que caracterizam a figura, designadamente o fim da garantia e o facto de ser um negócio de risco. Deve-se considerar que, uma vez que o AUG considera acessória a reserva de propriedade, não se trata de uma acessoriedade na mesma lógica com as garantias pessoais, na medida em esta acessoriedade da reserva de propriedade visa proteger não o garante (adquirente), mas sim o credor (alienante). Esta acessoriedade da reserva de propriedade, pelo contrário, visa garantir o objectivo da própria cláusula que é o pagamento do preço. Ao consagrar o carácter acessório à reserva de propriedade, o legislador visa assegurar a suspensão dos efeitos translativos da propriedade, assegurar esse fim, independentemente de eventual invalidade do contrato. Não se pode aplicar o carácter acessório à cláusula de reserva de propriedade para proteger o *adquirente* incumpridor, mas servir a função de garantia desta ao basear-se na transmissibilidade<sup>2012</sup> ou não do objecto da transacção e, portanto, a sua idoneidade de assegurar sempre esse fim, apesar das vicissitudes<sup>2013</sup> do

---

<sup>2008</sup> Cf. M. Cabrillac, *Les accessoires de la créance*, in Études dédiées à Alex Weill, Dalloz/Litec, 1983, p. 107.

<sup>2009</sup> Cf. D. Grimaud, *Le caractère accessoire du cautionnement*, PUAM, 2001, p. 17 ss.; Marion Cottet, *Essai critique sur la théorie de l'accessoire en droit privé*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tomo 544, 2013, p. 87.

<sup>2010</sup> Cf. P. Crocq, *Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement*, in Liber amicorum Philippe Malaurie, Defrénois, 2005, p. 171 e C. Juillet, *Les accessoires de la créance*, Defrénois, coll. doctorat & notariat, tomo 37, 2009, p. 11 ss.

<sup>2011</sup> Cf. Januário da Costa Gomes, *Assunção cit.*, p. 118

<sup>2012</sup> Em França, apesar do artigo 2367.º do *Code Civil* afirmar expressamente o carácter acessório da cláusula de reserva de propriedade, os autores nunca o consideram absoluta, ou seja, consideram que, ao contrário, essa acessoriedade foi consagrada para assegurar o objectivo da própria cláusula de reserva de propriedade, que é a garantia de pagamento. Cf., por exemplo, M. Cabrillac, *Les Accessoires de la Créance*, in Études dédiées à Alex Weill, Dalloz/Litec, 1983, p. 107.

<sup>2013</sup> Em França, o artigo L. 624-16 al. 2 do *Code Commerce*, aplicável à falência abre uma possibilidade de reclamação ao vendedor não pago, que lhe permite apreender um bem que é reconhecido como sendo sua propriedade. Na jurisprudência, considera-se genericamente que o comprador que não tenha pago o preço não pode reclamar o bem objecto de reserva de propriedade. Cf. *Cass. Com.*, de 3 Dezembro de 2003, in

contrato, nomeadamente a alteração dos sujeitos contratuais. Não há dúvidas que a lei qualifica a reserva de propriedade como garantia acessória, todavia, deve-se considerar que o seu carácter acessório é relativo na medida em que deve permanecer fiel à função de garantia de serviço de segurança, que deve nortear as consequências do carácter acessório, que não pode prejudicar o credor e beneficiário da garantia na reserva de propriedade.

O artigo L. 624-16 al. 2 do *Code Commerce*, aplicável à falência abre uma reclamação do vendedor não pago, que lhe permite apreender um bem que é reconhecido como sendo sua propriedade. É na mesma lógica que o legislador da OHADA atribui direitos ao alienante sobre os outros bens fungíveis do devedor, nos termos do artigo 75.º AUG. É discutível a natureza jurídica desta restituição, ou seja, se se trata de um pagamento ou não - a restituição do bem não pago simplesmente retorna às mãos de seu proprietário, o vendedor, o que não constitui um pagamento<sup>2014</sup>, pois não se trata de preço. Esta solução não prejudica o eventual direito à indemnização do alienante e, da mesma forma, no apuramento do passivo com eventual liquidação, o bem reservado que não tenha sido pago não deve ser incluído nas operações de liquidação, mas devolvido ao seu proprietário.<sup>2015</sup> Na ausência de regras processuais específicas para resolver a questão da restituição, a jurisprudência francesa recorre às regras comuns<sup>2016</sup>.

*III. A relativa neutralidade da extinção da obrigação garantida.* Quando se decidiu atribuir expressamente o carácter acessório à cláusula da reserva de propriedade no anteprojecto de reforma do Direito das Garantias de 2006 em França, fundamentaram-se a opção no carácter acessório do próprio crédito. Este fundamento não convence, pois, tecnicamente, a garantia é que é acessório em relação à obrigação e não o contrário. É a própria reserva de propriedade que é acessória em relação à obrigação, só que é relativo porque visa proteger o credor contra a insolvência do devedor e o cumprimento dos

---

Bull. Civ. IV, n.º 191, p. 140; *Cass. Com.*, de 5 Dezembro de 1995, Bull. Civ. IV, n.º 280; *Cass. Com.*, de 6 Julho de 1999, in Bull. Civ. IV, n.º 150 e in *Gaz. Pal.* 1999, 2, p. 807; *Cass. Com.*, de 4 Janeiro de 2000, Bull. Civ. IV, n.º 5 e *JCP E*, 2000, n.º 17, p. 701.

<sup>2014</sup> Cf. William Dross, *La revendication dans les procédures collectives: une imposture?* in *Droit & Patrimoine - Revue Droit et Patrimoine*, vol. 199, 2011, pp. 30-40, p. 38.

<sup>2015</sup> Cf. P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz, coll. Dalloz action, 10.<sup>a</sup> ed., 2018, n.º 594.31; F. Pérochon, *Entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. Manuel, 10.<sup>a</sup> Ed., 2014, n.º. °c1417; B. Soinne, *Surendettement et faillite: unité ou dualité des regimes*, RPC, 1998-1, p. 1; S. Ledan, *Analyse comparative de la procédure de surendettement des particuliers et celle relative à la sauvegarde des entreprises*, in CCC Junho de 2006, Estudo 8, p. 5.

<sup>2016</sup> *Cass. Civ.*, de 30 de Maio de 1995, in Bull. Civ. I, n.º 228; *Cass. Civ.*, de 28 de Novembro de 1995 in Bull. Civ. I, n.º 441; *Cass. Civ.*, de 22 Janeiro de 2002, *Loyers et copropriété*, 2002, n.º 110. Para mais desenvolvimento, cf. Vigneau, G.-X. Bourin/C. Cardini, *Droit du surendettement des particuliers*, LexisNexis, Coll. Droit & professionnels, 2.<sup>a</sup> ed., 2012, n.º 331.

fundamentos desta cláusula exige a sua manutenção em caso da invalidade da obrigação antes do cumprimento do devedor.

IV. *A acessoriedade e a relevância da vontade das partes – razão da Crp.* Quando se afirma que se deve considerar que o carácter acessório da cláusula de reserva de propriedade é relativo e que deve permanecer fiel à função de garantia, está também a tomar-se em conta a vontade das partes. É inegável que a cláusula de reserva de propriedade constitui um acto de autonomia privada. Ela deriva da vontade das partes em negociar e da sua iniciativa em *cumpri-la*. Importa também saber até que ponto releva a vontade do sujeito no âmbito da reserva de propriedade. Parece claramente excessivo exigir que o sujeito possa prever e querer todos os efeitos produzidos por um negócio jurídico, mas na cláusula de reserva de propriedade as partes demonstram querer pelo menos a suspensão de efeitos essenciais do contrato de alienação, *i.e.* a transferência de propriedade.<sup>2017</sup> Por exemplo, se se trata de uma compra e venda normal, o comprador quer o efeito essencial de se tornar imediatamente proprietário da coisa. É verdade que, ao estipular tal cláusula, as partes assumem um *compromisso de garantia*, independentemente da tese<sup>2018</sup> adoptada em relação à natureza da reserva de propriedade. Por este motivo, as partes pretendem suspender a transferência de propriedade para a esfera jurídica do comprador. O acolhimento deste motivo para a inserção da cláusula de reserva de propriedade encontra-se na própria lei que, nos termos do artigo 75.º AUG, dispõe que esta cláusula suspende o efeito translativo do contrato até o pagamento integral da obrigação que constitua a contrapartida da referida eficácia. Assim, é sobretudo no que diz respeito ao destino da cláusula da reserva de propriedade na extinção da obrigação garantida que a tese da condição suspensiva oferece soluções elucidativas. Se a extinção

---

<sup>2017</sup> Cf. Ch. Biquet-Mathieu/F. Georges, *Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement*, in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruylant, Bruxelas, 2007, p. 121; J. Caeymaex, *Réflexions sur la réserve de propriété. Anotação a Cass.*, 22 Septembre 1994, in JLMB, 1995, p. 126; W. Derijcke, *Sûretés: Entre crédit et discrédit. Questions spéciales du droit des sûretés à l'usage des petites et moyennes entreprises*, Louvain, 1999, p. 154.

<sup>2018</sup> Para uma análise de diferentes teses em França, cf. Françoise Pérochon, *La réserve de propriété dans la vente de meubles corporels*, thèse, Montpellier, 1987, p. 67 ss. A grande parte da jurisprudência considera que se trata de uma condição suspensiva, cf. *Cass. req.*, de 21 Julho de 1897, in Bibliothèque nationale de France, département Droit, économie, politique, 4-F-12, p. 272; *Cass. Com.*, de 20 Novembro de 1979, in JCP G 1981, II, 19615, com anotações de J. Ghestin; *Cass. Com.*, de 12 de Julho de 1994, in Bull. Civ. IV, n.º 268, p. 212. Uma parte da doutrina considera que a reserva de propriedade possui uma natureza *sui generis*, cf. P. Crocq, *Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Situation du vendeur de meubles – Clause de réserve de propriété*, in JCl. Commercial, fascículo 2545, 2015, n.º 40; M. Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, thèse, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tomo 505, 2009, pp. 27 ss.; P. Jestaz, *La réserve de propriété ou la vente éclatée*, in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 227. Sobre as críticas à tese da condição suspensiva, cf. C. Saint Alary Houin, *Réflexions sur le transfert différé de la propriété immobilière*, in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, 1985, p. 734.

da obrigação principal for satisfatória (pagamento do preço, indemnização, etc.), implica a transferência da propriedade. No caso da extinção não satisfatória, dificilmente poderemos considerar que a vontade das partes é operar a transferência da propriedade. Em princípio, sendo o completo oposto do pagamento, a extinção insatisfatória da obrigação garantida não corresponde ao motivo apontado pelas partes como elemento essencial do contrato, coberto pela condição.

A extinção insatisfatória, consequentemente, resulta na falta de verificação da condição. Com efeito, se a obrigação for garantida pela reserva de propriedade, se não houver o cumprimento, não há transferência de propriedade. Todavia, deve-se realçar que são muitas as hipóteses em que a extinção insatisfatória da obrigação garantida deve-se ao comportamento do credor - a sua vontade (perdão da dívida) ou a sua negligência (prescrição, não declaração de crédito em processo colectivo). Parece-nos que neste caso, deve-se considerar que se verifica a condição imprópria, na medida em que a pessoa que tinha interesse nela impediu a sua verificação, e deve-se aplicar o regime da condição, artigo 275.º/2 CC<sup>2019</sup>, que dispõe que *se a verificação da condição for impedida, contra as regras da boa fé, por aquele a quem prejudica, tem-se por verificada; se for provocada, nos mesmos termos, por aquele a quem aproveita, considera-se como não verificada*. Neste caso, é o credor que impede a verificação da do cumprimento, deve ser considerada verificada, sob pena de admitirmos um *venire contra factum proprium* ou outra modalidade de violação de boa-fé. No fundo, seria ilógico considerar que não se procede a transferência da propriedade quando a extinção da obrigação garantida deriva do perdão voluntário da dívida ou quando a consequência da omissão de exigência de cumprimento deriva da lei, nomeadamente a prescrição ou quando não reivindica depois de ser notificado para o efeito no processo executivo. Esta solução visa dar segurança jurídica nestas situações.

V. *A acessoriedade e a moderação necessária ao atentado ao direito de propriedade*. Não se nega a especificidade do direito de propriedade do titular de uma garantia mobiliária, que não pode ser comparada em todos os aspectos aos bens comuns<sup>2020</sup>. Todavia, o argumento é, no entanto, insuficiente para excluí-lo da protecção concedida à propriedade como um direito fundamental. De facto, aceita-se que os próprios credores beneficiam de direitos fundamentais como o direito de propriedade. Tal

---

<sup>2019</sup> Também dispõe o artigo 1304 -3 do *Code Civil*, que a condição se considera verificada se a pessoa que tinha um interesse nela impediu o cumprimento.

<sup>2020</sup> Cf. M. Grimaldi, *Réflexions sur mes sûretés propriétés*, Recueil Dalloz, 2017 pp. 1717 ss.

protecção é concedida aos credores que fundamentam as acções nos bens, tendo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem expressamente<sup>2021</sup> consagrado para as garantias reais e, logicamente, para a reserva de propriedade, enfatizando ainda que não importa se a reserva de propriedade é considerada um direito de propriedade ou uma garantia real<sup>2022</sup>. Negar protecção ao proprietário pode até não se tratar de uma infracção, mas a protecção é justificada pela protecção de um determinado direito fundamental do devedor.<sup>2023</sup>

### **8. A necessidade da eficácia da reserva de propriedade**

Considerar que se extingue a reserva de propriedade com a extinção da obrigação garantida, é sinónimo tornar esta garantia totalmente ineficaz. Se nos limitarmos à letra da lei, seria exactamente o destino das garantias baseadas na titularidade/propriedade em qualquer processo colectivo de apuramento de passivo reflecte naturalmente as dificuldades económicas do devedor, pelo que se deve garantir a eficácia das garantias cujo objectivo é precisamente proteger o credor contra essas dificuldades. No entanto, a necessidade do grau de protecção das garantias aumenta com a gravidade das dificuldades a que cada tipo de procedimento se destina. Por isso, a protecção concedida às garantias nos processos de liquidação das empresas não viáveis em condições adequadas a maximizar o valor dos activos dos devedores, em ordem a aumentar os montantes recuperados pelos credores e estabelecer uma ordem precisa de pagamento dos créditos garantidos e não garantidos a protecção concedida às garantias é superior do que nos processos preventivos de conciliação e de regulação preventiva, bem como nos processos de revitalização de recuperação judicial e de liquidação de bens com vista a preservar as actividades económicas e os níveis de emprego das empresas devedoras, a recuperar rapidamente as empresas viáveis. Mesmo que se entenda que a protecção concedida à titularidade garantia é mais forte do que a concedida às garantias reais tradicionais, isso não justifica que se considere que se extingue a cláusula de reserva de propriedade com a extinção da obrigação garantida quando ainda não seja prestada a contrapartida de que depende a transmissão da propriedade.

---

<sup>2021</sup> J. Laurent, *La propriété des droits*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, tomo 537, 2012, p. 280 ss.

<sup>2022</sup> Cf. Cour EDH, 23 de Fevereiro de 1995, *Gasus Dosier und Fördertechnik GmbH c/ Pays-Bas*, série A, n.º 306, in [file:///C:/Users/moias/Downloads/CEDH%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/moias/Downloads/CEDH%20(1).pdf).

<sup>2023</sup> Cf. Karl Lafaurie, *Retour et projection sur le sort de la clause de réserve de propriété en cas d'effacement de dette*, in *Droit&Patrimoine* n.º 290 – Abril, 2019, p. 11.

Outra solução seria incoerente, na medida em que nos processos de recuperação judicial e de liquidação das empresas é concedida a protecção ao credor beneficiário da reserva de propriedade (artigo 103.º do AUOPCAP) garantindo-lhe um pagamento prioritário, e, ao mesmo tempo, retirando-lhe totalmente a protecção no procedimento em que as dificuldades são mais elevadas.

## **9. A necessidade de equilíbrio na recuperação do devedor**

Actualmente, a nível europeu, é encorajada a adopção de medidas que permitem o devedor sair da exclusão social e profissional e, conseqüentemente retomar a sua actividade profissional/económica, através da Directiva (UE) 2019/1023 do

Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Junho de 2019, sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que altera a Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestruturação e insolvência). Nos termos do seu artigo 1.º, tem por objectivo contribuir para o bom funcionamento do mercado interno e eliminar os obstáculos ao exercício de liberdades fundamentais como a livre circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento, os quais resultam das diferenças entre as legislações e processos nacionais de reestruturação preventiva, de insolvência, de perdão de dívidas e de inibições. Ainda dispõe que sem afectar os direitos e liberdades fundamentais dos trabalhadores, *visa eliminar os referidos obstáculos assegurando o acesso das empresas e empresários viáveis que estejam em dificuldades financeiras a regimes nacionais eficazes de reestruturação preventiva que lhes permitam continuar a exercer a sua actividade; a possibilidade de os empresários honestos insolventes ou sobreendividados beneficiarem de um perdão total da dívida depois de um período razoável, permitindo-lhes assim terem uma segunda oportunidade; e uma maior eficácia dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, nomeadamente com vista à redução da sua duração.* Estas medidas permitem ao indivíduo endividado sair de uma situação que o condena à exclusão social e profissional retomar uma nova actividade económica, o que é interessante do ponto de vista económico: permite ao credor recuperar um crédito com que já não estava a contar assim como concede ao devedor uma segunda

oportunidade para regular a sua responsabilidade (cumprir a sua obrigação), o que pode ser muitas vezes benéfica<sup>2024</sup>.

Todavia, deve-se realçar que estas medidas não são ordinárias e que apenas são aceitáveis quando são concedidas a devedores de boa-fé. Por exemplo, um devedor que consegue evitar a execução tendo o património suficiente sem pagar a dívida é considerado um devedor de má-fé. Por isso, o Direito Insolvência francês apenas admite a eliminação das dívidas depois de liquidada a totalidade dos bens do devedor ou depois de constatar que os bens do devedor são insuficientes ao ponto de não permitir efectuar o pagamento. Por esta razão, pareceria injusto que um devedor, cuja obrigação garantida for declarada inválida pudesse reclamar a qualidade de proprietário de um imóvel que não pagou<sup>2025</sup>. É certo que tal bem poderia ser útil para a recuperação do credor, mas esse direito à recuperação deve ser equilibrado<sup>2026</sup>. É nesta lógica que o legislador da OHADA se limita a considerar que a reserva de propriedade constitui uma garantia acessória, mas uma acessoriedade relativa, ao não adoptar o termo independentemente da causa da extinção da obrigação garantida. Consideramos que não é justo que um devedor, cuja obrigação garantida inválida pudesse reclamar a qualidade de proprietário de um imóvel que não pagou, mas pode-se ter problemas nos casos em que, o preço da coisa objecto de reserva de propriedade já tinha sido pago parcialmente. Neste caso, em França, por aplicação do artigo 2371º do Código Civil francês, o valor do bem recuperado é debitado ao saldo da dívida garantida, de forma que quando o valor do bem recuperado ultrapassar o valor da dívida garantida ainda, o credor deve devolver ao devedor um montante igual à diferença, por forma a evitar o enriquecimento sem causa do credor, norma idêntica ao disposto no artigo 77.º/3 AUG.

Tendo em conta esta solução, no âmbito do processo de insolvência com liquidação dos bens, pode acontecer que o devedor se encontre, após o apuramento das suas responsabilidades, com grande quantidade de bens impenhoráveis (adquiridos sob reserva de propriedade). O resultado pode não ser satisfatório, na medida em que, depois de encerrada o processo de liquidação, o credor fica com bens cujo património é suficiente para evitar o processo de liquidação dos bens. Por isso, para evitar esta situação, foi

---

<sup>2024</sup> Cf. K. Lafaurie, *La force obligatoire du contrat à l'épreuve des procédures d'insolvabilité*, thèse, 2017, LGDJ, Coll. Bibliothèque de Droit Privé, Bordeaux, n. 375.

<sup>2025</sup> Cf. H. Barbier, *Anotações a Cass. Civ., de 27 de Fevereiro de 2014*, in RTDCiv., 2014, p. 370 - *la procédure de surendettement ne peut pas tout pour le débiteur*.

<sup>2026</sup> Cf. Françoise Pérochon, *Entreprises en difficulté*, cit., n.º 371.



proposta<sup>2027</sup> a inclusão de bens adquiridos sob reserva de propriedade na avaliação do património do devedor, pois pode já ter pago grande parte do preço do bem reservado, podendo inclusive dar-se o caso de o credor renunciar à restituição do bem reservado.

## 10. Âmbito de aplicação da reserva de propriedade no AUG

*I. Generalidades.* Nos termos do artigo 72.º AUG, a propriedade de um *bem móvel* pode ser reservada por força de uma cláusula que suspenda a eficácia translativa de um contrato até ao cumprimento integral da *obrigação que constitua a contrapartida* da referida eficácia. É, no entanto, necessário determinar o âmbito de aplicação desta disposição.

*II. Objecto - Uma garantia exclusivamente mobiliária.* O que se pretende com este ponto é determinar se a reserva de propriedade pode incidir sobre o bem móvel e também sobre os imóveis. Em França, é frequente o recurso à reserva de propriedade na matéria de venda imobiliária. Todavia, mesmo após a sua consagração expressa em 2006 por via da *Ordonnance n.º 2006-346 du 23 Mars 2006 Relative aux Sûretés*, persistia a dúvida, sobre a validade da reserva de propriedade sobre os bens imóveis. Para dissipar tal dúvida, em 2009, através do artigo 6.º da *Ordonnance n.º 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie*, o domínio da reserva de propriedade foi estendido expressamente aos bens imóveis, alterando o artigo 2373.º, que apenas admitia como garantia real imobiliária os privilégios creditórios, o penhor imobiliário e as hipotecas.

Na Alemanha, nos termos do § 449 BGB, apenas se admite a reserva de propriedade sobre os bens móveis, tendo em conta que o § 925 II BGB excluir expressamente a possibilidade de subordinar a transmissão a condição suspensiva, que leva a doutrina a considerar que a reserva de propriedade não pode ser aplicável a venda de bens imóveis, por causa da segurança no comércio jurídico. Em Itália, nos termos do artigo 1523.º do *Codice Civile*, a reserva de propriedade é prevista no âmbito da venda de bens móveis<sup>2028</sup>, estatuiu-se que na venda a prestações com reserva de propriedade o

---

<sup>2027</sup> Cf. J. E. Degenhardt, *La détermination de l'actif du débiteur sollicitant un rétablissement professionnel : faut-il prendre en compte des biens acquis sous réserve de propriété et le patrimoine affecté de l'EIRL?*, BJED Setembro, 2014, p. 337.

<sup>2028</sup> O Código Civil italiano prevê a alienação com reserva de propriedade quando estejam em causa bens móveis, quer sejam registáveis, quer se trate de simples coisas móveis não sujeitas a registo. Não obstante, actualmente, tem sido consensual na doutrina italiana a admissão da cláusula de reserva de propriedade em relação à compra e venda de imóveis. Fundamentam que o argumento da colocação sistemática não é um argumento categórico, explicando-se essa opção legislativa pelo facto de a venda com reserva de propriedade ter aplicação mais frequente no caso de coisas móveis. Considera-se também não ser decisivo,

comprador adquire a propriedade da coisa vendida com o pagamento da última prestação do preço.

No Direito brasileiro, só se admite a reserva de propriedade em relação aos bens móveis, nos termos do artigo 521.º do Novo Código Civil Brasileiro<sup>2029</sup>. No âmbito do Direito interno, o artigo 509.º é muito lato, sendo o CC dos mais latos neste sentido<sup>2030</sup>, admitindo, entre outras situações, a reserva de propriedade sobre móveis e imóveis.

No AUG, a reserva de propriedade vem prevista no âmbito das garantias mobiliárias, o que, à partida, parece que só se admite a reserva de propriedade em relação aos bens móveis. Em relação às garantias mobiliárias, o AUG estabelece o princípio da taxatividade das garantias reais mobiliárias<sup>2031</sup>, determinando no seu Título 2 – Garantias mobiliárias, artigo 50.º “*São garantias mobiliárias: o direito de retenção, a reserva de propriedade, a alienação de propriedade em garantia, o penhor de coisas móveis corpóreas, o penhor de coisas móveis incorpóreas e os privilégios creditórios.*”. O que significa que só admite a validade destas garantias mobiliárias. Em relação às garantias imobiliárias, dispõe no Título 3 – Hipotecas, “*A hipoteca consiste na afectação de uma coisa imóvel determinada ou determinável pertencente ao autor da hipoteca em garantia de um ou mais créditos, presentes ou futuros, contanto que sejam determinados ou*

---

para excluir essa possibilidade, o facto de, para os imóveis, o vendedor estar garantido por hipoteca legal sobre o imóvel alienado, nos termos do n.º 1 do artigo 2817.º do *Codice*. Os autores italianos pugnam, por isso, pela possibilidade de, mesmo na venda de imóveis, se convencionar a cláusula de reserva de propriedade, cf. Maurizio de Tilla, *Il Diritto Immobiliare*, I, 2.ª ed., Giuffrè, Milan, 1999, p. 311; Marco Lipari, *Dei Singoli Contratti. Della vendita, Nuova rassegna di giurisprudenza organizzato por CESARE RUPERTO e VITORIO SGROI*, Livro IV, Tomo II, Milan, Giuffrè, 2001, p. 724; Daniele Minussi, *La Compravendita e la Permuta*, Simone, Nápoles, 2003, p. 345; Fernando Bocchini, *La Vendita di Cose Mobili, Il Codice Civile – Commentario diretto da PIETRO SCHLESINGER*, Giuffrè, Milan, 1994, p. 311; Giuseppe Mirabelli, *Dei Singoli Contratti, Commentario del Codice Civile*, UTET, Torino, 1962, pp. 168 – 169 e; Marco Lipari, *Vendita con Riserva di Proprietà*, Enciclopedia del Diritto, XLVI, Giuffrè, Milan, pp. 526 e s, p. 539.

<sup>2029</sup> Alguns autores brasileiros defendem que a compra e venda com reserva de propriedade restringe-se à venda de coisas móveis. Considera-se que é inútil, na venda imobiliária, apor a cláusula de reserva de propriedade, pois o vendedor disporia de uma outra garantia eficaz - a hipoteca; defende-se que o pacto de reserva de propriedade é incompatível com o efeito real da inscrição no registo; e, por outro lado, o actual Código Civil brasileiro faz expressa referência, na regulação da reserva de domínio, à venda de coisas móveis, pelo que a doutrina exclui que a cláusula possa ser aposta em contrato de compra e venda de coisas imóveis, cf. Sebastião de Souza, *Da Compra e Venda*, 2.ª ed., Revista Forense, Rio de Janeiro, 1956, p. 410 e Agostinho Alvim, *Da compra e venda e da troca*, Forense, Rio de Janeiro, p. 256. Em sentido contrário, Gustavo Ramos Perissinoto, *Compra e Venda com Reserva de Domínio/Propriedade – Comparação dos Direitos Brasileiro e Português*, Themis, Ano VI, n.º 11, 2005, p. 98, considera que a reserva de propriedade pode ser aposta em contratos de compra e venda que tenham por objecto bens imóveis.

<sup>2030</sup> Cf. Menezes cordeiro, *Tratado*, X, p. 853 e Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., 3.ª ed., p. 458, Raúl Ventura, *Contrato de Compra e venda no Código Civil*, cit., p. 607 e Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Reais*, cit., p. 461.

<sup>2031</sup> Cf. Leon Duguit, *Lás Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, (Trad. Carlos G. Posada), Libéria Espanhola y Extranjera, Madrid, 1902, p. 87ss e Luiz Edson Fachin, *A função social da posse e a propriedade contemporânea (uma perspectiva da usucapião imobiliária rural)*, Fabris, Porto Alegre, 1988, pp. 17 ss

*determináveis. A hipoteca pode ser legal, convencional ou judicial.” Assim, em relação às garantias imobiliárias, o AUG, diferentemente das garantias mobiliárias, não estabelece o princípio da taxatividade que tem de ser expresso fazendo uma leitura atenta do seu artigo 4.º/2, parece-nos que o AUG não admite as garantias reais nele não reguladas – “Salvo disposição do presente Acto Uniforme em contrário, as únicas garantias reais validamente constituídas são as reguladas pelo presente Acto. Estas consistem ou no direito do credor de se fazer pagar preferencialmente pelo preço de venda de um bem afecto à garantia da obrigação do seu devedor, ou no direito de voltar a livremente dispor de um bem de que seja proprietário em garantia dessa obrigação” – acaba por estabelecer um *numerus clausus* em relação às garantias reais – artigo 50.º AUG.*

## **11. O problema de Coisas consumíveis**

*I. Garantias flutuantes – rotativas.* Nos termos do artigo 72.º AUG, A propriedade de um bem móvel pode ser reservada em garantia por força de uma cláusula de reserva de propriedade. Assim, nos termos desta disposição, o contrato apenas pode ter por objecto uma coisa móvel. Sobre esta questão, RAUL VENTIRA<sup>2032</sup> já considerava, tendo em conta o regime do CC, que a venda de coisas consumíveis é incompatível com a reserva de propriedade, salvo se uma inconsumibilidade vier a ser estipulada pelas partes. MENEZES LEITÃO<sup>2033</sup> considera que a reserva de propriedade pode ser celebrada em relação a quaisquer bens móveis ou imóveis, mas estes só podem ser coisas específicas e não consumíveis. Para PESTANA DE VASCONCELOS, o objecto tem de ser uma coisa não consumível e a questão que se coloca é se pode ser uma coisa genérica ou não. Entende o autor que a reserva de propriedade não pode ter por objecto uma coisa genérica em si enquanto for genérica, porque nesta não há qualquer transferência da propriedade, o que se verifica só futuramente com a concentração, passando a obrigação de genérica para específica. Depois da concentração, considera o autor que uma vez que as coisas passarem a ser coisas determinadas, pode ocorrer a reserva de propriedade, não se transmitindo a propriedade, como de outra forma sucederia.

---

<sup>2032</sup> Cf. Raul Ventura, *O Contrato de Compra e Venda no Código Civil*, cit., p. 606.

<sup>2033</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias*, cit., 6.ª ed., p. 254.

*Com a adopção do princípio do consensualismo, a entrega acabará por, na maioria dos casos, ter relevância no campo dos efeitos obrigacionais do contrato em questão, desenvolvendo a função de realizar, no plano material, a transmissão da propriedade já ocorrida no plano jurídico, por força do princípio da consensualidade... a entrega apenas implica a transmissão da propriedade caso estejamos perante obrigações genéricas; nos restantes casos, como verificámos, rege o princípio do consensualismo, com a inerente suportação do risco. O que equivale a dizer que a entrega assumirá maior preponderância, sobretudo, no campo da alienação de mercadorias, sem prejuízo de as partes determinarem que o risco de perecimento apenas se transfere para o accipiens com a entrega da coisa, nos termos do artigo 796.º, número 2.*

HUGO RAMOS ALVES, *Dação em Cumprimento*, pp. 385 ss. e p. 794, considera que o efeito translativo da propriedade só ocorrerá no momento de pagamento do preço ou da verificação de um outro evento, pelo que o conclui o autor que se deve admitir a venda de coisas genéricas com reserva de propriedade com este significado. Ainda o autor admite a cláusula de reserva de propriedade sobre bens que não são corpóreos, nomeadamente um direito de crédito, cuja transmissão opera por efeito do contrato e a necessária notificação.<sup>2034</sup> ROMANO MARTINEZ<sup>2035</sup> advoga em relação às coisas genéricas, que a cláusula de reserva de propriedade só produz efeitos depois da concentração. As coisas consumíveis, em regra, são fungíveis. Tendo em conta a função de garantia da cláusula de reserva de propriedade, a maioria da doutrina lusófona a considerar que a cláusula de reserva de propriedade não pode ser aposta quando o contrato tenha por objecto coisas consumíveis, a não ser que se convencionasse que o comprador se obrigaria a manter intacta a coisa até integral pagamento do preço. Tratando-se da coisa consumível, tendo em conta a sua própria natureza e função, a possibilidade da sua utilização imediata constitui a motivação do adquirente para celebrar um contrato de compra e venda. Com efeito, se o adquirente não puder usar a coisa, dificilmente se poderá identificar a sua motivação para celebrar o negócio da sua aquisição. De acordo com o nosso regime interno, considera-se que a eventualidade da resolução do contrato e a consequente restituição da coisa ao vendedor levam a considerar-se que uma estipulação da reserva de propriedade seja incompatível quando o objecto da alienação seja uma coisa consumível, porque se o alienante vier a recuperá-las, as mesmas já nada teriam a ver com

---

<sup>2034</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., 3.ª ed., p. 461.

<sup>2035</sup> Cf. Romano Martinez, *Direito das Obrigações, Parte Especial*, cit., p. 37.

as suas características físicas e económicas iniciais. Há divergência<sup>2036</sup> doutrinária quanto a esta questão. Todavia, considera-se que este raciocínio não é decisivo para excluir que a reserva de propriedade seja aposta em contratos que tenham por objecto coisas consumíveis, porque os direitos do vendedor, em caso de resolução, podem manter-se quanto à parte remanescente e não consumida da coisa que o comprador ainda conserva.<sup>2037</sup>

O tema das garantias flutuantes, apesar de ter regime jurídico instituído em Macau<sup>2038</sup> e no Brasil<sup>2039</sup>, apresenta escasso desenvolvimento na literatura jurídica bissau-guineense. De acordo com o nosso sistema de garantias, o penhor constitui a garantia que

---

<sup>2036</sup> Cf. C. Maximo Bianca, *La vendita e la permuta, Trattato di Diritto Civile Italiano*, (Org. Vassali), VII, 1, 2.<sup>a</sup> Ed., UTET, Torino, 1993, p. 601, considera que não existe qualquer fundamento legal para excluir que o pacto de reserva de propriedade possa ser apostado em contratos que tenham por objecto coisas consumíveis. No mesmo sentido, Simona Rossetti, *Vendita con Riserva di Proprietà*, *Compravendita e Figure Collegate*, (Paolo Cendon), VII, UTET, Torino, 2007, p. 121. É esta a posição que vem sendo defendida na Alemanha, considerando que a reserva de propriedade pode incidir sobre coisas consumíveis - *verbrauchbare Sachen* - definidas no §92 do BGB, abrangendo-se com tal expressão as coisas móveis cuja utilização comum consiste no seu consumo ou na sua alienação, cf. Isabel Menéres Campos, *Contributo para o Estudo da Reserva de Propriedade Em Especial a Reserva de Propriedade a Favor do Financiador*, FDUC, Coimbra, 2009, p. 100 – 101. Em sentido contrário, cf. Luminoso, *La compravendita*, cit., p. 143 e Paolo Greco/Gastone Cottino, *Della compravendita*, *Commentario del Codice Civile* (Scialoja e Bianca), Zanichelli, Bolonha, 1981, p. 365, que consideram que, qualquer que seja a natureza ou o destino da coisa, o comprador não pode incorporar, consumir ou transformar a coisa comprada com reserva de propriedade, porque implicam o incumprimento do contrato.

<sup>2037</sup> Cf. Isabel Menéres Campos, *Contributo para o Estudo da Reserva de Propriedade Em Especial a Reserva de Propriedade a Favor do Financiador*, FDUC, Coimbra, 2009, p. 100.

<sup>2038</sup> O CCM, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 48/99/M, de 3 de Agosto de 1999, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 6/2000, de 27 de Abril de 2000, e pela Lei n.º 16/2009, de 10 de Agosto de 2009, adoptou a figura da garantia flutuante e regulou-a nos seus artigos 928.º a 941.º, estabelecendo um regime semelhante à *floating charge*. Nos termos do n.º 1 do artigo 928.º do CCM, *garantia flutuante é aquela que versa sobre todos ou parte dos bens, exceptuados os imóveis, que estejam ou venham a estar afectados ao exercício de uma empresa, e cujos efeitos ficam suspensos até ao momento em que, verificado o fundamento previsto na lei ou no contrato, o credor provoque a consolidação da garantia*, sendo permitido ao devedor que disponha e onere os bens que cabem no âmbito do exercício da sua actividade, podendo as partes estabelecer restrições aos referidos poderes - artigo 933.º do CCM). Nos termos do artigo 929.º do CCM constitui uma garantia apenas aplicáveis para garantir as obrigações comerciais. A oponibilidade a terceiros está dependente do registo da notificação da consolidação prevista no artigo 934.º do CCM. A consolidação realiza-se no momento em que a garantia deixa de recair sobre parte ou o conjunto dos bens do património do devedor, assumindo a função de penhor ou de hipoteca relativamente a cada bem que, naquele momento, esteja compreendido no conjunto de bens do devedor - artigo 936.º do CCM. A concorrência entre garantias flutuantes se resolve pela prioridade da respectiva inscrição no registo comercial, e não pela prioridade da respectiva consolidação, nos termos do artigo 940.º do CCM.

<sup>2039</sup> Através da Lei das Sociedades Anónimas, aprovada pela Lei n.º 6.404, de 15 de Dezembro de 1976, o legislador brasileiro prevê uma forma de garantia flutuante, as *debêntures*, que são valores mobiliários representativos de uma fracção de um empréstimo, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 6385, de 7 de Dezembro de 1976, emitidos por sociedades anónimas, que têm a sua fonte na celebração de um contrato de mútuo entre a entidade emissora e os *debenturistas* e que confere a estes um direito de crédito sobre a primeira nos termos e condições definidas na escritura de emissão. Ainda nos termos do artigo 58.º da Lei das Sociedades Anónimas, podem identificar-se quatro espécies de *debêntures*: as *debêntures* com garantia real, com garantia flutuante, sem preferência ou subordinadas. Nos termos do § 1.º do mencionado preceito, as *debêntures* flutuantes asseguram a constituição de um privilégio geral sobre o activo da sociedade emissora, não impedindo a negociação dos bens que compõem o referido activo.

mais se adequa às garantias flutuantes, tendo em consideração o seu objecto, identificam-se, à partida, um conjunto de problemas relacionados com as características da garantia real prevista nos artigos 666.º e seguintes do Código Civil, nomeadamente a possibilidade de constituição de penhor sobre um conjunto de bens em constante alteração, os obstáculos criados pela necessidade de desapossamento dos bens garantidos, a própria dinâmica da constituição do direito real, que é estranha à dilação existente entre a constituição da garantia e a determinação dos bens que responderão pela dívida. O problema que se coloca tem a ver com a possibilidade de constituição de uma garantia sobre bens móveis de natureza circulante, como é o caso de matérias-primas, produtos intermédios na cadeia produtiva, produtos finais, e, sobretudo, os denominados stocks e produtos de inventário, que constituem a fonte de criação de riqueza dos devedores e, como tal, instrumento essencial para o desenvolvimento da actividade do devedor. Diferentemente, noutros ordenamentos jurídicos estrangeiros, nomeadamente Itália<sup>2040</sup>,

---

<sup>2040</sup> Para dar resposta às exigências do mercado, cf. Laura Prosperetti, *Eccesso e riduzione di garanzia nel pegno rotativo d'istumenti finanziari*, in *Diritto della Banca e del Mercato Finanziario*, a. 20, n.º3, Julio – Stembro, 2005, 1.ª parte, p. 359, a doutrina e jurisprudência italiana equacionaram um modelo de garantia mobiliária, atenuando o desapossamento e estabelecendo a possibilidade de transferência do direito real sobre determinados bens, valores ou direitos para outros bens, valores ou direitos, sem dar lugar a um efeito novatório do contrato de garantia, cf. Enrico Gabrielli, *Il Pegno Anomalo, Saggi e documenti di diritto civile*, CEDAM, 1990, p. 181. Para a substituição dos bens em resultado da natureza e da dinâmica do mercado, a doutrina italiana encontrou a solução - admitida posteriormente pela jurisprudência - na designada *garantia flutuante ou rotativa*, nos termos do qual, através do mecanismo da sub-rogação real, os bens dados em garantia são substituídos por outros, assumindo estes a posição inicial dos primeiros, no que ao vínculo real diz respeito, cf. Laura Prosperetti, *Eccesso e riduzione di garanzia nel pegno rotativo, cit.*, p. 363 - 364. Esta possibilidade encontra sustentação no facto de o interesse protegido pela garantia não estar directamente relacionado com a coisa em si mas com a sua utilidade real, que consiste no valor económico que representado, cf. Enrico Gabrielli, *Il Pegno Anomalo, Saggi e documenti di diritto civile*, CEDAM, 1990, p. 189. Trata-se, portanto, de uma garantia convencional, que resulta da autonomia das partes, e que se traduz na celebração de pactos de rotatividade, mediante acto escrito, onde se especifique com clareza o momento da constituição do direito real e onde se determinem limites objectivos à substituição dos bens, cf. Laura Prosperetti, *Eccesso e riduzione di garanzia nel pegno rotativo, cit.*, p. 364.

Espanha<sup>2041</sup> e Inglaterra<sup>2042</sup>, têm apresentado diferentes soluções para a problemática da conciliação do sistema de garantias mobiliárias com a evolução do mercado e das relações jurídicas subjacentes.

No AUG, o legislador admite a validade da reserva de propriedade sobre coisas ainda não individualizadas, nos termos do artigo 75.º, dispõe que a reserva de propriedade de um bem fungível pode ser feita valer, até à concorrência do restante crédito em dívida, sobre bens da mesma espécie e qualidade detidos pelo devedor ou por sua conta. Esta

---

<sup>2041</sup> Em Espanha foi criado um diploma especial - a *Ley de 16 de diciembre de 1954 de la Hipoteca Mobiliária y de la Prenda sin Desplazamiento de Posesión*. Com base no referido diploma, em qualquer um dos casos - *Hipoteca Mobiliária y de la Prenda sin Desplazamiento de Posesión* - o devedor poderá alienar os bens garantidos, desde que, para tanto, tenha o consentimento do credor, nos termos do artigo 4.º da Ley. A prenda sin desplazamiento é definido pela doutrina como *una garantía que recae sobre cosas muebles no susceptibles de hipoteca mobiliária, 'por su imperfecta identificación registral', que han de permanecer situadas en un lugar determinado, en poder de su dueño y en concepto de depósito, de tal modo que, incumplida la obligación asegurada, el Acreedor puede proceder a su venta y cobrarse con su precio*, cf. C. López Beltrán de Heredia, *La Hipoteca mobiliária y la Prenda sin desplazamiento de la posesión*, in VV.AA., *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, (cord. A. M. López y López y V. L. Montés Penadés), 1994, p. 758; José Luís Garcia-Pita y Lastres, *La Hipoteca mobiliária y la Prenda sin desplazamiento, en el Derecho mercantil*, in *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, Tomo II – *Garantías Reales, I – Garantías Mobiliarias*, 1996, p. 309. Ainda qualifica a *prenda sin desplazamiento* como direito real de garantia, cf. José Luís Garcia-Pita y Lastres, *La Hipoteca mobiliária y la Prenda sin desplazamiento, cit.*, p.308-331.

<sup>2042</sup> Face às características dos três tipos de garantias reais consensuais existentes no ordenamento jurídico inglês – *pledge, mortgage e charge* –, facilmente se chegou à conclusão da inadequação do regime das referidas garantias para casos em que, pela natureza das coisas, os bens susceptíveis de constituir objecto de garantia não pudessem deixar de estar na posse do devedor para garantir a continuação da sua actividade (e, portanto, a continuação da geração de riqueza e dos recursos necessários para prover ao cumprimento das suas obrigações), e apresentassem uma natureza circulante e não estática que implicasse uma constante alteração do património dado em garantia. A *floating charge* surgiu em consequência do esforço da praxis comercial e da jurisprudência dos Tribunais Ingleses. Michael G. Bridge, *The English Law of Real Security*, in *European Review of Private Law*, Vol. 10, n.º 4, 2002, p. 487; Gian Bruno Bruni, *La Garanzia 'Fluttuante' nell'Esperienza Guiridica Inglese e Italiana*, in *Banca Borsa e Titoli di Credito*, Rivista di Dottrina e Guirisprudenza, ano XLIX, V, 1.ª parte, Novembro - Dezembro, 1986, p. 693; Joana Forte Pereira Dias, *Mecanismos Convencionais da Garantia do Crédito: Contributo para o Estudo da Garantia 'Rotativa' mobiliária no Ordenamento Jurídico Português*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídicas, (orientação: António Menezes Cordeiro), Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2005, p. 64. Destaque-se, a este respeito, o caso *Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Co. (1870)*, em que se reconheceu ao devedor a liberdade de dispor do complexo de bens garantidos até ao momento da consolidação da garantia sobre todos os bens da empresa, e o caso *Re Yorkshire Woolcombers Association(1903)*, no qual se reconheceu a figura, definindo-se as suas características essenciais e típicas: (a) trata-se de uma garantia sobre um conjunto ou sobre todos os bens da empresa presentes e futuros; (b) conjunto ou totalidade que, *in the ordinary course of business of the company*, se encontram em constante alteração; (c). Por outro lado, até a um certo momento determinado pelas partes, a empresa pode continuar a desenvolver a sua actividade nos termos normais, tanto quanto ao conjunto de bens objecto de garantia diz respeito, cf. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: inserção no ordenamento jurídico português* in RDS, V, 2013, 4, pp. 891-938, p. 894. Vários países de diferentes continentes adoptaram figuras com características muito semelhantes, nomeadamente, Escócia, República Checa, Rússia, Japão, Sri Lanka, Índia, Malásia, cf. Alexei Zevrev, *Securities Issues under Russian Law*, in *Emerging Financial Market Transactions*, 1998, 298-299, publicado também in <https://www.oecd.org/corporate>; Barbara Adamkova, *Protection of Creditors by the English Fixed and Floating Charge as Compared to the Czech Encumbering Charge over Business*, CEU e TD Collection, Budapest, 2010, p. 28; Masao Yanaga, *The Japanese Approach*, in *Emerging Financial Market Transactions*, 1998, p. 334-337; Sonali Abeyratne, *Enforcing Security in India, Sri Lankan and Malaysia*, in *Emerging Financial Market Transactions*, 1998, p. 347 e George L. Fretton, *Mixed Systems: Scotland*, in *Emerging Financial Market Transactions*, 1998, p. 286-289.

norma foi inspirada directamente no artigo 2369.º do Código Civil francês<sup>2043</sup> e no L. 624-18 do Código Comercial francês<sup>2044</sup>, para facilitar a rotatividade rápida de stocks, dispõem que a reserva de propriedade de um bem fungível pode ser feita valer, até à concorrência do restante crédito em dívida, sobre bens da mesma espécie e qualidade detidos pelo devedor ou por sua conta. Esta solução leva a doutrina<sup>2045</sup> francesa a qualificar a reserva de propriedade sobre bens fungíveis de um direito sobre o valor, na medida em que os bens perdem as suas individualidades.

*II. O problema.* O direito de propriedade é um direito real, pelo que estabelece uma relação jurídica directa, sem intermediação, i.e. é um direito absoluto. Com efeito, uma vez constituída, a sua individualização não carece de intervenção do terceiro. Com efeito, considera-se que se for necessário a intermediação, deixará de existir a relação directa entre a coisa e o *propriétaire* e, consequentemente não existe direito de propriedade. Em França, na matéria do Direito Processual, com base na Lei n.º 85-98, de 25 de Janeiro de 1985, este raciocínio levou a jurisprudência<sup>2046</sup> a sustentar que a coisa fungível objecto da cláusula da reserva de propriedade pode ser objecto de reivindicação, mas será necessário que a respectiva individualização<sup>2047</sup> e identificabilidade<sup>2048</sup> e que se essas coisas fungíveis se misturassem com outras e o crédito fosse excluído ou impossível a própria mistura implicaria o desaparecimento do direito propriedade do credor reclamante<sup>2049</sup>. De acordo com a solução adoptada pelo legislador da OHADA, é necessário estabelecer a relação entre o nosso sistema de garantias e uma garantia que apresenta um conjunto de características variáveis de acordo com o regime estabelecido que são (a) a constituição de uma garantia sobre a totalidade ou parte do complexo de bens de natureza circulante que constituem o objecto da actividade do devedor; (b) a manutenção da posse dos bens no devedor para o desenvolvimento normal da sua

---

<sup>2043</sup> Admite-se o penhor de bens futuros, nos termos do artigo 2333.º do *Code*, bem como a possibilidade de alienação de bens fungíveis, com a condição de os substituir pela mesma quantidade de coisas equivalentes - artigo 2342.º do *Code*.

<sup>2044</sup> Na matéria de penhor, permite-se a sub-rogação real do objecto da garantia, prevista no artigo L. 527-5 do *Code de Commerce*, ao longo da vigência do penhor, podendo o credor fiscalizar o estado dos bens dados em garantia a qualquer momento.

<sup>2045</sup> Cf. Yves Picod, *Droit des Sûretés*, cit., p. 502.

<sup>2046</sup> Cf. *Cass. Com.*, de 25 de Março de 1997, in *Bull. Civ.*, IV, n.º 84

<sup>2047</sup> Cf. A. Laude, *La fongibilité*, in *RTD. Com.*, 1995, p. 333; S. Torck, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, Thèse Paris, II, 2001, p. 120 e; F. Leduc, *Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité?*, in *RTD. Civ.*, 1995, p. 313.

<sup>2048</sup> Cf. *Cass. Com.*, de 5 de Novembro de 2003, in *JCP E*, n.º 783, 2004, C, p. 861.

<sup>2049</sup> Cf. *Cass. Com.*, 15 de Fevereiro de 2000, in *Bull. Civ.* IV, n.º 30; *Cass. Com.*, de 5 Março de 2002, D. 2002, AJ, p. 1139; *Cass. Com.*, de 8 de Julho de 2003, in *Bull. Civ.*, n.º 00-19.685 e; *Cass. Com.*, de 15 Março de 2005, *Bull. Civ.*, n.º 03-20332.



actividade; (c) dilação temporal entre a constituição do direito de garantia e a sua consolidação no bem ou sub-rogação dos novos bens adquiridos pelo devedor no direito real dos bens primitivos.

*III. Análise/crítica da solução legal.* Para fazer face a esta fragilidade da reserva de propriedade, o legislador da OHADA, através do AUG revisto, seguiu o exemplo da reforma do Processo Executivo francês, *maxime* a *Loi n.º 94-475 du 10 Juin 1994*, dado que o artigo 75.º AUG prevê o seguinte “*A reserva de propriedade de um bem fungível pode ser feita valer, até à concorrência do restante crédito em dívida, sobre bens da mesma espécie e qualidade detidos pelo devedor ou por sua conta*”. Com efeito, a doutrina francófona<sup>2050</sup> entende que esta disposição derroga legalmente a necessidade de identificação do objecto de reserva de propriedade, o que parece estranho, pois a identificação é inerente ao próprio conceito de direito real – esta razão é que levou a jurisprudência francesa<sup>2051</sup> a considerar anteriormente que as partes não podem derrogar esta exigência e rejeita os efeitos da reserva de propriedade sobre o stock de mercadorias, a menos que incida sobre todo o stock. De acordo com esta solução, pode-se afirmar que o direito do beneficiário da reserva de propriedade se transforma no direito real sobre o estoque dos bens fungíveis pertencente ao devedor, conferindo a faculdade legal de reivindicar uma fracção do estoque<sup>2052</sup> e como se articula com o artigo 601.º CC?

## **12. Problemas jurídicos e práticos - bens fungíveis e o stock de mercadorias**

De acordo com a disposição constante do artigo 75.º AUG, podem-se retirar três aspectos merecedores de atenção mais cuidada.

*O primeiro* refere-se à indiferença da rotação do stock do devedor. Nos termos do artigo 75.º AUG, a rotação do stock do devedor deixa de ser relevante em relação à

---

<sup>2050</sup> Cf. Pierre Crocq, *Le Nouvel Acte Uniforme*, cit., p. 170.

<sup>2051</sup> Cf. *Cass. Com.*, de 9 de Janeiro de 1990, in *Bull. Civ.*, IV, n.º 8, 1991, p. 46.

<sup>2052</sup> É esta a solução adoptada em França - *Cass. Com.*, de 5 de Março de 2002, in *Bull. Civ.*, IV, n.º 48, p. 1139. Eis o conteúdo parcial da decisão: *Attendu, en second lieu, que l'article 121, alinéa 3 in fine, de la loi du 25 janvier 1985 devenu l'article L. 621-122, alinéa 3 in fine, du Code de commerce énonce une règle de fond, attribuant au revendiquant la propriété des biens fongibles qui se trouvent entre les mains de l'acheteur dès lors que ceux-ci sont de même espèce et de même qualité que ceux qu'il a livrés ; qu'après avoir énoncé que la loi ne subordonnait la revendication de tels biens à aucune autre condition puis relevé que le caractère fongible des biens revendiqués par la société n'était pas contesté, la cour d'appel, qui a dit n'y avoir lieu de prendre en considération le moyen selon lequel la rotation rapide des stocks exclut que les marchandises retrouvées en nature chez le débiteur soient celles mêmes vendues par la société avec une clause de réserve de propriété, a légalement justifié sa décision.* Veja também a decisão recorrida, *Cour de Cassation, Chambre Civile*, de 1, de 10 Júlio de 2001, 98-17.713, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

eficácia da reserva de propriedade, na medida em que a reserva de propriedade de um bem fungível pode ser feita valer, até à concorrência do restante crédito em dívida, sobre bens da mesma espécie e qualidade detidos pelo devedor ou por sua conta. Cabe notar que se mantém a reserva de propriedade enquanto houver bens da mesma espécie e qualidade no estoque do devedor. Neste caso, o momento relevante é a data da instauração da acção de reivindicação ou da abertura do processo de insolvência do devedor.

O *segundo* aspecto importante que se pode extrair do artigo 75.º AUG é a relevância da determinação das características dos bens, ou seja, se os bens restantes são da mesma natureza ou qualidade. Todavia, o AUG não estabelece o critério nem a legitimidade para a determinação do género e da qualidade. Em França, por exemplo, a jurisprudência assevera que os bens podem ser individualizados através de números de lotes<sup>2053</sup>. De acordo com o nosso Direito interno, o cumprimento de uma obrigação genérica dá-se pela entrega da coisa concretizada, individualizada, ou determinada dentro do género estipulado por uma das formas excepcionais estabelecidas no artigo 541.º CC, e segundo juízos de equidade, se outros critérios não tiverem sido convencionados, artigo 400.º/1 CC, por forma a que corresponda às qualidades especificadas, ou às qualidades normais à espécie e qualidade média, ou não inferior à média. A indicação de género pode incluir um maior ou menor número de notas definidoras, sendo a extensão dele tanto menor quanto maior for a sua compreensão<sup>2054</sup>. A razão de ser da abrangência pelo artigo 918.º da compra e venda de coisa genérica encontrar-se-á no facto dessa compra e venda comungar com os defeitos supervenientes de venda de coisa específica e com a venda de coisa futura – igualmente abrangidas nesse preceito, como se viu – da circunstância dos defeitos não serem preexistentes ou contemporâneos da venda, mas posteriores à sua conclusão. Colocando a venda de coisa genérica ao lado da venda de coisa futura e da venda de coisa específica com defeito superveniente em relação à sua conclusão, o legislador não terá pretendido afastar todo o regime da venda defeituosa para a venda de coisa genérica, mas, apenas evidenciar, que reportou a garantia aos vícios preexistentes ou contemporâneos da conclusão do contrato e que teve essencialmente presente a venda de coisa específica. Com o que, implicitamente, coloca em evidência que nas disposições relativas à venda de coisa defeituosa há que distinguir duas situações: a de o vício da coisa existir no momento da venda, por um lado; e, por outro, a de surgir em momento posterior. No primeiro caso, artigo 913.º, tem de se resolver um problema de “erro,

---

<sup>2053</sup> Cf. CA Lyon, de 5 de Novembro de 1999, in RTDCom., 2000, p. 180.

<sup>2054</sup> Cf. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 10.ª ed, Almedina, Coimbra, p. 919.

relativo à fase estipulativa do contrato; no segundo põe-se o problema do incumprimento, artigo 918.º, relativo à fase executiva do contrato.

Daqui resulta extraível uma primeira consequência: a de que na venda de coisa genérica, porque o defeito, a existir, não será preexistente ou contemporâneo da venda, mas posterior à sua conclusão, situando-se já na fase do cumprimento do contrato, mais precisamente, na escolha pelo vendedor da coisa em concreto a entregar, e porque o comprador não pode, por definição, quanto ao aspecto a que esta se refere, ter incorrido em erro, não há lugar à possibilidade de a anular.<sup>2055</sup> Parece-nos que este regime pode-se aplicar, com as necessárias adaptações para suprir a lacuna do artigo 75.º AUG. Neste caso, é o próprio vendedor que terá interesse na protecção conferida pelo regime interno acima referido.

*O terceiro* problema que se coloca refere-se à distribuição de bens em caso de pluralidade de credores. O problema que se coloca ou, a questão que se coloca é se as coisas objecto de reserva de propriedade, sobretudo, no caso de stock de mercadorias, se misturarem com outras coisas do mesmo devedor, qual seria a solução se houver vários credores a reivindicar os mesmos bens objecto de estoque. No direito francês, implicitamente<sup>2056</sup>, com a reforma do Direito das Garantias em 2006, é consagrada a solução nos termos do qual, nesta situação, em caso de concurso, os bens são repartidos entre os credores na proporção das somas restantes devidas a cada um deles, através do artigo 2369.º do *Code Civil*, que dispõe que a reserva de propriedade de um bem fungível pode ser feita valer, até à concorrência do restante crédito em dívida, sobre bens da mesma espécie e qualidade detidos pelo devedor ou por sua conta. É esta a solução adoptada pelo legislador da OHADA no artigo 75.º AUG, que dispõe também que a reserva de propriedade de um bem fungível pode ser feita valer, até à concorrência do restante crédito em dívida, sobre bens da mesma espécie e qualidade detidos pelo devedor ou por sua conta. Esta solução reduz uma das seguranças jurídica das garantias reais que é a prioridade do registo, pois de acordo com a solução legal, não haverá, portanto, necessidade de levar em consideração a data de publicação de cada uma das cláusulas de reserva de propriedade para dirimir o conflito entre os beneficiários das reservas de propriedade que reivindicam os seus bens sobre o mesmo estoque.<sup>2057</sup>

---

<sup>2055</sup> Cf. Ac. RL, de 10 de Novembro de 2011, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>2056</sup> Cf. Pierre Crocq, *Le Nouvel Acte Uniforme*, cit., p. 172.

<sup>2057</sup> Veja o regime da sub-rogação real no âmbito do penhor.

### 13. Garantia sobre complexo de bens e o regime do CC CC

De acordo com o disposto no artigo 75.º AUG, o universo de bens como objecto da garantia<sup>2058</sup> pode ser constituído por complexos de bens fungíveis, circulantes por natureza, cujo valor individual se perde no seu conjunto, que apresentam as seguintes características: (a) são produzidos e vendidos em grandes quantidades para outros revendedores ou consumidores finais; (b) apresentam um diminuto valor quando considerados na sua individualidade; (c) não apresentam características individualizadoras, podendo ser trocados por bens do mesmo género, sem qualquer afectação do conjunto<sup>2059</sup>; (d) correspondem ao produto da actividade de empresas que se dedicam em especial à produção, compra e venda de materiais para revenda; (e) constituem a fonte de rendimento directo das empresas e traduzem a sua capacidade produtiva. Face a estas características, facilmente nos deparemos com alguns problemas no que toca ao *quid garantístico*.<sup>2060</sup> Em primeiro lugar, admitir uma garantia como a *floating charge*, em que se torna possível onerar quase todo o património exequível do devedor, que constitui a hipótese mais remota, significa permitir que um único credor faça da garantia geral do património, prevista nos artigos 601.º e 602.º do CC, uma garantia especial das obrigações, tornando-se monopolista dos bens do devedor. Tal possibilidade, para além de contrariar em absoluto o nosso sistema de garantias, conduziria a uma situação de incapacidade do devedor de celebrar negócios jurídicos com outros credores que, conhecedores da oneração de todo o património, excluiriam à partida o devedor pela certeza manifesta de insatisfação do crédito em caso de incumprimento; ou, caso contrário, a uma violação flagrante do princípio da igualdade dos credores, colocando os credores quirografários numa posição desvantajosa à partida, por, em rigor, desaparecer a garantia geral do cumprimento. Em segundo lugar, na hipótese possível em que sejam dados em garantia complexos de bens móveis, confrontamo-nos à partida com o suposto obstáculo constituído pelo princípio da especialidade, atendendo ao facto de o objecto da garantia poder consistir numa pluralidade de bens<sup>2061</sup>.

---

<sup>2058</sup> Nos termos do artigo 601.º CC, o cumprimento da obrigação é assegurado pelos bens que integram o património do devedor. O património do devedor constitui, desta forma, a garantia geral das obrigações. Em regra, todos os bens do devedor, isto é, todos os que constituem o seu património, respondem pelo cumprimento da obrigação, os demais, são pagos em pé de plena igualdade uns dos outros.

<sup>2059</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, cit., p. 185 -186.

<sup>2060</sup> Cf. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 907.

<sup>2061</sup> Cf. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 907.

No nosso sistema de garantias, é estabelecido, nos termos do artigo 666.º CC, o princípio da especialidade<sup>2062</sup> e é identificado como princípio geral de direitos reais, o que implica que o direito real incida sobre coisa certa, determinada e actual e sobre coisa única e individualizada. Apenas poderão constituir objecto de penhor as coisas corpóreas que cumpram os requisitos enunciados, excluindo-se, à partida, coisas genéricas, futuras ou integradas em coisas simples. Todavia, o termo “*certa coisa móvel*” do artigo 666.º CC tem suscitado controvérsia na doutrina. É entendido por alguns autores<sup>2063</sup> como sendo manifestação da necessidade de determinação do objecto do penhor, impossibilitando, portanto, a constituição dessa garantia sobre complexos de bens ou de direitos, ao passo que outros<sup>2064</sup> entendem que o termo foi utilizado pelo legislador como determinante e não adjectivo, tendo, portanto, o sentido de *identificável* ao invés de determinado na sua quantidade e qualidade. Alguns<sup>2065</sup> consideram que o termo *certa coisa móvel* visa impor a necessidade de o bem objecto de penhor não ser *abstracto*, mas concreto, não no sentido de determinado, mas no sentido de apreensível, identificável ou susceptível de determinação, nos termos do artigo 280.º do CC. Por esta razão, questiona-se a possibilidade de universalidades de facto e de direito ou complexos de coisas, presentes ou futuras e fungíveis constituírem objecto de penhor<sup>2066</sup>.

O conteúdo do princípio da especialidade pode ser analisado de acordo com as garantias admitidas no nosso sistema antes do AUG. Não há unanimidade na doutrina<sup>2067</sup>

---

<sup>2062</sup> Cf. Manuel Henrique Mesquita, *Direitos Reais, Sumários das Lições ao Curso de 1966-1967*, 1967, p. 12; Mota Pinto, *Direitos Reais, prelecções ao 4.º Ano Jurídico de 1970-71*, recolhidas por Álvaro Moreira Carlos Fraga, 2010, 98-103; A. Santos Justo, *Direitos Reais*, 3.ª ed., 2011, 28-29; José Alberto C. Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 214; Menezes Leitão, *Direitos Reais*, 2009, 25-27; Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 908. Dispõe o artigo 666.º CC: *O penhor confere ao credor o direito à satisfação do seu crédito, bem como dos juros, se os houver, com preferência sobre os demais credores, pelo valor de certa coisa móvel, ou pelo valor de créditos ou outros direitos não susceptíveis de hipoteca, pertencentes ao devedor ou a terceiro*. O AUG é mais permissivo neste aspecto, por exemplo, dispõe no seu artigo 92.º que, penhor é o contrato pelo qual o autor do penhor confere a um credor o direito de ser pago com preferência sobre os demais credores pelo valor de um bem móvel corpóreo ou de um conjunto de bens móveis corpóreos, presentes ou futuros. Também dispõe no seu artigo 120.º, sob epígrafe *penhor de estoques*, sem prejuízo do disposto na presente subsecção, as matérias-primas, os produtos de uma exploração agrícola ou industrial e as mercadorias podem ser objecto de um penhor...

<sup>2063</sup> Cf. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, II, Reimpressão da 7.ª ed., 2003, p. 528; Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., 2009, p. 923.

<sup>2064</sup> Por todos, cf. Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, cit., p. 108

<sup>2065</sup> Cf. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 908.

<sup>2066</sup> Cf. José Alberto C. Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 217.

<sup>2067</sup> Considerando que a universalidade consiste no complexo de coisas jurídicas, pertencentes ao mesmo sujeito e tendentes ao mesmo fim, que a ordem jurídica reconhece e trata como formando uma coisa só, cf. Inocêncio Galvão Telles, *Da Universalidades*, Estudo de Direito Privado, Dissertação de Doutoramento em Direito (Ciências Histórico-jurídicas) na Universidade de Lisboa, 1940, p. 173. Considerando que se trata de coisa complexa, resultante da combinação de várias coisas, passível de distinção entre coisa composta (correspondente às coisas *ex cohaerentibus* do Direito Romano, portanto coisas que perdem autonomia no conjunto formado) e colectiva (identificada com as coisas *ex distantibus*, em que cada

em relação à realidade de coisas que formam um conjunto unitário, passíveis de objecto de relações jurídicas, nos termos do artigo 206.º CC<sup>2068</sup>. No âmbito do Direito das Garantias, importa, independentemente da terminologia adoptada, a determinar se as coisas complexas podem ser objecto de garantia real, consideradas na sua unidade, ou se, pelo contrário, deverão ser consideradas como objecto da garantia todas as coisas simples compreendidas na coisa complexa.<sup>2069</sup> A teoria unitária considera que as coisas complexas poderiam ser objecto de relações jurídicas próprias, distintas das relações que incidiriam sobre cada uma das coisas simples compreendidas no conjunto, uma vez que o Direito entenderia o complexo de bens como uma unidade jurídica<sup>2070</sup>, advogando que

---

elemento mantém a sua função própria no conjunto, cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, I, 1997, p. 347. Definindo a universalidade como coisa composta que engloba várias coisas simples, pertencentes à mesma pessoa e com um destino unitário, absorvendo as coisas *ex distantibus* e as universalidades de facto, cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, I, Parte Geral, Tomo II, p. 166.

<sup>2068</sup> Dispõe o n.º do artigo 206.º CC que é havida como coisa composta, ou universalidade de facto, a pluralidade de coisas móveis que, pertencendo à mesma pessoa, têm um destino unitário. O n.º 2 dispõe que as coisas singulares que constituem a universalidade podem ser objecto de relações jurídicas próprias. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, I, Parte Geral, Tomo II, *Coisas*, Reimpressão da 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 166. Apresentando uma crítica à redacção do artigo 206.º do CC.

<sup>2069</sup> Cf. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 909.

<sup>2070</sup> Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, I, 1982, cit., p. 200; Mota Pinto, *Direitos Reais*, cit., p. 99; Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral*, cit., p. 346; Henrique Mesquita, *Direitos Reais*, cit., p. 37. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 911, considera que, da conjugação dos números 1 e 2 do artigo 202 resulta que, ao permitir que coisas complexas pudessem constituir objecto de relações jurídicas, o legislador pretendeu esclarecer que a individualidade da coisa singular pertencente ao complexo não se perde no conjunto, podendo, em determinadas circunstâncias ser ela própria e isoladamente objecto de outras relações, pelo que não há obstáculos à susceptibilidade de uma coisa ser objecto de relações jurídicas distintas, ora na sua singularidade, ora no complexo que integra, desde que não se gerem situações de incompatibilidade. Concluiu a autora que o Direito identifica a universalidade como um ser, um *quid jurídico*, com as suas especificidades, e não meramente uma ideia, atribuindo-lhe, por isso, susceptibilidade de constituir objecto de relações jurídicas, dando o exemplo de penhor admissível no nosso ordenamento, em que se constitui, como objecto de garantia, um complexo de bens e direitos, ainda que a doutrina divirja quanto à sua qualificação jurídica, nomeadamente penhor de estabelecimento comercial, que no fundo é, independentemente da assunção desta realidade como património autónomo, universalidade, coisa imaterial, unidade jurídica ou esfera jurídica de imputação, o que é facto é que dela conseguimos retirar o seguinte - trata-se de uma coisa complexa, constituída por bens de diferente natureza (corpórea e incorpórea) e por direitos, funcionalmente organizada e orientada para a actividade comercial, destacando-se a constante mutação dos elementos compreendidos no estabelecimento comercial (nomeadamente mercadorias e matérias-primas), i.e., conceito de coisa composta. Para mais desenvolvimento sobre estabelecimento comercial, cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Comercial*, Parte Geral, I, 1988, p. 507; A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, 1973, p. 127; Orlando de Carvalho, *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial – I – O Problema da Empresa como Objecto de Negócios*, Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1967; Barbosa de Magalhães, *Do Estabelecimento Comercial – Estudo de Direito Privado*, 2.ª ed., 1964; Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, 2.ª ed., cit., 2007, p. 286-312; Miguel J. A. Pupo Correia, *Direito Comercial, Direito da Empresa*, 10.ª ed., revista e actualizada, 2007, p. 74; Filipe Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português*, I, 2007, p. 287; Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito Comercial*, I, Parte Geral, *Contratos Mercantis, Títulos de Crédito*, 2011, p. 101; Rui Lopes dos Santos, *Penhor de Estabelecimento Comercial à luz do Direito Português*, Relatório elaborado para o Seminário de Mestrado de Direito Civil II, com o tema *Garantias das Obrigações*, orientado pelos Professores Doutores Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes, Faculdade de Direito de Lisboa, 2002, p. 5. Rui Pinto

a parte do artigo 206.º do CC que refere que é havida *como coisa composta a pluralidade de coisas móveis com um destino unitário*, não pode ter outro significado senão o de permitir que os conjuntos de bens nestas condições figurem como objecto único de relações jurídicas<sup>2071</sup>, bem como o interesse, para certos efeitos, no tratamento de pluralidades de coisas simples como uma coisa única, e a compatibilidade com o princípio da especialidade<sup>2072</sup>.

A teoria atomista, considera que, para o Direito, apenas cada elemento unitariamente considerado tem relevância jurídica e não o seu conjunto<sup>2073</sup>, sublinhando igualmente o facto de existir insusceptibilidade de dupla atribuição jurídica sobre uma pluralidade de coisas e cada bem considerado<sup>2074</sup>, no sentido de que este conjunto não se sobrepõe ou acresce às coisas que o integram, nem constitui objecto de um direito unitário, vindo apenas a ser considerado para efeitos práticos que se ligam à possibilidade de dispor, através de uma única declaração negocial, de todos os direitos reais (de propriedade, nomeadamente) relativos às coisas simples que o compõem<sup>2075</sup>. O problema que se coloca, em relação às garantias, é se o estabelecimento comercial pode constituir objecto de penhor, enquanto garantia real.

Actualmente, é maioritariamente aceite pela doutrina<sup>2076</sup> a possibilidade de constituição de penhor sobre o estabelecimento comercial, com fundamento na qualificação do estabelecimento comercial como coisa em sentido amplo, abrangendo coisas corpóreas e incorpóreas; na inadmissibilidade de uma interpretação restritiva do n.º 1 do artigo 666.º do CC, admitindo-se o penhor sobre universalidades; na inadequação do regime rígido do penhor à dinâmica e à função socioeconómica do estabelecimento

---

Duarte, *O Penhor de Estabelecimento Comercial*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, III, *Direito das Obrigações*, 2007, p. 77.

<sup>2071</sup> Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, I, 1982, cit., p. 200.

<sup>2072</sup> Cf. Mota Pinto, *Direitos Reais*, cit., p. 99.

<sup>2073</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 223.

<sup>2074</sup> Cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 221.

<sup>2075</sup> Mota Pinto, *Direitos Reais*, cit., p. 99.

<sup>2076</sup> Cf. António Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, cit., p. 305; Pedro Romano Martinez/Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, 5.ª ed., 2006, p. 171; Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, 2002, p. 221; Menezes Leitão, *Garantias das Obrigações*, 2.ª ed., 2008, p. 305-306 e na 6.ª ed, p. 302; Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, 2010, p. 260-263 e p. 311 ss. na 3.ª ed.; Rui Lopes dos Santos, cit., p. 42; Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 913. Em sentido contrário, Antunes Varela e Almeida Costa defendem a insusceptibilidade da constituição de penhor sobre universalidades, considerando que a lei exige que o objecto do penhor seja uma coisa certa, cf. Antunes Varela, *Obrigações*, cit., p. 528; Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, cit., p. 923. Esta tese foi seguida em dois pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, o primeiro datado de 28 de Fevereiro de 1985, publicado no Diário da República, II Série, de 10 de Maio de 1985, e o segundo de 4 de Junho de 1987 (Parecer n.º 1/86, publicado no BMJ n.º 374, Março-1988, 35-42), este último pronunciando-se sobre a inadmissibilidade de penhora de bens futuros.

comercial; na admissibilidade da penhora de estabelecimento comercial (artigo 862-A do Código de Processo Civil); na admissibilidade do penhor do estabelecimento individual de responsabilidade limitada (n.º 1 do artigo 21.º do Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto); na possibilidade de transmissão do estabelecimento comercial; na admissibilidade da figura em ordenamentos jurídicos próximos do português, como é o caso do francês e do espanhol.<sup>2077</sup>

Com efeito, a doutrina sustenta que se deve reconhecer a admissibilidade da constituição de penhor sobre uma realidade jurídica e complexa como é o estabelecimento comercial. Nesta ordem de ideias, afirma-se que a individualização a que se reporta o princípio da especialidade apenas tem efectiva concretização no momento da penhora e posteriormente na venda, em que são identificados os específicos bens que responderão pelo não cumprimento do devedor. A constituição do direito real actua sobre a realidade complexa, reconhecida juridicamente, mantendo-se a actividade do devedor e a circulação dos bens enquanto não for efectivada a penhora.<sup>2078</sup>

Ainda quanto à admissibilidade de garantias sobre objectos fungíveis, futuros e consumíveis, convém analisar a sua relação com o nosso Direito interno.

#### **14. Coisas futuras, deterioráveis e a posse**

Nos termos dos artigos 75.º e 100.º AUG, o objecto da garantia manifesta uma fraca individualização própria, atendendo, em regra, ao seu carácter fungível<sup>2079</sup>, o que inclui os bens circulantes que venham a fazer parte do património do devedor - bens futuros. Poderão, igualmente, incluir-se bens consumíveis ou deterioráveis. O disposto no n.º 1 do artigo 666.º do CC poderia constituir um obstáculo, atendendo à suposta necessidade de determinação dos bens, o que implica que se possa distinguir o referido bem do conjunto de outros bens e torná-lo o *quid* individualizado da garantia. Em Portugal, quanto à possibilidade dos bens fungíveis, futuro e consumíveis serem objecto de penhor, um dos autores que escreveu mais em extensão sobre o penhor irregular, HUGO RAMOS ALVES, ilustra que a partir do momento em que esteja subtraído o poder de disposição

---

<sup>2077</sup> Cf. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 913.

<sup>2078</sup> Cf. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 913.

<sup>2079</sup> Sobre o conceito da fungibilidade, cf. Miguel Galvão Teles, *Fungibilidade de Valores Mobiliários e Situações Jurídicas Meramente Categorias*, in *Direito dos Valores Mobiliários*, IV, 2003, p. 175.



do empenhador, o penhor irregular está validamente constituído e que esta abstracção é efectuada, em regra, através do depósito de coisas fungíveis.

PESTANA DE VASCONCELOS, no âmbito do penhor irregular, considera que é impossível ser objecto de penhor, como o dinheiro, a não ser que por via convencional se estabeleça a individualização - notas de banco numeradas e/ou inseridas num envelope fechado entregue ao credor<sup>2080</sup>. Diferentemente, VAZ SERRA<sup>2081</sup> Já admitia que tanto as coisas consumíveis e fungíveis como as não consumíveis podem ser objecto de penhor. A nível do direito positivo, em Portugal, nos termos do n.º 1 do artigo 204.º do CVM podem ser objecto de negociação organizada valores mobiliários fungíveis, livremente transmissíveis, integralmente liberados e que não estejam sujeitos a penhor ou a qualquer outra situação jurídica que os onere, salvo se respeitados os requisitos previstos nos artigos 35.º e 36.º do Regulamento (CE) n.º 1287/2006, da Comissão, de 10 de Agosto. O número seguinte do mesmo preceito define o conceito de fungibilidade, para efeitos do n.º 1, considerando que são fungíveis, para efeitos de negociação organizada, os valores mobiliários que pertençam à mesma categoria, obedeçam à mesma forma de representação, estejam objectivamente sujeitos ao mesmo regime fiscal e dos quais não tenham sido destacados direitos diferenciados.

MIGUEL GALVÃO TELES<sup>2082</sup> defende que o termo fungibilidade deve ser interpretado como acepção de mera categorialidade de valores mobiliários”, atendendo a que “toda a tradição é no sentido de associar a fungibilidade à irrelevância ou à ausência de número de ordem”, correspondendo a tal irrelevância a mera categorialidade, i.e., a falta de individualidade<sup>96</sup>. Considera, igualmente, que a fungibilidade se refere aos títulos, como coisas corpóreas. Os valores mobiliários não se destacam na sua singularidade, podendo variar dentro da mesma categoria, dentro da mesma forma de representação e desde que sujeitos ao mesmo regime fiscal<sup>2083</sup>. Em relação aos valores escriturais, transmitidos pelo registo na conta do cliente - artigo 80.º, n.º 1, do CVM - o penhor é constituído, nos termos do n.º 1 do artigo 81.º do CVM, pelo registo na conta do titular dos valores mobiliários, com indicação da quantidade de valores mobiliários dados em penhor, da obrigação garantida e da identificação do beneficiário, podendo sê-lo na

---

<sup>2080</sup> Pestana de Vasconcelos, *Garantias*, cit., p. 235.

<sup>2081</sup> Cf. Vaz Serra, *Penhor. Penhor de Coisas – Penhor de Direitos*, in Separata do Boletim do Ministério da Justiça, n.ºs 58 e 59, 1956, p. 64.

<sup>2082</sup> Cf. Miguel Galvão Teles, *Fungibilidade de Valores Mobiliários e Situações Jurídicas Meramente Categorias*, cit., p. 197.

<sup>2083</sup> Cf. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 915.

conta do credor quando este tenha direito de voto (n.º 2). Neste último caso, identifica-se um exemplo no ordenamento português de uma típica garantia flutuante, com recurso ao registo para efeitos de publicidade da oneração.<sup>2084</sup>

Em relação à posse, o que se destaca neste tipo de garantia é a sua manutenção no devedor. Em regra, tendo em conta o interesse das partes, a posse<sup>2085</sup> dos bens garantidos é mantida no devedor para a continuidade do desenvolvimento da sua actividade profissional. Esta permissão de não desapossamento vem acompanhada de uma autorização concedida ao devedor para, livremente, dispor dos bens objecto da garantia, tendencialmente sem a intervenção do credor<sup>2086</sup>. Neste caso, na reserva de propriedade, diferentemente do penhor, não se coloca o problema da exigência da *traditio* para a sua perfeição e essencialidade enquanto direito de garantia. Por essa razão, para este estudo, não importa analisar o regime comum do penhor, para procurar respostas para a problemática enunciada.

## **15. Objecto indeterminado e a dinâmica da constituição do direito real de garantia**

Na sua origem, a característica flutuante das garantias não se encontra apenas estruturada na natureza dos bens que constituem o seu objecto, mas igualmente na circunstância de constituir um direito real, com uma manifestação própria no conjunto do sistema, protegendo a posição jurídica do credor, dos credores quirografários e a dos terceiros adquirentes<sup>2087</sup>. A dinâmica da garantia flutuante tem a sua génese na solução dada pela *equity* inglesa à necessidade de criar uma nova garantia que se adequasse à realidade económica<sup>2088</sup>. Conforme vimos, a flutuação do direito real de garantia

---

<sup>2084</sup> Cf. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 916.

<sup>2085</sup> Cf. Ugo Natoli, *Il possesso*, Giuffrè, 1992, p. 83.

<sup>2086</sup> Cf. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 917.

<sup>2087</sup> Cf. M. Rescigno, *Titoli rappresentativi e circolazione delle merci*, Giuffrè, 1992, pp. 184 ss.

<sup>2088</sup> São frequentes as operações económicas com o objecto desta natureza, por exemplo, o fenómeno da flutuação encontra repercussão no âmbito de diversas modalidades de seguros, nomeadamente de seguro marítimo e de transporte de mercadorias, multiassistência em viagem, seguro industrial e de seguros de acidentes de trabalho, identificando-se um tipo de apólice denominada flutuante. Em termos gerais, no momento da constituição do contrato de seguro, o objecto não se encontra determinado, uma vez que está dependente de um conjunto de circunstâncias futuras, que irão permitir, posteriormente, a sua determinação. Até à data da determinação, as seguradoras assumem todos os riscos inerentes ao objecto não determinado (mas determinável) da apólice, sendo os prémios devidos unicamente no momento da determinação do objecto. Tomemos, como exemplo, o caso das apólices de seguro marítimo de mercadorias<sup>1</sup>. Nas apólices flutuantes, os segurados não têm de indicar na minuta, nem os nomes dos navios e do capitão, nem da natureza e espécie das mercadorias seguradas, bem como nas apólices de acidentes de trabalho, variando de acordo com o número de trabalhadores contratados, cf. José Miguel de Faria Alves Brito, *Seguro*

manifesta-se em dois momentos: num primeiro momento, em que os bens continuam na posse do devedor, podendo ser alienados livres de quaisquer ónus “*in the ordinary course of business*” e ficando os bens adquiridos sujeitos ao direito real de garantia originário, sem necessidade de uma alteração ou novação<sup>2089</sup> do contrato de garantia; num segundo momento, em que, pela verificação de um determinado evento, se dá a consolidação da garantia sobre os bens existentes no património do devedor.<sup>2090</sup> Assim, verifica-se um lapso temporal entre a constituição da garantia e a consolidação do direito real<sup>2091</sup> sobre

---

*Marítimo de Mercadorias, Descrição e notas ao seu regime jurídico*, 2006, p. 61; Pedro Romano Martinez, *Seguro Marítimo: o transporte de mercadorias e o contrato de seguro*, in *I Jornada de Lisboa de Direito Marítimo*, Centro de Direito Marítimo e dos Transportes da FDUL, 2008, p. 156; Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 937.

<sup>2089</sup> Cf. S. Gisolfi, *Il punto sull'ammissibilità del patto di rotatività nel pegno*, Notariato, 2006, pp. 855 ss.

<sup>2090</sup> É ilustrativo o texto (original de Roy Goode) de Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 927, *floating charge* é uma nuvem que paira sobre o conjunto de bens do devedor que tenham as características definidas pelas partes e que, sentindo os ventos frios da insolvência e a fraqueza dos poderes de gestão do devedor, se cristaliza em chuva e gelo, congelando os bens que, naquele momento, se encontrem na propriedade do devedor.

<sup>2091</sup> Cf. Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, cit., p. 17; António Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, cit., p. 227 ss.; Gomes da Silva, *Curso de Direitos Reais, apontamentos das Lições proferidas ao curso do 4.º ano jurídico de 1955-56*, compiladas pelas alunas Maria de Jesus Lamas Moreira e Maria Tereza Pires, 1955, p. 27 ss.; Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, cit., p. 47; A. Santos Justo, *Direitos Reais*, cit., 2011, p. 47; José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 77 ss.; Menezes Leitão, *Direitos Reais*, cit., p. 37 ss. A evolução do conceito dos Direitos Reais começou com a doutrina clássica, que considera que o Direito Real consiste no poder directo e imediato sobre uma coisa. Passou pelas teorias personalistas, que entendem o direito real como um poder absoluto, fundado numa relação jurídica estabelecida entre o sujeito activo e todos os restantes sujeitos passivos da ordem jurídica, e pelas teorias mistas, que analisam o direito real numa perspectiva interna - o poder directo e imediato sobre uma coisa, e externa - manifestando-se na oponibilidade *erga omnes*. Mais tarde, a doutrina desenvolveu-se no sentido de superação das teorias anteriores, nomeadamente Gomes da Silva, *Curso de Direitos Reais*, cit., p. 109; Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, cit., p. 44; Menezes Cordeiro, *Menezes Cordeiro, Direitos Reais – Sumários*, 1998, p. 59., parece que Menezes Cordeiro foi seguido por Carvalho Fernandes, José Alberto Vieira e Menezes Leitão, cf. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 929. Menezes Cordeiro elege como elementos principais do conceito de Direito Real, a permissão normativa específica de aproveitamento - direito subjectivo, o qual poderá ser material ou jurídico, de uma coisa corpórea - objecto. Alguns autores acrescentam a característica da absolutidade e da inerência ao conceito de Direito Real, cf. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, cit., p. 47; Menezes Leitão, *Direitos Reais*, cit., p. 47. Neste seguimento, são apresentados pela doutrina, ainda que com variações, como elementos característicos dos direitos reais ou princípios gerais, cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 207 ss., Menezes Cordeiro, *Direitos Reais – Sumários*, cit., p. 67, o carácter absoluto - em virtude da sua oponibilidade *erga omnes*, a inerência - ligação especialmente intensa ou íntima entre o direito e a coisa, cf. José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 210, Menezes Leitão, *Direitos Reais*, cit., p. 48., de tal forma que o titular pode atingir a coisa, enquanto se mantiver o seu direito, independentemente de quaisquer vicissitudes que possam atingi-la, cf. Menezes Cordeiro, *Direitos Reais – Sumários*, cit., p. 63, a sequela - a possibilidade ao titular de perseguir a coisa, mesmo quando na posse ou detenção de outrem, acompanhando-a nas suas vicissitudes, cf. Menezes Cordeiro, *Direitos Reais – Sumários*, cit., p. 67; Menezes Leitão, *Direitos Reais*, cit., p. 48; Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, cit., p. 71. Em contraposição, José Alberto Vieira, *Direitos Reais*, cit., p. 212, nega a relação existente entre a inerência e a sequela, defendendo que a sequela decorre do carácter absoluto dos direitos reais, pelo facto de o titular poder fazer valer o seu direito contra quem tem a coisa e a prevalência - traduzida na prioridade atribuída aos direitos reais de garantia sobre direitos de crédito e direitos da mesma natureza constituídos posteriormente. Defendendo a prevalência como característica essencial, e defendendo a posição de Pires de Lima, Menezes Leitão, *Direitos Reais*, cit., p. 51 ss.. Entendendo que a prevalência é uma consequência e a maior força do direito real e que apenas se verifica quando existe conflito de direitos, seguindo o entendimento de Pinto Coelho, mas limitando aos conflitos entre direitos reais e direitos de crédito -

os bens, o que poderá colocar dificuldades em admitir uma figura como a garantia flutuante, com estes precisos contornos, no nosso Direito interno, tendo em conta as funções inerentes ao próprio direito real de garantia<sup>2092</sup> e permite a garantia sobre os bens futuros<sup>2093</sup>. De acordo com o nosso sistema interno de garantias, o direito real de garantia constitui um dos tipos de direito real, qualificado pela sua específica função de assegurar a garantia de direitos de crédito<sup>2094</sup>, conferindo a um credor uma preferência no pagamento pelo valor de certa coisa, evitando os riscos de o património do devedor não ser suficiente para a regularização de todos os créditos.

Em relação aos direitos reais de garantia, estas são permissões normativas específicas de aproveitamento de uma coisa corpórea, com a finalidade de garantir o cumprimento de uma obrigação, mediante constituição de uma reserva de utilidade do bem a favor do credor e de uma prioridade em relação aos restantes credores comuns<sup>2095</sup>. Nos direitos reais de garantia, verifica-se a característica da inerência, atendendo à ligação estabelecida entre o direito e a coisa, que impede a normal afectação do bem pelo seu proprietário, *i.e.*, o normal exercício dos poderes inerentes à qualidade de proprietário, nomeadamente os de disposição e de oneração (podem ocorrer casos de segunda hipoteca, por exemplo). Esta ligação manifesta-se, igualmente, na possibilidade de o seu titular recorrer a meios jurídicos, como a acção executiva ou a insolvência, para o exercício do seu direito, satisfazendo o seu direito de crédito através do produto da venda do bem garantido, com prioridade face aos restantes credores que não possuam garantia real

---

excluindo a prevalência dos direitos reais de garantia, cf. José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, cit., p. 627; rejeitando a prevalência como característica dos direitos reais, Menezes Cordeiro, *Direitos Reais – Sumários*, cit., p. 67- 68. Quanto ao princípio da tipicidade, artigo 1306.º/1 CC, que se estende a todos os direitos reais, inclusivamente aos de garantia, cf. Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais* cit., p. 157; Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, cit., p. 81., o que implica que a criação de novos direitos reais encontra-se proibida à autonomia privada das partes, os sujeitos não poderão criar direitos reais diferentes daqueles que se encontram tipificados na lei, *i.e.*, que se encontram definidos em categorias jurídicas, com as características essenciais dos direitos reais, cf. Oliveira Ascensão, *A Tipicidade*, cit., p. 81; Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, cit., p. 329 ss. A tipicidade dos direitos reais diz respeito à compleição dos direitos reais, situando-se no plano abstracto da categoria jurídica e não no plano concreto dos direitos reais de certo tipo, de facto atribuídos a pessoas determinadas, cf. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, cit., p. 83. As normas que fixam o regime dos direitos reais não poderão ser aplicadas analogicamente a situações jurídicas não reais. Sendo criada pelas partes alguma figura com pretensão de realidade que não se encontre tipificada na lei, a eficácia real ser-lhe-á recusada, mantendo-se meramente a sua natureza obrigacional. Para mais desenvolvimento, cf. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 927 ss., a quem seguimos de perto nesta matéria.

<sup>2092</sup> Cf. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 927.

<sup>2093</sup> Trib. Roma, de 31 de Julho de 1952, in Banca, borsa, tit. cred., 1952, II, p. 470, já admitia penhor sobre os bens futuros.

<sup>2094</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, 1979, p. 739.

<sup>2095</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, 1979, p. 739.

anterior. Desta forma se revelam a sequela e a prevalência como características dos direitos reais de garantia.

Em relação ao carácter absoluto dos direitos reais de garantia, a lei assegura ao titular a satisfação do seu crédito através dos rendimentos das coisas - consignação de rendimentos, ou do produto da venda dela - os restantes direitos reais de garantia - contra quem não tem melhor direito, independentemente de quem tenha a coisa em seu poder.<sup>2096</sup> A oponibilidade<sup>2097</sup> da garantia a terceiros que tenham qualquer ligação com o objecto garantido é também decorrência da natureza real do direito. No entanto, verificamos que a referida oponibilidade apenas se efectiva com qualquer uma das formas de publicidade da oneração dos bens, quer através do registo, quer através do desapossamento - material ou meramente simbólico<sup>2098</sup>. Em relação aos direitos reais de garantia, o carácter absoluto não deve ser entendido nos mesmos termos dos restantes direitos reais, como a propriedade, sendo decorrência da necessária publicidade e da preferência dos direitos reais de garantia.<sup>2099</sup> Diferentemente destas características, tendo em conta o disposto no artigo 75.º AUG<sup>2100</sup>, a reserva de propriedade, em certos casos, é caracterizada por implicar a manutenção da posse no devedor, por ser constituída sobre bens de natureza circulante e de reduzido valor individual e pela flutuação do direito real sobre um complexo de bens, até à sua efectiva consolidação, dependente da verificação de determinado evento, o que pode colocar, de acordo com o nosso Direito interno, problemas da sua qualificação como direito real de garantia. o nosso Direito Real não conhece a figura da flutuação dos direitos reais, mas o AUG é alheio a isso. A flutuação pode colidir com a inerência, que pressupõe uma ligação imediata do direito ao bem, bem este que tem de ser determinado ou determinável<sup>2101</sup> no momento da constituição da garantia. Em segundo lugar, não se constituindo de imediato um direito real sobre cada bem individualmente considerado, a sequela ficaria frustrada para aqueles que defendem a necessidade de aproveitamento material dos bens. Por outro lado, não havendo

---

<sup>2096</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, cit., p. 319 e Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 931.

<sup>2097</sup> Cf. B. de Coninck, *La clause de réserve de propriété et son opposabilité en cas de concours*, RGDC, 2005, p. 253.

<sup>2098</sup> Cf. G. Trapani, *Il cosiddetto "pegno mediante compossesso" e il pegno senza spossessamento*, Giuffrè, 1963, p. 76.

<sup>2099</sup> Cf. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 931.

<sup>2100</sup> Nos termos do artigo 75.º AUG, a reserva de propriedade de um bem fungível pode ser feita valer, até à concorrência do restante crédito em dívida, sobre bens da mesma espécie e qualidade detidos pelo devedor ou por sua conta. Temos, assim, que, na vigência da cláusula de reserva de propriedade, esta incide sobre bens ainda não determinados, característica típica das garantias flutuantes<sup>2100</sup>.

<sup>2101</sup> Cf. *Cass. Civ.*, I, de 1 de Júlio de 2015, n.º 13508, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it).

desapossamento, o devedor pode dispor livremente dos bens sem que estes se transmitam onerados, não tendo o credor possibilidade de fazer valer o seu direito real de garantia, e ficando sujeito à dissipação dos bens e à frustração da função garantística do seu direito real.<sup>2102</sup>

## 16. A rotatividade *ipso juri*

Tal como na Itália<sup>2103</sup>, em Portugal, parte da doutrina<sup>2104</sup> tem analisado o fenómeno da flutuação como um fenómeno de rotatividade, encontrando uma solução para a necessidade de alteração do objecto da garantia, sem implicar a constituição de nova garantia ou alteração da existente. É difícil negar a importância do penhor rotativo surgido na prática bancária<sup>2105</sup> como resposta às dificuldades evidenciadas pela necessária imobilização dos bens do devedor<sup>2106</sup>, resultante do desapossamento<sup>2107</sup>, bens esses muitas vezes compreendidos na actividade económica do devedor<sup>2108</sup> e necessários à produção do seu rendimento.<sup>2109</sup> Neste seguimento, tem-se vindo a admitir a constituição de um penhor típico, ao qual é inserida uma “cláusula de rotatividade”, que “consente na

<sup>2102</sup> Cf. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 931.

<sup>2103</sup> Cf. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 932 ss.

<sup>2104</sup> Em Itália, o penhor rotativo não surgiu como primariamente aplicável ao penhor de coisas, antes sendo instituída relativamente a penhores que tinham como objeto instrumentos financeiros. A jurisprudência e doutrina italianas fazem ampla referência aos requisitos que o pacto de rotatividade deve preencher para que seja admitido. Primeiro que tudo, este pacto deve ser vertido em documento escrito, com data certa, com a indicação de que é realizado entre autor do penhor e credor um penhor, para assegurar determinado crédito com determinado valor, e que as partes lhe atribuem carácter de rotatividade. É também necessário que o pacto contenha uma referência à coisa ou coisas que irão substituir a coisa dada em penhor de forma que permita a sua determinação sem dificuldades, cf. Ugo Malvagna, *Sulle clausole di rotatività nel pegno: funzione «conservativa» del valore della garanzia e strutture decisionali delle sostituzioni*, in Banca, Borsa, Titoli di credito, 67, n.º 3, Maio – Junho, 2014, Giuffrè, p. 347; Matteo Rescigno, *Le Garanzie «Rotative» Convenzionali: Fattispecie e Problemi di Disciplina*, in Banca, Borsa, Titoli di credito, volume 54, n.º 1 (Gennaio-Febbraio 2001), Giuffrè Editore, páginas 1 a 29; Luca Ruggeri, *Il pegno rotativo*, in La Nuova Giurisprudenza civile Commentata, 2002, 2.ª parte p. 711 – 714.

<sup>2105</sup> Cf. Joana Pereira Dias, *O Penhor Rotativo*, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2016, p. 117; Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, cit., p. 115 ss.; Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., p. 292 ss..

<sup>2106</sup> Cf. U. Malvagna, *Sulle clausole di rotatività nel pegno: funzione «conservativa» del valore della garanzia e strutture decisionali delle sostituzioni*, in Banca, borsa, Tit. Cred., 2014, III, pp. 313 ss.; M. Soldan, *Diritto di ritenzione e realizzo nel contratto di deposito titoli in amministrazione. Le garanzie atipiche e il pegno bancario*, in Nuova Giur. Civ. Comm., 2014, VI, pp. 467 ss.

<sup>2107</sup> Cf. C. Angelici, *Le garanzie bancarie*, in Tratt. Dir. Priv., (P. Rescigno), XII, UTET, 1985, p. 1039.

<sup>2108</sup> Cf. A. Fusaro, *Il contributo della prassi al sistema vigente dei diritti reali*, in Nuova Giur. Civ. Comm., 2011, n. 11, II, p. 517; E. Gabrielli, *Le garanzie rotative, ne' I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario*, (F. Galgano), 1995, p. 853. Na jurisprudência italiana, cf. Cass. Civ., I, de 28 de Maio de 1998, n.º 5264, in Giust. Civ., 1998, I, p. 2159.

<sup>2109</sup> Cf. G. Tucci, *Le norme per l'esercizio di particolari operazioni di credito: la nuova disciplina dei privilegi nel finanziamento alle imprese*, in Banca, Impr. Soc., 1993, p. 321.

<sup>2110</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, cit., p. 115.

substituição e/ou mutação, no tempo, do objecto da garantia, sem comportar, em cada substituição e/ou mutação, a necessidade *in casu* considerada, ou para o surgimento do direito de preferência, e sem dar lugar à verificação das condições que determinam o fim da operação económica em curso<sup>2110</sup>.

Ilustra HUGO RAMOS ALVES<sup>2111</sup> que esta cláusula difere das designadas cláusulas de extensão<sup>2112</sup>, pelas quais as partes estipulam a extensibilidade do direito de penhor a bens posteriores àqueles que originariamente constituíam o objecto de garantia, procurando assegurar a unicidade e a continuidade da garantia, sem prejuízo da transformação ou da substituição dos bens que constituem seu objecto. Trata-se do caso das universalidades. As referidas cláusulas de rotatividade são efectivadas com recurso ao mecanismo da sub-rogação real dos bens dados em garantia, a qual poderá ser convencional, mantendo-se a unidade e a identidade da relação jurídico-real originária. A substituição<sup>2113</sup> operada é possível sem comprometer o princípio da especialidade, uma vez que a finalidade da garantia se traduz não no direito à obtenção do objecto da garantia, mas ao valor correspondente à sua utilidade.<sup>2114</sup>

No AUG, artigo 75.º, a possibilidade de alteração do objecto que originariamente constituíam o objecto de garantia, mantendo a unicidade e a continuidade da garantia, deriva da própria lei e não depende da estipulação das partes. Em termos técnico-jurídicos, o problema que se pode colocar em relação à falta de determinação<sup>2115</sup> do objecto de garantia tem a ver a inerência e da sequela, porque a possibilidade de disposição dos bens garantidos que é mantida na esfera jurídica do devedor corta a especial relação do credor com o bem garantido e a possibilidade de perseguição da coisa,

---

<sup>2110</sup> Cf. Joana Pereira Dias, *O Penhor Rotativo*, cit., p. 111.

<sup>2111</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, cit., p. 116.

<sup>2112</sup> Sobre o termo, cf. G. Laurini, *Sulla clausola di estensione della garanzia ai crediti futuri ed indeterminabili*, in Banca, borsa, Tit. Cred., 1967, I, p. 431; G. E. Colombo, *Pegno Bancario: le clausole di estensione, la prova della data*, in Banca, borsa, Tit. Cred., 1982, I, pp. 193 ss.

<sup>2113</sup> A aplicação da sub-rogação ao penhor é admitida com recurso ao disposto no n.º 2 do artigo 674.º e do n.º 1 do artigo 685.º, *ex ui* artigo 679.º, e artigo 692.º CC. Quanto à sub-rogação real, a doutrina retira um princípio geral de acordo com o qual um direito real de garantia, no caso de substituição total ou parcial da coisa ou do direito sobre que incide o seu direito, vê o direito originário passar a incidir sobre outra coisa, sobre o remanescente ou um direito que, de alguma maneira, substitua a função económica, atendendo a que considera que o critério subjacente à sub-rogação é o da manutenção da finalidade garantística do direito inicial e a manifestação da sequela. Relativamente ao conteúdo das convenções de rotatividade, a superação das dificuldades impostas pelo princípio da especialidade, quando confrontado com a possibilidade de substituição do objecto garantido, é feita através da necessária identificação da coisa - que deverá ser considerada suficiente -, indicando as partes as técnicas e os mecanismos de determinação futura dos bens, para além da garantia da manutenção do valor do crédito garantido, sem que a substituição operada afecte o equilíbrio inicial dos valores determinados pelas partes, cf. Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, cit., p. 117 e Joana Pereira Dias, *O Penhor Rotativo*, cit., p. 189.

<sup>2114</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, cit., p. 118 e Joana Pereira Dias, *O Penhor Rotativo*, cit., p. 208.

<sup>2115</sup> Cf. E. Gabrielli, *Il pegno anomalo*, CEDAM, 1990, p. 6.

onde quer que ela se encontre. A partir do momento em que o bem sai do património do devedor, deixará de ter relação com a obrigação de que é acessória e cujo cumprimento garante. Com efeito, tendo em conta as referidas características, seria de excluir a realidade deste tipo de garantia, se não for considerada a quantificação do valor económico da garantia<sup>2116</sup>, na medida em que se mantém o valor da realização do bem seja assegurado, de tal forma que, em sede de acção executiva, o direito de crédito (do credor) seja mantido. Neste sentido, a inerência manifesta-se no poder conferido ao credor de buscar o valor económico da sua garantia aos bens que, no momento do incumprimento, se encontrem afectos à realidade da sua garantia, o que não aconteceria na garantia geral da obrigação.

A afectação dos bens, mesmo com as alterações, mantém-se, pelo que as características de realidade permanecem. A solução apresentada pela pelo legislador da OHADA resolve questões práticas e as necessidades dos comerciantes em rodar o estoque, permanecer na posse dos bens objecto de garantia e continuar as suas actividades, ainda que em termos técnico-jurídico traduza uma dinâmica de realidade artificial. O fenómeno da flutuação não se revela tão estranho no ordenamento jurídico português e no nosso, uma vez que se admite o penhor<sup>2117</sup> e a penhora de estabelecimento comercial, sendo parte dos bens apenas determináveis no momento da venda, em virtude da manutenção do desenvolvimento da actividade do devedor. Por isso, a doutrina considera que as garantias flutuantes constituam direitos reais de garantia, com as respectivas especificidades<sup>2118</sup>.

## **17. A reserva de propriedade de animais vivos**

A questão que se coloca é se é admissível a estipulação da cláusula de reserva de propriedade nos contratos de compra e venda de animais vivos. A questão foi objecto de

---

<sup>2116</sup> Cf. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 935.

<sup>2117</sup> Calvão da Silva considera que não só o penhor rotativo, mas também a hipoteca rotativa, estão consagrados no Código Civil português, nos artigos 670.º al. c) e 701.º, nos termos do primeiro artigo, o credor tem o direito de exigir a substituição ou o reforço do penhor ou o cumprimento imediato da obrigação, se a coisa empenhada perecer ou se tornar insuficiente para a segurança da dívida, nos termos fixados para a hipoteca. Com efeito, para o autor não pode ser posta em causa a validade desde o princípio, de *floating charges*, quando as partes introduzam no contrato de garantia cláusula de rotação ou substituição de bens objecto da garantia a fim de conservar a integridade do valor do vínculo, cf. Calvão da Silva, *Banca, Bolsa e Seguros, Direito Europeu e Português*, Tomo I – Parte Geral, Almedina, 2005, p. 223 ss.

<sup>2118</sup> Cf. Marisa Vaz, *Garantias flutuantes: Inserção no Ordenamento Jurídico Português*, cit., p. 936.



um caso decidido pela *Cour d'appel de Rennes*<sup>2119</sup> fornecendo elementos importantes em relação a esta questão.

Com efeito, não se pode aplicar a reserva de propriedade quando a coisa é transformada pelo devedor após a entrega. O problema que se coloca é de saber se o crescimento de um animal vivo é natural ou esse crescimento deve ser considerado uma transformação efectuada pelo devedor. Uma sociedade de produção avícola, Socquet-Amice-Le Tynevez, vendeu a um produtor de ração, Sté Henry, vários pintos e frangos de 21 semanas, destinadas a tornarem-se galinhas poedeiras. As aves foram entregues aos produtores com base em contrato de compra e venda com reserva de propriedade. Após a liquidação judicial da compradora, Sté Henry, o vendedor Socquet-Amice-Le Tynevez invoca a cláusula de reserva de propriedade, reivindicando as aves vendidas. O tribunal de primeira instância rejeitou a pretensão do vendedor, considerando que as mercadorias foram alteradas pelo comprador, pelo que não se pode considerar que se trata da mesma espécie, conforme exigido pelo texto da lei. O Tribunal de Segunda Instância proferiu a decisão centrada no destino das aves vendidas, sustentando que estas cresceram desde o parto e transformaram-se em frangos, mas, em termos substanciais, não mudaram, pois permanecem os mesmos em termos de espécie, pelo que podem ser reivindicados pelo vendedor com base na cláusula de reserva de propriedade.

A cláusula de reserva de propriedade deve ser uma garantia mais forte em relação ao penhor e à hipoteca. Todavia, não pode criar um privilégio geral sobre o património do devedor, beneficiando apenas o alienante que reservatário. Com efeito, se o bem vendido sob reserva de propriedade se misturar com outras coisas e não puder ser distinguido em relação à massa ou for incorporado noutro bem, de acordo com a lei acima referida, não se pode aplicar a cláusula de reserva de propriedade. Em caso contrário, permitiria a um credor sozinho criar uma prioridade sobre uma parte do património do devedor, pelo que o objecto deve permanecer individualizado. Por isso, mais tarde, a *Cour de Cassation Rennes*<sup>2120</sup>, *a contrario*, sustenta que a cláusula de reserva de propriedade não se pode aplicar, pois as aves entregues foram misturadas com outras relativamente às quais era impossível distinguir. Dito de outro modo, entendeu-se que as aves entregues se transformaram num produto novo, totalmente diferente do seu estado original,

---

<sup>2119</sup> Publicado in <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007013583>. Eis a decisão recorrida: *Cour d'appel* de Toulouse, chambre 3, 1982-03-05, de 05 Março, de 1982.

<sup>2120</sup> Cf. *Cour de Cassation Rennes*, Chambre Civile 3, de 15 de Janeiro de 1985, 83-14.092, in <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007014894/>.

irreconhecível em comparação com este devido às novas características adquiridas, ainda que o mesmo número pode ser individualizado. Para o tribunal, tendo por base o termo *natureza* num sentido preciso, houve uma transformação das aves. Este fundamento é discutível, porque de ponto de vista metafísico cada ave é vista como um ser vivo.

Em termos de pecuária industrial, considera-se que se trata de um produto transformado, dando razão ao tribunal de recurso. A doutrina<sup>2121</sup> parece inclinar-se para esta solução: os trabalhos de transformação alteram a natureza dos bens e excluem a aplicação da cláusula de reserva de propriedade. As actividades de mera conservação não alteram a natureza dos bens, como sucede no caso dos trabalhos dedicados aos frangos, pelo que nestes casos a cláusula de reserva de propriedade é aplicável. O tribunal fundamenta a sua decisão na lei e na equidade. Não houvesse esta distinção, a solução poderia criar problemas no âmbito do processo executivo, falência. Coloca-se o princípio de igualdade dos credores e poderia prejudicar os restantes credores. Mais, o trabalho de criação dá às aves um valor agregado considerável no termo do seu desenvolvimento. Seria injusto se fosse um único credor a beneficiar do objecto e a enriquecer com o referido trabalho. Pelo contrário, o trabalho de mera conservação não altera o valor dos frangos, pelo que o vendedor pode beneficiar da cláusula de reserva de propriedade.

No entanto, esta decisão revela o quanto as cláusulas de reserva de propriedade são frágeis no âmbito de objecto de produção e comercialização de animais. Aparentemente, a cláusula de reserva de propriedade é inaplicável aos animais destinados a abate, na medida em que o próprio abate implica a transformação do bem e não mera conservação. Da mesma forma, parece que a cláusula de reserva de propriedade é inaplicável à venda animais jovens seja qual for o destino. Por outro lado, a mesma cláusula já se pode aplicar à venda de animais adultos adquiridos para fins de produção imediata, como será o caso de galinhas poedeiras e vacas leiteiras.

## **18. Substituição e coisas destinadas a ser incorporadas ou transformadas industrialmente**

Outra questão de que se ocupa a doutrina alemã é a de saber se a reserva de propriedade que incide sobre coisas destinadas a ser incorporadas ou transformadas industrialmente se extingue ou se mantém apesar da transformação. Normalmente, a este

---

<sup>2121</sup> Cf. Lorvellec Louis, *La clause de réserve de propriété est-elle applicable à un animal?*, in: Revue Judiciaire de l'Ouest, 1985-3, pp. 292-297, p. 296.

tipo de negócios está associada uma convenção através da qual o alienante autoriza o comprador a revender as mercadorias, cedendo este àquele, antecipadamente, os créditos resultantes dessa revenda e especificando-se as coisas objecto da reserva de propriedade. A prática dos negócios alemã criou um conjunto de outras figuras mais complexas que foram desenvolvidas com base na reserva de propriedade simples – reserva de propriedade prolongada e reserva de propriedade alargada. Na primeira, a propriedade é reservada na esfera jurídica do vendedor perante posteriores aplicações da coisa, como na hipótese da sua especificação pelo comprador ou de nova alienação pelo comprador sob reserva antes do pagamento do preço ao vendedor.<sup>2122</sup>

Esta modalidade tem diversas variantes. O vendedor com reserva de propriedade concede à outra parte uma autorização para revender o bem, cedendo esta de imediato ao primeiro o crédito futuro resultante dessa venda, que substitui a propriedade reservada como garantia do vendedor inicial, autorizando este ainda o outro contraente a cobrar esse crédito.<sup>2123</sup> Outra variante permite, nos casos em que o objecto da venda seja uma matéria-prima ou produtos semiacabados, inserir no contrato uma cláusula pela qual o vendedor com reserva de propriedade permite ao comprador transformá-la, adquirindo o primeiro a propriedade, ou compropriedade, das coisas assim obtidas, a que se pode juntar, para permitir a revenda, uma autorização para o efeito, juntamente com uma cessão de créditos futuros daí resultantes e a autorização para a cobrança.<sup>2124</sup>

Na reserva de propriedade alargada, a reserva de propriedade é ampliada de forma a servir de garantia, não só ao crédito daquela venda, mas a um conjunto de créditos nascidos da relação de negócios<sup>2125</sup> entre as partes. Só com o cumprimento de certas obrigações do vendedor em relação comprador se transferirá a propriedade da coisa, ou

---

<sup>2122</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias*, cit., 6.ª ed., p. 251.

<sup>2123</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., 3.ª ed., p. 461.

<sup>2124</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., 3.ª ed., p. 462, que admite a adaptação da primeira figura ao nosso Direito interno, na medida em que consiste na articulação de uma autorização de venda de um bem alheio conferida ao adquirente com reserva com uma cessão de crédito futuro, o que não levanta dificuldades. Com a referida cessão de crédito futuro, é concedida também a legitimidade para cobrança desse mesmo crédito – mandato sem representação. Considera o autor que a segunda figura só será de aceitar se se entender que as partes podem regular convencionalmente as regras da cessão industrial – artigos 1333.º ss CC. No mesmo sentido, cf. Pires de Lima/Antunes Varela, com colaboração de Henrique Mesquita, *Código Civil Anotado*, III, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 152.

<sup>2125</sup> Se o número de operações contratuais entre as partes for elevado, poderá verificar-se que qualquer prestação realizada por uma das partes à outra, mesmo que não corresponda a qualquer dos negócios celebrados, torna por referência uma vinculação específica entre elas, dando azo ao que se chama de relação corrente de negócios. Essa vinculação específica é fundamento para o surgimento de deveres de protecção, informação e lealdade, cuja violação pode dar azo ao dever de indemnizar, através da *terceira via da responsabilidade civil*, cf. Luís Menezes Leitão, *Direito Das Obrigações*, Vol. I, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 365.

com a extinção do saldo da conta corrente entre as partes.<sup>2126</sup> Não se limita assim à obrigação do pagamento do preço emergente daquela venda em si, donde decore a propriedade reservada.<sup>2127</sup> Esta cláusula chegou a ser utilizado por forma a abranger não apenas os créditos do vendedor, mas também das sociedades do grupo deste.<sup>2128</sup> Esta segunda modalidade é actualmente inválida *ex vi* § 449 III BGB. Também a cláusula de conta corrente, aceite nas relações comerciais, em certos casos são considerados como atentados ao bom costume<sup>2129</sup>, considerando que a sua utilização como garantia constitui um abuso de liberdade contratual.<sup>2130</sup>

PESTANA DE VASCONCELOS entende que, de acordo com Direito Português, dada a amplitude com que a reserva de propriedade é consagrada no artigo 409.º/1 CC, sobretudo na parte do texto que refere que o que leva à transmissão de propriedade não é apenas o cumprimento das obrigações da outra parte, mas qualquer outro evento, é difícil não considerar a admissão destas cláusulas, ou seja, que as partes podem moldar o evento que leva à transmissão da propriedade.<sup>2131</sup> Em relação ao AUG, dispõe o artigo 72.º que a propriedade de um bem móvel pode ser reservada em garantia por força de uma cláusula de reserva de propriedade que suspenda a eficácia translativa de um contrato até ao integral cumprimento da obrigação que constitua a contrapartida da referida eficácia. De acordo com o regime do AUG, parece-nos a reserva de propriedade prolongada (permite a especificação da coisa) é adaptável ao AUG que até admite a reserva sobre as coisas não especificadas no artigo 75.º. Em relação à reserva de propriedade alargada, temos sérias dúvidas em relação à sua adaptação ao AUG, na medida em que este, diferentemente do CC, parece restringir a reserva de propriedade às obrigações que constituem a contrapartida da propriedade reservada, ou seja, as partes não podem moldar o evento que leva à transmissão da propriedade, só pode ser o cumprimento da obrigação que constitua a contrapartida da referida eficácia.

---

<sup>2126</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., 3.ª ed., p. 464.

<sup>2127</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., 3.ª ed., p. 464.

<sup>2128</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., 3.ª ed., p. 464.

<sup>2129</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias*, cit., 6.ª ed., p. 252.

<sup>2130</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., 3.ª ed., p. 464.

<sup>2131</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., 3.ª ed., p. 465, considera ainda que haverá que ter em conta na determinação da licitude destas cláusulas, quando aplicáveis, outras disposições, nomeadamente relativa às cláusulas contratuais gerais. Mesmo tratando-se de cláusulas individualmente negociadas, pode verificar-se, em certos casos, estarão feridas de nulidade por atentarem contra a ordem pública, onde se inclui a proibição do excesso.

## 19. Beneficiários da garantia

Outro desenvolvimento específico da reserva de propriedade consiste na sua estipulação a favor de outrem<sup>2132</sup> que não o vendedor, em regra, o financiador. Tradicionalmente, a reserva de propriedade é celebrada na relação entre alienante e adquirente, com especial ocorrência nos contratos de compra e venda, como forma de garantia do cumprimento da obrigação de pagamento do preço, sobretudo nos contratos de compra e venda a prestações. A cláusula prevista no artigo 409.º CC permite a manutenção da propriedade na esfera jurídica do vendedor e visa garantir o seu crédito, transferindo-se, em regra, a posse da coisa objecto do contrato para o adquirente. Assim, o vendedor acaba por actuar como financiador da aquisição, pois a prorrogação temporal do pagamento do preço e, consequentemente, dos efeitos translativos do contrato, assegura ao vendedor a prestações o recebimento de um preço superior ao que receberia se de uma venda a pronto se tratasse. Porém, no âmbito das relações de consumo, com o desenvolvimento dos procedimentos de recurso ao crédito para consumo, para além do comprador e vendedor, surgiu uma terceira figura - mutuante, especializada na concessão de crédito, que financia a aquisição do bem pelo comprador.<sup>2133</sup>

Na qualidade de credor, o financiador exige, logicamente, a constituição de uma garantia a seu favor, que incide, em regra, sobre o bem adquirido com a quantia mutuada, constituindo-se, normalmente, uma hipoteca ou penhor em garantia do crédito desta terceira entidade. Com efeito, a aquisição de um certo bem de consumo passou a despoletar a celebração de dois negócios distintos: a compra e venda, entre comprador e vendedor, e um contrato de mútuo ou financiamento, entre mutuário e mutuante, passando-se de um esquema negocial bilateral entre comprador e vendedor para uma

---

<sup>2132</sup> Em Portugal, na última década, tem aumentado estudos sobre a reserva de propriedade a favor do terceiro, cf. P. Ramos de Faria, *A reserva de propriedade constituída a favor de terceiro financiador*, Revista Julgar, n.º 16, Janeiro - Abril 2012, disponível online em <http://julgar.pt>; Décio Correia, *Da admissibilidade da «reserva de propriedade» a favor do mutuante*, Dissertação apresentada no âmbito do 2.º ciclo de estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010; Gabriela Figueiredo Dias, *Reserva de propriedade*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007; Isabel Menéres Campos, *A reserva de propriedade: do vendedor ao financiador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013; Isabel Menéres Campos, *Algumas reflexões em torno da reserva de propriedade a favor do financiador*, in *Estudos em comemoração do 10º Aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, Coimbra, 2004; Rosângela Zuza Medeiros, *Estudo sobre a cláusula de reserva de propriedade em favor do financiador na aquisição de automóveis*, Dissertação do 2.º ciclo de Estudos em Direito, Ciências Jurídico - Civilísticas, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011; Teresa Pereira, *A Cláusula de Reserva de Propriedade no Contrato de Mútuo*, Dissertação de Mestrado Forense apresentada à Faculdade de Direito Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, Abril de 2012, disponível *on line* in: <http://repositorio.ucp.pt>.

<sup>2133</sup> Cf. Décio Correia, *Da admissibilidade da «reserva de propriedade» a favor do mutuante*, cit., p. 128.

relação trilateral, na qual surge o terceiro financiador<sup>2134</sup>. Nesta sede, as garantias reais tradicionais, meios adequados para a tutela da posição do mutuante, começaram a revelar-se insuficientes, não sendo hoje objecto de preferência como garantia de crédito, facultando o aparecimento das denominadas garantias indirectas e sem posse, designadamente a cláusula de reserva de propriedade, a alienação em garantia ou a locação financeira.<sup>2135</sup> Na Alemanha, o § 449, III BGB determina expressamente que é nula a reserva de propriedade nesta situação. Em Portugal, a doutrina tem-se dividido em torno da discussão em torno da validade da reserva de propriedade nos contratos de crédito ao consumo, que, por acaso, não existe na Guiné-Bissau, centrando-se na questão

---

<sup>2134</sup> Em Portugal, o regime do contrato de crédito ao consumo consta do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho - com as alterações introduzidas pelo Decreto - Lei n.º 72-A/2010, de 17 de Junho, que regula os Contratos de Crédito a Consumidores - que transpõe a Directiva n.º 2008/48/CE, de 23 de Abril, Relativa a Contratos de Crédito aos consumidores. Nos termos do seus artigos 2.º e 3.º, este Decreto - Lei apenas se aplica às relações entre profissionais e consumidores, considerando, nos termos do artigo 4.º como *consumidor* a pessoa singular, enquanto pessoa física, que nos negócios jurídicos abrangidos pelo referido Decreto-Lei, actua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional. Por outro lado, tem-se como *credor* a pessoa singular ou colectiva que concede ou promete conceder um crédito no exercício da sua actividade comercial ou profissional. Ainda, dispõe que se considera um *contrato de crédito* o contrato pelo qual um credor concede ou promete conceder a um consumidor, um crédito sob a forma de diferimento de pagamento, mútuo, utilização de cartão de crédito, ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante. A questão que se coloca é a de saber se efectivamente, entre o contrato de mútuo e de compra e venda, existe, ou não uma relação de dependência, uma vez que os negócios têm a intervenção de três partes contratuais, visando o mesmo fim, que consiste na aquisição do bem pelo consumidor, cf. Ana Rita Sequeira Francisco, *A (In) Admissibilidade da Cláusula de Reserva de Propriedade a Favor do Financiador*, Universidade Católica Porto, Porto, 2015, p. 20. A Tese Unitária, considera que estamos perante um único contrato trilateral, celebrado entre financiador, consumidor e vendedor, argumento que para que de um contrato trilateral se tratasse seria preciso que cada uma das partes dirigisse a sua declaração às outras duas, e que daí se pudesse concluir que todos os sujeitos se queriam vincular perante o conjunto que todos comporiam, cf. Paulo Duarte, *A sensibilidade do Mútuo às excepções do Contrato de Aquisição na Compra e Venda Financiada, no Quadro do Regime Jurídico do Crédito ao Consumo*, in Revista Sub Iudice, n.º 24, Janeiro - Março, 2003, p. 47. Por outro lado, a Tese Dualista considera que existe uma relação de dependência ou de conexão entre os dois contratos, estando relacionados um com o outro, apesar de se tratar de dois contratos distintos e autónomos, argumentando com a figura da união de contratos, que reside na teoria da separação jurídica dos contratos, mas que se encontram ligados por um nexo de carácter funcional - dois contratos que por vontade das partes são integrados num conjunto económico determinado, numa unidade económica de forma a que a vigência de um deles depende da vigência do outro, que se encontra reciprocamente dependente entre si, cf. Gravato Morais, *União de Contratos de Crédito e de venda para consumo*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 403. Em reforço desta tese, para Ana Rita Sequeira Francisco, *A (In) Admissibilidade da Cláusula de Reserva de Propriedade a Favor do Financiador*, cit., p. 21, a ligação genética do contrato de mútuo ao contrato de compra e venda, vem estabelecida no regime do artigo 18.º/1/2 do DL n.º 133/2009 de 2 de Junho, onde se verifica um reconhecimento normativo duma específica união (ou coligação) de contratos, pelo que conclui a autora que há dois negócios distintos, juridicamente autónomos ou independentes, formal e substancialmente separados, sujeitos, cada um deles, ao seu regime jurídico correspondente, produzindo efeitos jurídicos próprios, e que os contratos em causa só têm sentido tal como foram originariamente concebidos, se persistirem nessas circunstâncias, caso contrário a sua finalidade esvazia-se.

<sup>2135</sup> Cf. Décio Correia, *Da admissibilidade da «reserva de propriedade» a favor do mutuante*, cit., p. 135 e Micaela Alexandra Santos Miranda Batista, *A Validade da Cláusula de Reserva de Propriedade a Favor do Mutuante*, cit., p. 35.

de saber se uma entidade financiadora pode validamente reservar para si<sup>2136</sup> a propriedade do bem vendido e, no âmbito específico do mercado automóvel, recorrer ao procedimento cautelar de apreensão do veículo, nos termos do artigo 15.º e seguintes do Decreto - Lei n.º 54/75. Uma posição tem admitido a validade da cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador e a outra considera-a nula, alegando-se que o artigo 409.º CC apenas permite a estipulação da reserva a favor do alienante, e que o financiador, embora financie a aquisição, não aliena efectivamente a coisa. Também a jurisprudência se tem dividido, sendo certo que uma parte admite a sua validade, apelando aos interesses do tráfico e à necessidade de uma tutela forte dos interesses dos financiadores da compra de bens de consumo e a considera inválida.

Dos Autores que sustentam a admissibilidade da cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador, destacam-se ISABEL MENÉRES CAMPOS e NUNO PINTO OLIVEIRA, invocando vários argumentos, nomeadamente o princípio da liberdade contratual e a natureza dispositiva dos artigos 408.º e 409.º CC<sup>2137</sup>; a

---

<sup>2136</sup> É ilustrativo o exemplo dado pela Ana Rita Sequeira Francisco, *A (In) Admissibilidade da Cláusula de Reserva de Propriedade a Favor do Financiador*, cit., p. 21 – 22: 1, comprador, pretende adquirir um automóvel a 2, vendedor, mas não dispondo dos fundos necessários para pagar o preço, necessita para o efeito, de financiamento por certa instituição financeira, 3. Este concede o crédito para a compra do automóvel, convencionando a restituição em várias prestações. Como garantia do cumprimento do pagamento do preço, estipula-se no contrato de mútuo uma cláusula de reserva de propriedade a favor da entidade financiadora. Temos, portanto, duas relações jurídicas distintas: entre 1 (comprador) e 2 (vendedor) que celebraram um contrato de compra e venda de um automóvel e, anteriormente, a relação jurídica entre 1 (mutuário) e 3 (mutuante) que celebraram um contrato de mútuo para financiamento da aquisição daquele automóvel. É neste ponto que a doutrina e jurisprudência dividem, gerando várias questões, nomeadamente: se a reserva de propriedade estipulada num contrato de compra e venda a favor do alienante, que decorre do artigo 409.º CC pode desempenhar a mesma função de garantia em relação ao financiador dessa aquisição? Quem é o titular do direito de propriedade - o comprador, nos termos dos artigos 408.º/1 e 879.º, a)? Pode, ainda assim, o financiador reservar a propriedade ou pode a posição do vendedor ser transmitida para o financiador (sub-rogação)? Se o comprador entrar em incumprimento, em relação ao financiador, mas continuar a utilizar o veículo, que meios pode accionar o financiador? Resolução do contrato de mútuo? Accionar a cláusula de reserva de propriedade? Ou provocar o vencimento antecipado das prestações do mútuo? Pode recorrer a uma providência cautelar, com vista à apreensão do veículo?

<sup>2137</sup> Um dos argumentos invocado assenta no princípio da liberdade contratual, consagrado no artigo 405.º, sustentando que nos contratos, as partes podem agir por sua própria e autónoma vontade, sendo este um princípio basilar na área dos contratos e que, acordo com o n.º 1 do artigo 405.º CC, está na disponibilidade das partes a fixação do conteúdo dos negócios jurídicos, bem como a celebração de contratos distintos dos previstos na lei, desde que tal não seja proibido por norma de natureza imperativa. O n.º 2 do mesmo preceito estatui ainda a faculdade reconhecida aos contraentes de reunir no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei. Trata-se de um princípio unanimemente reconhecido como basilar no Direito português, pelo que afirmam os defensores da admissibilidade da cláusula a favor do mutuante que a sua imperatividade comprova a natureza dispositiva da regra da consensualidade e, bem assim, do próprio artigo 409.º CC, que trata da faculdade das partes protelar o efeito translativo da propriedade para momento posterior ao da celebração do contrato, para efeitos de garantia. Concluem os autores não estar em causa a violação de qualquer norma imperativa, na medida em que o art. 409.º, n.º 1 se limita a permitir a dilação da transferência da propriedade da coisa do vendedor para o comprador, cf. Isabel Menéres Campos, *A Reserva*, cit., p. 372.

interpretação actualista e extensiva do artigo 409.º/1 do CC, e dos artigos 5.º, n.º 1, al. b), 15.º, n.º 1 e 18.º/1, do Decreto – Lei n.º 54/75<sup>2138</sup>; a disposição do art. 6.º, n.º 3, al. f), do DL 359/91<sup>2139</sup>; a sub-rogação do mutuante nos direitos do vendedor e<sup>2140</sup>; a conexão entre

---

<sup>2138</sup> Isabel Menéres Campos, *A Reserva, cit.*, p. 353 ss.. entende que face ao artigo 409.º, n.º 1 CC, o intérprete deve colocar-se no plano da realidade do tráfico jurídico-económico actual, marcado pela actuação massificada de entidades financeiras especializadas na concessão de crédito ao consumo e no qual o vendedor assume uma mera posição de fornecedor do bem ou intermediário nas trocas, livre do denominado risco de crédito. A necessidade de efectuar uma interpretação actualista do preceito legal surge, segundo esta doutrina, pela simples razão de o paradigma que conforma as operações de compra a crédito actuais, acima descrito, em nada se assemelhar à realidade outrora vivida em que, a aquisição de bens sem o imediato pagamento do preço era assegurada de forma quase exclusiva pelo mecanismo da venda a prestações, assumindo o vendedor os riscos inerentes à mesma e circunscrevendo-se a relação jurídica a apenas duas partes: alienante e adquirente, que assumiam também as vestes de credor e devedor. Ainda considera que o mútuo para aquisição de um bem constitui um contrato de alienação – aquisição financiada e que face ao dispositivo legal, deve o intérprete reconhecer relevo aos elementos sistemático, i.e., à unidade do sistema jurídico, e teleológico ou racional, presente no espírito do legislador, demarcando-se de uma mera interpretação literal da norma legal e tendo presente a complexidade pela qual se regem as relações jurídico-económicas nos dias de hoje, dando a relação bilateral lugar a uma outra de cariz triangular, da qual faz parte o mutuante – financiador da aquisição.

<sup>2139</sup> Consideram que o Decreto – Lei n.º 359/91, reconhece a possibilidade de as partes estipularem a reserva em contratos deste tipo, referindo-se, em específico, ao artigo 6.º, n.º 3, al. f). Quanto à circunstância do actual diploma não conter qualquer disposição relativa ao acordo sobre a *reserva de propriedade* a autora refere a alínea o) do artigo 6.º, relativo às informações pré-contratuais a fornecer, *as garantias exigidas*, se for o caso, e a alínea g) do artigo 12.º, *as eventuais garantias*, quanto aos elementos que devem integrar o contrato.

<sup>2140</sup> A Doutrina que admite a validade da reserva de propriedade a favor do financiador considera que a sua licitude pode ser explicada através do funcionamento do mecanismo da sub-rogação, previsto nos artigos 589.º e ss. do Código Civil, em concreto, o artigo 591.º - sub-rogação em consequência de empréstimo feito ao devedor, sem prejuízo de poderem ser convencionadas as modalidades de sub-rogação pelo devedor ou pelo credor. Considera que o recurso à sub-rogação permite acautelar os *interesses em causa*, já que a *reserva de propriedade a favor do financiador retira a faculdade de alienação da coisa ao adquirente*, num quadro em que a utilização das cláusulas de inalienabilidade se revelaria insuficiente em função da sua natureza meramente obrigacional, cf. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Contrato de Compra e Venda*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 57. A validade do negócio está dependente do preenchimento de certos requisitos, nomeadamente, a existência de uma “declaração expressa, no documento do empréstimo,” que ateste o destino da quantia mutuada ao cumprimento da obrigação e de que “o mutuante fica sub-rogado nos direitos do credor”, estando em causa uma sub-rogação convencional, resultante do acordo entre devedor e mutuante ou credor e mutuante, sem necessidade de consentimento da contraparte no contrato principal – artigos 589.º e 590.º. O esquema negocial exposto passa pela satisfação do direito do vendedor pelo mutuante (directamente ou por intermédio do devedor) e a consequente transferência dos créditos e seus acessórios, entre os quais, a reserva de propriedade, para o mesmo, cf. Isabel Menéres Campos, *A Reserva, cit.*, p. 643. Não se dá a extinção da obrigação face ao devedor, mas tão só a transmissão do crédito para outro sujeito activo. Neste quadro, a reserva de propriedade é concebida como uma *garantia* ou *um acessório* do crédito - artigo 582.º/1 pelo que, cumpridos os requisitos para a sua admissibilidade, será lícita a transmissão para terceiro dos direitos de crédito do vendedor face ao devedor, nos termos do art. 593.º. Dá-se, nestes termos, o sub-rogação do mutuante na posição do credor originário - vendedor, o que reforça a ideia de conexão entre o contrato de compra e venda e o contrato de mútuo, cf. cf. Isabel Menéres Campos, *A Reserva, cit.*, p. 643. Face à crítica de que o pagamento ao credor, realizado pelo devedor ou por terceiro, teria como efeito a transmissão da propriedade para o comprador, extinguindo-se a reserva de propriedade, esta doutrina propõe um acordo prévio entre as partes que ateste que o efeito translativo se verificará apenas com o pagamento da totalidade da dívida ao financiador, que sub-roga na posição do credor originário, alterando-se o sujeito activo da relação contratual, rejeitando-se a ideia de que o pagamento integral do preço ao vendedor tem como efeito a transmissão da propriedade da coisa para o comprador. A questão que se coloca é a de saber se a reserva de propriedade, ainda que desempenhe uma função de garantia, se não liga antes e somente à relação contratual, o que a tornaria naturalmente intransmissível para o mutuante, cf. Francisco Pereira Coelho, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de Março de 2011, in RLJ*, n.º 3982, pp. 51 ss.



os contratos de crédito ao consumo e de compra e venda<sup>2141</sup>. Os autores que defendem a validade da cláusula em causa defendem a necessidade de tutela do financiador e o propósito de se assegurar que o bem em causa é de fácil transmissibilidade. Por outro lado, afirmam que o recurso à cláusula de reserva de propriedade seria um meio idóneo para assegurar o cumprimento do direito de crédito, tendo em conta as dificuldades de cobrança do mesmo.

Contrariamente, a maioria da doutrina portuguesa rejeita a validade da reserva a favor de terceiro e, partindo de um trecho do artigo 409.º CC, onde lê que “*é lícito ao alienante reservar para si*”, tem-se construído uma sólida posição que contesta os argumentos<sup>2142</sup> invocados pela doutrina de admissibilidade da figura da propriedade

---

<sup>2141</sup> A doutrina que defende a validade da cláusula considera que no termo *contrato de alienação* deve incluir-se o contrato de mútuo conexo com o contrato de compra e venda, na medida em que ambos os contratos se encontram unidos pela mesma comunidade de fins, que deve-se entender que inclui também o contrato de mútuo, conexo com o de compra e venda, no qual foi acordada a reserva de propriedade com vista a garantir o crédito de terceiro - financiador. Tal resultaria do esquema negocial já enunciado, segundo o qual o pagamento do preço devido ao vendedor estaria a cargo do financiador, com o qual o devedor (comprador) havia celebrado contrato de mútuo para o financiamento da aquisição. Considera assim que o consumidor celebra dois contratos, ligados entre si por um vínculo jurídico-económico de natureza *finalística e causal*, reconhecendo-se-lhe efeitos especiais que podem fazer-se sentir no contrato de compra e venda, ainda que específicos do mútuo, e vice-versa, considerando que a compra e venda financiada como um *contrato de alienação*, cf. Isabel Menéres Campos, *A Reserva*, cit., p. 353 ss.

<sup>2142</sup> Quanto à interpretação do artigo 409.º CC, os defensores da inadmissibilidade consideram que o artigo 409.º CC, apenas visa o alienante como eventual beneficiário de uma cláusula de reserva de propriedade, não prevendo, nem na sua letra, nem no seu espírito, a extensão do seu alcance aos denominados contratos de financiamento, afastando a possibilidade de uma interpretação actualista mesmo quando se trate de um contrato de mútuo a prestações relacionado com o contrato de compra e venda do bem financiado, considerando que a reserva de propriedade tem o seu âmbito de aplicação circunscrito aos contratos de alienação, como do elemento teleológico, assinalando-se que a finalidade do legislador terá sido a de permitir o diferimento do efeito translativo apenas nesses mesmos contratos, cf. Fernando Gravato Moraes, *Anotação ao Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 21/02/2002*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 6, Abril - Junho de 2004, Braga, 2004, p. 51. Com efeito, considera que ainda em termos sistemáticos, não é por acaso que o artigo 409.º surge logo a seguir ao artigo sobre a transferência imediata da propriedade nesses mesmos contratos, cf. Francisco Pereira Coelho, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de Março de 2011*, cit., p. 51, o direito reconhecido pelo artigo 409/1, só pode ser atribuído a quem seja titular da qualidade de alienante do bem cuja propriedade é objecto de reserva, considerando-se uma *norma privativa dos contratos de alienação*, cf. Francisco Pereira Coelho, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de Março de 2011*, cit., p. 44 e Paulo Duarte, *Contratos de concessão de crédito ao consumidor*, FDUC, Coimbra, 2000, p. 193. A mesma solução é aplicada em relação às referências a *contrato de alienação* constantes do Decreto-Lei 54/75 e, consequentemente a inadmissibilidade do recurso, por parte do mutuante, à providência cautelar de apreensão de veículo, previsto no artigo 15.º do mesmo diploma. Por outro lado, e em resposta à argumentação de que a reserva constituída a favor do financiador sempre seria permitida com recurso à parte final do art. 409.º/1 CC, condicionando a transferência de propriedade à verificação de qualquer outro evento, a tese de inadmissibilidade contrapõe que esse evento não se pode configurar como um facto discricionariamente acordado pelas partes, exigindo-se que, para além de ter uma ligação directa com o contrato de alienação, se compreenda dentro do objectivo e das finalidades próprias desse específico contrato, i.e., o evento cuja verificação pode resultar na transferência da propriedade para o adquirente deve reportar-se à relação contratual à qual diz respeito, sob pena de não se revelar susceptível de produzir o efeito translativo da propriedade, cf. Ac. STJ de 16 de Setembro de 2008, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Neste sentido vai também a jurisprudência do STJ de 31 de Março de 2011, segundo o qual *o evento condicionante tem de ser sempre um facto interno à relação contratual protegida pela cláusula de reserva de propriedade*. Em relação à

liberdade contratual, Considera a tese da inadmissibilidade que a liberdade das partes fixarem livremente o conteúdo dos contratos, prevista no artigo 405.º CC, está sujeita aos limites impostos pelo artigo 280.º CC, sob pena de nulidade por impossibilidade legal do objecto, argumentando-se ser juridicamente impossível alguém reservar para si a propriedade de algo de que nunca foi titular, cf. Paulo Torres, *Reserva de propriedade: características, funções e regime jurídico*, in <http://www.cije.up.pt>. Considera que só assim pode-se fazer valer o princípio *nemo plus iuris in alium transferre postest quam ipse habet*. Assim, considera esta tese que a estipulação de reserva de propriedade a favor do financiador no contrato de mútuo será ferida de nulidade, nos termos do artigo 280.º/1 CC, na medida em que, não obstante a conexão entre os contratos, o mutuante nunca foi proprietário do bem cuja aquisição financiou, não podendo, nesses termos, reservar para si a propriedade do mesmo. Com efeito, sendo nula a disposição, o contrato de alienação produz todos os seus efeitos, nos termos do artigo 879.º CC e o direito de propriedade transmite-se validamente para o adquirente/mutuário, não se reconhecendo à terceira entidade o poder de lançar mão dos mecanismos previstos no DL n.º 54/75, com o intuito de satisfazer o seu crédito. Em relação ao artigo 6.º do DL 359/91, a doutrina da inadmissibilidade realça que o artigo 6.º, n.º3, al. f), do Decreto – Lei n.º 359/91, previa as situações em que o vendedor do bem era simultaneamente financiador dessa mesma aquisição, sendo certo que a norma apenas estabelece a obrigatoriedade de que conste no contrato tal acordo, sem que se permita o estabelecimento da reserva da propriedade do bem a transmitir a quem nunca tenha sido titular desse mesmo direito de propriedade. Por outro lado, face ao actual diploma do crédito ao consumo, não é manifesto qualquer disposição semelhante ao normativo invocado, pelo que o argumento aduzido pelos defensores da admissibilidade da cláusula a favor do mutuante não encontra apoio legal. Assim, o “acordo sobre a reserva de propriedade a que se refere o preceito legal não poderá ser invocado como argumento que valide a estipulação da reserva a favor do mutuante, estranho ao contrato de alienação, cf. Francisco Pereira Coelho, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de Março de 2011*, cit., p. 51 e Fernando Gravato Morais, *Anotação ao Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 21/02/2002*, cit., p. 50 – 51. Quanto à sub-rogação do financiador nos direitos do alienante, até a grande parte da jurisprudência que nega a validade da estipulação de uma cláusula de reserva em benefício do mutuante reconhece a possibilidade de sub-rogação do mutuante na posição do alienante, rejeitando a figura nos casos em que a declaração expressa não teve lugar, cf. Ac. STJ, de 10 de Julho de 2008, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. STJ de 31 de Março de 2011, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e Ac. TRL de 07 de Dezembro de 2011, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Contudo, os autores que rejeitam a validade da reserva de propriedade a favor do financiador consideram que não se pode admitir que esta se destina à transmissão de créditos e garantias, duvidando se a reserva possa constituir uma *garantia* ou um *acessório do crédito sub-rogado*. A transmissão da posição jurídica do credor para o mutuante, por meio da sub-rogação, não transfere a reserva de propriedade que tenha sido convencionalmente entre alienante e adquirente em sede de contrato de compra e venda, mas apenas o direito de crédito face ao devedor. E tal pode ser compreendido por uma breve análise à função da reserva, i.e., a postergação do efeito translativo da propriedade até ao cumprimento de determinada obrigação ou verificação de certo evento. Está em causa um efeito de natureza real que permite a deslocação da propriedade de uma esfera jurídica para a outra, existindo a reserva de propriedade como um efeito do contrato na qual foi aposta e da qual depende a verificação do efeito translativo da propriedade. A reserva de propriedade pode ter sido estipulada em benefício do vendedor, mas foi estipulada contratualmente, não constitui um direito a que o vendedor possa renunciar, mas sim o diferimento contratual de um efeito do contrato, o direito de propriedade mantém-se na esfera jurídica do vendedor, mas ele não tem um direito a esse direito, cf. Francisco Pereira Coelho, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de Março de 2011*, cit., p. 51 e Raul Ventura, *O contrato de compra e venda no Código Civil*, cit., p. 614. Cf., também o Ac.TRL, de 14 de Dezembro de 2010, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Por fim, quanto à conexão contratual e a protecção dos interesses das partes a doutrina da inadmissibilidade considera que a reserva de propriedade a favor do financiador não encontra acolhimento no regime jurídico do crédito ao consumo que visa essencialmente proteger consumidor. Com efeito, considera que apesar da inegável conexão entre os contratos de alienação e mútuo, deve ser vedada ao financiador a faculdade de reservar para si a propriedade do bem financiado para efeitos de garantia, na medida em que pode recorrer de um conjunto de outros mecanismos de garantia e de defesa dos seus interesses. Os contratos em causa *constituem apenas economicamente uma unidade, mas não juridicamente*. Não obstante, as obrigações emergentes de ambos os contratos são manifestamente distintas, no contrato de crédito as obrigações de pagar se reconduzem à satisfação do crédito concedido, na compra e venda a obrigação de pagar o preço do bem, obrigação essa que fica cumprida com a entrega da quantia mutuada para esse efeito ao vendedor. Com efeito, não há preço em dívida de que a transmissão do direito fique dependente. Entre nós, a problemática da conexão contratual apenas foi suscitada com o DL 359/91, prevendo-se um regime específico no art. 12.º desse diploma, com o intuito de conferir uma maior protecção ao consumidor do bem cuja aquisição foi financiada por terceiro. Neste quadro, entende a doutrina não se poder atribuir um relevo diferente ao do previsto legalmente, com

reservada ou sua alienação no âmbito dos contratos de financiamento. MENEZES LEITÃO<sup>2143</sup> advoga que a reserva de propriedade a favor do financiador não é admissível, na medida em que este não é alienante, pelo que não pode reservar uma propriedade de que nunca foi titular, asseverando ainda que a reserva de propriedade enquanto garantia justifica-se apenas para o crédito do vendedor, devendo o financiador recorrer-se a outras garantias. Nas palavras de RAUL VENTURA<sup>2144</sup>, a reserva de propriedade “*tem de ser convencionada entre o comprador e o vendedor*”, faz parte integrante do contrato de compra e venda.

Em relação ao AUG, *ictu oculi*, pode-se dizer que este é muito permissivo em relação a quem pode constituir a garantia real, ou seja, que não tem que ser necessariamente o devedor, na medida em que dispõe expressamente, no seu artigo 4.º/3, que as garantias reais podem ser constituídas pelo próprio devedor ou por “*um terceiro em garantia da obrigação*”, sem prejuízo das disposições especiais previstas nele. Esta disposição pode servir de fundamento para a admissibilidade da reserva de propriedade a favor do financiador. Parece-nos que esta disposição se aplica a outras garantias, nomeadamente a hipoteca ou o penhor que, tendo em conta as suas características, não produzem a efeitos translativos da propriedade, nem a suspendem. Alias, como vimos, em Portugal, também as garantias reais podem ser constituídas por terceiros, mas mesmo assim, a doutrina maioritária considera que não se pode constituir uma reserva de propriedade a favor do financiador.<sup>2145</sup>

---

o intuito de garantir os interesses do financiador, não os do consumidor, cuja posição o mesmo diploma visava tutelar. Ainda considera que o artigo 409.º/1 CC, não inclui em si a hipótese de conexão entre os contratos de compra e venda e mútuo, cf. Fernando Gravato Morais, *Anotação ao Acórdão Tribunal da Relação de Lisboa de 21/02/2002*, União de contratos de crédito e venda para o consumo, cit., 347 ss., Fernando Gravato Morais, *Contratos de Crédito ao Consumo*, Edições Almedina, Coimbra, 2007, p. 306 ss.; Isabel Menéres Campos, *Algumas reflexões em torno da reserva de propriedade a favor do financiador*, in Estudos em comemoração do 10º Aniversário da licenciatura em Direito da Universidade do Minho, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 631 e ss. e Luís A. Carvalho Fernandes, *Notas Breves Sobre a Cláusula de Reserva de Propriedade*, in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida, II, Almedina, Coimbra, 2011, p. 331. Para mais aprofundamento, cf. Micaela Alexandra Santos Miranda Batista, *A Validade da Cláusula de Reserva de Propriedade a Favor do Mutuante*, cit., p. 34 ss.

<sup>2143</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias*, cit., 6.ª ed., p. 253.

<sup>2144</sup> Cf. Raul Ventura, *O contrato de compra e venda no Código Civil*, cit., p. 605.

<sup>2145</sup> Artigo 409.º/1 CC, nos *contratos de alienação*, é lícito ao alienante reservar para si a propriedade da coisa até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte ou até à *verificação de qualquer outro evento*. Com base na primeira parte do artigo 409.º/1 CC, a doutrina que defende a validade da cláusula considera que no termo *contrato de alienação* inclui o contrato de mútuo conexo com o contrato de compra e venda, na medida em que ambos os contratos se encontram unidos pela mesma comunidade de fins, que deve-se entender que inclui também o contrato de mútuo, conexo com o de compra e venda, no qual foi acordada a reserva de propriedade com vista a garantir o crédito de terceiro - financiador. Tal resultaria do esquema negocial já enunciado, segundo o qual o pagamento do preço devido ao vendedor estaria a cargo do financiador, com o qual o devedor (comprador) havia celebrado contrato de mútuo para o financiamento da aquisição.

De acordo com a formulação do AUG, a reserva de propriedade tem de ser convencionada entre o adquirente da coisa e o seu alienante, em regra, comprador e o vendedor, na medida em que a última parte do artigo 72.º dispõe que até ao integral cumprimento da obrigação “*que constitua a contrapartida da referida eficácia*”. Ora bem, o que constitui a contrapartida da transmissão da propriedade no contrato de compra e venda é o preço e a razão da suspensão da transmissão de propriedade é a falta do pagamento do preço, pelo que nos parece que o AUG, neste aspecto é mais restritivo em relação ao CC. Também a doutrina que admite a validade da reserva de propriedade a favor do financiador tem apoiado na última parte do artigo 409.º/1 CC para fundamentar a admissibilidade da reserva de propriedade a favor do financiador.

O AUG, na formulação do artigo 72.º, não estabelece um preceito lato neste aspecto, pois dispõe apenas que a propriedade pode ser reservada em garantia por força de uma cláusula de reserva de propriedade que suspenda a eficácia translativa de um contrato até ao integral cumprimento da obrigação *que constitua a contrapartida da referida eficácia*. Assim, o AUG apenas permite a estipulação da reserva a favor do alienante, e que o financiador, embora financie a aquisição, não aliena efectivamente a coisa e não pode reservar para si o direito de propriedade que nunca esteve na sua esfera jurídica. Esta solução tem a ver com a própria característica das garantias: nas garantias reais tradicionais, o efeito essencial não é a transmissão da propriedade ou a suspensão da transmissão, mas assim a atribuição da preferência de pagamento, pelo que, juridicamente, podem ser constituídas a favor de terceiros e até a favor de várias pessoas. Em relação à reserva de propriedade, uma garantia baseada na titularidade, não se trata de alienação, mas sim, pelo contrário, de suspender a eficácia translativa<sup>2146</sup>, o que implica uma certa titularidade para a sua celebração, ou seja, deve ser titular da propriedade que pretende reservar, tem a ver com o conteúdo desta garantia, não pode reservar para si uma propriedade alheia. Se fosse admissível a reserva de propriedade a favor do financiador, teríamos outro problema/imbróglio jurídico, podia-se questionar se o alienante perde ou não a legitimidade de reservar para si a propriedade da mesma coisa

---

<sup>2146</sup> Como referem os já citados Francisco Pereira Coelho, *Anotação ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 31 de Março de 2011, cit.*, p. 51 e Raul Ventura, *O contrato de compra e venda no Código Civil, cit.*, p. 614, está em causa um efeito de natureza real que permite a deslocação da propriedade de uma esfera jurídica para a outra, existindo a reserva de propriedade como um efeito do contrato na qual foi aposta e da qual depende a verificação do efeito translativo da propriedade. A reserva de propriedade pode ter sido estipulada em benefício do vendedor, mas foi estipulada contratualmente, não constitui um direito a que o vendedor possa renunciar, mas sim o diferimento contratual de um efeito do contrato, o direito de propriedade mantém-se na esfera jurídica do vendedor, mas ele não tem um direito a esse direito.

como garantia numa outra operação, porque continuava a ser discutível se o mero facto de financiamento para aquisição é suficiente para operar a transferência de propriedade para esfera jurídica do financiador, o que pode beliscar o princípio da unicidade do próprio direito de propriedade. No caso de financiamento para aquisição, parece-nos que o mutuante deve recorrer a outras garantias, nomeadamente o penhor. Se o financiador quiser recorrer a uma garantia baseada na titularidade, pode, em vez de reserva de propriedade, convencionar com o adquirente e alienante que seja celebrado o contrato com efeito translativo de propriedade e o adquirente aliena a favor do financiador em garantia do contrato de mútuo.

## **20. Incorporação do objecto**

Em que medida o direito de propriedade do beneficiário da reserva de propriedade se mantém quando a coisa se incorpora numa outra coisa?

A doutrina alemã considera que se a reserva de propriedade incidir sobre uma parte integrante ou coisa acessória que vem posteriormente a integrar-se na coisa principal, a reserva se extingue por força dessa incorporação. Uma das questões discutidas na jurisprudência em relação à reserva de propriedade foi a de saber se, na venda com reserva de propriedade de elevadores que viessem a ser incorporados num imóvel, essa incorporação implicaria que a reserva de propriedade passasse a ter eficácia meramente obrigacional ou se a reserva de propriedade se mantinha, mesmo após a referida incorporação. Este problema põe-se, paralelamente, em todos os casos em que haja acessão industrial com a união de uma coisa a outra.<sup>2147</sup> No caso específico dos elevadores, durante algum tempo, a jurisprudência portuguesa entendia que a reserva de propriedade se mantinha, mesmo após a incorporação dos elevadores no prédio, pois apesar da incorporação, os mesmos não perderiam a sua autonomia. As várias decisões sobre o tema<sup>2148</sup> deram origem ao acórdão uniformizador do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 31 de Janeiro de 1996<sup>2149</sup>. Entendeu-se que os elevadores, sendo

---

<sup>2147</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo, cit.*, p. 97.

<sup>2148</sup> Cf. Ac. STJ, de 06 de Julho de 1993, in CJ (STJ), 1993, Tomo II, p. 191 ss; Ac. STJ, 26 de Janeiro de 1994, in BMJ, n.º 433, p. 525; Ac. STJ, de 17 de Novembro de 1994, in CJ (STJ), 1994, Tomo III, p. 143 ss.; Ac. STJ, de 14 de Fevereiro de 1995, in CJ (STJ), 1995, Tomo I, p. 88; Ac. Relação de Lisboa, de 12 de Maio de 1988, in CJ, 1988, Tomo III, p. 141 ss.; Ac. Relação de Lisboa, de 20 de Maio de 1993, in CJ, 1993, Tomo III, p. 107 ss.; Ac. Relação de Lisboa, de 17 de Março de 1994, in CJ, 1994, Tomo II, p. 87 ss.; Ac. da Relação do Porto, de 12 de Janeiro de 1993, in CJ, 1993, Tomo II, p. 175 ss.

<sup>2149</sup> Cf. Jurisprudência Fixada Cível – ANO 1996 - Acórdão do Pleno das Secções Cíveis: A cláusula de reserva de propriedade convencionada em contrato de fornecimento e instalação de elevadores em prédios

originariamente móveis por natureza, tornam-se partes integrantes do prédio, a partir da sua instalação, passando a fazer parte das coisas imóveis em virtude da sua ligação finalística a estes com carácter de permanência<sup>2150</sup>. Os elevadores convertem-se em coisas imóveis, passando a pertencer ao proprietário do imóvel. O acórdão uniformizador entende que a cláusula de reserva de propriedade convencionada em contrato de fornecimento e instalação de elevadores em prédios urbanos torna-se ineficaz logo que concretizada a respectiva instalação.

No AUG, dispõe o n.º 1 do artigo 76.º que a incorporação de um bem móvel que seja objecto de reserva de propriedade num outro bem não obsta aos direitos do credor na medida em que tais coisas possam ser separadas sem detrimento delas. Ou seja, de acordo com o AUG, a mera incorporação da coisa objecto de reserva de propriedade numa outra coisa não torna ineficaz a reserva de propriedade se a coisa puder ser separada sem causar danos em ambas as coisas. Trata-se de um direito de sequência do credor em caso de incorporação da coisa objecto de reserva de propriedade numa outra coisa principal.

Se a coisas não puderem ser separadas sem prejuízo das mesmas, nos termos do n.º 2 do artigo 76.º AUG, o todo pertence ao proprietário da coisa que constitua a parte principal, ficando este na obrigação de pagar ao outro proprietário o valor, avaliado à data do pagamento, da coisa que àquela se uniu. O termo “proprietário” refere-se ao credor que reservou para si a propriedade. Neste caso, parece-nos que, no caso da impossibilidade de separação das coisas sem causar prejuízos, no pagamento a efectuar ao proprietário/credor, devem ser abatidas as prestações já efectuadas pelo devedor/”adquirente”, sendo restituído a este o respectivo valor deduzido, por forma a evitar o enriquecimento sem causa por parte do credor/proprietário. Este problema não se coloca se o proprietário da coisa principal for credor proprietário da coisa objecto de reserva de propriedade.

E se a coisa principal pertencer ao devedor e não for possível efectuar a separação? Neste caso, a coisa objecto da reserva de propriedade perde a respectiva autonomia e passa a fazer parte integrante da coisa principal, que é propriedade do devedor na relação garantida pela reserva de propriedade. Com efeito, perdendo a autonomia da coisa objecto de reserva de propriedade, dificilmente se pode considerar que se mantém a reserva de

---

urbanos torna-se ineficaz logo que se concretiza a respectiva instalação, Proc. n.º 87 495 – 1.ª Secção (Cardona Ferreira), DR 132/96 SÉRIE II, de 1996-06-07.

<sup>2150</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Anotação ao acórdão do STJ, de 31 de Janeiro de 1996*, in ROA, Ano 56, 1996, pp. 307 ss., p. 318 e *Tratado X, cit.*, p. 854.

propriedade, que constituía a garantia do credor/”alienante”. Assim, em contrapartida da perda da garantia, parece-nos equilibrado que se considere vencida antecipadamente a obrigação do devedor proprietário da coisa principal, ficando obrigado a pagar imediatamente ao credor o valor da coisa incorporada. O legislador da OHADA, nos termos do artigo 76.º AUG, consagrou a solução habitualmente admitida pela jurisprudência francesa<sup>2151</sup> que já sustentava que a incorporação de uma coisa objecto de reserva de propriedade numa outra coisa não obsta aos direitos do credor, contanto que tais coisas possam ser separadas sem detrimento delas.

Deve-se limitar o âmbito do texto na parte que refere a *deterioração*, ou seja, deve-se entender que abrange apenas a deterioração material e não económica<sup>2152</sup>, sem pena de nunca se poder reivindicar a coisa, uma vez que qualquer reivindicação implica necessariamente uma desvalorização económica da coisa<sup>2153</sup>. Neste particular, cabe notar que o legislador da OHADA foi mais completo do que o legislador francês, pois este adoptou a solução da jurisprudência, nos termos do artigo 2370.º do *Code Civil*, omitindo a solução no caso da impossibilidade da separação das coisas sem o detrimento delas. Neste caso, o AUG, nos termos do n.º 2 do artigo 76.º, no caso da referida impossibilidade, o todo pertence ao proprietário da coisa que constitua a parte principal, ficando este na obrigação de pagar ao outro proprietário o valor, avaliado à data do pagamento, da coisa que àquela se uniu, consagrando assim a regra clássica de acessão<sup>2154</sup>. O beneficiário da reserva de propriedade pode reivindicar a coisa nos termos do artigo 103.º do AUOPAP.

---

<sup>2151</sup> Veja, por exemplo, *Cass. Com.*, de 7 de Junho de 1988, n.º 86 – 18. 401 in *Bull. Civ.*, IV, n.º 193; e especificamente sobre o elevador, cf. *Cass., Com.*, de 29 de Janeiro de 1991, n.º 89 – 18. 322, in *Ver. Proc. Coll.*, n.º 11, 1991, p. 225; sobre o motor instalado no navio, cf. *Cass. Com.*, de 11 de Março de 1997, in *Bul. Civ.*, IV, n.º 70, p. 510.

<sup>2152</sup> Cf. Linel Black Yondo, e outros, *Le Nouvel Acte Uniforme*, cit., p. 172.

<sup>2153</sup> Cf., neste sentido, *Cass. Com.*, de 28 de Outubro de 2008, in *JPG G*, 2009, I, p. 114.

<sup>2154</sup> A acessão constitui uma das formas de aquisição originária do direito de propriedade, verifica-se sempre que com a coisa que é propriedade de alguém se une ou incorpora outra coisa que não lhe pertencia. No nosso Direito interno, Código Civil, o respectivo regime só se aplica quando não haja outro regime que regule especificamente a união ou mistura de coisas, designadamente o regime das benfeitorias, como o seja o caso do possuidor, nos termos dos artigos 1273.º a 1275.º CC, do comproprietário, artigo 1411.º CC, do usufrutuário, artigo 1450.º CC, do usuário e morador usuário, artigo 1450.º CC, *ex vi* do artigo 1490.º CC, do locatário, artigo 1406.º, n.º 1 CC e do comodatário, artigo 1138º, n.º 1 CC. A aquisição do direito por acessão reporta-se ao momento da verificação dos respectivos factos, i.e., ao momento da união ou da incorporação, artigos 1325.º e 1317.º do CC e pressupõe dois requisitos: um, de ordem material, consistente na combinação ou fusão de duas (ou mais) coisas que existiam de forma autónoma (fundamento fáctico) e outro, consubstanciado na inseparabilidade resultante da união. A inseparabilidade referida em é uma inseparabilidade em sentido normativo. Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, III, 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, (Reimp.), p. 163. Na jurisprudência, cf. *Ac. STJ*, de 20 de Junho de 2013, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e *Ac. STJ* de 7 de Abril de 2011, *Revista* n.º 108/1999.P1.S1, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

## 21. Frutos produzidos pela coisa principal

O AUG não prevê esta situação. O n.º 2 do artigo 408.º CC, dispõe que, se a transferência respeitar a frutos naturais ou a partes componentes ou integrantes, a transferência só se verifica no momento da colheita ou separação. A questão que se coloca é se a reserva de propriedade implica também a reserva dos frutos que a coisa produz. *A priori*, a reserva de propriedade estende-se aos frutos que a coisa principal produz, os quais ficam afectos à garantia, a não ser que estes tenham de ser consumidos imediatamente, caso em que a reserva de propriedade não os abrange<sup>2155</sup>.

## 22. Os negócios subjacentes à constituição da reserva de propriedade

A reserva de propriedade é frequente no contrato de compra e venda. Aliás, é como modalidade contratual da compra e venda que a cláusula de reserva de propriedade encontra acolhimento quase exclusivo. Parte da doutrina portuguesa considera a figura em análise uma modalidade específica da compra e venda, aplicável aos restantes contratos de alienação, não obstante a sua inserção sistemática na parte das obrigações em geral. A reserva de propriedade é, pois, primordialmente, um meio de tutela do crédito, uma vez que a coisa permanece na titularidade do vendedor até ao pagamento integral do preço e, caso tal não ocorra, o vendedor tem a possibilidade de recuperar a coisa e obter o ressarcimento dos danos sofridos com o incumprimento do contrato, à custa do respectivo valor.

A figura encontra, por isso, o seu maior campo de actuação nas vendas com pagamento diferido ou fraccionado do preço.<sup>2156</sup> Todavia, nem sempre a reserva de propriedade é estipulada para garantir o pagamento do preço, pois, embora constitua normalmente uma cautela do vendedor, não pode dizer-se que tenha sempre uma função de garantia quanto ao pagamento do preço porque, *de iure condito*, tanto pode ser convencionada em função do pagamento do preço, como em função de outros eventos, de acordo com o previsto na lei.<sup>2157</sup> Para proteger<sup>2158</sup> o comprador, o artigo 934.º CC,

---

<sup>2155</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo...*, cit., p. 97.

<sup>2156</sup> Cf. Isabel Menéres Campos, *Contributo para o Estudo da Reserva de Propriedade Em Especial a Reserva de Propriedade a Favor do Financiador*, FDUC, Coimbra, 2009, p. 80.

<sup>2157</sup> Cf. Raul Ventura, *O contrato de compra e venda no Código Civil*, cit., p. 605 e Lima Pinheiro, *A Cláusula de Reserva de Propriedade*, cit., p. 17.

<sup>2158</sup> Eis o conteúdo do artigo 934.º CC: *Vendida a coisa a prestações, com reserva de propriedade, e feita a sua entrega ao comprador, a falta de cumprimento de uma só prestação que não exceda a oitava parte*



referente à venda a prestações, estabelece alguns limites ao direito de resolução do contrato quando tenha sido estipulada a reserva de propriedade, limites esses impostos por necessidades de cautela do Comprador/consumidor.

Situação diversa, é a compra e venda a crédito, concedido pelo próprio vendedor, na medida em que há um único negócio em que o alienante aceita receber o preço de forma diferida, em fracções da prestação e a pagar faseadamente. No nosso Direito interno, nos termos do artigo 886.º CC, celebrado o contrato de compra e venda, o vendedor não pode resolver o contrato por falta de pagamento do preço se a propriedade houver sido transmitida e se a coisa for entregue ao comprador, salvo convenção em contrário, que pode resultar da aposição de uma cláusula de reserva de propriedade no contrato de alienação.

O artigo 934.º CC contem uma limitação à faculdade de o vendedor resolver o contrato por falta de pagamento de uma das prestações, no caso de ter sido estipulada a reserva de propriedade e entregue a coisa ao comprador se essa prestação não exceder a oitava parte do preço, o vendedor não pode resolver o contrato. Em relação ao benefício do prazo, o artigo 781.º CC estabelece a exigibilidade imediata de todas as prestações, no caso de falta de cumprimento atempado de uma delas. Esta norma cede perante a aplicação do artigo 934.º CC, segunda parte *nem sequer, haja ou não reserva de propriedade, importa a perda do benefício do prazo, relativamente às prestações seguintes*, o que implica que, a exigibilidade imediata das prestações desencadeada pela falta de pagamento de uma das prestações, não ocorre se a prestação em falta não exceder

---

*do preço não dá lugar à resolução do contrato, nem sequer, haja ou não reserva de propriedade, importa a perda do benefício do prazo, relativamente às prestações seguintes, sem embargo de convenção em contrário.* A compra e venda a prestações teve um enorme desenvolvimento em Portugal nos anos setenta, de tal forma que o legislador se viu forçado a regulá-la como forma de controlar a rápida inflação que se sentiu na época. O Decreto-Lei n.º 457/79, de 21 de Novembro estabelecia alguns limites à venda a prestações, com finalidades de política económica e como forma de proteger o consumidor. Este diploma foi mais tarde revogado pelo Decreto-Lei 63/94, de 28 de Fevereiro que pôs fim às limitações do diploma anterior, porque entendeu-se que este objectivo estaria atingido pelas regras constantes do Decreto-Lei n.º 359/91 de 21 de Setembro que regula o crédito ao consumo, estabelecendo a obrigatoriedade de forma escrita, o especial dever de informação por parte do vendedor quanto à taxa de juro efectiva, as condições de reembolso do crédito, a possibilidade de pagamento antecipado ou o período de reflexão de que o comprador dispõe. A redacção do mencionado artigo 934º tem sido criticada pela doutrina portuguesa por vários motivos. Uns autores consideram que, não obstante a sua redacção elegante, o defeito é passar da hipótese mais restrita para a hipótese mais ampla; outros discutem o alcance e a ambiguidade do termo *sem embargo de convenção em contrário* defendendo-se, geralmente, que a norma é de natureza imperativa; outros ainda analisam a restrição da prescrição no que respeita ao conceito de *preço* e ao que se entende por oitava parte do preço, cf. Lobo Xavier, *Venda a prestações: algumas notas sobre os artigos 934º e 935º do Código Civil*, in RDES, XXI, 1974, p. 230; Teresa Anselmo Vaz, *Alguns aspectos do contrato de compra e venda a prestações e contratos análogos*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 7; Galvão Telles, *Direito das obrigações, cit.*, p. 272 e; Manuel Batista Lopes, *Do contrato de compra e venda no direito civil, comercial e fiscal*, Almedina, Coimbra, 1971, p. 216.

a oitava parte do preço. Também neste ponto o regime do artigo 934.º é imperativo. Com efeito, no caso de ter sido convencionada a reserva de propriedade numa venda a prestações, as consequências do incumprimento do contrato são diversas daquelas que resultariam da aplicação dos mencionados artigos 781.º e 886.º CC.

No Direito da OHADA, na versão originária do AUDCG, nos termos do seu artigo 284.º, sobre efeitos da venda comercial, dispunha que as partes podem livremente convencionar suspensão da transferência do direito de propriedade até ao pagamento integral do preço. Actualmente, dispõe o artigo 276.º AUDCG revisto, sobre a transmissão da propriedade, que as partes podem, todavia, convencionar o diferimento da transmissão da propriedade nos termos de uma cláusula de reserva de propriedade, sujeita às disposições dos artigos 72.º a 78.º do AUG. Também dispõe o artigo 103.º do Acto Uniforme Relativo à Organização dos Processos Colectivos de Apuramento do Passivo que, tratando-se de mercadorias e de coisas móveis consignadas ao devedor para serem vendidas, com ou sem cláusula de reserva de propriedade, não há lugar a reivindicação se, antes da restituição das mercadorias e das coisas móveis, o preço for integral e imediatamente pago pelo síndico após autorização do juiz comissário.

Em termos de objecto, o nosso Direito interno é muito generoso na forma como acolheu a possibilidade dos negócios de alienação celebrados com reserva de propriedade. Tanto podem ter por objecto coisas imóveis, como coisas móveis sujeitas a registo, como simplesmente coisas móveis não registáveis. O AUG, reproduziu parcialmente o conteúdo do n.º 1 do artigo 2367.º do Código Civil Francês no artigo 72.º, consagrando uma disposição também lata em termos do objecto, facultando uma aplicação de modo a abranger todos os bens móveis corpóreos ou incorpóreos<sup>2159</sup>, estabelecendo o termo *bem* (aliás, não se refere à coisa) que é bastante lato, substituindo as expressões mercadorias e coisas móveis que constam do.

Por outro lado, cláusula de reserva de propriedade pode ser aposta noutros contratos de alienação, ou seja, não apenas no contrato de compra e venda. Todavia, tanto no nosso Direito interno, como no Direito da OHADA, as duas questões, embora conexas, recebem tratamento diferenciado. Nem sempre a venda, sobretudo a prestações, é acompanhada da cláusula de reserva de propriedade a favor do vendedor e, por outro lado, a cláusula de reserva de propriedade pode ser aposta noutros contratos de alienação que não configuram o tipo legal de venda a prestações. Pode-se, por isso, afirmar que a

---

<sup>2159</sup> Cf. Linel Black Yondo, e outros, *Le Nouvel Acte Uniforme*, cit., p. 167.

situação social e economicamente típica em que o pacto de reserva de domínio tem aplicabilidade é a da venda a prestações, ou com o mero diferimento do pagamento de preço.

### **23. A relevância jurídica do momento da celebração da *Crp***<sup>2160</sup>

*De iure condito*, quanto ao momento temporal em que a cláusula deve ser convencionada, entende a doutrina portuguesa que deverá ser contemporânea ao momento da celebração do contrato, ou seja, celebrada *ab initio*.<sup>2161</sup> O artigo 73.º AUG regula a matéria da validade da reserva de propriedade. Em França, o regime consta do artigo 2368.º do Código Civil Francês.<sup>2162</sup> O regime da formação do acordo consta das regras gerais sobre a formação dos negócios jurídicos, constantes dos artigos 224.º e seguintes do Código Civil. As partes trocam entre si declarações negociais que culminam num consenso que conduz à conclusão do contrato. Assim, são necessárias as declarações de vontade ajustadas entre os sujeitos do negócio e que devem coincidir quanto aos elementos reputados essenciais à sua conclusão, pelo que não basta uma declaração unilateral do vendedor que difira o efeito translativo do contrato<sup>2163</sup> para o momento em que é paga a totalidade do preço. A aposição da cláusula de reserva de propriedade tem de ser estipulada de forma expressa, determinada e aceite pelo comprador. VAZ

---

<sup>2160</sup> Cláusula de reserva de propriedade.

<sup>2161</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias*, cit., 6.ª ed., p. 254 ss.; Raul Ventura, *O contrato de compra e venda no Código Civil*, cit., p. 606; Nuno Pinto Oliveira, *Contrato de Compra e Venda*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 52.

<sup>2162</sup> Todavia, estes artigos regulam essencialmente os requisitos da validade formal. Também, em termos gerais, de acordo com o nosso Direito interno, o contrato de compra e venda com reserva de propriedade deve satisfazer a alguns requisitos de forma e de substância, sem os quais, a cláusula é considerada inválida. Tal como o contrato de compra e venda, depende de um acordo de vontades, sendo a reserva de propriedade objecto de uma cláusula desse contrato - Sobre o âmbito do acordo de vontades, dispõe o artigo 232.º CC, que *o acordo não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo*. Em termos estruturais, em regra, a cláusula de reserva de propriedade é acessória do esquema ordinário do contrato de compra e venda, cf. F. Davreux/N. Gendrin, *Développements récents à propos de la clause de réserve de propriété, utilité du privilège du vendeur et position du fournisseur et du prestataire de services*, in *Le point sur le droit des sûretés*, CUP, Liege, 2000, vol. 41, p. 279; W. Derijcke, *Sûretés: Entre crédit et discrédit. Questions spéciales du droit des sûretés à l'usage des petites et moyennes entreprises*, Ann. Dr. Louvain, 1999, p. 154. Como princípio geral, no nosso sistema, nos contratos de alienação, o direito transfere-se por mero consenso das partes, não necessitando de qualquer outro formalismo. Com efeito, na reserva de propriedade, é necessário o consenso de ambas as partes.

<sup>2163</sup> Cf. Lima Pinheiro, *A cláusula de reserva de propriedade*, cit., p. 39.

SERRA<sup>2164</sup> entende que “a convenção de que a coisa vendida deveria ser segurada a favor do vendedor até completa liquidação do preço e a de que só após o integral pagamento do preço seria a coisa registada em nome dos compradores não revelam inequivocamente que as partes tenham estipulado uma cláusula de reserva de propriedade para o vendedor até àquele pagamento integral”.

A doutrina<sup>2165</sup> questiona se será possível considerar válida a aposição da cláusula de reserva de propriedade numa guia de transporte ou numa factura sem que a cláusula tenha sido previamente acordada aquando da negociação do contrato de compra e venda. Considera que a eficácia da cláusula pode ser atingida se o contrato de compra e venda for modificado posteriormente dessa forma, não se podendo presumir o consentimento do comprador ao aceitar as mercadorias; se após a aceitação, o comprador não reclamar, então poder-se-ia entender que estaria de acordo com tal modificação contratual resultante da aposição da cláusula de reserva de propriedade tácita. A maioria dos autores alemães entende que a reserva de propriedade pode ser tacitamente acordada; desde que se demonstre que o comprador dela teve conhecimento efectivo e que a aceitou, nada impede que a cláusula seja aposta numa guia de remessa ou numa factura, pois nesse caso haverá o consentimento tácito da contraparte necessário para que se possa dizer que houve acordo quanto à transmissão da propriedade exigido pelo §929.<sup>2166</sup> Como estipulação acessória, de acordo com o nosso Direito interno, cláusula de reserva de propriedade pressupõe um contrato principal, pelo que o problema da forma da cláusula de reserva de propriedade não se põe em si mesmo, dependendo o formalismo daquele que for exigido para o negócio principal. Esta acessoriedade não implica, porém, que o pacto resulte necessariamente do mesmo documento, embora se entenda, em geral, que deve ser convencionado até ao momento da celebração do contrato principal.<sup>2167</sup>

O fundamento deste entendimento reside no facto de não ser possível dissociar os dois momentos. considera-se que, se não for assim, a propriedade se transmite para o adquirente por mero efeito do contrato, não fazendo qualquer sentido que, posteriormente,

---

<sup>2164</sup> Cf. Vaz Serra, *Anotação ao Acórdão do STJ, de 1 de Março de 1979*, in RLJ, ano 112.º, n.º 3848, pp. 235 ss.

<sup>2165</sup> Cf. Isabel Menéres Campos, *Contributos*, cit., p. 102.

<sup>2166</sup> Cf. Isabel Menéres Campos, *Contributos*, cit., p. 102.

<sup>2167</sup> Cf. Isabel Menéres Campos, *Contributos*, cit., p. 103.

se venha a retransmitir ao alienante por virtude de uma estipulação da cláusula posterior.<sup>2168</sup>

A relevância do momento da estipulação da cláusula de reserva de propriedade está directamente relacionada com a reconstrução dogmática da figura da reserva de propriedade. Se se defender, como faz a doutrina portuguesa, que a cláusula de reserva de propriedade é uma condição suspensiva e que o vendedor, ao reservar a propriedade da coisa até ao pagamento integral do preço, permanece proprietário, então não pode ser estipulada posteriormente uma cláusula de reserva de propriedade num contrato já concluído porque, como se disse, isso implicaria uma retransmissão da propriedade a favor do vendedor. Seria inconcebível que o alienante reservasse para si a propriedade de uma coisa que já não lhe pertencia, que já tinha sido definitivamente adquirida pelo comprador.

Tal aposição posterior seria nula por falta de objecto e por falta de causa e iludia muito os credores do comprador que, no momento da celebração do contrato contavam com os bens adquiridos como parte integrante do património do comprador. Pelo contrário, para quem considera que a cláusula de reserva de propriedade constitui uma condição resolutiva, nada obsta a que a cláusula venha a ser estipulada em momento posterior ao da celebração do contrato principal. Neste caso, considera-se que as partes se limitam a constituir uma garantia acessória ao contrato, não incidindo a estipulação directamente sobre os efeitos da compra e venda.<sup>2169</sup> RAÚL VENTURA<sup>2170</sup> entende que a aposição da cláusula tem de ser contemporânea ao contrato de compra e venda, pois a cláusula de reserva de propriedade faz parte integrante deste. Além disso, diz, parece logicamente indispensável que a propriedade pertença ao vendedor no momento em que ela fica reservada para ele. Admite, no entanto, que a estipulação posterior da reserva de propriedade seja encarada como uma retransmissão da propriedade ao vendedor para que este a reserve. Na sua óptica, não se trata de modificação do contrato, pois o primitivo negócio esgotou os seus efeitos aquando da sua celebração, mas de um novo contrato, através do qual as partes acordam retransmitir a propriedade para o vendedor e apor a reserva a seu favor.

---

<sup>2168</sup> Cf. Pedro de Albuquerque, *Contrato de compra e venda. Introdução, efeitos essenciais e modalidades*, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das obrigações*, 3º Volume, 2ª Edição, Lisboa, AAFDL, 1991., pág. 37; Cf. Isabel Menéres Campos, *Contributos*, cit., p. 103.

<sup>2169</sup> Cf. Isabel Menéres Campos, *Contributos*, cit., p. 103.

<sup>2170</sup> Cf. Raúl Ventura, *O contrato de compra e venda no Código Civil. Efeitos essenciais do contrato de compra e venda. A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; a obrigação de entregar a coisa*, ROA, Ano 43.º, 1983, III, p. 606.

Para LIMA PINHEIRO<sup>2171</sup>, uma estipulação posterior da reserva de propriedade só pode ter a finalidade de estabelecer uma situação jurídica igual àquela que existiria se o pacto tivesse sido convencionado contemporaneamente com a celebração do contrato e que a construção jurídica a adoptar será a que melhor materialize a finalidade visada pelas partes. Podem estas pretender uma retransmissão da propriedade para o vendedor com reserva da expectativa real de aquisição da propriedade. Conclui que uma estipulação posterior só pode ser entendida como um novo contrato de compra e venda com *reserva do direito de expectativa*. Para MENÉRES CAMPOS<sup>2172</sup>, a interpretação proposta por LIMA PINHEIRO parece correcta e acrescenta que esta orientação esbarra com a necessidade de tutela dos direitos dos credores, designadamente quando a aposição tardia da cláusula permita contornar o princípio *par conditio creditorum* em caso de insolvência do comprador. O adverte que se a aposição tardia da cláusula de reserva de propriedade, puder configurar um negócio prejudicial à massa e por conseguinte aos credores do insolvente, poderá ser um acto susceptível de resolução em benefício da massa insolvente, nos termos previstos nos artigos 120.º ss. CIRE.

Somos do entendimento de que, se a reserva de propriedade for celebrada em momento posterior<sup>2173</sup> ao da celebração da compra e venda, tecnicamente, não estaremos perante reserva de propriedade, pois, com a celebração do contrato, nos termos do artigo 408.º CC, a propriedade transfere-se da esfera jurídica do vendedor para a do comprador

---

<sup>2171</sup> Cf. Lima Pinheiro, *A cláusula de reserva de propriedade*, cit., p. 26.

<sup>2172</sup> Cf. Isabel Menéres Campos, *Contributos*, cit., p. 107.

<sup>2173</sup> Nada obstará, portanto, à modificação posterior do acordado, cf. Maximo Bianca, *La vendita e la permuta*, *Trattato di Diritto Civile Italiano*, (org. VASSALI), VII, 1, 2.ª ed., UTET, Torino, 1993, p. 597. Há uma posição intermédia que considera que não se deve excluir a possibilidade de qualificar como reserva de reserva de propriedade quando as partes convencionam, no momento posterior à celebração do contrato, sendo que esse negócio seria resolutório do contrato de compra e venda anteriormente celebrado. O direito de propriedade do comprador não é irreversível, estando na esfera da autonomia das partes estipular um negócio resolutório do contrato anterior, ressalvados direitos de terceiros, cf. Marco Lipari, *Vendita con riserva di proprietà*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLVI, Giuffrè, Milão, pp. 526 ss., p. 538. Considera-se que o comprador e vendedor podem acordar a alteração do conteúdo contratual, estabelecendo a cláusula de reserva de propriedade posteriormente à celebração do contrato de compra e venda. Estando as partes de acordo quanto a essa modificação, a propriedade transfere-se de novo para o vendedor, por constituto possessório. Esta posição entende que este negócio assemelha-se mais a uma alienação em garantia do que propriamente a uma reserva de propriedade, mas nada impede um negócio deste tipo. Há também quem entende que a cláusula de reserva de propriedade pode ser aposta em momento posterior à celebração do contrato de compra e venda normal, implicando a retransmissão da propriedade para o vendedor, passando o negócio que, inicialmente tinha sido celebrado de forma incondicional, a ser um negócio condicionado ao integral pagamento do preço. Mas, tecnicamente, não pode ser qualificado de reserva de propriedade, cf. Brunetto Carpino, *La vendita con patto di riscatto – La vendita di cose mobili – La vendita di cose immobili – La vendita di eredità*, *Trattato di diritto privato*, (Org. Pietro Rescigno) XI, UTET, Torino, 1992, p. 320.

e essa transmissão produz efeitos também em relação aos terceiros<sup>2174</sup>, na medida em que o comprador passa a ter legitimidade para alienar o bem adquirido e o mesmo bem passa a, nos termos do artigo 601.º CC.º a constituir garantia geral dos restantes credores. De acordo com o AUG, nos termos do seu artigo 73.º, a reserva de propriedade pode ser convencionada até ao dia da entrega do bem. A formulação do artigo 73.º AUG é diferente do artigo 2368.º do Código Civil Francês, que apenas exige a forma escrita para a validade da cláusula de reserva de propriedade. De acordo com o artigo 73.º AUG, a cláusula de reserva de propriedade pode ser celebrada até à data da entrega da coisa, o que pode suscitar os problemas da protecção dos direitos dos terceiros, na medida em que, de acordo com o nosso Direito interno, o direito de propriedade transfere-se com a mera celebração do contrato, sendo a entrega uma mera execução da obrigação do vendedor.

De acordo com o nosso Direito interno, vendida a coisa e antes da entrega, o direito de propriedade transfere-se para a esfera jurídica do comprador e o AUG admite a reserva de propriedade de uma coisa que não se encontra na esfera do vendedor. Ora, talvez o regime de compra e venda no âmbito da OHADA possa explicar esta solução. Nos termos do artigo 275.º AUDCG revisto e o seu actual artigo 275.º sob epígrafe *Transmissão da propriedade*, a recepção opera a transmissão para o comprador da propriedade das mercadorias vendidas. De acordo com esta disposição, a compra e venda comercial do AUDCG, constitui um contrato meramente obrigacional, na medida em que a sua celebração constitui na esfera jurídica do vendedor a obrigação da entrega de mercadoria ao comprador, mas a sua mera celebração não opera a transferência de propriedade, ou seja, o AUDCG exige um segundo acto, que é a recepção das mercadorias pelo comprador – *sistema do título e do modo*. O contrato de compra, de acordo com o AUDCG, é essencial para a transmissão da propriedade, mas não é suficiente para a produzir. O efeito translativo da propriedade só se verifica com a recepção da mercadoria.

Esta solução afasta-se das tradições da codificação civil francesa (artigos 1196 - antigo artigo 1138 - e artigo 1583.º do *Code Civil*) e portuguesa, de operar a transferência da propriedade com o mero consenso das partes, princípio da consensualidade – sistema do título<sup>2175</sup>. Assim, de acordo com os artigos 276.º AUDCG e 72.º AUG, a transferência

---

<sup>2174</sup> Cf. S. Stijns, *Les contrats et les tiers*, in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, La Charte, Bruxelas, 2004, pp. 189-239, p. 291 ss.; F. Georges, *Réserve de propriété et règlement collectif de dettes*, anotação ao Civ. Namur, 8 Octobre 2007, J.LM.B., 2008, pp. 80-81; A.- S. Gigot, *L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité*, R D C, Junho 2011, pp. 511 ss.

<sup>2175</sup> Cf. João Espírito Santo, *Direito Comercial Geral da OHADA de da Guiné-Bissau*, cit., p. 683.

da propriedade pode ser diferida para além da recepção das mercadorias, mediante a aposição de cláusula de reserva de propriedade. Assim, o regime do AUG, artigo 73.º, teve em conta o momento da transferência da propriedade no AUDC, a recepção das mercadorias. A solução foi inspirada no artigo L. 624-16 do *Code Commerce*, que prevê que a reserva de propriedade deve ser estipulada num documento escrito até à data da entrega da mercadoria. Esta solução visa impedir a estipulação fraudulenta da reserva de propriedade entre o vendedor e o comprador.

Note-se que o cumprimento da obrigação da entrega pode ser efectuada por mera colocação das mercadorias à disposição do comprador, o que não equivale à recepção da mercadoria, por exemplo não proceder ao levantamento da mercadoria não obstante o vendedor cumprir com a sua obrigação de entrega. Apesar de não ter previsão no AUDCG, a doutrina<sup>2176</sup> considera que seria injusto considerar que opera a transferência da propriedade e, consequentemente do risco. Com efeito, na compra e venda comercial, a reserva de propriedade pode ser celebrada mais tarde até ao momento da entrega da mercadoria. Parece-nos que, não obstante o AUG se aplicar às garantias das obrigações civis, a cláusula de reserva de propriedade na compra e venda civil deve ser celebrada no momento da conclusão do contrato, na medida em que na compra e venda civil o direito de propriedade transfere-se com mero efeito do contrato, não necessitando da entrega.

## **24. A reserva de propriedade *omnibus*?**

Tem sido discutida a admissibilidade da garantia, *máxime* na fiança, abranger todas as obrigações do devedor para com determinada entidade.<sup>2177</sup> A questão que se coloca é de saber se um negócio com estas características preenche o requisito da determinabilidade constante do artigo 280.º CC. Se a garantia se limitar às obrigações existentes no momento da sua constituição, mesmo que não seja feita referência expressa no negócio celebrado, a doutrina<sup>2178</sup> considera que existe um critério suficiente para a sua determinação, na medida em que pode ser averiguado em concreto o montante das dívidas objecto da garantia, pelo que o negócio não pode considerar-se nulo por indeterminabilidade do objecto – artigo 280.º CC. Se a garantia abranger todas as

---

<sup>2176</sup> Cf. João Espírito Santo, *Direito Comercial Geral da OHADA de da Guiné-Bissau*, cit., p. 684.

<sup>2177</sup> Por todos, cf. Januário Costa Gomes, *Assunção*, cit., pp. 621 ss.

<sup>2178</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias*, cit., 6.ª ed., p. 124.



obrigações futuras do devedor, sem estabelecer um critério que as permita determinar, a doutrina maioritária e a jurisprudência considera que, no caso da fiança, é nula por constituir um negócio de objecto indeterminável<sup>2179</sup>. Observado o requisito da determinabilidade do objecto, não há obstáculo a que se celebre a garantia de obrigações futuras. O AUG admite a figura da fiança geral, mas nos termos do seu artigo 19.º/3 AUG, a fiança geral pode ser revogada a qualquer momento pelo fiador, ficando a sua responsabilidade limitada às obrigações já contraídas pelo devedor principal.

Considera JANUÁRIO DA COSTA GOMES<sup>2180</sup>, que apesar de se utilizar a expressão *revogação*, trata-se de uma denúncia da fiança geral, na medida em que nestas situações está em causa uma relação contratual duradoura. Inspirado no artigo L. 624-16 do Código Comercial francês, o legislador da OHADA, nos termos do artigo 73.º AUG, determina que a reserva de propriedade pode constar de um documento escrito que regule o conjunto de operações presentes ou futuras entre as partes. Assim, o AUG admite a reserva de propriedade conteúdo indeterminado em que garante o pagamento das dívidas futuras que venham a ser contraídas por uma determinada pessoa perante o seu credor, sem que, normalmente, o seu objecto conte com qualquer limitação de ordem quantitativa ou temporal. A indeterminação prévia é o traço que confere utilidade a esta modalidade de garantia, tornando-a também especialmente questionável.

O facto de ser uma garantia aberta quanto às obrigações garantidas faz com que o processo de capitalização daqueles que procuram o crédito bancário seja, potencialmente, mais ágil e facilitado. As garantias abertas, em especial, a fiança, surgiu com base num processo de maturação, para o qual contribuíram diversas experiências, posições, decisões, mas, sobretudo, necessidades da vida prática, em especial do sector bancário. A evolução da banca e dos instrumentos de concessão de financiamento, conduziu a um aumento significativo da actividade comercial ao ponto de, no mundo empresarial, o crédito externo se ter tornado um requisito praticamente indispensável ao êxito dos investimentos, como modo de obter a necessária competitividade para combater a concorrência comercial. O decurso do tempo evidenciou a necessidade de a banca e as

---

<sup>2179</sup> Cf. Januário da Costa Gomes, *O mandamento da determinabilidade na fiança omnibus e o AUJ n.º 4/2001*, in RUI MANUEL DA MOURA RAMOS/CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA/ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS/PEDRO PAIS DE VASCONCELOS/LUÍS DE LIMA PINHEIRO/MARIA HELENA BRITO/DÁRIO MOURA VICENTE, *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, II, Almedina, Coimbra, 2002, 49-78 (veja ID Estudos, pp. 109-137).

<sup>2180</sup> Cf. Januário da Costa Gomes, *O Regime da Fiança no Acto Uniforme sobre Garantias da Organização para a Harmonização em África do Direito dos Negócios; Alguns Aspectos*, in Separata, Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, n.º 6, Bissau, 2004, p. 24.

empresas criarem novos mecanismos de garantias que permitissem agilizar, ainda mais, a concessão de financiamento, procurando ultrapassar os processos burocráticos relativos à constituição de garantias e as limitações relativas à responsabilidade por dívidas das sociedades comerciais. Com efeito, surgiram as figuras *omnibus*, como o aval *omnibus*, a garantia autónoma *omnibus* e a fiança *omnibus*. Através da garantia *omnibus*, os bancos condicionam a concessão de financiamento à emissão de uma garantia, através da qual se garante o cumprimento de débitos futuros de um devedor.

A garantia *omnibus* tem origem em Itália e o seu aparecimento deu-se no período pós-guerra, mais precisamente nos anos sessenta, ainda que com antecedentes na década anterior, fruto das exigências da praxis bancária<sup>2181</sup>. Em França, a fiança *omnibus* - *cautionnement omnibus* - foi inicialmente admitida, desde que as partes e as obrigações assumidas fossem minimamente explicitadas. Todavia, a Lei n.º 80-525, de 12 de Junho de 1980, alterou a formulação do artigo 1326.º do Código Civil francês<sup>2182</sup>, impondo que o documento em que é emitida a fiança fosse assinado pelo fiador e mencionasse o montante por escrito, à mão e por extenso. Esta norma veio, portanto, alterar o paradigma anterior e condicionar em muito o grau de indeterminabilidade admitido na constituição de fianças *omnibus*. Esta solução influenciou o legislador da OHADA que, que nos termos do artigo 19.º AUG, dispõe que “*a fiança que abranja todas as dívidas do devedor principal, seja sob a forma de fiança de todas as obrigações, sob a forma do saldo*

---

<sup>2181</sup> Cf. Januário Costa Gomes, *Assunção*, cit., pp. 623.

<sup>2182</sup> Ainda antes da regulamentação específica desta situação em Portugal, VAZ SERRA, *Fiança e Figuras Análogas*, cit., p. 241, já defendia mostrar-se razoável que o fiador de obrigação futura pudesse libertar-se da fiança, antes da concessão do crédito ao devedor, quando após a assunção da garantia, tenham piorado consideravelmente as condições financeiras do devedor a ponto de se tornar manifestamente mais difícil a satisfação dos direitos do credor. Nestes termos afirmava o autor: “*O fiador deve poder revogar a fiança, quando as condições patrimoniais do devedor tenham piorado notavelmente de modo a perigar o direito do fiador contra o devedor. Isto, em princípio, pois pode a fiança ser assumida de maneira a dever mesmo então manter-se*”. Actualmente, estabelece o n.º 2 do art.º 628.º do Código Civil Português que é admitida a constituição de fiança para garantir obrigações futuras e também dispõe o artigo 654.º, que sendo a fiança prestada para garantia de obrigação futura, tem o fiador, enquanto a obrigação não se constituir, a possibilidade de se liberar da garantia, se a situação patrimonial do devedor se agravar em termos de colocar em risco os seus eventuais direitos contra este mesmo devedor, ou se tiverem decorrido cinco anos sobre a prestação da fiança, quando outro prazo não resulte de convenção. Para ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, cit., p. 511, a *ratio* desta disposição visa particularmente proteger o fiador, na medida em que *corre um risco especial: pode a situação económica do devedor piorar entre a assunção da fiança e a constituição da obrigação e, podem, sobretudo, aumentar as responsabilidades do fiador, dada a possível indeterminação do crédito, ou dos créditos concedidos ao devedor, no momento da assunção da fiança*, pelo que, em consequência desse risco lhe é permitido libertar-se da garantia fidejussória, caso se verifique uma das circunstâncias previstas no preceito atrás enunciado, assente no agravamento da situação patrimonial do devedor em termos de pôr em risco os seus eventuais direitos contra este, ou o decurso do prazo de cinco anos. Considera JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória*, cit., p. 764 – 771, que o artigo 654.º do Código Civil Português visa proteger a posição jurídica do fiador de três tipos de perigo, designadamente, a espera excessiva pela constituição da obrigação, o agravamento da situação patrimonial do afiançado e a eventual sucessiva acumulação da dívida.

*negativo de uma conta-corrente ou sob qualquer outra forma, apenas garante, salvo estipulação expressa em contrário, as dívidas contratuais directas. Nestes casos, deve ser indicado, sob pena de nulidade da fiança, o montante máximo garantido, livremente acordado entre as partes, que inclui o capital, os juros e outros acessórios”.*

Cabe notar que a formulação do artigo 19.º AUG é mais precisa em relação ao artigo 73.º AUG. Percebe-se a necessidade de maior exigência em termos da determinabilidade em relação à fiança porque este garante o cumprimento de obrigação de um terceiro que é o efectivo beneficiário do financiamento e dispõe de poucos meios de controlar as dívidas que o devedor principal vai contraindo. Pensamos que a disposição do artigo 73.º AUG visa facilitar a rotatividade do estoque, assim como a necessidade da banca e das empresas constituírem garantias que permitissem agilizar, ainda mais, a concessão de financiamento, procurando ultrapassar os processos burocráticos relativos à constituição de garantias e os custos associados ao registo. Isto implica que a reserva de propriedade pode garantir dívidas que não sejam o preço da coisa alienada. Em regra, é exigida a determinação do montante máximo garantido nas garantias pessoais *omnibus*. Por exemplo, na Ordem Jurídica alemã, cedo se deu a relevância à necessidade de determinabilidade das obrigações do fiador, sendo inicialmente quase unânime que a fiança *omnibus* (“*Globalbürgschaft*”) seria ineficaz senão apresentasse um limite de montante quanto às obrigações assumidas pelo fiador. Posteriormente, a orientação adoptada pela jurisprudência foi de maior cumplicidade com a actividade bancária, chegando a admitir-se a fiança *omnibus* sem aquela ou outras limitações relativas à fiança<sup>2183</sup> e às obrigações principais<sup>2184</sup>.

Esta orientação jurisprudencial foi mais tarde abandonada pelos Tribunais alemães, considerando actualmente, que a fiança *omnibus* deve identificar a relação de negócios subjacente e referir um montante máximo, quando celebrada com recurso a cláusulas contratuais gerais.<sup>2185</sup> Também o artigo 19.º AUG determina que se deve ser indicado, sob pena de nulidade da fiança, o montante máximo garantido. Esta exigência visa proteger o fiador, porque garante o cumprimento da obrigação que outra pessoa vai contrair. O fiador assume a obrigação do devedor principal e não uma obrigação própria e autónoma da daquele. Diferentemente, na reserva de propriedade, o *adquirente* contrai uma dívida, uma obrigação própria e autónoma. Na reserva de propriedade, é o próprio

---

<sup>2183</sup> Cf. Januário Costa Gomes, *Assunção*, cit., pp. 641.

<sup>2184</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, cit., X, p. 512.

<sup>2185</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, cit., X, p. 513.

garante/adquirente que vai contrair obrigações, pelo que o risco não é análogo ao do fiador. Pelo contrário, o risco corre por conta do credor reservatário, na medida em que a obrigação a contrair poderá vir a ser superior ao valor do bem objecto de garantia, pelo que a exigência da determinação do montante máximo não se impõe na reserva de propriedade, diferentemente da fiança.

## **25. Validade formal da *Crp* – excepção à acessoriedade**

*More geommetrico.* A *Crp*, sendo garantia acessória no AUG, a forma da sua declaração, tendo em conta o princípio da acessoriedade, deveria ser a forma exigida para a obrigação garantida. A acessoriedade da garantia diz respeito à obrigação garantida, mas na reserva de propriedade, em regra, a obrigação garantida deriva do próprio negócio de alienação, *i.e.* ambas fazem parte da mesma estrutura negocial. Por isso, o CC não impõe exigência especial em relação à forma do negócio de alienação celebrado com reserva de propriedade, aplicando-se nesta matéria as regras vigentes para o negócio principal do qual a cláusula é acessória, de acordo com o princípio da equiparação.

Tratando-se de coisas móveis e não se exigindo forma própria para este tipo de negócio, aplica-se o princípio da liberdade de forma estabelecido no artigo 219.º CC, pelo que a cláusula é válida, ainda que não tenha sido celebrada de forma escrita<sup>2186</sup>. A redução a escrito, quando nenhuma solenidade é exigida por lei, tem relevância apenas no plano probatório.

Em relação aos imóveis, nos termos do artigo 875.º CC, a compra e venda, para ser válida, terá de ser celebrada por escritura pública, pelo que a cláusula de reserva de propriedade terá de estar sujeita a esta forma, sob pena de nulidade, uma vez que se trata de uma disposição acessória, que suspende um dos efeitos essenciais do contrato principal, a transmissão do direito. Tratando-se de coisas imóveis ou móveis sujeitas a registo, dispõe o n.º 2 do artigo 409.º CC, como requisito de eficácia<sup>2187</sup>, a inscrição no

---

<sup>2186</sup> Em Portugal, em relação à insolvência, a forma escrita constitui um requisito de eficácia. O Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, estabelece, no n.º 4 do seu artigo 104.º que a cláusula de reserva de propriedade, nos contratos de alienação de coisa determinada em que o comprador seja o insolvente, só é oponível à massa no caso de ter sido estipulada por escrito, até ao momento da entrega da coisa. Assim, a oponibilidade da reserva de propriedade à massa insolvente, no caso de se tratar de coisas móveis, depende da sua redução a escrito, até ao momento da entrega da coisa. Trata-se de uma exigência legal de eficácia da *Crp*.

<sup>2187</sup> Sobre a distinção entre os conceitos de validade e de eficácia do negócio jurídico, cf. Manuel de Andrade, *Teoria geral*, cit., II p. 411; Rui de Alarcão, *Invalidez dos negócios jurídicos*, BMJ, 89, p. 199 ss.; Mota Pinto, *Teoria geral do direito civil*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1990, p. 605; Carvalho Fernandes, *Teoria geral do direito civil*, cit., p. 461.

registro, sem o qual a cláusula não é oponível a terceiros. Assim, apenas para as cláusulas de reserva de propriedade que tenham por objecto os bens imóveis se exige a celebração por escritura pública (ou documento particular autenticado, em Portugal) como requisito de validade formal do negócio. Em relação ao conteúdo do documento, nos casos em que a lei o exige, a doutrina entende que o mesmo deve fazer referência expressa à cláusula de reserva de propriedade, identificando a coisa em relação à qual a *Crp* é estipulada, bem como o crédito garantido pela *Crp*<sup>2188</sup>.

No AUG, nos termos do artigo 73.º, sob pena de nulidade, a reserva de propriedade deve ser convencionada por escrito até ao dia da entrega do bem. Tal reserva pode constar de um documento escrito que regule o conjunto de operações presentes ou futuras entre as partes.

As principais observações que podemos fazer em relação a esta disposição são as seguintes:

- a) Para ser válida, a cláusula de reserva de propriedade deve constar de um documento escrito, independentemente do negócio cujo efeito translativo visa suspender;
- b) Pode ser convencionado antes da celebração do negócio translativo;
- c) Pode ser celebrado depois da celebração do negócio de alienação cujo efeito translativo visa suspender.

A parte final deste artigo permite que, desde que seja celebrada por escrito, regule o conjunto de operações presentes ou futuras entre as partes, o que permite que as partes convencionem uma cláusula de reserva de propriedade em condições gerais de venda, produzindo efeitos em cada um dos contratos de compra e venda que venham a ser celebrado posteriormente entre as partes, sem que seja repetida a *Crp* em cada venda, o que pode causar problemas em relação aos credores em avaliar o património do devedor, dificilmente saberão em cada momento o que pertence ou não ao devedor. O AUG admite a estipulação da *Crp* no momento posterior à celebração do negócio de alienação.

No AUG, a forma escrita constitui a condição de validade da própria cláusula.

Tanto no *Code Commerce*, como no AUG, a admissibilidade da *Crp* a regula o conjunto de operações presentes ou futuras visa estabelecer a relação de equilíbrio entre o vendedor/fornecedor e o comprador. Em França, já tinha sido consagrado a presunção da oponibilidade da *Crp* nas relações entre comprador e vendedor/fornecedor na Lei de 1

---

<sup>2188</sup> Cf. C. Maximo Bianca, *La vendita e la permuta, Trattato di Diritto Civile Italiano*, (org. VASSALI), VII, 1, 2.ª ed., UTET, Torino, 1993, p. 604.

de Julho de 1996, sobre a fidelidade e o equilíbrio das relações comerciais com o objectivo de estabelecer o reequilíbrio contratual a favor do fornecedor na questão da distribuição. Na prática, é muito frequente que a cláusula de reserva de propriedade seja inserida em condições gerais de venda ou em um *contrato - quadro* que se destina a reger todas as relações contratuais futuras das partes – nos termos do n.º 2 do artigo 73.º AUG, a reserva de propriedade pode constar de um documento escrito que regule o conjunto de operações presentes ou futuras entre as partes.

A necessidade de escrita visa proteger os credores, especialmente do comprador, contra a possibilidade de cláusula fraudulenta - a possibilidade de a cláusula de reserva de propriedade ser aposta com o intuito de subtrair a coisa ao património do insolvente.

Nota-se que, de acordo com o disposto no artigo 73.º AUG, esta exigência de forma escrita é para a própria cláusula em si, pelo que será discutível se se considera cumprida com a mera aposição da *Crp*, *por exemplo*, na factura.

A factura constitui um documento unilateral emitido, neste caso, pelo credor, não contém a assinatura do comprador devedor, pelo que a questão se torna ainda mais complexa. De acordo com o AUG, em regra, quando exige o documento escrito como condição de validade de um negócio, por exemplo, na matéria da fiança, exige a assinatura de ambas as partes, o que não sucede na matéria da reserva de propriedade, tornando assim defensável a validade formal da *Crp* assinada apenas pelo vendedor. Neste caso, será, contudo, necessário que se mostre que o comprador dela tomou conhecimento efectivo e a aceitou, uma vez que a compra e venda com a *Crp* se trata de um “negócio” bilateral. A lei é omissa nesta matéria, limitando-se a prescrever que a cláusula tem de ser estipulada por escrito, o que permite, naturalmente, a várias interpretações.

A questão que se coloca é se esta cláusula é oponível a terceiros nestas condições - a cláusula de reserva de propriedade inserida em condições gerais de venda ou em um *contrato - quadro*. Mais especificamente, se esta disposição legal admite a simples referência às condições gerais ou ao *contrato - quadro* incluindo a referida cláusula ou se ela exigir que seja sistematicamente reproduzida em um documento escrito para cada entrega, uma vez que a lei determina que tem que ser convencionada por escrito até ao momento da entrega. Há duas interpretações possíveis. A primeira é, uma vez que a forma escrita é essencial para a oponibilidade (no AUG, da validade) da *Crp* contra terceiros e que seu *ratio* é a protecção de terceiros, o documento escrito deve ser exigido para cada entrega, a oponibilidade da cláusula de reserva de propriedade em das condições gerais

dependerá da sua confirmação por uma menção apropriada em um documento antes ou concomitante com cada uma das entregas<sup>2189</sup>.

Os autores que defendem esta posição advogam que seria necessário para cada venda, por um lado, para estabelecer a cláusula de reserva de propriedade em documento escrito - pedido, nota de entrega, lista de preços assinada - e, por outro, verificar se o comprador consentiu em relação à *Crp*, o mais tardar até ao momento da entrega.<sup>2190</sup>

Em sentido contrário, há autores que defendem uma maior flexibilidade, entendendo que se o comprador tomar conhecimento e aceitar todas as condições gerais de venda antes da celebração do contrato, deve-se entender que dá também a sua concordância com a cláusula de reserva de propriedade nestes termos<sup>2191</sup>, e que simples referência às condições gerais previamente aceitas pelo comprador seria, portanto, suficiente no que diz respeito ao artigo 101.º, 2.º *L. Faill.* Belga, sem necessidade de transcrição da cláusula por escrito em cada venda<sup>2192</sup>, posição partilhada também por BIQUET/MATHIEU e F. GEORGES<sup>2193</sup> quando a estipulação da cláusula de reserva de propriedade resulta de um contrato - quadro.

Todavia, até os autores que sustentam que se deve efectuar as transcrições da cláusula por escrito em cada venda concordam que deve haver alguma flexibilidade nos casos da relação corrente de negócios, ou seja, nos casos em que o fornecedor efectua a entrega regular e corrente, sublinhando que a solução contrária, neste caso, seria excessiva e não atende às necessidades práticas.<sup>2194</sup>

Em termos práticos, a inclusão da reserva de propriedade em condições gerais pode ser especialmente prejudicial ao comprador, se o seu contraente não for um parceiro

---

<sup>2189</sup> Cf. A.-S. Gigot, *L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité*, RDC, Junho 2011, pp. 511-544., p. 519.

<sup>2190</sup> Cf. A.-S. Gigot, *L'opposabilité de la clause de réserve de propriété*, cit., p. 519; P. Coppens/Fr. T'Kint, *Examen de jurisprudence. Les faillites, les concordats et les privilèges (1997 à 2003)*, in RCJB, 2003, p. 666; I. Verougstraete, *Manuel de la continuité des entreprises et de la faillite*, Kluwer, Bruxelas, 2010., p. 464.

<sup>2191</sup> Cf. A.-S. Gigot, *L'opposabilité de la clause de réserve de propriété*, cit., p. 519; Fr. Davreux/N. Gendrin, *Développements récents à propos de la clause de réserve de propriété, utilité du privilège du vendeur et position du fournisseur et du prestataire de services*, in *Le point sur le droit des sûretés*, CUP, Liège, 2000, vol. 41, pp. 275-320, p. 288.

<sup>2192</sup> Cf. B. de Doninck, *La clause de réserve de propriété et son opposabilité en cas de concours*, RGDC., 2005, pp. 241-258, p. 242; A.-S. Gigot, *L'opposabilité de la clause de réserve de propriété*, cit., p. 519; Fr. Davreux/N. Gendrin, *Développements récents à propos de la clause de réserve de propriété, utilité du privilège du vendeur et position du fournisseur et du prestataire de services*, cit., p. 288; A. Zenner, *Faillites et concordats 2002. La réforme de la réforme et sa pratique*, Doss. J.T., Larcier, Bruxelas, 2003, pp. 225-226.

<sup>2193</sup> Cf. Ch. Biquet-Mathieu/F. Georges, *Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés et garanties de paiement*, in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruylant, Bruxelas, 2007, pp. 61-137, p. 120.

<sup>2194</sup> Cf. P. Coppens/Fr. T'Kint, *Examen de jurisprudence*, cit., p. 666; . Windey, *Anotação ao Comm. Bruxelles*, cit., p. 295.

comercial regular. Pense-se nos casos em que as condições gerais são mencionadas na factura, que é frequentemente em termos práticos. Sucede que, muitas vezes, a factura só é enviada após à celebração do contrato. Em tal situação, não se pode impor esta *Crp* ao comprador, a menos que consinta expressamente a sua aceitação, podendo recorrer ao regime da culpa *in contrahendo*. A mesma situação já pode ser aceitável se o contraente do comprador for o seu parceiro comercial regular, na medida em que, em princípio, conhece as facturas, condições e cláusulas usuais do vendedor. Aliás, neste caso, há quem<sup>2195</sup> afirme que deve-se presumir que o comprador aceitou a *Crp*. Nota-se que o limite temporal da celebração da cláusula de reserva de propriedade no AUG é até ao momento da entrega.

## 26. A publicidade contabilística

O legislador da OHADA, além da exigência da forma de exteriorização da vontade, também previu a publicidade contabilística. A publicidade contabilística consiste em mencionar a cláusula de reserva de propriedade em todos os documentos contabilísticos que compreendem informações sobre a situação patrimonial e sobre o adquirente – balanço, estado financeiro sintetizado, contas de resultado e mapa financeiro dos recursos. Esta publicidade permite que terceiros que lidam com o vendedor sejam informados do âmbito real do património penhorável do vendedor. Esta publicidade contabilística também tem impacto na base tributável do comprador porque enquanto este não adquirir o direito de propriedade sobre a coisa objecto de reserva de propriedade, o Direito Contabilístico da OHADA obriga-o a não a incluir no seu património, por aplicação dos princípios da *imagem fiel*, da verdade previsto nos artigos 6.º, 8.º, 9.º e 17.º do Acto Uniforme da OHADA relativo ao Direito Contabilístico e à Informação Financeira.

---

<sup>2195</sup> Cf. Valérie Billiet, *Le sort du vendeur avec réserve de propriété*, Universidade Católica de Lovânia, Faculdade de Direito e de Criminologia, Lovânia, 2013, p. 23. Finalmente, no que diz respeito à jurisprudência, em Bélgica, há divergência na jurisprudência. Os tribunais inferiores consideram que o comprador deve aceitar expressamente a *Crp* em cada compra, não obstante um contrato – quadro, cf. *Comm. Tongres*, de 6 de Abril de 1998, in *RW*, 1998-1999, p. 338; *Comm. Bruxelles*, de 23 de Março de 1999, in *RDC*, 2000, p. 289; *Comm. Turnhout*, de 29 de Junho de 1999, in *RW*, 1999-2000, p. 930; *Comm. Dinant*, de 11 de Abril de 2000, in *RDC*, 2000, p. 447; *Comm. Liège*, de 30 de Março de 2001, in *JLMB*, 2002, p. 1068; *Comm. Liège*, de 29 de Junho de 2001, in *JT.*, 2001, p. 839; *Comm. Charleroi*, de 17 Outubro de 2001, in *RRD*, 2001, p. 430. Alguns admitem uma certa flexibilidade quando se ocorre relações comerciais estáveis, cf. *Comm. Hasselt*, de 19 de Setembro de 2009, in *RGDC*, 2012, p. 154.



## 27. Validade substancial da *Crp*

De acordo com o nosso Direito interno, não há especificidades relativamente ao regime geral da compra e venda ou dos negócios jurídicos em geral. Tendo em conta o princípio da autonomia privada, plasmado no artigo 405.º CC, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos. O princípio da liberdade contratual está relacionado com a autonomia privada, ou seja, com o poder reconhecido aos particulares de auto - regulamentação dos seus interesses, e admite restrições apenas nos casos previstos na lei. A *Crp*, além de poder ser convencionada livremente pelas partes nos contratos de alienação, pode ser aposta para garantir o pagamento do preço ou em função de outros eventos.<sup>2196</sup> Tanto no Código Civil como no AUG, a reserva de propriedade constitui uma modalidade contratual nominada e os problemas referentes aos requisitos de conteúdo têm fundamentalmente a ver com a licitude de certas cláusulas de reserva de propriedade. Por exemplo, se a *Crp* for aposta no contrato de compra e venda, que constitui um contrato real *quoad effectum*, deve-se ter em conta os limites que decorrem do princípio da tipicidade dos direitos reais.<sup>2197</sup> Da compra e venda com reserva de propriedade nasce, um *direito de expectativa* de natureza real que limita o direito de propriedade do vendedor, pelo que se deve respeitar os requisitos gerais legalmente estabelecidos nos artigos 280.º e 398.º/2 CC, o princípio da boa fé e, relativamente às posições jurídicas em que investe as partes, obedecer ao princípio da tipicidade, que não exclui necessariamente a relevância da autonomia privada, desde que não seja alterada a compleição e o sentido do tipo jurídico – real.<sup>2198</sup> Note-se que, nos termos do artigo 72.º AUG, o legislador da OHADA não estabeleceu especificidades quanto à validade substancial da *Crp*, pelo que, no nosso Ordenamento jurídico deve-se aplicar o regime do CC. A reserva de propriedade, além de poder ser convencionada livremente pelas partes nos contratos com efeito translativo, pode ser aposta para garantir o pagamento do preço ou de outra prestação até à integral cumprimento da obrigação que constitua a contrapartida da prestação do credor.

---

<sup>2196</sup> Cf. Raúl Ventura, *O Contrato de Compra e venda, cit.*, p. 597.

<sup>2197</sup> Cf. Lima Pinheiro, *A cláusula de reserva de propriedade, cit.*, p. 28.

<sup>2198</sup> Cf. Lima Pinheiro, *A cláusula de reserva de propriedade, cit.*, p. 28.

## 28. Efeitos da *Crp* no negócio subjacente

Decorre do artigo 409.º/1 CC, a delimitação da reserva de propriedade aos denominados *contratos de alienação*, isto é, nos contratos em que se verifica a produção do efeito reais, sobretudo a transmissão de direitos reais - artigo 408.º/1 CC e surge, primordialmente, como precaução do alienante contra o incumprimento ou insolvência do adquirente. Contudo, é como modalidade contratual da compra e venda que a cláusula de reserva de propriedade encontra acolhimento quase exclusivo. Por isso, parte da doutrina portuguesa considera a compra com reserva de propriedade uma modalidade específica da compra e venda aplicável aos restantes contratos de alienação, não obstante a sua inserção sistemática na parte das obrigações em geral<sup>2199</sup>. Por outro lado, sendo uma cláusula contratual, a reserva de propriedade só pode ser incluída no âmbito de um contrato de alienação, não existindo reserva de propriedade válida sem a sua inserção no âmbito de um contrato real quanto aos efeitos. Também no AUG, a reserva de propriedade só pode ser, nos termos do artigo 72.º AUG, no contrato de alienação e visa suspender o efeito translativo do direito em função de garantia do *alienante*.

Quando a *Crp* é inserida na compra e venda, o efeito real, não se verifica. Porém, os outros dois efeitos previstos no artigo 879.º CC produzem-se de imediato no momento da respectiva conclusão. O comprador obtém, com a celebração do negócio, a imediata disponibilidade material da coisa. Além disso, a obrigação do pagamento do preço, ainda que se convencie que será pago de forma diferida ou fraccionada, constitui-se desde logo, sendo o direito de crédito do vendedor acautelado através da aposição da cláusula de reserva de propriedade. Os efeitos obrigacionais da compra e venda ocorrem, portanto, com a celebração do contrato, sendo contextuais a este. Deve-se especificar que, se for uma venda comercial, de acordo o artigo 275.º AUDCG revisto é a recepção da coisa que determina a transmissão para o comprador da propriedade das mercadorias vendidas. Mais, diferentemente do Código Comercial que admite actos mistos, a compra e venda do AUDCG pressupõe haja dois comerciantes.

De acordo com esta disposição, a compra e venda comercial do AUDCG, constitui um contrato meramente obrigacional, na medida em que a sua celebração constitui na esfera jurídica do vendedor a obrigação da entrega de mercadoria ao comprador, mas a sua mera celebração não opera a transferência de propriedade. Com efeito, se a reserva de propriedade for contemporânea ao momento da celebração da compra e venda sem

---

<sup>2199</sup> Cf. Raúl Ventura, *O contrato de compra e venda no Código Civil*, cit., p. 605.

entrega, diferentemente do nosso sistema, a cláusula de reserva de propriedade não suspende a imediata transferência de propriedade, ou seja, suspende antecipadamente a futura transferência do direito de propriedade que deveria ter lugar no momento da entrega da coisa vendida.

## 29. Oponibilidade da *Crp* a terceiros

No nosso Direito interno, em relação à eficácia, coloca-se o problema de oponibilidade da *Crp* a terceiros quando o negócio incida sobre coisas móveis não sujeitas a registo. Trata-se de uma questão que já abordamos na parte dedicada ao objecto da *Crp*. Mas, no nosso Direito interno, em relação às coisas móveis não susceptíveis de registo, por argumento a contrário retirado do n.º 2 do artigo 409.º CC<sup>2200</sup>, tem-se considerado<sup>2201</sup> que a reserva de propriedade produz efeitos em relação a terceiros, na medida em que entre nós<sup>2202</sup> não vigora o princípio posse vale título (o artigo 2276 do *Code Civil* dispõe na sua primeira alínea: *En fait de meubles, la possession vaut titre – cela signifie que la possession d'un meuble équivaut à un titre de propriété*. Também dispõe no mesmo sentido o artigo 1153.º do Código Civil Italiano). As dificuldades da oponibilidade da *Crp* das coisas móveis não registáveis prendem-se com o facto de, antes de pagar a totalidade

---

<sup>2200</sup> TAVARELA LOBO, *Breves notas e algumas sugestões sobre a Revisão do Código do Registo Predial e seu Reajustamento ao novo Código Civil*, in RDES, 1966, Ano XIII, p. 281 ss., considera que o n.º 2 do artigo 409.º é dispensável e deveria ser eliminado, na medida em que, do ponto de vista registal, não tem qualquer utilidade, a oponibilidade do pacto de reserva de propriedade em relação a terceiros resulta desde logo das regras do registo, uma vez que, na sua perspectiva, se trata de uma condição suspensiva da transferência do direito real pelo que tem de ser obrigatoriamente registada.

<sup>2201</sup> Por todos, cf. Isabel Menéres Campos, *Breve apontamento acerca do contrato de locação financeira de bens móveis não sujeitos a registo – oponibilidade a terceiros dos direitos da locadora*, *Estudos em homenagem ao PROF. DOUTOR ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES*, II, Stvdia Ivridica, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 109 ss.

<sup>2202</sup> O registo constitui, no nosso sistema, a condição de oponibilidade do acto em relação a terceiros, cf. Henrique Mesquita, *Direitos reais, – Sumários das lições*, Lições policopiadas, Coimbra, 1967, p. 51. Menezes Cordeiro, *Direitos reais, cit.*, 280 ss.; Carvalho Fernandes, *Lições de direitos reais, cit.*, p. 87. Oliveira Ascensão, *Os efeitos substantivos do registo predial na ordem jurídica portuguesa*, ROA, Ano 34, 1974, Janeiro/Dezembro, p. 5 considera que o registo da hipoteca é uma mera condicionante da eficácia absoluta do negócio. Henrique Mesquita, *Obrigações reais e ónus reais, cit.*, p. 64, considera que se o direito incidir sobre coisa registável, a respectiva eficácia só é, em regra, absoluta a partir do momento em que o facto jurídico de onde o direito emerge se encontra inscrito no registo. Faltando esta inscrição, o direito será inoponível aos terceiros que o registo visa proteger. Para o autor, o registo é um mero pressuposto ou condição - *conditio iuris* - da eficácia desses direitos em relação a certas pessoas. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, V, Coimbra Editora, Coimbra, 1932, p. 565 considera que sem o registo não podem as hipotecas conceber-se como validamente existentes.

do preço, os terceiros adquirentes ou credores do vendedor ou do comprador confiarem numa situação de aparência que poderá não corresponder à realidade.<sup>2203</sup>

De acordo com o artigo 284.º AUDCG revisto, a reserva de propriedade só é oponível a terceiros se for registada. Esta solução também consta do artigo 103.º/3 AUOPCAP e do artigo 74.º AUG, que dispõe que a reserva de propriedade é oponível a terceiros só se tiver sido regularmente inscrita no RCCM de acordo com as disposições dos artigos 51.º a 66.º do AUG. Esta solução afasta-se do Direito francês, pois este não contém, na matéria da reserva de propriedade, a possibilidade de o beneficiário das garantias beneficiar desta vantagem específica em caso de processo de execução contra o devedor. Nota-se que a exigência do registo é facultativo e não tem efeito constitutivo<sup>2204</sup>, mas mera exigência de oponibilidade da *Crp*. Com efeito, de acordo com a solução legal, em caso de registo, presume-se, de forma inelidível, que os terceiros conhecem a existência da *Crp*.

### 29.1. Sistema de tudo ou nada?

O CC da Guiné-Bissau não se pronuncia sobre os direitos do vendedor face a terceiros<sup>2205</sup> adquirentes ou credores do comprador, limitando-se a regular as

---

<sup>2203</sup> A reserva de propriedade, determinando uma dissociação entre a titularidade e o concreto exercício de poderes de gozo sobre a coisa, faz surgir um potencial conflito entre as partes e os terceiros interessados na subsistência do contrato, credores e subadquirentes das partes que confiam na situação de aparência gerada pelo negócio, cf. Isabel Menéres Campos, *Contributos, cit.*, p. 128. Pois, quando se trata de coisas móveis, o sistema de publicidade é sempre escasso e impreciso, desde logo pela dificuldade em identificar, no tráfico jurídico, as coisas móveis, ainda que estas sejam determinadas: podem existir várias coisas idênticas em poder do comprador, algumas das quais compradas com reserva de propriedade, outras não, cf. Isabel Menéres Campos, *Contributos, cit.*, p. 129. Reconhecendo a importância económica da reserva de propriedade, a doutrina considera que a função de publicidade desempenhada pela posse pode levar a que os credores, que confiam numa determinada situação patrimonial para a decisão de concessão de crédito, possam ver, afinal, frustradas as suas expectativas se as coisas móveis que o devedor aparenta ter tiverem sido compradas com reserva de propriedade e ainda não se encontrarem pagas. A isto acresce que a condição de fácil mobilidade de que estas coisas móveis gozam permite que as mesmas sejam facilmente subtraídas ou retiradas do espaço onde deveriam estar fisicamente ou onde seria natural que estivessem – as instalações ou o domicílio do comprador, cf. Isabel Menéres Campos, *Contributos, cit.*, p. 129.

<sup>2204</sup> Sobre o termo, cf., nomeadamente, Cunha Gonçalves, *Tratado de direito civil*, V, Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1932, p. 565; Orlando de Carvalho, *Direito das coisas, Apontamentos em publicação*, Coimbra, p. 267; Menezes Cordeiro, *Direitos Reais, cit.*, p. 281 e Oliveira Ascensão, *Os efeitos substantivos do registo predial na ordem jurídica portuguesa*, ROA, Ano 34, 1974, Janeiro/Dezembro, p. 7 ss.

<sup>2205</sup> Luís Manuel Couto Gonçalves, *A aplicação do artigo 291.º, nº 2, do Código Civil a terceiros para efeitos de registo – Ac. do STJ de 19.2.2004, Proc. 4369/03*, Cadernos de Direito Privado, nº 9, Janeiro/Março 2005, p. 44; Luís Manuel Couto Gonçalves, *Terceiros para efeitos de registo e a segurança jurídica*, Cadernos de Direito Privado, nº 11, Julho/Setembro 2005, págs. 27; Heinrich Ewald hörster, *A função do registo como meio de protecção do tráfico jurídico*, Regesta, nº 5, 1988, p. 274; Heinrich Ewald hörster, *Efeitos do registo - terceiros - aquisição «a non domino*, Revista de Direito e Economia, 8, (1982), Coimbra, p. 111 Heinrich Ewald hörster, *Venda executiva e o conceito de terceiros para efeitos de registo – Ac. do STJ de 9.1.2007, Proc. 1510/06*, Cadernos de Direito Privado, nº 23, Julho/Setembro 2008, p. 53 ;

oponibilidades da cláusula em relação a terceiros quando estejam em causa coisas imóveis ou móveis sujeitos a registo. Este problema coloca-se, essencialmente, nas situações em que os terceiros confiando na aparência que resulta do facto de o comprador ter a disponibilidade material da coisa, penhoram ou adquirem a coisa reservada a favor do vendedor. Na doutrina italiana, em especial, LUMINOSO<sup>2206</sup> e CARPINO<sup>2207</sup>, entende-se que a oponibilidade do pacto em relação a terceiros adquirentes resulta do facto de o comprador não poder transmitir mais do que o direito de que é titular, ou seja, não chegou a adquirir a propriedade que “pretende transmitir”. Esta posição<sup>2208</sup> é baseada no artigo 1524.º, n.º 1 do Código Civil Italiano que, sobre a oponibilidade da reserva de propriedade no confronto com terceiros, dispõe que a reserva de propriedade é oponível aos credores do comprador, desde que resulte de um acto escrito com data anterior à data da penhora - ou anterior à data da falência do comprador.<sup>2209</sup>

---

Quirino Soares, *O conceito de terceiros para efeitos de registo predial*, Cadernos de Direito Privado, nº 9, Janeiro/Março, 2005, p. 3. Na jurisprudência, cf. Acórdãos uniformizadores do STJ, nº 15/97, publicado em Diário da República de 04.07.1997 e n.º3/1999, publicado em 10.07.1999.

<sup>2206</sup> *La compravendita*, cit., p. 143.

<sup>2207</sup> *La vendita com patto di riscatto...*, cit., p. 325.

<sup>2208</sup> Sobre esta questão, a doutrina distingue os terceiros credores do comprador dos terceiros adquirentes do comprador. Contra os primeiros, quer estejam de boa fé, quer estejam de má fé, a reserva de propriedade seria sempre oponível. Contra os segundos, só não seria oponível se tivessem adquirido a posse de boa fé, nos termos do artigo 1153.º do *Codice*, cf. Fernando Bocchini, *Vendita com riserva di proprietà*, in *Trattato di Diritto Privato*, Pietro Rescigno, XI, *Obbligazioni e contratti*, Tomo III, 2.ª ed., UTET, Torino, 2000, p. 717 e Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., p. 608.

<sup>2209</sup> Porém, deve-se realçar que o segundo parágrafo do artigo 1524.º do *Codice* determina que, se a reserva de propriedade tiver por objecto máquinas de certo valor, o pacto é oponível ao terceiro adquirente, desde que seja *transcrito* em registo mantido no tribunal do lugar onde é colocada a máquina e esta, quando seja adquirida por um terceiro, se encontre ainda no lugar onde essa inscrição foi realizada, solução considerada é controversa, na medida em que, faltando esse registo, a cláusula é, ainda assim, oponível ao terceiro adquirente de má fé, face à disposição do constante do artigo 1524.º, n.º 1, última parte, do *Codice Civile*. Com efeito, uma parte da doutrina considera que o vendedor com reserva de propriedade que não procedeu ao registo da cláusula de reserva de propriedade não poderia opor o seu direito a terceiro adquirente, ainda que este estivesse de má fé, porquanto a solução referida norma implicaria uma derrogação dos princípios que regem a aquisição a *non domino* de bens móveis, cf. Simona Rossetti, *Vendita com riserva di proprietà, Compravendita e figure collegate*, in PAOLO CENDON, VII, UTET, Torino, 2007, p. 127; Gardani Contursi-Lisi, *La compravendita*, 2.ª ed., in *Giurisprudenza Sistematica Civile e Commerciale* WALTER BIGIAMI, UTET, Torino, 1985, p. 151; Giuseppe Mirabelli, *Dei singoli contratti*, UTET, Torino, 1962, p. 169. Em sentido contrário, para outros, de acordo com os princípios da oponibilidade dos direitos reais, a falta de registo não impediria que a reserva de propriedade pudesse ser oposta a terceiros de má fé. Argumenta-se que a norma não representa qualquer derrogação aos princípios gerais da publicidade registal e da oponibilidade dos direitos reais, pelo que, conhecendo o terceiro a situação jurídica da máquina, não se justificaria a sua protecção. Entende-se que, estando de má fé, o terceiro não merece protecção, cf. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., p. 609. No Direito alemão, na matéria da reserva de propriedade, não há previsão específica sobre a questão da oponibilidade da cláusula em relação a terceiros, e considera-se que tal não seria necessário, na medida em que a tutela do terceiro credor ou adquirente de boa fé resulta das normas gerais dos artigos §932 e §1006 do BGB. A primeira destas disposições considera válida a aquisição de boa fé a *non domino*; a segunda estabelece a presunção de que o possuidor da coisa é o seu proprietário. Com efeito, a alienação de coisa móvel não sujeita a registo por terceiro de boa fé, no período de pendência da cláusula de reserva de propriedade, e a tutela que a lei reconhece a esse terceiro, fazem com que a cláusula de reserva de propriedade se extinga por força da transmissão da coisa a terceiro de boa fé, cf. Menéres Campos, *Contributo para o estudo da reserva de propriedade*, cit., p. 133.

De acordo com o CC, as dúvidas em torno da oponibilidade da cláusula de reserva de propriedade apenas surgem quanto aos bens móveis não sujeitos a registo, embora, ainda assim, esteja sedimentado um certo consenso na doutrina no sentido de que a cláusula vale em relação a terceiros quando verse sobre coisas móveis. De acordo com a doutrina majoritária<sup>2210</sup>, na pendência da cláusula de reserva de propriedade, o comprador dispõe apenas de uma expectativa de aquisição futura de um direito real. Ao comprador não está vedada a possibilidade de, no período intermédio, alienar a sua posição jurídica. Razão pela qual, o CPC português prevê a possibilidade de penhora da expectativa de aquisição, nos termos do artigo 860º-239. Esse acto de alienação não prejudica os direitos do vendedor com reserva de propriedade, sendo indiferente para este, uma vez que a coisa permanece adstrita à garantia do seu crédito, independentemente de quem quer que seja o seu titular. Diferentemente, o problema coloca-se quando o comprador aliena a coisa, ou esta for penhorada e vendida judicialmente, como se de proprietário se tratasse, situação em que o direito do vendedor reservatário conflitará com o direito do terceiro adquirente da coisa.

No anteprojecto do CC, VAZ SERRA<sup>2211</sup>, defendeu a inoponibilidade da cláusula em relação a terceiros, considerando que a cláusula poderia ser perigosa para terceiros, pois uma vez entregue a coisa ao adquirente, se este, por sua vez, a alienasse a terceiro de boa fé, enquanto a propriedade lhe não tivesse sido transferida, , podia o terceiro, se o alienante originário invocasse a sua propriedade, ser desiludido na sua boa fé. Com efeito, o autor defendia que a cláusula não deveria ser oponível a terceiros de boa fé, inclinando para a adopção do princípio *posse vale título*. Em relação às coisas móveis susceptíveis de registo, a cláusula de reserva de propriedade a favor do alienante será oponível a terceiros que poderiam informar-se da sua existência através daquele meio de publicidade. Diferentemente, o autor do anteprojecto do CC, relativo aos contratos civis, nomeadamente a regulamentação da compra e venda, GALVÃO TELLES<sup>2212</sup>, entendia que a venda de coisa alheia seria ferida de nulidade, sustentando que não existia grande perigo de aparências enganadoras que lancem confusão e tragam transtornos e prejuízos. Daí que a orientação seguida pelo Código português tenha sido a de cominar com nulidade a venda de coisa alheia, proibindo-se excepcionalmente a invocação da nulidade

---

<sup>2210</sup> Por todos, cf. Menéres Campos, *Contributo para o estudo da reserva de propriedade*, cit., p. 134 e seguintes, com imensa bibliografia.

<sup>2211</sup> Cf. Vaz Serra, *Efeitos dos contratos*, in BMJ, n.º 74, pp. 333 ss, p. 358.

<sup>2212</sup> Cf. Galvão Telles, *Contratos Civis*, cit., p. 114.

por parte do vendedor, em caso de boa fé do comprador, e por parte do comprador de má fé em caso de boa fé do primeiro. Na senda do pensamento de GALVÃO TELES, a maioria da doutrina portuguesa<sup>2213</sup> entende que, no caso de coisas móveis não sujeitas a registo, a cláusula de reserva de propriedade é oponível a terceiros por parte do seu titular por simples convenção das partes.

RAÚL VENTURA<sup>2214</sup> realça que os efeitos da reserva de domínio têm de ser conjugados com as posições jurídicas das partes. Afastando a tese daqueles que defendem que a cláusula da reserva de propriedade é uma condição resolutiva, defende que ao comprador que carece de propriedade não pode praticar actos que pressuponham a titularidade de tal direito.

Entende que a posse do comprador é uma posse em nome próprio, mas os credores do comprador não podem penhorar a coisa com reserva de propriedade para o vendedor, razão pela qual a cláusula seja oponível a terceiros independentemente de qualquer outra formalidade. Importa realçar a posição do ROMANO MARTINEZ. O autor<sup>2215</sup> considera que em relação às coisas móveis não sujeitas a registo, a reserva de propriedade não é oponível a terceiros., fundamentando a sua posição em seguintes argumentos: primeiro, considera que não obstante não vigorar o princípio *posse vale título*, o legislador preocupa-se em tutelar a aparência das situações – exemplificando os casos da coisa comprada a comerciante, artigo 1301.º CC e o penhor. Em segundo lugar, considera que tendo em conta o princípio da relatividade dos contratos, artigo 406.º CC e considerando que a cláusula de reserva de propriedade é uma cláusula contratual, por si - sem registo - não será oponível a terceiros. Acrescenta ainda que a regra constante do artigo 409.º, n.º 2 CC determina que o regime da reserva de propriedade se afasta daquele que o legislador estabeleceu a propósito da condição, no artigo 274.º, n.º 1 CC, considerando que deste preceito conclui - se que o princípio geral é o da sujeição dos actos de disposição de bens

---

<sup>2213</sup> Veja Assunção Cristas, *Transmissão contratual do direito de crédito*, cit., p. 433; Rui Pinto Duarte, *Curso de direitos reais*, cit., p. 251; Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 135, nota n.º 243. Lima Pinheiro, *A cláusula de reserva de propriedade...*, cit., p. 46, considera que não foi acolhida a posição de Vaz Serra a favor da consagração do princípio da *posse vale título*. Por conseguinte, entende-se que a oponibilidade *erga omnes* da *Crp* relativo a coisas móveis não depende da observância de qualquer formalidade. Na verdade, como refere Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, I, 9.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1998, p. 314, esta solução pode lesar as compreensíveis expectativas, quer dos credores do adquirente, quer dos próprios subadquirentes – uma vez que não vigora o princípio *posse vale título* - que suponham na ignorância da cláusula, pertencerem desde logo ao adquirente as mercadorias por ele compradas, que se encontrem em seu poder; mas explica-se principalmente pelo intuito de facilitar a concessão de crédito ao adquirente e ainda pela possibilidade que, em regra, não faltará a um contraente prudente e cauteloso de conhecer a real situação das coisas.

<sup>2214</sup> Cf. Raúl Ventura, *O contrato de compra e venda*, cit., p. 607.

<sup>2215</sup> Cf. Romano Martinez, *Direito das obrigações*, cit., p. 39.

ou direitos que constituem objecto de negócio condicional à própria condição, mas relativamente à reserva de propriedade, no que respeita à oponibilidade a terceiros, é necessária a publicidade – registo - razão pela qual, em relação a bens móveis não sujeitos a registo, não se pode aplicar o princípio da eficácia absoluta. Considera que, em caso de incumprimento, a resolução não prejudica os direitos adquiridos por terceiro, nos termos do artigo 435.º. Por fim, considera que a eficácia *erga omnes* da cláusula de reserva de propriedade facilitaria o ajuste de acordos fraudulentos em prejuízo de terceiros de boa fé.

Também ANA MARIA PERALTA<sup>2216</sup> entende que o vendedor não poderá servir-se da cláusula de reserva de propriedade para obter a declaração de nulidade da venda feita pelo comprador, uma vez que seria estranho que fosse permitido ao vendedor intentar uma acção declarativa de nulidade do segundo contrato de alienação e que, antes mesmo, ou imediatamente após a sentença, o comprador viesse a adquirir a propriedade sanando a falta do pressuposto necessário, para que a venda fosse válida. Para a autora, o facto de o bem ser utilizado por outra pessoa que não o comprador inicial não viola o interesse do vendedor e que a venda não pressupõe nem impõe um uso pessoal da coisa alienada. Nesta ordem de ideias, alvitra ainda a autora que se pode estipular contratualmente a proibição de alienação a terceiros, *i.e.* uma cláusula com eficácia meramente *inter partes*, que confere ao vendedor a possibilidade de reclamar uma indemnização pelos prejuízos sofridos no caso de tal proibição vir a ser violada pelo comprador.

MENÉRES CAMPOS<sup>2217</sup>, em crítica às posições de ROMANO MARTÍNEZ e ANA MARIA PERALTA, defende que a validade do negócio de alienação da coisa ao subadquirente não pode estar dependente das eventualidades que possam surgir ao longo da execução do contrato. Ainda considera que a alienação de coisa futura é válida se as partes a considerarem nessa qualidade, a venda de coisa reservada pode considerar-se válida, se feita nesse pressuposto. Mas, se tal não suceder, a venda é nula por ser uma venda de coisa alheia, ainda que o alienante - o comprador - venha posteriormente a adquirir a coisa por força do cumprimento contratual. Considera a autora que a oponibilidade da cláusula em relação a terceiros é a mais coerente com o conceito de

---

<sup>2216</sup> Cf. Ana Maria Peralta, *A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 51.

<sup>2217</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 141 e 142.



direito real caracterizado como um poder de domínio estabelecido entre o titular do direito e a coisa.

Para a autora, a natureza jurídica do direito real, direito absoluto e oponível *erga omnes*, permite ao seu titular seguir a coisa, independentemente da esfera jurídica em que se encontre. Realça ainda a autora que o nosso Direito Civil tutela os direitos de terceiro adquirente de boa fé de coisa a comerciante, nos termos do artigo 1301.º CC<sup>2218</sup>. Com base nesta norma, a autora considera que é protegida a aquisição de boa fé a comerciante, uma vez que o proprietário tem direito a obter a restituição da coisa, mesmo contra terceiro de boa fé, tendo, todavia, que restituir o preço que este tiver pago. Assim, a autora conclui que, se a lei prevê, expressamente, a tutela do terceiro adquirente de boa fé a comerciante, quando o alienante não seja comerciante do mesmo género de coisas, terão de funcionar as regras gerais em matéria de tutela de direitos reais. Haverá que conjugar a norma do artigo 1301.º com a do artigo 892.º CC que tutela o adquirente de boa fé a *non domino*.

De acordo com o nosso sistema, a possibilidade do registo da garantia depende, em regra, do objecto da garantia, ou seja, se a garantia tiver por objecto um bem sujeito a registo, em regra, pode-se registar a garantia, se tiver por objecto um bem não sujeito a registo, em regra, não se pode registar a garantia. Diferentemente do nosso sistema, no Direito da OHADA, de acordo com os artigos 51.º a 66.º AUG, certas garantias reais mobiliárias devem ser registadas, independentemente dos seus objectos<sup>2219</sup>. Esta condição para a oponibilidade é comum a grande parte das garantias reais mobiliárias. Alias, consta expressamente do artigo n.º 2 do artigo 57.º AUG que a inscrição regularmente efectuada de uma garantia mobiliária sujeita a registo é oponível a terceiros a partir da data da sua inscrição no registo cronológico de depósitos do RCCM. Para o efeito, com a reforma de 2010, o legislador da OHADA estendeu o âmbito de legitimidade para requerer o registo,

---

<sup>2218</sup> Que dispõe que *o que exigir de terceiro coisa por este comprada, de boa fé, a comerciante que negoceie em coisa do mesmo ou semelhante género é obrigado a restituir o preço que o adquirente tiver dado por ela, mas goza do direito de regresso contra aquele que culposamente deu causa ao prejuízo.*

<sup>2219</sup> Por isso, para efeitos de inscrição, nos termos do artigo 53.º AUG, o credor, o agente de garantias, o autor da garantia ou, sendo caso disso, o contabilista público apresenta à conservatória encarregada da organização do RCCM, ou ao órgão competente no Estado Parte, um formulário de inscrição contendo menção da identificação do bem onerado com indicação dos elementos que o permitam identificar, designadamente a sua natureza, o lugar onde se encontra e, sendo caso disso, a sua marca ou número de série, ou, quando se tratar de um conjunto de bens presentes ou futuros, a sua natureza, qualidade, quantidade ou valor.

nos termos do artigo 51.º AUG, que dispõe que a inscrição de garantias mobiliárias é feita a pedido do credor, do agente de garantias ou do autor<sup>2220</sup> da garantia.

Assim, parece que o legislador da OHADA consagrou um sistema de oponibilidade de *tout ou rien* - a reserva de propriedade só é oponível a terceiros se tiver sido regularmente inscrita no Registo do Comércio e do Crédito Mobiliário de acordo com as disposições dos artigos 51.º a 66.º do presente Acto Uniforme – artigo 74.º AUG. Ou seja, a *Crp* é oponível a terceiros apenas se for registada.

## 29.2. Alienação da coisa na pendência da *Crp*

De acordo com o nosso Direito interno, a reserva de propriedade suspende a transferência da propriedade. Por isso, a doutrina<sup>2221</sup> sustenta que se a coisa sobre a qual incide a reserva de propriedade for onerada ou alienada pelo comprador, o acto será nulo por incidir sobre coisa alheia.<sup>2222</sup> Tendo em conta o regime da compra e venda de coisa alheia<sup>2223</sup>, artigo 892.º CC, o alienante não poderá opor essa nulidade ao comprador de boa fé, assim como não pode opor a nulidade ao vendedor de boa fé o comprador doloso.

De acordo com o nosso Direito interno, uma das particularidades deste regime da nulidade reside no facto de o vício do negócio não poder ser invocado pelo vendedor contra o comprador de boa fé, nem pelo comprador doloso contra o vendedor de boa fé. Esta falta de legitimidade confere particularidade ao regime da invalidade do artigo 892º. Acresce que abundam estudos em torno da possibilidade de um terceiro, estranho à relação de compra e venda, poder requerer a declaração de nulidade do negócio, na qualidade de interessado, nos termos do artigo 286.º do CC, sendo predominante a orientação de que qualquer interessado pode intentar a acção, podendo a nulidade ser

---

<sup>2220</sup> Neste caso pode ser útil, sobretudo se o constituinte da garantia for uma sociedade estrangeira que não tenha representação no lugar de constituição da garantia.

<sup>2221</sup> A oponibilidade a terceiros dos direitos do vendedor reservatário com reserva de propriedade encontra-se interligada com a função de garantia que a reserva de propriedade desempenha. No caso de a alienação manter intocada a reserva de propriedade, por exemplo, no caso de o comprador subadquirente apenas ceder a terceiro a sua posição jurídica ou alienar a expectativa de aquisição futura, o vendedor não poderá reagir, pois tal acto não lhe causa prejuízo, cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 143.

<sup>2222</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 143.

<sup>2223</sup> É discutida a natureza jurídica da invalidade constante do artigo mencionado, querela essa que não pretendemos aqui investigar. Diremos, todavia, que o regime da invalidade do contrato de compra e venda de bens alheios obedece ao tipo legal da nulidade do negócio, com algumas especificidades, cf. Raúl Ventura, *O contrato de compra e venda no Código Civil. Venda de Bens Alheios. Venda com expedição*, ROA, ano 40, 1980, pp. 305 ss., p. 312 e Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Contrato de compra e venda*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 142.

conhecida oficiosamente pelo tribunal, não se desviando a norma das regras gerais do artigo 286.º do CC neste ponto.<sup>2224</sup>

De acordo com o nosso Direito Interno, em relação ao titular do direito de propriedade, a sanção legal para a venda de coisa alheia é a ineficácia<sup>2225</sup>. A doutrina<sup>2226</sup> tem considerado que, em relação ao proprietário da coisa, a venda, como *res inter alios*, é ineficaz, o proprietário, titular do direito pode propor acção declarativa de ineficácia, bem como intentar a acção de reivindicação<sup>2227</sup>, tendo em vista o reconhecimento da propriedade e, eventualmente, a restituição da coisa.

A maioria da doutrina portuguesa<sup>2228</sup> a oponibilidade *erga omnes* da cláusula de reserva de propriedade aposta num contrato de compra e venda de *coisas móveis não sujeitas a registo*, considerando que só assim se mantém a lógica do nosso sistema de princípios de direitos reais, designadamente os princípios da consensualidade e da causalidade. De igual modo, sustenta-se que os terceiros adquirentes ou credores do comprador podem validamente adquirir direitos sobre a posição jurídica do comprador, deixando intocados os direitos do vendedor, estando-lhes vedado adquirir o direito de propriedade plena, porque dessa o comprador ainda não é titular. Os subadquirentes do comprador serão protegidos apenas pelo funcionamento das regras dos artigos 892.º e 1301º, que protegem a boa fé do adquirente. Conclui-se que, de acordo com o nosso

---

<sup>2224</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo, cit.*, p. 144.

<sup>2225</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo, cit.*, p. 144.

<sup>2226</sup> Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, *cit.*, p. 189.

<sup>2227</sup> Considera-se que em relação à reivindicação, o autor proprietário tem apenas o ónus de provar o seu domínio e não a existência de qualquer direito que o réu, eventualmente, se arrogue sobre a coisa, cf. Henrique Mesquita, *Direitos reais, cit.*, p. 162; Menéres Campos, *Contributo, cit.*, p. 145, e que a solução não poderia ser outra, pois, nos termos do artigo 342º CC, na medida em que àquele que invoca um direito cabe fazer a prova do direito alegado, incumbindo àquele contra quem a invocação é feita a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito – n.º 2. Caso o réu detenha a coisa por título legítimo recai sobre ele o ónus de alegar e provar o facto jurídico em que assenta a sua detenção, na medida em que só assim evitará a procedência do pedido de entrega ou restituição formulado pelo autor. Cf. Menéres Campos, *Contributo, cit.*, p. 145. Da natureza dos direitos reais resulta que sobre todos e cada um dos sujeitos recai um dever de não ingerência, um dever geral de abstenção, de respeito pelo direito real e pela coisa sobre a qual esse direito incide. O titular de um direito real tem o poder de soberania sobre uma determinada coisa que é exclusivo no sentido de que terceiros estão excluídos da mesma esfera de soberania. Os direitos reais são absolutos, eficazes *erga omnes*, cf. Henrique Mesquita, *Obrigações reais e ónus reais, cit.*, p. 62. O poder de sequestra implica que a coisa sempre se encontre ilegitimamente em poder de terceiro, o titular pode defender o direito contra a agressão cometida. O titular de direito de propriedade exerce a sequestra quando reivindica a coisa de um possuidor ou de um detentor ilegítimo, ou seja, de um terceiro que sobre ela ou em relação a ela não tem qualquer direito que justifique a situação em que se encontra e que, por isso, a deve restituir ao dono, cf. Menéres Campos, *Contributo, cit.*, p. 145. Também o vendedor reservatário goza de legitimidade para se opor à penhora da coisa objecto da Crp, ou a qualquer outra diligência judicialmente ordenada que ponha em causa o seu direito, deduzindo embargos de terceiro, nos termos do artigo 351.º do CPC, cf. Miguel Mesquita, *Apreensão de bens em processo executivo*, Almedina, Coimbra, 1998., p. 215.

<sup>2228</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo, cit.*, p. 145

sistema, fora destas circunstâncias, a cláusula ser-lhes-á oponível. Reconhece-se que este não é o resultado ideal, uma vez que a falta de publicidade da cláusula de reserva de propriedade relativamente a coisas móveis pode acabar por não tutelar os direitos do vendedor reservatário, quando os mesmos conflituem com terceiros adquirentes de boa fé e que a solução de considerar totalmente inoponível a cláusula restringiria, no fundo, a sua eficácia à venda de coisas imóveis ou móveis sujeitas a registo e não parece que tenha sido essa a previsão do legislador ao consagrar a regra do n.º 2 do artigo 409.º CC.<sup>2229</sup>

De acordo com o regime instituído pela OHADA, o AUOPCAP, na parte dedicada ao direitos do vendedor de bens móveis e reivindicações, dispõe no seu artigo 103.º *podem ser reivindicadas, desde que se encontrem em espécie, as mercadorias consignadas e as coisas móveis entregues ao devedor, quer para serem vendidas por conta do proprietário, quer a título de depósito, empréstimo, mandato, locação ou por qualquer outro contrato com obrigação de restituição, nomeadamente qualquer bem que seja objecto de contrato de locação financeira.* dispõe o n.º 2 do mesmo artigo que, *em caso de alienação destas mercadorias e coisas móveis, o preço ou parte do preço devido pode ser exigido do subadquirente se aquele não foi pago em espécie, nem compensado entre ele e o subadquirente à data do despacho de abertura.* Ainda dispõe no n.º 3 que *podem igualmente ser reivindicadas as mercadorias e as coisas móveis que sejam objecto de reserva de propriedade nos termos e com os efeitos previstos no AUG.* Dispõe ainda que, nos termos do n.º 4, *quando se trate de mercadorias e de coisas móveis consignadas ao devedor para serem vendidas, com ou sem cláusula de reserva de propriedade, não há lugar a reivindicação se, antes da restituição das mercadorias e das coisas móveis, o preço for integral e imediatamente pago pelo síndico após autorização do juiz comissário.*

Esta solução é também consagrada no artigo 76.º AUG, que dispõe que vendendo-se o bem, o direito de propriedade transfere-se para o crédito do devedor em relação ao subadquirente. A dúvida que se pode colocar em relação a esta solução é de determinar se se trata de uma sub-rogação real ou pessoal. Quanto a esta questão, de acordo com o nosso sistema, a sub-rogação real consiste numa situação de uma coisa vir ocupar o lugar de outra numa relação jurídica, conservando, esta, no entanto, a sua identidade própria, em lugar de sofrer uma espécie de novação, e havendo uma conexão causal - por procederem do mesmo ato ou facto jurídico - entre as duas facetas do fenómeno

---

<sup>2229</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 145.

apontado<sup>2230</sup>. O mecanismo da sub-rogação pode qualificar-se como real ou pessoal conforme respeita a coisas ou pessoas, respectivamente. A sub-rogação pessoal ocorre quando uma pessoa ocupa o lugar de outra para exercer os seus direitos, nomeadamente na substituição de um credor por outro num vínculo obrigacional, ficando na mesma situação jurídica em virtude do cumprimento realizado ao credor originário – artigo 589.º CC. Ou ainda situações em que a lei dá ao credor a legitimidade de fazer substituir o devedor, em vez do devedor primário, no exercício dos seus direitos - artigo 606.º CC. Na primeira situação, a obrigação é a mesma, não se extingue com o cumprimento, muda apenas a pessoa do credor. O credor originário recebe o que lhe é devido em consequência da prestação realizada pelo terceiro e sai do vínculo obrigacional pois sendo completamente satisfeito, não tem mais interesse nem justificação para permanecer na relação. Na segunda situação, a sub-rogação consiste num meio de conservação de garantia patrimonial - a Sub-rogação do credor ao devedor. Nesta modalidade de sub-rogação, estamos perante falta da acção do devedor, ou seja, uma situação em que o devedor podia ter agido, beneficiando o seu património e não o fez, pelo que a lei permite que o credor o substitua agindo no seu lugar - 606.º CC.

Esta faculdade é concedida ao credor porque as pessoas são livres de exercer ou não o seu direito ou de aumentar o seu património, sem que tenham de dar satisfação a ninguém<sup>2231</sup>. Em relação à sub-rogação real, esta consiste numa operação jurídica em virtude da qual um bem é substituído por outro numa relação jurídica, de tal forma que os caracteres jurídicos do bem primitivo e os efeitos da relação jurídica que se lhe ligam são transportados para o novo bem<sup>2232</sup>, que ocupa o seu lugar<sup>2233</sup>. Para a doutrina<sup>2234</sup>, a sub-rogação real só encontra o seu sentido quando o património em que se inclui a coisa substituída integra um património separado ou autónomo, ao lado de outros pertencentes ao mesmo titular, ou quando se encontra sujeita a um regime diferente do aplicável às

---

<sup>2230</sup> Cf. Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I, Coimbra, 1992, p. 224.

<sup>2231</sup> Por isso, pode questionar-se a legitimidade do credor para actuar no lugar do devedor quando este não o quis fazer – questão que não constitui objecto do presente trabalho. Todavia, o património do devedor constitui a garantia geral dos credores, por isso, os credores podem defender-se contra a inacção do devedor, de que resulte a diminuição ou deixar de aumentar o seu património. O devedor pode não ter interesse em praticar actos destinados a evitar a diminuição do seu património ou a acrescentá-lo por saber que tal acto beneficiará apenas aos seus credores.

<sup>2232</sup> Cf. J. Hansenne, *Les biens. Précis*, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Liège, 1996, p. 47.

<sup>2233</sup> Cf. Galvão Telles, *Das universalidades*, cit., p. 189.

<sup>2234</sup> Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, IV, p. 425.

outras coisas<sup>2235</sup>. Há, no entanto, duas modalidades da sub-rogação real - a directa e a indirecta. Na sub-rogação real directa, a saída de um bem e a entrada de outro procedem do mesmo acto ou facto jurídico - é o caso da troca directa de um bem por outro. Verifica-se a sub-rogação real indirecta quando pela alienação de um bem se adquire outro. Isto é, com o valor do bem existente numa determinada massa patrimonial se adquiriu outro mantendo este último a mesma posição do anterior<sup>2236</sup>. Contudo, esta operação não é automática e pode criar dificuldades para efectivar a sub-rogação.

De acordo com o disposto no artigo 78.º AUG, verifica-se, no caso da venda efectuada pelo devedor, uma substituição do objecto de garantia pela soma que representa o preço da venda – sub-rogação real<sup>2237</sup>. Cabe notar que a efectivação desta sub-rogação real é normalmente eficaz quando ocorre antes da entrega do preço, ou seja, antes do subadquirente pagar o preço ao devedor do credor reservatário. Desta forma, o legislador da OHADA admite implicitamente o recurso à acção sub-rogatória<sup>2238</sup>. Assim, parece-nos que se trata de *sub-rogação directa*, permitindo que o credor aja em substituição do devedor e o resultado da sua acção apenas a ele beneficia. Neste caso, o credor reservatário pode exercer direitos que competem ao seu devedor para obter imediatamente a satisfação dos seus créditos, o que lhe atribui preferência de pagamento. Aqui o credor actua no lugar do devedor, exigindo directamente ao terceiro que cumpra perante ele, o que lhe permite pagar-se directamente do seu crédito. Todavia, recorda-se que o credor reservatário pode recorrer a este instituto apenas se registar a *Crp*, situação em que pode também recorrer à acção de reivindicação.

---

<sup>2235</sup> É por essa razão que se considera que o princípio da sub-rogação real nos regimes de separação de bens não encontra enquadramento, visto que, nestes, apenas há a existência de um único património na esfera jurídica global - o património próprio de cada cônjuge, cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, IV, p. 425.

<sup>2236</sup> Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, IV, p. 425.

<sup>2237</sup> Cf. Pierre Crocq, *La réforme du Droit des Sûretés de l'OHADA*, cit., p. 173.

<sup>2238</sup> Na *sub-rogação indirecta/oblíqua*, o credor age na qualidade do substituto pessoal do devedor e a prestação efectuada pelo terceiro é recebida directamente no património do devedor sub-rogado, pelo que esta acção beneficia a todos os credores, na medida em que os referidos bens podem ser penhorados por qualquer credor na esfera do devedor. É esta modalidade de sub-rogação que está consagrada no artigo 606.º do Código Civil. A sub-rogação directa tem carácter excepcional, por isso, dependem da consagração legal por exemplo: artigo 794.º CC, *Commodum* de representação - *Se, por virtude do facto que tornou impossível a prestação, o devedor adquirir algum direito sobre certa coisa, ou contra terceiro, em substituição do objecto da prestação, pode o credor exigir a prestação dessa coisa, ou substituir-se ao devedor na titularidade do direito que este tiver adquirido contra terceiro*. Ex. C/V do imóvel que ardeu antes da entrega - se a seguradora liquidar o sinistro, o credor da entrega pode substituir o devedor; Artigo 69.º LI, o senhorio pode exigir o cumprimento ao subarrendatário se este e o arrendatário se encontrarem em mora; Artigo 2067.º CC - se o devedor, em prejuízo não dos seus credores, repudiar a herança que lhe tinha sido atribuída, os credores podem aceitar a herança em nome do repudiante; Mandato sem representação - artigo 1181.º/2 CC - Relativamente aos créditos, o mandante pode substituir-se ao mandatário no exercício dos respectivos direitos.

Assim, com a consagração do artigo 78.º AUG, a substituição do objecto de garantia deixou de ser uma solução exclusiva do Direito Processual passando a ser também do Direito das garantias, podendo ser aplicada também mesmo ao devedor *in bonis*, o que implica que esta sub-rogação ocorre necessariamente no dia da venda realizada pelo devedor do credor reservatário e não no dia da acção executiva – singular ou na insolvência – que poderá nem sequer existir. Esta sub-rogação não se aplica apenas no caso da *Crp* inserida no contrato de compra e venda, mas sim em qualquer contrato translativo de propriedade. De acordo com o disposto no artigo 78.º AUG, em caso de alienação a terceiro, o alienante reservatário - *direito de propriedade transfere-se para o crédito do devedor em relação ao subadquirente* - passa a ter um direito sobre terceiro adquirente, mas apenas sobre o preço em dívida pelo subadquirente e já não sobre o preço que o adquirente ainda a dever. Parece que razão de ser desta solução tem a ver com o facto de o adquirente não poder ser prejudicado pelo facto de o adquirente não ter pago o preço e ter alienado o bem objecto da *Crp*. Com efeito, se o subadquirente já tiver pago tudo parece que o vendedor deixa de ter o direito sobre ele, solução que apenas faz sentido se este estiver de boa fé; caso contrário, parece justo, para não defraudar a garantia, serem qualificados de devedores solidários – o devedor e o subadquirente.

Esta solução constitui uma assimilação de uma garantia baseada na titularidade – reserva de propriedade – às garantias reis tradicionais, que em regra, tem por objecto o valor do bem dado em garantia, contrário às garantias baseadas na titularidade que incidem sobre o próprio objecto material e não sobre o seu valor<sup>2239</sup>. Esta solução põe fim à divergência doutrinária sobre a possibilidade ou não de recorrer à sub-rogação real no caso de alienação do bem objecto de reserva de propriedade<sup>2240</sup>.

---

<sup>2239</sup> Cf. Pierre Crocq, *La réforme du Droit des Sûretés de l'OHADA*, cit., p. 174. Esta solução foi consagrada no Direito francês – reforma do Direito das Garantias- no seio do artigo 2372 do *Code*.

<sup>2240</sup> Cf. F. Georges, *Les prérogatives du partenaire du commerçant en difficulté : état des lieux*, in *La faillite et le concordat en droit positif belge après la réforme de 1997*, Collection scientifique de la Faculté de Droit de Liège, Liège, 1998, pp. 393-427, p. 411 e M. Gregoire, *Questions liées à l'invocation d'une clause de réserve de propriété*, in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 465-495, p. 492.

### **29.3. Alienação da coisa na pendência da *Crp* não registrada**

De acordo com o esquema negocial, por via de regra, na compra e venda com reserva de propriedade, o comprador adquire bens para os quais não dispõe de liquidez suficiente, utilizando o bem sem ainda ter pago a totalidade do preço. Para o vendedor reservatário, tendo vendido a crédito, a *Crp* constitui um importante instrumento de tutela assente na propriedade da coisa, pois salvaguarda-se do risco de incumprimento por parte do comprador já que lhe é permitido resolver o contrato e recuperar o bem sem encontrar qualquer tipo de obstáculo à sua restituição, bem como exigir coercivamente a execução do contrato. A reserva de propriedade constitui assim uma mais-valia na esfera jurídica do vendedor reservatário precisamente porque o bem nunca sai da sua titularidade, o que permite afirmar que o instituto de reserva de propriedade tem na sua essência, primordialmente, o direito de propriedade com função de garantia, sem prejuízo de poder ter outras utilidades. De acordo com o regime do AUG, se a reserva não for registrada, o vendedor reservatário não dispõe de meios para reagir contra terceiros. Em relação a terceiros, é como se o contrato de compra e venda tivesse produzido os seus efeitos essenciais – transferência da propriedade – não produzindo a cláusula o efeito suspensivo do direito de propriedade. Todavia, na relação interna – vendedor reservatário e comprador originário – a *Crp* produz efeitos jurídicos, pois as partes têm obrigação de cumprir com o fim visado pela *Crp*, que consiste na função de garantia: impedir que o comprador aliene a coisa na pendência da *Crp*. A reserva de propriedade constitui um negócio fiduciário estático

A *Crp*, constitui uma das cláusulas contratuais e, a sua violação, implica a violação do contrato, neste caso, proceder à venda da coisa objecto da *Crp* constitui um incumprimento da obrigação contratual, gerando o dever de indemnizar. Aliás, parece-nos que existe este dever de indemnizar mesmo não havendo cláusula de inalienabilidade - estipular contratualmente a proibição de alienação a terceiros -, uma vez que uma das razões da estipulação da *Crp* é impedir a alienação da coisa por parte do comprador. Com efeito, a venda da coisa na pendência da *Crp* gera a responsabilidade obrigacional do devedor, nos termos dos artigos 798.º e seguintes do CC. Esta responsabilidade implica a substituição do dever de prestar (neste caso, a obrigação de não alienar) pelo dever de indemnizar, ou seja, extingue-se a prestação a que o devedor estava, inicialmente,



obrigado, sendo esta obrigação substituída por uma obrigação nova, que é a obrigação de indemnizar<sup>2241</sup>.<sup>2242</sup>

### 30. Perda ou deterioração da coisa

De acordo com o Direito interno<sup>2243</sup>, em regra, a transferência da propriedade gera a transferência do risco<sup>2244</sup>. A venda considera-se eficaz com o consenso das partes, apesar de o crédito do preço se encontrar por satisfazer. Com efeito, a deterioração da coisa após a celebração do contrato, não afecta o direito do vendedor ao preço. De acordo com o disposto no artigo 796.º CC, nos contratos que importem a transferência do domínio, ou que constituam ou transfiram um direito real sobre uma coisa, o risco corre por conta do adquirente, a partir do momento da celebração do contrato, por mero efeito do contrato. A solução é idêntica no contrato em que é aposta uma condição resolutiva. Pelo contrário, se for convencionada uma condição suspensiva, o risco correrá por conta do alienante. Como realça GALVÃO TELLES, o risco do adquirente é contrapartida da propriedade em que ele se encontra investido<sup>2245</sup>. Os n.ºs 2 e 3 do artigo 796º CC configuram-se como excepções à regra *res perit domino*, dispondo o n.º 2 que,

---

<sup>2241</sup> Cf. Luís Menezes Leitão, *Direito das Obrigações*, II, *cit.*, p. 239.

<sup>2242</sup> O regime jurídico da responsabilidade obrigacional consta dos artigos 798.º e seguintes e também dos artigos 562.º e seguintes este caso, o facto consiste no comportamento do devedor que não executa a prestação a que está adstrito – obrigação negativa de não alienar a coisa. A ilicitude resulta do facto de o devedor não executar a prestação a que estava vinculado perante o credor, violando o direito de crédito deste, não respeitando o que entre eles foi acordado - artigo 763.º. O nosso Código Civil presume a culpa do devedor no artigo 799.º n.º 1. Trata-se, no entanto, de presunção elidível, de forma que o devedor poderá demonstrar que o não cumprimento não procede de culpa sua porque actuou com a diligência exigível ao bom pai de família, ou que a inexecução procede de facto do credor, de terceiro ou caso fortuito ou de força maior, situações que dificilmente se enquadram neste caso, na medida em que haverá, em regra, dolo do devedor. Parece que neste caso, não haverá necessidade de manter o contrato, aliás, o objecto do contrato já foi alienado pelo que indemnização deve ser por interesse contratual positivo ou interesse de cumprimento - indemnizar o credor pelos danos que não teria sofrido se não tivesse ocorrido o incumprimento, ou seja, o devedor terá que indemnizar o credor de modo a colocá-lo na situação em que este estaria se tivesse havido cumprimento da obrigação. esta solução também se aplica se a coisa for alienada pelo vendedor reservatário na pendência da *Crp*.

<sup>2243</sup> O regime geral da matéria da transferência do risco nos contratos de alienação consta da norma do artigo 796.º CC, que dispõe.

<sup>2244</sup> Como Pedro Murias/Maria de Lurdes Pereira, *Prestações de coisa: transferência do risco e obrigações de reddenre*, CDP, n.º 23, Julho/Setembro 2008, p. 4, definem a transferência do risco – o momento a partir do qual a obrigação de prestação de coisa valerá como cumprida em caso de perturbação da coisa, na medida da perturbação, salvo culpa relevante do devedor”, ou seja, “após a transferência e salvo culpa do devedor, este fica exonerado na medida de uma eventual perturbação da coisa, mantendo-se o credor, pelo contrário, vinculado na íntegra à contraprestação.

<sup>2245</sup> Cf. Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 7.ª ed., Revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 471.

continuando a coisa em poder do alienante, em consequência de termo constituído a seu favor, só com o vencimento do termo ou com a entrega da coisa é que a transferência do risco opera e prevendo a primeira parte do n.º 3 que quando o contrato estiver dependente de condição resolutiva, o risco do perecimento durante a pendência da condição corre por conta do adquirente, se a coisa lhe tiver sido entregue. A segunda parte do n.º 3 do artigo 796.º CC reporta-se às situações em que a transferência da propriedade constitui um efeito diferido e não imediato do contrato de alienação dispondo que, no caso de ter sido convencionada uma condição suspensiva, o risco pelo perecimento ou deterioração da coisa correrá por conta do alienante durante a pendência da condição. Depois de celebrado o contrato, mas enquanto perdura a condição, se a coisa casualmente perecer, o prejuízo será do alienante.

Independentemente de determinar se a condição é suspensiva ou resolutiva, a questão do risco ultrapassa<sup>2246</sup> a questão da natureza jurídica do negócio de compra e venda com reserva de propriedade. Mesmo que se adopte a tese da venda condicional, a condição apenas suspende a transferência do domínio e consiste na execução da obrigação de uma das partes, pelo que o adquirente sob reserva não pode considerar sua a coisa alienada, consequentemente, de acordo com a regra do artigo 796.º CC, deveria ser o alienante a suportar o risco<sup>2247</sup>. Todavia, o alienante também já não dispõe de poderes materiais ou jurídicos sobre a coisa, conservando a sua propriedade apenas como garantia do pagamento do preço<sup>2248</sup>. O nosso Direito interno não estabelece uma regra específica para os contratos de alienação sob reserva de propriedade, razão pela qual a solução tem sido analisada nas concepções acerca da natureza e da função da *Crp* e na situação possessória do adquirente, o que potencia as dificuldades na busca do regime do risco

---

<sup>2246</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 166.

<sup>2247</sup> Segundo a orientação predominante em Portugal, cf. Jorge Morais Carvalho, *Transmissão da Propriedade e Transferência do Risco na Compra e Venda de Coisa Genéricas*, Themis, ano VI, n.º 11, 2005, p. 7ss.; Assunção Cristas/Mariana França Gouveia, *Transmissão da Propriedade de Coisas Móveis e Contrato de Compra e Venda, Estudo comparado dos Direitos Português, Espanhol e Inglês*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 11 ss.; Armindo Ribeiro, *O problema do Risco nos Contratos de Compra e Venda com Reserva de Propriedade*, CJ (Colectânea de Jurisprudência), 1981, II; Ana Catarina Rocha, *A Clausula de Reserva de Propriedade na Directiva 2000/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho sobre as medidas de luta contra os atrasos de pagamento*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano II, 2005, a reserva de propriedade é uma alienação sob condição suspensiva, pelo que grande parte da jurisprudência considera que o vendedor continuaria a suportar o risco pela perda ou deterioração da coisa, uma vez que continua a ser seu proprietário, cf. Ac. STJ, de 08 de Janeiro de 1991, in BMJ, 403, p. 329; Ac. STJ, de 24 de Junho de 1982, in BMJ, 318, p. 397; Ac. STJ, de 06 de Julho de 1993, in CJ (STJ), 1993, Tomo II, p. 183; Ac. STJ, de 08 de Março de 2007, in CJ (STJ), 2007, Tomo I, p. 77; Ac. STJ, de 11 de Janeiro de 2007, in CJ (STJ), 2007, Tomo I, p. 26.

<sup>2248</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 166.

adequado.<sup>2249</sup>Quanta à experiência lusófona, na Ordem jurídica brasileira, ocorrendo a entrega da coisa, ainda que sob reserva de propriedade, os riscos do perecimento e deterioração são suportados pelo comprador. Dispõe expressamente o artigo 52.4º, *in fine*, do Código Civil Brasileiro, dispõe que *pelos riscos da coisa responde o comprador, a partir de quando lhe foi entregue*.

O Código Civil italiano dispõe expressamente sobre o risco na compra e venda com reserva de propriedade. Dispõe o artigo 1523.º do *Codice* que, na venda a prestações com reserva de propriedade, o comprador adquire a propriedade da coisa com o pagamento da última prestação do preço, mas assume o risco desde o momento da entrega. Nos termos do artigo 1523.º em articulação com o disposto no artigo 1465.º, n.º 2 do mesmo *Codice*, dado que o comprador adquire o gozo da coisa no momento da respectiva entrega, o risco deverá correr por sua conta.

No Direito francês, não há disposição com regra geral sobre transferência de risco na venda com reserva de propriedade. Todavia, há um entendimento genérico que considera que, em caso de venda com reserva de propriedade, até pagamento integral do preço o risco de perecimento ou deterioração da coisa corre por conta do vendedor, uma vez que, por aplicação da cláusula, a coisa ainda permanece ao mesmo, sendo o comprador um mero devedor de uma obrigação de restituição da coisa caso haja incumprimento no pagamento do preço. Com a reforma de 2006, o legislador francês instituiu normas – artigos 2369.º, 2370.º e 2372.º, ambos do *Code* – que visam mitigar riscos de incorporação, mistura, perda e deterioração da coisa objecto da *Crp*.

No Direito alemão, a regra geral - §446 – do momento da transferência do risco nos contratos de compra e venda é o da entrega da coisa ao comprador que, no caso das coisas móveis, determina a transferência da propriedade. Para as coisas imóveis, se o momento da entrega da coisa não coincide com o momento do registo, o n.º 2 do §446 determina que a assunção do risco pelo comprador ocorre aquando da inscrição que é o momento em que este se torna proprietário. Todavia, a transferência do risco pode ocorrer no momento anterior ao da entrega, nomeadamente no caso de remessa da coisa ao transportador nas vendas à distância, em que a transferência do risco ocorre no momento da remessa da mercadoria ao transportador, de acordo com o §447. Assim, na doutrina alemã, sustenta-se que na compra e venda com reserva de propriedade, apesar de não haver transferência do direito de propriedade sobre a coisa, o risco de perecimento ou

---

<sup>2249</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 167.

deterioração desta transfere-se no momento da respectiva entrega, na medida em que a utilização económica da coisa passa a ser efectuada pelo comprador pelo que deverá assumir os inerentes riscos, a partir dessa altura<sup>2250</sup>.

Na doutrina portuguesa<sup>2251</sup>, destaca-se a posição de NUNO AURELIANO<sup>2252</sup> que sustenta que na de compra e venda com reserva de propriedade com espera de preço ou pagamento faseado em prestações e entrega da coisa ao comprador, a solução há de ser retirada do n.º 2, do artigo 796.º: ainda que não se produzindo o efeito real, mas ocorrendo a entrega em satisfação do interesse do adquirente, o risco do perecimento ou deterioração da coisa deve ser suportado por este.

De acordo o regime instituído pelo AUDCG, a transferência da propriedade ocorre com a recepção das mercadorias pelo comprador, nos termos do artigo 275.º AUDCG. Assim, a compra e venda comercial constitui um contrato meramente obrigacional, cria na esfera jurídica do vendedor a obrigação da entrega/transferência da propriedade e é preciso um segundo acto para a transferência da propriedade – a recepção da mercadoria pelo comprador, constituindo assim um *sistema do título e do modo*, afastando-se do nosso sistema de título, princípio da consensualidade.

Nos termos dos artigos 251.º e 252.º AUDCG, se o vendedor não se obrigar a entregar as mercadorias num local determinado, deve coloca-las à disposição do comprador no local onde foi fabricada ou está armazenada, ou no local do estabelecimento principal do vendedor. Neste caso, se o comprador não proceder ao

---

<sup>2250</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 167.

<sup>2251</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, cit., p. 51, consideram que, na compra e venda a prestações com reserva de propriedade, a solução mais conforme aos princípios é a do risco correr por conta do adquirente, desde o momento em que a coisa lhe é entregue. Todavia, reconhecem que não é essa a solução que resulta da lei. No mesmo sentido, VAZ SERRA, *Anotação ao acórdão de 27 de Maio de 1969*, RLJ, ano 103, n.º 3429, p. 382, considera que, independentemente de se averiguar se o comprador com reserva de propriedade é um possuidor precário ou em nome próprio, ele age como dono da coisa, com a intenção de se servir dela como seu proprietário, embora saiba que a aquisição definitiva da sua propriedade está dependente do integral pagamento do preço. Para o autor, isso basta para fazer recair sobre ele a responsabilidade pelo risco de perecimento ou deterioração da coisa.

<sup>2252</sup> Cf. Nuno Aureliano, *O risco nos contratos de alienação*, cit., p. 349. MENEZES LEITÃO, *Garantias*, 6.ª ed., cit., p. 256, considera inaceitável a solução de ser o vendedor a suportar o risco após a entrega da coisa, na medida em que, a partir do momento da entrega, o comprador fica já integralmente investido nos poderes de uso e fruição da coisa, servindo a manutenção da propriedade no vendedor apenas para assegurar a recuperação do bem, em caso de não pagamento do preço. Acrescenta que devendo o risco correr por conta de quem beneficia do direito, parece claro que a partir da entrega é por conta do comprador que o risco deve correr, não ficando este exonerado do pagamento do preço em caso de perda ou deterioração fortuita da coisa. MENÉRES CAMPOS, *Contributo*, cit., p. 171, considera que os poderes materiais que cabem ao comprador com reserva de propriedade e a função da reserva da reserva de propriedade de que o vendedor é titular fundamentam a transferência do risco para o comprador, no momento da entrega da coisa. Ainda realça que se a coisa se perder ou deteriorar, a única consequência para o vendedor é ver afectada a sua garantia de pagamento, mas o crédito mantém-se, podendo o alienante demandar o comprador incumpridor tentando obter o ressarcimento através do restante património do comprador.

levantamento das mercadorias, JOÃO ESPÍRITO SANTO<sup>2253</sup> entende que não será justo aceitar que a transferência da propriedade e, conseqüentemente, os riscos não se transferem para a esfera jurídica do comprador. Se o contrato de compra e venda estabelecer a entrega das mercadorias a um transportador, o vendedor cumpre a sua obrigação de entrega ao comprador pela sua entrega ao transportador. Contudo, o vendedor está obrigado a celebrar os contratos necessários para que o transporte seja efectuado, pelos meios apropriados e em condições conformes com os usos, até ao local acordado com o comprador.

Quanto à transferência do risco, o AUG é influenciado pela Convenção de Viena sobre Compra e Venda. Dispõe o artigo 277.º AUDCG que a transmissão da propriedade implica a transferência dos riscos para o comprador. A perda ou a deterioração das mercadorias sobrevinda após a transferência dos riscos não libera o comprador da obrigação de pagar o preço, desde que esses eventos não sejam devidos a acto do vendedor. Nos termos do artigo 278.º AUDCG, se o contrato de compra e venda previr a entrega das mercadorias a um transportador, os riscos transferem-se para o comprador pela entrega das mercadorias ao primeiro transportador. A autorização conferida ao vendedor para conservar os documentos representativos das mercadorias não afecta a transferência dos riscos. Em relação às mercadorias vendidas durante o transporte, dispõe o artigo 279.º que, neste caso, os riscos são transferidos para o comprador a partir do momento da conclusão do contrato.

Todavia, se no momento da conclusão do contrato o vendedor tinha ou deveria ter conhecimento do facto de as mercadorias terem perecido ou se terem deteriorado e não informou o comprador, a perda ou deterioração corre por conta do vendedor. Por fim, nos termos do artigo 280.º AUDCG, se as mercadorias vendidas não estiverem individualizadas, a transferência dos riscos ocorre no momento da sua identificação, se forem colocadas à disposição do comprador.

O legislador da OHADA, tal como o nosso, não instituiu o regime geral do risco na matéria da venda com reserva de propriedade. Dispõe o artigo 78.º AUG que perdendo-se o bem, o direito de propriedade transfere-se para a indemnização do seguro<sup>2254</sup> sub-

---

<sup>2253</sup> Cf. João Espírito Santo, *Direito Comercial Geral*, cit., p. 684.

<sup>2254</sup> Aplica-se à reserva de propriedade a mesma solução aplicada às garantias reais tradicionais em relação às indemnizações de seguro no Código CIMA, cujo artigo 43.º do Código CIMA dispõe: *Les indemnités dues par suite d'assurance sont attribuées, sans qu'il y ait besoin de délégation expresse, aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, suivant leur rang. Néanmoins, les paiements faits de bonne foi avant opposition sont valables. Il en est de même des indemnités dues en cas de sinistre par le locataire ou par le voisin qui répondent de l'incendie à moins qu'il ne prouve que l'incendie est arrivé par cas fortuit ou*

rogada no valor do bem. de acordo com esta disposição, com a perda ou deterioração da coisa, fica frustrada a garantia e torna-se impossível o cumprimento da obrigação de restituição. Assim, se deste facto gerador da impossibilidade superveniente originar para o comprador o direito contra a seguradora, direito que substitui a obrigação de restituição. Esta disposição visa corrigir o eventual enriquecimento obtido pelo comprador. Neste caso, a perda ou deterioração da coisa objecto de reserva de propriedade e de seguro dá azo ao surgimento do direito ao prémio, que beneficia ao vendedor por meio de uma espécie de *commodum* de representação<sup>2255</sup>. Neste caso, extingue a obrigação do pagamento do preço por parte do comprador e o crédito do vendedor é satisfeito pelo prémio do seguro, sob pena do próprio vendedor obter um enriquecimento inadequado.

Como vimos, de acordo com o disposto no artigo 277.º AUDCG, a transmissão da propriedade implica a transferência dos riscos para o comprador, o que significa que, à primeira vista, com a reserva de propriedade, o risco mantém-se na esfera jurídica do vendedor.

Todavia, na compra e venda com a entrega da coisa, mesmo havendo cláusula de reserva de propriedade, é o comprador que retira as utilidades<sup>2256</sup> da coisa, pelo que parece justo também suportar o risco. Com a entrega, o comprador passa a deter o controlo material da coisa que constitui a garantia do vendedor. Não nos parece justo que o risco seja suportado por um sujeito contratual que não tenha o domínio material da coisa e *dessensibilizar* a pessoa que detenha o controlo material. De acordo com o regime instituído pela OHADA, na compra e venda, a transferência do risco e a transmissão da propriedade são dois efeitos de uma mesma causa, que é a celebração do contrato de compra e venda. Todavia, a transferência do risco não está ligada apenas à celebração do contrato, pois, para além desta, é necessária entrega da coisa. Assim, o legislador comunitário dá relevância à entrega para o efeito da transferência do risco, pelo que não se transfere o risco antes da entrega da mercadoria vendida. A lógica desta solução e de fazer suportar o risco a pessoa que detenha o *domínio* material da coisa. Na compra e venda com reserva de propriedade, as partes livremente diferem a transferência da

---

*force majeure, ou par vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine. En cas d'assurance du risque locatif ou du recours du voisin, l'assureur ne peut payer à un autre que le propriétaire de l'objet loué, le voisin ou le tiers subrogés à leurs droits, tout ou partie de la somme due, tant que lesdits propriétaires, voisin ou tiers subrogés n'ont pas été désintéressés des conséquences du sinistre, jusqu'à concurrence de ladite somme.*

<sup>2255</sup> Veja o artigo 794.º CC.

<sup>2256</sup> Cf. Ferrara Santamaria, *La vendita a rate com riserva di proprietà*, Nicola Jovene & C. Editori, Nápoles, 1934, p. 121.

propriedade, mas não significa que também pretendem diferir a transferência do risco, o que ocorre com a entrega. Não é de presumir que o vendedor, que pretende garantir o seu crédito resultante do preço através da reserva de propriedade, haja pretendido renunciar a vantagem que lhe proporciona a regra da imediata transferência do risco para o comprador.

Assim, o comprador deve suportar não só o risco de perda ou deterioração da coisa, como também as despesas de manutenção e de conservação, as quais são necessárias para que este continue a gozá-la. Com a entrega, o comprador fica investido integralmente nos poderes de uso e fruição<sup>2257</sup> da coisa, servindo a manutenção da propriedade no vendedor apenas para assegurar a recuperação do bem, em caso de não pagamento do preço e o risco deve correr por conta de quem beneficia do direito, que a partir da entrega, é comprador<sup>2258</sup>. A função de garantia da reserva de propriedade é fundamental para concluir que o vendedor não deve suportar mais do que o risco de perda da sua garantia, pelo que se a coisa se perder ou deteriorar, a única consequência para o vendedor é ver afectada a sua garantia de pagamento, mas o crédito mantém-se, podendo o vendedor exigir o pagamento do preço e obter o ressarcimento através do restante património do comprador<sup>2259</sup>. É nesta lógica ressarcimento do crédito do vendedor que o artigo 78.º AUG permite o vendedor, se o comprador não cumprir voluntariamente, substituí-lo nos direitos contra a seguradora. Com a entrega da coisa, tacitamente, as partes acordam a transmissão do risco para a esfera jurídica do comprador, aliás, o legislador estabeleceu no artigo 217.º CC, n.º 1, a equivalência<sup>2260</sup> entre a declaração expressa e tácita, consagrando o princípio da liberdade declarativa.

---

<sup>2257</sup> A reserva tem uma função de garantia do direito primeiro do credor que é a manutenção da solvabilidade do património do seu devedor, mas ao mesmo tempo, com a entrega, assegura-se ao adquirente a plena fruição, ou disposição material da coisa, cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, 4.ª ed., com a colaboração de M. Henrique Mesquita, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, nota 5 ao artigo 934.º; Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, 1983, p. 484 e Vaz Serra, *Penhor – Penhor de coisas*, in BMJ n.º 58, p. 17.

<sup>2258</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias*, 6.ª ed., cit., p. 256.

<sup>2259</sup> Cf. Nuno Aureliano, *O risco nos contratos de alienação*, cit., p. 349. Menezes Cordeiro, *Tratado*, X – *Garantias*, cit., p. 854, considera que, na alienação com reserva de propriedade, o risco, a partir da entrega corre por conta do beneficiário, na medida em que seria o beneficiário do gozo da coisa e, apesar de ser menos óbvia, é uma solução que pode ser admitida por via da abertura do artigo 701.º/1 CC, que isenta o credor hipotecário do risco relativo à coisa, na medida em que valem as razões de fundo que tornam aceitável a solução.

<sup>2260</sup> Cf. Mota Pinto, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 454.

### 31. O uso e a fruição como compensação da transferência do risco

Numa compra e venda com cláusula de reserva de propriedade, o comprador, com a entrega da coisa, como imediatamente a beneficiar do direito de usar e fruir os bens objecto da compra e venda. Na verdade, esta transferência do *usus fructus* para a esfera jurídica do comprador, devido à cláusula da reserva de propriedade, antecipa a própria transferência do direito de propriedade que se realizará a partir, em regra, do pagamento do preço. Aliás, é esta a vantagem que justifica a frequente recurso dos operadores económicos, em especial, comerciais a esta técnica de crédito, embora a simplicidade da sua constituição não seja estranha à preferência desta garantia. Na compra e venda, a reserva de propriedade quanto ao seu conteúdo aparece, sem dúvida, como uma cláusula contratual que permite ao vendedor conceder crédito ao comprador e ao mesmo tempo garantir o pagamento da dívida. Dentro deste contexto, nota-se que as partes separam o momento da transferência dos efeitos do contrato da compra e venda – de uma forma expressa, suspendem o efeito principal da compra e venda, a transferência do direito de propriedade; de uma forma tácita, ao cumprir a obrigação da entrega, transferem o direito de uso e fruição sem direito de propriedade; por fim, diferem a obrigação de pagamento do preço. Ora bem, em relação ao risco, o que se pode questionar é o seguinte: quando as partes, através da entrega, transferem o direito de uso e fruição para a esfera jurídica do comprador não transferem também o risco de perecimento da coisa?

A essência da cláusula da reserva de propriedade é a garantia de cumprimento e, esta garantia, em regra, ou seja, com a entrega, passa o comprador a ter o controlo e o poder material sobre a coisa, pelo que se se considerar que o risco de perecimento da coisa não se permaneça na esfera jurídica do vendedor. Se se considerar que o risco permaneça na esfera do vendedor a reserva de propriedade seria uma garantia fragilizada, o que limitava muito o recurso a esta garantia, na medida em que os vendedores apresentavam resistências em relação à entrega. Na compra e venda com a cláusula de reserva de propriedade, a transferência de uso e fruição é compensada com a transferência do risco senão seria uma garantia desequilibrada. Por isso, parece justo a solução que considera que, com a entrega, na compra e venda com reserva de propriedade, o risco é suportado pelo comprador. No fundo, as partes, com a entrega, acordam em separar a transferência de propriedade da transferência de risco, como é frequente no caso das vendas internacionais em geral. No contexto contratual com a cláusula de reserva de propriedade, o vendedor obriga-se ou garante ao vendedor o gozo e fruição pacífico da coisa, na mesma lógica de um *locador*.



Mais, ele garante que o bem entregue ao comprador está protegido contra reivindicações de terceiros e que pode ser usado para os fins a que se destina. Contudo, a transmissão da propriedade ainda não se encontra efectuada.

Nesta lógica, não é injusto considerar que os riscos se transferem para a esfera jurídica do comprador. Injusto é considerar que tais riscos se transferem apenas com o pagamento integral do preço e a correspondente transferência do direito de propriedade. Assim, se durante a pendência da cláusula da reserva de propriedade se o bem se perecer, mesmo sem culpa do comprador, este ainda deve pagar o preço. A reserva de propriedade prevista no AUG contém um regime, nos termos do qual produz efeitos em relação às partes e aos terceiros. Os meios concedidos ao vendedor reservatário aumentam a propensão daquilo que constitui um dos objectivos da OHADA: o aumento de acesso a crédito e do fluxo de negócios dentro do espaço OHADA. É nesta lógica que é instituída a reserva de propriedade, o que não coaduna com a lógica da fragilização de garantia.

### **32. Articulação entre a cláusula de reserva de propriedade e o privilégio creditório**

Parece-nos que é importante analisar a questão da articulação entre a cláusula de reserva de propriedade e o privilégio creditório, especial, do vendedor. Nos termos do artigo 183.º AUG, o vendedor goza, sobre o bem móvel vendido, de um privilégio creditório para garantia do pagamento do preço não pago, se aquele se encontrar ainda na posse do devedor, ou sobre o preço ainda em dívida pelo subadquirente. Trata-se de uma garantia real que atribui ao credor um direito de preferência pelo produto da venda do bem sobre qual incide. Este direito de preferência apenas pode ser efectivado no momento da penhora do bem sobre qual incide e é exercido nos termos do artigo 226.º AUG. Numa acção executiva, se o vendedor reservatário invocar apenas a sua qualidade de credor privilegiado, estará a renunciar tacitamente ao direito de se valer da cláusula de reserva de propriedade<sup>2261</sup>. Neste caso, o vendedor perde a vantagem de exclusividade e passa a ser pago em 5.º lugar, nos termos do artigo 226.º AUG, que dispõe que sem prejuízo do exercício de um eventual direito de retenção ou de um direito exclusivo ao pagamento, as quantias provenientes da execução dos móveis são distribuídas pela seguinte ordem: ... 5.º) aos credores que gozem de um privilégio creditório especial, cada um com referência

---

<sup>2261</sup> Cf. A.-S. Gigot, *L'opposabilité de la clause de réserve de propriété en cas de procédures collectives d'insolvabilité*, R.D.C., Junho de 2011, pp. 511-544, p. 523.

ao móvel onerado pelo privilégio; em caso de conflito entre credores titulares de privilégio creditório especial sobre o mesmo móvel, é atribuída prioridade ao primeiro que efectuar a penhora.

Todavia, parece-nos que se invocar apenas a qualidade de vendedor reservatário estará a renunciar tacitamente ao seu privilégio que lhe assiste enquanto vendedor<sup>2262</sup>. Aparentemente, é impossível executar estas duas garantias ao mesmo tempo, pois se invocar a sua qualidade de reservatário aplica-se a primeira parte do artigo 226.º AUG, onde se lê “*sem prejuízo do exercício de um direito exclusivo ao pagamento*<sup>2263</sup>, *as quantias provenientes da execução dos móveis são distribuídas pela seguinte ordem(...)*”.

Neste caso, tendo direito exclusivo de pagamento, não faz sentido receber em 5.º lugar na qualidade do credor privilegiado. Ademais, se invocar apenas a sua qualidade de credor privilegiado, receber em 5.º lugar, é incompatível com um direito exclusivo ao pagamento. Todavia, entendemos que nada obsta a um pedido alternativo no mesmo processo. É sempre mais vantajosa pedir em primeiro lugar que seja satisfeito na qualidade do alienante reservatário, na medida em que este beneficia de um direito exclusivo ao pagamento e invocar alternativamente a sua qualidade de credor privilegiado, pois é mais seguro para o vendedor reservatário, porque pode-se verificar no processo que a *Crp* não produz efeitos por invalidade ou inoponibilidade. Assim, terá sempre uma segunda alternativa que consiste em recorrer ao seu privilégio, uma alternativa à qual poderá recorrer por ter uma fonte legal e conferida tendo em conta a qualidade do seu crédito.

### **33. Incumprimento da obrigação garantida - meios de reacção do credor**

Na venda com reserva de propriedade, assim que o comprador entrar em incumprimento da obrigação de pagamento do preço, o vendedor pode intentar uma acção, exigindo o cumprimento coercivo ou recorrendo à resolução judicial do contrato. Todavia, o legislador estabelece normas imperativas que visam proteger o comprador contra eventuais abusos do vendedor. De acordo com Direito interno, a regra geral quanto

---

<sup>2262</sup> Cf. M. Gregoire, *Publicité foncière. Sûretés réelles et privilèges*, Bruylant, Bruxelas, 2006, p. 678.

<sup>2263</sup> O vendedor reservatário pode, no processo executivo singular requerer o levantamento da penhora, nos termos do artigo 141.º AUOPSCE. Pode também exercer este direito no processo executivo colegial, nos termos do artigo 103.º/3 AUOPCAP.

ao incumprimento imputável ao devedor consta do artigo 801.º CC, nos termos do qual o credor pode exigir o cumprimento coercivo do contrato, tendo direito à prestação a que o devedor se vinculara, podendo ser ressarcido dos prejuízos sofridos através de uma indemnização.

A outra alternativa é a resolução do contrato, destruindo-se retroactivamente todos os seus efeitos, podendo igualmente haver lugar a uma indemnização pelo incumprimento do contrato. Estas duas consequências, previstas no artigo 801º, são alternativas, sendo ambas consequência do sinalagma funcional<sup>2264</sup>. Como veremos, de acordo com o AUG, em caso de incumprimento, o credor pode exigir a restituição da coisa. Este meio de reacção não pode constituir qualquer fonte de enriquecimento para o vendedor/credor. No caso da *acção restitutória*, a restituição do bem só por si não extingue todos os efeitos do contrato. Enquanto vigora o contrato de compra e venda com *Crp*, o vendedor encontra-se numa espécie de situação de *bloqueio* uma vez que não deve alienar o bem e também o controlo material do mesmo se encontra no poder do comprador e ainda não recebeu o preço. Daí que se perceba todo o interesse do vendedor em resolver o contrato e recuperar a legitimidade, extinguindo o contrato de compra e venda e a consequente cláusula de reserva de propriedade a fim de poder dispor livremente do bem.<sup>2265</sup> A resolução por incumprimento não pode ser exercida no caso de simples mora por parte do devedor, ou seja, esta tem que ser transformada em incumprimento

---

<sup>2264</sup> Cf. Brandão Proença, *A resolução do contrato no direito civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 76.

<sup>2265</sup> De acordo com o nosso regime interno, a resolução do contrato não depende do recurso à via judicial, bastando uma declaração unilateral receptícia do credor, de acordo com o preceituado no artigo 436.º, a qual se torna irrevogável, logo que chega ao poder do devedor ou dele é conhecida, nos termos dos artigos 224.º/1 e 230.º CC. A resolução consiste no modo de extinção do contrato, por meio de declaração unilateral receptícia, mediante a verificação de um fundamento legal ou convencional, normalmente, devido ao incumprimento da outra parte ou porque há justa causa. Nos negócios jurídicos de execução instantânea, a resolução, regra geral, tem efeitos - quanto aos efeitos da resolução, cf. Manuel Januário da Costa Gomes, *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 17 ss.; Paulo Alberto Videira Henriques, *A desvinculação unilateral ad nutum nos contratos civis de mandato*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001; Adelaide Menezes Leitão, *Revogação unilateral do mandato», pós eficácia e responsabilidade pela confiança*, in Estudos em homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles, I-Direito privado e vária, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 305-346; Brandão Proença, *A resolução do contrato no Direito Civil. Do enquadramento e do regime*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996 (reimpressão); Vaz Serra, *Resolução do contrato*, BMJ n.º 68, ano 1957 - retroactivos e, nos de execução continuada ou periódica, regra geral não tem efeito retroactivo - artigo 434.º do Código Civil. O contraente que não estiver em condições de restituir o que houver recebido não pode resolver o negócio jurídico - artigo 432º/2 do Código Civil), cf. Vaz Serra, *resolução do contrato*, BMJ n.º 68, ano 1957, p. 241.

definitivo<sup>2266</sup>, nos termos do artigo 808.º do Código Civil, para preencher os requisitos do artigo 801.º do mesmo código<sup>2267</sup>.

O efeito retroactivo da resolução não afecta as cláusulas que as partes tenham estipulado, para vigorar na hipótese de resolução por incumprimento – artigo 434.º, n.º1 CC, *in fine*. No que respeita aos pressupostos do direito de resolução do contrato, num contrato de compra e venda com reserva de propriedade, de acordo com o regime interno, importa destacar que não são de aplicar as restrições legais dos artigos 886.º e 435.º CC. Quanto à primeira norma, tendo em conta que a propriedade não se transmite para o comprador, o alienante conserva o direito potestativo de resolução. Quanto à segunda, a inaplicabilidade resulta do facto de, não tendo o alienante transmitido a propriedade sobre a coisa, o adquirente também não poder transmitir quaisquer direitos a terceiro que possam ficar afectados por força da resolução. Pelo contrário, a exigência do cumprimento coercivo do contrato consiste no desencadear dos efeitos previstos no programa contratual, como se este fosse cumprido regularmente, embora o credor tenha o direito a uma indemnização em virtude do incumprimento. Importa ainda referir a aplicabilidade do artigo 781.º CC<sup>2268</sup>, referente às dívidas liquidáveis em prestações, e do artigo 934.º CC<sup>2269</sup>, relativo à venda a prestações. Quanto às consequências do

---

<sup>2266</sup> Em regra, o contrato prevê uma cláusula resolutiva expressa que permite ao vendedor resolver aquele sem necessidade de mais formalismos, nomeadamente o caso da estipulação de que, havendo mora no pagamento de um determinado número de prestações com prazo certo – que será, necessariamente um termo essencial –, o contrato se considera automaticamente resolvido, sem necessidade de qualquer outra interpelação.

<sup>2267</sup> Cf. Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2006, p. 131.

<sup>2268</sup> Nos termos deste artigo, *se a obrigação puder ser liquidada em duas ou mais prestações, a falta de realização de uma delas importa o vencimento de todas*. De acordo com a doutrina, Gravato Moraes, *Perda do benefício do prazo na dívida liquidável em prestações*, *Maia Jurídica*, Ano V, n.º 2, Julho/Dezembro 2007, p. 81; Menéres Campos, *Contributo*, *cit.*, p. 194, exige-se ainda que a liquidação da referida obrigação se processe em duas ou mais prestações, independentemente de outros factores, sendo indiferente o número de prestações em causa. Ainda considera que é irrelevante a constância ou não das prestações. Por fim, não estão dependentes da periodicidade temporal da sua realização. A norma citada pressupõe também a mora do devedor, sendo que, nas obrigações puras, o devedor fica constituído em mora, nos termos do artigo 805.º CC, após ser interpelado judicial ou extrajudicialmente para cumprir. Nas obrigações com prazo certo, a mora constitui-se independentemente de interpelação, apenas pelo decurso do prazo previsto no contrato, de acordo com o preceituado no artigo 805.º/n.º 2/a CC Considera-se, cf. Teresa Anselmo Vaz, *Alguns aspectos do contrato de compra e venda a prestações e contratos análogos*, Almedina, Coimbra, 1995, p.21; Ac. STJ, de 06 de Fevereiro de 2007, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), que de acordo com o disposto no referido artigo 781.º CC, a falta de cumprimento de uma das prestações implica a exigibilidade imediata das demais e não o seu vencimento imediato, na medida em que, para isso, será sempre necessária a interpelação do devedor. As partes podem estipular que a perda do benefício do prazo não depende de interpelação, cf. Gravato Moraes, *Perda do benefício do prazo*, *cit.* p. 84; Ac. RL, de 12 de Julho de 2001; Ac. RL, de 11 de Outubro de 2002; Ac. RL, de 19 de Abril de 2007; Ac. Relação do Porto, de 04 de Dezembro de 2008, todos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>2269</sup> A compreensão do artigo 934.º CC implica a compreensão prévia do artigo 886.º CC, que estabelece que transmitida a propriedade da coisa e feita a sua entrega, o vendedor não pode resolver o contrato por falta de pagamento do preço. O artigo 934.º CC constitui uma excepção em relação ao artigo 886.º CC, consagrando algumas prescrições, de carácter imperativo, quanto às consequências do incumprimento do

incumprimento, a questão muito discutida, no âmbito do Direito interno, é de saber se o vendedor conserva o *ius variandi*<sup>2270</sup> - se exigindo o cumprimento coercivo do contrato, pode ainda vir mais tarde a resolvê-lo.

De acordo com o Direito interno, no caso de incumprimento do contrato, uma das vias de reacção de que o vendedor reservatário dispõe é o seu cumprimento coercivo, exigindo a totalidade das prestações em falta<sup>2271</sup>. Para o efeito, invocará judicial ou extrajudicialmente a perda do benefício do prazo e interpelará o comprador para pagar ou estará dispensado dessa interpelação, como acima referimos, se o contrato estipular validamente que no caso de incumprimento das prestações se vencem automática e imediatamente as demais. Se, perante o vencimento da dívida, o comprador não pagar, o vendedor terá de instaurar a competente acção judicial, declarativa ou executiva, se estiver munido de um título executivo, tendente à realização coactiva da prestação. O que se discute<sup>2272</sup>, no âmbito da acção executiva, é se o vendedor pode indicar à penhora a coisa objecto de reserva de propriedade, na medida em que, em princípio, na execução só podem ser penhorados bens do próprio devedor ou de terceiro garante pessoal ou

---

contrato de compra e venda a prestações. O n.º 1 do artigo 934.º CC aplica-se ao contrato de compra em venda a prestações com reserva de propriedade, determinando que a falta de pagamento de uma só prestação que não exceda a oitava parte do preço não dá lugar à resolução do contrato - o credor terá direito a resolver o contrato apenas se o devedor não cumprir mais do que uma prestação ou se a prestação em falta exceder a oitava parte do preço. Esta resolução não ocorre automaticamente, devendo o vendedor converter a mora em incumprimento definitivo, conversão que ocorrerá, nos termos do artigo 808.º CC, através da fixação de um prazo admonitório. Isto significa que o nascimento do direito de resolução supõe, precisamente, uma interpelação dirigida pelo credor à contraparte, cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 197; Lobo Xavier, *Venda a prestações*, cit., p. 212. O vendedor com reserva de propriedade, estando embora sujeito às limitações do 934.º CC, pode optar pela resolução do contrato ou pelo seu cumprimento coercivo, exigindo a totalidade das prestações em dívida, vencidas antecipadamente por força do artigo 781º CC.

<sup>2270</sup> Baptista Machado, *Pressupostos da resolução por incumprimento*, *Obra dispersa*, I, Braga, Scientia Juridica, 1991, p. 184; Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 78; Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 199, consideram que se o credor ter optado por exigir o cumprimento só por si não faz caducar o direito de vir depois a declarar a resolução e que a hipótese inversa é inadmissível, dado não poder exigir-se o cumprimento de um contrato resolvido. Diferentemente, Lobo Xavier, *Venda a prestações...*, cit., p. 214, considera que o recurso a uma destas vias implica a exclusão de outra - se o vendedor exige o cumprimento coercivo, fica excluída a possibilidade de o vendedor obter a restituição da coisa vendida - restituição que pressupõe necessariamente a resolução do contrato. Considera o Autor que o devedor tem um interesse atendível em que se defina a sua situação, não sendo razoável que fique à mercê da exorbitante possibilidade de o outro contraente mudar de opinião conforme as suas particulares conveniências ou conforme a alteração das condições de mercado.

<sup>2271</sup> Cf. Baptista Machado, *Pressupostos da resolução...*, cit., p. 159.

<sup>2272</sup> Cf. Fernando Gravato Morais, *Reserva de propriedade a favor do financiador*, *Cadernos de Direito Privado*, n.º 6, Abril/Junho de 2004, p. 43; Rui Pinto Duarte, *Alguns aspectos jurídicos dos contratos não bancários de aquisição de bens*, *Revista da Banca*, n.º 22, p. 24; Vasco da Gama Lobo Xavier, *Venda a prestações: algumas notas sobre os artigos 934º e 935º do Código Civil*, *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXI, 1974, p. 216; Armando Braga, *Contrato de Compra e Venda*, Porto 1990, p. 69; Menéres Campos, *Algumas reflexões em torno da cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador*, *Estudos em Comemoração do 10º Aniversário de Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, 2003, p. 649; e Gabriela Figueiredo Dias, *Reserva de Propriedade, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, III, *Direito das Obrigações*, pp. 27 a 451.

constituente de garantia real especial<sup>2273</sup>. O AUS, de 9 de Outubro de 2008<sup>2274</sup> decidiu que a execução não pode prosseguir enquanto o exequente não demonstrar ter procedido ao cancelamento da reserva de propriedade a seu favor. Quanto à resolução, na Alemanha, prevê-se o direito de resolução do vendedor como *conditio sine qua non* para recuperar a coisa. À resolução da compra e venda com reserva de propriedade aplicam-se as normas

---

<sup>2273</sup> Em Portugal, em geral a jurisprudência, Ac. RL, de 18 de Junho de 1998, in CJ, 1998, III, p. 130, tem decidido que, optando o vendedor pelo cumprimento coercivo do contrato, pode penhorar e fazer vender em processo executivo a coisa objecto da reserva de propriedade. Com efeito, ao intentar a execução, o vendedor mostra claramente que optou pelo cumprimento coercivo do contrato, pelo que não irá promover a resolução do contrato e recuperar a coisa. A reserva de propriedade proporciona a manutenção da coisa até à efectivação da penhora e ulterior venda em processo executivo, desempenhando a sua função de garantia. Entende-se, desta feita, que o vendedor, ao propor a execução e ao indicar à penhora a coisa reservada, renuncia ao seu direito, prescinde da reserva de propriedade, optando pela via do cumprimento coercivo do contrato, cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 202. Discute-se se o alienante reservatário deverá renunciar expressamente a essa reserva ou se tal renúncia poderá ser tacitamente inferida, quando o vendedor intenta a execução e indica à penhora a coisa reservada. Para Lobo Xavier, *A venda a prestações...*, cit., p. 217, no caso de a coisa indicada à penhora ser o objecto da reserva de propriedade, verifica-se uma aparente incompatibilidade entre a permanência da coisa na propriedade do exequente e a sua execução, em processo movido para pagamento do preço. No mesmo sentido, cf. Ac. Relação do Porto, de 15 de Maio de 2006, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. RL, de 04 de Dezembro de 2006, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. RL, de 29 de Abril de 2008, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. STJ, de 13 de Janeiro de 2005, in CJ (STJ), 2005, I, p. 28; Ac. STJ, de 12 de Maio de 2005, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Pelo contrário, considera o autor que se a coisa objecto da reserva de propriedade for indicada à penhora, a eficácia da reserva de propriedade subsistirá até à satisfação integral do crédito do vendedor. Diferentemente, para Raúl Ventura, *O contrato de compra e venda...*, cit., p. 614, a renúncia à cláusula de reserva de propriedade não pode ser subentendida no pedido de execução coactiva, na medida em que a reserva de propriedade pode ter sido estipulada em benefício do vendedor, mas foi estipulada contratualmente e, por outro lado, ela não constitui um direito a que o vendedor possa renunciar, mas sim o diferimento contratual de um efeito do contrato. No Acórdão uniformizador do STJ, de 9 de Outubro de 2008, (Proc. 07A3965), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), com o sumário: *acção executiva na qual se penhorou um veículo automóvel, sobre o qual incide registo de reserva de propriedade a favor do exequente, não pode prosseguir para as fases de concurso de credores e da venda, sem que este promova e comprove a inscrição, no registo automóvel, da extinção da referida reserva*". Esta decisão baseia-se na concepção da natureza jurídica da reserva de propriedade como condição suspensiva do efeito translativo do contrato. Recusou-se o entendimento de que a reserva de propriedade seria um direito real de garantia, uma vez que não consta do elenco típico dos direitos reais de garantia, de acordo com o artigo 1306.º CC e considera que direitos de garantia são aqueles que conferem o poder de, pelo valor da coisa ou pelo valor dos seus rendimentos, o respectivo beneficiário obter, com preferência sobre todos os outros, o pagamento de uma dívida de que é titular activo e, por não ser um direito de garantia, a reserva de propriedade não poderia estar abrangida pela norma do n.º 2, do artigo 824.º CC, não caducando com a venda judicial. Também considera que a renúncia à reserva de propriedade, não pode ser inferida tacitamente, na medida em que constitui uma figura jurídica distinta que resulta de uma declaração unilateral do contraente, contrária ao convencionado pelas partes e, consequentemente, contrária ao princípio da boa fé contratual. Considerou-se que não pode valer como renúncia a nomeação à penhora e que, tratando-se de cláusula sujeita a registo, a sua extinção terá de ser levada também, obrigatoriamente, a registo. Ainda considera que o registo definitivo da penhora gera uma contradição jurídica, por força da presunção de que o bem é propriedade do exequente - artigo 7.º do CRP -, sendo o executado, na realidade, seu mero detentor e impossibilita a verificação do princípio geral de que pelas obrigações só respondem os bens do devedor - artigo 601.º do C.C. por fim, considera que a manutenção dos dois registos em simultâneo gera incoerência, porque no decorrer da execução, mantém-se na esfera do exequente a faculdade de, a todo o tempo, exigir a restituição do bem através da resolução do contrato. Esta decisão foi criticada pela Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 210, que considera que o referido Acórdão uniformizador se decidiu pelo caminho inverso àquele que seria o mais coerente com as regras orientadoras do nosso Direito Civil. Veja os fundamentos nas páginas 210 e seguintes.

<sup>2274</sup> Cf. Acórdão uniformizador do STJ, de 9 de Outubro de 2008, (Proc. 07A3965), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

gerais da resolução do contrato previstas no §323 do BGB. A protecção do vendedor, se estiverem em causa circunstâncias excepcionais como o uso descuidado da coisa ou a revenda sem autorização, sobrepõe-se às normas especiais que fixam a necessidade de interpelação admonitória e a fixação de um prazo suplementar, situação em que o prazo suplementar, exigido pelo §323 do BGB, poderá ser um prazo relativamente curto.<sup>2275</sup> Em Itália, por forma a proteger o comprador<sup>2276</sup>, a falta de pagamento de duas ou mais prestações, se estas não ultrapassarem oitava parte do preço, torna inaplicável a norma do artigo 1525.º do *Codice*. Todavia, entende-se que a reincidência no comportamento faltoso assume gravidade suficiente<sup>2277</sup>. Tal não importa, porém, a imediata resolução, sendo necessária a interpelação da contraparte para o efeito<sup>2278</sup>.

De acordo com o disposto nos artigos 433.º e 434.º CC, a resolução, salvo se a retroactividade contrariar a vontade das partes ou a finalidade da resolução, equipara-se, quanto aos efeitos entre as partes, à nulidade ou à anulabilidade dos negócios jurídicos, tem efeitos restitutórios e retroactivos. No caso da venda com reserva de propriedade, em regra, a resolução é efectuada por iniciativa do vendedor e tendo como fundamento a falta de cumprimento das obrigações do comprador, incumprimento esse que pode traduzir-se em mora ou em incumprimento definitivo<sup>2279</sup>. Em relação ao comprador, o contrato poderá ser resolvido com fundamento em cumprimento defeituoso ou de incumprimento da obrigação a cargo do vendedor de não perturbar o gozo da coisa por parte do comprador<sup>2280</sup>, mas, tendo em conta o carácter acessório dessa vinculação, as consequências do incumprimento seriam outras<sup>2281</sup> que não a resolução contratual, como a possibilidade de o comprador intentar acções possessórias mesmo contra o vendedor. Para além da restituição do que tiver sido prestado, se houver danos, o contraente lesado tem direito a uma indemnização pelos prejuízos sofridos em consequência do incumprimento imputável à outra parte.<sup>2282</sup>

---

<sup>2275</sup> Nuno Manuel Pinto Oliveira, *A resolução do contrato no Direito alemão e no Direito português, Estudos sobre o não cumprimento das obrigações*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 64.

<sup>2276</sup> Cf. Antonio Albanese, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Jovene, 2003, 357.

<sup>2277</sup> Cf. C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., p. 617.

<sup>2278</sup> Cf. Giuseppe Mirabelli, *Dei singoli contratti*, UTET, Torino, 1960, p. 179.

<sup>2279</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 217.

<sup>2280</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 217.

<sup>2281</sup> Em Portugal, dispõe o n.º 1, do artigo 15º/1 do Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro: *Vencido e não pago o crédito hipotecário ou não cumpridas as obrigações que originaram a reserva de propriedade, o titular dos respectivos registos pode requerer em juízo a apreensão do veículo e seus documentos*. Ainda dispõe o artigo 16º/1: *Provados os registos e o vencimento do crédito ou, quando se trate de reserva de propriedade, o não cumprimento do contrato por parte do adquirente, o juiz ordenará a imediata apreensão do veículo*.

<sup>2282</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 218.

### 34. A restituição da coisa sem resolução prévia

De acordo com o Direito interno, com a resolução, a reserva de propriedade cumpre a sua função de garantia. A resolução constitui um pressuposto necessário para a restituição da coisa, na medida em que o vendedor não pode desencadear essa consequência sem que previamente tenha declarado, judicial ou extrajudicialmente, a resolução. A recuperação da coisa pelo vendedor tem como fundamento e pressuposto o incumprimento contratual e a subsequente destruição do contrato. Com a resolução, a coisa deixa de ter o ônus de indisponibilidade para o vendedor que, recuperando-a, passa a poder dispor livremente dela. Para o efeito, terá de resolver o contrato e requerer a sua restituição. Questiona-se se é necessária a resolução do contrato para que o vendedor obtenha a restituição da coisa, ou se as partes podem convencionar que o vendedor pode exigir a restituição da coisa sem resolver o contrato.

No Direito Alemão, o BGB estabelece no n.º 2 do §449 a obrigatoriedade de resolução do contrato para que o vendedor possa recuperar a coisa - sem resolução não há restituição. A doutrina alemã considera que esta disposição é supletiva, podendo ser afastada por acordo das partes em sentido diverso<sup>2283</sup>.

Em relação ao Direito Português MENÉRES CAMPOS<sup>2284</sup> advoga que a resolução é o pressuposto lógico do direito à restituição da coisa por parte do vendedor e que sem resolução não pode o vendedor desencadear o efeito restitutivo que a cláusula de reserva de propriedade assegura. Também considera que quando se trata de venda a prestações, o vendedor terá de contar com as restrições do artigo 934.º CC entendido, maioritariamente, como sendo uma disposição de carácter imperativo. Tratando-se venda a prestações, resolvido o contrato, o vendedor obtém a restituição da coisa e, regra geral, terá de restituir também as prestações entretanto pagas pelo comprador, tendo em conta os efeitos retroactivos e restitutórios da resolução - articulação entre os artigos 433.º 289.º CC.

Importa, todavia, determinar a amplitude dessa obrigação de restituição das prestações recebidas pelo vendedor, em consequência da resolução do contrato. Na Ordem jurídica italiana, dispõe o artigo 1526º *do Codice* que o vendedor tem o direito a uma compensação equitativa pelo uso<sup>2285</sup> da coisa durante o período de vigência do

---

<sup>2283</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo, cit.*, p. 219.

<sup>2284</sup> Cf. Menéres Campos, *Contributo, cit.*, p. 219.

<sup>2285</sup> Cf. Carlo Castronovo, *La risoluzione del contratto dalla prospettiva del diritto italiano*, in Eur. Dir. Priv., n.º 3, 1999, pp. 793-842, p. 794.



contrato. Esta norma visa corrigir o enriquecimento obtido pelo comprador e também visa impedir a obtenção do benefício por parte do incumpridor do contrato. Assim, embora sobre o vendedor recaia a obrigação de restituir as prestações<sup>2286</sup> (protecção do contraente mais débil<sup>2287</sup>), ressalva-se a diferença que possa corresponder à compensação pelo uso da coisa e ao valor do dano derivado do inadimplemento por parte do comprador. A doutrina<sup>2288</sup> italiana advoga que compensação deve ter em conta a depreciação resultante de um uso normal e deve ainda calcular-se o valor da remuneração pelo gozo da coisa por parte do adquirente durante o período de vigência do contrato. Para estes autores, para que a indemnização seja equitativa, deve-se valorar a vantagem que o vendedor obteve com a celebração do contrato-os juros compensatórios e, por fim, considera que haverá que ponderar o ressarcimento do dano pela utilização anormal e culposa que tenha conduzido à deterioração da coisa.

De acordo com o Direito interno, não se tratando de contrato de execução continuada, não há lugar à aplicação do disposto no n.º 2, do artigo 434.º CC. Com efeito, verificados os pressupostos da resolução, caberá ao comprador restituir as prestações recebidas. Apenas não será assim se as prestações pagas pelo comprador por conta do preço estipulado puderem ser consideradas como correspectivo ou contraprestação do uso continuado da coisa, que a vendedora tivesse proporcionado ao *solvens*<sup>2289</sup>. Com a resolução do contrato, o vendedor terá de devolver as quantias recebidas a título de pagamento do preço, podendo requerer uma indemnização<sup>2290</sup> pelo incumprimento do

---

<sup>2286</sup> Cf. Andrea Nicolussi, *Le restituzioni de iure condendo*, in Eur. Dir. Priv., n.º 3, 2012, pp. 783-811, p. 785.

<sup>2287</sup> Cf. Ruggiero Luzzato, *La compravendita*, Unione Tipografica Editrice Torinese, Torino, 1961, p. 544.

<sup>2288</sup> Cf. M. Bianca, *La vendita e la permuta*, cit., p. 615.

<sup>2289</sup> Cf. Antunes Varela, *Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24.1.1985*, in RLJ, ano 122.º, 1989/1990, p. 317; Almeida Costa, *Anotação ao acórdão de 24 de Janeiro de 1985*, in RLJ, 118.º, p. 337.

<sup>2290</sup> Os efeitos retroactivos e restitutórios da resolução nem sempre tutelam adequadamente os interesses do vendedor, na medida em que, em termos prático, a simples restituição das prestações efectuadas deixaria de fora o ressarcimento dos danos relacionados com o incumprimento do contrato, porque a prova dos danos derivados do uso da coisa e a compensação pela respectiva utilização são de difícil demonstração. Com efeito, para evitar tais dificuldades, tornou-se frequente a fixação antecipada da indemnização através da aposição de cláusulas penais ou de perda ou de preclusão nos contratos compra e venda com reserva de propriedade. O problema dos abusos na fixação antecipada da indemnização é, de certa forma, resolvido pelo artigo 935.º CC, que dispõe: *A indemnização estabelecida em cláusula penal, por o comprador não cumprir, não pode ultrapassar metade do preço, salva a faculdade de as partes estipularem, nos termos gerais, a ressarcibilidade de todo o prejuízo sofrido. A indemnização fixada pelas partes será reduzida a metade do preço, quando tenha sido estipulada em montante superior, ou quando as prestações pagas superem este valor e se tenha convencionado a não restituição delas; havendo, porém, prejuízo excedente e não se tendo estipulado a sua ressarcibilidade, será ressarcido até ao limite da indemnização convencionada pelas partes*. A lei admite a estipulação da cláusula penal, mas considera também ser possível que as partes convencionem que as prestações não serão restituídas, valendo o valor pago como indemnização pelo prejuízo sofrido. A redacção da norma poderá suscitar-nos, assim, algumas

contrato<sup>2291</sup>. De acordo com o regime instituído pela OHADA, como veremos, o credor pode pedir a restituição do bem de modo a recuperar o direito de dispor do mesmo, como forma de execução da garantia.

### **35. A providência cautelar para a reivindicação**

Em caso de incumprimento do contrato de compra e venda com reserva de propriedade, pode o vendedor, antes da acção de restituição do bem, promover a providência cautelar para torná-lo indisponível. De acordo com o disposto no artigo 227.º AUOPSCE, aquele que aparente ter fundamento para reivindicar a entrega ou a restituição de um bem móvel corpóreo pode, enquanto aguarda pela sua entrega, torná-lo indisponível através de uma apreensão cautelar para reivindicação. Esta providência constitui um meio de reacção das pessoas com direito à entrega ou à restituição de uma coisa contra os possuidores. De facto, após à resolução do contrato ou acção de restituição, o proprietário reservatário tem o direito à restituição da coisa. Sucede que, antes da efectiva restituição, o comprador/devedor ou qualquer obrigado à restituição pode alienar a coisa a um terceiro de boa fé, pode modificá-la ou mesmo destruí-la, situação que pode em pôr em causa a restituição efectiva, razão pela qual o legislador instituiu esta providência cautelar especificada para proteger os direitos do vendedor. Sendo um processo cautelar, é instrumental e dependente de uma acção principal que, no caso de incumprimento das obrigações que originaram a reserva de propriedade, é a acção de reivindicação. Antes da apreensão da coisa, se o credor/proprietário não dispuser de título executivo ou de decisão judicial que ainda não tenha força executiva, é necessária, mediante requerimento, uma autorização prévia por parte do tribunal competente. Ou seja, carece de autorização prévia do tribunal antes do próprio processo de apreensão, artigo 227.º/2 do AUOPSCE. De acordo com o disposto nos nºs 3 e 4 do artigo 227.º AUOPSCE, o requerimento deve ser dirigido ao tribunal do domicílio ou no lugar do paradeiro da pessoa obrigada a entregar ou a restituir o bem.

---

perplexidades, por regular, na mesma hipótese legal, duas situações diversas. Na verdade, o preceito fala de cláusulas penais e de cláusulas de perda ou de preclusão, cf. Menéres Campos, *Contributo*, cit., p. 227 – 228, com vasta bibliografia sobre a aplicabilidade do disposto no artigo 935.º CC.

<sup>2291</sup> Cf. Brandão Proença, *A resolução do contrato...*, cit., p. 183.

A decisão judicial de autorização indicará o bem que pode ser apreendido, bem como a identidade da pessoa obrigada a entregá-lo ou restituí-lo. quanto aos efeitos, esta autorização é oponível a qualquer detentor do bem designado e o bem apreendido permanecerá indisponível durante o incidente, artigo 234.º/2 AUOPSCE. Tal como se verifica a instrumentalidade entre a providência cautelar e o processo principal, existem dois limites que não deverão ser ultrapassados; por um lado, não deve ser atribuído através da medida cautelar mais do que é permitido através da tutela principal e, por outro, não pode a medida cautelar esvaziar o conteúdo da acção principal, neste caso, a acção de reivindicação. No entanto, os referidos limites não impedem que a medida cautelar conceda, antecipadamente e a título provisório, os mesmos efeitos que a acção de reivindicação venha a conceder a título definitivo.

A provisoriedade é assim uma das características dessa providência cautelar, encontrando-se intimamente associada à instrumentalidade. Esta provisoriedade significa que a existência da providência cautelar é precária, porquanto esta não se destina a regular definitivamente as relações jurídico - substantivas. Está destinada a ser substituída, mais tarde ou mais cedo, por uma outra providência que resulta da acção principal. Assim, em articulação dos artigos 60.º e 228.º/2 AUOPSCE, a providência caduca se a acção de reivindicação não for intentada no prazo de três meses a contar do despacho de autorização. Nos termos do artigo 230.º/1/2 AUOPSCE, obtida a autorização do tribunal ou se o credor estiver munido de título executivo, mediante a apresentação de um deles, procede-se à apreensão cautelar para reivindicação em qualquer lugar e perante qualquer detentor do bem<sup>2292</sup>. conforme o regime jurídico instituído pelo AUOPSCE, artigos 227.º e seguintes, no que se refere ao procedimento, nota-se certa *sumariedade*, que se traduz num abreviar dos trâmites processuais, na estipulação de prazos mais curtos para a prática dos actos, na supressão de algumas fases processuais e, conseqüentemente, numa simplificação da marcha do processo.

A marcha do processo é mais simples do que no processo principal, estando apenas prevista a existência de dois articulados - o requerimento cautelar (pedido de autorização), se não estiver munido de título executivo e, se estiver munido de título executivo, pode requerer directamente a apreensão do bem, dado que a apreciação da prova é sumária e segue-se a citação do requerido ou terceiro para se opor ou recorrer.

---

<sup>2292</sup> Se a apreensão tiver de ser feita em local que sirva de habitação a um terceiro detentor do bem, será necessária uma autorização especial por parte do tribunal competente.

No que se refere à apreciação e cognição levada a cabo pelo juiz, nos termos do artigo 227.º AUOPSCE e seguintes, basta uma apreciação superficial e perfunctória. Perante a prova apresentada pelo proprietário, o juiz fará apenas uma análise tendo em conta um juízo de verosimilhança e probabilidade, analisando apenas a probabilidade da existência do direito invocado por este. Assim, ao invés do que ocorre na acção principal, o juiz não conhece aprofundadamente e de forma plena da situação que é colocada à sua apreciação, não devendo ultrapassar os limites de cognição que lhe são impostos pelos fins de apreensão para reivindicação.

O conhecimento sumário e superficial que é levado a cabo neste procedimento traduz-se na *summaria cognitio*, bastando-se esta com a mera aparência do direito de propriedade, ao contrário do que ocorre na acção principal em que há lugar à cognição plena na qual se exige a prova efectiva da existência do direito invocado. Esta sumariedade cognitiva manifesta-se nos meios de prova que o proprietário terá de apresentar, pois bastar-lhe-á fazer prova sumária do direito de propriedade ameaçado.

### **36. Execução da garantia**

Como vimos, de acordo com o direito interno, há diferentes formas possíveis de reacção ao incumprimento do comprador. Como regime geral da venda comercial, no Direito interno, dispõe o artigo 474.º do Código Comercial que: se o comprador de coisa móvel não cumprir com aquilo a que for obrigado, poderá o vendedor depositar a coisa nos termos de direito por conta do comprador ou fazê-la revender. Nos termos do §. 1.º, a revenda efetuar-se-á em hasta pública, ou, se a coisa tiver preço cotado na bolsa ou no mercado, por intermédio de corretor, ao preço corrente, ficando salvo ao vendedor o direito ao pagamento da diferença entre o preço obtido e o estipulado e às perdas e danos. Ainda dispõe no §. 2.º que o vendedor que usar da faculdade concedida neste artigo fica em todo o caso obrigado a participar ao comprador o evento. A primeira parte possibilita ao vendedor liberar-se da obrigação da entrega, efectuando o depósito da coisa. Quanto à faculdade de o vendedor revender a coisa objecto do contrato, regista-se uma divergência doutrinária quanto aos requisitos. Uma parte considera que esta possibilidade assenta numa causa *ex lege* de resolução do contrato, por incumprimento do comprador – venda de coisa própria – na medida em que o contrato já teria sido resolvido.

Outra parte, diferentemente, considera que não há resolução do contrato, mas sim uma faculdade legal da venda de coisa alheia, para embolso do preço. Estes

entendimentos não supõem a derrogação do disposto no artigo 886.º CC, pois este tem por base a entrega da coisa, o que é frequente na compra e venda com reserva de propriedade. Por isso, quanto à resolução do contrato de compra e venda com reserva de propriedade, aplica-se o regime constante dos artigos 934.º CC e seguintes em articulação com o disposto no artigo 886.º CC.<sup>2293</sup> De acordo com o regime geral da compra e venda instituído pela OHADA, nos termos do artigo 281.º AUDCG, reconhece-se a possibilidade de resolução do contrato de compra e venda, dispondo no n.º 1 do referido artigo que, “*qualquer parte num contrato de compra e venda comercial pode requerer ao juiz competente a sua resolução por inexecução, total ou parcial, das obrigações da outra parte. Todavia, a gravidade do comportamento de uma parte de um contrato de compra e venda comercial pode justificar que a outra parte o resolva, por sua conta e risco.*”. Assim, a resolução pode ser judicial ou por declaração à contraparte, solução paralela ao regime comum da resolução constante do artigo 436.º CC. Ou seja, nem todos os incumprimentos, de acordo com este regime, podem servir de fundamento para a resolução. Esta solução tem a mesma lógica com o regime do artigo 936.º CC, embora este seja mais preciso e determinado.

Efectivamente, aí pode ler-se: “*Qualquer que seja a gravidade do comportamento, a parte que a invoque pode ser obrigada a respeitar um pré-aviso antes de comunicar a resolução à contraparte.*”. Esta solução pressupõe uma convenção neste sentido, caso contrário, pode a resolução ser declarada com efeitos à data da respectiva declaração. Na falta do pré-aviso, o autor da resolução é responsável pelo prejuízo causado, ainda que o tribunal considere procedente a resolução. A parte que resolva ou obtenha a resolução de um contrato pode, além disso, obter a reparação dos danos emergentes e dos lucros cessantes que decorram imediata e directamente da inexecução. Nos termos do artigo 297.º AUDCG, um dos efeitos da resolução é o de liberar as partes das suas obrigações, mas não as exonera das eventuais indemnizações devidas. Curiosamente, de acordo com o disposto no n.º 2 do mesmo artigo, a resolução não afecta as estipulações do contrato relativas à solução de diferendos e aos direitos e obrigações das partes em caso de resolução, o que, *ictu oculi*, poderia parecer um desvio à *retroactividade-regra* da resolução. Nos termos do artigo 297.º AUDCG, como decorrência da sinalagma, a parte que executou, total ou parcialmente, as suas obrigações, pode exigir da outra a restituição daquilo que entregou ou pagou em execução do contrato. Por fim, se o vendedor estiver

---

<sup>2293</sup> Cf. João Espírito Santo, *Direito Comercial Geral...*, cit., p. 261.

obrigado a restituir o preço, deve também juros sobre o montante do preço a partir do dia do pagamento.

Ora bem, importa determinar o regime específico instituído pela OHADA para o incumprimento do comprador caso seja estipulada uma *Crp*. Nos termos do artigo 1.º AUG, uma garantia é a afectação em benefício de um credor de um bem a fim de garantir o cumprimento de uma obrigação. Naturalmente, as garantias devem ser executadas em caso de incumprimento da obrigação garantida. Na lógica das garantias reais tradicionais, a execução, em regra, não pode ser dispensada, uma vez que, nos termos do artigo 694.º CC, a lei proíbe o pacto comissório. Por exemplo, no caso da hipoteca, se o bem hipotecado pertencer ao devedor, nos termos do artigo 752.º CPC, a penhora recai, independentemente da nomeação, sobre a coisa hipotecada e só pode recair noutros bens quando se reconheça a insuficiência do mesmo bem para conseguir o fim da execução.

Nos termos dos artigos 697.º e 698.º CC são estabelecidas as regras sobre a protecção do proprietário da coisa hipotecada/executada. Ainda de acordo com o Direito interno, no caso de incumprimento do comprador da coisa objecto de reserva de propriedade, vimos que o credor pode recorrer ao cumprimento coactivo ou a resolução do contrato, no sentido de *recuperar* a legitimidade para a sua alienação.

De acordo com o regime instituído pela OHADA, no caso de incumprimento caso seja estipulada uma *Crp*, ou seja, na falta de cumprimento integral à data do vencimento, nos termos do artigo 77.º AUG, o credor pode pedir a restituição do bem de modo a recuperar o direito de dispor do mesmo. Este meio de execução tem a ver com a própria definição da garantia real dada pelo legislador da OHADA, pois nos termos do artigo 4.º/2 AUG, as garantias reais consistem ou no direito do credor de se fazer pagar preferencialmente pelo preço de venda de um bem afecto à garantia da obrigação do seu devedor, ou no *direito de voltar a livremente dispor de um bem de que seja proprietário em garantia* dessa obrigação. Cabe notar que esta forma de execução acabará por ter efeitos jurídicos idênticos ao da nossa resolução. Importa sublinhar que o vendedor não solicita a venda do bem, mas apenas a restituição do bem com vista a poder dispor livremente dele. Sendo eficaz perante terceiros, deve-se restituir o bem mesmo que se encontre na posse de terceiros. Não se pode recorrer à execução da garantia em simples mora, ou seja, tem que transformar a mora em incumprimento definitivo. Por outro lado, a formulação do artigo 77.º AUG – *na falta de cumprimento integral* - parece dar relevância apenas ao não pagamento do preço, aplicável apenas nas situações em que o comprador não paga o preço à data acordada ou depois de interpelado, nas obrigações

puras ou na falta de pagamento das prestações se a obrigação do pagamento de preço for fraccionada.

Aliás, pensamos que se deve aplicar, neste caso, com recurso ao Direito interno, o disposto no artigo 934.º CC, permitindo ao comprador recorrer a este meio apenas se uma prestação em falta exceder a oitava parte da dívida ou estiver mais que uma prestação em atraso. Aparentemente, o vendedor pode dispor do bem a partir do momento em que o comprador é condenado a restituir independentemente do momento da restituição efectiva e a sua alienação produz efeitos em relação a terceiros. O vendedor não é obrigado a vender o bem, podendo compensar a dívida com o valor do bem que, na verdade, já lhe pertencia. Por isso, na doutrina francófona sustenta-se que se trata de uma forma especial de dação em cumprimento. Na verdade, tanto a garantia como a dação, sobretudo *pro solvendo*, têm por finalidade a satisfação do interesse creditório, ambas constituem antecâmaras do cumprimento.<sup>2294</sup>

Na dação *pro solvendo* o credor procura a satisfação através da execução do novo crédito, ficando o crédito originário subsidiário em relação àquele<sup>2295</sup>. Contrariamente, no negócio de garantia as partes procuram fazer com que o credor passe a ter um outro crédito ao lado do anterior, que se mantém plenamente atuável. Na dação *pro solvendo* estamos perante uma substituição dos meios de satisfação do interesse creditório e no negócio de garantia ocorre uma cumulação, um reforço qualitativo ou quantitativo, que pode ser accionado em caso de incumprimento. Na dação *pro solvendo*, o crédito já estará vencido, facto que não se verificaria no caso do negócio de garantia, dado que o vencimento do crédito de garantia está dependente do vencimento da obrigação garantida.<sup>2296</sup> No caso em apreço, o vendedor pode recorrer ao disposto no artigo 77.º AUG só se comprador não cumprir a sua obrigação. Quanto à dação em cumprimento, este também não se confunde com o disposto no artigo 77.º AUG. Na dação em cumprimento é necessário que haja a realização de prestação de coisa diversa por parte do devedor<sup>2297</sup>, numa lógica de cumprimento voluntário de uma obrigação. Nos termos do artigo 77.º AUG, a restituição da coisa constitui um meio de execução da garantia, pois na reserva de propriedade a possibilidade de reaver a coisa constitui o conteúdo da garantia. Apesar da obrigação principal do comprador ser o pagamento do preço, com a

---

<sup>2294</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 467.

<sup>2295</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 467.

<sup>2296</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 468.

<sup>2297</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 510.

estipulação da *Crp*, passamos a ter uma previsão da restituição como uma possibilidade em caso de incumprimento. Na dação em cumprimento, o devedor presta com intuito de extinguir a obrigação, nos termos do artigo 77.º AUG, o devedor é condenado a restituir em consequência da execução da garantia. Assim, parece que não estamos perante uma dação em cumprimento.

O disposto no artigo 77.º AUG constitui uma acção com efeitos semelhantes a da resolução do contrato, que visa *devolver* ao credor a legitimidade para alienar o bem objecto da reserva de propriedade. Nota-se que para ter novamente a legitimidade para alienar a coisa é porque um dos efeitos da *acção restitutória* tem efeito extintivo do contrato que inclui a *Crp* e, também tem efeito de –cumprimento, nos termos do artigo 77.º/2 AUG, o valor do bem restituído é imputado, a título de cumprimento, ao saldo do crédito garantido. Com efeito, o vendedor, quando aliena, aliena uma coisa própria e não coisa alheia. Aqui, trata-se de uma execução da garantia e não perante uma alteração da pretensão primária. Estamos perante a execução da garantia de cumprimento da prestação primária, de tutela do credor atribuído pela OHADA para tornar mais segura a realização do direito do credor reservatário.

### **37. O enriquecimento derivado da diferença**

Nos termos do artigo 77.º/2 AUG, o valor do bem restituído é imputado, a título de cumprimento, ao saldo do crédito garantido. Ora bem, nem sempre o valor do bem corresponde ao valor da dívida. Neste caso, pode-se verificar o enriquecimento sem causa<sup>2298</sup>, na medida em que pode ocorrer o enriquecimento do comprador, ou seja, que se verifique um aumento ou uma vantagem patrimonial na sua esfera jurídica<sup>2299</sup>. Em

---

<sup>2298</sup> Sobre o conceito do enriquecimento sem causa, cf. Menezes Leitão, *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil. Estudo Dogmático sobre a Viabilidade da configuração do Instituto, Face à Composição entre as diferentes Categorias de Enriquecimento sem Causa*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 17 ss.; Vaz Serra, *O Enriquecimento sem causa*, Boletim do Ministério da Justiça n.º 82, 1959, p. 269 ss. sobre a aplicação prática do instituto, na jurisprudência, cf. Ac. STJ, de 23 de Novembro de 1962, BMJ n.º 121, 1962, pp.316 - 320; Ac. STJ, de 5 de Novembro de 1965, BMJ, n.º 151, 1965, pp. 224 - 227; Ac. STJ, de 3 de Março de 1967, RLJ, ano 100, 1967-1968, p. 315; AC. STJ, de 31 de Outubro de 1968, RLJ, ano 102, 1969-1970, pp. 360 – 363; Ac. STJ, de 6 de Janeiro de 1970, BMJ, n.º 193, 1970, pp. 322 – 325; Ac. STJ, de 1 de Junho de 1973, BMJ, n.º 228, 1973, pp. 182 - 185; Ac. da Relação de Évora, de 18 de Junho de 1976, CJ, ano I, 1976, pp. 413 – 416; Ac. da Relação de Coimbra, de 1 de Abril de 1977, CJ, ano II, 1977, p. 295.

<sup>2299</sup> Cf. L. P. Moitinho de Almeida, *Enriquecimento sem Causa*, 3.ª ed., jurisprudência actualizada, Almedina, Coimbra, 2000, p. 14.



qualquer caso, pode-se uma melhoria da situação patrimonial do vendedor<sup>2300</sup>, resultante do conjunto de tudo que obteve – preço da coisa vendida e a restituição da mesma coisa, o benefício real. Este benefício patrimonial não possui uma causa jurídica para a sua ocorrência e constitui uma vantagem patrimonial que deriva do sacrifício económico imposto ao comprador. Com a restituição, é como se houvesse um enriquecimento forçado por decisão judicial<sup>2301</sup>. Para corrigir o eventual enriquecimento sem causa por parte do vendedor, dispõe o artigo 77.º/3 AUG que quando o valor do bem restituído exceder o montante do saldo em dívida, o credor deve restituir ao devedor a quantia correspondente à diferença. Assim, parece que, na acção de restituição, deve-se proceder à avaliação<sup>2302</sup> do bem na data de restituição. Nota-se que se o valor do bem for inferior ao saldo em dívida, apenas compensa à parte correspondente e o remanescente da dívida ainda pode ser exigido pelo vendedor, sob pena do comprador se enriquecer à custa do vendedor. Para proteger o comprador, dispõe o n.º 4 do artigo 77.º AUG que considera-se não escrita qualquer cláusula contrária aos parágrafos segundo e terceiro do mesmo artigo.

---

<sup>2300</sup> Cf. José Diogo Paredes Leite de Campos, *A Subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*, Almedina, Coimbra, 1983, págs. 171; Francisco Manuel Pereira Coelho, *O Enriquecimento e o Dano*, 2.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, p. 11 e 12. FRANCISCO Manuel Pereira Coelho, *Um problema de Enriquecimento sem Causa*, in Revista de Direito e Estudos Sociais, ano XVII, 1970, p. 351.

<sup>2301</sup> Cf. Júlio Manuel Vieira Gomes, *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento sem Causa*, Edições Universidade Católica, Porto, 1998, p. 299 ss.

<sup>2302</sup> Nem sempre o valor da avaliação corrige totalmente o enriquecimento excessivo. Uma análise da unidade de 'research' da BA&N, in <https://www.msn.com/pt>, considera que, em relação aos imóveis, em Portugal, o preço médio por metro quadrado alcançou em 2021 os 1 355 euros, traduzindo uma subida de 9,4%, tendo o valor dos alojamentos transaccionados ao longo de 2021 ascendido a 28,1 mil milhões de euros, mais 31,1% do que em 2020. Este movimento tem sido acompanhado por um crescimento acentuado do financiamento bancário para a compra de habitação, indica o estudo, frisa que nem sempre as avaliações exigidas pelos bancos para concederem estes empréstimos estão a acompanhar a evolução sentida. Regista ainda que há concelhos em que os valores das habitações transaccionadas superam em muito aquele que é, em teoria, o valor real, precisando que a escalada de preços tem sido acompanhada pela da avaliação atribuída por peritos avaliadores, mas não totalmente. Para a BA&N há, à luz das avaliações feitas pelos peritos, uma sobrevalorização dos imóveis no momento da transacção que a nível nacional é de 5,4%, tendo em conta os dados de avaliação bancária e dos preços da habitação divulgados pelo Instituto Nacional de Estatística, (INE), com referência ao final de 2021. Em média, o preço por metro quadrado da avaliação bancária foi, no quarto trimestre de 2021, de 1 285 euros, enquanto o preço médio de venda ascendeu a 1 355 euros por metro quadrado. A existência de valores de compra e venda acima dos valores a que os peritos avaliam os imóveis aquando dos pedidos de financiamento faz com que seja mais difícil às famílias conseguir a aprovação dos créditos, nota o estudo, lembrando que os bancos usam a avaliação para calcular o valor do empréstimo a conceder. Tendo em conta esta regra, e à luz do diferencial existente entre os preços médios de compra e venda e os das avaliações, muitas vezes só com um nível de capitais próprios elevado se consegue obter o financiamento, lê-se na análise. Assim, havendo uma avaliação favorável, aplica-se o limite dos 90% do valor do imóvel, o que faz com que o comprador tenha de avançar com apenas 10% do preço a pagar, mas, considerando os diferenciais existentes actualmente, há situações em que quem pede o empréstimo poderá ter de entregar até 40% do valor da compra, acrescenta. No caso da reserva de propriedade, o valor a de referência será o da avaliação, o que pode gerar enriquecimento por parte do alienante reservatário.

### 38. O Regime da execução singular do comprador

De acordo com o regime instituído pela OHADA, a protecção dos direitos do vendedor reservatário pode ser realizada por iniciativa do devedor ou daquele. Todavia, em termos práticos, é mais frequente a reacção do próprio credor/proprietário. O AUG instituiu dois mecanismos principais para reagir no âmbito da execução singular do comprador: pode opor-se relativamente à propriedade ou relativamente à impenhorabilidade. Mais adiante vamos explicar as diferenças entre estes meios de reacção conferidos ao credor reservatário. Ficou demonstrado que, nos termos do artigo 73.º AUG, a cláusula de reserva de propriedade depende de forma especial, deve ser reduzido a escrito até à data da entrega do bem e só é oponível<sup>2303</sup> a terceiros se for registada, nos termos do artigo 74.º AUG.

---

<sup>2303</sup> De acordo com o artigo 104.º do CIRE, a cláusula de reserva de propriedade depende de forma especial para que possa ser oponível, devendo o pacto ser reduzido a escrito até à data da respectiva sentença declaratória. Nos termos do n.º 1 do artigo 102º CIRE, os contratos bilaterais em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte, o cumprimento do contrato fica suspenso até que o administrador declare optar pela execução ou recusar o cumprimento. De acordo com o disposto no n.º 2, a outra parte pode fixar um prazo razoável para o administrador exercer a sua opção, findo o qual se considera que esta recusa o cumprimento. Por sua vez, dispõe o n.º 3 do mesmo artigo que a opção pela execução do contrato por parte do administrador é manifestamente abusiva se o cumprimento das obrigações contratuais por parte da massa insolvente for manifestamente improvável. Além deste princípio geral, os preceitos seguintes do CIRE estabelecem normas específicas para alguns contratos, designadamente para o contrato de compra e venda com reserva de propriedade, no artigo 104.º. O Regulamento Comunitário, n.º 1346/2000, do Conselho, de 29 de Maio de 2000, sobre as insolvências transfronteiriças regula a tutela dos direitos do vendedor e do comprador com reserva de propriedade, estabelecendo, no artigo 7.º, que a abertura do processo de insolvência não afecta os respectivos direitos desde que a coisa vendida se encontre, no momento da abertura do processo, no território de um Estado-Membro que não o Estado de abertura do processo. No Ordenamento jurídico italiano, a reserva propriedade produz efeitos no âmbito da execução colectiva, uma vez que sobre bens móveis não registáveis, quando resulte de acto escrito celebrado em data anterior à sentença declarativa da insolvência, é oponível aos credores do insolvente. A prova da contextualidade do pacto de reserva de propriedade, sobretudo nos casos em que o documento escrito donde resulta a cláusula é posterior à celebração do contrato, pode levar a que se presuma que a oposição da cláusula não foi simultânea à conclusão do contrato. O vendedor teria o ónus de demonstrar essa oposição posterior da reserva de propriedade. O problema tem sido discutido na jurisprudência italiana, a propósito da oponibilidade da cláusula à insolvência, sendo actualmente predominante a orientação de que cabe aos credores ou adquirentes do comprador demonstrar a não contextualidade da oposição da cláusula, na medida em que a questão não pode ser desligada da invocabilidade da cláusula de reserva de propriedade sujeita a registo mas não registada, cf. Paolo Cendon, *Commentario al Codice Civile – Aggiornamento*, UTET, Torino, 2002, p. 934. De acordo com o artigo 73.º, sob epígrafe – *Vendita con riserva di proprietà* - na falência do comprador, o administrador pode optar pela manutenção do contrato com autorização do tribunal, pagando o preço correspondente, em prestações, conforme previsto no contrato ou de uma única prestação, beneficiando da antecipação através da redução dos competentes juros. Nos termos da ultima parte do mesmo artigo, a falência do vendedor não é causa de resolução do contrato, não podendo o administrador escolher entre a sua execução ou incumprimento, permitindo-se que o comprador continue a pagar as prestações contratualmente previstas. Considera a *Cass. Civ.* n. 13568/2009, in <https://www.brocardi.it>: quando o administrador da falência actuar em revogação, nos termos do artigo 67.º da *Legge fallimentare*, impugnando a alienação do falido a favor, o terceiro que invocar em seu favor a cláusula da reserva de propriedade sobre os bens objecto da referida acção, deve provar que a *Crp* tem data anterior à falência, nos termos do artigo 1524.º do *Codice*, independentemente da situação possessória, porque, em virtude da natureza recuperável dos bens da acção revogatória, os efeitos da declaração de falência são antecipados no momento do acto de alienação revogada, desde que

No âmbito do processo executivo, o próprio devedor, nos termos dos artigos 140.º e 143.º AUOPSCE, pode opor-se à penhora com fundamento no direito de propriedade do seu credor, demonstrando que a coisa objecto da penhora é também objecto de uma reserva de propriedade. Paralelamente, pode invocar a nulidade da penhora dos bens, com fundamento na própria impenhorabilidade do bem. Há uma pluralidade de situações que pode servir de fundamento para que o devedor possa proteger o direito de propriedade do vendedor reservatário face à penhora. É o caso da impenhorabilidade legal de certos bens. A impenhorabilidade em questão pode decorrer do Direito interno dos Estados-partes da OHADA. Também pode ser uma excepção baseada na validade da própria penhora. Se o procedimento (vício de forma ou de fundo, artigo 144.º AUOPSCE) seguido na efectivação da penhora estiver viciado, o devedor penhor tem o direito de requerer a nulidade da penhora, nomeadamente, se os fundamentos da penhora forem insuficientes ou incoerentes.

Numa providencia cautelar ou numa a penhora, o oficial de justiça ou o credor pode, por engano, ter incluído no objecto de arresto ou nomear à penhora bens que não pertençam ao devedor apreendido. Com efeito, para assegurar a protecção dos direitos do credor/proprietário, o devedor pode fazer prova do respectivo direito de propriedade, sendo, neste caso, a penhora nula. Se não for uma garantia real constituída pelo terceiro, o credor apenas pode executar os bens pertencentes do seu devedor, nos termos do artigo 91.º AUOPSCE, “*o credor... pode... fazer proceder à apreensão e venda dos bens móveis corpóreos pertencentes ao seu devedor, independentemente de estarem ou não em seu poder, a fim de se fazer pagar pelo respectivo preço*”. Esta solução não é nova entre nós, pois de acordo com o nosso sistema, de acordo com o regime da responsabilidade patrimonial, pelas dívidas do executado apenas os seus bens ou os de terceiro afectos ao cumprimento da obrigação, respondem - artigos 601.º CC e 821.º CPC.

---

dentro do prazo suspeito. No Direito alemão, a lei alemã da insolvência regula, nos §103 e §107, as consequências para o contrato de compra e venda com reserva de propriedade, quer no caso de insolvência do comprador, quer no caso de insolvência do vendedor. À semelhança da lei italiana, no caso de insolvência do comprador, o administrador tem a faculdade de escolha pela manutenção do contrato ou pela sua resolução. Paralelamente, sendo o vendedor o insolvente, o comprador mantém o direito de cumprir o contrato até ao final, conforme previsto. Necessário é que a cláusula de reserva de propriedade tenha sido estabelecida antes da declaração de insolvência. A Ley Concursal espanhola estabelece nos artigos 56.º e 57.º, entre outras normas de tutela, algumas regras específicas de tutela do vendedor ou financiador que goze de reserva de propriedade a seu favor, prevendo o direito de opção entre o cumprimento e a resolução do contrato e a possibilidade de o vendedor de lançar mão de acção judicial com vista à recuperação da coisa reservada, determinando, no artigo 90.º da referida lei, que o credor com reserva de domínio é um credor privilegiado. Cf. Menéres Campas, *Contributo, cit.*, pp. 150 – 154.

Antes da efectivação da penhora, deve-se notificar o devedor da ordem de pagamento. Ou seja, a apreensão é precedida de uma ordem de pagamento notificada ao devedor. Nos termos do artigo 92.º AUOPSCE, sob pena de nulidade, a apreensão é precedida de uma ordem de pagamento notificada ao devedor com, pelo menos, oito dias de antecedência, a qual deve conter a indicação do título executivo em virtude do qual as diligências são realizadas, com discriminação das quantias a pagar, com indicação do montante principal, despesas e juros vencidos, assim como a indicação da taxa de juro; uma ordem de pagamento destas quantias no prazo de oito dias, com indicação de que, na sua falta, poderá ser obrigado a fazê-lo através da venda executiva dos seus bens móveis. Durante este período de oito dias, o devedor pode provar o direito de propriedade do credor/vendedor, através da cláusula de reserva de propriedade. O comprador executado pode também apresentar ao oficial de justiça o título de propriedade do credor. Durante o mesmo período, pode informar ao vendedor/proprietário no sentido de obter deste o título ou uma cópia autenticada do título de propriedade para o apresentar ao oficial de justiça. Assim, é nula a penhora efectuada em violação ao disposto no artigo 92.º AUOPSCE.

Após a efectivação da penhora até à fase da venda executiva, ainda o vendedor reservatário dispõe de meios para reagir contra o acto da penhora. A penhora consiste num acto que torna o bem indisponível, com vista à execução e à satisfação do credor com o produto da venda. Com efeito, se o bem objecto da penhora não consistir no objecto de garantia constituída por terceiro, os bens de terceiros na posse do devedor não podem ser usados para esse fim. Se, portanto, o bem objecto da penhora não pertencer ao devedor, este pode requerer e obter a nulidade da penhora, nos termos do artigo 140.º AUOPSCE. Por isso, nos termos do artigo 141.º AUOPSCE, o vendedor reservatário que arrogue a qualidade de proprietário de um bem apreendido pode requerer ao tribunal competente o levantamento da referida apreensão. Este requerimento de levantamento de apreensão, sob pena de não poder ser recebido, deve conter os elementos que servem de fundamento ao direito de propriedade invocado. De acordo com o disposto no artigo 141.º/3 AUOPSCE, o pedido deve ser notificado ao credor exequente, ao executado e, sendo o caso, ao depositário. O credor exequente pode interpelar os credores reclamantes por meio de carta registada com aviso de recepção ou por qualquer meio escrito. O executado deve ser ouvido ou convocado porque pode provar que o bem lhe pertence ou indicar outros bens à penhora, artigo 141.º/3 AUOPSCE.

Depois da venda, extingue-se a instância, pelo que, juridicamente, não se pode reagir contra a penhora. Ou seja, o levantamento da penhora não pode ser requerido depois da venda dos bens apreendidos, nos termos do artigo 142.º/1 AUOPSCE.

Importa realçar que com a venda executiva não se extingue<sup>2304</sup> o direito de propriedade do vendedor reservatário que ainda dispõe de meios de reacção. Nos termos do artigo 142.º/1, *in fine* AUOPSCE, após a venda executiva, vendedor reservatário pode propor uma acção de reivindicação. Pensamos que, neste caso, para proteger o adquirente, pode-se recorrer ao Direito interno - artigo 825.º CC, referente à garantia no caso de execução de coisa alheia – que dispõe no seu n.º 1 que este pode exigir que o preço lhe seja restituído por aqueles a quem foi atribuído e que os danos sejam reparados pelos credores e pelo executado que hajam procedido com culpa; é aplicável à restituição do preço o disposto no artigo 894.º CC, no caso de execução de coisa alheia. Ainda dispõe no seu n.º 2 que se e o terceiro tiver protestado pelo seu direito no acto da venda, ou anteriormente a ela, e o adquirente conhecer o protesto, não lhe é lícito pedir a reparação dos danos, salvo se os credores ou o devedor se tiverem responsabilizado pela indemnização. Nos termos do n.º 3, em lugar de exigir dos credores a restituição do preço, o adquirente pode exercer contra o devedor, por sub-rogação, os direitos desses credores.

Todavia, mesmo após a venda executiva, se o vendedor reservatário for reconhecido como proprietário do bem vendido judicialmente pode, até à distribuição do

---

<sup>2304</sup> Em Portugal, nos termos do n.º 1 da al. d) do artigo 839.º do NCPC, a venda executiva fica sem efeito se a coisa vendida não pertencia ao executado e foi reivindicada pelo proprietário. Há quem considere que não se trata de uma causa de anulabilidade, mas sim de ineficácia, na medida em que a venda cessa os seus efeitos, como mera consequência da procedência da acção intentada pelo verdadeiro dono, e este não tem que pedir a anulação do acto da venda, pois limita-se a reivindicar o que é seu, cf. Artur Anselmo de Castro, *A Ação Executiva, singular, comum e especial*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1977, p. 251. Há venda de bens alheios quando o vendedor não tenha legitimidade para realizar a venda, como sucede no caso de a coisa não lhe pertencer, ou de o direito que possui sobre ela não lhe permitir a sua alienação, cf. Paulo Cunha, *Venda de bens alheios*, in ROA, n.º 47, 1987, p. 425; Fernando Pessoa Jorge, *Lições de Direito das Obrigações*, Lisboa, 1975-1976, p. 72; Fernando Pessoa Jorge, *O Mandato Sem Representação*, Lisboa, 1961 p. 407. Assim, de acordo com o Direito interno, é nula a venda de bens alheios, não pertencentes ao executado e realizada por quem não tem legitimidade para a efectuar, como alude o art.º 892.º do CC. Para CALVÃO DA SILVA, *Compra e Venda de Coisas Defeituosas*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 15, trata-se de uma nulidade confinada às relações entre alienante e adquirente, porquanto, perante o verdadeiro proprietário da coisa, a venda, como *res inter alios ata*, é ineficaz. Em relação à legitimidade, ela pode ser invocada a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal, nos termos do artigo 286.º CC. A declaração não depende do pedido para o efeito dirigido pelo interessado ao tribunal, na medida em que este actua de ofício ao conhecê-lo e não existe um prazo de caducidade para arguir a nulidade. No entanto, o artigo 892.º CC estabelece duas limitações ao princípio geral da legitimidade expressa no artigo 286.º CC. Por um lado, o vendedor não pode opor a nulidade ao comprador de boa-fé, por outro lado, o vendedor que se comportou com dolo nos termos do artigo 253.º CC também a não pode opor ao vendedor de boa-fé. A má-fé retira ao transmitente a legitimidade de invocar a nulidade do contrato e a boa-fé confere ao adquirente uma posição jurídica protegida. Logo, o vendedor não pode opor a nulidade ao comprador de boa-fé, como não pode opô-la ao vendedor de boa-fé o comprador doloso.

produto da venda, retirar o respectivo preço sem dedução das despesas, artigo 142.º/2, AUOPSCE.

Quanto às consequências da penhora do bem objecto da reserva de propriedade na execução do comprador, o AUOPSCE limita-se a referir a nulidade sem, no entanto, determinar o seu âmbito. Na verdade, nos termos do artigo 140.º AUOPSCE, o legislador não se reporta à nulidade do processo, limitando-se a referir a nulidade do acto de apreensão e consequente efectivação da penhora. Todavia, embora não esteja especificada *expressis verbis* a extensão desta nulidade, parece razoável afirmar que se trata de nulidade parcial quando o fundamento da penhora incluir apenas em parte os bens que não pertençam ao devedor. Ou seja, quando apenas um dos bens penhorados pertence a terceiros. Ademais, justifica-se que seja total a nulidade quando a penhora consistir apenas sobre todos os bens de terceiros. Esta solução sugerida permitiria reduzir os custos processuais para o credor exequente, pois em caso de nulidade parcial, este não será obrigado a iniciar novo processo de penhora e o respectivo registo. Esta nulidade visa sancionar a violação da impenhorabilidade de certos bens pertencentes a terceiros ou incumprimento dos requisitos materiais e formais de que dependem a validade da penhora. Em todo o caso, a nulidade da penhora proferida pelo tribunal competente tem como consequência extinguir a indisponibilidade que afecta os bens que constituem o objecto da penhora. Com efeito, o credor/proprietário pode solicitar rapidamente a devolução dos seus bens ao devedor ou intentar uma acção de reivindicação na qualidade de proprietário. A partir da declaração da nulidade da penhora, o credor/proprietário pode recuperar o gozo dos seus bens e, assim, subtrai-lo do domínio dos credores do devedor/comprador e das eventuais penhoras que estes possam efectuar. Em termos práticos, a protecção dos direitos do credor/proprietário pressupõe dinamismo e diligência da sua parte (ou do próprio devedor).

### **39. Execução colectiva do comprador - Recuperação judicial ou liquidação de bens**

Usamos o termo execução colectiva, uma vez que o processo de insolvência constitui um processo de execução universal que tem como finalidade a satisfação dos credores pela forma prevista num plano apresentado no âmbito do processo, baseado, em regra, na recuperação da empresa em dificuldades na massa insolvente, ou, quando tal não se afigure possível, na liquidação do património do devedor insolvente e a repartição do

produto obtido pelos credores. Este processo distingue-se do processo executivo singular porque é universal, ou seja, por implicar a apreensão de todos os bens do devedor, em regra, incluindo os bens que adquire sobre a reserva de propriedade, o que coloca em causa os direitos do alienante sob reserva de propriedade. A execução colectiva visa responder à necessidade de adequar o processo de execução aos interesses particulares do comércio, tornando-se o meio próprio de execução das obrigações do comerciante e apresenta diferenças<sup>2305</sup> em relação ao processo executivo tanto ao nível dos pressupostos como ao nível dos efeitos. O credor proprietário aguarda o cumprimento voluntário do seu devedor. Esta expectativa legítima é muitas vezes frustrada. Este é particularmente o caso quando o devedor se encontra em dificuldades que justificam a abertura de um processo colectivo contra ele. A cláusula de reserva de propriedade depende da observância de forma especial para ser válida e, para que possa ser oponível à execução colectiva (insolvência), deve ser reduzido a escrito até à data da entrega do bem e deve ser registado, artigos 73.º e 74.º AUG.

No âmbito da OHADA, o regime<sup>2306</sup> da execução colectiva consta do AUOPCAP, que nos termos o seu artigo 1.º tem por objecto organizar os processos preventivos de

---

<sup>2305</sup> Pois ao contrário do processo executivo, o processo de insolvência pressupõe a insolvência e não o mero incumprimento de qualquer obrigação; o processo de falência/insolvência pressupõe o requerimento da declaração de insolvência que não configura o exercício de um poder de execução e, consequentemente, o requerente está dispensado de se munir de um título executivo; no processo de falência/insolvência, os sujeitos legitimados para requerer a declaração de falência/insolvência não são apenas os credores, mas outros sujeitos, incluindo o próprio devedor; a sentença de declaração de insolvência é uma sentença de tipo declarativo que produz efeitos que não se fazem sentir no processo executivo, constituindo o devedor num novo *status iuridicus* – o estado civil de insolvente.

<sup>2306</sup> Conhecer a lógica do instituto da falência permite compreender o regime da coisa vendida sob reserva de propriedade no âmbito da falência. O instituto da falência/insolvência fixou-se no século XIV como resultado da conjugação da *datio in solutum per iudicem* geral - adjudicação judicial de bens aos credores - e da *missio in possessionem* - apreensão de bens do devedor e investidura dos credores na sua posse - como um terceiro instituto: a apreensão geral de bens. A falência nasce fundamentalmente associada a comerciantes: artesãos, agricultores, etc., na medida em que eram estes quem recorria ao Direito por serem eles quem se via na maior probabilidade de ter um sujeito devedor a não pagar. Apesar de ter raízes na sociedade mercantil, a falência começou por ser um instituto de Direito Comum composto, não de normas derivadas dos costumes mercantis, mas de normas derivadas de institutos de Direito comum que os estatutos dos comerciantes consagraram como aplicação especial de normas gerais. Nos séculos XIV e XV, a falência podia presumir-se da cessação de pagamentos e da confissão espontânea do devedor, mas o sintoma mais característico era a fuga ou o simples desconhecimento do paradeiro do devedor. Bastava, em regra, que este facto fosse do conhecimento público para que a falência fosse declarada, cuja disciplina assentava nas regras jurídicas e Cânones éticos. A disciplina italianada falência difundiu-se rapidamente em toda a Europa, por obra dos comerciantes italianos, que acorriam, em grande número, às feiras e aos mercados internacionais. Porém, a partir do século XVI, com os descobrimentos, as cidades comerciais italianas entraram em crise e a iniciativa legislativa na matéria comercial e da falência transferiu-se para França. De início, a regulamentação era muito dispersa, mas na segunda metade do século XVII dá-se o primeiro passo no processo de unificação, onde foi elaborada uma lei geral, aplicável a todo o reino onde a falência aparece regulada de forma sistemática e completa na *Ordonnance du Commerce*, que se aplicava também ao devedor comum até que o *Code* napoleónico de 1807 restringiu a sua aplicabilidade aos comerciantes. Portanto, a natureza comercial da falência. Esta primeira concepção foi a falência - liquidação que assentava

conciliação e de regulação preventiva, bem como os processos de revitalização de recuperação judicial e de liquidação de bens com vista a preservar as actividades económicas e os níveis de emprego das empresas devedoras, a recuperar rapidamente as empresas viáveis e a liquidar as empresas não viáveis em condições adequadas a maximizar o valor dos activos dos devedores, de modo a proteger os credores<sup>2307</sup> e estabelecer uma ordem precisa de pagamento dos créditos garantidos e não garantidos. Com efeito, o processo a aplicar ao comprador/devedor será determinado pelo âmbito das dificuldades do devedor (por exemplo, dificuldades efectivas ou previsíveis, mas que não se encontrem ainda em estado de cessação de pagamentos) e pelas possibilidades de recuperação da sua situação financeira. Assim, para determinar o processo a aplicar ao devedor, a jurisdição competente efectua um controlo minucioso e prévio da situação financeira do mesmo. No entanto, é legítimo questionar o que acontece com os direitos do credor/proprietário quando o devedor é submetido a um processo colectivo.

Esta questão relevante justifica a compreensão da situação financeira do devedor/comprador. A abertura de um processo colectivo de apuramento de passivo contra o devedor sujeita-o a um regime jurídico especial, que derroga o regime comum.

Além disso, o credor/proprietário está sujeito a um certo número de obrigações para fundamentar a sua pretensão e provar os seus direitos, a fim de estabelecer a amplitude das responsabilidades do devedor. Pois a abertura de um processo colectivo resulta na constituição da massa e dos designados efeitos suspensivos que influenciam os direitos do credor/proprietário. Nos termos do artigo 72.º AUOPCAP, o despacho de abertura do processo de recuperação judicial ou de liquidação de bens constitui os credores numa massa representada pelo síndico que, sozinho, age em seu nome e no interesse colectivo e pode contrair obrigações por ela. Nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, a massa é composta por todos os credores cujo crédito seja anterior ao despacho

---

na ideia simplista de que a falência opunha dois sujeitos ou dois grupos de sujeitos - os credores e o falido. A partir da crise do petróleo iniciada em 1973, nota-se uma multiplicidade de interesses (não apenas comerciantes) de que eram titulares outros sujeitos/grupos de sujeitos e também interesses públicos que estavam em risco e mereciam protecção. Assim reconheceu-se o impacto económico-social da eliminação de certas empresas, foram empenhados todos os esforços na disposição de meios alternativos à liquidação e dando relevância à recuperação da empresa. Quando a recuperação fracassa são muito reduzidas as probabilidades de eles virem a recuperar integralmente os fundos antecipados ou a obter uma satisfação cabal dos seus créditos. Atendendo a isto, numa segunda fase tentou corrigir-se os exageros. Assentou-se que o risco da empresa deveria ser distribuído por todos os sujeitos com interesse na empresa, ou seja, empresários, trabalhadores, investidores, instituições de crédito, consumidores e outros agentes da economia, e que a solução para a crise implica uma ponderação lúcida e equilibrada dos interesses públicos, colectivos e privados que nela confluem – falência saneamento, cf. Catarina Serra, *Direito da Insolvência*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2019, pp. 6-7.

<sup>2307</sup> Cf. N. Gleizes, *Fiducie et restructuration d'entreprise*, Université Paris II Panthéon-Assas, p. 3.



de abertura do processo, mesmo que apenas se torne exigível em data posterior ao despacho, desde que o crédito não seja inoponível por força dos artigos 68.<sup>o2308</sup> e 69.<sup>o2309</sup> do AUOPCAP. Nos termos do artigo 73.<sup>o</sup> AUOPCAP, o despacho de abertura do processo de recuperação judicial ou de liquidação de bens, suspende as inscrições registais em curso de qualquer garantia mobiliária ou imobiliária.

#### **40. A tramitação processual a seguir pelo credor/proprietário**

De acordo com esta disposição, a constituição da massa visa satisfazer, pelo menos parcialmente, todos os credores e a suspensão de juros. A abertura do processo colectivo implica a regularização das responsabilidades do devedor. Esta responsabilidade de acordo com o AUOPCAP, aplica-se às dívidas vencidas e, eventualmente, não vencidas em caso de liquidação dos bens. Pois, nos termos do artigo 76.<sup>o</sup> AUOPCAP, a decisão de abertura do processo só torna exigíveis as dívidas não vencidas em caso de liquidação de bens e unicamente em relação ao devedor. De acordo com esta formulação deste artigo, o vencimento imediato das dívidas só se aplica para os processos de liquidação, situação que implica o vencimento imediato da obrigação de pagamento do preço da coisa comprada com reserva de propriedade. Além do vencimento da obrigação, a abertura de processo colectivo também implica a suspensão de contagem de juros legais e contratuais.

A decisão de abertura, seja ela qual for, tem como consequência a suspensão da contagem de juros. Nos termos do artigo 77.<sup>o</sup> AUOPCAP, o despacho de abertura do processo de recuperação judicial ou de liquidação de bens suspende a contagem de juros legais e contratuais, e dos juros e acréscimos demora de todos os créditos, tenham ou não garantias. Nos termos da segunda parte do mesmo artigo, tratando-se de juros resultantes de contratos de empréstimo celebrados por período igual ou superior a um ano ou de contratos com cláusula de pagamento diferido de um ano ou mais, os juros continuam a correr durante o processo de recuperação judicial, regra que aproveita também às pessoas singulares co-devedoras ou que sejam garantes pessoais ou reais, nos termos do n.º 3. Esta disposição visa determinar o âmbito das responsabilidades do devedor. Cabe notar que,

---

<sup>2308</sup> Esta disposição elenca situações inoponíveis à massa falida.

<sup>2309</sup> Nos termos deste artigo, *podem ser declarados inoponíveis à massa falida, se lhe causarem prejuízo as situações nele elencadas.*

independentemente de ter ou não as garantias, o referido despacho suspende a contagem de juros apenas em relação à massa, não se aplicando aos garantes nem aos co-devedores. Nos termos do artigo 75.º AUOPCAP, o despacho de abertura da recuperação judicial ou da liquidação de bens interrompe ou obsta à instauração de acções pelos credores que constituem a massa, destinadas a(i) condenação do devedor no pagamento de uma quantia pecuniária; ou(ii) resolução de um contrato por falta de pagamento de uma quantia pecuniária. Por outro lado, nos termos do seu n.º 2, o despacho de abertura interrompe ou obsta igualmente à instauração de qualquer diligência executiva<sup>2310</sup> por aqueles credores sobre móveis ou imóveis, bem como qualquer diligência de pagamento executivo que não tenha tido efeito atributivo antes do despacho de abertura. Os prazos de caducidade, prescrição ou resolução dos direitos dos credores ficam suspensos durante todo o tempo que durar a interrupção das próprias acções. Assim, instância fica interrompida até à ao momento em que o credor reclame o seu crédito. De acordo com o disposto na parte final do artigo 75.º AUOPCAP, as instâncias serão automaticamente retomadas, e deve-se notificar o síndico, mas somente para o reconhecimento dos créditos e a fixação do seu montante. Estando pendente processo de recuperação judicial ou de liquidação de bens, as acções e diligências executivas não abrangidas pelo disposto nos parágrafos anteriores apenas podem ser instauradas ou prosseguidas em relação ao devedor, assistido pelo síndico em caso de recuperação judicial ou por ele representado em caso de liquidação de bens. Assim, a suspensão não se aplica a processos criminais, acções de natureza cambial, créditos derivados de direito ao alimento e créditos posteriores a abertura do processo colectivo. Nos termos do artigo 75.º-1 AUOPCAP, o despacho de abertura da recuperação judicial suspende as acções contra as pessoas singulares co-devedoras ou que sejam garantes pessoais ou reais desde a data do despacho e durante a execução do acordo de recuperação judicial. Todavia, nos termos do n.º 2, os credores beneficiários destas garantias podem obter medidas conservatórias. Com efeito, o devedor é privado da liberdade de gestão ou mesmo impedido de gerir o seu património devido às dificuldades que atravessa. O credor proprietário encontra-se assim numa situação idêntica a dos restantes credores do devedor - trata-se do regime do processo de insolvência, que tem

---

<sup>2310</sup> Em Portugal, o artigo 88.º/1 CIRE determina a suspensão das acções executivas intentadas pelos credores da insolvência e das diligências executivas ou providências requeridas pelos credores da insolvência que atinjam os bens integrantes da massa insolvente. Considera-se que a suspensão das acções executivas deve ser bem articulada com o disposto no artigo 793.º, CPC, facultando a qualquer credor a possibilidade de obter a suspensão de uma execução em curso a fim de impedir os pagamentos desde que mostre que foi requerida a recuperação de empresa ou a declaração de insolvência do executado

por finalidade evitar litígios entre vários credores que possam comprometer as finalidades da execução colectiva.

Em relação às garantias, dispõe o artigo 73.º AUOPCAP que o despacho de abertura do processo de recuperação judicial ou de liquidação de bens, suspende as inscrições registais em curso de qualquer garantia mobiliária ou imobiliária. o despacho de abertura interrompe imediatamente as inscrições das garantias, quer mobiliária, quer imobiliária. Esta suspensão refere-se às garantias dos créditos anteriores à decisão da abertura do processo, não se aplicando créditos que tenham surgido após o despacho de abertura do processo de recuperação judicial ou de liquidação de bens, dado que estes podem ser pagos, nomeadamente se resultam da consecução da actividade do devedor. As garantias constituídas (mas não publicadas) antes do despacho de abertura do processo de recuperação judicial ou de liquidação de bens continuam válidas. Apenas podem ser postas em causa em caso de inoponibilidade do período suspeito. Entretanto, não tendo ainda expirado o prazo para a publicação de garantias no momento do despacho de abertura do processo de recuperação judicial ou de liquidação de bens, o credor ainda pode fazê-lo. Esta regra de suspensão do registo de garantias pode prejudicar o credor de boa-fé surpreendido pela abertura do processo de recuperação judicial ou de liquidação de bens.

Quanto à reclamação de créditos, o credor proprietário está sujeito ao regime probatório constante do AUOPCAP, que passa pela produção de provas do seu crédito e depois pela respectiva verificação. A reclamação de créditos constitui um procedimento que visa dar a conhecer a existência e o montante do mesmo, apresentando ao síndico qualquer título ou documento probatório. Assim, o vendedor reservatário pode apresentar simultaneamente o respectivo registo de propriedade e o contrato de compra e venda com Crp celebrado com o comprador. A reclamação de crédito é condição necessária<sup>2311</sup> para o credor poder beneficiar do processo de execução colectiva. Assim, qualquer crédito não reclamado existe, mas é excluído da massa como os créditos inoponíveis a esta. Esta sanção restritiva visa eliminar a inércia do credor<sup>2312</sup>. Pois a reacção tardia de um dos credores pode comprometer a conclusão da concordata. De acordo com o disposto no artigo 83.º/1 AUOPCAP, os credores que não reclamaram créditos no prazo previsto no

---

<sup>2311</sup> Cf. R. Dammann/G. Podeur, *Fiducie-sûreté et droit des procédures collectives: évolution ou révolution?*, Dalloz, 2007, p. 1361 e P.-M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, 4.ª ed., Dalloz, 2009, p. 1498.

<sup>2312</sup> Cf. A. Aynes, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 67.

artigo 78.º e que não foram dispensados de preclusão não serão admitidos às distribuições e pagamentos<sup>2313</sup>.

#### 41. A sorte do credor/proprietário na execução colectiva

No âmbito do processo de recuperação judicial ou da liquidação de bens do comprador, é necessário determinar o destino reservado aos direitos do credor/proprietário<sup>2314</sup>. Antes

---

<sup>2313</sup> Durante a pendência do processo de recuperação judicial ou de liquidação de bens, determina o n.º 2 do mesmo artigo que os créditos não reclamados dentro do prazo são inoponíveis à massa e ao devedor, incluindo durante o período de execução do acordo de recuperação judicial e que estes credores não reclamantes apenas podem ser dispensados de preclusão por despacho fundamentado do juiz comissário, enquanto a lista de créditos não tiver sido decidida e entregue nos termos do artigo 86, e desde que provem que a falta de reclamação se deveu a evento não imputável ao credor. Este pedido de dispensa de preclusão deve ser deduzido por requerimento dirigido ao juiz comissário. No entanto, se os credores não reclamantes forem dispensados de preclusão pelo juiz comissário, deverá o escrivão inserir menção ao despacho na lista de créditos. As despesas judiciais do incidente de dispensa de preclusão são suportadas integralmente por aqueles. Os credores não reclamantes dispensados de preclusão apenas podem concorrer às distribuições e pagamentos posteriores ao despacho de dispensa, n.ºs 2, 3, 4 e 5 do artigo 83.º AUOPCAP. Após a reclamação de crédito, deve-se efectuar a verificação e a admissão. Nos termos do artigo 84.º/1 AUOPCAP, é obrigatória a verificação dos créditos, independentemente da importância do activo e do passivo 146-1 - Dispõe que *não há lugar à verificação dos créditos quirografários quando se estime que o produto da realização do activo virá a ser integralmente absorvido pelos créditos que gozem dos privilégios creditórios previstos nos artigos 5-11, 11-1 ou 33-1, bem como pelas despesas judiciais e pelos créditos que gozam de privilégio creditório especial, salvo se, tratando-se de pessoa colectiva, a totalidade ou parte do passivo deva ficar sob responsabilidade dos administradores sociais de direito ou de facto nos termos dos artigos 183 e seguintes.*, e 173 - eis o conteúdo: *Se não houver dinheiro suficiente para efectuar ou terminar as operações de liquidação dos bens, a jurisdição competente, mediante relatório do juiz comissário, poderá, a todo o tempo, proferir, a pedido de todo e qualquer interessado ou mesmo oficiosamente, o encerramento das operações por insuficiência de activo.* Nos termos do n.º 2, a verificação de créditos efectua-se nos quatro meses posteriores ao segundo anúncio do despacho de abertura do processo em jornal de publicações legais do respectivo Estado Parte. A verificação será feita pelo síndico à medida que as reclamações forem apresentadas, na presença do devedor e dos fiscais, se estes tiverem sido nomeados, ou, na sua ausência, se foram devidamente notificados por carta entregue pessoalmente contra recibo ou por carta registada com aviso de recepção ou por qualquer meio que deixe registo escrito. Este procedimento visa discriminar os créditos fundados e não fundados, tendo em conta os elementos apresentados pelos potenciais credores. Também permite estabelecer, se necessário, os elementos de base para uma acção contra os dirigentes sociais (se o devedor for uma sociedade) ou contra terceiros. O procedimento é realizado na presença do devedor, dos fiscais se houver. Um crédito pode contestado total ou parcialmente. Em todo o caso, o credor reclamante pode proporcionar as explicações [Nos termos do artigo 85.º AUOPCAP, ao juiz comissário dentro do prazo imperativo. Uma vez concluída a verificação de créditos, é necessário determinar os admitidos e não admitidos. A admissão do crédito é feita através de um acto judicial, através do qual o juiz comissário reconhece o crédito reclamado. Produz efeitos duma decisão judicial e protege os créditos admitidos de eventuais contestações futuras. Por outro lado, a admissão suspende o prazo prescricional. A de abertura da recuperação judicial ou da liquidação de bens do comprador acarreta certas consequências para o credor/proprietário, nomeadamente a determinação da consistência do seu activo que passa pela constituição da massa e os efeitos suspensivos inerentes ao despacho de abertura da recuperação judicial ou da liquidação de bens.

<sup>2314</sup> Em Portugal, o artigo 104.º CIRE regula os casos de venda com reserva de propriedade, enquanto no artigo 105.º são regulados os casos de venda sem entrega, no artigo 105.º CIRE. No contrato de compra e venda com reserva de propriedade em que o vendedor seja o insolvente, encontra-se um desvio à regra geral do artigo 102.º/1 CIRE, ao abrigo da ressalva nele contida: a contraparte pode exigir o cumprimento do contrato se a coisa já lhe tiver sido entregue na data da declaração de insolvência, nos termos do artigo 104.º/1 CIRE. Na situação inversa em que seja o comprador o insolvente e este esteja na posse da coisa, é aplicável a regra geral: o administrador da insolvência pode optar pela execução ou pela recusa do

do pagamento dos créditos sobre a “insolvência”, deduz-se da massa insolvente os bens ou direitos necessários, efectiva ou previsivelmente, ao pagamento dos créditos sobre a massa. Estes são imputados aos rendimentos da massa e, quanto ao excedente, na devida proporção ao produto de cada bem, móvel ou imóvel, mas a imputação não pode deixar exceder dez por cento to produto de bens objecto de garantias reais, salvo na medida do indispensável à satisfação integral dos créditos sobre a massa ou do que não prejudique a satisfação integral dos créditos garantidos. Assim, consoante a sua natureza, a importância do passivo do devedor/comprador, o dinamismo do credor/proprietário, o processo de recuperação judicial ou da liquidação de bens do comprador pode conduzir a um dos resultados: ou é satisfeito o crédito do vendedor/proprietário; ou este fica mergulhado na incerteza do pagamento, enquanto aguarda pelo mesmo.

#### **42. As formas de satisfação do credor/proprietário**

A satisfação do credor proprietário não é invariável. Pode derivar do pagamento pelo devedor/comprador. Também pode derivar do exercício das prerrogativas que a lei confere ao credor/proprietário. Naturalmente, o modo de satisfação mais pretendido pelo credor/proprietário consiste na regularização do seu crédito por via do pagamento do preço, que pode ser numa só prestação ou em várias prestações. O devedor ou o órgão que lhe representa realizam a prestação a que o devedor/comprador se encontra vinculado. Nesta situação, o devedor, ou o síndico, conforme a natureza do processo, pode optar pelo pagamento do preço da coisa vendida sob reserva de propriedade. Em regra, o pagamento do preço é efectuado quando a coisa vendida se revela essencial à continuidade da actividade do devedor, para evitar que seja reivindicado pelo proprietário não satisfeito. Todavia, o pagamento do preço é efectuado integralmente ou em prestações em função da disponibilidade do activo do comprador/devedor.

---

cumprimento do contrato, não podendo, em princípio, o prazo previsto no artigo 102.º/2 CIRE, para o exercício deste direito esgotar-se antes de decorridos cinco dias sobre a data da assembleia de apreciação do relatório, artigo 104.º/3 CIRE. O artigo 104.º/5 CIRE dispõe sobre os efeitos da recusa de cumprimento, remetendo para o regime constante do artigo 102.º/3 CIRE, o que implica que a contraparte do insolvente, quando seja o vendedor, terá direito à diferença entre o montante das prestações previstas e o valor da coisa na data da recusa de cumprimento; quando a contraparte insolvente seja o comprador, a diferença é feita entre o valor da coisa na data da recusa de cumprimento e o montante das prestações ou rendas previstas. O artigo 105.º CIRE consagra também um desvio à regra do artigo 102.º/1 CIRE ao abrigo da ressalva nele contida - o administrador da insolvência não pode recusar o cumprimento no caso de insolvência do devedor, artigo 105.º/1, a CIRE. No caso da insolvência do comprador, já pode haver recusa do cumprimento, aplicando-se com as necessárias adaptações o disposto no artigo 104.º/5 CIRE.

Quando a situação patrimonial do devedor não permitir o pagamento integral do preço, este ou o seu representante pode preferir efectuar o pagamento em prestações, de acordo com a melhoria patrimonial que se vai verificando no património do devedor. O credor/proprietário tende a aceitar com base na máxima *melhor um mau acordo que uma boa batalha judicial*. Todavia, o plano de regularização da obrigação de pagamento do preço não pode exceder três anos, nos termos do artigo 15.º AUOPCAP.

A satisfação do credor/proprietário pode também derivar da sua diligência, uma vez que pode, em alternativa, solicitar a devolução dos bens ou a regularização do seu crédito. Nestes dois casos pode exercer as prerrogativas que a lei lhe confere enquanto proprietário. De acordo com o AUOPCAP, quando os bens móveis objecto da venda com reserva de propriedade constam da posse/” património” do devedor, podem ser reclamados pelo vendedor. Nos termos do artigo 101.º AUOPCAP, a reivindicação sobre bens móveis pode ser exercida<sup>2315</sup> dentro de um prazo de noventa dias a contar do segundo anúncio do despacho de abertura da recuperação judicial ou liquidação de bens em jornal de publicações legais do respectivo Estado Parte. Em todo o caso, se o credor/proprietário recuperar a coisa vendida, deve restituir a parte do preço já recebido.<sup>2316</sup>

O disposto no artigo 103.º AUOPCAP aplica-se quando o bem objecto de reserva de propriedade for alienado ou destruído. De acordo com artigo 103.º AUOPCAP, o credor proprietário pode, em caso de alienação desses bens, reivindicá-los contra o subadquirente ou reclamar o preço da venda quando este não tiver sido pago. A lei não confere ao credor/proprietário uma *acção directa* contra o subadquirente. Aquele apenas pode reclamar o preço de revenda dentro do limite do montante de que ainda é credor. Se, eventualmente, o preço de venda efectuada pelo seu devedor for insuficiente para ressarcir o credor/proprietário, este deverá declarar a diferença no processo.

---

<sup>2315</sup> Nos termos do artigo 101-1 AUOPCAP, o requerimento de reivindicação de um bem deve ser enviado ao síndico no prazo de noventa dias por carta entregue pessoalmente contra recibo ou por carta registada com aviso de recepção ou por qualquer meio que deixe registo escrito. O síndico poderá deferir o requerimento de reivindicação. Na falta de despacho do síndico no prazo de trinta dias a contar da recepção do requerimento ou em caso de indeferimento, o juiz comissário poderá conhecer da pretensão mediante requerimento do reivindicante deduzido em trinta dias a contar do termo do primeiro prazo ou do indeferimento, tendo em conta as alegações do requerente, do devedor e do síndico, quanto aos direitos do reivindicante e a finalidade do contrato. O juiz comissário decidirá por despacho no prazo de oito dias a contar da admissão do requerimento, sendo o despacho depositado de imediato na secretaria da jurisdição que o comunicará ao síndico e notificará às partes. Por determinação do juiz comissário o despacho será imediatamente comunicado ao Ministério Público. Ainda sobre as tramitações processuais, veja os artigos 101-2 a 101-3 AUOPCAP.

<sup>2316</sup> Cf. A. Aynes, *Le régime de la fiducie-sûreté en droit des procédures collectives*, in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 66.

Se o bem tiver sido destruído, é devida ao credor/proprietário a indemnização, nomeadamente se o comprador tiver celebrado um contrato de seguro sobre os referidos bens. Neste caso, o credor proprietário pode reclamar essa indemnização. nos termos do artigo 103.º/1 AUOPCAP, podem ser reivindicadas, desde que se encontrem em espécie, as mercadorias consignadas e as coisas móveis entregues ao devedor, quer para serem vendidas por conta do proprietário, quer a título de depósito, empréstimo, mandato, locação ou por qualquer outro contrato com obrigação de restituição, nomeadamente qualquer bem que seja objecto de contrato de locação financeira. nos termos do n.º 2, em caso de alienação destas mercadorias e coisas móveis, o preço ou parte do preço devido pode ser exigido do subadquirente se aquele não foi pago em espécie, nem compensado entre ele e o subadquirente à data do despacho de abertura. Dispõe o n.º 3 que, em relação às coisas objecto de reserva de propriedade, estas podem igualmente ser reivindicadas nos termos e com os efeitos previstos no AUG. O n.º 4 dispõe que tratando-se de mercadorias e de coisas móveis consignadas ao devedor para serem vendidas, com ou sem cláusula de reserva de propriedade, não há lugar a reivindicação se, antes da restituição das mercadorias e das coisas móveis, o preço for integral e imediatamente pago pelo síndico após autorização do juiz comissário.

#### **43. Encerramento do processo por insuficiência de activo**

Em regra, o encerramento do processo ocorre após a conclusão do rateio final. O encerramento pode também ocorrer noutras situações, nomeadamente quando o juiz comissário entender que não há fundos suficiente para efectuar ou terminar as operações de liquidação dos bens, situação em que a jurisdição competente, mediante relatório do juiz comissário, poderá, a todo o tempo, proferir, a pedido de todo e qualquer interessado ou mesmo oficiosamente, o encerramento das operações por insuficiência de activo. O encerramento do processo da execução colectiva por insuficiência de bens é o modo de extinção do processo de liquidação de bens que não beneficia o credor. De acordo com o disposto no artigo 173.º do AUOPCAP, o tribunal, mediante relatório do juiz comissário, pode, a todo o tempo, proferir, a pedido de todo e qualquer interessado ou mesmo oficiosamente, o encerramento das operações por insuficiência de activo. Resulta desta disposição que a decisão de encerramento pressupõe certos requisitos. Quanto à legitimidade, de acordo com o conteúdo do artigo 173.º AUOPCAP, qualquer pessoa interessada pode solicitar o encerramento do processo por insuficiência do activo,

nomeadamente o devedor, os credores, o Ministério Público, etc. Importa ter presente que o tribunal pode encerrar o processo oficiosamente. Quanto aos requisitos, parece que para encerrar o processo com base neste fundamento, o requisito essencial é a insuficiência do activo - o activo com valor inferior ao valor total do passivo, activo insuficiente para satisfazer todos os credores que compõem a massa. A insuficiência dos bens justifica o encerramento do processo que, portanto, deixará de ter razão de ser. Por fim, deve-se saber que o encerramento pode ser pronunciado a qualquer momento no processo, desde que o património do devedor seja manifestamente insuficiente para satisfazer os credores que compõem a massa. O encerramento do processo apenas não pode ocorrer antes da verificação dos créditos, uma vez que este constitui um acto obrigatório, nos termos do artigo 84.º AUOPCAP, que dispõe que a verificação dos créditos é obrigatória, independentemente da importância do activo e do passivo do devedor. Uma vez encerrado o processo, extinguem-se as funções do síndico que representava tanto o devedor como os credores. Outro efeito do encerramento do processo por insuficiência do activo refere-se às acções contra o devedor. Nos termos do artigo 174.º AUOPCAP, sem prejuízo da aplicação do disposto no último parágrafo do artigo 170.º AUOPCAP, a decisão de encerramento por insuficiência de activo, em regra, não implica a recuperação pelos credores do exercício singular das suas acções contra o devedor, salvo se o crédito resultar de condenação penal do devedor ou de direitos indissociáveis da pessoa do credor.

O terceiro garante de dívida alheia ou o co-obrigado que haja pago em substituição do devedor recupera o exercício dos seus direitos de acção contra este último. Todavia, nos termos do n.º 2 deste artigo, excepcionalmente, qualquer credor, admitido ou não, recuperará os seus direitos de acção singular: em caso de declaração de falência pessoal do devedor; em caso de condenação do devedor por falência culposa; se a jurisdição competente constatar que houve fraude do devedor em relação a um ou mais credores; se o devedor ou a pessoa colectiva de que haja sido administrador foi sujeito a processo de liquidação de bens encerrado por insuficiência de activo menos de cinco meses antes da abertura do processo pendente; quando seja um processo de liquidação de bens decretada contra administrador condenado em acção de assunção do passivo; se o processo colectivo foi aberto ao abrigo do artigo 189.º AUOPCAP (extensão dos processos de recuperação judicial e de liquidação de bens aos administradores das pessoas colectivas). Caso venham a ser retomadas as acções singulares, será aplicado o artigo 171.º



AUOPCAP<sup>2317</sup> quanto aos credores admitidos ao processo colectivo. Relativamente aos credores não admitidos ou que não hajam reclamado os seus créditos aplicar-se-ão as normas gerais de direito. Em todo o caso, mesmo que o credor proprietário venha a recuperar o seu direito à acção singular com vista à recuperação do seu crédito, esta possibilidade será, na prática, falaciosa, pois o património do devedor apresenta-se frágil e insuficiente para satisfazer os seus credores, salvo se “regressar a boa fortuna” por via extraordinária. Na prática, não se deve ignorar o facto de que todos os credores insatisfeitos vão ficar atentos para a execução coerciva dos primeiros bens provenientes do devedor.

Não obstante esta solução, qualquer credor pode impugnar a decisão de encerramento do processo, ou de qualquer outro interessado mediante prova de que as importâncias necessárias para as despesas das operações foram consignadas junto do síndico, nos termos do artigo 175.º AUOPCAP.

Logicamente, se o credor/proprietário reivindicar o preço do imóvel garantido pelo direito de propriedade, não poderá reivindicar a mesma propriedade, especialmente quando tiver sido vendida a um terceiro de boa fé. Nesta situação, se o credor/proprietário não for integralmente satisfeito, não extingue o seu crédito, pelo que poderá exigir o pagamento do preço. O credor/proprietário pode ter recebido apenas o pagamento parcial no momento do encerramento do processo por insuficiência do activo. Também pode acontecer que o credor não tenha recebido nada no momento do encerramento do processo por insuficiência do activo. O processo de liquidação de bens estabelece uma ordem de pagamento aos credores, nos termos do artigo 167.º AUOPCAP. Pode acontecer que os bens do devedor se esgotem antes de se atingir o grau do proprietário/credor, situação em que o encerramento do processo deixará o proprietário /credor totalmente insatisfeito. O processo de execução colectiva visa liquidar as responsabilidades do devedor e permitir-lhe, se possível, recuperar a “saúde” financeira. O resultado da execução colectiva nem sempre beneficia ao proprietário/credor. Em função da opção do credor/proprietário, este pode receber o preço da venda ou recuperar a coisa objecto de reserva de propriedade. A reserva de propriedade, uma vez cumprida as exigências legais, constitui uma garantia

---

<sup>2317</sup> De acordo com o disposto neste artigo, se os créditos tiverem sido verificados e admitidos, o presidente da jurisdição competente, na decisão de encerramento, e sem prejuízo da aplicação do artigo 174, confirmará a admissão definitiva dos credores, a dissolução da união, o montante do crédito admitido e o remanescente em dívida. A decisão é executória, uma vez aposta a respectiva fórmula pelo escrivão, verificadas as condições previstas no artigo 174.

eficaz<sup>2318</sup> contra os demais credores do devedor e, em termos práticos, pode ser persuasiva, tal como as outras garantias fiduciárias<sup>2319</sup>, <sup>2320</sup> se o credor/proprietário for diligente.

---

<sup>2318</sup> Cf. A. Gourio, *La fiducie-sûreté: utilité et avenir*, in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 71.

<sup>2319</sup> Cf. S. Piedelievre, *Quelle fiducie-sûreté pour l'entreprise?*, in *Actes du colloque La fiducie dans tous ses états*, Dalloz, 2011, p. 77.

<sup>2320</sup> Cf. François Ndjamon Onguila, *La protection du créancier titulaire d'une réserve de propriété en droit de l'OHADA*, Penant, 2019, p. 211.

## CAPÍTULO II

### CESSÃO DE CRÉDITOS EM GARANTIA

#### SECÇÃO I – ESTUDO HISTÓRICO - DOGMÁTICO

##### 1. Introdução

*I. Fundamento.* As diversas garantias, surgiram no decurso da História, em função dos acasos jurídico-culturais. Nunca houve uma visão de conjunto, os cientistas do Direito construíram o universo das garantias em torno de diversas figuras parcelares.<sup>2321</sup> A cessão de créditos em garantia teve um desenvolvimento prático essencialmente no sector financeiro. Trata-se duma garantia que se desenvolveu à margem dos códigos e que na maioria dos países foi apoiada pela doutrina e confirmada pela jurisprudência<sup>2322</sup>.

Aliás, ainda hoje, no regime instituído pela OHADA, o estatuto do cessionário é reservado a bancos e instituições de crédito. O predomínio do sector financeiro manifesta-se no regime da cessão de créditos em garantia. Durante séculos, comerciantes e, mais tarde, empresários contraíram créditos com juros para financiar o desenvolvimento das respectivas actividades. Com a expansão do comércio após a revolução industrial, os bancos, gradualmente foram pouco a pouco substituindo os credores privados e tiveram de adaptar as suas actividades e concentraram-se na disponibilização de contas de depósito bem como o dinheiro. O empréstimo com juros é geralmente considerado uma actividade lucrativa, mas também arriscada para os bancos, uma vez que é dependente da solvabilidade do mutuário. Desde então, nas operações de financiamento, os bancos passaram a diligenciar no sentido de proteger contra este risco. Por exemplo, na Suíça, país com tradição bancária, os bancos recorrem ao penhor e à hipoteca, mas uma das formas de garantia a que se recorre regularmente é a cessão de créditos em garantia – *Sicherungscession* – e a alienação da propriedade em garantia – *Sicherungsübereignung*. HANS BERGMAIER<sup>2323</sup> foi um dos primeiros a lançar bases para as características desta forma de garantia. Desde a publicação da sua tese em 1945, a maioria dos autores desenvolveram os princípios gerais da cessão de crédito em garantia com base na sua obra. Na sua tese, contribuiu para a determinação do conceito da cessão de crédito em

---

<sup>2321</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 6.<sup>a</sup> ed., cit., p. 790.

<sup>2322</sup> Cf. Frédéric-Edouard Klein, *De la cession globale de créances à titre de garantie, Réflexions sur deux récents arrêts du Tribunal fédéral*: Dessemontet, Payot, Lausanne 1989, p. 207 – 208.

<sup>2323</sup> Cf. Hans Bergmaier, *Die Sicherungscession im Schweizerischen Recht*, Aarau, Zúrique, 1945.

garantia, qualificou a cessão de crédito em garantia como garantia condicional e propôs soluções para muitas questões práticas.

O legislador da OHADA instituiu a cessão de crédito em garantia com a reforma do Direito das Garantias de 2010, prevendo um regime mínimo, pelo que parece de aplicar o regime geral em relação aos aspectos não regulados pelo AUG, que implica que, em cada um dos Estado membros, deve-se recorrer ao regime geral da cessão de crédito em relação a este aspecto.

Em França, a cessão de créditos em garantia foi consagrada em 2022, com forte inspiração no Direito da OHADA. Anteriormente, a jurisprudência negava qualquer autonomia à cessão de crédito em relação ao penhor de créditos, como é visível em arestos como *Cass. Com.*, de 19 de Dezembro de 2006<sup>2324</sup> ou *Cass. Com.*, 26 de Maio de 2010<sup>2325</sup>. Em abono desta posição, asseverou-se que a cessão de créditos em garantia é apenas admissível no âmbito e dentro dos limites da *cession Dailly* – cessão de créditos profissionais em benefício dos bancos ou no âmbito do regime geral da fidúcia. Agora, tanto na OHADA como no Direito francês, é legalmente instituída a cessão de créditos em garantia, e parece que um dos interesses mais importante para o cessionário é tirar o crédito do património do cedente e transferi-lo para o do cessionário e, assim, protegê-lo dos demais credores do cedente. Independentemente da frequência da sua utilização, a cessão de créditos em garantia é muito útil nas operações internacionais.

*II. Delimitação e justificação.* Os resultados alcançados no estudo dos negócios fiduciários serão necessários para a análise de cada um dos negócios fiduciários, tendo em conta também o regime legal instituído. Como veremos adiante, o legislador da OHADA, no sentido de mitigar os riscos associados aos negócios fiduciários, consagrou certas soluções, protegendo os garantes dos eventuais abusos. Também o exercício desse estudo pode ser útil no auxílio à interpretação das normas instituídas pelo legislador da OHADA e na determinação do seu sentido e alcance. O estudo geral dos negócios fiduciários permitirá determinar os aspectos inovadores do AUG e as soluções inspiradas no regime geral dos negócios fiduciários e da própria evolução histórica da *fiducia*. É necessário efectuar um estudo da história da *fiducia* e do regime geral dos negócios fiduciários, para se poder valer dos resultados até agora alcançados, com as necessárias adaptações que cada um dos negócios fiduciários a estudar impõe, no sentido de obter

---

<sup>2324</sup> N.º 05-16.395.

<sup>2325</sup> N.º 09-13.388.

soluções no percurso que agora vamos realizar. Foi com este objectivo que balizamos este trilha ao longo do percurso.

A cessão de créditos constitui uma matéria vasta que só por si deve ser objecto de uma investigação isolada. O objecto do nosso trabalho incide sobre uma das modalidades da cessão crédito – cessão de crédito em garantia. Com efeito, vamos incidir essencialmente nos aspectos referentes à cessão de crédito em garantia e a alguns aspectos específicos do seu regime, nomeadamente os efeitos do cumprimento da obrigação garantida.

*III. Função económica da cessão de créditos em garantia.* A cessão de crédito em garantia desempenha um papel muito importante na prática e apresenta vantagens para o seu beneficiário face ao penhor, nomeadamente ao nível da execução da garantia. No entanto, tem alguns inconvenientes para o cessionário - presume-se em particular a insolvência dos devedores cedidos, problema que pode também atingir os direitos do credor pignoratício, bem como o risco da dupla cedência<sup>2326</sup>. Na prática, as instituições de crédito podem exigir tanto a cessão de crédito em garantia como outras garantias. Parece, no entanto, que atualmente, a cessão de crédito em garantia tem vindo a substituir o penhor. Este desenvolvimento deve-se, em parte, ao facto de ser mais forte e mais seguro para o cessionário em relação ao credor pignoratício em caso de insolvência do cedente. O facto de se admitir a cessão de créditos futuros, permite ao potencial titular obter o crédito com base num crédito que ainda não se constitui, que ainda não se encontra na sua esfera jurídica e, em regra, admite-se a transferência de qualquer crédito, salvo se a própria lei proibir a transferência ou a própria natureza do crédito o proibir.<sup>2327</sup> Acontece que os créditos individualizados são cedíveis - por exemplo, créditos decorrentes de uma determinada apólice de seguro ou o saldo ou rendimentos duma conta bancária, direito a um dividendo -, mas, regra geral, trata-se antes de ceder em garantia ao cessionário os créditos actuais ou futuros resultantes da atividade do cedente – mutuário. Economicamente, a cessão de créditos futuros em garantia constitui um instrumento adequado para que o cedente que não tenha meios existentes suficientes no presente, conseguir o financiamento como garantia do crédito que vai ter apenas no futuro, satisfazendo a necessidade actual com recurso a um bem que vai ter apenas no futuro –

---

<sup>2326</sup> Cf. Nicolas de Gottrau, *Transfert de propriété et cession à fin de garantie: principes, et application dans le domaine bancaire*, in: Giovanoli/Dessemondet/Foëx, *Sûretés et garanties bancaires*, CEDIDAC, n.º 33, Lausanne 1997, 236.

<sup>2327</sup> Cf. Luc Thévenoz, *La fiducie, cendrillon du droit suisse*, RDS, 1995 II, 308 ss. T

pensa-se nas pequenas e médias empresas, que também podem participar nas operações de financiamento ao lado de outras empresas do grupo.<sup>2328</sup>

## 2. Percurso histórico – dogmático da cessão de créditos em garantia

*De atar em volta à cessio in securitatem.* Importa efectuar um breve estudo histórico-dogmático<sup>2329</sup> da cessão de créditos em garantia, o que nos fornecerá elementos para compreender o regime instituído pelo legislador da OHADA. A *obligatio* significava originalmente *ligar* ou *atar em volta*, uma ligação muito forte<sup>2330</sup> entre o credor e devedor, o aprisionamento do devedor ao vínculo material que o ligava<sup>2331</sup> ao credor.<sup>2332</sup>

Nem sempre foi pacífica a cessão de créditos. Foi resultado de complexa evolução histórica. Houve concepções que considerava o crédito absolutamente intransmissível<sup>2333</sup>, mas, actualmente, é pacífica a admissibilidade da transmissão de créditos, bem como a própria cessão de créditos em garantia.<sup>2334</sup> No Direito Romano, a obrigação era encarada como um vínculo absolutamente pessoal, nos termos do qual o devedor se comprometia a realizar uma prestação que, em caso de incumprimento, o sujeitava o poder do credor,

---

<sup>2328</sup> Cf. Stéphane Konkoly/Janusz Marty, *La notification des cessions de créances à titre de sûreté dans les transactions de financement Réflexions critiques sur la cession conditionnelle*, in GesKR, 2, 2012, p. p. 210.

<sup>2329</sup> A separação entre o estudo do Direito vigente através de um método dogmático e o estudo do Direito não vigente através de um método histórico é um fenómeno relativamente recente. Tal separação pressupõe não só um determinado conceito de direito, mas também um certo entendimento do que é história e do seu papel em relação ao presente. Com efeito, até ao século XIX não é clara a distinção entre História do Direito e Dogmática Jurídica. E isto porque a sensibilidade do jurista não conseguia vislumbrar imediatamente a existência de um autêntico passado jurídico que devesse constituir o objecto de uma disciplina independente, postulando métodos próprios, cf. Carlos Sardinha, *História do direito e dogmática jurídica: reflexão metodológica*. Direito E Justiça, UCP, 1 (Especial), 2015, pp. 411-445, p. 414. Passado e presente confundem-se frequentemente na prática jurídica anterior ao século XIX, nomeadamente na chamada época do domínio do direito comum. No período medieval, quando se invocava um passo do Digesto para resolver um determinado problema jurídico que se impunha, é evidente que tal preceito, ainda que formalmente fosse justinianeu, pertencia, em rigor a outra época histórica: a sua aplicação à realidade medieval exigia um esforço de interpretação lato sensu que, em último termo, conduzia, à sua mutação semântica, cf. Carlos Sardinha, *História do direito e dogmática jurídica: reflexão metodológica*, Direito E Justiça, UCP, 1 (Especial), 2015, pp. 411-445, p. 414.

<sup>2330</sup> Cf. G. Lepointe/R. Monier, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Sirey, Paris, 1954, p. 102.

<sup>2331</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 23.

<sup>2332</sup> Cf. Pietro Bonfante, *Instituzione di Diritto Romano*, 10.<sup>a</sup> ed., Giappicheli, Turino, 1949, p. 413.

<sup>2333</sup> Cf. G. Lepointe/R. Monier, *Les obligations en droit romain cit.*, p. 102; P. F. Girard/F. Senn, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8.<sup>a</sup> ed. (Félix Senn.), 1929, p. 776; R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, (Reimpressão da 6.<sup>a</sup> ed. de 1947), Domat Montchrestien, 1970, p. 261; M. Kaser/R. Dannenbring, *Roman private law*, 3.<sup>a</sup> ed., University of South Africa, 1980, p. 227.

<sup>2334</sup> Cf. Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 23.

que lhe poderia aplicar sanções<sup>2335</sup> como a morte ou a escravatura.<sup>2336</sup> Nenhum terceiro pretendia assumir como devedor as consequências previstas para o incumprimento, nem ao devedor convém a alteração da pessoa do credor. Por outro lado, de acordo com *Institutiones* de Gaio, a alteração na pessoa de sujeitos da obrigação tinha de passar pela repetição das fórmulas em relação ao novo sujeito e, portanto, pela constituição da nova

---

<sup>2335</sup> Cf. R. W. Leage/A. M. Prichard, *Leage's Roman private law: founded on the Institutes of Gaius and Justinian*, 3rd, Macmillan; St. Martin's Press, 1961, p. 211.

<sup>2336</sup> Cf. L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, II, 12.<sup>a</sup> ed., Sirey, Paris, 1933, p.2; G. Astuti, *Cessione (storia)*, Enciclopedia del Diritto, VI, Giuffrè, Milão, p. 806.

obrigação<sup>2337</sup> – *novatio*<sup>2338</sup>. Com toda a evolução humanitária das consequências do incumprimento e esquemas a que recorriam para atingir os fins da cessão, no Direito

---

<sup>2337</sup> Tendo em conta as desvantagens da novação, os juristas romanos recorriam a outra técnica, obtendo efeitos semelhantes a uma transmissão directa de crédito, o mandato judicial - *procuratio/cognitio* Cf. P. F. Girard/F. Senn, *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., p. 778; G. Lepointe/R. Monier, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, cit., p. 398; R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., p. 262; W. A. Hunter/J. A. Cross, *A systematic and historical exposition of Roman law in the order of a code*, cit., p. 447; M. Kaser/R. Dannenbring, *Roman private law*, 3rd ed, University of South Africa, 1980, p. 228; W. W. Buckland, *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian*, Reprodução de 1921, Wm. W. Gaunt, 1990, p. 518. Por meio de *litis contestatio* o cessionário age como mandatário judicial do cedente - cujo nome constava na *intentio* cf. R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., p. 263; R. W. Leage/A. M. Prichard, *Leage's Roman private law: founded on the Institutes of Gaius and Justinian*, cit., p. 387 - e, neste título, era-lhe entregue uma fórmula que instruíra o juiz em sua *condemnatio* a obrigar o devedor a executar o mandato. Após obter a condenação do devedor, o mandatário, ao contrário das práticas nos mandatos ordinários, era isento de obrigação de prestar contas ao mandante (cedente no âmbito da transferência de créditos). É por esta razão que esta técnica tem sido chamada de *procuratio/cognitio in rem suam* – o mandatário recupera a "sua coisa", agiu em seu interesse e não no do mandante. Cf. G. Lepointe/R. Monier, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, cit., p. 398. As fragilidades desse método estavam relacionadas com o facto do cessionário não se tornar aos olhos terceiros o titular do direito transferido (como foi o caso da novação) e ao facto de que, de acordo com o regime comum do mandato, o mandante pode extinguir o mandato a qualquer momento, durante sua vida ou por sua morte, deixando assim o "cessionário" sem meios de obter o cumprimento do devedor ou de impedi-lo de cumprir perante o cedente. A vantagem desta técnica em relação à inovação foi que o consentimento do devedor já não era necessário para efectuar a transferência de crédito. Enquanto o cessionário age em nome do cedente, mantinha o benefício dos interesses adquiridos e o incumprimento do cedente, com a contraprestação de que o devedor, por sua vez, invocar todas as excepções que poderia ter usado contra o cedente. O mandatário/cessionário passou a ser titular de um direito específico ao crédito apenas no final da *litis contestatio* que, paradoxalmente, teve por efeito criar uma nova obrigação, cf. G. Lepointe/R. Monier, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, cit., p. 398. Ainda no âmbito do mandato judicial, durante o reinado de Antonino Pio, Ulpiano, D. 2, 14, o imperador começou a conceder aos mandatários - cessionários uma *actio utilis*, destinada a compensar a revogação do mandato judicial pelo mandante - cedente em vida ou por morte, cf. P. F. Girard/F. Senn, *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., p. 780; G. Lepointe/R. Monier, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, cit., p. 398; R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., p. 263; W. W. Buckland, *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian*, cit., p. 518. Inicialmente, este sistema era aplicado apenas às cessões onerosas de direitos sucessórios, de modo que se estende no terceiro século a todas as cessões de direitos pessoais, cf. P. F. Girard/F. Senn, *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., p. 780. Esta *actio utilis* pretendia substituir o desaparecido da *actio mandatae* - a acção contratual, com base no mandato - e conferiu um direito autónomo ao mandatário – cessionário, cf. M. Kaser/R. Dannenbring, *Roman private law*, cit., p. 228. Todavia, esse sistema baseado na ideia de representação judicial ainda não era plenamente satisfatório, na medida em que não impedia o cumprimento voluntário pelo devedor *cedido* ao credor cedente. A última reforma que permitiu ao mandato judicial produzir efeitos semelhantes a uma cessão propriamente dita foi adoptada por Justiniano, por uma interpolação da Constituição do Imperador *Marcus Antonius Gordianus Sempronianus Romanus*, o Gordiano, Cf. R. W. Leage/A. M. Prichard, *Leage's Roman private law: founded on the Institutes of Gaius and Justinian*, cit., p. 388; R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., p. 264. O objectivo dessa reforma foi impedir o cumprimento voluntário do devedor *cedido* ao cedente, uma vez notificado - através de uma formalidade denominada *denuntiatio*, M. Kaser/R. Dannenbring, *Roman private law*, cit., p. 228; W. W. Buckland, *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian*, cit., p. 518 - da existência do mandato. Deste modo, por meio de todas essas ficções jurídicas, o direito romano em seu fim admitiu a possibilidade de um sistema que, ainda que, juridicamente, não fosse uma cessão directa, produzia os mesmos efeitos. Uma vez que o sistema baseado no mandato irrevogável foi integrado ao cenário jurídico romano, era inevitável que ocorressem abusos. Surgiu uma figura que podemos designar de representação dos especulares: os cidadãos ricos, os *potentiores*, compravam a preços baixos créditos cujos credores não podiam executar a obrigação e, usando as suas influências, conseguiam obter cumprimentos, por vezes, além do que era inicialmente devido. A proliferação dessas práticas gerou problemas sociais, uma vez que a situação dos credores iniciais, mas principalmente dos devedores, tornou-se insustentável. Foram necessárias mais duas Constituições imperiais, adoptada em 380, respectivamente 532, dos imperadores Teodósio e Honório para proíber totalmente a cessão de créditos litigiosos, cf. P. F.



Romano Clássico, no caso da cessão de crédito, considerava-se ainda o primitivo credor como o verdadeiro titular de crédito<sup>2339</sup>, uma vez que o adquirente tinha apenas ao seu dispor uma *actio utilis* e não uma *actio directa*.<sup>2340</sup> Apenas poderia recorrer às técnicas disponíveis à transmissão de coisas corpóreas<sup>2341</sup>, formas solenes de transmissão de direitos.<sup>2342</sup>

Antes de 506 d.c., as fontes eram omissas em relação à cessão de créditos. A evolução da cessão de crédito registada no Direito Romano passa a ser um verdadeiro titular do direito sobre o cedido, ocorrendo assim uma transmissão de crédito, de que a *denuntiatio* passa a ser como um mero anúncio, que produzia que o devedor deixasse de ficar liberado com o pagamento feito ao cedente. A partir de ANASTASIUS essa forma de transmissão de crédito passa ser designado de *cedere* e *cessio*, separada da relação causal que a origina e, é vista como um acordo entre cedente e cessionário relativo à transmissão crédito. Este acordo pressupunha uma justa causa, a qual poderia consistir em qualquer negócio, gratuito ou oneroso, que regula a relação entre cedente e cessionário e constitui o fundamento da transmissão.<sup>2343</sup>

Uma das formas a que se recorria para atingir os fins da cessão era baseada na ideia de representação judicial, que também não era plenamente satisfatória, pois não impedia o cumprimento voluntário pelo devedor *cedido* ao credor cedente. A última reforma que permitiu ao mandato judicial produzir efeitos semelhantes a uma cessão propriamente dita foi adoptada por Justiniano, por uma interpolação da Constituição do

---

Girard/F. Senn, *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., p. 782; R. W. Leage/A. M. Prichard, *Leage's Roman private law: founded on the Institutes of Gaius and Justinian*, cit., p. 388. Esta tendência de combate aos especuladores continuou e levou à adopção em 506 de uma *Constitutiones* de um imperador ANASTÁCIO, completada por Justiniano, cf. P. F. Girard/F. Senn, *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., p. 782; W. A. Hunter/J. A. Cross, *A systematic and historical exposition of Roman law in the order of a code*, cit., p. 446; M. Kaser/R. Dannenbring, *Roman private law*, cit., p. 228; W. W. Buckland, *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian*, cit., p. 518, que proibiu o cessionário de pedir ao devedor mais do que o preço que pagou ao cedente – evitar o enriquecimento sem causa. O devedor também tinha a opção de reaver o direito do cessionário mediante o pagamento do preço real da cessão, cf. P. F. Girard/F. Senn, *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., p. 779; Jean Paul Gide, *La Novation et transport de créances en Droit Romain*, Larose, Paris, 1879, pp. 17ss. Assim, o principal interesse das operações especulativas desapareceu em princípio, uma vez que o devedor tinha a possibilidade a qualquer momento de se libertar pagando apenas o valor pago pelo cessionário, privando-o dos ganhos adicionais que pretendia quando da cessão.

<sup>2338</sup> Cf. W. A. Hunter/J. A. Cross, *A systematic and historical exposition of Roman law in the order of a code*, 1903, p. 446; R. W. Leage/A. M. Prichard, *Leage's Roman private law: founded on the Institutes of Gaius and Justinian*, cit., p. 387; M. Kaser/R. Dannenbring, *Roman private law*, cit., p. 224-22.

<sup>2339</sup> Cf. G. Lepointe/R. Monier, *Les obligations en droit romain* cit., p. 69.

<sup>2340</sup> Cf. J. Carbonnier, *Droit civil, II, Les biens, Les obligations*, PUF, coll. «Quadrige», 2004, p. 2457.

<sup>2341</sup> Gai, *Inst.*, II, 38.

<sup>2342</sup> Cf. G. Lepointe/R. Monier, *Les obligations en droit romain* cit., p. 69.

<sup>2343</sup> Cf. Jean Gaudemet, *Naissance d'une notion juridique. Les débuts de l'<Obligation> dans le droit de la Rome antique*, *Archives de philosophie du droit: L'Obligation*, Dalloz, Paris, 2000, p. 27.

Imperador *Marcus Antonius Gordianus Sempronianus Romanus*, o Gordiano.<sup>2344</sup> O objectivo dessa reforma foi impedir o cumprimento voluntário do devedor cedido ao cedente, uma vez notificado - através de uma formalidade denominada *denuntiatio*<sup>2345</sup> - da existência do mandato. Deste modo, por meio de todas essas ficções jurídicas, o direito romano em seu fim admitiu a possibilidade de um sistema que, ainda que, juridicamente, não fosse uma cessão directa, produzia os mesmos efeitos.

Uma vez que o sistema baseado no mandato irrevogável foi integrado no, digamos, cenário jurídico romano, era inevitável que ocorressem abusos. Surgiram assim as figuras que podemos designar de representação dos especuladores: os cidadãos ricos, os *potentiores*, compravam a preços baixos créditos em que credores não podiam executar a obrigação e, usando a sua influência, conseguiam receber prestações, por vezes, além do que era inicialmente devido. A proliferação destas práticas gerou problemas sociais, uma vez que a situação dos credores iniciais, mas principalmente dos devedores, tornou-se insustentável. Foram necessárias mais duas Constituições imperiais, adoptadas em 380 e 532, dos imperadores Teodósio e Honório para proíber totalmente a cessão de créditos litigiosos<sup>2346</sup>. Esta tendência de combate aos especuladores continuou e levou à adopção em 506 de uma *Constitutiones* de um imperador ANASTÁCIO, complementada por JUSTINIANO<sup>2347</sup>, que proibiu o cessionário de pedir ao devedor mais do que o preço que pagou ao cedente – evitar o enriquecimento sem causa.

O devedor também tinha a opção de reaver o direito do cessionário mediante o pagamento do preço real da cessão<sup>2348</sup>. Assim, o principal interesse das operações especulativas desapareceu, pelo menos teoricamente, uma vez que o devedor tinha a possibilidade a qualquer momento de se libertar pagando apenas o valor pago pelo cessionário, privando-o dos ganhos adicionais que pretendia quando da cessão.

Quanto aos Direitos dos povos germânicos, verifica-se uma convergência entre o antigo Direito Germânico e o Direito Romano Clássico, pois não admitiam a livre

---

<sup>2344</sup> Cf. R. W. Leage/A. M. Prichard, *Leage's Roman private law: founded on the Institutes of Gaius and Justinian*, cit., p. 388; R. Monier, *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., p. 264.

<sup>2345</sup> M. Kaser/R. Dannenbring, *Roman private law*, cit., p. 228; W. W. Buckland, *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian*, cit., p. 518.

<sup>2346</sup> Cf. P. F. Girard/F. Senn, *Manuel élémentaire de droit romain*, cit, p. 782; R. W. Leage/A. M. Prichard, *Leage's Roman private law: founded on the Institutes of Gaius and Justinian*, cit., p. 388.

<sup>2347</sup> Cf. P. F. Girard/F. Senn, *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., p. 782; W. A. Hunter/J. A. Cross, *A systematic and historical exposition of Roman law in the order of a code*, cit., p. 446; M. Kaser/R. Dannenbring, *Roman private law*, cit., p. 228; W. W. Buckland, *A text-book of Roman law from Augustus to Justinian*, cit., p. 518.

<sup>2348</sup> Cf. P. F. Girard/F. Senn, *Manuel élémentaire de droit romain*, cit, p. 779; Jean Paul Gide, *La Novation et transport de créances en Droit Romain*, Larose, Paris, 1879, pp. 17 ss.

transmissão de crédito. O problema da intransmissibilidade de crédito já tinha sido superado na época justinianeia, todavia, os glosadores ainda assim regressaram ao pensamento clássico relativo à intransmissibilidade de crédito, com argumentos, nomeadamente de que os créditos não serem susceptíveis de posse, pelo que não admitem a *traditio*, negócio necessário para a transmissão dos bens. Existe, todavia, referência no âmbito dos glosadores a uma posição que possibilita a cessão de crédito, em que o cedente perde a possibilidade de disposição sobre ele.<sup>2349</sup>

Com o reconhecimento generalizado da cessão de crédito e o reconhecimento do seu carácter patrimonial, este passou a ser utilizada para vários fins, nomeadamente garantia de cumprimento. Quanto à cessão de crédito em garantia, na Alemanha, foi reconhecida pela primeira vez em 1875, na decisão do *Reichsoberhandelsgericht* e foi reconhecida na doutrina por REGELSDERGER, qualificando-o como negócio fiduciário em detrimento da configuração enquanto simulação. Em França, inicialmente não se admitia a cessão de crédito em garantia, recorriam apenas ao penhor de créditos referido nos artigos 2071 e seguintes do *Code* ou o endosso em garantia de títulos de crédito, nos termos do artigo 116, III, do Código Comercial Francês. A necessidade da cessão de crédito em garantia era suprida na prática com o recurso à venda de créditos a retro, conseguindo os mesmos efeitos, em vez da constituição do penhor de créditos, com a vantagem de subtrair o crédito à massa falida, em caso de insolvência do cedente. Embora posteriormente viesse a aceitar a cessão de créditos sob a condição suspensiva de não ocorrer o pagamento pelo cedente do crédito garantido na data fixada, inicialmente, a jurisprudência rejeitou este negócio, qualificando-o como cessão de créditos. Mais tarde, através da *Ordonnance* de 28 de Setembro de 1967, o Ordenamento jurídico francês reconhece o *crédit de mobilisation des créances commerciales*, que, apesar de não

---

<sup>2349</sup> Apenas a partir do século XIII é que os surgiram os primeiros sinais de uma verdadeira transmissão de crédito, em consequência de construções do direito costumeiro francês e das concepções humanistas. Ao que tudo indica, tomando por base a reflexão crítica de alguns historiadores do direito, a verdadeira alteração nessa matéria não se deu por intermédio de construções doutrinárias, mas pelas necessidades concretas advindas do desenvolvimento das trocas comerciais ao longo da expansão do império romano e mesmo após a sua cisão. Por mais que se considere a obrigação como um vínculo absolutamente pessoal, não impedia que mecanismos de transmissão de crédito fossem criados pelas necessidades práticas de cada época. A sustentação teórica para a cessão de créditos vem a se constituir com os pensadores jusnaturalistas que reconhecem no crédito um bem integrante do património do credor passível de circulação como as outras riquezas que ao seu lado figuram. A doutrina jusnaturalista trouxe uma concepção diferente da cessão de créditos, na medida em que, ao representar a obrigação como uma alienação da liberdade do devedor em benefício do credor, veio simultaneamente qualificar o direito de crédito como um direito de domínio sobre uma acção de outrem. Esta concepção levou ao reconhecimento de que o direito de crédito constituiria, à semelhança de outros direitos sobre coisas corpóreas, um elemento do património do credor, que poderia ser assim alienado como qualquer outra componente patrimonial.

constituir uma cessão de crédito em garantia, permitia a afectação de crédito a fins de garantia. Em 1980, com a *Loi Dailly*, foi reconhecida, em França, legalmente a cessão de crédito em garantia.

Em Portugal, a cessão de créditos já prevista nas Ordenações Manuelinas e, a partir daí, nas Filipinas levou a que os praxistas e civilistas portugueses conhecessem a figura com algum pormenor. Com efeito, o Visconde de Seabra colocou a cessão de crédito no capítulo IX – *Dos efeitos e cumprimento dos contratos* – em vez de o colocar no capítulo da compra e venda, diferentemente do Código Civil Francês, seguido neste particular pelo Código Civil Italiano de 1865 e pelo Código Civil Espanhol. No nosso Direito Interno o regime da cessão de crédito consta dos artigos 577.º e seguintes do Código Civil<sup>2350</sup>.

### **3. A ambiguidade doutrinária e jurisprudencial sobre cessão de crédito em garantia**

A doutrina francesa<sup>2351</sup> tem-se baseado nas decisões jurisprudenciais para fundamentar a admissibilidade generalizada da cessão de crédito em garantia. Na origem desta corrente, em primeiro lugar, é baseada na confusão entre a cessão de crédito em garantia e a cessão de crédito com função de cumprimento<sup>2352</sup>. Muitos autores basearam-

---

<sup>2350</sup> Em Portugal, tendo em conta a proibição dos negócios fiduciários, a doutrina tradicional questiona a admissibilidade da cessão de crédito em garantia. BELEZA DOS SANTOS, cf. Beleza dos Santos, *A Simulação*, cit., p. 127, posição também defendida por MANUEL DE ANDRADE, cf. Manuel de Andrade, *Teoria Geral*, II, cit., p. 177, considera que tendo em conta a divergência entre os efeitos legalmente pretendidos pelo negócio e a causa, os negócios fiduciários seriam proibidos sempre que correspondesse a negócios causais, por isso, a cessão de crédito em garantias seria nula, na medida em que não se tem em vista o efeito legalmente de transmissão de crédito, mas antes a constituição duma garantia. GALVÃO TELLES, cf. Galvão Telles, *Manual*, cit., p. 188 – 194, considera que os negócios fiduciários para fins de garantia constituem fraude à lei, o que veda a celebração de cessão de crédito em garantia. Para CUNHA GONÇALVES, cf. Cunha Gonçalves, *Tratado*, V, cit., p. 716, uma vez que o Código Civil de 1867 proibiu a venda à retro no seu artigo 1586.º, proibiu de forma geral os negócios fiduciários, quer da alienação de coisas, quer cessão de créditos. Em sentido contrário, VAZ SERRA, BFD, 30, 1954, p. 353, afasta obstáculos à cessão crédito em garantia, embora indicar estar a examinar o problema de Direito a constituir. Um dos argumentos a que a doutrina recorria para fundamentar a proibição dos negócios fiduciários é a tipicidade dos Direitos Reais, questão que CARLOS MOTA PINTO, Carlos Mota Pinto, *Cessão*, cit., p. 259, considera não se colocar, na medida em que a cessão de crédito em garantia trata-se de um negócio de disposição de créditos. É esta a posição corrente na doutrina portuguesa.

<sup>2351</sup> Cf. M. Vasseur, *La protection du banquier en cas de mobilisation de créances nées à court terme sur l'étranger*, RTD Com. 1977, p. 7; C. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1981, nota n.º 202; A. Cerles, *La propriété, nouvelle reine des sûretés?* in *Estudos em Homenagem a M. VASSEUR*, Banque, 2000, p. 39.

<sup>2352</sup> Cf. CA Grenoble, de 13 de Março de 1858, D.1858, II, p. 176; CA Guadeloupe, de 21 Maio de 1855, confirmado por *Cass. Civ.*, de 17 Maio de 1858, D. 1858, I, p. 212; *Cass. Civ.*, de 23 de Fevereiro de 1869, DP. 1869, I, p. 196; *Cass. Civ.*, de 30 de Dezembro de 1874, D.1876, I, p. 25; *Cass. Civ.*, de 12 de Agosto de 1879, D.1879, I, p. 473.

se nos acórdãos do século XIX, para afirmar que a jurisprudência foi completamente a favor da generalização da cessão de créditos em garantia.<sup>2353</sup> Na verdade, nenhum dos acórdãos mencionados pela doutrina do século XX admite expressamente a admissão generalizada da cessão de créditos em garantia<sup>2354</sup>, excepto CA Paris, de 7 de Dezembro de 1907<sup>2355</sup>, reconhecendo a validade da cessão de crédito comum em garantia. Todavia, convém esclarecer que o crédito em garantia não se confunde com a cessão de crédito com função de cumprimento, que consiste numa modalidade de dação *pro solvendo*. A dação significa e exprime o comportamento consciente do sujeito que transmite uma coisa a outro sujeito. Na maioria dos ordenamentos, inclusive o nosso, o legislador não define o que entende por entrega, remetendo esta tarefa ao intérprete, o qual, tendo por base alguns preceitos legais, nomeadamente as normas que disciplinam os contratos reais, terá de construir um conceito suficientemente amplo para abranger várias realidades.<sup>2356</sup> Na dação *pro solvendo*, a obrigação não se extingue automaticamente através da aceitação do credor, esta extinção é diferida para o momento em que o credor realiza o valor do bem dado *pro solvendo*. Com a aceitação do bem dado *pro solvendo*, o credor fica numa situação em que apenas no momento em que o bem seja alienado se extingue a obrigação.<sup>2357</sup> com efeito, entre a aceitação do bem *pro solvendo* e a realização do respectivo valor, o credor permanece titular da obrigação originária e, simultaneamente, pode lançar mão do *aliud*, independentemente de este ser coisa ou crédito, para extinguir a obrigação original. Como refere HUGO RAMOS ALVES<sup>2358</sup>, uma ilustração desta situação pode ser encontrada na cessão de créditos *pro solvendo*, pois estamos perante uma situação em que há um período de pendência em que o cessionário permanece titular de dois créditos, o antigo, para cuja satisfação obteve a cessão, e o novo, que recebeu com o intuito de extinguir o crédito anterior, extinguindo-se em função da realização da prestação que o devedor vier a realizar em relação ao novo crédito. Apesar de a cessão de créditos em garantia e a cessão de créditos com função de cumprimento recorrem ambas à estrutura fiduciária, mas não se confundem<sup>2359</sup>. Em relação às finalidades, a cessão de

---

<sup>2353</sup> Cf. M. Vasseur, *La cession de créance à titre de garantie (Loi n. ° 78-13 du 4 janvier 1978)*, *Revue Banque* n. ° 372, Abril de 1978, p. 458.

<sup>2354</sup> Cf. Ph. Van Steenlandt, *La généralisation de la cession fiduciaire de créance*, thèse, cit. p. 27; D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, cit., nota n.º 225.

<sup>2355</sup> CA Paris, de 7 de Dezembro de 1907, S. 1908, II, p. 185.

<sup>2356</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 360.

<sup>2357</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 363.

<sup>2358</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 364.

<sup>2359</sup> Sobre dação em cumprimento e cessão de crédito, cf. Vaz Serra, *Dação em função do cumprimento e dação em cumprimento*, in BMJ n.º 39, 1953, pp. 25-57; Vaz Serra, *Cessão de créditos ou de outros direitos*, in BMJ número especial, 1955, pp. 5-374; Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 566; Hugo

crédito com função de cumprimento desempenha a função essencialmente a função de preparação do cumprimento, função solutória, sendo a função de garantia (resultante da sua própria estrutura) acessória e indirecta<sup>2360</sup>. Diferentemente, a cessão de créditos em garantia visa garantir o cumprimento de uma obrigação – no caso de cumprimento, a dívida é satisfeita através do objecto da garantia, é cumprida por um terceiro<sup>2361</sup>. Na cessão de crédito com função de cumprimento, o cessionário pode satisfazer-se directamente pelo montante cobrado do crédito cedido, enquanto na cessão de crédito em garantia o cessionário/credor o pode fazer apenas no caso de incumprimento da obrigação garantida<sup>2362</sup>. Finalmente, o negócio base da cessão de crédito em função do cumprimento é um mandato (ou mera autorização) enquanto a cessão de crédito em garantia em regra tem por base um contrato de crédito<sup>2363</sup>. Assim, ficou demonstrado que estas figuras não se confundem, razão pela qual a admissibilidade jurisprudencial da cessão de crédito com função de cumprimento não significa, só por si, a admissibilidade da cessão de crédito em garantia. Importa realçar que alguns autores consideram que não se tratava propriamente duma confusão entre as duas figuras. Sobre este aspecto, importa realçar MICHEL VASSEUR<sup>2364</sup>, que sublinha que a noção de garantia referida pela jurisprudência deve ser entendida em termos económicos e não no sentido jurídico, pelo que visa incentivar a consagração generalizada da cessão de crédito em garantia.

Ainda houve dois<sup>2365</sup> acórdãos dos finais de anos 90 e início de ano 2000, com base nos quais a doutrina fundamenta a admissão generalizada da cessão de créditos em França. O primeiro refere-se a *Cass. 1ère Civ., de 20 de Março de 2001*<sup>2366</sup>, em que a decisão teve por objecto um crédito imobiliário, em que o devedor beneficiário de crédito cedem o crédito sobre rendas futuras ao seu credor. Contra o devedor/cedente foi

---

Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 364; L. M. Pestana de Vasconcelos, *Dos contratos de cessão financeira (factoring)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999; L. M. 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*, II, Livraria Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1274-1305; Alexandre Brandão da Veiga, *Transmissão de valores mobiliários*, Livraria Almedina, Coimbra 2004; António Ribeiro Simões, *Algumas notas sobre a dação em cumprimento*, in BFD, suplemento ao vol. XV, 1939, pp. 252-314.

<sup>2360</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 560.

<sup>2361</sup> Cf. Januário da Costa Gomes, *Assunção*, cit., p. 54.

<sup>2362</sup> Se a obrigação garantida for cumprida, o cessionário deverá retransmitir o crédito ao cedente.

<sup>2363</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 566.

<sup>2364</sup> M. Vasseur, *Les garanties indirectes du banquier*, Revue de jurisprudence commerciale, número especial, Fevereiro de 1982, p. 110.

<sup>2365</sup> Cf. Também *Cass. Com.*, de 7 de Outubro de 2005, n.º 04-14.722, Bull. Civ. IV n.º 198, p. 214, com os comentários do P. Crocq, *Panorama droit des sûretés*, Julho de 2005 a Setembro de 2006, D. 2006, número especial, pp. 2855 ss., p. 2862; R. Martin/H. Synvet, *Panorama droit bancaire*, octobre 2005 – décembre 2006», D.2007 p.753, número especial, p. 757.

<sup>2366</sup> *Cass. 1ère Civ.*, de 20 de Março de 2001, n.º 99-14.982, Bull. Civ., I, n.º 76, p. 48.

intentada uma execução colectiva, nos termos da qual o cessionário exigiu do locatário o pagamento das rendas vencidas e a vencer. O tribunal considera que as rendas eram futuras e indetermináveis à data da celebração do contrato, pelo que a cessão é nula por indeterminabilidade do objecto. O tribunal de recurso anulou a decisão recorrida, considerando, por um lado, que os créditos cedidos eram determináveis e, por outro que, ao abrigo do disposto no artigo 1689.º do Código Civil Francês, podiam ser cedidos créditos futuros ou eventuais, desde que determináveis. Com efeito, para a maioria da doutrina<sup>2367</sup>, o tribunal superior terá admitido a admissão generalizada da cessão de crédito em garantia. Todavia, o acórdão do Tribunal de Cassação não se refere em nenhum momento à função de garantia da cessão de crédito, limitando-se a abordar a determinabilidade do objecto da cessão, analisando apenas, nos termos do artigo 5.º do Código de Processo Civil Francês, os fundamentos e o objecto do recurso, pelo que parece arriscado deduzir do silêncio mantido pelo Tribunal sobre uma questão que não lhe foi colocada, *i.e.* a admissibilidade da cessão de crédito comum em garantia<sup>2368</sup>.

O segundo foi *Cass. 2ème Civ.*, de 22 de Maio de 2002<sup>2369</sup>. Desta vez o objecto de litígio foi a qualificação jurídica de uma operação complexa, nos termos da qual foi celebrado um contrato de mútuo entre uma instituição bancária e um cliente, com uma cláusula ambígua que dispõe que o devedor comprometeu-se a *ceder, delegar, transportar as rendas e indemnizações de ocupação a cobrar nos edifícios que tencionava arrendar*, cláusulas frequentes de *factoring*. O tribunal, com base nesta cláusula, entende estar diante de cessão de créditos. O mutuário, recorreu da decisão, alegando que o negócio devia ser qualificado como *mandato* e, tendo sido feito sem o consentimento do *mandatário*, não podia ser considerado válido. Estes fundamentos não foram acolhidos pelo Tribunal de Cassação, que rejeitou o recurso e confirmou a decisão recorrida, sublinhando que, tendo em conta a vontade comum das partes, tratava-se de uma cessão de créditos, pelo que a operação foi válida quem virtude de a cessão de créditos não requerer o consentimento do cedido. É certo que, ao decidir desta forma, o Tribunal de Cassação não anulou a cessão de créditos que, tudo levava a crer que foi celebrado com fins de garantia. Mais uma vez, o objecto do litígio e a apreciação do

---

<sup>2367</sup> Cf. I. Goaziou, *Validité conditionnelle des cessions de créances éventuelles consenties à titre de garantie*, JCP G, n.º 31, Julho de 2002, p. 1462 ; L. Aynès, *Une discrète consécration de la cession de créances futures à titre de garantie*, D. 2001, p. 3110.

<sup>2368</sup> Cf. P. Crocq, *L'efficacité incertaine de la cession Dailly*, Droit et Patrimoine, n.º 106, Julho – Agosto de 2002, p. 80.

<sup>2369</sup> Cf. *Cass. Civ.*, de 22 de Maio de 2002 n.º 99-11.052.

tribunal de recurso limita-se à qualificação do negócio jurídico em causa e não sobre a sua admissibilidade para fins de garantia. Assim, mais uma vez, deduzir do silêncio do Tribunal de Cassação, a admissibilidade implícita da cessão de crédito comum em garantia aparece, no mínimo, melindroso.

De facto, em França, durante muito tempo não houve um estudo aprofundado sobre a cessão de créditos em garantia. Esta ausência de estudos tem a ver com o facto de muitos autores entenderem que a figura é desnecessária, argumentando-se com o facto de ser possível obter resultados semelhantes usando os mecanismos do regime geral do Direito das Obrigações, bem como com a circunstância de o fim visado pela cessão de crédito em garantia também pode ser alcançado com o recurso a outros mecanismos, nomeadamente a cessão de crédito com função de cumprimento.<sup>2370</sup>

Recentemente, houve decisões judiciais - *Cass. Com.*, de 19 de Dezembro de 2006<sup>2371</sup> confirmada por *Cass. Com.*, de 26 de Maio de 2010<sup>2372</sup> rejeitaram expressamente a cessão de crédito comum em garantia. Resumidamente, estas decisões tiveram por base os seguintes argumentos:

Em primeiro lugar, negou-se a admissibilidade da cessão de crédito em garantia, com o fundamento de que em França, não se pode se pode, salvo previsão legal específica, transmitir um bem para fins de garantia, baseando-se essencialmente no antigo artigo 2078.º do *Code*. Antes da reforma de 23 de Março de 2006, este artigo proibía qualquer credor o direito de fazer seu o bem dado em garantia em caso de incumprimento. A verdade é que esta proibição já não existe no Direito positivo francês, pois foi *abolida* a proibição do pacto comissório<sup>2373</sup>. Quando o Tribunal de Cassação proferiu os acórdãos de 2006 e 2010, a proibição do pacto comissório ainda vigorava em França, razão pela se pode questionar se, uma vez abolida a proibição do pacto comissório, é admitida a cessão de créditos comum em garantia. Independentemente da natureza creditícia ou não da cessão de crédito em garantia, vimos que o risco fiduciário é muito residual nesta modalidade de garantia fiduciária.

Em segundo lugar, a sentença de 19 de Dezembro de 2006 parece afirmar a existência de um *numerus clausus* em garantias reais. De facto, ao afirmar “*que além dos casos previstos em lei, o ato pelo qual o devedor cede (...) para fins de garantia, todos*

---

<sup>2370</sup> Cf. Hugo Nadjar, *La généralisation de la cession de créance à titre de garantie*, Université Paris II, Paris, 2018, p. 17.

<sup>2371</sup> *Cass. Com.*, de 19 de Dezembro de 2006, n.º 05-16.395.

<sup>2372</sup> *Cass. Com.*, de 26 de Maio de 2010, n.º 09-13.388, Bull. Civ. IV n.º 94.

<sup>2373</sup> Cf., por exemplo, o artigo 2348.º do *Code*.



*os seus direitos sobre o devedor, constitui penhor de crédito*", o Tribunal de Cassação sustenta que apenas a lei pode conferir ao credor um direito de preferência.

Em terceiro lugar, foi utilizado um argumento meramente político. Por outro lado, estavam em curso os trabalhos preparatórios para a consagração legal do penhor de crédito. Efectivamente, sustentou-se que se o tribunal reconhecesse a cessão de créditos em garantia sem base legal estaria a eliminar de raiz a nova garantia, ou seja, o penhor de créditos seria nado-morto. Este fundamento é criticado por outra parte da doutrina que entende que o legislador não parece ter-se preocupado com esse tipo de considerações. Paralelamente, afirmou-se que se o legislador estivesse preocupado com esta situação, não teria consagrado, em 2007, as garantias fiduciárias no seio do Código Civil francês.<sup>2374</sup> A verdade é que a jurisprudência continua a rejeitar a generalização da cessão de créditos para fins de garantia.

Para encontrar uma justificação desta rejeição, parece necessário analisar o raciocínio sob o prisma do processo de insolvência e as finalidades que prosseguem. Durante os últimos 50 anos em França, o processo de insolvência e as finalidades que prosseguem sofreram profundas alterações. A lógica anterior à Lei de 25 de Janeiro de 1985<sup>2375</sup> visava sobretudo satisfazer os credores. Assim, originalmente, o processo de insolvência, sem deixar de se preocupar com a recuperação da empresa, era essencialmente uma ferramenta de liquidação de dívidas, destinava-se a favorecer os interesses dos credores e “punir” os devedores, que eram considerados os principais responsáveis que dão azo ao processo. Posteriormente, a partir de 1985, o processo começou a visar, em primeiro lugar, a recuperação da empresa, fazer face às dificuldades e salvar o emprego, em seguida, em uma segunda etapa e apenas em uma segunda etapa, liquidar os passivos. Desde então, o legislador parece ter ido em busca do equilíbrio entre os diferentes interesses representados. No entanto, quem refere equilíbrio, refere a protecção do devedor/garante.

#### **4. As ideias a reter**

Várias ideias devem ser retidas desta breve incursão no Direito Romano, porque reflectem profundas preocupações ao Direito francês e da OHADA, o fundamento da

---

<sup>2374</sup> Cf. Hugo Nadjar, *La généralisation de la cession de créance à titre de garantie*, cit. p. 32.

<sup>2375</sup> Loi n. ° 85-98 du 25 Janvier 1985 - relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

cessão de crédito. A primeira ideia é a impossibilidade de conceber uma existência autónoma de crédito. Os créditos foram considerados como intrinsecamente ligados à pessoa. Por isso, os romanos nunca consideravam o crédito como bem.

A segunda ideia importante é a incapacidade do Direito Romano de conceber a possibilidade de transferência de crédito. Esta situação é evidenciada pelos mecanismos utilizados pelos romanos para obter efeitos semelhantes à cessão de créditos: o uso do *mandato judicial* evidencia que o Direito Romano admitia a transferência de créditos apenas recorrendo à ideia de uma substituição de sujeitos na relação jurídica, no âmbito de um procedimento judicial.

A terceira ideia importante é a repressão às cessões de crédito para fins especulativos pela proibição de cessões litigiosas e pela possibilidade de o devedor se desvincular do pagamento do preço pago pelo cessionário, posição que inspirou o regime de cessão de créditos litigiosos no Direito francês.

Em França<sup>2376</sup>, apenas recentemente se instituiu o regime geral da cessão de créditos.<sup>2377</sup> O fluxo e a evolução das transacções de crédito exigiam um regime próprio

---

<sup>2376</sup> Sobre a matéria da cessão de crédito em garantia em França, cf. P. Crocq, *fiducie-sûreté. cession Dailly. Défaut d'application des nullités de la période suspecte. une bonne affaire pour les banques!*, in RTDCiv., 1996, p.671; P. Crocq, *Fiducie-sûreté : la cession Dailly ne peut faire l'objet d'une acceptation anticipée*, RTDCiv. 2000, p. 877; P. Crocq, *Cession de créance à titre de garantie*, Lamy Droit des sûretés, 2017 ; P. Crocq, *L'efficacité incertaine de la cession Dailly*, Dr. et patrimoine n.º 106, Julho - Agosto de 2002, p. 80; M. Julienne, *Cession de créance: transfert d'un bien ou changement de créancier?*, Droit et patrimoine n.º 249, Julho de 2015, 2015, p.69; D. Legeais, *La cession de créance à titre de garantie, hors les cas prévus par la loi, est constitutive d'un simple nantissement de créance*, Anotações a Cass Com. 19 déc. 2006, JCP G, 2007, II, 10 067; M. Cabrillac, *L'acte de cession portant une date antérieure à celle du bordereau Dailly ne vaut pas acceptation*, RTDCom. 2000, p. 425; M. Cabrillac, *Cession Dailly. Effets, modifications (L. de sécurité financière n.º 2003-706, 1er août 2003)*, RTDCom., 2003, p. 784 ; L. Aynès, *Une discrète consécration de la cession de créances futures à titre de garantie*, D. 2001, p. 3110 ; L. Aynès, *La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ?*, D (ou Recueil Dalloz), 2006, p. 961; D. Legeais, *Cession et nantissement de créances professionnelles*, Effets, J.-Cl. Commercial, 2013; N. Borga, *L'attrait d'une cession fiduciaire requilifiée*, D. 2010, p. 2201; A. el Mejri, *Cession Dailly - Bordereau Dailly : utiles précisions au sujet des conditions de forme, de la notification et de la portée des stipulations de l'acte générateur de la créance*, Anotações à Cass. Com., 11 octobre 2017, RDBF n.º 1, Janeiro de 2018, II; M. Vasseur, *La cession de créance à titre de garantie (Loi n.º 78-13 du 4 janvier 1978)*, Revue Banque n.º 372, Abril de 1978, 1978, p. 458. Sobre a cessão de crédito em geral, Ainda pode ver a Convenção das Nações Unidas sobre a Cessão de Crédito Internacional in <http://www.uncitral.org>.

<sup>2377</sup> Sobre a matéria da cessão de crédito em garantia em França, cf. P. Crocq, *fiducie-sûreté. cession Dailly. Défaut d'application des nullités de la période suspecte. une bonne affaire pour les banques!*, in RTDCiv., 1996, p.671; P. Crocq, *Fiducie-sûreté : la cession Dailly ne peut faire l'objet d'une acceptation anticipée*, RTDCiv. 2000, p. 877; P. Crocq, *Cession de créance à titre de garantie*, Lamy Droit des sûretés, 2017 ; P. Crocq, *L'efficacité incertaine de la cession Dailly*, Dr. et patrimoine n.º 106, Julho - Agosto de 2002, p. 80 ; M. Julienne, *Cession de créance: transfert d'un bien ou changement de créancier?*, Droit et patrimoine n.º 249, Julho de 2015, 2015, p.69; D. Legeais, *La cession de créance à titre de garantie, hors les cas prévus par la loi, est constitutive d'un simple nantissement de créance*, Anotações a Cass Com. 19 déc. 2006, JCP G, 2007, II, 10 067; M. Cabrillac, *L'acte de cession portant une date antérieure à celle du bordereau Dailly ne vaut pas acceptation*, RTDCom. 2000, p. 425; M. Cabrillac, *Cession Dailly. Effets, modifications (L. de sécurité financière n.º 2003-706, 1er août 2003)*, RTDCom., 2003, p. 784 ; L. Aynès, *Une discrète consécration de la cession de créances futures à titre de garantie*, D. 2001, p. 3110 ; L. Aynès,

da sua transacção por via negocial, o que foi feito através da *Ordonnance n.º 2016-131 du 10 Février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. Assim, a cessão de crédito surge transfigurada nos artigos 1321.º e seguintes do Código Civil Francês. Transfigurada porque, durante dois séculos<sup>2378</sup>, à cessão de crédito foi aplicado o regime de compra e venda e a reforma de 2016 inseriu-a no regime geral do Direito das. De acordo com o novo regime, a cessão deve ser reduzida a escrito, tendo deixado de ser exigido documento autêntico (artigos 1321 a 1326 do *Code*. Com a reforma de 2016), a cessão de créditos foi, como no nosso sistema, consagrada no seu devido lugar, *i.e.* enquanto figura geral do Direito das Obrigações.<sup>2379</sup>.

## 5. A estrutura da *cessio in securitatem*

A cessão de créditos em garantia constitui, para o cessionário, uma garantia similar à fiança. Na cessão de créditos em garantia, uma das partes, no âmbito de uma regulamentação contratual mais ampla, transmite à outra, um crédito pecuniário sobre um terceiro seu devedor, para garantir o cumprimento de uma obrigação principal, em regra, proveniente de um empréstimo<sup>2380</sup>. Assim, o devedor transmite um crédito seu sobre terceiro, por forma a assegurar que o cessionário, que passa também a ser titular desse direito, vir cobrar o crédito que o cedente detinha contra o terceiro. Se o cedente cumprir a sua obrigação perante o seu credor/cessionário, este deve retransmitir o crédito ao cedente, sem se enriquecer à custa do cedente. Este esquema revela que a cessão de crédito constitui um negócio com uma estrutura fiduciária<sup>2381</sup> - a transmissão de um

---

*La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ?*, D (ou Recueil Dalloz), 2006, p. 961; D. Legeais, *Cession et nantissement de créances professionnelles, Effets*, J.-Cl. Commercial, 2013; N. Borga, *L'attrait d'une cession fiduciaire requalifiée*, D. 2010, p. 2201; A. el Mejri, *Cession Dailly - Bordereau Dailly : utiles précisions au sujet des conditions de forme, de la notification et de la portée des stipulations de l'acte générateur de la créance* » *Anotações a Cass. com.*, 11 octobre 2017, RDBF n.º 1, Janeiro de 2018, II; M. Vasseur, *La cession de créance à titre de garantie (Loi n.º 78-13 du 4 janvier 1978)*, *Revue Banque* n.º 372, Abril de 1978, 1978, p. 458. Sobre a cessão de crédito em geral, Ainda pode ver a Convenção das Nações Unidas sobre a Cessão de Crédito Internacional in <http://www.uncitral.org>.

<sup>2378</sup> Cf., por exemplo, *Cass. Civ.*, de 17 Maio de 1858, D.1858, I, p. 212 ; *Cass. Civ.*, de 23 Fevereiro de 1869, DP. 1869, I, p. 196; *Cass. Civ.*, de 30 Dezembro de 1874, D. 1876, I, p. 25; *Cass. Civ.*, de 12 Agosto de 1879, D. 1879, I, p. 473.

<sup>2379</sup> Cf. P. Crocq, *L'efficacité incertaine de la Cession Dailly*, *Droit et Patrimoine* n.º 106, Julho – Agosto de 2002, p. 80. Com a reforma do Direito das garantias, o legislador da OHADA introduziu expressamente uma nova garantia – a cessão de crédito em garantia – fortemente inspirada na *Cession Dailly* – uma *cessão de crédito profissional em garantia* que regista um grande sucesso no Ordenamento Jurídico Francês.

<sup>2380</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Da Compensação no Direito Civil e no Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 188 e Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, *cit.*, p. 347.

<sup>2381</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias*, 6.ª ed., p. 441 e Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, *cit.*, p. 347-348.

direito não credor, que está obrigado a exercer de determinada forma (posição do fiduciário) e, posteriormente, verificando-se determinadas circunstâncias (neste caso, cumprimento), a retransmitir – que se integra num negócio mais vasto<sup>2382</sup>.

## 6. A patrimonialização do crédito

Durante muito tempo<sup>2383</sup>, a ausência de um procedimento que permitisse uma transferência eficaz do crédito revelou-se prejudicial aos negócios. Na verdade, tal como sucedia com a *fiducia* no Direito romano, a cessão de créditos pode ser utilizada para a realização dos mais variados fins<sup>2384</sup>, nomeadamente doação, dação em pagamento, venda, desconto bancário, garantia. Talvez esta versatilidade explique a razão pela qual o mundo jurídico começou paralelamente a olhar para o crédito não apenas como um mero direito à prestação, mas também como um *bem*. Alias, até em relação aos créditos futuros<sup>2385</sup>, o fenómeno da sua *patrimonialização*, sob influência dos objectivistas e a teoria económica da obrigação<sup>2386</sup>, controverso<sup>2387</sup>, mas ainda afirmou<sup>2388</sup> as suas virtuosidades e suas metamorfoses. Porque o crédito representa inegavelmente uma fonte de riqueza<sup>2389</sup>, tornou-se imprescindível que a lei deixasse de considerá-la simplesmente como o lado activo de um relacionamento interpessoal. A natureza estritamente pessoal da relação obrigacional teve de se curvar diante de considerações de ordem económica<sup>2390</sup> e, portanto, o aspecto patrimonial do crédito combinado com seu aspecto pessoal.<sup>2391</sup>

---

<sup>2382</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 348.

<sup>2383</sup> Sobre a evolução histórica da cessão de crédito, cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 367 ss.; Menezes Leitão, *Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 23 e seguintes.

<sup>2384</sup> Cf. Y. Emerich, *La propriété des créances: approche comparative*, LGDJ, 2007, p. 147 ss.

<sup>2385</sup> Cf. F. Moulière, *Nantissement de créances futures, nouveau contrat aléatoire*, RTDCom. 2011, p. 677; C. Corgas-Bernard, *La cession de créances futures à titre de garantie*, RJO 2002-4, p. 467; P. Crocq, *Le nouvel acte uniforme portant organisation des sûretés. La réforme du droit des sûretés de l'OHADA*, Lamy, 2012, p. 230; P. Delebecque, *Anotações a Cass. 2e civ., 11 mai 2000*, n.º 97-12362, Bull. Civ. II, n.º 77, p. 54; G. Forest, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé*, Dalloz, 2012, p. 20; L. Andreu/N. Thomassin, *Cours de droit des obligations*, 2.ª ed., 2017-2018, Gualino, p. 35.

<sup>2386</sup> Cf. R. Savatier, *La théorie des obligations: vision juridique et économique*, Dalloz, 1967, p. 8; G. Baudry-Lacantinerie/M. Chavau, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens*, 1896, Larose, p. 11; M. Mignot, *La notion de bien, Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie*, RRJ, 2006, p. 1807.

<sup>2387</sup> Cf. M. Billiau, *La transmission des créances et des dettes*, LGDJ, 2002, p. 17 ss.

<sup>2388</sup> Cf. J. Ghestin/M. Billiau/G. Loiseau, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, p. 1130.

<sup>2389</sup> Cf. M. Tchemdjou, *La patrimonialisation des actes d'entraide familiale*, Gaz. Pal. 15 de Janeiro de 2002, n.º C6536, p. 3.

<sup>2390</sup> Cf. J. Gaudemet/E. Chevreau, *Droit Privé Romain*, 3.ª ed., Montchrestien, 2009, p. 258.

<sup>2391</sup> Cf. S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960, p. 35.

Tudo o que restava era admitir a sua plenamente transmissão.<sup>2392</sup> Actualmente, os códigos modernos admitem a cessão de crédito. O nosso por exemplo, artigos 577.º e seguintes do Código Civil, apesar de não se referir a um negócio típico, contem uma disciplina de efeitos, transmissão do crédito, que podem ser desencadeados por qualquer negócio translativo. Ao fazê-lo, o Código Civil admitiu a autonomia conceitual da noção de crédito e dotá-la de um regime especial que permite a sua transmissão. Porque o crédito constitui um valor, o proveito que representa pode circular independentemente consentimento, ou mesmo do conhecimento do devedor cedido. O crédito é um vínculo interpessoal e a sua transmissão gera uma modificação unilateral de uma relação obrigacional.<sup>2393</sup> A cessão de créditos em garantia desempenha um papel muito importante na prática e apresenta certas vantagens para seu beneficiário em relação ao penhor. No entanto, a cessão de crédito em garantia apresenta alguns inconvenientes para o beneficiário da garantia – por exemplo, a insolvência do devedor cedido, problema que pode também atingir os direitos do credor pignoratício, bem como o risco da dupla transmissão. Na prática, as instituições de crédito podem solicitar a garantia tanto na forma cessão de crédito como na forma de penhor de crédito. No entanto, na França e na Suíça, actualmente, a cessão de créditos tem substituído o penhor de créditos, o que se deve em parte à situação mais forte e mais simples do cessionário em caso da falência do cedente em relação ao credor pignoratício em caso de falência do cedente.<sup>2394</sup>

---

<sup>2392</sup> Foi o que o imperador Gordiano III, durante o chamado período de anarquia militar – e, certamente, para evitar qualquer anarquia de negócios – não hesitou em fazer. No ano 240 - C., 8, 41, 3 – suprimiu todas as desvantagens da procuração *in rem suam* e no ano 243 - C., 4, 10, 1 - dotou o mandatário, desde a celebração do acto, de um direito independente e exclusivo à reclamação.

<sup>2393</sup> O artigo 601.º CC ao prever que *pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora*, e a penhora de crédito, o legislador transforma o crédito em bem, que constitui o património do seu devedor e que, responde pelas dívidas deste.

<sup>2394</sup> Sucede que os créditos são cedidos por diferentes finalidades, todavia, em regra, são cedidos para garantir ao cessionário o cumprimento da obrigação do cedente através do seu crédito perante terceiro, que, em regra, resulta da sua actividade profissional. Neste caso, constitui um instrumento adequado para o cedente que não dispõe de meios suficientes para garantir o seu financiamento. Pense-se em pequenas e médias empresas, que também podem participar numa operação de financiamento ao lado de outras empresas de um grupo.

## SECÇÃO II - REGIME JURÍDICO DA CESSÃO DE CRÉDITOS EM GARANTIA

### SUBSECÇÃO I - REGIME MATERIAL

#### 1. Direito Interno como disciplina de efeitos

De acordo com o nosso regime interno<sup>2395</sup>, a cessão de crédito, salvo no caso de envolver os créditos hipotecários, não é sujeita a forma especial (artigo 578.º/2 CC). Em relação ao objecto, este consiste num crédito ou conjunto de créditos presentes ou futuros, desde que sejam determináveis. A incedibilidade convencional só é oponível ao cessionário se este a conhecia no momento da cessão, nos termos do artigo 577.º CC. A cessão em garantia não pode ter por objecto créditos, cuja natureza da prestação, estejam ligados à pessoa do credor ou quando a lei exclui a cedibilidade tenha sido excluída por lei, artigo 577.º/1 CC. O termo cessão de crédito designa a transmissão de crédito com fonte negocial e não a própria fonte que a desencadeia<sup>2396</sup>. Assim, o regime de cessão de créditos não constitui um tipo negocial autónomo, mas sim uma disciplina de efeitos jurídicos, que qualquer negócio translativo<sup>2397</sup> pode desencadear. Tal disciplina de efeitos

---

<sup>2395</sup> Para se operar uma cessão de créditos, conforme previsto no artigo 577.º do Código Civil, terá de estar subjacente um negócio jurídico entre um devedor e um credor. Por vontade do credor, este transmite o seu crédito a um terceiro, que adquire o direito de o cobrar ao devedor cedido. O credor poderá transmitir a totalidade ou a parte do seu crédito, independentemente do consentimento do devedor. Consiste, portanto, esta figura, em regra, na substituição do credor originário por outra pessoa, mantendo-se inalterados os restantes elementos da relação obrigacional. Sublinhe-se que não se produz a substituição da obrigação antiga por uma nova, mas uma simples modificação subjectiva que consiste na transferência daquela pelo lado activo, cf. J. Ghestin/M. Billiau, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, 2005, LGDJ, p. 1131. Efectivamente a substituição do credor originário não consubstancia uma novação, ou seja, com a novação criar-se-ia uma nova obrigação em substituição da primeira, pelo que se extinguiria a primeira obrigação e expressamente se faria um novo acordo, conforme artigo 857.º CC. No caso concreto da cessão não se operam efeitos novatórios por se manter a obrigação original. Com a substituição do credor originário por outra pessoa, mantêm-se inalterados os restantes elementos da relação obrigacional, ou seja, as partes mantêm-se vinculadas ao abrigo contratual, à excepção do pagamento que se fará ao cessionário. O nosso Código Civil prevê que a transmissão de créditos se opere mediante cessão - artigo 577.º a 588.º CC ou sub-rogação - artigos 589.º a 594.º CC. E admite, igualmente, a transmissão singular de dívidas, isto é, a figura da assunção de dívida - artigos 595.º a 600.º CC.

<sup>2396</sup> Cf. Assunção Cristas, *Dupla Venda de um Direito de Crédito*, in *O Direito*, 132, 2000, I-II, pp. 197-245, p. 211.

<sup>2397</sup> A cessão pode ter vários objectivos, o cedente prevê uma contrapartida - cessão a título oneroso - ou poderá o credor fazer uma cessão a título gratuito. Nos termos do artigo 578.º CC, os requisitos e efeitos da cessão entre as partes definem-se em função do tipo de negócio que lhe serve de base. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*. Vol. II, Reimpressão da 7.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2003, p. 301, considera que se a transmissão do crédito operada pelo credor tiver por base uma venda de crédito - artigo 874.º CC - e a venda for nula ou vier a ser anulada por qualquer vício inerente à formação do negócio (por ser de outrem o crédito cedido; por causa do erro, dolo ou coação de que foi vítima o comprador, a transmissão é directamente atingida pela nulidade ou anulação, e os efeitos da invalidade repercutem-se na esfera jurídica de terceiros, de harmonia com as regras fixadas nos artigos 289.º - efeitos da declaração da nulidade ou anulação - a 291.º CC - inoponibilidade da nulidade e da anulação.

jurídicos reconduz-se principalmente a sucessão no direito de crédito e a deslocação do valor do património de cedente para o cessionário.

## 2. O regime da cessão de crédito em garantia inspirado na *cession Dailly*

O legislador da OHADA, com a reforma de 2010, introduziu uma nova garantia no AUG, a cessão de créditos em garantia, cujo regime jurídico, em relação à constituição e efeitos, é inspirado na *cession Dailly* do Direito francês. Nos termos do artigo 3.º AUG, “*considera-se devedor profissional para efeito do presente Acto Uniforme todo o devedor cuja dívida seja contraída no exercício da sua profissão ou se encontre em relação directa com uma das suas actividades profissionais, ainda que não seja a principal*”.<sup>2398</sup> Actualmente, as instituições bancárias são, como no passado, as principais fornecedoras de crédito e, desde muito cedo representaram o principal meio de refinanciamento a curto prazo aos profissionais. A fim de permitir que as instituições de crédito cumpram da melhor forma essa função, o legislador rapidamente disponibilizou aos profissionais as

---

<sup>2398</sup> A partir de 28 de Setembro de 1967, em França, a *Ordonnance n.º 67-838* introduziu a designada *facture protestable*, cf. J. Becqué/M. Cabrillac/J-L Rives-Lange, *Les factures protestables*, JCP G 1968, I, 2131, pp. 7 ss., que visa garantir créditos concedidos por instituições bancárias aos comerciantes através da mobilização dos créditos comerciais. O processo era relativamente simples: o *crédits de mobilisation des créances commerciales* (CMCC), constitui um empréstimo representado por um título à ordem subscrito por um comerciante e que permite o banqueiro recuperar o seu crédito. Quando o banco exige a garantia, a referida *Ordonnance n.º 67-838* permite o comerciante emitir uma *facture protestable* que, no fundo, representa apenas um crédito do comerciante sobre um terceiro. Este crédito é utilizado através da sua cessão ao banqueiro para garantir o cumprimento da obrigação do comerciante/cedente. Esta garantia fiduciária, por mais vantajoso, cf. P. Crocq, *Cession de créance à titre de garantie*, Lamy Droit des Sûretés, 2017, p. 11 ss., que seja, na altura, não atraiu o sector bancário por causa do seu pesado formalismo, cf. M. Vasseur, *Anotação à Cass. 2ème Civ.*, de 1 de Julho de 1976, D. 1977, p. 415. Mais tarde, passados onze anos, em 1978, a *Ordonnance n.º 67-838* foi sucedida pela Lei n.º 78-13, de 4 de Janeiro de 1978, que abriu a possibilidade a certas pequenas e médias empresas a se refinanciarem utilizando os seus créditos como garantia de cumprimento. O campo de aplicação muito restrita deste instrumento jurídico e a necessidade da sua extensão, nomeadamente nas relações entre bancos e profissionais incitou o legislador a produzir uma nova lei no sentido de dar resposta a esta necessidade. Este alargamento foi feito através da Lei n.º 81-1 de 2 de Janeiro de 1981, que visa facilitar o financiamento às empresas. Essa lei é também designada da *cession Dailly* e constituiu uma verdadeira revolução na matéria da cessão de crédito em França. Antes da sua vigência as operações eram desenvolvidas essencialmente através do desconto bancário, nos termos do qual, o banco entrega uma quantia ao seu cliente em troca de um crédito, ainda não vencido sobre um terceiro. Assim, o banco deduzia uma parcela correspondente ao juro e a extinção operava salvo boa cobrança. Em regra, funcionava sobre o título de crédito, ou seja, o cliente cedia ao banco um título que incorpora o débito do terceiro. De facto, havia certas inconveniências, na medida em que o desconto era afectado pelas vicissitudes que atingiam os títulos. No fundo, tratava-se de mútuo com *datio pro solvendo*, cf. Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 6.ª ed., cit., p. 702. São inúmeras as vantagens que esta garantia fiduciária proporciona, nomeadamente garante a constância da liquidez das empresas ao permitir a transferência global dos fluxos de crédito em um único documento; reduz drasticamente o custo de mobilização, permite ceder diferentes tipos de créditos profissionais - delitual como contratual, presente como futuro, vencido ou a vencer; implica uma transferência imediata de crédito e torna-se oponível a todos na data afixada no *bordereau* e o Tribunal de Cassação tem reafirmado a sua eficácia no âmbito dos processos colectivos, sobretudo, contra o Devedor/cedente, cf. *Cass. Com.*, de 22 de Março 2017, in <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000034277986>.

ferramentas para facilitar a mobilização de créditos em seu benefício. Conscientes da preocupação com a necessidade da eficiência nas relações interprofissionais e que nenhum mecanismo de direito comum permitia utilizar um crédito como garantia, o legislador delineou mecanismos fiduciários sobre o crédito, adaptados às expectativas do sector bancário.

A cessão de créditos em garantia constitui um negócio jurídico, nos termos do qual uma das partes, cedente, transfere a outra, cessionário, um ou mais créditos, parcial ou total, a outra pessoa para fins de garantia. Este instituto desempenha essencialmente duas funções: de um lado, visa reforçar os direitos dos credores; de outra parte, visa modificar a distribuição de crédito, favorecendo o desenvolvimento do crédito ao comprador, no sentido de substituir o crédito ao fornecedor. A cessão de créditos para fins de garantia é realizada por emissão de um *bordereau* por um profissional ao seu banco<sup>2399</sup>. Este documento compreende menções obrigatórias, nomeadamente a identificação do crédito e do devedor cedido. Uma das particularidades dessa cessão é o seu carácter global e o facto de ser oculta. Por meio deste negócio o credor transfere seus créditos a terceiro estranho a relação obrigacional de origem, que também é credor do cedente no âmbito de uma outra relação jurídica.<sup>2400</sup>

---

<sup>2399</sup> Cf. D. Legeais, *Droit des Sûretés*, cit., p. 463.

<sup>2400</sup> Esta garantia fiduciária foi implementada em França com a *Lei Dailly* em Janeiro de 1981, alterada em 1984, e denominada a *cession Dailly* devido ao senador Étienne Dailly, que foi o seu principal impulsor. De um modo geral, esta figura é dedicada às empresas em nome individual, às sociedades ou pessoas singulares profissionais liberais com necessidades de soluções de financiamento ou eventualmente de fundos. Este pedido apenas pode ser dirigido às instituições de crédito por meio de *bordereau*. Em França, através da *cession Dailly*, os credores têm a possibilidade de ceder seus créditos profissionais, suas garantias. Essa operação ocorre dentro de uma estrutura geralmente simples. Além disso, uma das formas mais conhecidas de cessão de crédito é a *cession Dailly*, que se destina a facilitar a obtenção de crédito por parte das empresas. O regime da *cession Dailly* consta do artigo L-313-23 do CMF, e baseia-se num negócio, nos termos do qual uma pessoa transfere o seu crédito sobre um dos devedores a uma instituição de crédito como garantia de um financiamento. Pela segurança jurídica que proporcionam às pessoas que recorrem a esta figura, constitui uma ótima forma de uma empresa obter financiamento de curto prazo. As empresas que apresentam dificuldades financeiras são as que mais recorrem à *cession Dailly*. Os atrasos de pagamento que prejudicam o desenvolvimento das actividades empresariais ou a imagem de um grupo são uma das razões para recorrer à *cession Dailly*. Através desta estrutura negocial, existem várias formas de créditos possíveis, nomeadamente através de crédito em conta corrente ou crédito a descoberto bancário. O estabelecimento de crédito/cessionário, a partir da data em que figura no *bordereau* como cessionário tem três possibilidades – deixar ao cuidado do cedente o a faculdade de cobrança de crédito em seu nome; pode notificar o devedor cedido; pode obter o consentimento expresso do devedor cedido. Uma vez notificado o devedor cedido, este já não pode cumprir perante o cedente. Uma vez consentida pelo devedor cedido, este não pode opor ao cessionário as excepções derivadas da sua relação com o cedente. Quando a *cession Dailly* é celebrada para fins de garantia, o crédito cedido retransmite-se automaticamente e sem formalidades para o património do cedente. A retransmissão dá-se nos mesmos termos em caso da renúncia da garantia por parte do credor/cessionário, cf. *Cass. 1<sup>er</sup> Civ.*, de 219 de Setembro de 2007, in RDBF, Novembro - Dezembro, 2007, 209. Todavia, como desvantagem da *cession Dailly*, aponta-se o seu carácter oculto, problema inerente a qualquer transferência oculta de direito. Em França, multiplicaram-se os conflitos delicados de resolver e, alega-se que constitui uma insegurança jurídica de transacções bancárias pouco compatível com as exigências do documento escrito, cf. D. Legeais, *Droit des Sûretés*, cit., p. 463.



### 3. Cessão de créditos em garantia no âmbito das garantias reais

De acordo com o nosso Direito Interno, a disciplina da cessão de créditos, participa de uma das características dogmáticas do Direito das Obrigações que é o facto de operar com esquemas conceptuais muito abstractos<sup>2401</sup> que, às vezes, se afastam das situações da vida a que se irão aplicar. Uma das situações curiosas é que, não obstante ter por objecto situações estritamente obrigacionais, a cessão de crédito, devido ao seu enquadramento nos negócios dispositivos, leva a que a mesma se adopte formulações próprias dos negócios translativos de direitos reais, que se afastam do regime comum das obrigações, nomeadamente a exigência da legitimidade do cedente para a alienação do crédito; a transmissão do crédito por mero efeito do contrato (artigos 408.º, 879.º a) e 954.º a), ambos do Código Civil); prioridade em caso de dupla alienação do mesmo crédito<sup>2402</sup>. Assim, enquanto negócio dispositivo, a cessão de crédito tem um regime genérico e um regime específico em face da multiplicidade de funções<sup>2403</sup> que pode ser chamada a desempenhar que, no nosso caso, quando é constituída com fins de garantia de uma obrigação, em regra, do cedente, caso em que estaremos perante cessão de crédito em garantia. O AUG consagrou a cessão de créditos em garantia na parte dedicada às garantias reais. De acordo com o nosso conceito de garantias reais, a cessão de crédito constitui uma garantia obrigacional, tendo em conta o seu objecto. Mesmo que se considere o conceito de garantias reais de acordo com o disposto na última parte do artigo 4.º AUG – *direito de voltar a livremente dispor de um bem de que seja proprietário em*

---

<sup>2401</sup> A cessão de crédito constitui um negócio jurídico causal, na medida em que se encontra ligada à causa que originou a transmissão do crédito. Se a transmissão do crédito tiver por base uma venda de crédito e a venda for nula ou vier a ser anulada, essa transmissão vai ser directamente atingida pela nulidade ou anulação, porque conforme refere o artigo 289.º CC, tanto a declaração de nulidade como a anulação do negócio têm efeito retroactivo devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, o valor correspondente. As obrigações recíprocas de restituição devem ser cumpridas simultaneamente - artigo 290.º do CC. Consta do artigo 291º CC, relativamente ao negócio jurídico que respeite a bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, referindo que a declaração de nulidade ou a anulação do negócio jurídico não prejudica os direitos adquiridos por terceiro de boa-fé, se o registo da aquisição for anterior ao registo da acção. Todavia, se a acção for proposta e registada dentro dos três anos, contados após a conclusão do negócio, os direitos de terceiro já não são reconhecidos. É considerado terceiro de boa-fé, aquele que sem culpa desconhecia o vício do negócio nulo ou anulável. Assim, o n.º 1 do artigo 578.º CC apresenta a regra do regime aplicável para os requisitos e efeitos e remete para a causa variável da transmissão do crédito.

<sup>2402</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Crédito*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 439-440.

<sup>2403</sup> A cessão de dívida pode ser utilizada para realizar as mais diversas finalidades. Desde Já há muito que a doutrina procura sublinhar o vasto campo que a mobilização de um crédito pode cobrir e muitas funções que pode desempenhar. Assim, quando a cessão de crédito é efectuada gratuitamente constitui uma doação; se for feita para extinguir uma obrigação, pode ser qualificada de uma das modalidades de dação em pagamento, sendo o crédito cedido em pagamento de outro crédito. A cessão de crédito ainda pode constituir o instrumento de desconto mediante a obtenção imediata de fundos a um credor a prazo; enfim, como veremos, pode ser o meio de constituição da garantia de crédito.

*garantia dessa obrigação* (o cessionário, tecnicamente, não é proprietário do crédito cedido, não há direito de propriedade sobre o crédito, o cessionário passa a ser credor daquela prestação a que o cedido estava vinculado, ele é, sim, o titular daquele crédito), a menos que consideremos que o termo propriedade foi empregue no sentido de “dono” ou “titular”, o que não corresponderia ao sentido técnico – jurídico do termo propriedade.

Na verdade, a *patrimonialização* do crédito gerou numa aproximação entre crédito e propriedade enquanto bens passíveis de livre disposição. O facto de esta recomposição conceitual ocorrer no pensamento *jus racionalista* não é aleatório. Trata-se de mais um sinal da cisão entre pessoas e bens<sup>2404</sup>. Nestas circunstâncias, faltava apenas relativizar a eficácia da *traditio* na transmissão da propriedade para se alcançar a livre disposição do crédito. Neste aspecto, conforme refere MENEZES LEITÃO<sup>2405</sup>, o salto foi dado por PUFENDORF: A doutrina de GRÓCIO já seguida por PUFENDORF (1632-1694) para quem a propriedade, consistindo na atribuição de um bem a outra pessoa com exclusão de todas as outras, pode ter por objecto não apenas as coisas corpóreas, mas antes qualquer bem que por si ou justamente com outro possa ser de utilidade para o ser humano. Esta doutrina defende o conceito amplo da propriedade.

PUFENDORF refere-se na parte referente à transmissão da propriedade em termos idênticos à transmissão de coisas e de direitos, sustentando igualmente que, ao contrário do que sucedia no Direito Civil, a entrega material da coisa – tradição - não é necessária à transmissão da propriedade, uma vez que esta seria uma *qualitas moralis*, uma pura categoria jurídica, que deve ser separada do domínio fáctico sobre o objecto. A posse seria assim em relação à propriedade apenas um complemento, uma pura execução empírica de uma *qualitas moralis* já existente, a propriedade. Mas, dado que a propriedade como *qualitas moralis* não poderia depender de circunstâncias físicas, produzindo efeitos *erga omnes*, apenas o contrato, sendo também uma *qualitas moralis*, poderia determinar a sua transmissão, sendo dispensável a tradição, salvo para quem integre a posse no conceito de propriedade. PUFENDORF chega assim à conclusão de que a transmissão da propriedade tanto abrange coisas como direitos - *translatio iurium atque rerum* -, admitindo assim uma sucessão singular nos créditos, na medida em que estes, como objecto de propriedade, poderiam ser transmitidos por contrato.

---

<sup>2404</sup> Cf. Rodrigo Xavier Leonardo, *A cessão de créditos: reflexões sobre a causalidade na transmissão de bens no direito brasileiro*, Revista da Faculdade de Direito UFPR, 2005, p. 40.

<sup>2405</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Crédito*, cit., p. 132 e seguintes.

Para os franceses,<sup>2406</sup>, o bem jurídico não significa “*l’objet*”, mas sim direito sobre “*cet objet*”, o pensamento jurídico alemão “*ne connaît pas de propriété d’une créance. Il n’y a propriété qu’envers des choses, et ce qu’est une chose se trouve défini dans le code civil allemand (article 90), comme suit: Par chose, dans le sens de la loi, on n’entend que les objets corporels.* » Em França, o termo *bien* designa uma coisa material, objecto de apropriação privada ou pública. Este conceito opõe-se ao de *droits*, que são prerrogativas imateriais. Colocada no plural, a expressão *bens*, inclui todos os móveis, imóveis pertencentes a uma pessoa<sup>2407</sup> - todos os seus bens e seus direitos que constituem o seu património<sup>2408</sup>. O artigo 544.º do Código Civil Francês tem uma explicação histórica, relacionada com o Direito Romano e do período feudal. O Termo domínio deriva das expressões latinas *dominus*, que designa o mestre, *dominium* que significa domínio, *dominando*, efeito de dominação.<sup>2409</sup> Esta palavra expressa o poder legal que um sujeito exerce sobre as coisas que lhe pertencem. Assim, a propriedade constitui uma relação de pertença<sup>2410</sup>, objecto ao qual se aplica o domínio. Muitas vezes o domínio e o direito de propriedade são confundidos e encarados um pelo outro, mesmo nos textos legais – em sentido técnico jurídico, é a definição de domínio que foi consagrada<sup>2411</sup> no artigo 544 do Código Civil Francês, afirmando que *La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue*. De facto, o domínio é usado para designar diferentes direitos sobre o que lhe pertence, independentemente do seu objecto. Por isso, mesmo sobre *droits*, pode incidir o direito de propriedade de acordo com o conceito francês de propriedade, por exemplo, o artigo 2372 – 1 do Código Civil Francês dispõe que a propriedade sobre um bem móvel ou sobre um direito pode ser cedido em garantia de

---

<sup>2406</sup> Cf. C. Krampe, *Obligation comme bien: Droit français et allemand*, *Archives de philosophie du droit: L’obligation*, Dalloz, Paris, 2000, p. 206.

<sup>2407</sup> Cf. C. Grzegorzcyk, *Le concept de bien juridique: l’impossible définition ?*, *Les biens et les choses*, Sirey, 1979, Tomo 24, p. 259; J.B.V. Proudhon, *Traité du domaine de propriété et de la distinction des biens*, Bruxelas, 1842, p. 6; J. Passa, *La propriété de l’information : un malentendu?*, *Droit et Patrimoine*, Março, 2001, n.º 91, p. 65.

<sup>2408</sup> Cf. os artigos 516 e seguintes, 539, 544 e seguintes, 711 e seguintes, 768, 815 e seguintes, 1267 e seguintes, 1873-1 e seguintes do *Code Civil*; artigos L111-1 e seguintes, L112-1 e seguintes, et L114-1 do *Code du Patrimoine*; artigo L215-1 do *Code de l’action sociale et de la famille*; *Loi du 12 juillet 1909 et Décret du 26 mars 1910 sur les biens de famille*. Na doutrina cf. F. Zénati, *Du droit de reproduire les biens*, Dalloz, Paris, 2004, n.º 14, *Chroniques*, p. 967.

<sup>2409</sup> Cf. J.-P. Coriat, *La notion romaine de propriété: une vue d’ensemble, dans Le sol et l’immeuble. Les formes dissociées de propriété immobilière dans les villes de France et d’Italie (XIIe -XIXe siècle)*, (Coord. O. FARON/E. HUBERT), Centre interuniversitaire d’histoire et d’archéologie médiévales, P.U. Lyon, 1995, p. 17-26.

<sup>2410</sup> Cf. M. Villey, *Notes sur le concept de propriété*, *Critique de la pensée juridique moderne*. Douze autres essais, Dalloz, Paris, 1976, p. 194.

<sup>2411</sup> Cf. F. Zénati, *Essai sur la nature juridique de la propriété. Contribution à la théorie du droit subjectif*, Lyon, 1981, I, p. 217; A. Laquerrière-Lacroix, *L’évolution du concept romain de propriété à l’époque post-classique*, Paris II, 2004, p. 25-30.

cumprimento duma obrigação. É também nesta lógica que, na versão francesa, por influência francesa, o legislador da OHADA consagra a cessão de crédito em garantia na secção II, do capítulo III do AUG, dedicado à alienação da propriedade em garantia.

Por outro lado, o legislador da OHADA também pode ter sido influenciado pela versão do Código Civil francês antes da reforma de 2022, pois na versão original do *Code* de 1804, como vimos, a regulamentação da cessão de créditos dos artigos 1689-1701, do Código Civil, seguiu a concepção que via nela uma venda de bens corpóreos: foi inserida como uma das formas de aquisição de propriedade, no Título VI do Livro III intitulado: *Da venda*. Por isso, muitos autores tratavam a cessão de crédito na matéria de compra e venda<sup>2412</sup>, pois a equiparação da cessão de crédito à venda de coisas corpóreas é o facto de que a doutrina da época mencionava a cessão de crédito apenas no âmbito das matérias dedicadas à compra e venda.<sup>2413</sup>

#### **4. Reconhecimento autónomo da cessão de créditos em garantia**

Em França, apenas recentemente se instituiu o regime geral da cessão de créditos. O fluxo e a evolução das transacções de crédito exigiam um regime próprio da sua transacção por via negocial, o que foi realizado através da *Ordonnance n.º 2016-131 du 10 Février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*.<sup>2414</sup> Com a reforma do Direito das garantias, o legislador da OHADA introduziu expressamente uma nova garantia – a cessão de créditos em garantia.

---

<sup>2412</sup> f. F. Laurent, *Principes de Droit Civil Français*, XXIV, 3.<sup>a</sup> ed., A. Marescq, Paris, 1878, n.461.

<sup>2413</sup> O paralelismo com a venda que foi consensual foi provavelmente o factor determinante da regulamentação da cessão de crédito no Código Civil francês, que transformou a notificação numa condição de oponibilidade e não de validade, como foi o caso da entrega do bem vendido - caso de venda de bens corpóreos. Essa explicação da notificação é reforçada pela concepção de crédito na doutrina da época: POTHIER comparava a falta da notificação da cessão com a venda não executada, cf. R. J. Pothier, *Traité du contrat de vente*, cit., n.º 555.

<sup>2414</sup> Dessa reforma, a cessão de créditos surge transfigurada nos artigos 1321.º e seguintes do Código Civil Francês. Transfigurada na medida em que, durante dois séculos, à cessão de crédito foi erroneamente aplicada o regime de compra e venda e a reforma de 2016 insere-a no regime geral do Direito das Obrigações, um regime muito mais genérico e flexível, passando a ser oponível a terceiros e, em relação ao cedido é necessário a notificação. A cessão deve ser reduzida a escrito e já não é necessário o documento autêntico em nenhuma situação, artigos 1321 a 1326 do *Code*. Com a reforma de 2016, depois de ser ignorado durante muito tempo na fase inicial e tendo vivido parte de sua juventude aferrolhada num molde muito rígido, a cessão de crédito foi, como no nosso sistema, consagrada no seu devido lugar, regime geral do Direito das Obrigações. Se a reforma tivesse apresentada mais audácia, não haveria muitos equívocos, de acordo com o regime instituído, o crédito pode ser cedido gratuita ou onerosamente, nos termos do artigo 1321.º do Código Civil Francês, mas mantém o silêncio em relação à possibilidade da sua transmissão para fins de garantia, o que gera a divergência doutrinária e jurisprudencial em relação à admissibilidade genérica da cessão de crédito em garantia ou apenas no âmbito da *Cession Dailly*.

Também o AUG, com a reforma de 2010, instituiu a figura da cessão de crédito em garantias, nos termos dos seus artigos 80.º e seguintes.

### **5. A *fiduciariedade* no regime da cessão de crédito em garantia**

A cessão de créditos em garantia, de acordo com o nosso regime interno, é sujeita ao regime geral da cessão de créditos<sup>2415</sup>, previsto nos artigos 577.º e seguintes do Código Civil. As especialidades do regime são influenciadas pela doutrina baseada na *fidúcia cum creditore* da própria cessão de crédito em garantia. Assim, a cessionário, uma vez que a cessão visa garantir o cumprimento de um outro crédito, apesar da transmissão plena de direito<sup>2416</sup>, só o deve exercer o direito correspondente quando pretende executar a garantia – o exercício do direito está dependente do incumprimento da obrigação garantida, o direito do cessionário, diferente de uma cessão de crédito normal, está dependente do fim da garantia, uma situação que caracteriza a posição do cessionário/fiduciário. Consequentemente, uma vez efectuado o pagamento, o cedente tem o direito a que o crédito lhe seja retransmitido, assim como a supressão de todos os ganhos excessivos do cessionário/fiduciário. A menos que as partes tenham subordinado a cessão ao cumprimento da obrigação principal, é necessário um negócio da retransmissão do crédito, na medida em que este não opera automaticamente. Durante a vigência da garantia, sobre o cessionário incide as obrigações fiduciárias sobre o cessionário, nomeadamente a de tomar em consideração o interesse do cedente na gestão do crédito cedido, no sentido de poder retransmiti-lo sem qualquer desvalorização. Este dever implica a cobrança de crédito aquando do vencimento, no sentido de interromper o prazo prescricional ou recorrer aos meios de conservação de garantia patrimonial, previstos nos artigos 601.º e seguintes do Código Civil, o que não implica que o cessionário não possa exercer uma gestão mais ampla, sobretudo se houver um acordo neste sentido com o cedente, nomeadamente a interposição de uma acção de condenação ou execução no caso de incumprimento do devedor.<sup>2417</sup>

---

<sup>2415</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias*, 6.ª ed., p. 292.

<sup>2416</sup> Cf. Nicolas de Gottrau, *Cession à fin de garantie: droit du cédant de faire valoir en son nom une créance cédée contre le débiteur cédé*, RSDA 2007, p. 115.

<sup>2417</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 351.

Estas situações constituem riscos fiduciários.<sup>2418</sup> O devedor cedido não pode opor ao cessionário as excepções relativas ao negócio de garantia, a que é estranho<sup>2419</sup>. A cessão de créditos em garantia é celebrada com base na confiança, razão pela qual o dever de lealdade é especialmente intenso, estando o cessionário impedido de retirar outros benefícios da cessão de créditos. Para além das funções de garantia que a cessão desempenha, o cessionário não pode retirar outras utilidades decorrentes da titularidade do crédito. A titularidade do cessionário constitui uma titularidade *funcionalizada*<sup>2420</sup> – fins de garantia - e *temporária* - dado que deve retransmitir o crédito uma vez cumprida a obrigação garantida. Se o crédito cedido for cobrado antes do vencimento da obrigação garantida, a garantia do cessionário transfere-se para o valor pecuniário que o cessionário deve separar dos seus outros bens, por exemplo, depositando-o numa conta bancária aberta para esse efeito. Ainda, tendo em conta os deveres laterais constantes da relação obrigacional complexa entre as partes, recai sobre o fiduciário e também fiduciante, o dever de informação de todos os aspectos relevantes sobre o crédito cedido<sup>2421</sup>.

## **6. A autonomização da cessão de crédito em garantia face ao penhor de créditos**

Vimos que, recentemente, em França, um dos argumentos da inadmissibilidade da cessão de crédito em garantia pela jurisprudência visa proteger as garantias especiais tradicionais e que se encontrava em curso, 2006, os trabalhos preparatórios para a consagração legal do penhor de crédito. Por isso, considera-se que se o tribunal reconhecesse a cessão de crédito em garantia sem base legal estaria a eliminar de raiz a nova garantia - o penhor de crédito seria nado-morto. Todavia, em 2022, com a reforma de 2021, foi criada uma subsecção II para descrever o regime de cessão de créditos em garantia - artigos 2373 a 2373-3 do *Code*, consagrando assim o regime da cessão de créditos comuns em garantia.

---

<sup>2418</sup> A não retransmissão após o cumprimento da obrigação garantida ou o exercício do direito cedido antes do incumprimento ou mesmo após o cumprimento, a transmissão de crédito a terceiro, a penhora da acção intentada pelos credores do cessionário/fiduciário ou a sua liquidação no âmbito de uma execução colectiva contra a contraparte do fiduciante, na medida em que integra a massa insolvente, cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 348.

<sup>2419</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias*, 6.<sup>a</sup> ed., p. 292.

<sup>2420</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 350.

<sup>2421</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 352.

Na Alemanha, para justificar a autonomização da cessão de crédito em garantia face ao penhor de créditos, tem-se recorrido ao § 1280 BGB, que faz depender a eficácia do penhor de crédito da sua notificação do devedor, considerando-se que esta solução torna o penhor de crédito pouco interessante, porque em relação a certos créditos objecto do penhor, créditos futuros se tornaria inviável fazer a notificação, uma vez que nem se saberia o devedor.

De acordo com o nosso Direito Interno, nos termos do artigo 684.º CC, as relações entre o devedor e o credor pignoratício são constituídas sobre o regime da cessão de créditos, pelo que o devedor poderá opor ao credor pignoratício todas as excepções que poderia invocar contra o titular do crédito empenhado, excepto as que resultam do posterior ao conhecimento do penhor. Nos termos do artigo 681.º/2 CC – semelhante ao acima referido da BGB – atenuado pelo artigo 681.º/3 CC, ao estabelecer que a ineficácia do penhor por falta de notificação ou registo não impede a aplicação, com necessárias correcções, do disposto no n.º do artigo 583.º CC. A regra do penhor de créditos não se aplica à cessão de créditos em garantia, pois esta, quando comparada com o penhor, tem a vantagem de se constituir independentemente da notificação ou aceitação pelo devedor.

## **7. Forma da cessão de crédito em garantia**

Nos termos do artigo 81.º AUG, a cessão de créditos em garantia deve ser reduzida a escrito num documento, sob pena de nulidade. De acordo com o disposto no artigo 81.º AUG, o documento escrito deve conter todas as informações essenciais para a identificação da operação, pelo que deve conter, sob pena de nulidade da própria cessão, o nome ou a denominação social do cedente e do cessionário; a data da cessão; e a identificação dos créditos garantidos e cedidos.

Se os créditos forem futuros, o documento deve permitir a sua individualização ou conter elementos que a permitam, tais como a designação do devedor, o lugar de cumprimento, o montante dos créditos ou a sua avaliação e, se a houver, a respectiva data de vencimento.

A exigência do documento escrito é comum em França<sup>2422</sup>, a principal fonte de inspiração do legislador da OHADA. A exigência do documento escrito protege o

---

<sup>2422</sup> é exigido o documento escrito para a validade da *cession Dailly* - artgo L.313-23 do *Code Monétaire et Financier*, da *fiducie-sûreté* - artigo 2018, 2372-2 e 2488-2 do *Code*, cláusula de reserva de propriedade - artigo 2368 do *Code* e da locação financeira - artigo L.313-9/2 do *Code Monétaire et Financier*.

garante, evitando que trate com ligeireza uma vinculação patrimonial perigosa. Além disso, confere segurança jurídica para o credor/cessionário, sobretudo em relação a meios de prova na oponibilidade. Assim, ao materializar a garantia num documento escrito, o cessionário assegura a base exacta da sua garantia, evita qualquer litígio susceptível de ser formulado pelos titulares de direitos posteriores, bem como qualquer tentativa de fraude por parte do cedente. Estas vantagens do documento escrito explicam por que razão, desde 2016, o Código Civil francês exige documento escrito para a validade da cessão de crédito comum.<sup>2423</sup>

Em relação ao nome importa determinar a identificação das partes do contrato da cessão de crédito em garantia, determinação do garante e do garantido e devedor da relação garantida e credor da relação garantida. Quanto à data da cessão, pode ser importante no caso de cessões sucessivas, ou seja, várias cessões do mesmo crédito sobretudo se as cessões não forem registadas. Também pode ser importante para o efeito do processo de insolvência, no sentido de identificar em que património se encontra o crédito durante o período suspeito. Tanto cedentes, como cessionários devem assinar o contrato de cessão de crédito em garantia.

Se os créditos cedidos em garantia forem futuros, dispõe o n.º 2 do artigo 81.º AUG, que o documento deve permitir a individualização do crédito ou conter elementos que permitam, nomeadamente a designação do devedor, o lugar de cumprimento, o montante dos créditos ou a sua avaliação e, se a houver, a respectiva data de vencimento. Estes elementos são indicativos. Há quem considere que a exigência da identificação do crédito garantido impede a garantia de créditos futuros. Ou seja, que não se pode recorrer à cessão de crédito em garantia ara garantir um crédito futuro<sup>2424</sup>. Não nos parece aceitável esta posição. Pensamos que é de admitir a possibilidade de garantir um crédito futuro, desde que seja determinável, aplicando o n.º 2 do artigo 81.º AUG quanto aos elementos exigidos para a identificação do crédito futuro.

---

<sup>2423</sup> Artigo 1322.º do Código Civil Francês constitui um texto que opera uma inovação no que diz respeito à cessão de crédito de 1804 que era consensual. Este consensualíssimo foi, entretanto, corrigido pela necessidade de notificação - artigo 1690.º do Código Civil francês.

<sup>2424</sup> Cf. P. Crocq, *Le Nouvel Acte Uniforme Portant Organisation des Sûretés*, cit., p. 181.



## **8. Publicidade**

Contrariamente à exigência ao documento escrito que, para além de constituir uma das condições de validade da cessão de crédito em garantia, visa essencialmente proteger o cedente e o cedido, a publicidade de uma garantia, visa, essencialmente proteger os terceiros e torná-lo oponível a terceiros. Neste caso de garantia sem entrega material, o registo garante que todos estejam informados, confere publicidade à garantia e revela em parte a situação patrimonial do devedor, evitando assim que a aparência prevaleça sobre a realidade.

Além disso, a publicidade contribui para a redução de conflitos entre titulares de direitos concorrentes. Mais bem informados, os potenciais credores irão, certamente, vincular-se conscientemente e não surpreendidos por garantias ocultas. De acordo com o disposto no artigo 82.º/2 AUG, a oponibilidade da cessão a terceiros não depende da sua notificação ao devedor ou da aceitação deste, a cessão de crédito em garantia é imediatamente eficaz entre as partes, na data da sua celebração, independentemente da data do vencimento ou exigibilidade do crédito cedido, e torna-se oponível a terceiros a partir da sua inscrição no RCCM, seja qual for a lei aplicável ao crédito ou a lei do país de residência do devedor. A cessão de créditos em garantia produz efeitos em relação a terceiros a partir da data do seu registo no RCCM. Muitas vezes, a falta de publicidade é justificada pelas exigências de celeridade ligadas ao mundo de negócios, o que pode gerar a obscuridade das titularidades -garantias levando à criação de aparência, no património do garante, de uma situação financeira atraente que induz em erro os potenciais credores do devedor/alienante.

Os constrangimentos causados por esta falta de publicidade podem ser mitigados, uma vez que os bens alienados em garantia são objecto de uma linha contabilística separada no balanço do devedor/alienante. Desde que as instituições financeiras – que em regra são cessionários - dispõem de inúmeras bases de dados de informação permitindo-lhes ter uma visão global da capacidade de endividamento de um devedor e do seu património real. Todavia, se o regime da cessão de créditos em garantia vier a ser alterado, permitindo que seja aplicada em benefício de diversos credores, muitos deles, nomeadamente os credores que não são bancos ou instituições de crédito, terão muita dificuldade em obter o balanço de uma empresa, pelo que o registo será a única forma de proteger os seus interesses. Se não houvesse registo da cessão de créditos em garantia, as

informações seriam menos acessíveis e forçaria alguns a usar serviços onerosos de terceiros. Neste caso, a ausência de publicidade revelar-se-ia muito mais problemática<sup>2425</sup>.

Em relação à cessão de créditos futuros em garantia, de acordo com o disposto no artigo 82.º AUG, esta é imediatamente eficaz entre as partes, na data da sua celebração, independentemente da data da constituição do crédito cedido, e torna-se oponível a terceiros a partir da sua inscrição no RCCM, seja qual for a lei aplicável ao crédito ou a lei do país de residência do devedor.

## **9. Delimitação do âmbito de aplicação da cessão de crédito no AUG**

*I. Caracterização geral.* O âmbito de aplicação da cessão de crédito em garantia instituído pelo AUG é mais vasto que o da *cession Dailly*, quer em relação às partes, quer em relação ao crédito cedido. Todavia, a mesma afirmação já não será correcta em relação ao Direito francês depois da reforma do Direito das Garantias de 2021, que admite a cessão de crédito comum em garantia. Nos termos do artigo 80.º AUG, “*um crédito sobre um terceiro pode ser cedido em garantia de qualquer crédito concedido por uma pessoa colectiva nacional ou estrangeira que realize a título de actividade habitual e por sua conta operações de banco ou de crédito*”. Este artigo confere um campo de aplicação vasto, em comparação com o regime da *cession Dailly* do Direito francês, com limites apenas em relação ao cessionário. Importa igualmente sublinhar que a definição do cessionário é um pouco mais ampla do que no regime da *cession Dailly*.

*II. Sujeitos.* Nos termos do artigo 80.º/1 AUG, o crédito pode ser “*cedido em garantia de qualquer crédito concedido por uma pessoa colectiva nacional ou estrangeira que realize a título de actividade habitual e por sua conta operações de banco ou de crédito*”. A delimitação começa com a natureza da pessoa, ou seja, o cessionário/credor garantido deve ser uma pessoa colectiva, exigindo-se que realize a título de actividade habitual e por sua conta operações de banco ou de crédito. A *cession Dailly* foi introduzida em França tendo em conta a necessidade da eficiência nas relações interprofissionais às expectativas do sector bancário, o cedente ou cedido podem ser, quer pessoas colectivas, ou pessoas singulares desde que estes actuem no âmbito da sua actividade profissional, nos termos do artigo L. 313-23 do CMF. Assim, o âmbito de aplicação da *cession Dailly* é restrito em relação ao cedente e cedido pessoa singular, na

---

<sup>2425</sup> Cf. P. Crocq, *Propriété et garantie*, cit., n.º 453.

medida em que a lei exige a qualidade de profissional, pelo que a cessão de crédito em garantia, no âmbito da *cession Dailly*, não pode ser celebrada em relação ao crédito derivado de uma relação de consumo, ou seja, quando o cedido é um consumidor pessoa singular. Em relação ao AUG, o âmbito de aplicação é mais vasto em comparação com a *cession Dailly*, pois não exige quer da parte do cedente, quer da parte do cedido nenhuma qualidade em especial, pelo que se pode ceder em garantia o crédito sobre o consumidor pessoa singular, razão pela qual o regime da cessão de crédito em garantia instituído pelo AUG confere protecções específicas ao devedor cedido que não seja profissional, nomeadamente o artigo 85.º AGU que dispõe quando o devedor do crédito cedido for um *devedor profissional* pode, a pedido do cessionário, vincular-se a pagar-lhe directamente aceitando a cessão, situação em que o devedor cedido não pode opor ao cessionário as excepções fundadas nas relações pessoais com o cedente. Esta renúncia não pode ser feita pelo devedor cedido comum. Actualmente, em França, com a reforma do Direito das Garantias de 2021, estas exigências foram eliminadas em relação a cedente ou devedor cedido. O artigo 80.º/2 AUG que dispõe que a incedibilidade do crédito não pode ser oposta ao cessionário pelo devedor cedido quando, sendo a mesma de fonte convencional, o crédito tenha sido contraído no exercício da profissão do devedor cedido ou se encontre directamente relacionado com uma das suas actividades profissionais, ainda que não seja a principal.

*III. Cessionário.* Em relação ao cessionário, em França, de acordo com o regime da *cession Dailly*, apenas uma instituição de crédito pode ser cessionário – artigo 313 – 23 do L. 313-23 *Code Monétaire et Financier*. Esta disposição teve em conta a importância de financiamento efectuado por estabelecimentos de crédito estrangeiros em África ou por bancos de desenvolvimento. Com efeito, apenas estes estabelecimentos podem beneficiar desta garantia, cessão de crédito em garantia. Com efeito, tal como se verificava em França (*cession Dailly*), não se pode recorrer à cessão de crédito em garantia para garantir directamente os créditos entre - empresariais – crédito fornecido por uma empresa a outra empresa. Assim, no Direito da OHADA, tal como em França, não se pode recorrer à cessão de direito para garantir um crédito comum, no primeiro caso, tendo em conta o princípio de *numerus clausus* e no segundo devido às pronúncias nesse sentido da jurisprudência<sup>2426</sup>.

---

<sup>2426</sup> Cf. *Cass. Com.*, de 19 de Dezembro de 2006, n.º 05-16.395, RTDCiv., 2007, p. 160. Actualmente, com a reforma francesa do Direito das Garantias, 2021, estas restrições foram banidas.

Actualmente, em França, com a reforma do Direito das Garantias de 2022, foram suprimidas todas as restrições em relação à cessão de crédito em garantia, quer ao nível dos sujeitos, quer ao nível do objecto.

*IV. Crédito cedível em garantia. Crédito cedido.* De acordo com o disposto no artigo 80.º AUG, qualquer crédito pode ser cedido em garantia a favor dos bancos ou estabelecimentos de crédito. Portanto, o crédito cedido não tem de ser crédito profissional, ou seja, pode ser um crédito comum que o cedente detenha contra um terceiro. A dívida/crédito é profissional se for contraída por um profissional no âmbito da sua actividade profissional. Nos termos do artigo 3.º AUG, o devedor é profissional em relação às dívidas contraídas no exercício da sua profissão ou se encontre em relação directa com uma das suas actividades profissionais, ainda que não seja a principal. Para o regime de cessão de crédito instituído pelo AUG, a dívida, por parte do devedor cedido, crédito, por parte do cedente, não tem de ser profissional. Significa isto que um crédito comum pode ser cedido em garantia e ao devedor comum cedido é conferida mais protecção que o devedor profissional. Por exemplo, o artigo 80.º/2, que dispõe que a incedibilidade do crédito não pode ser oposta ao cessionário pelo devedor cedido quando, sendo a mesma de fonte convencional, o crédito tenha sido contraído no exercício da profissão do devedor cedido ou se encontre em relação directa com uma das suas actividades profissionais, ainda que não seja a principal.<sup>2427</sup>

*V. Cessão de crédito para garantia da dívida de terceiros.* Em regra, na cessão de crédito em garantia, o cedente é o devedor garantido pela transmissão do seu crédito ao cessionário. Mas o AUG, no artigo 80.º, dispõe que um crédito sobre um terceiro pode ser cedido em garantia de *qualquer crédito* concedido por uma pessoa colectiva nacional ou estrangeira que realize a título de actividade habitual e por sua conta operações de banco ou de crédito. O AUG contém um regime bastante favorável às instituições de crédito, pois é-lhes reservada a qualidade de cessionário. Já em relação ao cedente e ao devedor cedido há uma *democratização*, na medida em que o cedente pode ser qualquer pessoa capaz e não tem que ser necessariamente o cessionário.

---

<sup>2427</sup> Assim, apenas o devedor comum pode convencionar a incedibilidade do crédito. Também em relação aos meios de defesa do devedor cedido, nos termos do artigo 85.º/1, se o devedor do crédito cedido for um devedor profissional pode este, a pedido do cessionário, vincular-se a pagar-lhe directamente aceitando a cessão. Neste caso, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, o devedor cedido não pode opor ao cessionário as excepções fundadas nas relações pessoais com o cedente, salvo se o cessionário, ao adquirir ou receber o crédito, tiver agido intencionalmente em prejuízo do devedor. Em relação aos créditos comuns, não é admitida esta renúncia a meios de defesa. O crédito cedido pode ser presente ou futuro, nos termos do artigo 82.º AUG.

Trata-se, neste caso, de uma garantia prestada por um terceiro, na lógica aproximada da fiança real ou garantia real constituída por um terceiro. Neste caso não há relação fiduciária entre o cedente e o devedor cedido, existe a fiduciariade apenas na relação entre o cedente e cessionário, sem que haja propriamente uma relação de devedor/credor. Se o devedor cedido cumprir perante o credor/cessionário, o cedente terá uma espécie de direito de regresso contra o cedente, na mesma lógica que a fiança real, por analogia. Nem a *cession Dailly*, nem o *Code*, com a nova reforma do Direito das Garantias admitem esta possibilidade.

Esta de ceder crédito para garantir a dívida de uma outra pessoa é possibilidade particularmente interessante em termos práticos, por exemplo, por razões fiscais, *maxime* se o regime fiscal aplicável ao crédito cedido for mais favorável em relação ao regime fiscal aplicável ao aplicável ao devedor garantido. Supondo-se que um crédito foi concedido pelo cedente a uma sociedade *ad hoc* e que esta sociedade se refinancia, em seguida, contraindo um empréstimo perante um ou mais estabelecimentos de crédito. Neste caso, o cedente pode garantir esse refinanciamento recorrendo a uma cessão de créditos que detenha sobre a referida sociedade<sup>2428</sup>.

Esta disposição vem confirmar que o crédito garantido não tem que ser necessariamente profissional, mas que também pode-se ceder o crédito comum.

VI. *A natureza do crédito cedível em garantia.* Para parte da doutrina, não há dúvida: qualquer crédito pode ser objecto de cessão de créditos em garantia. Não importa o objecto da cessão: em regra, cedem-se créditos de somas de dinheiro, mas nada impede que o mesmo aconteça com os créditos a prestação de facto<sup>2429</sup>. Esta é também a solução que parece ser adoptada pelo Código Civil, uma vez que não efectua a distinção em função da natureza do crédito cedido. Qualquer crédito, independentemente de sua natureza, é passível de ser cedido em garantia. No entanto, é legítimo duvidar da cedibilidade de certos créditos.

Por vezes, são feitas distinções em instrumentos normativos avulsos. Assim, a Convenção UNCITRAL sobre Cessão de créditos para fins de financiamento diz respeito apenas aos direitos contratuais do cedente ao pagamento de uma quantia em dinheiro<sup>2430</sup>. Também a *cession Dailly*<sup>2431</sup> é estritamente reservada à cessão de créditos sobre dinheiro.

---

<sup>2428</sup> Cf. P. Crocq, *Le Nouvel Acte*, cit., p. 180.

<sup>2429</sup> Cf. M. Planiol/G. Ripert/P. Esmein/J. Radouant G. Gabolde, *Traité pratique de Droit civil français, Les obligations*, VII, LGDJ, 1954, n. ° 1112.

<sup>2430</sup> Convenção CNUDCI sobre cessão de crédito no comércio internacional, Nova York, 2001, artigo 2-a).

<sup>2431</sup> L.313-23, a) do Código Monetário e Financeiro francês.

Alguns autores sublinharam que apenas estes créditos monetários podem ser objecto de uma cessão em garantia<sup>2432</sup>. Para MARC BILLIAU<sup>2433</sup>, apenas o crédito monetário pode ser cedido isoladamente. Para o autor, os créditos em espécie, se tiverem valor económico, não são destacáveis da pessoa do credor e, portanto, não podem ser cedidos em garantia. O autor fundamenta-se nas obrigações negativas, realçando que uma obrigação de não concorrência, celebrada em benefício de comprador de estabelecimento comercial. Se assim fosse, a obrigação não teria deixaria de ter razão de existir e seria desprovido de qualquer interesse. Ainda o autor considera que mesmo o crédito a uma prestação de *facere* não pode ser cedido, na medida em que não se trata de um simples crédito que pode ser recebida por qualquer pessoa, pelo que apenas um crédito monetário seria transferível em garantia.

## 10. Restrições injustificáveis

Nos termos do artigo 80.º/1 AUG, o cessionário apenas pode ser uma pessoa colectiva nacional ou estrangeira que realize a título de actividade habitual e por sua conta operações de banco ou de crédito. Esta disposição reserva a cessão de créditos em garantia a certas entidades privilegiadas, tal como artigo L.313-23 do Código Monetário e Financeiro Francês, que exige ainda que o crédito transmitido tenha carácter profissional. Assim, o AUG não admite a cessão de crédito para garantir o cumprimento de obrigações contraídas entre membros de uma profissão liberal ou consumidores. Parece-nos difícil explicar juridicamente esta exclusão, uma vez que qualquer pessoa com capacidade jurídica pode recorrer a, por exemplo, ao penhor de créditos. Esta reserva em relação em relação à cessão de créditos em garantia parece inadequada às expectativas dos operadores económicos e à própria prática. Se esta restrição tem a ver com a segurança ou necessidade de protecção das partes, nomeadamente o credor garantido/cessionário, o legislador podia pura e simplesmente instituir um regime equilibrado, que tenha em conta estes riscos.

De acordo com o disposto no artigo 80.º/1 AUG, o devedor garantido deve ser beneficiário de um empréstimo concedido por pessoa colectiva nacional ou estrangeira que realize a título de actividade habitual e por sua conta operações de banco ou de crédito. Por exemplo, uma sociedade - mãe não pode garantir um crédito, cedendo o

---

<sup>2432</sup> Cf. M. Billiau, *La transmission des créances et des dettes*, cit., p. 37.

<sup>2433</sup> Cf. M. Billiau, *La transmission des créances et des dettes*, cit., p. 37

crédito concedido a uma das suas filiais. Há, pois, a necessidade de generalização da cessão de crédito em garantia.

Não se percebe a reserva *de jure* ou *de facto* de certas garantias<sup>2434</sup>, nomeadamente esta, exclusivamente aos estabelecimentos bancários e financeiros num continente onde o crédito extra - bancário, especialmente, entre empresas, é extremamente frequente e essa desigualdade de acesso às garantias revela-se prejudicial para muitos credores, pelo que se mostra cada vez mais necessária a *democratização* do regime da cessão de créditos em garantia. Por exemplo, no nosso Código Civil, em relação à cessão de crédito em geral, não há exclusões em relação ao sujeito, ou seja, não existe nenhuma distinção quanto à qualidade do cedente, do cessionário ou do devedor cedido, apenas a qualidade dos créditos cedidos importam, nomeadamente a incedibilidade ou litigiosa. Os sujeitos podem ser pessoas físicas ou colectivas, privadas ou público, bissau-guineense ou estrangeiras. No entanto, esperamos que este movimento de democratização não seja uma mera intenção programática. Os estabelecimentos bancários, os principais fornecedores de crédito, provavelmente continuarão a representar a grande maioria dos beneficiários da cessão de créditos em garantia. Consequentemente, as pessoas com acesso ao crédito bancário também continuarão a ser os principais cedentes de créditos em garantia. O extensão do âmbito de aplicação de cessão de crédito em garantia vai abrir, naturalmente, a possibilidade de garantir crédito ou empréstimos entre empresas e entre todos os sujeitos que não se enquadrem no âmbito de aplicação do artigo 80.º AUG. No caso de alargamento do regime da cessão de créditos em garantia, pode-se tomar em conta a qualidade dos sujeitos para evitar que sejam prejudicadas. Esta consideração pode tomar em conta, nomeadamente os fins prosseguidos pelas partes, se a garantia se destina ou não a garantir a obrigação proveniente de uma actividade profissional.

O legislador da OHADA foi influenciado pela evolução do regime da cessão de créditos em garantia em França nas últimas décadas, onde a análise da evolução da do regime da cessão de crédito revelou que as instituições de crédito têm sido as impulsionadoras das reformas neste domínio, aspecto que também se reflecte no conteúdo das novas disposições, como é o caso de disposições que reservavam, antes da reforma de 2022, o estatuto de cessionário de créditos profissional apenas às instituições de créditos. Esta abordagem não é a mais feliz, pois gera a multiplicação de técnicas de cessão de crédito, o que aumenta o risco de incompatibilidades e a insegurança

---

<sup>2434</sup> Artigo 4.º de *Ordonnance* n.º 67-838 de 28 de Setembro de 1967; artigo L.313-23 do *Code Monétaire et Financier* e artigo L.211-27 *Code Monétaire et Financier*.

jurídica<sup>2435</sup>. Uma vez que estas disposições mais favoráveis são reservadas às instituições financeiras, elas estimulam o aumento da sua influência<sup>2436</sup>, o que nem sempre é benéfico para os seus clientes, dado que implica custos dos seus serviços. Esta situação gerava também uma desigualdade entre os vários destinatários da cessão de créditos. As razões para essas medidas sectoriais não são específicas do sector bancário e não há razão para não generalizar as reformas já adoptadas.

Por estes motivos, a partir de 1 de Janeiro de 2022, em França, passou a ser possível ao devedor ceder, em garantia do cumprimento das suas próprias obrigações, os créditos que tenha contra terceiros, independentemente da natureza do crédito cedido e independentemente da qualidade do beneficiário desta garantia/cessionário - artigos 2373 a 2373-3 do *Code*. Antes da reforma de 2022, esse mecanismo limitava-se, no Direito francês, à cessão de créditos comerciais/profissionais de um devedor, e só podia beneficiar instituições de crédito (e similares) no contexto de operações de crédito. Não há dúvida de que à prática caberá apreciar a utilidade da extensão do âmbito de aplicação da cessão de crédito em garantia, certo é que, para reduzir o risco de incumprimento, ou melhor, para garantia do cumprimento, está agora a dispor de todos a cessão de crédito em garantia que, dantes era de acesso limitado.

## **11. Cessão de créditos futuros em garantia**

*I. Generalidades.* Nos termos conjugados dos artigos 577.º/1, 211.º, 399.º e 880.º/1, CC, é possível a cessão onerosa de créditos futuros, podendo estes resultar quer de negócio jurídico já celebrado, nomeadamente rendas futuras relativas a um arrendamento vigente, quer de negócio ainda não celebrado, por exemplo o preço das mercadorias que o cedente irá vender.

No Direito da OHADA, o AUG, admite expressamente a cessão de créditos futuros em garantia no artigo 82.º sem, no entanto, estabelecer um regime específico, tendo em conta as particularidades da cessão de créditos futuros. O facto de ser futuro o crédito cedido em garantia reclama certas especificidades que o legislador podia ter estabelecido, no sentido de conferir certeza e segurança jurídica. Na cessão de créditos

---

<sup>2435</sup> Cf. Ch. Gavalda, *Sécurités et précarités de la cession de créances par voie Dailly: la signature manuscrite des bordereaux, la portée d'une notification et la liberté d'acceptation de la cession*, JCP E 1989, II, p. 15374.

<sup>2436</sup> Cf. Ch. Gavalda, *La cession et le nantissement à un banquier des créances professionnelles*, D. 1981, p. 330, p. 201.



futuro em garantia, podem ocorrer muitos factos entre o momento da cessão de crédito e o momento da sua constituição, situações que reclamam respostas concretas. Assim, vamos proceder a uma análise sobre os problemas específicos que podem ocorrer no âmbito da cessão de créditos futuros em garantia.

A cessão de créditos futuros, devido ao lapso temporal entre o momento da celebração do negócio e a data da constituição do crédito, levanta certos problemas que passaremos a analisar.

*II. Enquadramento dogmático da cessão de créditos futuros em garantia.* Trata-se de um negócio de celebração comum, nomeadamente nos sectores de financiamento à exportação ou no âmbito da produção cinematográfica. A função de garantia é idêntica à da cessão de crédito em garantia, ainda que carregue uma menor certeza<sup>2437</sup>, na medida em que a concessão da garantia vem a ficar dependente da efectiva constituição do crédito.<sup>2438</sup> O fenómeno da patrimonialização do crédito<sup>2439</sup>, sob influência dos objectivistas<sup>2440</sup> e da teoria económica da obrigação<sup>2441</sup>, e controverso<sup>2442</sup>, mas sempre reclamado<sup>2443</sup>, acelerou a atracção, aos créditos futuros. Uma aura de evidência parece envolver o conceito de créditos futuros a tal ponto que o legislador da OHADA o consagra sem especificar o seu regime. No entanto, em sede geral, a matéria dos créditos futuros continua sendo uma questão ao mesmo tempo nova e complexa, que exige a busca de respostas claras e fiáveis.

Começando pela configuração do negócio da cessão de créditos futuros que tem vindo a ser objecto de discussão na doutrina.

*III. Negócio de alienação de expectativa.* Uma posição entende que a cessão de créditos futuros constitui um negócio de alienação de expectativa, sempre que a constituição do crédito tenha uma causa jurídica ou não fique dependente do

---

<sup>2437</sup> Cf. J.-J. Taisne, *La notion de condition dans les actes juridiques. Contribution à l'étude de l'obligation conditionnelle*, Lille, 1977, p. 9.

<sup>2438</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 454 – 455.

<sup>2439</sup> Cf. Y. Buffelan-Lanore/V. Larribau-Terneyre, *Droit civil, Les obligations*, 15.<sup>a</sup> ed., Sirey, Paris, 2017, p. 53; M. Tchemdjou, *La patrimonialisation des actes d'entraide familiale*, Gaz. Pal. 15 janv. 2002, n.º C6536, p. 3.

<sup>2440</sup> Cf. S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance, Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, Paris, 1960, p. 35; Y. Emerich, *La propriété des créances: approche comparative*, LGDJ, Paris, 2007, n.º 147.

<sup>2441</sup> Cf. G. Baudry-Lacantinerie/M. Chavau, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des biens*, 1896, Larose, p. 11; R. Savatier, *La théorie des obligations: vision juridique et économique*, Dalloz, 1967, p. 8; M. Mignot, *La notion de bien, Contribution à l'étude du rapport entre droit et économie*, RRJ, 2006, p. 1807.

<sup>2442</sup> Cf. M. Billiau, *La transmission des créances et des dettes*, 2002, LGDJ, p. 27.

<sup>2443</sup> Cf. J. Ghestin/M. Billiau/G. Loiseau, *Traité de droit civil, Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, p. 1130.

comportamento do cedente. Este entendimento explicaria a aplicação do princípio da prioridade temporal em caso de várias cessões de crédito, na medida em que a expectativa não pode ser sucessivamente alienada.

*IV. Regime da condição por analogia.* Outro entendimento na doutrina é aquele que reconhece que a cessão de créditos futuros não está sujeita à condição, mas considera que se encontra dependente de um acontecimento futuro e incerto – a futura constituição do crédito – pelo que defende a aplicação do regime da condição por analogia, pelo que a pluralidade de cessões de créditos futuros se resolve com a aplicação analógica do §161 BGB, cujo n.º 1 dispõe que se tiver alienado um objecto sujeito a uma condição suspensiva, qualquer outra alienação que o alienante venha a fazer do mesmo objecto durante o período suspensivo será ineficaz se a condição ocorrer na medida em que contrarie ou prejudique o efeito dependente da condição.

*V. Recondução a compra e venda.* Para MENEZES LEITÃO<sup>2444</sup>, a cessão de créditos futuros terá de se reconduzir a uma compra e venda, dada a proibição de doação de coisas futuras (artigo 942.º CC). O autor sustenta que se deve enquadrá-lo no âmbito do artigo 880.º CC, sendo assim obrigação do vendedor efectuar as diligências necessárias para que o comprador adquira o bem vendido.

Da nossa parte, tendo em conta a necessidade da protecção do cessionário, aderimos a esta última posição, qualificando a situação como cessão (com o regime de compra e venda de coisas futuras) de expectativas jurídicas em garantia, no caso em que a constituição do crédito já tenha uma causa jurídica, ou cessão de esperanças (com o regime de compra e venda de coisas futuras) em garantia, no caso em que a constituição do crédito ainda não tenha causa jurídica. Trata-se combinação de modalidades de cessão de créditos futuros com a cessão de créditos em garantia<sup>2445</sup>

## **12. Figuras afins da cessão de crédito futuro em garantia**

A cessão de créditos futuros não se confunde com o contrato promessa da cessão de crédito em garantia. O contrato promessa, nos termos do disposto no artigo 410.º, n.º 1 CC, é a convenção pela qual alguém se obriga a celebrar certo contrato - contrato

---

<sup>2444</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 440, com referências às posições anteriores.

<sup>2445</sup> Cf. Mota Pinto, *Cessão*, cit., p. 227; Roberto Simone, *Cessione in Granzia de crediti Futuri – La Cassazione si ripensa*, Anotações à *Cass. Civ.*, de 8 de Maio de 1990, n.º 4040, in *FI* 116 (1991), I, PP. 2489 – 2494.

prometido ou negócio prometido. Esta obrigação pode ser assumida por ambas as partes (contrato-promessa bilateral) ou apenas por uma delas (promessa unilateral). Celebrando um contrato-promessa da cessão de créditos o promitente cessionário adquire o direito de crédito ao cumprimento da promessa de promitente/cedente. Por outro lado, ao contrato-promessa aplicam-se as disposições legais que regem o contrato prometido, com excepções do que diz respeito à forma e aquelas que, pela sua razão de ser, não devam ser-lhe estendidas. No contrato promessa, o cessionário adquire o crédito com base no cumprimento do contrato-promessa, a celebração do contrato definitivo, ou seja, é necessário dois contratos, mas com a celebração do contrato definitivo, o crédito transfere-se imediatamente para a esfera jurídica do cessionário (artigo 408.º CC e 82.º AUG). Diferentemente, na cessão de créditos futuros em garantia, há apenas um contrato que é definitivo, cujo conteúdo não é a celebração de outro contrato. Na cessão de créditos em garantia, as partes celebram um negócio, cujo objecto ainda não existe na esfera do cedente ou não existe de todo, mas assim que se constituir transfere-se para a esfera jurídica do cessionário, sem necessidade de praticar mais actos, o cessionário adquire o crédito como consequência do efeito do contrato de cessão.

A cessão de créditos futuros em garantia também se distingue da cessão de créditos futuros, pois as partes não pretendem transferir para esfera jurídica do cessionário um crédito a constituir, mas pretendem que a possibilidade dessa futura constituição do crédito funcione como garantia de outro crédito do cessionário sobre cedente. Esta transferência constitui uma situação de garantia, pelo que o cumprimento do crédito garantido implicará que a constituição do crédito cedido vai-se verificar na esfera jurídica do cedente. Se for cumprida a obriga garantida após a constituição do crédito na esfera do cessionário, deixa de ter sentido na sua esfera jurídica, pois deixa de ter causa que era a garantia, pelo que tem a obrigação de o devolver ao cedente.

A cessão de créditos futuros também se distingue da cessão de créditos em garantia, dado que, tratando-se de um crédito futuro, a constituição efectiva da garantia apenas ocorre com a constituição do crédito. O cessionário não pode, no caso de incumprimento da obrigação garantida, exigir o cumprimento ao devedor cedido, na medida em que tem que aguardar à constituição/surgimento do crédito. Se o cedente cumprir a sua obrigação antes da constituição do crédito, não haverá a situação designada da posição do fiduciário – titular de um direito com a obrigação de o exercer com limitações. Também no caso da obrigação garantida antes da constituição do crédito não

haverá uma transmissão do crédito para a esfera do cessionário, nem o dever de retransmissão.<sup>2446</sup>

### 13. O processo de surgimento do crédito e a falência do cedente

*I. Âmbito das propostas.* As soluções que se vai propor só se aplicam se não houver disposições específicas sobre as respectivas questões.

*II. Processo de surgimento do crédito.* Em relação ao processo de surgimento do crédito, deve-se aplicar as soluções propostas para o regime da cessão de créditos futuros.

*III. Cumprimento após a extinção da obrigação garantida.* Pode acontecer que o crédito futuro surja e o cessionário exigir o cumprimento ao devedor cedido, que cumpra sem saber da extinção da obrigação garantida. O artigo 86.º AUG dispõe que as quantias pagas ao cessionário por conta do crédito cedido são imputadas no crédito garantido quando este se tiver vencido. A solução passa pela protecção do devedor, aplicando analogicamente o disposto no artigo 583.º CC, considerando-se o cumprimento eficaz perante o cedente. Todavia, poderá ter lugar o recurso ao regime de enriquecimento sem causa, se a extinção da obrigação garantida se deveu ao cumprimento do cedente perante cessionário.

*IV. Falência do cedente.* A falência do cedente constitui outro problema que se pode colocar no âmbito da cessão de créditos futuros em garantia. Na Alemanha, o tribunal considera que a cessão prévia de créditos futuros em garantia não subsiste perante a insolvência do cedente.<sup>2447</sup>

Diferentemente, em Itália, alguma jurisprudência entende que, uma vez que não se verifica a transferência de crédito, a posterior declaração de falência impede a transmissão. A maioria da doutrina rejeita esta solução, considerando que tendo disposto um direito futuro, em termos de que seja transferido automaticamente para a esfera jurídica do cessionário após a sua constituição, é de excluir que situações subjectivas relativas ao cedente, como a insolvência, possam impedir essa transmissão.<sup>2448</sup>

Para MENEZES LEITÃO<sup>2449</sup>, no ordenamento jurídico português, justifica aplicar-se o disposto no artigo 102.º CIRE, que dispõe que “*em qualquer contrato*

---

<sup>2446</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 455.

<sup>2447</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 456.

<sup>2448</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 457.

<sup>2449</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 457.

*bilateral em que, à data da declaração de insolvência, não haja ainda total cumprimento nem pelo insolvente nem pela outra parte, o cumprimento fica suspenso até que o administrador da insolvência declare optar pela execução ou recusar o cumprimento.”.*

Considera o autor que neste caso, cabe ao administrador da insolvência decidir se mantém a cessão ou se recusa o seu cumprimento. Considera o autor que, por força da declaração da insolvência, o insolvente perde a faculdade de disposição, quer dos actos presentes, quer dos actos futuros, os quais passam a integrar a massa insolvente, sujeita à administração e disposição do administrador da insolvência. O autor sustenta que o facto da cessão de crédito futuro for efectuada em garantia não altera a situação. Com efeito, uma vez que o insolvente perdeu a disposição sobre o crédito futuro, antes da sua constituição, este deverá integrar a massa insolvente no momento em que se vem a constituir, pelo que será apreendido pela massa.

Quanto ao regime da OHADA, de acordo com o disposto no artigo 82.º/1 AUG, a cessão de créditos, presentes ou futuros, em garantia é imediatamente eficaz entre as partes, na data da sua celebração, independentemente da data da constituição, vencimento ou exigibilidade do crédito cedido. Em relação a terceiros, nos termos da última parte da mesma disposição, torna-se oponível a partir da sua inscrição no RCCM, seja qual for a lei aplicável ao crédito ou a lei do país de residência do devedor. Assim, em acessão de créditos futuros em garantia produz efeitos na data da sua celebração. Trata-se de uma espécie de ficção legal que faz retroagir o momento da transmissão à data da celebração e não ao momento da constituição do crédito. Se a cessão de crédito futuro for registada, antes da abertura do processo colectivo, será oponível a este e, consequentemente mantém-se a cessão. Uma das vantagens do registo da cessão de crédito futuro é evitar estas situações.

#### **14. Admissibilidade**

Actualmente, a admissibilidade da cessão de crédito futuro não constitui um problema<sup>2450</sup>, sendo pacífica<sup>2451</sup> a solução de que nada impede as partes de ceder um

---

<sup>2450</sup> Cf. J.-M. Mousseron, *La gestion des risques par le contrat*, RTD Civ. 1988, p. 487.

<sup>2451</sup> Cf. J. Stoufflet J, *Les financements par cession de créances futures. Étude en droit français*, RD Bancaire et finance, 2003, p. 67.

crédito futuro.<sup>2452</sup> De acordo com o nosso Direito Interno, a coisa futura merece uma protecção – a lei admite a venda de coisas futuras – artigo 880.º CC. Com efeito, desde que se preencha o requisito da determinabilidade – artigo 280.º CC – é possível ceder onerosamente um crédito futuro – por exemplo, rendas futuras ou o preço da venda de uma viatura que o cedente vai receber<sup>2453</sup>, quer do negócio ainda não celebrado – por exemplo, o preço da venda da viatura que o cedente irá vender ou da renda da casa que irá arrendar, ou ainda um negócio sujeito a condição suspensiva ou termo inicial<sup>2454</sup>. O recurso à cessão de crédito em garantia, ou cessão global é muito frequente na prática bancária alemã<sup>2455</sup>. A referência a créditos futuros está a tornar-se cada vez mais sistemática no direito positivo, mas os textos permanecem lacónicos sobre a própria noção. Obviamente, a imprecisão permanece inteiramente em relação ao significado desse conceito. O conceito de crédito futuro deve ser esclarecido para facilitar as operações sobre o mesmo. De qualquer forma, o crédito futuro está no centro das reformas legislativas em França, nomeadamente de 25 de Janeiro de 1985 sobre a recuperação judicial e liquidação das empresas, cuja norma principal -artigo 40.º - traz em jogo créditos *nascidos* após a abertura do processo colectivo. No Direito da OHADA, não faltam referências, nomeadamente no artigo 82.º do AUG sobre cessão de créditos em garantia e no artigo 128.º AUG sobre penhor de créditos futuros. O legislador francês, no artigo 1130, a) do *Code civil* de 1804, admitiu expressamente a validade dos penhores sobre créditos futuros e, duma forma geral, de garantias sobre bens futuros.<sup>2456</sup>

---

<sup>2452</sup> Cf. Menezes Leitão, *Garantias*, 6.ª ed., p. 414; Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 456-457. Contrariamente, não se admite a cessão gratuita de bens futuros, na medida em que não se admite a doação de bens futuros, artigo 942.º CC.

<sup>2453</sup> Cf. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, I, cit., p. 96.

<sup>2454</sup> Cf. Stefano Troiano, *La Cessione di Crediti Futuri*, Cedam, Pádua, 1999, p. 141.

<sup>2455</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 457.

<sup>2456</sup> Cf. J. Mestre, *Le gage des choses futures*, D. 1982, p. 147. Cabe notar que a Lei francesa de 24 de Junho de 1874 havia legitimado transmissão de colheitas futuras em garantia dos bancos coloniais; que a Lei de 30 de Abril de 1906 sobre garantias agrícolas também permitia que qualquer agricultor adquirisse empréstimos contra colheitas pendentes e frutas ainda não colhidas; e que a de 22 de Fevereiro de 1944 autorizou a penhora de um futuro filme; do mesmo modo, uma série de textos reconheceu a cessão hipotecária de um barco, embarcação ou aeronave, ainda em construção.<sup>2456</sup> O Código Senegalês das Obrigações Cíveis e Comerciais (*COCC*), o crédito futuro foi muito cedo distinguido pelo seu artigo 74.º que prevê que a prestação contratual prometida pode ter por objecto as coisas futuras.

## **15. A posição das partes e actos praticados entre alienação e a constituição do crédito**

*I. Cedente.* O AUG limita-se a admitir a cessão de créditos futuros sem, no entanto, regulamentar os efeitos e as posições dos sujeitos envolvidos. Quando as partes assumem a não existência do crédito, crédito futuro, dificilmente se aplica o disposto no artigo 587.º CC, que obriga o cedente/garante a garantir a existência e a exigibilidade do crédito ao tempo da cessão. Assim, de acordo com o nosso Direito Interno, deve-se aplicar o regime de venda de bens futuros, nos termos dos artigos 880.º e seguintes do código Civil.<sup>2457</sup> Importa referir que o artigo 893º do Código Civil dispõe que venda de bens alheios fica sujeita ao regime da venda de bens futuros, se as partes os considerarem nesta qualidade<sup>2458</sup>, pois se as partes considerarem o bem objecto do negócio - cuja titularidade pertence a um terceiro - como futuro aplicar-se-ão as disposições constantes do regime da venda de bens futuros (artigo 880.º CC), sendo essa venda, em princípio, válida.

Na cessão de créditos, embora em regra o carácter futuro de direito seja absoluto, ou seja, o crédito não existe no momento da celebração do negócio, mas há uma similitude de situações, nos termos do artigo 880.º CC, o alienante é obrigado a adoptar as diligências necessárias para que o comprador adquira o bem vendido, o que passa por celebrar o contrato necessário ao surgimento do crédito<sup>2459</sup>. Com efeito, sobre o cedente incide a obrigação de desencadear o surgimento do crédito e, com a aquisição de crédito, a transferência será automática – artigo 408.º/2 CC, tendo em conta o nosso sistema de título.<sup>2460</sup>

De acordo com o disposto no artigo 81.º/1 AUG, quanto à forma da cessão de crédito em garantia, esta deve ser reduzida a escrito num documento contendo, sob pena de nulidade, os seguintes elementos: 1.º o nome ou a denominação social do cedente e do cessionário; 2.º a data da cessão; 3.º e a identificação dos créditos garantidos e cedidos. O seu n.º 2 determina que se os créditos forem futuros, o documento deve permitir a sua individualização ou conter elementos que a permitam, tais como a designação do devedor, o lugar de cumprimento, o montante dos créditos ou a sua avaliação e, se a houver, a respectiva data de vencimento.

---

<sup>2457</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 425.

<sup>2458</sup> Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, cit., p. 124, alertam que não se deve confundir coisa futura com coisa alheia, embora esta possa ser considerada naquela qualidade pelos contraentes.

<sup>2459</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 425; Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito*..., cit., p. 435.

<sup>2460</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 425.

Quanto à obrigação de entrega dos documentos e outros meios probatórios do crédito consagrado no artigo 586.º CC, não se deve aplicar sem mais ao crédito futuro, pois o crédito ainda não se constituiu, o que impede a existência actual dos documentos relativos ao mesmo<sup>2461</sup>. Quanto aos documentos que não se referem apenas ao crédito, mas genericamente à relação contratual a ele subjacente, não parece fazer sentido determinar a sua entrega ao cessionário. Quanto aos créditos futuros emergentes de negócios a celebrar, admite-se a obrigação de entrega dos documentos ao cessionário, mas esta apenas surgirá no momento em que o crédito se venha a constituir.<sup>2462</sup>

*II, Cessionário.* Quanto ao cessionário, neste caso, credor/beneficiário da garantia, deve-se analisar a protecção que o negócio lhe concede até ao momento da constituição do crédito. A garantia apenas se constitui com a efectiva transmissão de crédito para a esfera jurídica do cedente, pois na alienação em garantia, apenas com a efectiva alienação e aquisição é que se constitui efectivamente a garantia, uma vez que a respectiva titularidade é que constitui o conteúdo da garantia. Até à transferência de crédito, o cessionário/credor adquire uma expectativa de constituição de garantia, da protecção efectiva do seu crédito.

Há quem sustente que a cessão de créditos futuros constitui um negócio de disposição, pelo que estaria sujeita ao princípio de prioridade temporal, impedindo o cedente de efectuar nova disposição sobre o mesmo crédito. Contrariamente, alguns advogam que a aplicação do princípio da prioridade para a resolução de conflitos entre cessões de créditos futuros não se pode considerar resultante do sistema positivo – BGB.<sup>2463</sup> A doutrina sustenta que no caso de existir uma pluralidade de cessões de créditos futuros, deve ser aplicado o princípio da prioridade, pelo que deve a primeira cessão prevalecer sobre as outras que em relação a ela são ineficazes, a menos que essa cessão seja inválida,<sup>2464</sup> posição que nos parece aceitável. Considera-se também que deve-se aplicar o princípio da prioridade caso ocorra a oneração do crédito futuro posteriormente à sua alienação, nomeadamente penhor de créditos futuros.<sup>2465</sup>

Quando ocorrer a extinção ou modificação do crédito por acordo com o devedor, antes da sua constituição, ou a posição contratual onde surgiria o crédito vem a ser objecto da revogação ou cessão, a situação já se coloca em termos diferentes. A doutrina

---

<sup>2461</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 425.

<sup>2462</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 426.

<sup>2463</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 426.

<sup>2464</sup> Cf. Vaz Serra, *BFD*, 30, 1954, p. 225.

<sup>2465</sup> Cf. Vaz Serra, *BFD*, 30, 1954, p. 225; Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 427.



dominante sustenta que este tipo de disposição afecta inevitavelmente a cessão de créditos futuros, na medida em que ficam sem objecto se o crédito não se chega a constituir, ou se vem a constituir na esfera jurídica de pessoa diferente do cedente.<sup>2466</sup>

Dispõe o artigo 82.º/2 AUG que a partir da data da cessão, não pode o cedente, sem acordo do cessionário, modificar o âmbito dos direitos ligados ao crédito cedido. Parece que os acordos e as alterações efectuadas depois da cessão de crédito futuro e antes da sua constituição são ineficazes perante o cessionário/credor. Para impedir tais situações, o legislador da OHADA, nos termos do n.º 2 do artigo 81.º AUG, determina que se os créditos forem futuros, o documento onde é reduzida a cessão deve permitir a individualização da cessão ou conter elementos que a permitam, tais como a designação do devedor, o lugar de cumprimento, o montante dos créditos ou a sua avaliação e, se a houver, a respectiva data de vencimento. O legislador visa reduzir a indeterminabilidade do crédito futuro para evitar a prática de actos sobre o mesmo entre o momento da sua alienação e a constituição. Em todo caso, a violação do contrato da cessão de crédito futuro por parte do cedente gera o dever de indemnizar.

Sustenta-se ainda que se for estipulado um *pacto de non cedendo*, após à celebração de cessão de crédito futuro e antes da sua constituição, deixará de ocorrer a transmissão do crédito, pelo que fica afectada a transmissão do crédito.<sup>2467</sup> Em relação a este aspecto, dispõe o n.º 2 do artigo 80.º AUG, que não se auto - limita aos créditos presentes, dispõe que a incedibilidade do crédito não pode ser oposta ao cessionário pelo devedor cedido quando, sendo a mesma de fonte convencional, o crédito tenha sido contraído no exercício da profissão do devedor cedido ou se encontre em relação directa com uma das suas actividades profissionais, ainda que não seja a principal.

Quanto à cessão da posição contratual, MOTA PINTO<sup>2468</sup> assevera que os créditos futuros não pertencerão ao cessionário do crédito, mas antes de ao cessionário da cessão da posição contratual, de acordo com a doutrina da transmissão. Diferentemente, MENEZES LEITÃO<sup>2469</sup> entende que a cessão de créditos futuros, assim como a cessão da posição contratual são negócios de disposição que se vão repercutir sobre os créditos a constituir, pelo que o princípio da prioridade deverá determinar a prevalência do primeiro sobre o segundo acto de disposição, posição da nossa concordância, tendo também em

---

<sup>2466</sup> Cf. Vaz Serra, *BFD*, 30, 1954, p. 225; Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 427.

<sup>2467</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 427.

<sup>2468</sup> Cf. Mota Pinto, *Cessão....*, cit., p. 394.

<sup>2469</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 428.

conta as disposições do AUG referidas. Ainda em reforço desta posição, dispõe o artigo 82º/1 AUG que o contrato de cessão de créditos, presentes ou *futuros*, *em garantia* é imediatamente eficaz entre as partes, na data da sua celebração, independentemente da data da constituição, vencimento ou exigibilidade do crédito cedido, e torna-se oponível a terceiros a partir da sua inscrição no RCCM, seja qual for a lei aplicável ao crédito ou a lei do país de residência do devedor, o que significa que se pode registar uma cessão de crédito futura em garantia, momento partir do qual torna-se oponível a terceiros.

*III. Devedor cedido.* Em relação ao devedor, importa realçar o problema da sua protecção. De acordo com o disposto no artigo 585.º CC, o devedor pode opor ao cessionário os meios de defesa que lhe seria lícito invocar contra o cedente, excepto os que provenham de facto posterior ao conhecimento da cessão. E, diferentemente do disposto no artigo 85.º AUG, que prevê que quando o devedor do crédito cedido for um devedor profissional nos termos do artigo 85.º AUG, pode este *devedor profissional*, a pedido do cessionário, vincular-se a pagar-lhe directamente aceitando a cessão. Neste caso, o devedor não pode opor ao cessionário as excepções fundadas nas relações pessoais com o cedente, salvo se o cessionário, ao adquirir ou receber o crédito, tiver agido intencionalmente em prejuízo do devedor. Sob pena de nulidade, o referido acordo deve ser reduzido a escrito num documento intitulado “*Acto de aceitação de cessão de créditos em garantia*”, onde se reproduzirão em caracteres legíveis as disposições do presente artigo. Esta disposição é uma espécie de renúncia de meios de defesa, reduzindo a acessoriedade da garantia.

*IV. Acto de aceitação de cessão de créditos em garantia.* Por outro lado, a invocação dos meios de defesa que seria lícito devedor invocar contra o cedente, constitui um corolário do princípio da acessoriedade e, nos termos do artigo 2.º AUG, salvo disposição em contrário<sup>2470</sup>, são acessórias as garantias nele reguladas. Esta disposição consagrou o princípio da acessoriedade.

Com efeito, na falta de disposição em contrário e, por não se tratar de uma garantia ou contra - garantia autónoma, a cessão de créditos constitui uma garantia acessória da obrigação garantida, o que permitiria o devedor invocar as excepções que podia invocar contra o cedente. Todavia, na cessão de créditos futuros, a própria constituição de crédito ocorre em momento posterior ao conhecimento da cessão. Por isso, questiona-se em que

---

<sup>2470</sup> Por exemplo, dispõe o artigo 40.º AUG que as garantias e contra - garantias autónomas criam obrigações autónomas, distintas das convenções, actos e factos susceptíveis de constituir a respectiva base.

termos é que pode-se verificar a manutenção das excepções perante o cessionário.<sup>2471</sup> Na doutrina alemã, a posição defendida é da equiparação da cessão de crédito futuro à cessão de crédito presente, para efeito da protecção do devedor, na medida em que ele também se realiza sem o seu consentimento considerando que essa solução constitui uma regra genérica da cessão de créditos.<sup>2472</sup>

Deve-se, todavia, realçar que quando se trata de créditos resultantes de relações a constituir, não existe naturalmente qualquer excepção existente no momento da cessão, na medida em que a própria cessão está constituída, pelo que o devedor só adquirirá as excepções no momento posterior. Há quem sustente que uma vez que o cessionário apenas pode adquirir o crédito nos termos em que ele venha a constituir, qualquer excepção adquirida pelo devedor em resultado do negócio será oponível ao devedor<sup>2473</sup>. Quando se trate da cessão de crédito futuro resultante de uma relação já constituída ou de um negócio sujeito a uma condição suspensiva, entende-se<sup>2474</sup> que o cedente possuía um direito de aquisição eventual do direito, já certo no seu montante e relevante juridicamente, pelo que este direito é adquirido pelo cessionário, que o pode exercer perante o devedor, cabendo-lhe a este invocar perante o cessionário a excepção da inexigibilidade do direito.<sup>2475</sup> Neste caso, não podem ser oponíveis ao cessionário as excepções adquiridas após a cessão e antes da constituição do crédito, resultantes do acordo negocial das partes.

## **16. A excepção de compensação com contra - crédito**

Pode verificar-se a situação em que o devedor cedido beneficie de um contra - crédito sobre o cedente, no momento em que se verifica a constituição do crédito, que não possuía ainda no momento em que tem conhecimento em que tem conhecimento da cessão de crédito futuro. O resultado varia consoante a teoria adoptada<sup>2476</sup>. No caso da adopção da teoria da imediação, faltaria o requisito da reciprocidade dos créditos no momento da sua constituição, pelo que não poderia compensar um crédito que é do cessionário com um crédito sobre cedente. Se se adoptar a teoria da transmissão, já se

---

<sup>2471</sup> Citados pelo Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 429.

<sup>2472</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 429.

<sup>2473</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 429.

<sup>2474</sup> Cf. Pietro Perlingieri, *Cessione del credito ed eccezione d'inesigibilità*, RDCiv., II, 1967, pp. 502 e seguintes, p. 506.

<sup>2475</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 430.

<sup>2476</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 429.

pode compensar, nos termos do artigo 585.º CC, pois o crédito ainda pertence ao cedente. MENEZES LEITÃO<sup>2477</sup> entende que esta norma exclui do âmbito das exceções invocáveis perante o cessionário aquelas adquiridas posteriormente ao conhecimento da cessão, pelo que se a cessão de créditos futuros tiver sido notificada ao devedor antes da constituição de contra-crédito, deve-se questionar se este pode ser invocado perante o cessionário. Na Alemanha, perante disposição semelhante (§406 BGB)<sup>2478</sup>, entende-se que a notificação da cessão de créditos futuros ao devedor obsta qualquer possibilidade de este invocar a compensação com um contra-crédito sobre o cedente. Mais tarde, o BGH, na decisão 2 de Junho de 1976, sustentou que para efeitos da compensação o conhecimento da cessão de créditos futuros possui mesmo efeito com o da cessão de créditos presentes.<sup>2479</sup>

Esta posição foi, posteriormente criticada, assegurando-se que o § 406 BGB não se destina exclusivamente a tutelar a confiança do devedor, mas também a permitir a conservação das exceções que ele possuía contra o cedente. Por isso, não se justifica privar o devedor da possibilidade da compensação que, sem cessão, teria contra o cedente. Há ainda quem entenda que o § 406 BGB refere-se apenas à situação da compensabilidade, a qual o devedor cedido, na qualidade de contra-credor, possui em relação a qualquer crédito que obtenha sobre o cedente, independentemente em que este crédito se constitui. Por conseguinte, excluir a compensação com o fundamento de que o conhecimento da cessão ocorreu antes da constituição do crédito implicaria sustentar que a cessão retirou ao devedor uma exceção que, sem ela, ele teria adquirido, o que é expressamente vedado pelo regime da cessão de créditos<sup>2480</sup>, posição que nos parece preferível, até porque nos termos do artigo 82.º AUG *o contrato de cessão de créditos futuros, em garantia é imediatamente eficaz entre as partes, na data da sua celebração, independentemente da data da constituição, vencimento ou exigibilidade do crédito cedido, sem se referir ao eventual devedores.*

---

<sup>2477</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 431.

<sup>2478</sup> *Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen...*

<sup>2479</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 431.

<sup>2480</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de créditos*, cit., p. 432.

## 17. O problema da determinabilidade na cessão de créditos futuros em garantia

Não obstante esta generalizada admissibilidade de transmissão de créditos futuros, este deve respeitar as regras referentes aos requisitos negociais, nomeadamente a determinabilidade. Como veremos, alguma doutrina<sup>2481</sup> e jurisprudência levanta a questão da determinabilidade em relação aos créditos sem existência jurídica, sobretudo com fonte no acto jurídico ainda não praticado, contrato ainda não concluído. Curiosamente, as recentes reformas nos Estados Africanos herdeiros do Código Civil Francês e mesmo a recente reforma do *Code*, não tomaram uma posição clara sobre a questão. De igual modo, no Direito da OHADA, a reforma do AUG de 15 de Dezembro de 2010 não adoptou uma posição clara sobre esta questão, gerando divergências<sup>2482</sup> doutrinárias.<sup>2483</sup> Por conveniência, ao tratar de créditos futuros, o legislador contemporâneo – artigo 127.º AUG, mas também a doutrina, tanto clássica<sup>2484</sup> como moderna<sup>2485</sup>, e a jurisprudência<sup>2486</sup>, muitas vezes referem-se, para distinguir o crédito presente do futuro, ao momento do seu nascimento, o que permite que seja considerado como futuro o crédito ainda não nascido<sup>2487</sup>, mas a nascer, desde que um dos elementos geradores já esteja presente no dia da celebração do contrato<sup>2488</sup>, sob pena de ser considerado um direito eventual<sup>2489</sup>, ao contrário dos créditos que já existem, mas só vencem no futuro.

Na verdade, o crédito futuro é também aquele que decorre de um contrato futuro. O AUG estabelece como critério para distinguir entre créditos presentes ou futuros. Os artigos 82.º e 131.º AUG referem-se expressamente ao futuro, ou seja, pode ter por fonte

---

<sup>2481</sup> Cf. C. Gijsbert, *Le nouveau visage de la cession de créance*, Droit et Patrimoine, 2016, p. 50; J.-M. Verdier, *Les droits éventuels, Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Rousseau et Cie, 1955, parágrafo 187; A. Sériaux, *Le futur contractuel*, in *Le droit et le futur*, 1985, n.ºs 15 et 17, p. 82-83; E. Putman, *La formation des créances*, Aix-Marseille, 1986, p. 599; R. Demogue, *Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance*, RTDCiv., 1905, p. 729.

<sup>2482</sup> Cf. P. Delebecque, *Les sûretés sur créances monétaires*, in *Le droit des affaires d'aujourd'hui à demain. Regards français et étrangers en hommage à Yves Chaput*, LexisNexis, 2014, p. 87.

<sup>2483</sup> Cf. P.-E. Audit, *La naissance des créances, approche critique du conceptualisme juridique*, 2015, Dalloz, p. 7; F. Léonard, *La cession de créances futures dans le cadre de la loi Dailly*, RRJ 2002, p. 157; H. Barbier, *Le contrat sur une chose indisponible sous condition de sa disponibilité future... éloge de l'anticipation contractuelle*, RTD Civ. 2018, p. 379.

<sup>2484</sup> Cf. R. Demogue, *De la nature et des effets du droit éventuel*, RTDCiv., 1906, p. 231.

<sup>2485</sup> Cf. F. Macorig-Venier, *Les sûretés sans dépossession dans le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises*, Toulouse, 1992, p. 284; C. Aint-Alary-Houin, *La date de naissance des créances en droit des procédures collectives*, Colloque CEDAG sur la date de naissance des créances, LPA 9, Novembro de 2004, p. 11; F. Pérochon/R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement*, 4.ª ed., LGDJ, 1999, Paris, p. 161.

<sup>2486</sup> Cf. Cass. 2.º Civ., de 10 Julho de 1996, n.º 94-19551, in Bull. Civ. II, n.º 209, p. 127.

<sup>2487</sup> Cf. A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, 3.ª ed., 2018, p. 90.

<sup>2488</sup> Cf. Cass. Com., de 10 de Maio de 2005, n.º 04-10062, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>2489</sup> Cf. R. Demogue, *De la nature et des effets du droit éventuel*, RTD Civ., 1906, p. 283; C. Atias, *Des vocations à la propriété*, in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 601; N. Titulesco, *Essai sur une théorie générale des droits éventuels*, Paris, 1907, p. 87.

um contrato ainda não concluído. Por seu lado, o artigo 9.1.5 dos princípios *Unidroit*, dedicado aos créditos futuros, prevê a necessidade da identificação do crédito cedido no momento da cessão. O principal desafio consiste em identificar o crédito a nascer, por exemplo, o crédito a indemnização do seguro por um sinistro que ainda não se verificou<sup>2490</sup>. Em França, alguma jurisprudência tem exigido a produção parcial dos elementos necessários ao seu nascimento<sup>2491</sup>, existência do acto jurídico que conduzirá a *nascença* do crédito. Numa cessão de crédito sobre o preço por parte de um empreiteiro, os tribunais franceses exigiram que o empreiteiro já estivesse vinculado ao contrato de empreitada que o tornaria credor do preço<sup>2492</sup>. Se tal contrato não existisse, considera o tribunal que não se pode falar no crédito futuro, poderia haver crédito futuro, pois faltaria a base legal mínima que permitiria tal operação<sup>2493</sup>. Mais recentemente, a *Cour de cassation* rejeitou uma doação de dividendos futuros, por sentença de 18 de Dezembro de 2012, por falta de existência do acto que vai gerar o futuro crédito<sup>2494</sup>. Entende o tribunal que tais lucros não têm existência legal antes da deliberação anual dos sócios.<sup>2495</sup>

Na verdade, mesmo no caso de créditos com fonte num contrato ainda não celebrado, pode-se preencher o requisito da determinabilidade. Poderão ser objectivos, por referencia a determinados bens ou serviços a serem vendidos ou prestados pelo cedente ou por referencia a determinada facturação previsível<sup>2496</sup>, ou, se este critério não for suficiente, será necessário recorrer a critérios mistos, que combinem dois ou mais deles, nomeadamente a cessão de créditos da venda de certos produtos a realizar a determinados compradores.<sup>2497</sup>

Nos termos do artigo 81.º/2 AUG, se os créditos forem futuros, para além do documento escrito, este deve permitir a sua individualização ou conter elementos que a permitam, tais como a designação do devedor, o lugar de cumprimento, o montante dos créditos ou a sua avaliação e, se a houver, a respectiva data de vencimento. Estas dúvidas

---

<sup>2490</sup> Cf. Cass. 1.ª Civ., de 13 de Novembro de 1997, n.º 95-20257, in Defrénois 15 Mars 1998, n.º 36753-18, p. 335; Cass. 3.ª Civ., de 20 Abril de 1982, n.º 80-15828, in Bull. Civ. III, n.º 96.

<sup>2491</sup> Cf. S. Tanagho, *L'hypothèque des biens à venir*, RTD Civ. 1970, n.º 10, p. 451.

<sup>2492</sup> Cf. *Cour royale de Caen*, de 5 Maio de 1836, S. 1836, 2, p. 337; Cass. 1.º civ., de 11 de Dezembro de 1985, n.º 84-15716, in Bull. civ. I, n.º 349; Cass. 1.º civ., de 16 de Julho de 1986, n.º 84-12990, RTDCciv. 1987, p. 748.

<sup>2493</sup> Cf. Cass. Civ., de 7 de Outubro de 1843, Dalloz. Jurisprudence générale, n.º 1699; CA Paris, de 31 de Janeiro de 1854, Recueil Sirey, 1854, II, p. 734; Cass., de 8 de Dezembro de 1852, Recueil Sirey, 1853, I, p. 106.

<sup>2494</sup> Cf. Cass. com., de 18 de Dezembro de 2012, n.º 11-27741, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>2495</sup> Cf. Cass. com., de 23 de Outubro de 1990, n.º 89-13999, in RTDCiv. 1991, p. 361.

<sup>2496</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 461.

<sup>2497</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 462.

explicam a razão por que os redactores do projecto do Acto Uniforme<sup>2498</sup> sobre o Direito das Obrigações, no seu artigo 379.º dispõe expressamente que “*la cession conventionnelle des droits à l’exécution d’obligations nées d’un contrat actuel ou futur.*”.

Tal como as normas acima referidas, nos termos do artigo 81.º/AUG, se o crédito for futuro, o documento deve permitir a sua individualização ou conter elementos que a permitam, tais como a designação do devedor, o lugar de cumprimento, o montante dos créditos ou a sua avaliação e, se a houver, a respectiva data de vencimento. Não é impossível identificar um crédito com fonte no acto jurídico ainda não praticado. Pode-se identificar o crédito que (A) vai celebrar como o (B) e pode-se designar previamente o devedor, o valor do crédito, o lugar de cumprimento, a data de vencimento. Parece que estes elementos são exemplificativos e em função da natureza de crédito. Por exemplo, se a fonte do crédito for um contrato de seguro – direito a indemnização por um sinistro que ainda não se verificou, não será possível determinar o valor à indemnização nem a data do vencimento.

### **18. A esfera jurídica onde se constitui o crédito futuro**

É discutida na doutrina a questão de determinar em que esfera jurídica se constitui o crédito cedendo. Ou seja, o crédito quando nasce, se constitui imediatamente na esfera jurídica do cessionário ou terá, aquando do seu nascimento, que passar pela esfera jurídica do cedente antes de se transferir para a esfera jurídica do cessionário. Sobre esta questão, surgiram duas teorias. A primeira, teoria da imediação (*Unmittelbarkeitstheorie*) que considera que o crédito nasce directamente na esfera jurídica do cessionário. A segunda, teoria da transmissão (*Durchgangstheorie*) que considera que o crédito nasce primeiramente no património do cedente. A teoria da imediação constitui a posição dominante na Alemanha, que considera que, na cessão de crédito futuro, o cedente nunca vem a ser constituído como credor, com efeito, o cedente não é credor no momento da celebração da cessão, uma vez que o crédito ainda não existe, e não o é depois da sua constituição, na medida em que, em consequência da cessão, ela vem antes a ocorrer na esfera jurídica do cessionário.<sup>2499</sup>

---

<sup>2498</sup> Cf. J. Issa-Sayegh/P.-G. Pougoué/F.-M. Sawadogo, *Rapport de présentation du projet de texte uniforme portant droit général des obligations dans l’espace OHADA, du 15 avril 2015*, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com), p. 20.

<sup>2499</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 463; Menezes Leitão, *Garantias, Cessão de Crédito*, cit., p. 421.

Adoptando uma posição intermédia, ANTUNES VARELA<sup>2500</sup> e PESTANA DE VASCONCELOS<sup>2501</sup> sustentam que se deve distinguir entre os créditos futuros em relação aos quais já exista um fundamento de vigência e os créditos futuros em que falte totalmente esse fundamento de vigência. Entendem os autores que, no primeiro caso, o cedente transmitiria apenas o crédito futuro, mas também uma expectativa da sua aquisição que já possuía, pelo que o crédito acabaria por se constituir directamente na esfera jurídica do cessionário. No segundo caso, uma vez que não haveria negócio de onde o crédito possa resultar, já não poderia ocorrer a transmissão de expectativas, pelo que o crédito adviria ao cessionário por via da titularidade do cedente, e apenas no momento em que se viesse a constituir. Com efeito, se o cedente, neste ultimo caso, já tivesse perdido a possibilidade de disposição do crédito - por exemplo, se se encontrar em situação de insolvência - a posição do cessionário não seria protegida, sendo-o sempre na outra hipótese.

MOTA PINTO<sup>2502</sup> seguido por RIBEIRO DE FARIA<sup>2503</sup> consideram que a teoria de imediação implicaria que os requisitos de aquisição do crédito se deveriam previamente verificar na esfera jurídica do cessionário, enquanto dos artigos 821.º e 1058.º CC<sup>2504</sup> resulta que, pelo contrário, só virá a adquirir o direito, se o cedente, sem a cessão, o tivesse igualmente adquirido, ficando assim o crédito sujeito ao mesmo regime que aquele que teria na esfera do cedente. Tal corresponde à doutrina da transmissão. No mesmo sentido, MENEZES LEITÃO<sup>2505</sup> entende que, nos termos do artigo 408.º/2 CC, em relação a qualquer coisa futura, a transmissão dá-se quando a coisa é adquirida pelo alienante, e não se vê como o crédito futuro poderia constituir excepção em relação a esta solução assim, o autor adopta a teoria da transmissão.

No AUG nenhuma disposição específica sobre esta questão. Por isso, parece-nos que, de acordo com o disposto no artigo 408.º/2, na Guiné-Bissau, dificilmente se pode

---

<sup>2500</sup> Cf. Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, II, cit., p. 317.

<sup>2501</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *O Contrato de Cessão Financeira*, cit., p. 434 e Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 464 e seguintes.

<sup>2502</sup> Cf. Carlos Mota Pinto, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, p. 227.

<sup>2503</sup> Cf. Ribeiro de Faria, *Direito das Obrigações*, II, Almedina, Coimbra, 1987, p. 228.

<sup>2504</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 471, 479 e 481, considera que, dos dados normativos, nenhum argumento decisivo se pode retirar no sentido de afirmar de forma segura que o nosso sistema tenha consagrado uma das teorias. Considera ainda que nada obsta a que as partes pretendam que o direito transmitido nasça na esfera jurídica do adquirente, apenas quando o alienante, desde logo, possa transmitir-lhe uma posição juridicamente tutelada - expectativa jurídica. Conclui o autor que em todo o caso, qualquer que seja a estrutura adoptada e com as respectivas consequências, nada obsta à cessão de créditos futuros em garantia.

<sup>2505</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 424.



afastar a teoria da transmissão. Todavia, apesar de não se tratar directamente desta questão, parece o artigo 85.º/1 AUG, apesar de se tratar da oponibilidade e da legitimidade – *quando o devedor do crédito cedido for um devedor profissional ..., pode este, a pedido do cessionário, vincular-se a pagar-lhe directamente aceitando a cessão*. Nos termos do artigo 82.º AUG, a cessão de créditos futuros em garantia é imediatamente eficaz entre as partes, na data da sua celebração, independentemente da data da constituição, vencimento ou exigibilidade do crédito cedido, e torna-se oponível a terceiros a partir da sua inscrição no RCCM, seja qual for a lei aplicável ao crédito ou a lei do país de residência do devedor. Assim, de acordo com esta disposição, entre as partes, a transferência de crédito, na cessão de crédito futuro, é eficaz na data da celebração da cessão de crédito futuro. Em relação terceiros, o relevante para o efeito da transmissão não é a constituição de crédito, mas o momento do registo da cessão de crédito futuro no RCCM.

### **19. Momento da transmissão de crédito – relevância executiva**

O momento da transferência do crédito para a esfera jurídica do cessionário pode parecer uma questão meramente teórica, mas tem uma dimensão prática significativa. Entre as partes do negócio da cessão de créditos em garantia, o momento a partir do qual o crédito se considera que saiu do património do cedente tem toda uma série de consequências. É importante determinar se se aplica o princípio da consensualidade a este negócio.

No tocante à importância da determinação do momento da transferência de crédito da esfera jurídica do cedente para o cessionário, importa ter presente os riscos representados pelo processo de insolvência movido contra o cedente, pois o momento da transferência do crédito cedido define o momento a partir do qual deixa de fazer parte do activo do cedente. A partir deste momento, juridicamente, o cessionário passa a ser titular do crédito, pelo que não terá de submeter-se à abertura de processo colectivo/insolvência contra o cedente. Pelo contrário, se a transferência se efectuar após a abertura do processo de insolvência o cessionário terá seus direitos *neutralizados*, na medida em que se verifica uma alienação ocorrida após a abertura do processo. Nesta situação, o cessionário terá que declarar o seu crédito à massa e fica numa posição fragilizada, na medida em que será ultrapassado pelos credores privilegiados em termos de preferência no pagamento. Por isso, afigura-se importante determinar o momento da transferência da cessão de crédito com fins de garantia. Para determinar esta data, duas soluções são possíveis:

Em primeiro lugar, pode-se entender que o crédito, quer seja presente, futuro ou condicional, transfere-se no momento da constituição da garantia. Esta solução seria frágil, devido ao seu carácter artificial, o que equivale a considerar que um crédito futuro pode ser transferido para a esfera jurídica do cessionário, a partir da data da prática do acto de constituição da garantia, ainda não nasceu. O crédito seria transferido para o credor/cessionário mesmo antes da existência do próprio crédito. Seria uma solução favorável ao cessionário, pois é como, no caso de crédito futuro, se a transmissão tivesse o efeito retroactivo à data da celebração do acto da cessão de crédito em garantia, o que incentivaria a concessão de crédito com recurso à cessão de créditos futuros.

Contrariamente a esta primeira solução, é possível considerar que o crédito se transfere para a esfera do cessionário na data do seu nascimento. Assim, tratando-se da cessão de um crédito presente, este se transfere-se imediatamente para a esfera jurídica do cessionário no momento da celebração da cessão. Pelo contrário, tratando-se de um crédito futuro, transfere-se quando se torna presente, pelo que, se a cessão celebrada antes da abertura do processo de falência contra o cedente e tornar-se presente após a referida abertura será submetido ao referido processo, ou seja, o cessionário vai ter que concorrer com os restantes credores. Este entendimento é capaz de ser mais racional, mas também pode ser, digamos, antieconómico, porquanto restringe a concessão de créditos garantidos por cessão de créditos futuros.

Em Itália, parte da doutrina sustenta que a noção de crédito futuro não pode ser separada da relação jurídica da qual o crédito terá de nascer e, portanto, da fonte do crédito. No entanto, a doutrina maioritária admite a cessão de créditos futuros, bem como dos créditos relacionados com as relações jurídicas ainda não estabelecidas, ou seja, cuja fonte ainda não existe, mas prevista, implicando uma situação de aleatoriedade ainda mais acentuada. Ainda em relação à transmissão de créditos futuros, em Itália, surgiram diferentes posições na doutrina, em especial sobre os seus efeitos. Uma parte advoga que a cessão crédito futuro apenas produz efeitos obrigacionais entre as partes e não translativos até ao momento que o crédito venha a se tornar presente, momento a partir do qual produz efeitos reais. Alguns sustentam que se trata duma transacção sujeita a uma condição legal, da qual deriva o adiamento tanto dos efeitos transmissivos quanto os efeitos reais. A primeira posição, também compartilhada pela jurisprudência, reconhece a cessão de crédito futuro apenas os efeitos obrigacionais até que o crédito se torne presente, enquanto a transferência do crédito ocorre no momento em que se torne presente. A base dessa reconstrução é o artigo 1472.º do Código Civil Italiano, que, ao

prever que na compra e venda de uma coisa futura, a transferência ocorre quando a coisa se tornar presente, o que pressupõe que a venda do bem futuro produz, até aquele momento, efeitos meramente obrigacionais, de modo que o cedente deve comunicar ao cessionário quando o crédito se torna presente<sup>2506</sup>.

Em França existem divergências tanto na jurisprudência quanto na doutrina. Um tribunal francês, num caso de *cession Dailly*, considera que o momento da transferência de crédito é o momento que se torna presente, ou seja, o momento em que nasce. no processo de falência movido contra o cedente, o tribunal comercial considera numa cessão de rendas futuras celebrada antes da abertura do processo, que o banco cessionário tem que concorrer com os restantes credores. Esta decisão foi fortemente criticada pela doutrina. Esta posição doutrinária foi considerada pela doutrina como uma *morte* da *cession Dailly*. Assim, para evitar a tal sentença de morte da cessão de crédito comum em garantia, considerou em duas opções para consagrar na reforma de 2021. A proposta mais radical foi a apresentada por DANOS, que visa pura e simplesmente alterar a letra do artigo 1323.º do Código Civil francês, dando-lhe a seguinte redacção:

*“A transferência de um crédito, presente ou futuro, é imediatamente eficaz entre as partes e torna-se oponível a terceiros na data da sua celebração...*

*Todavia, quando o objecto da cessão for um crédito futuro, o cessionário adquire o direito quando este se torna presente.*

Esta redacção parece incoerente em relação ao momento de transmissão do crédito futuro. Todavia, pode contribuir para eliminar a distinção entre o crédito presente e futuro, no que diz respeito ao momento da sua transmissão, pode evitar a ambiguidade e transpõe a solução consagrada na matéria de penhor, fundindo os artigos 2357 e 2361 do Código Civil francês num único texto. No entanto, seria importante que previsse, como se verifica

---

<sup>2506</sup> Diferentemente, outra parte da doutrina, em relação à redacção do texto do artigo 1472.º do *Codice*, considera que a venda de uma coisa futura constitui uma transmissão condicional, do qual produz efeitos *ex tunc* nos termos do artigo 1356.º do *Codice*, que dispõe que na pendência da condição suspensiva, o adquirente de um direito pode praticar actos de conservação e que o adquirente de um direito sob condição resolutiva pode, durante a pendência da condição, exercê-lo, mas o outro contratante pode praticar actos de conservação. De acordo com esta corrente, a cessão de um crédito futuro não teria como objecto o crédito, pois este ainda não existe, mas uma expectativa jurídica, sem contrastar com o princípio *nemo potest transferre latino mais quam ipse habet*. Dito de outro modo, o cedente transfere o crédito num momento em que ele ainda não é o titular do mesmo. Dessa forma, a cessão produz imediatamente o efeito translativo da situação preliminar e a aquisição do direito de crédito ocorre directamente na esfera jurídica do cessionário, assim que se verifica o facto a que está condicionado a existência do direito, uma vez que a negociação constitutiva do direito já se encontra concluída em termos dos elementos essenciais. A cessão de créditos futuros, em Itália, é marcada pela ideia de que verifica efectivamente a transferência de crédito apenas quando este venha a existir.

em certos textos internacionais – nomeadamente o artigo dos Princípios Europeus de Direitos dos Contratos - que a transferência de créditos pode num momento posterior por convenção das partes. Esta proposta não foi adoptada pela Lei de ratificação da *Ordonnance* de 10 de Fevereiro de 2016, sobre a reforma do Código Civil francês

De acordo com o regime instituído pelo artigo 82.º do AUG, a cessão de cessão de créditos futuros em garantia *é imediatamente eficaz entre as partes, na data da sua celebração, independentemente da data da constituição..., e torna-se oponível a terceiros a partir da sua inscrição no RCCM*. De acordo com esta disposição, entre as partes, a transferência de crédito, na cessão de crédito futuro, é eficaz na data da celebração da cessão de crédito futuro. Em relação terceiros, o relevante para o efeito da eficácia da transmissão não é a constituição de crédito, mas o momento do registo da cessão de crédito futuro no RCCM. Trata-se de uma norma imperativa, as partes não podem convencionar a alteração do momento da transmissão, o momento da transmissão não pode ser alterado em resultado da estipulação das partes. Se fosse permitido às partes a possibilidade de convencionarem a alteração do momento da transferência, pode por em causa o regime do artigo 604.º CC, o regime decorrente do AUOPCAP e fraude à lei.

## **20. Cessão das pretensões sociais e a posição societária do cedente**

O direito ao dividendo, para aqueles que admitem a sua existência, resultará de uma vinculação da sociedade a distribuir lucros no final de cada exercício.<sup>2507</sup> O direito ao lucro é um direito essencial dos sócios, traduzindo-se essencialmente<sup>2508</sup> no direito de participar na distribuição de lucros pela sociedade<sup>2509</sup>, como contrapartida, nomeadamente da entrada.<sup>2510</sup> O lucro final ou de liquidação é o lucro que se apura no termo da sociedade, quando esta é objecto de liquidação e que consiste no excedente do património social líquido sobre a cifra do capital. Tem sido debatida na doutrina a possibilidade da cessão do direito a dividendos que venham a ser deliberados no futuro, hipótese que tem sido considerada admissível. Neste caso, o direito ao dividendo ainda

---

<sup>2507</sup> Cf. Paulo Tarso Domingues, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 20.

<sup>2508</sup> Cf. Filipe Cassiano dos Santos, *A posição do accionista face aos lucros de balanço. O direito do accionista ao dividendo no Código das Sociedades Comerciais*, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 19.

<sup>2509</sup> Cf. Manuel António Pita, *Direito aos Lucros*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 112; Paulo Tarso Domingues, *Variações sobre o Capital Social*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 281.

<sup>2510</sup> Cf. António Menezes Cordeiro, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 136.

não foi concretizado por meio da deliberação social de distribuição de lucros aos accionistas no momento da respectiva transmissão. Questão igualmente debatida neste contexto, prende-se com a eficácia da cessão do crédito a dividendos perante o transmissário da acção, no caso de o cedente transmitir a titularidade desta a um terceiro antes da constituição do direito ao dividendo na sua esfera jurídica.

Aliás, tem-se destacado que os direitos acima referidos ou da liquidação da participação social são cedíveis como quaisquer outros, não se exigindo que o cessionário deva tornar-se sócio daquela sociedade. Também se entende que a cessão de créditos futuros fica esvaziada do cedente vir a perder a qualidade de sócio antes da constituição do crédito. Levanta-se também a questão de cessão de futuro crédito a dividendos ou à liquidação da quota se pode manter caso venha a ocorrer a penhora de participação social ou alguma das pretensões que a integram. A doutrina tem-se pronunciado, com o fundamento do princípio da prioridade temporal, considerando que na cessão de créditos futuros, tal como na cessão de créditos presentes, posteriores disposições não afectam a cessão realizada.<sup>2511</sup> Todavia, no Direito societário, tem sido defendida certas restrições a este entendimento.

Na decisão do BGH, de 19 de Setembro de 1983, considera que no caso do penhor de uma participação social, ocorrida depois da cessão de créditos futuros relacionados com essa participação social, prevalecerá o penhor, pelo que o cessionário adquirirá o seu crédito onerado com o penhor, afastando assim o princípio da prioridade<sup>2512</sup>. Esta posição foi criticada na doutrina, sublinhando-se que a proximidade à posição societária não justifica o privilégio duma posição em relação a outras, pois o direito aos lucros futuros não se confunde com a pessoa do sócio, podendo ser objecto de disposição separada<sup>2513</sup>, a visão atomista da participação social<sup>2514</sup> parece estar ultrapassada<sup>2515</sup>. Entende-se

---

<sup>2511</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 437.

<sup>2512</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 437.

<sup>2513</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 438.

<sup>2514</sup> Cf. Armando Triunfante, *A Tutela das Minorias nas Sociedades Anónimas – Direitos de Minoria Qualificada, Abuso de Direito*, 2004, p. 75; Pais de Vasconcelos, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, 2005, p. 372; Ferreira Borges, *Diccionario Jurídico-Commercial*, 1856, p. 388; Sampaio Pimentel, *Anotações ou syntese anotada do Codigo do Commercio*, 1875, p. 117; Tavares Medeiros, *Commentario da Lei das Sociedades Anonymas de 22 de Junho de 1867*, 1886, Visconde de Carnaxide, *Sociedades Anonymas*, 1913, p. 85.

<sup>2515</sup> Cf. Para Raul Ventura, *Reflexões sobre Direitos dos Sócios*, in CJ, Ano IX, 1984, II, 7-12, p. 9, não era possível a unidade da situação jurídica do sócio, expressa em um só direito, na cessão de quotas, por exemplo, não se verificava uma transmissão de um só direito, mas de uma multiplicidade de situações jurídicas, insusceptíveis de uma recondução a uma unidade superior. A rejeição da unidade jurídica da participação social era partilhada ainda por outros autores como Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, II, 1968; Vaz Serra, *Acções nominativas e acções ao portador*, in BMJ, n. os 175-179, 1968, p. 3.

também que a posição do BGH, no fundo, seria a defesa da teoria da transmissão, na medida em que a aquisição de créditos a lucros na esfera jurídica do cessionário pressupõe a manutenção da qualidade de sócio na esfera do cedente no momento da constituição<sup>2516</sup>.

MENEZES LEITÃO sustenta que não há justificações para atribuir prioridade à disposição societária sobre as disposições de rendimentos futuros sobre a mesma participação social, pelo que se o cedente já dispôs dos rendimentos futuros de uma participação social, previamente a ter disposto dessa mesma participação social, é o primeiro adquirente e não o segundo o titular desses rendimentos<sup>2517</sup>.

## **21. A morte do cedente e a vinculação da herança na cessão de créditos futuros**

Na cessão de créditos futuros, se o cedente falecer, cessa a personalidade jurídica, nos termos do artigo 68.º CC, pelo que não pode adquirir o crédito. No âmbito da sua actividade profissional, se o cedente procedesse à alienação dos créditos futuros que contava obter dos seus clientes, a cessão refere a um espaço temporal que se esvazia com a morte do cedente. Esta situação constitui mais um problema específico da cessão de crédito futuros, que pode ser em garantia.<sup>2518</sup> O BGH, na Alemanha, entende que esta situação poderia ser objecto de excepção em relação a créditos referentes a um estabelecimento comercial, que depois é transmitida para os herdeiros.<sup>2519</sup>

VAZ SERRA<sup>2520</sup>, apesar de defender a teoria da transmissão, entende que, no caso da morte do cedente, a cessão de crédito futuro continua a ser eficaz.

MENEZES LEITÃO entende<sup>2521</sup> que se pode sustentar que se a personalidade jurídica cessa com a morte, não se compreenderia como poderia o cessionário adquirir um crédito por transmissão de um alguém que já não existiria no momento em que o crédito se vem constituir. Para o autor, neste enquadramento, a cessão de crédito futuro extinguir-se-ia caso o crédito viesse apenas a constituir-se após a morte de cedente. O autor sustenta se deve admitir a sua transmissão para os herdeiros nos termos gerais.

Da nossa parte, parece que se deve recorrer ao disposto no artigo 82.º AUG. Nos termos deste artigo, o contrato de cessão de créditos futuros em garantia *é imediatamente*

---

<sup>2516</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 439.

<sup>2517</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 439.

<sup>2518</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 436.

<sup>2519</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 436.

<sup>2520</sup> Vaz Serra, *BFD*, 30, 1954, p. 225.

<sup>2521</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 436.

*eficaz entre as partes, na data da sua celebração, independentemente da data da constituição..., e torna-se oponível a terceiros a partir da sua inscrição no RCCM, seja qual for a lei aplicável ao crédito ou a lei do país de residência do devedor.* Assim, de acordo com esta disposição, entre as partes, a transferência de crédito, na cessão de crédito futuro, é eficaz na data da celebração da cessão de crédito futuro. Em relação terceiros, o relevante para o efeito da transmissão não é a constituição de crédito, mas o momento do registo da cessão de crédito futuro no RCCM. Com efeito, se a cessão de crédito futuro for regista antes da morte do cedente, será oponível aos herdeiros, e considera-se transmitido para o cessionário.

## **22. A acessoriedade e a abstracção externa**

A acessoriedade significa que a garantia é moldada tendo em conta as características da obrigação principal (artigo 2.º AUG).<sup>2522</sup> De acordo com o regime geral e interno, o *devedor pode opor ao cessionário, ainda que este os ignorasse, todos os meios de defesa que lhe seria lícito invocar contra o cedente, com ressalva dos que provenham de facto posterior ao conhecimento da cessão*”, conforme dispõe o art. 585º do CC. Com efeito, o devedor pode opor ao cessionário quer factos que determinem a invalidade do crédito, quer causas extintivas do crédito como a resolução do negócio jurídico donde surge o crédito ou o cumprimento do mesmo, o contrato é anulável em virtude de erro ou dolo e ainda factos que paralise o exercício do crédito, tais como o prazo da prestação ou a excepção de não cumprimento do contrato, na eventualidade do cedente não cumprir com a prestação<sup>2523</sup>. Isto significa que se o negócio constitutivo do crédito padecer de qualquer vício que determine a sua nulidade ou anulação, o devedor poderá invocar os meios de defesa contra o cessionário, que lhe seria lícito invocar contra o cedente.<sup>2524</sup>

---

<sup>2522</sup> As manifestações da acessoriedade podem ser encontradas no regime da fiança. A acessoriedade faz parte da natureza da fiança, pelo que não pode ser afastada por vontade das partes, sob pena de pôr em causa a essência da própria fiança. Se a garantia não tiver carácter acessório, então será outra garantia autónoma que não a fiança. A acessoriedade constitui um princípio geral na nossa Ordem jurídica.

<sup>2523</sup> Cf. Vaz Serra, *Cessão de Créditos ou de Outros Direitos*, BFDUC, 318, XXX, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1954, pp. 310-312.

<sup>2524</sup> Numa cessão de créditos que teve por base um contrato de compra e venda de material informático, objecto de apreciação e decisão do STJ, em 04 de Março de 2004, Revista n.º 65/04 - 7.ª Secção Quirino Soares (Relator), Neves Ribeiro Araújo de Barros, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), em que a empresa de material informático vendeu à sua cliente diversos equipamentos informáticos e sobre os quais emitiu as respectivas facturas. Entretanto a empresa de informática cedeu o seu crédito, titulado por uma factura em particular, a uma instituição financeira de *factoring* e disso deram conhecimento à cliente, devedora. No entanto após

Esta questão da acessoriedade é colocada no âmbito da cessão de crédito em garantia, ou seja, se existe ou não a acessoriedade na cessão de crédito em garantia. As posições tradicionais sustentam que na cessão de crédito em garantia não há acessoriedade, porque a única relação entre o crédito cedido e o crédito principal consistia no *pactum fiduciae*. Esta decisão, todavia, tem vindo a ser alterada, o BGH, em decisão de 23 de Setembro de 1981, considera inválida a cessão de créditos em garantia, em caso de falta de constituição de crédito, com fundamento na existência da analogia funcional entre a cessão de crédito em garantia e o penhor de crédito, sendo manifesta a existência de acessoriedade neste último.<sup>2525</sup> Esta decisão foi objecto de crítica na doutrina alemã que entendeu que o tribunal, nesta decisão, confundiu o plano da abstracção com o da acessoriedade. Se se verifica a abstracção na cessão de crédito em garantia, na medida em que não constitui uma parte do negócio principal – abstracção interna – e, para a sua validade, não depende do negócio principal – abstracção externa. Acrescenta que a abstracção do negócio não se confunde com a acessoriedade da garantia, que significa que o direito da garantia depende da existência do direito garantido e que é imposta apenas

---

verificação e confirmação da factura, a cliente devedora apercebe-se de um erro de facturação, ou seja, havia sido facturado por cada computador um valor superior ao acordado. Disso deu conta à empresa de informática que se ofereceu a corrigir a facturação, emitindo para isso uma nota de crédito sobre o valor total dessa factura emitida com o valor errado, anulando a dita factura na totalidade. É então remetida a nota de crédito juntamente com a nova factura, agora com o valor efectivamente contratado, e sobre a qual vinha apostado que “este crédito - factura - foi cedido e deverá ser pago sempre e só a ... *Factoring*, com sede em..., única entidade que tem direito a cobrar a quantia respectiva e emitir a quitação correspondente. Por tudo o que vem dito, seria de qualificar esta cessão de créditos, tão normalmente, como uma cessão de créditos financeira e o devedor liquidaria a factura tal como foi notificado, a questão levantou-se porque a entidade financeira de *factoring* não é a mesma a quem fora cedida a primeira factura que, entretanto, fora anulada pela nota de crédito. Acresce que, entretanto, o *factoring* havia adiantado o valor da primeira factura, ora anulada, à empresa de informática e o *factoring* havia notificado o devedor a pagar a dita factura. Dado que essa factura fora anulada e a primeira empresa de *factoring* não teve disso conhecimento, continuou a exigir o cumprimento ao devedor. O devedor por sua vez, não poderia liquidar uma factura que fora anulada e no entretanto assumiu a nova factura como sendo a que realmente estava em dívida e teria de a liquidar a uma outra instituição de *factoring*. Nos termos do artigo 585º CC, o devedor pode opor ao cessionário todos os meios de defesa que lhe seria lícito invocar perante o cedente, logo se conclui que se não tivesse havido cedência de créditos, o cliente devedor apenas teria de pagar a segunda factura, emitida com o valor correcto, e nunca seria obrigado a pagar as duas facturas, apesar de ter confirmado que teve conhecimento da cessão financeira da primeira factura e que deveria pagá-la ao cessionário, *factoring*. Mesmo assim, pode invocar o disposto no artigo 585º CC para se defender quando o *factoring* vem exigir a liquidação da factura emitida e anulada. Nenhum direito cabe ao cessionário/*factoring*, para exigir seja o que for do cliente devedor. Pode o cessionário/*factoring*, isso sim exigir responsabilidades à empresa de informática com quem havia celebrado o contrato de cessão de créditos e a quem havia efectuado o adiantamento titulado pela factura ora anulada. No entanto, não é possível opor ao cessionário as excepções provenientes de factos posteriores ao conhecimento da cessão, para evitar que, por acordo, devedor e credor criem excepções em prejuízo do cessionário, cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 350. O que significa, a modo de exemplo, que o devedor não poderá compensar a sua dívida perante o cessionário com um crédito resultante de um facto posterior ao da cessão, como uma nota de crédito ou o valor de uma indemnização por responsabilidade contratual.

<sup>2525</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 452.



pela lei. Consequentemente, na cessão de crédito em garantia, se não tiver sido convencionado uma condição suspensiva ou resolutiva relativa à existência do crédito garantido, essa inexistência não implica que o crédito regresse imediatamente à titularidade do cedente, tendo as partes de estipular uma retrocessão, no sentido de produzir esse efeito.<sup>2526</sup>

Na doutrina portuguesa, VAZ SERRA<sup>2527</sup> defende a acessoriedade na cessão de crédito em garantia, considerando que o devedor cedido deve poder invocar a extinção do crédito garantido para obstar ao pagamento ao cessionário. No mesmo sentido ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE<sup>2528</sup> sustentam a unidade entre o crédito garantido e cedido, pelo que parece que sustentam a acessoriedade na cessão de crédito em garantia. MENEZES LEITÃO<sup>2529</sup> considera que a cessão de crédito em garantia não constitui uma garantia acessória, a menos que as partes estipulem uma condição nesse sentido, a não constituição ou extinção do crédito garantido não afectará a cessão de crédito em garantia. Considera o autor que o cedente terá sempre – com vista à eliminação do desequilíbrio patrimonial gerado - direito à restituição por enriquecimento sem causa, nos termos do artigo 473.º/1 CC.

Em França, ainda antes da reforma de 2022, a doutrina já vinha sustentando que a cessão de crédito abrange os seus acessórios, incluindo juros moratórios, acções judiciais, direitos reais e pessoais (artigo 1324 do *Code*). Que o devedor cedido pode opor ao cessionário todas as excepções pessoais ou reais, que podia invocar contra o cedente: acção de nulidade, rescisão e diversas causas de extinção. Para as excepções inerentes ao crédito cedido (artigo 1324/2 do *Code*) anterior à cessão, o devedor cedido pode opor-se ao cessionário. O devedor tem o direito de se recusar a pagar, com base em sua relação com o ex - credor: o cedente. Pode invocar a nulidade, excepção de não cumprimento, resolução ou compensação de dívidas conexas, etc., com limitação temporal, ou seja só se admite os ocorridos antes da cessão.<sup>2530</sup>

Com a reforma de Direito das Garantias de 2022, como o novo artigo 2373 do *Code*, sobre cessão de créditos em garantia, remete para o regime geral da cessão de crédito – artigos 1321 a 1326 do *Code*. Nos termos do artigo 1324 do Código Civil

---

<sup>2526</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 452.

<sup>2527</sup> Cf. Vaz Serra, *BFD*, XXX, 1954, p. 389.

<sup>2528</sup> Cf. Romano Martinez/Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias*, cit., p. 202.

<sup>2529</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 454 – 455.

<sup>2530</sup> Cf. M. Richevaux, *Régime général des obligations*, 2018, Ellipses, p. 87; M. Billiau, *Transmission des créances et des dettes*, 2002, LGDJ; M. Richevaux, *Régime général des obligations*, 2018, Ellipses, p. 99; C. Gijsbers C., *Le nouveau visage de la cession de créance*, Droit et patrimoine, 2016, n.º 260, p. 46.

francês, o devedor pode opor ao cessionário as excepções inerentes ao crédito cedido, tais como nulidade, excepção de não cumprimento, resolução ou compensação das dívidas conexas. Pode ainda opor-se às excepções decorrentes das suas relações com o cedente antes de a cessão lhe ser oponível, tais como a concessão de um prazo, a remissão de dívida ou a compensação de dívidas alheias.

De acordo com o regime instituído pela OHADA, há um princípio geral aplicável a todas as garantias, i.e. o princípio de acessoriedade. O artigo 2.º AUG dispõe expressamente que salvo disposição, as garantias nele reguladas consideram-se acessórias da obrigação cujo cumprimento garantem, o que pode levar-nos a pensar sem mais que as garantias fiduciárias reguladas no AUG são todas acessórias. Se efectuarmos uma análise profunda, podemos chegar a outras conclusões.

A lógica da acessoriedade trata-se da relação entre a garantia e o crédito garantido, por exemplo, na fiança, o fiador pode invocar os meios de defesa que o devedor principal pode invocar contra o credor, ou seja, uma relação entre a garantia e a obrigação garantida – relação estabelecida entre o devedor principal e o credor. No penhor, por exemplo, verifica-se a acessoriedade entre garantia e o crédito garantido. Na cessão de créditos em garantia, o crédito garantido constitui uma relação entre o cessionário/credor e, em regra, o cedente/devedor e, o crédito cedido nasce da relação entre o devedor cedido e o devedor/cedente. Portanto, na cessão de créditos em garantia temos duas relações e é importante determinar como é que se relacionam em termos de acessoriedade.

Assim, a lógica da acessoriedade na cessão de créditos em garantia deve ser determinada, ou seja, se se refere à relação entre o crédito cedidos – garantia – e o crédito garantido. Ou trata-se da relação entre o devedor cedido e o cedente ou, das duas relações. Assim, importa determinar se o devedor cedido pode invocar os meios de defesa da relação entre o cedente e o cessionário, tal como na fiança, ou pode invocar os meios de defesa derivados da sua relação com o cedente. Parece-nos que a acessoriedade<sup>2531</sup> em sentido técnico-jurídico tem a ver com a relação entre a cessão de crédito em garantia e a obrigação garantida.

Assim, parece que a cessão não se mantém, de acordo o instituído pelo AUG, eficaz no caso do crédito garantido não se tenha constituído validamente, ou inválido no caso de não constituição de crédito a garantir. Os meios de defesa da relação entre o

---

<sup>2531</sup> Sobre diferentes sentidos da acessoriedade, cf. Cláudia Madaleno, *A acessoriedade nas garantias das obrigações*, cit., p. 75 e seguintes.

devedor cedido e o cedente, são meios próprios do regime geral da cessão de crédito, no nosso caso, o regime constante do Código Civil, que nos parece aplicável.

### 23. Cessão de créditos presentes para garantia de créditos futuros

É discutível se um crédito futuro pode ser garantido por uma cessão de crédito em garantia. Esta questão coloca-se porque é frequente na actividade bancária as garantias abrangerem os créditos futuros. Não temos nenhuma objecção, desde que a garantia respeite os requisitos da constituição dos negócios jurídicos, nomeadamente a determinabilidade do crédito futuro<sup>2532</sup> garantido. Neste caso, o garante não pode ficar *ad aeternum* vinculado à garantia, pelo que deve ter um prazo de cobertura. Se não for definido o prazo de cobertura, garante deve ser reconhecido ao garante o direito à denúncia, que é de livre exercício, que nos casos de negócios com duração indeterminada determina directamente a extinção do negócio e, se for para obstaculizar a renovação automática<sup>2533</sup>, a denúncia determina a caducidade do contrato.

Pensamos que também é de admitir a cessão de crédito em garantia designada na nossa prática bancária de “garantia *Omnibus*”<sup>2534</sup> ou “garantia abrangente” garantindo as obrigações futuras do cedente. As obrigações garantidas, embora determináveis, não são determinadas no momento da constituição da garantia, o que os franceses designam de *sûretés rechargeables*. Esta prática é frequente nos bancos e não se aplica apenas em relação à fiança, normalmente com as clausulas do género, por exemplo, no caso da hipoteca, *a presente hipoteca garante toda e qualquer quantia que o devedor tenha emprestado ou venha a emprestar...* neste caso, deve-se determinar o limite máximo

---

<sup>2532</sup> Cf. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil X, Direito das Obrigações, Garantias*, Almedina, Coimbra, 2015, p. 511.

<sup>2533</sup> Oposição à renovação é uma das modalidades da denúncia por via do qual se obsta a renovação automática de um negócio jurídico.

<sup>2534</sup> Sobre esta característica, cf. Januário Costa Gomes, *Assunção*, cit., p. 621; Frederico faro, *Fiança Omnibus no Âmbito Bancário, validade e exercício da garantia à luz do principio da boa fé*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 113; Calvão da Silva, *Garantias acessórias e garantias autónomas*, in *Estudos de Direito Comercial, (pareceres)*, Almedina, 1996, p. 334; Pedro Romano Martinez/Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias...*, cit., p. 86; Vaz Serra, *Fiança e fi guras análogas*, Sep. BMJ, n.º 71, Lisboa, 1957, p. 23; Arijá Soutullo, *Notas sobre la efi cácia de la cláusula de globalización en los contratos de fianza*, in *Estudios Jurídicos in Homenaje al Professor Luís Díez-Picazo*, t. II, Civitas, Madrid, p. 1400; Osório de Castro, *Da prestação de garantias por sociedades a dívidas de outras entidades*, in ROA 56, (1996) II, p. 593; Januário da Costa Gomes, *Estudos de Direito das Garantias: O mandamento da determinabilidade na fi ança omnibus e o AUJ n.º 4/2001*, vol. I, Almedina, 2004, pp. 109 e ss.; Menezes Cordeiro, *Anotação ao Acórdão de 19 de Fevereiro de 1991 – Impugnação pauliana de atos anteriores ao crédito – nulidades da fiança por débitos futuros indetermináveis – efeitos da impugnação*, in ROA, ano 51, Julho, Ordem dos Advogados, 1991, p. 564.

garantido pela cessão de crédito e o crédito garantido devem ser determináveis. Esta situação permitiria garantir outros créditos que não os mencionados no contrato de cessão de crédito em garantia, sem a necessidade de constituir uma nova garantia.

A possibilidade de garantir um crédito futuro poderá ter uma vantagem para o credor/cessionário, pois perante em processo de execução colectiva, o crédito cedido em garantia não faz parte do património do cedente.

Aliás, para sustentar tal admissibilidade, podemos recorrer a uma classificação raramente mencionada nas obras dedicadas ao Direito das Garantias: a *summa divisio* entre as *garantias monovalentes* e as *garantias polivalentes*.<sup>2535</sup> De acordo esta classificação, as garantias seriam divididas em duas famílias - garantias polivalentes, que têm uma finalidade geral, nomeadamente, penhor, fiança, hipoteca, e podem garantir qualquer crédito. Serão monovalentes, as garantias que tenham uma vocação particular e que só existem para garantir um crédito específico, nomeadamente privilégios creditórios clausula de reserva de propriedade, direito de retenção. Como sabemos, a cessão de crédito em garantia é susceptível de garantir qualquer tipo de dívida das instituições de crédito, ou bancos nos termos do artigo 80.º AUG, que pode ser mútuo, abertura de crédito, descoberto pontual na conta à ordem. O Artigo 80.º AUG não estabelece limitações em relação à natureza de crédito, pelo que a cessão de créditos em garantia é versátil. No entanto, como alguns apontam, se as garantias forem versáteis podem ser aplicadas para garantir qualquer crédito<sup>2536</sup>, pelo que se deve qualificar a cessão de crédito em garantia como garantia polivalente.

Aliás, o próprio AUG, em vários lugares admite a garantia de créditos futuros, nomeadamente: i) artigo 13.º AUG, que admite que o fiador, se compromete perante o credor a cumprir uma obrigação presente ou futura do devedor se este a não cumprir; ii) artigo 93.º dispõe que o penhor pode ser constituído em garantia de um ou mais créditos presentes ou futuros, contanto que sejam determinados ou determináveis; iii) artigo 190.º define a hipoteca como uma garantia que consiste na afectação de uma coisa imóvel determinada ou determinável pertencente ao autor da hipoteca em garantia de um ou mais créditos, presentes ou futuros, contanto que sejam determinados ou determináveis. O próprio artigo 82.º admite a cessão de cessão de créditos futuros para garantia de créditos presentes, por maioria de razão, admite a cessão de créditos presentes para a garantia de

---

<sup>2535</sup> Cf. M. Dagot, *Sûretés monovalentes et sûretés polyvalentes*, JCP N, n.º 8, 1999, p. 381

<sup>2536</sup> Cf. J.-D. Pellier, *Réflexion sur la classification des sûretés réelles*, LPA, n.º 82, 2014, p. 7.

créditos futuros. Para a protecção do cedente/devedor, deve-se sempre determinar o montante máximo garantido pela cessão de crédito em garantia.

A cessão de créditos pode garantir um empréstimo de curto, médio ou longo prazo. O crédito garantido pode ser anterior ou posterior ao crédito cedido. Mas, a qualidade de titular de crédito garantido é relevante para o efeito de aplicação do AUG. Nos termos do artigo 80.º/2 AUG, a cessão de crédito apenas pode garantir os créditos concedidos pelas pessoas colectivas nacionais ou estrangeiras que realizem a título de actividade habitual e por sua conta operações de banco ou de crédito. Não é relevante o estatuto do devedor do referido crédito, importa apenas a parte activa da relação contratual, quem com concede o crédito. Portanto, apenas os créditos concedidos por estas pessoas podem ser garantidos pela cessão de crédito.

#### **24. O caso específico da cessão de crédito de *non facere***

*I. Crédito não profissional.* De acordo com o regime da *cession Dailly*, nos termos do artigo L.313-23 CMF, além de reservar a cessão de crédito em garantia a determinadas entidades, exige também que os créditos cedidos em garantia tenham a origem profissional. Assim, tanto os cedentes como os devedores cedidos devem ser pessoas colectivas (de direito público ou privado) ou pessoas singulares, desde que actuem no âmbito de suas actividades profissionais. Assim, de acordo com o regime da *cession Dailly*, é excluída a cessão de crédito sobre certas pessoas - crédito detidos sobre membros de profissionais liberais ou sobre um consumidor – salva raras excepções. Esta exclusão é criticada pela doutrina francesa, considerando que qualquer crédito, qualquer que seja sua natureza, pode ser objecto de cessão de crédito em garantia, críticas que influenciara a reforma do Direito das Garantias de 2021, que eliminou estas restrições, admitindo a cessão de crédito comum em garantias. De acordo com o regime instituído pelo legislador da OHADA, o âmbito de aplicação do regime da cessão de crédito em garantia é mais vasto que o da *cession Dailly*, pois não exige o carácter profissional dos créditos cedidos, consagrando, todavia, disposições específicas no sentido de proteger os devedores não profissionais, nomeadamente admitindo eficácia da convenção da proibição de cessão de crédito aos não profissionais.

*II. Objecto.* Mesmo sendo óbvio, convém referir que o objecto da cessão de crédito em garantia é o crédito. Em relação a tal objecto, em regra, é cedido o crédito sobre somas em dinheiro, mas nada impede que o crédito tenha por objecto outra prestação. Aliás, o

artigo 1321 do *Code* dispõe expressamente que qualquer crédito pode ser cedido, não distinguindo a natureza do crédito transferido. Todavia, é legítimo duvidar da transmissibilidade de certos créditos.<sup>2537</sup>

Em França, o artigo 5-3.º da Lei n.º 76-519 de 15 de Junho de 1976 e n.º 2 do artigo L. 313-23 do *code monétaire et financier* dispõem que só se pode ceder os créditos líquidos e exigíveis, a termo ou sem prazo determinado. Com base nestas disposições, considera-se que apenas pode ser cedido o crédito sobre certa soma monetária. Como vimos, para MARC BILLIAU, apenas um crédito monetário pode ser cedido isoladamente. O autor realça o seu raciocínio com base na obrigação de não fazer, considerando que uma obrigação de não concorrência, celebrada em benefício do comprador de estabelecimentos comerciais que não podem ser executados ou transferidos individualmente em benefício de terceiro. Se assim fosse, tal obrigação deixaria de ter razão de existir e seria desprovido de qualquer interesse. Se este exemplo convence, resta explicar a intransmissibilidade das obrigações de *facere*.

O autor considera ainda que a obrigação de *facere* não pode ser cedida, na medida em que a sua execução pode não satisfazer certas pessoas, realçando, todavia, que há muitas obrigações de *facere* cuja qualidade do credor não importa - obrigação de entregar um bem, construção de móveis etc. considera-se que a transmissibilidade do crédito tem mais a ver com o seu objecto e o seu grau de fungibilidade, considerando que a obrigação de pagar uma quantia em dinheiro é sempre exequível, ou seja, susceptível de satisfazer a generalidade das pessoas, por isso, sempre pode ser cedido em garantia. Alguns consideram, considera o autor que se o crédito tiver por objecto um serviço específico, passa a ser inseparável do contrato que lhe deu origem, pelo que não pode ser cedido autonomamente, ou seja, inseparável deste contrato, ao contrário do crédito que tenha por objecto uma soma monetária. Por isso, considera que não se pode ceder autonomamente o direito de gozo do locatário no contrato de arrendamento, uma vez que a transmissão implicaria que o cessionário prosseguirá o móvel inicial do cedente e, assim, adquirirá o *status* de parte no contrato de arrendamento e passará a ser um arrendatário e não um mero credor de um direito de gozo, passando a ser uma cessão de posição contratual, pelo que não podem ser cedidos em garantia.

---

<sup>2537</sup> Há certos textos especiais, nomeadamente UNCITRAL - Convenção sobre cessão de crédito no comércio internacional, New York, 2001, art. 2-a - sobre Cessão de crédito para fins de financiamento refere apenas ao crédito de origem contratual do cedente ao pagamento de uma quantia em dinheiro.

Dispõe o artigo 81.º AUG, *in fine* que se os créditos forem futuros, o documento deve permitir a sua individualização ou conter elementos que a permitam, tais como a designação do devedor, o lugar de cumprimento, o montante dos créditos ou a sua avaliação e, se a houver, a respectiva data de vencimento. Se o objecto for dinheiro, parece que não há, em princípio, a necessidade da avaliação. Na verdade, pode-se ceder o crédito sobre um prédio rústico que vai vender e poderão avaliar o mesmo ou avaliar o valor por m<sup>2</sup>. Portanto, há mais argumentos para defender a primeira posição - a cessão de créditos em garantia pode ter apenas por objecto a soma monetária – até porque em termos práticos, estas instituições não admitem garantias sobre créditos que têm por objecto direitos de gozo ou prestação de serviço.<sup>2538</sup> Todavia, mesmo tendo por objecto uma soma monetária, o crédito deve ser determinável. A doutrina estabelecia um critério flexível para preencher o requisito da determinabilidade do crédito, sobretudo, futuro, ou seja, desde que tenham suficiente identificação, o que impede a cessão global de créditos sobre clientes ainda não identificados. Em França, o regime geral da cessão de créditos não especificava o critério exacto para o requisito da determinabilidade do crédito cedido, mas a doutrina já vinha propondo a adopção dos critérios estabelecidos para o penhor assim como de *cession Dailly* - designação do devedor, o lugar de cumprimento, o montante dos créditos ou a sua avaliação e, se a houver, a respectiva data de vencimento. Este critério foi adoptado pelo legislador da OHADA, em relação à cessão de créditos futuros, estabelecendo no artigo 81.º *in fine* AUG que se os créditos forem futuros, o documento escrito onde consta a cessão deve permitir a sua individualização ou conter elementos que a permitam, tais como a designação do devedor, o lugar de cumprimento, o montante dos créditos ou a sua avaliação e, se a houver, a respectiva data de vencimento. Também foi adoptado em França com a reforma do Direito das Garantias de 2021 (artigo 2373-1 do *Code*).

Deve-se, todavia, realçar que, mesmo sendo determináveis, alguns créditos não podem ser cedidos, nomeadamente quando a incedibilidade resulte da lei, como nos casos

---

<sup>2538</sup> O termo cessão de créditos designa a transmissão de crédito com fonte negocial e não a própria fonte que a desencadeia. Assim, o regime de cessão de crédito não constitui um tipo negocial autónomo, mas sim uma disciplina de efeitos jurídicos, que qualquer negócio translativo pode desencadear. De acordo com o Direito interno, o crédito pode ser cedido autonomamente, sem ter que recorrer necessariamente à cessão de crédito. De acordo com o nosso Direito Interno da cessão de crédito, em especial, em relação ao objecto, pode ser um crédito ou conjunto de créditos presentes ou futuros, desde que sejam determináveis. Em relação à cessão de créditos em garantia, este não pode ter por objecto créditos cuja natureza da prestação estejam ligados à pessoa do credor ou quando a lei exclui a sua cedibilidade, artigo 577.º/1 CC Estas disposições são argumentos fortes para defender que o legislador da OHADA a cessão de créditos em garantia pode ter apenas por objecto a soma monetária.

do créditos sobre o salário até certos valores, créditos relativos às prestações familiares, ou com a incedibilidade resulta da convenção das partes.

## **25. A cedibilidade de crédito com *pactum de non cedendo***

De acordo com o Direito interno – artigo 577.º CC – a cessão de crédito pressupõe a que não tenha sido convencionado entre devedor e credor que o crédito não seja objecto de cessão. Este *pactum de non cedendo* pode ser estipulado tácita ou expressamente. Este pacto constitui restrições de poder por parte do cedente. A convenção de inalienabilidade nos casos em que a prestação não se apresente como especialmente ligada à pessoa do credor, poderia considerar-se contrária às necessidades do comércio e à própria natureza dos créditos, que enquanto pertencem ao credor, não deveriam admitir restrições na faculdade de disposição sobre estes bens. Considera-se ainda que a convenção de inalienabilidade é prejudicial ao funcionamento da economia, na justa medida em que impossibilita a mobilização dos créditos e retira o liquidez aos agentes económicos.

Todavia, pode haver diversas razões relevantes para admitir a convenção da inalienabilidade do crédito – o devedor pode não querer tratar com o cessionário; o devedor pode não querer correr o risco de não se aperceber de notificação e vir a cumprir perante cedente sem eficácia liberatória; o devedor pode pretender conservar a possibilidade de compensar a sua obrigação com futuros créditos que lhe advêm sobre o seu credor, na medida em que tem vários negócios com ele; o cessionário pode encontrar-se num país cujo regime jurídico e fiscal não lhe favorece.<sup>2539</sup>

Em diferentes países tem-se admitido o *pactum de non cedendo*, permitindo livremente que as partes convencionem a incedibilidade do crédito, independentemente do seu objecto, por exemplo, § 399 BGB. De acordo com o nosso Direito interno, é restrita a eficácia prática do *pactum de non cedendo*, na medida em que faz depender a sua oponibilidade ao cessionário ao seu conhecimento no momento da cessão – artigo 577.º/2 CC. Por isso se questiona qual o vício que atinge o negócio de cessão de créditos realizado em violação desta convenção.

Parte da doutrina entende que este pacto não teria eficácia meramente relativa em relação ao devedor protegido, mas uma eficácia absoluta contra qualquer terceiro, na medida em que excluiria o crédito do comércio jurídico, o que implica a nulidade do

---

<sup>2539</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 306.



negócio celebrado em sua violação.<sup>2540</sup> Outra parte da doutrina que a consequência da violação desse pacto seria a ineficácia relativa e não absoluta.<sup>2541</sup> Outra posição intermédia considera que a ineficácia absoluta ou relativa da cessão depende dos termos em que foi formulado o pacto, na medida em que, às vezes, o interesse do devedor é excluir totalmente o crédito do comércio e, às vezes, a tutela do seu interesse fica satisfeita com a mera ineficácia relativa da cessão de crédito em relação ao devedor.<sup>2542</sup> Para MENEZES LEITÃO<sup>2543</sup>, de acordo com o Direito Português e, consequentemente, nosso Direito interno, o *pactum de non cedendo* não coloca o crédito fora do comércio jurídico, mas apenas gera uma obrigação para o credor de não o transmitir a outrem, obrigação estabelecida no interesse do devedor e cuja a oponibilidade ao adquirente depende do facto deste conhecer essa convenção no momento da cessão, pelo que só o devedor poderá reagir contra o incumprimento do pacto, podendo optar por não o fazer reconhecendo a transmissão.

Em França, sobre a cláusula de incedibilidade de crédito, tem-se entendido que o devedor cedido que não tenha dado o consentimento à cessão, pode opor ao cessionário as excepções que podia opor ao cedente, nomeadamente a cláusula de incedibilidade do crédito<sup>2544</sup>, considerando válida a cláusula de incedibilidade. Tratando de certas pessoas, o Direito francês limita a admissibilidade da cláusula de inalienabilidade do crédito, pois dispõe o artigo L. 442 – 3 do Código Comercial francês que são nulas as cláusulas ou contratos que prevejam a qualquer pessoa que exerça actividades de produção, distribuição ou serviços a possibilidade de proibir o co - contratante de ceder a terceiros os créditos que detenha contra si, o que torna a solução diferente consoante o devedor cedido seja profissional ou não.

Solução idêntica foi adoptada pelo legislador da OHADA no artigo 80.º/2 AUG, que dispõe que a incedibilidade do crédito não pode ser oposta ao cessionário pelo devedor cedido quando, sendo a mesma de fonte convencional, o crédito tenha sido contraído no exercício da profissão do devedor cedido ou se encontre em relação directa com uma das suas actividades profissionais, ainda que não seja a principal. *A contrariu sensu*, tratando-se de outros créditos, é admissível a cláusula da sua incedibilidade e será

---

<sup>2540</sup> Cf. Antunes Varela, *Obrigações*, II, *cit.*, p. 304; Carvalho Fernandes, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, *Quid Juris*, Lisboa, 1993, p. 868.

<sup>2541</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, *cit.*, p. 308.

<sup>2542</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, *cit.*, p. 308.

<sup>2543</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, *cit.*, p. 310.

<sup>2544</sup> *Cass. Com.*, de 22 de Outubro de 2002, n.º 99-14.793, *RD Bancaire e Finances*, 2003, p. 12.

oponível ao cessionário. Aliás, se o crédito não for contraído no exercício da profissão do devedor cedido e nem se encontre em relação directa com uma das suas actividades profissionais, pode ser objecto de incedibilidade. O legislador da OHADA protege o devedor em relação aos créditos que, por própria natureza, não são frequentes no comércio, créditos com cariz mais pessoal. Todavia, mesmo havendo a clausula de incedibilidade, parece que se posteriormente o devedor vier a dar o seu consentimento à cessão esta lhe será oponível.

## **26. O problema da modificação do âmbito do crédito cedido**

Por diversas razões e, nos termos da autonomia privada, as partes podem optar pela modificação dos contratos. A questão que se coloca, na relação onde deriva o crédito cedido, entre o cedente e o devedor cedido podem alterar o contrato depois da cessão, afectando, assim o âmbito do crédito cedido ou, o cedente, unilateralmente, pode alterar o âmbito do crédito cedido.

O Código Civil acolhe o princípio de pontualidade no cumprimento das obrigações. O artigo 406.º dispõe que *os contratos devem ser pontualmente cumpridos e só por mútuo consentimento dos contraentes podem modificar-se ou extinguir-se*.

Por outro lado, no âmbito do artigo 437.º CC, a regra *rebus sic stantibus* segundo a qual as partes celebram um acordo tendo em conta a situação de facto existente no momento da sua celebração, podendo assim invocar a alteração dessa situação de facto como razão da alteração do pacto, quando ocorram mudanças substanciais extraordinárias e imprevisíveis que modifiquem o equilíbrio do acordo, trazendo vantagem a uma das partes e causando grande prejuízo enorme à outra parte. Neste caso também, uma das partes adquire o direito à alteração do contrato, desde que cumulativamente - i) as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar; ii) tiverem sofrido uma alteração anormal; iii) a parte lesada tem direito à resolução do contrato; iv) ou à modificação dele segundo juízos de equidade; v) desde que a exigência do cumprimento das obrigações por ela (parte lesada) assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé vi) e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

Para dissipar dúvidas, dispõe o n.º 2 do artigo 82.º AUG que a partir da data da cessão, não pode o cedente, sem acordo do cessionário, modificar o âmbito dos direitos ligados ao crédito cedido. Com efeito, qualquer alteração efectuada depois da cessão não será oponível ao cessionário, quer em relação ao crédito, quer em relação aos acessórios.

## 27. Cumprimento da obrigação garantida pelo cedente

Na cessão de crédito em garantia, o garante, no seio de uma regulamentação contratual ampla, cede ao credor um crédito, em regra, pecuniário<sup>2545</sup> sobre um terceiro seu devedor, com vista a garantir o cumprimento de uma obrigação principal, em regra, decorrente de um empréstimo pecuniário.<sup>2546</sup>

Tratando-se de um negócio fiduciário, se o crédito garantido for pago, o cedente adquire o direito a que lhe seja retransmitido e à eliminação do eventual ganho obtido pelo cessionário. Em regra, considera-se que a retransmissão do crédito cedido para o cedente não é automática, de acordo com o regime geral dos negócios fiduciários, sendo que deve ser celebrado um novo negócio de retransmissão.<sup>2547</sup>

Se o cedente cumprir a obrigação garantida, na sua esfera jurídica, nasce o crédito à retransmissão do crédito cedido em garantia. Se o cedente (caso seja o devedor principal) não cumprir a sua obrigação dentro do prazo acordado, o cessionário poderá satisfazer-se, recorrendo à cobrança do crédito cedido – se este já tiver vencido ou se o devedor cedido já tiver pago - ou à através do produto da sua alienação, se o crédito tiver uma data de vencimento posterior, sempre com efeito extintivo da obrigação garantida.<sup>2548</sup>

Mesmo que o crédito garantido seja cumprido, pode suceder que o cessionário recuse restituir o crédito cedido violando a obrigação fiduciária de não o fazer. Esta posição do fiduciário constitui o aspecto caracterizador do negócio fiduciário. Para ceder um crédito em garantia é necessário o denominado *investimento de confiança* que é, todavia, menor em relação aos negócios fiduciários para administração, na medida em que o fiduciante é simultaneamente devedor do fiduciário, aumentando proporcionalmente com a desproporção do valor do crédito cedido – o cedido e aquele de que o fiduciário é titular sobre o cedente. O dever de retransmissão do crédito intacto impõe ao cessionário o dever de, durante a pendência da garantia, de gerir o crédito cedido, nomeadamente a sua cobrança, no caso de vencimento, interrompendo a prescrição, recorrendo aos meios de conservação da garantia. este dever de protecção impõe ao fiduciário impõe ao fiduciário o dever de adoptar todos os comportamentos

---

<sup>2545</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 437.

<sup>2546</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Da Compensação no Direito Civil e no Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 188.

<sup>2547</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 447.

<sup>2548</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 347.

necessários a evitar a perda do direito transmitido em garantia por acções de terceiros<sup>2549</sup>. Se o crédito for cobrado antes do vencimento da obrigação garantida, a garantia do cessionário transfere-se para o valor pecuniário que deve separar dos seus outros bens, nomeadamente, depositando-o numa conta bancária aberta para o efeito, que pode ser nos termos dos artigos 87.º AUG e seguintes. Assim, no caso de vencimento da obrigação garantida, os valores recebidos do devedor cedido devem ser imputados na obrigação garantida, nos termos do artigo 86.º AUG e, se houver excesso, deve restituir a diferença ao cedente, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo 86.º AUG.

Em França, com vista a mitigar o risco fiduciário da recusa de restituição do direito transmitido em garantia, com a reforma do Direito das Garantias de 2022, no caso de cumprimento da obrigação garantida, o direito cedido retransmite-se automaticamente para a esfera jurídica do cedente, nos termos do novo artigo 2373-3 do *Code*. Com efeito, de acordo com este regime, depois do cumprimento da obrigação garantida, qualquer transmissão efectuada pelo cessionário será cessão de coisa alheia.

Mesmo com esta solução legal, retransmissão automática, pode-se falar ainda em negócio fiduciário?

Pensamos que sim, pois o dever de retransmissão constitui apenas um dos deveres fiduciários, incidindo ainda sobre ale deveres de gestão cuidadosa do objecto de garantia. A posição do fiduciário, elemento caracterizador dos negócios fiduciários, é constituída exactamente por ser titular de um direito, mas com a obrigação de o exercer com limitações. Portanto, neste caso, mesmo que o direito se retransmita automaticamente no caso de cumprimento da obrigação garantida, durante a pendência da garantia, o fiduciário não pode exercer o seu direito sobre o crédito cedido como um titular normal, por exemplo, deve gerir o mesmo direito com base num dever fiduciário e não o deve transmitir a terceiros.

## **28. Cumprimento da obrigação garantida pelo devedor cedido**

*I. Antes do vencimento do crédito garantido.* Se o crédito cedido já se tiver vencido e o devedor cedido cumprir perante o cessionário antes do vencimento da obrigação garantida, a garantia do cessionário muda de objecto, deixa de incidir sobre o crédito a prestação de objecto e passa a incidir sobre as quantias pecuniárias. Nesta

---

<sup>2549</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 351.

situação, não se pode falar propriamente de abuso. Todavia, continua a incidir sobre o cessionário o dever de conservação desta quantia e separá-lo sobre os seus restantes bens. Aliás, com reforma do Direito das Garantias de 2022, em França, o novo artigo 2373 – 2 do *Code* determina expressamente que se o cumprimento do crédito cedido ocorrer antes do vencimento da obrigação garantida o cessionário é obrigado a conservar a prestação recebida nos termos dos novos artigos 2374-3 a 2374-6 do *Code*, referentes a alienação fiduciária de quantia em dinheiro, em que a garantia passa a incidir sobre as somas recebidas e serão imputadas na obrigação garantida quando esta se vencer.

Se, entretanto, a obrigação principal for cumprida até à data do vencimento, o cessionário tem a obrigação de restituir o que tiver recebido do devedor cedido. Se a obrigação garantida se vencer, as quantias pagas pelo cessionário são imputadas na obrigação garantida, nos termos do artigo 86.º/1 AUG. De acordo com esta disposição, as quantias pagas ao cessionário por conta do crédito cedido são imputadas no crédito garantido quando este se tiver vencido. Com o vencimento da obrigação garantida, verifica-se uma compensação automática. Pode ocorrer que, com o cumprimento do devedor cedido, o cessionário tenha recebido valor superior ao valor do crédito garantido, caso em que enriquece sem causa. Suponha-se que, nos termos do artigo 83.º AUG, o crédito foi cedido com os acessórios, juros que o devedor cedido foi pagando ao cessionário e a soma dos juros pagos e o capital ultrapassar o valor do crédito garantido. Neste caso, o cessionário deve restituir a diferença, nos termos da 2.ª parte do artigo 86.º AUG.

*II. Depois do vencimento do crédito garantido.* De acordo com o regime instituído pelo AUG, se o crédito cedido estiver vencido e tiver sido cobrado, a garantia não passa a incidir sobre as garantias pecuniárias. Nos termos do artigo 86.º/1AUG, as quantias pagas ao cessionário por conta do crédito cedido são imputadas no crédito garantido quando este se tiver vencido. Neste caso, não se poderá falar em abuso. Decorre da própria lei que tem um efeito da execução da garantia, do efeito extintivo da obrigação garantida. Assim, verificam-se as transferências patrimoniais de ambas as partes entre si - a quantia em dívida garantida e a transmissão do crédito em dívida. No fundo trata-se duma compensação *ipso jure*, solução também adoptada no artigo 2373-3 do *Code*. Trata-se duma compensação que opera automaticamente por força da lei, pelo que não precisa ser invocado pelo cedente.

Esta solução é aplicar quer ao caso da cobrança do crédito cedido antes do vencimento do crédito garantido, quer ao caso de transmissão de crédito cedido a

terceiros. O problema que se pode colocar é, neste caso, se a obrigação principal já tiver sido cumprida, o cedente já não pode recorrer aos fundamentos da compensação, situação em que o cedente tem de recorrer a outros meios disponíveis, nomeadamente o pedido de indemnização por incumprimento, acção de condenação para pagamento de quantia certa e, eventualmente, no caso de não cumprir voluntariamente, acção executiva.

## **29. Cessão de crédito garantida por alienação em garantia**

Nos termos do artigo 582.º/1 CC, *na falta de convenção em contrário, a cessão do crédito importa a transmissão, para o cessionário, das garantias e outros acessórios do direito transmitido, que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente*. De acordo com esta disposição, se o crédito cedido estiver garantido por um penhor, esse penhor transfere-se também com o crédito, devendo a coisa empenhada que estiver na posse do cedente ser entregue imediatamente ao cessionário, nos termos do artigo 582.º/2 CC. Se a garantia for uma hipoteca, esta transmite-se igualmente, respeitando o regime do artigo 578.º/2 CC. Em relação à fiança, mantêm-se a favor do cessionário, todavia, considera-se que pode ser excluída da cessão, caso em que apenas o cedente poderá exigir o cumprimento ao fiador que pague ao cessionário.<sup>2550</sup> Esta questão ganha relevância quando o alienante tenha garantido a solvência – artigo 587.º/2 - ou cumprimento do devedor cedido.<sup>2551</sup>

Quanto às garantias fiduciárias, se o crédito cedido é garantido por uma garantia fiduciária. Na reserva de propriedade – fidúcia estática – não se levantam grandes dificuldades, pois o titular económico do bem fiduciado é o titular de crédito. O cedente pode ter vendido um bem com a cláusula de reserva de propriedade e posteriormente ceder o referido crédito que, em princípio, transmite-se juntamente com o crédito para a esfera jurídica do cessionário.

Suponha-se que na relação entre o cedente e devedor cedido, a obrigação foi garantida por alienação de propriedade ou qualquer outro direito. Neste caso, é discutível se a cessão deste crédito implica a transmissão dessa garantia para o cessionário. Se considerar que não se transmite a garantia, a posição do fiduciário ficará mais debilitada em relação à do cedente.

---

<sup>2550</sup> Cf. Vaz Serra, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 300;

<sup>2551</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 489.

Tendo em conta o risco que envolve a celebração das garantias fiduciárias, a importância da posição creditória, em especial, o investimento da confiança que a celebração da garantia fiduciária envolve, PESTANA DE VASCONCELOS<sup>2552</sup> entende que não é de admitir que a garantia fiduciária possa transmitir-se ao cessionário com o crédito garantido.

Da nossa parte, se o crédito cedido for garantido por uma garantia fiduciária, sobre o cessionário passa a incidir uma obrigação fiduciária de não transmitir a terceiros o bem adquirido em garantia, pelo que o deve transmitir. Todavia, o termo “não deve transmitir” não é sinónimo de não poder transmitir, ou seja, juridicamente pode transmitir correndo o risco de ser condenado à indemnizar o alienante por violação dos deveres fiduciários. A proibição da transmissão a terceiros não o tira a legitimidade para o fazer, trata-se de uma obrigação que assume perante o devedor cedido e que não é oponível a terceiros. O cessionário tem o direito de receber o crédito com as garantias que a lei não distingue a natureza. O que pode suceder é que, se não houver o consentimento do devedor cedido, a transferência da garantia, por acordo entre cedente e cessionário, consiste na violação do dever fiduciário do cedente e pode gerar a responsabilidade obrigacional. Todavia, logo que o crédito garantido for cumprido, deve-se restituir ao devedor cedido o bem alienado em garantia. Nos termos do artigo 83.º AUG, salvo estipulação em contrário, a cessão abrange os acessórios do crédito que com ela automaticamente se transmitem e torna-o oponível a terceiros sem outra formalidade além da referida no artigo anterior. A formalidade do artigo anterior, 82.º AUG, refere-se ao registo da cessão de crédito em garantia no RCCM, o mesmo requisito exigido para a oponibilidade da cessão a terceiros. Assim, uma vez registada a cessão de crédito em garantia, não só a cessão passa a ser oponível e terceiros, assim como os acessórios que com ele se transmitem.

### **30. Os direitos potestativos conexos com o crédito**

De acordo com a regra *accessorium sequitur principale*, para além das garantias, com a transferência do crédito, salvo convenção em contrário, transferem-se igualmente todos os acessórios. Consequentemente, transmitem-se com o crédito os juros

---

<sup>2552</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 491.

vincendos<sup>2553</sup>, da forma que os juros vencidos, devido à sua autonomia, salvo convenção em contrário, não se transmitem.<sup>2554</sup>

Em relação à cláusula penal, esta também se transmite com o crédito cedido.<sup>2555</sup> A formulação teórica da noção de pretensão – *Anspruch* - atribuída a BERNARD WINDSCHEID no final do século XIX, possibilitou a fragmentação conceptual de diversas situações jurídicas subjectivas. A partir daí, ao lado do direito subjectivo, dotado de pretensão de exigibilidade do dever jurídico que lhe é contraposto, outras posições jurídicas adquiriram enorme relevância, em particular o direito potestativo. Figura fundamental nas relações privadas, ao direito potestativo não se contrapõe o dever ou a prestação. Ao contrário da dinâmica do direito subjectivo, a satisfação do seu titular opera-se pela interferência na esfera jurídica de outro sujeito, que se submete, pura e simplesmente, ao seu exercício.

Em relação aos direitos potestativos conexos com o crédito, tenham fonte legal ou contratual, a respectiva transmissão tem suscitado grande controvérsia<sup>2556</sup>. Em relação à cessão de créditos em geral, a doutrina clássica defende que os direitos potestativos não se transmitem com a cessão de crédito, na medida em que eles inerem a posições jurídicas mais amplos, pelo que não podem ser transmitidos sem eles.<sup>2557</sup> Todavia, esta posição tem vindo a ser superada por outra que defende a admissibilidade da transmissão de direitos potestativos por actos *inter vivos* nos mesmos termos com os direitos subjectivos.<sup>2558</sup>

O problema que se coloca é determinar, com a cessão de crédito, a quem deve caber o exercício do direito potestativo – ao cedente, enquanto contraente originário, ou ao cessionário, enquanto actual titular do direito cedido, ou ainda, se deve exigir o exercício conjunto pelos dois ou deve-se efectuar a repartição deste direito entre cedente e cessionário. Assim, surgiram várias teses.<sup>2559</sup>

---

<sup>2553</sup> Cf. Umberto Breccia, *Trattato di Diritto Privato - Le Obbligazioni*, Giuffrè, Milão, 1991, p. 794; Bruno Franceschelli, *Appunti in tema de cessione dei crediti*, Jovene, 1957, Nápoles, p. 36.

<sup>2554</sup> Cf. Vaz Serra, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 303; Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 335 ss., Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 494.

<sup>2555</sup> Cf. Vaz Serra, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 304; Mota Pinto, *Cessão da Posição Contratual*, cit., p. 163. Com mais desenvolvimento sobre cláusula penal na cessão de crédito, cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 341 ss.; Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 495.

<sup>2556</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 342.

<sup>2557</sup> Cf. Luigi Cariota Ferrara, *Diritti Potestativi, Rappresentanza, Contratto a favore dei terzi*, RDCiv., 6, I, 1960, pp. 351 – 162, p. 358.

<sup>2558</sup> Cf. Stefano Triana, *La Cessione dei Crediti Futuri*, cit., p. 90; Vincenzo Panuccio, *Cedibilità e cessione di diritti e di situazioni giuridiche*, in *Enciclopedia del Diritto*, VI, Milão, 1960, pp. 822 -833, p. 827.

<sup>2559</sup> Cf. Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., pp. 343 e seguintes; Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 497 e seguintes.



A primeira tese defende que os direitos potestativos não digam respeito ao crédito isoladamente, mas sim, à posição contratual, pelo que a simples cessão de créditos não pode desencadear a transmissão de direitos potestativo, a menos que as partes efectuem a cessão da posição contratual.

A segunda tese considera que os direitos potestativos devem ser exercidos em conjunto. Esta tese apresenta dificuldades práticas: o exercício conjunto desse direito pressupõe que os dois, o cedente e o cessionário tenham sempre a mesma posição sobre as questões.

A posição intermédia considera que os direitos potestativos se mantêm na esfera jurídica do cedente, mas para o seu exercício se passa-se a exigir a aprovação do cessionário. É quase igual ao anterior ao nível de exposição à críticas.

Outra tese defende que os direitos potestativos transmitem-se para esfera jurídica do cessionário. Tem-se objectada esta posição, na medida em que há direitos potestativos que estão ligados directamente ao cedente, que não podem ser transmitidos ao cessionário.

Por fim, a tese que tem prevalecido na doutrina é a da repartição dos direitos potestativos entre cedente e cessionário. De acordo com esta tese, transmite-se para o cessionário os direitos potestativos conexos com o crédito, mas os que estão ligados à relação contratual de onde o crédito emerge permanecem na esfera jurídica do cedente. Assim, os direitos que se transmitem ao cessionário são:

- a) Interpelação, artigo 805.º CC;

Os direitos potestativos que se mantêm na esfera jurídica do cedente são:

- a) Excepção de não cumprimento, artigo 408.º CC;
- b) A anulação do contrato por vícios de vontade, com efeitos do artigo 287.º CC
- c) Resolução do contrato<sup>2560</sup> – questão duvidosa;

Independentemente da posição doutrinária prevalecente, quando se trata da cessão de crédito em garantia, a análise deve ser mais acuidade. Começando pela comparação entre garantias fiduciárias, compreende-se a diferença de objectos, mas na reserva de propriedade, o credor reservatário mantém-se na titularidade dos direitos potestativos, na alienação da propriedade em garantia, o fiduciário adquire plenamente os direitos

---

<sup>2560</sup> Cf. Vaz Serra, *BFD*, 30, 1956, p. 306, considera que o direito mantém-se na esfera do cedente, mas o seu exercício carece do consentimento do cessionário. Considerando que o exercício desse direito não carece do consentimento do cessionário, cf. Mota Pinto, *Cessão*., cit., p. 111; Antunes Varela, *Obrigações*, cit., II, p. 327; Ribeiro de Faria, *Obrigações*, cit., II, p. 534; Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 3427; Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 497 ss.

potestativos. Por que razão na cessão de crédito em garantia o cessionário não adquire os direitos potestativos? Tendo em conta o fim da cessão de crédito, a falta de transmissão dos poderes potestativos pode pôr em risco a garantia. na maioria das legislações, inclusive o nosso Código Civil, determina que não se transferem os acessórios se estes forem inseparáveis da pessoa do cedente – artigo 582.º/1 CC. O regime francês não contém esta excepção, prevendo apenas que, nos termos do artigo 1323.º do Código Civil que a transferência de crédito se estende aos seus acessórios. O artigo 83.º AUG determina que, salvo estipulação em contrário, a cessão abrange os acessórios do crédito que com ela automaticamente se transmitem. Embora tratando-se apenas dos acessórios inseparáveis da pessoa do cedente, é um sinal de distinção dos acessórios que, na verdade não se verifica no AUG. Por isso, pensamos que, de acordo com o regime instituído pelo AUG, os direitos potestativos transferem-se para a esfera jurídica do cessionário.

Todavia, tratando-se duma transmissão provisória com carácter fiduciária, o cessionário não pode exercer – a menos que seja seguro que o incumprimento da obrigação principal irá determinar a execução da garantia - de forma normal esses direitos, na medida em que foram transmitidas apenas para fins de garantia. a violação desse dever por parte do fiduciário pode dar azo ao dever de indemnizar perante o cedente. Por outro lado, o exercício destes direitos pode consubstanciar em abuso de direito, pois com o desenvolvimento da doutrina do abuso do direito, tem-se admitido, com razão, a possibilidade de exercício abusivo não somente no caso de direitos subjectivos, mas também em hipóteses de direito potestativo<sup>2561</sup>. Afirma-se, nessa direcção, que mesmo na actuação unilateral do titular, atribuída por lei ou por transmissão contratual, mostra-se possível identificar cenário de abuso, desvirtualizando a sua finalidade, exercendo-o de modo incompatível com os ditames da boa-fé objectiva ou com a função reservada pelo ordenamento ao direito que lhe foi atribuído. Neste caso, verifica-se a disparidade entre a actuação do cessionário e a finalidade pretendida pela Ordem Jurídica. Na cessão de crédito em garantia, há investimento de confiança no cessionário e convence o cedente que transfere os direitos com convicção de que não seria levado a cabo o seu exercício de tais direitos. Assim, nasce, na posição do cedente, uma legítima expectativa baseada em simples inércia do cessionário ou no exercício excepcional de direitos potestativos apenas para assegurar a garantia do seu crédito.

---

<sup>2561</sup> Cf. Gustavo Tepedino, *Abuso do direito potestativo*, RBDCiv, V, 25, n.º 3, 2020, p. 3.

### 31. Garantia da solvência do devedor e o problema da *sobregarantia*

De acordo com o regime geral da cessão de crédito na Guiné-Bissau, o cedente só garante a solvência do devedor cedido se tiver expressamente assumido essa obrigação (artigo 587.º/2 CC). Em princípio, esta regra abrange a solvência do devedor no momento da cessão e a sua solvência futura, na data do vencimento da obrigação.<sup>2562</sup> Esta também é a regra geral dos artigos 1260 do *Codice Civile*<sup>2563</sup>, excepto os casos de cessão de créditos de empresa em que, salvo convenção em contrário, o cedente garante a solvência<sup>2564</sup> do devedor cedido<sup>2565</sup>, nos termos do artigo 4.º da Lei 52/91.<sup>2566</sup> Em França, dispõe o artigo 2326 do *Code* que quando o cedente tiver garantido a solvência do devedor, esta garantia cobre apenas a solvência actual; pode, no entanto, estender-se à solvência no vencimento, desde que o cedente o tenha expressamente especificado. O AUG nada dispõe sobre a garantia da solvência do devedor. Todavia, nada impede que, nos termos de autonomia privada, o cedente garanta a solvência do devedor cedido.

A garantia de solvência não se confunde com a garantia de cumprimento, que pode também ser assumida pelo cedente ou por terceiro, pois o facto que desencadeia o funcionamento da garantia é diferente. Na garantia da solvência, o devedor cedido garante a solvência do devedor cedido e na garantia de cumprimento garante apenas o seu cumprimento na data de vencimento do crédito.<sup>2567</sup> A garantia da solvência também se distingue da solidariedade e da assunção cumulativa de dívida<sup>2568</sup>, na medida em que

---

<sup>2562</sup> Cf. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, cit., I, cit., p. 602; Vaz Serra, *Cessão de crédito ou de outros créditos*, cit., p. 290; Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 533.

<sup>2563</sup> Cf. Gia Carlo Rivolta, *La Disciplina della cessione dei crediti d'impresa*, RDCiv, II, 1991, p. 709.

<sup>2564</sup> Cf. F. Massa Felsani, *Il contratto di factoring e la nuova "disciplina della cessione dei crediti d'impresa" (l. 21 febbraio 1991, n. 52)*, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1991, XI-XII, 1, p. 734.

<sup>2565</sup> Cf. R. Clarizia, *I contratti nuovi, Factoring – Locazione finanziaria*, in (Coord. P. Rescigno), *Trattato di Diritto Privato*, XV, Utet, 1999, p. 70.

<sup>2566</sup> Esta lei teve essencialmente o objectivo de legitimar a cessão de créditos futuros; sancionar a credibilidade, ao *factor*, dos créditos em massa; facilitar o regime da oponibilidade das cessões a terceiros; indicar, para garantia do cedente e do interesse público, os requisitos que o cessionário deve possuir para poder concluir validamente o negócio da cessão, cf. D. Valentino, *Le cessioni dei crediti, il factoring e la cartolarizzazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, p. 145 e ss.

<sup>2567</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 534.

<sup>2568</sup> A própria assunção cumulativa não se confunde com a solidariedade na medida em que, diversamente do que ocorre com a solidariedade passiva em geral, a assunção cumulativa desempenha funções de garantia, na medida em que um novo devedor vai reforçar as perspectivas de o credor satisfazer o seu crédito, passando a haver uma nova responsabilidade pessoal e patrimonial ao lado da originária. Na regulamentação da assunção de dívida, o legislador teve fundamentalmente presente a situação típica, reverso da cessão de créditos – a assunção liberatória – só se encontrando no artigo 595.º/2 CC uma referência à assunção cumulativa que tem sido entendida como uma remissão para a regulamentação das obrigações solidárias, cf. Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida Sobre o Sentido e o*

nestas, o credor pode exigir de qualquer dos obrigados o cumprimento da obrigação, enquanto na garantia da solvência o cedente só responde se for comprovada a insolvência do devedor cedido e apenas nos limites do prejuízo sofrido pelo cessionário, limitando-se a ter que indemnizar o prejuízo causado por essa insolvência.<sup>2569</sup>

A garantia da solvência aproxima-se da fiança, pois o cedente garante a satisfação do crédito no caso da insolvência do devedor cedido, mas não se confundem<sup>2570</sup> porque, diferentemente da fiança, se o cessionário voltar a transmitir o crédito cedido, o segundo cessionário não adquire a garantia da solvência prestada pelo cedente, na medida em que a garantia consiste em protegê-lo da insolvência do devedor, a qual fica assegurada a partir do momento em que o cedente procede a uma segunda transmissão do crédito. Na garantia de solvência, o cedente garante, enquanto alienante - *bonitas* do crédito-, uma certa qualidade que o crédito possui, que consiste na capacidade de cumprimento do devedor. Diferentemente, na fiança, o credor através de um negócio autónomo, assume também a obrigação de garantir a satisfação do crédito, mas fica vinculado pessoalmente perante o credor, sendo acessória esta obrigação, pelo que acompanha o crédito.<sup>2571</sup> Se se comprovar a insolvência do devedor, o cedente responde por incumprimento da garantia, devendo indemnizar o interesse contratual positivo do cessionário e este ainda pode optar por resolução do contrato de cessão de crédito, nos termos do artigo 801.º/2 CC.

### **32. Transmissão do direito à indemnização por incumprimento**

Nos termos do artigo 794 do Código Civil, *Se, por virtude do facto que tornou impossível a prestação, o devedor adquirir algum direito sobre certa coisa, ou contra terceiro, em substituição do objecto da prestação, pode o credor exigir a prestação dessa coisa, ou substituir-se ao devedor na titularidade do direito que este tiver adquirido contra terceiro.* Dispõe o artigo 803.º do Código Civil que *é extensivo ao caso de impossibilidade imputável ao devedor o que dispõe o artigo 794.º*, e o n.º 2 determina que *e se o credor fizer valer o direito conferido no número antecedente, o montante da indemnização a que tenha direito será reduzido na medida correspondente.*

---

Âmbito da Vinculação como Fiador, *cit.*, p. 104. Sobres características e distinções, cf. ainda Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, I, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 611; Fernando Augusto Cunha de Sá, *Transmissão das Obrigações*, in *Estudos em Memória do PROFESSOR DOUTOR JOSÉ DIAS MARQUES*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 851.

<sup>2569</sup> Cf. Vaz Serra, *BFD*, 31, 1955, p. 295.

<sup>2570</sup> Cf. Vaz Serra, *BFD*, 31, 1955, p. 295.

<sup>2571</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, *cit.*, p. 357.

Tendo em conta as especificidades da cessão de crédito em garantia, a doutrina entendido que a cessão implica uma configuração diferente destas entidades. Sustenta-se que como o cedente continua a ser o titular económico do crédito, embora o cessionário seja o titular jurídico, a indemnização deve tomar sempre em consideração os danos sofridos pelo cedente, ainda que este esteja impedido de o reclamar por lhe faltar a titularidade do crédito.<sup>2572</sup> Admite-se ainda que o cessionário, enquanto fiduciário, pode efectuar essa cobrança, reclamando os danos sofridos pelo cedente, no âmbito do instituto da liquidação do dano de terceiro.

A cessão de créditos em garantia não implica que o dano resultante do incumprimento ocorra na esfera jurídica do cessionário, mas sim na esfera jurídica do cedente, excepto se o cessionário for forçado a executar a garantia. Deve-se registar que se trata da transmissão provisória em garantia que, tendo em conta o fim da transmissão, pode vir a ser restituído ao cedente<sup>2573</sup>, artigos 762.º/1 e 398.º/2, ambos do CC<sup>2574</sup>.

### **33. Eficácia da cessão de crédito em garantia**

*I. Generalidades.* Em relação aos efeitos da cessão de créditos, convém estabelecer a sua análise em função dos principais sujeitos deste esquema negocial, convém distinguir os seus efeitos em relação às partes, em relação ao devedor cedido e, em relação a terceiros.

*II. Eficácia entre as partes.* De acordo com o nosso Direito, o principal efeito da cessão de crédito é a transmissão do crédito do cedente para o cessionário, nos termos do artigo 577.º CC. Assim, com a conclusão da cessão de crédito, é o cessionário que tem o direito de exigir o cumprimento ao devedor, mas o cedente permanece como parte contratual, no âmbito da relação contratual donde deriva o crédito cedido. Assim, também as garantias e acessórios são transmitidos para o cessionário. Com efeito, o devedor cedido não pode exigir ao cessionário a contraprestação da relação contratual, mas pode opor-lhe as excepções que possua contra o cedente – artigo 585.º CC. Com efeito, com a

---

<sup>2572</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 448.

<sup>2573</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 448 – 449.

<sup>2574</sup> Sobre os fundamentos e a satisfação dos interesses do credor nesta situação, cf. Antunes Varela, *Direito das obrigações*, II, 7ª ed., Reimp., Almedina, 2012, p. 7 ss; José Brandão Proença, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, 3ª edição, UCP-Porto, 2019, p. 26 ss.; Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4ª ed, Reimp., Almedina, 2007, p. 61; Carlos Mota, Pinto, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, pp. 338 ss.

cessão de crédito, transfere-se, não a totalidade, mas uma boa parte contratual<sup>2575</sup>, porque não se limita apenas na transmissão do crédito. Em França, nos termos do artigo 1323.º do Código Civil francês, a solução é igual ao nosso Ordenamento: entre as partes o crédito transfere-se imediatamente com a celebração da cessão de crédito. De acordo com o AUG, foi adoptada a solução à imagem do Direito comum, a cessão de crédito em garantia produz efeito translativo imediato de crédito e acessórios. O legislador da OHADA fez questão de precisar que a transferência é imediata, quer se trate de créditos presentes, quer se trate de créditos futuros, independentemente da data da constituição, vencimento ou exigibilidade do crédito cedido. Esta precisão é importante sobretudo quando se trata de crédito futuro, suponha que se trata de execução continuada, arrendamento, em que o senhorio cede as rendas vincendas em garantia de um crédito. Neste caso, de acordo com o disposto no artigo 82.º/1 AUG, se posteriormente. Neste caso, para opor a cessão a terceiros, deve ser registado no RCCM – n.º 2 do artigo 82.º AUG.

Em relação aos acessórios, dispõe o artigo 83.º AUG, salvo estipulação em contrário, a cessão abrange os acessórios do crédito que com ela automaticamente se transmitem e torna-o oponível a terceiros sem outra formalidade além do registo da cessão, RCCM.

*III. Eficácia em relação ao devedor cedido.* Em relação ao devedor cedido, a cessão é-lhe oponível a partir do momento que lhe seja notificada ou desde que ele a aceite, nos termos do artigo 583.º/1 CC. De acordo com o Direito interno, a aceitação nada acrescenta à cessão, ou seja, não transforma a estrutura contratual da cessão. Se o devedor cedido não for notificado, a cessão é eficaz entre as partes mas não em relação ao devedor cedido. A notificação e a aceitação não estão sujeitas a forma especial – artigos 219.º e 217.º CC. A acção de cobrança de crédito movida pelo cessionário contra o devedor cedido não pode ser considerada notificação, ou seja, a notificação não pode ser suprida com a citação do devedor para a acção de cobrança do crédito<sup>2576</sup>. A lei não estabelece o prazo para a notificação nem aceitação. Em França, dispõe expressamente que o consentimento do devedor cedido não é necessário, a menos que tenha sido estipulada a cláusula de intransmissibilidade – artigo 1321/4 do *Code*. Ainda nos termos do artigo 1324 do *Code*, a cessão só é oponível ao devedor, se ele ainda não a tiver consentido, não lhe tiver sido notificada ou se dela não tiver tomado conhecimento.

---

<sup>2575</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 448 – 314.

<sup>2576</sup> Cf. Ac. STJ, de 9 de Novembro de 2000, CJ – ASTJ, 8, 2000, p. 121.

Em relação ao AUG, esta dispõe no artigo 84.º que para ser oponível ao devedor ao cedido, deve a cessão de créditos em garantia ser-lhe notificada ou deve aquele intervir no acto da cessão. Caso não seja notificado nem intervenha no respectivo acto, o cumprimento ao cedente é eficaz. Com a notificação do devedor cedido, este já não pode efectuar o pagamento ao cedente, sob pena de pagar duas vezes, *quem paga mal, paga duas vezes*. Todavia, nada impede que o cessionário confira poderes ao cedente para cobrar o devedor cedido.

*IV. Eficácia em relação a terceiros e a transmissão de crédito na pendência da garantia.* De acordo com o regime interno da cessão de créditos, a cessão produz efeitos independentemente da notificação, pelo que a partir da sua verificação, os credores do cessionário podem executar o crédito, podem exercer a acção sub-rogatória ou recorrer à impugnação pauliana para contra a transmissão do crédito.<sup>2577</sup> Com efeito, o crédito transfere-se para cessionário no momento da celebração do contrato. De acordo com o nosso Direito interno, a cessão de crédito não está sujeito a registo, pelo que é imediatamente<sup>2578</sup> oponível *erga omnes*, excepto quando determina a transmissão de créditos garantidos por hipoteca ou consignação de rendimentos, quando importe transmissão de garantia – artigo 2.º/1 i) CRP. Neste caso, a transmissão produzirá efeitos em relação a terceiros apenas após à data do registo – artigo 5.º CRP.

---

<sup>2577</sup> Diferentemente do artigo 789.º do Código Civil de 1867, que fazia depender a eficácia da cessão em relação a terceiros da notificação ao devedor ou que esta seja levado ao seu conhecimento de forma autêntica.

<sup>2578</sup> Quanto à notificação do cedido, no Ac. STJ de 9 de Novembro de 2000, CJ, III, p. 121, defendeu-se que a notificação deveria encontrar-se efectuada no momento em que a acção é instaurada, tendo em conta que integra a respectiva causa de pedir. Aí se negou a concessão à citação da potencialidade para produzir aquele efeito substantivo que a lei apenas reconhece no artigo 481.º CPC. Tal solução e argumentação foram integralmente acolhidas no Ac. STJ de 12 de Junho de 2003, CJSTJ, II, p. 105, e no Ac. Relação do Porto de 18 de Junho de 2007, CJ, III, p. 194, e Ac. Relação de Lisboa de 17 de Dezembro de 2014, relatado pelo Desembargador Luís Correia de Mendonça; e por Menezes Leitão, *Cessão de Crédito*, cit., p. 361, que expressamente refere, ainda que através da mera menção do citado Ac. STJ de 9 de Novembro de 2000, que não se pode considerar equivalente à notificação o facto de o cessionário se limita a instaurar contra o devedor acção de cobrança do crédito. Tese contrária foi adoptada pelo Ac. STJ, de 3 e Junho de 2004, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), considerando que a notificação se destina tão só a tornar a cessão de créditos eficaz em relação ao devedor, tendo em vista, além do mais, evitar que a satisfação da prestação seja feita ao primitivo credor, aí se concluiu nada obstar a que tal efeito se produza através da própria citação para a acção, quer executiva, quer declarativa, igualmente defendida no Ac. do STJ de 5-11-98 in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); no Ac. da Rel. de Lisboa, de 3-11-05, CJ, tomo V, p. 80; e no Ac. da Rel. do Porto de 21-4-76, CJ, tomo II, p. 491. Solução também adoptada no Ac. da Rel. de Lisboa de 14-3-02, e nos Acs. da Relação do Porto de 3-2-00, 30-9-02 e 11-12-95, Ac. Rel. de Lisboa de 9 de Dezembro de 2010 relatado por Maria Catarina Manso e de 24/4/2008, relatado por Fátima Galante, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Trata-se da solução que desenvolvidamente é acolhida por Assunção Cristas, em *Transmissão Contratual do Direito de Crédito*, cit., pp. 133 - 134, e em Cadernos de Direito Privado, n.º 14, neste caso em apreciação conjunta dos mencionados Ac.º de STJ de 9-11-00 e de 3-6-04.

Em França, nos termos do artigo 1263 do *Code*, não era necessária a notificação para a eficácia da cessão em relação a terceiros. Actualmente, com a reforma do Direito dos Contratos e a reforma do Direito das Garantias, o regime da oponibilidade da cessão de créditos em garantia consta do artigo 1323 do *Code* que determina que a cessão é oponível a terceiros na data da sua celebração. A cessão deve ser celebrada por escrito – artigo 1322 do *Code*. A eficácia da cessão em relação a terceiros não depende da notificação.

No caso da transmissão de crédito objecto de garantia pode-se aplicar, em relação ao cessionário, as soluções defendidas para o caso da recusa de retransmissão de crédito cedido em garantia. Se o fiduciário, em violação do seu dever fiduciário, transmitir o bem a um terceiro, mesmo que não se possa responsabilizar o terceiro, a solução não será muito diversa à do caso da recusa da retransmissão, pois haverá o incumprimento da sua obrigação fiduciária de não transmitir o bem. Assim, de acordo com o nosso Direito interno, o cedente pode resolver o contrato e exigir a indemnização ao cessionário. A resolução terá como consequência o direito à restituição do valor correspondente ao crédito cedido e o dever se restituir o que havia recebido no âmbito do contrato em que deriva a obrigação garantida, nos termos dos artigos 433.º e 289.º, ambos do CC. No que tange à a oponibilidade a terceiros, o novo AUG demarca-se da *cession Dailly* do Direito francês. Com a reforma do Direito francês das Garantias de 2022, o legislador adoptou uma solução que esclarece a dúvida e manteve a solução da *cession Dailly*, dispondo expressamente que a cessão é oponível imediatamente a terceiros a partir da sua conclusão, sem qualquer formalidade – artigo 1323.º/2 do Código Civil francês, o que significa que, a partir desta data a cessão é oponível a terceiros. Consequentemente, se a transmissão a terceiros ocorrer no momento posterior a esta data, o cedente pode opor a cessão a terceiro, podendo recorrer a acção judicial, com vista à recuperação de crédito, nomeadamente a execução específica. Incumbe ao cessionário, neste caso, provar a existência da cessão e, pode efectuar esta prova por qualquer meio - artigo 1323.º/2 *in fine* do Código Civil francês.

Assim, nos termos do artigo 82.º AUG<sup>2579</sup>, em relação entre as partes, a cessão de créditos, presentes ou futuros, em garantia é imediatamente eficaz entre as partes, na data da sua celebração, independentemente da data da constituição, vencimento ou exigibilidade do crédito cedido. Em relação a terceiros, a cessão de créditos em garantia

---

<sup>2579</sup> O legislador da OHADA adoptou uma solução de acordo com as directrizes da CNUDCI, de submeter a oponibilidade de todas as garantias mobiliárias sem desapossamento ao RCCM.



torna-se oponível a partir da sua inscrição no RCCM, seja qual for a lei aplicável ao crédito ou a lei do país de residência do devedor.

Esta solução, em África, e, em especial, na Guiné-Bissau, pode não ser capaz de atrair as empresas, na medida em que, para além de tornar (quando noutros ordenamentos, embora com menor segurança jurídica, por exemplo, França, estão a eliminar os as formalidades para o efeito de oponibilidade a terceiros) mais difícil a questão da oponibilidade, as empresas podem não querer necessariamente que terceiros estejam cientes do facto de que transferiram seus créditos sobre seus clientes para banco.

Por outro lado, o sistema do RCCM, de acordo com o Livro V do novo AUDCG, é totalmente informatizado, mas a sua aplicação prática, na maioria dos Estados Membros da OHADA, é um verdadeiro caos.

Mais, se o devedor cedido é uma pessoa domiciliada ou com sede social no estrangeiro. Neste caso, dispõe a) do artigo 52.º AUG que a inscrição tem lugar no Registo do Comércio e do Crédito Mobiliário com observância das seguintes regras de competência territorial:... o Registo do Comércio e do Crédito Mobiliário competente para a inscrição de penhores de crédito ou de cessões de crédito em garantia é aquele em cuja circunscrição se encontra registado o devedor do referido crédito ou, caso não esteja sujeito à obrigação de registo, aquele em cuja circunscrição se situa, consoante o caso, a sede ou o domicílio do devedor. Ora bem, e se o devedor cedido se domicilia num país, por exemplo França, onde não é necessário qualquer formalidade para oponibilidade da cessão de crédito em garantia, não será possível registar a garantia e será inoponível a terceiros.

Esta solução confere mais segurança jurídica sobretudo para o cessionário no caso de várias cessões, ou seja, a possibilidade de conflito entre o cessionário e outros titulares de direito sobre o crédito cedido. Este problema é resolvido pelo legislador francês com a reforma de 2022, em que o artigo 2373 do *Code* remete para o regime geral da cessão de crédito, que dispõe no artigo 1325 do *Code* que a concorrência entre cessionários sucessivos de um crédito é resolvida a favor do primeiro em data. Ainda dispõe que o primeiro cessionário tem a legitimidade para mover acção contra a pessoa a quem o devedor cedido efectuou o pagamento, exigir a restituição<sup>2580</sup>.

---

<sup>2580</sup> Na ausência de disposições legislativas específicas para situações de conflito entre cessionários, coube à jurisprudência francesa e inglesa determinar a fundamentos legais e justificativas teóricas das soluções aplicadas nestas situações. Análise da jurisprudência e doutrina sobre conflitos entre cessionários revelou que a teoria da oponibilidade dos actos jurídicos foi o elemento central das soluções actuais em Direito

Assim, de acordo com o regime instituído pelo AUG, o cessionário que efectuar o registo no RCCM antes dos outros prevalece sobre estes, mesmo algum deles tenha beneficiário da cessão antes dele (cessionário)<sup>2581</sup>.

#### **34. Aceitação da cessão como renúncia a meios de defesa**

O mero conhecimento da cessão por parte do devedor não tem os mesmos efeitos com o consentimento. Dar o consentimento é uma manifestação expressa da vontade a demonstrar que concorda com a cessão. Nos termos do artigo 85.º AUG, a aceitação constitui um acto, nos termos do qual o devedor cedido se vincula a cumprir directamente perante o cessionário. De acordo com este preceito, se o devedor do crédito for um devedor profissional, pode este, a pedido do cessionário, vincular-se a pagar-lhe directamente aceitando a cessão. Como consequência desta aceitação, nos termos do n.º 2 do artigo 85.º AUG, o devedor não pode opor ao cessionário as excepções fundadas nas relações pessoais com o cedente. Neste caso, é como se as partes do acordo de aceitação, devedor cedido e cessionário tivessem transformado a cessão de crédito em garantia numa garantia autónoma<sup>2582</sup>, ou seja, eliminando a acessoriedade a nível das excepções. Se o devedor cedido vier a invocar estas excepções, não serão atendidas, pois contraria os efeitos do acordo, um comportamento contraditório que pode ser qualificado de *venire contra factum proprium*, se o cessionário estiver de boa fé. Isto porque o artigo 85.º ainda determina que o devedor cedido não poderá opor as excepções ao cessionário apenas se este estiver de boa fé.

Dispõe o mesmo artigo que *o devedor cedido não poderá opor excepções ao cessionário, salvo se este, ao adquirir ou receber o crédito, tiver agido intencionalmente*

---

francês e inglês, cf. Constantin Aurel Iscru, *Transfert du créances en droit français et Droit anglais*, cit., p. 190.

<sup>2581</sup> Todavia, o verdadeiro problema de conflitos entre cessionários pressupõe a existência de vários requisitos, em termos técnico-jurídico. O primeiro é a existência do mesmo crédito, do qual o cedente é titular. Este crédito deve ter sido transferido para duas ou mais pessoas. O problema de conflitos entre cessionários terá lugar apenas se a transferência antecedente se tornar efectiva. Se for feita uma transferência depois de uma transferência anterior se tornar oponível a terceiros, trata-se de um caso de cessão de crédito de outrem, porque o cedente já não é o titular daquele crédito que pretende transferir para outra pessoa – esta situação diz antes respeito à existência do objecto da transferência na esfera jurídica do cedente.

<sup>2582</sup> Parece que aqui nem sequer faz sentido falar da subsidiariedade, porque se traduz na mera possibilidade do garante pessoal só responder pelo pagamento da obrigação se e quando se provar que o património do devedor garantido) é insuficiente para solver a dívida - artigos 638.º CC e 828.º do Código de Processo Civil. Nisso consiste o chamado direito do benéfico de excussão. Por outras palavras, consiste tal benefício na possibilidade de o fiador impedir a execução dos seus bens, enquanto o devedor garantido tiver no seu património bens que possam satisfazer o cumprimento das obrigações assumidas, através da execução.

*em prejuízo do devedor.* Para opor tais excepções ao cessionário, deve provar que o cessionário estava de má fé, por exemplo, que tinha conhecimento das excepções que podia invocar contra o cedente ou provar que no momento da cessão, o cessionário tinha conhecimento de situação que comprometia o cedente. No sentido de proteger o devedor cedido, o artigo 85.º AUG dispõe que esta aceitação da cessão apenas pode ser celebrada por devedores profissionais (a profissão deles não é contrair a dívida), determinando que quando o devedor do crédito cedido for um devedor profissional pode este, a pedido do cessionário, vincular-se a pagar-lhe directamente aceitando a cessão. Em consequência, se não for um devedor profissional, a convenção de aceitação da cessão não produz efeitos e o devedor conserva os meios de defesa, invocar contra o cessionário, as excepções que podia invocar contra o cedente.

Este *acordo de aceitação da cessão* deve obedecer a uma forma. Na parte final do n.º do artigo 85.º AUG prevê-se que o acordo de aceitação, sob pena de nulidade, deve ser reduzido a escrito num documento intitulado *Acto de aceitação de cessão de créditos em garantia*. Mais, no documento onde foi redigido o acordo de aceitação, deve-se reproduzir integralmente em caracteres legíveis o conteúdo do artigo 85.º AUG, para que o devedor cedido possa ter a noção das consequências e o âmbito da vinculação que o acordo da aceitação implica, nos seguintes termos:

*«Acto de aceitação de cessão de créditos em garantia*

*Quando o devedor do crédito cedido for um devedor profissional nos termos do artigo 3.º do AUOOG, pode este, a pedido do cessionário, vincular-se a pagar-lhe directamente aceitando a cessão. Neste caso, o devedor não pode opor ao cessionário as excepções fundadas nas relações pessoais com o cedente, salvo se o cessionário, ao adquirir ou receber o crédito, tiver agido intencionalmente em prejuízo do devedor.»*

Sobre esta questão, o legislador francês determina expressamente, nos termos do artigo 1324.º do *Code* que o devedor pode opor ao cessionário as excepções inerentes à dívida, tais como nulidade, excepção de não cumprimento, resolução ou compensação das dos créditos conexos. Pode ainda opor-se as excepções decorrentes da sua relação com o cedente antes da cessão lhe ser oponível, tais como a concessão de um prazo, a remissão de dívida ou a compensação de créditos não conexos.

### 35. A cessão de crédito penhorado e a penhora do crédito cedido

Entende-se<sup>2583</sup> que, de acordo com o regime interno, o crédito penhorado pode ser objecto de cessão, pois a penhora de um bem ou de um crédito não implica a indisponibilidade jurídica desse crédito por parte do executado, seu titular, mas tão só a ineficácia ou a inoponibilidade do acto de disposição ou de oneração posterior à penhora em relação ao exequente ou aos credores reclamantes.<sup>2584</sup> A penhora não torna inválida a cessão de créditos, não extingue a legitimidade do cessionário, deduzida num processo em que esteja em causa um crédito cedido, sem prejuízo da subsistência dos efeitos da penhora em relação ao exequente e credores reclamantes. Em consequência, a penhora do crédito já reclamado pelo cedente na falência, realizada no âmbito de um outro processo executivo, não constitui fundamento para rejeitar a legitimidade do cessionário desse crédito, sem prejuízo dos efeitos da penhora e do que tiver sido determinado em função dela.<sup>2585</sup> A transmissão de crédito verifica-se com todas as vantagens e defeitos que o crédito tinha<sup>2586</sup>. O termo acessório se encontra utilizado em sentido amplo, podendo compreender várias situações jurídicas, que de uma forma ou outra se encontrem em conexão com o direito crédito<sup>2587</sup>.

Em geral, a cessão de créditos é acompanhada das garantias e acessórios. Nos termos do artigo 153.º do AUOPSCE, o credor munido de título executivo de que conste uma dívida líquida e exigível pode, para obter o seu pagamento, apreender os créditos pecuniários que o seu devedor tenha sobre terceiro, sem prejuízo das disposições especiais relativas à penhora de vencimentos. De acordo com esta disposição, pode-se penhorar o crédito pecuniário que o executado tiver sobre terceiro. Nos termos do seu artigo 154.º (AUOPSCE), o acto de *apreensão* do crédito implica a atribuição imediata a favor do credor exequente do montante disponível junto do terceiro, até ao limite das quantias pelas quais ela é realizada, incluindo todas as suas obrigações acessórias, mas apenas dentro deste montante. Nos termos do seu n.º 2, as quantias apreendidas ficam indisponíveis pelo acto de apreensão. Ainda dispõe no n.º 3 que pelo acto de apreensão, fica o terceiro responsável pela obrigação exequenda até ao limite da sua obrigação. De acordo com esta disposição, a penhora de crédito torna-o indisponível e o exequente passa

---

<sup>2583</sup> Cf. Abílio Neto, *Código Civil Anotado*, 15ª ed., Editorial Minerva, Coimbra, 2006, p. 616.

<sup>2584</sup> Cf. Antunes Varela, *Das Obrigações*, cit., p. 264.

<sup>2585</sup> Cf. RL, de 8 de Julho de 2004, in CJ, 2004, IV, p. 86.

<sup>2586</sup> Cf. Vaz Serra, *Cessão de Créditos ou de Direitos*, in BMJ (n.º especial), 1995, pp. 5-374, p. 111; Antunes Varela, *Obrigações*, II, p. 225; Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 324.

<sup>2587</sup> Cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 325.

a ser credor da obrigação de terceiro. Assim, tendo em conta o regime instituído pela OHADA, parece que depois da penhora não se pode transmitir o crédito.

Quanto à penhora do crédito cedido, os credores do cedente não podem nomear o crédito à penhora, na medida em que já não se encontra no seu património e o artigo 153.º do AUOPSCE dispõe que o credor pode, para satisfazer o seu crédito, penhorar os créditos pecuniários que o seu devedor tenha sobre terceiro. Sucede que com acesso de crédito em garantia o crédito transfere-se para a esfera jurídica do cessionário. Deve-se realçar que o credor exequente, em regra, será terceiro em relação ao negócio da cessão pelo que este lhe será oponível só se for registada antes da penhora, nos termos do artigo 82.º AUG. É discutível se é admissível a penhora por parte dos credores do cedente depois do cumprimento da obrigação garantida. Se no momento da penhora a obrigação garantida já tinha sido cumprida. Esta questão é de resposta mais fácil no Ordenamento jurídico francês, em que o artigo 2373-3 do *Code* dispõe expressamente que, com o cumprimento da obrigação garantida, o cedente recupera plena e automaticamente a titularidade do crédito cedido. Neste caso, os credores do cedente podem penhorar o crédito que tinha sido cedido, na medida em que regressa ao seu património. No caso da OHADA, o Acto Uniforme relativo à Organização das Garantias impõe expressamente um dever de devolução ao cedente depois de cumprimento da obrigação garantida, nos termos do artigo 86.º, que dispõe que as quantias pagas ao cessionário por conta do crédito cedido são imputadas no crédito garantido quando este se tiver vencido. O excesso, se o houver, é restituído ao cedente. Considera-se não escrita qualquer cláusula em contrário. Se o crédito principal for cumprido pelo devedor cedido, os credores do cedente não podem nomear à penhora porque já não existe, com o cumprimento de devedor cedido, extingue a sua obrigação. Se o crédito garantido for cumprido pelo cedente, este adquire um direito à devolução do crédito cedido, nos termos do artigo 86.º AUG. Neste caso, parece que os credores do cedente podem penhorar este direito, que constitui um activo no seu património.

Quanto aos credores do cessionário, antes de cumprimento da obrigação garantida, podem penhorar o crédito. Depois de cumprimento da obrigação garantida, parece-nos discutível, uma vez que a retransmissão não é automática nos termos do artigo 86.º AUG. Esta foi uma das razões que o legislador consagrou expressamente a retransmissão automática, no artigo 2373-3 do *Code*. No regime da OHADA, com o cumprimento da obrigação principal, nasce na esfera jurídica do cessionário uma obrigação legal de devolução do crédito, pelo que se torna discutível se pode ser penhorado pelos seus

credores. Não nos parece que este crédito possa ser penhorado por qualquer credor do cessionário depois de cumprimento da obrigação garantida, na medida em que de acordo com o artigo 86.º AUG, o cessionário passa a ser obrigado legalmente à restituir o crédito ao cedente. Depois de cumprimento da obrigação garantida, o crédito cedido deixa de ter base na esfera do cedente, aquilo que era um crédito que se encontrava na sua titularidade passa a ser uma obrigação na sua esfera jurídica.

## SUBSECÇÃO II – EXECUÇÃO SINGULAR E COLECTIVADA GARANTIA

### 1. Execução colectiva

*I. Generalidades.* O regime insolvencial não será muito diferente do da execução singular. O estado de insolvência não se verifica automaticamente, sendo sempre exigível uma sentença declaratória da insolvência, pois apenas ela opera, na esfera jurídica do insolvente, a produção dos efeitos que a ordem jurídica associa à situação. Quer isto dizer que ainda que alguém se encontre impossibilitado de cumprir com as suas obrigações, seja por falta de liquidez financeira ou por insuficiência de património, esta pessoa só poderá ser tratada por insolvente quando for desencadeado, por quem tenha legitimidade, o processo adequado.<sup>2588</sup>

*II. Insolvência do cedente.* Quanto à insolvência do cedente, questiona-se se não cessando o contrato com a declaração de insolvência, o administrador da insolvência não o poderá, ele mesmo, extinguir com efeitos retroactivos, levando dessa forma à retransmissão do crédito cedido, de forma a ser integrado na massa insolvente; depois, não sendo assim, e mantendo-se em princípio o contrato<sup>2589</sup>. Não será necessária a notificação para que a cessão possa ser oposta à massa. De acordo com o regime instituído pelo legislador da OHADA, a cessão de créditos em garantia é imediatamente eficaz entre as partes, na data da sua celebração.<sup>2590</sup> Assim, se a cessão de crédito for registada será oponível à massa.

Mas pode-se colocar o problema da cessão de créditos futuros que se vão constituir depois da abertura do Processo Colectivo de Apuramento do Passivo, porque de acordo com o artigo 67.º AUOPCAP, o período de suspeição inicia-se na data de cessação de pagamentos e termina na data do despacho de abertura da recuperação judicial ou da liquidação de bens. Nos termos do seu artigo 68.º «são inoponíveis<sup>2591</sup> à massa falida, se

---

<sup>2588</sup> Cf. Luís A Carvalho Fernandes/João Labareda, *Código da Insolvência e da Recuperação da Empresa Anotado*, *Quid Juris*, 2009, p. 56.

<sup>2589</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, *cit.*, p. 930.

<sup>2590</sup> De acordo com esta disposição, com o contrato de cessão de crédito em garantia, o crédito transfere-se automaticamente para esfera jurídica do cessionário pelo que, em princípio, por não se encontrar no património de cedente, não é incluído na massa insolvente. Mas em relação à massa, a mera celebração do contrato de cessão de crédito não produz efeito translativo. Para opor essa transmissão à massa, é necessário, nos termos do artigo 82.º AUG, que determina que a cessão de crédito em garantia torna-se oponível a terceiros a partir da sua inscrição no RCCM, seja qual for a lei aplicável ao crédito ou a lei do país de residência do devedor.

<sup>2591</sup> Nos termos do artigo 71.º AUOPCAP, a declaração de inoponibilidade aproveita à massa falida, que é sub-rogada na posição do credor cuja garantia tiver sido declarada inoponível. Em caso de sub-alienação a título gratuito, o subadquirente, mesmo de boa fé, está sujeito à inoponibilidade e à restituição do bem ou ao pagamento do seu valor a menos que o bem tenha desaparecido do seu património por motivo de força

forem praticados durante o período de suspeição: ... qualquer garantia real convencional constituída em garantia de dívida contraída anteriormente, salvo se tiver substituído garantia anterior cuja natureza e extensão sejam, pelo menos, equivalentes ou ela se foi consentida em execução de convenção anterior à cessação de pagamentos». Deve-se lembrar que o AUG qualifica a cessão de crédito como garantia real. Neste caso, deve-se aplicar o disposto no artigo 82.º/1 AUG, que dispõe que a cessão de créditos futuros em garantia é imediatamente eficaz entre as partes, na data da sua celebração, independentemente da data da constituição, vencimento ou exigibilidade do crédito cedido, e torna-se oponível a terceiros a partir da sua inscrição no RCCM, seja qual for a lei aplicável ao crédito ou a lei do país de residência do devedor. Com efeito, se for celebrada a cessão de créditos futuros antes do processo de insolvência, será oponível à esta mesmo que venha a constituir-se no decurso do processo, desde que seja registada a cessão. Em todo o caso, se o cessionário não venha a obter o pagamento através do crédito que lhe foi cedido em garantia, pode reclamar o seu crédito no processo de insolvência, nos termos do artigo 78.º AUOPCAP.

Se o crédito cedido gerar juros, estes também são oponíveis à massa, na medida em que dispõe o artigo 83.º AUG que, salvo estipulação em contrário, a cessão abrange os acessórios do crédito que com ela automaticamente se transmitem e torna-o oponível a terceiros, desde que a cessão seja registada no RCCM.

*III. Insolvência do cessionário.* No caso de insolvência do cessionário, se o cedente já tinha pago o crédito garantido, o crédito cedido abandona a massa falida. Neste caso, o cedente pode opor este direito à restituição apenas se a cessão for registada no RCCM. Se, pelo contrário, a obrigação garantida não for cumprida, o pagamento deve ser efectuado ao síndico, nos termos dos artigos 108.º e seguintes do AUOPCAP.

*IV. Insolvência do devedor cedido.* No caso da insolvência do devedor cedido, na qualidade de credor do devedor cedido, este pode reclamar o seu crédito, nos termos do artigo 78.º AUOPCAP. Se a obrigação garantida for cumprida, o cessionário deve restituir o crédito ao cedente, procedendo-se à substituição processual no âmbito do Processos Colectivos de Apuramento do Passivo<sup>2592</sup>.

---

maior. Em caso de sub-alienação a título oneroso, o subadquirente só está sujeito à restituição ou pagamento do valor se, quando adquiriu o bem, tinha conhecimento da cessação de pagamentos do devedor.

<sup>2592</sup> No mesmo sentido, cf. Menezes Leitão, *Cessão de Créditos*, cit., p. 561.



## 2. Execução singular

De acordo com o nosso Direito interno, no caso de incumprimento, o credor, reunidos os requisitos, pode executar o devedor da prestação e satisfazer-se com o produto da venda. Em regra, as partes da acção executiva são o credor, que assume a posição de exequente, e o devedor, que é o executado. O credor só se pode tornar exequente e o devedor executado se constarem como tal no título executivo - artigo 55.º/1 CPC -, de entre as excepções à regra de legitimidade enunciada no artigo 55.º/1 CPC, tenham-se presentes as constantes dos artigos 56.º/1 e 2, 57.º, 811.º e 864.º CPC. A acção executiva é normalmente proposta contra o devedor; no entanto, há casos em que determinados sujeitos, apesar de não serem devedores, podem ser requeridos como executados - é o que acontece quando o objecto da execução for uma dívida provinda de garantia real que onere bens ou direitos que pertençam ou estejam, na posse de um terceiro - artigo 56.º/2 e 4 CPC.

No caso da cessão de crédito em garantia, em regra, a garantia é prestada pelo próprio devedor/cedente, porém, tendo em conta à estrutura dessa garantia, o devedor cedido passa também a ser ele mesmo um devedor do cessionário numa lógica que se aproxima da fiança. Mas na cessão de crédito em garantia, o devedor cedido não assume uma obrigação para garantir o cumprimento da obrigação garantida, o devedor cedido já era devedor do cedente, com a cessão de crédito em garantia, apenas passa a ter um novo credor, que na relação entre o cedente e o cedido, tal transmissão de crédito visa garantir o cumprimento da obrigação do seu antigo credor. Em Portugal, o artigo 56.º/2 CPC, veio pôr termo ao complexo e controverso problema da legitimidade das partes na acção executiva, quando o objecto desta é uma dívida garantida - garantia real -, tomando-se posição clara sobre a questão da legitimação do terceiro possuidor ou proprietário dos bens onerados com tal garantia. Assim concede-se, tanto a um como a outro, legitimidade passiva para a execução, quando o exequente pretenda efectivar tal garantia, incidente sobre bens pertencentes ou na posse de terceiro. A acção executiva visa assegurar ao credor a satisfação da prestação não cumprida - artigo 4.º/3 CPC.

O objecto da acção executiva é, por isso, sempre um direito a uma pretensão, isto é, uma pretensão, porque só esse direito impõem um dever de prestar e só esse dever deve ser realizado coactivamente. Importa referir que, para a aplicação da acção executiva, é irrelevante a origem obrigacional, real, familiar, sucessória ou outra da pretensão: o que revela é apenas a existência de um dever de prestar. O objecto da acção executiva é uma pretensão e a correspondente causa *debendi* que constitui a causa de pedir dessa acção.

Assim, o nosso sistema promove a execução judicial, evitando a justiça privada, protegendo os outros credores e proibindo o pacto comissório, que é nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da garantia, a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir – no caso da hipoteca, artigo 694.º CC. A razão de ser da proibição está relacionada essencialmente com a tutela do devedor, tutela dos credores/*par conditio creditorum*, proibição da livre apropriação do objecto das garantias. Já vimos que a razão da proibição do pacto comissório é plúrima, complexa<sup>2593</sup>, relevando, concomitantemente, o propósito de proteger o devedor da possível extorsão do credor e a necessidade, correspondente a um interesse geral do tráfico, de não serem iludidas as regras do jogo através da atribuição injustificada de privilégios a alguns credores, fora das vias objectivas em que repousa a bondade das excepções ao princípio *par conditio creditorum*. Já em relação ao pacto marciano – determinação objectiva e actual do valor do bem, em regra, por terceiro independente ou o valor de mercado. Este pacto, de acordo com o Direito interno, deve ser conciliado com artigo 675.º/2 CC - é lícito aos interessados convencionar que a coisa empenhada seja adjudicada ao credor pelo valor que o tribunal fixar. Todavia, vimos que as tendências europeias<sup>2594</sup> é da admissibilidade do pacto marciano e a própria reforma francesa de 2006 e de 2022 é da admissibilidade também do pacto marciano, cujas vantagens são a rapidez, a desnecessidade de intervenção de terceiros.<sup>2595</sup>

Quanto à execução da cessão de crédito em garantia, como noutras garantias, a execução apenas terá lugar no caso de incumprimento da obrigação garantida. De acordo com o legislador da OHADA, as quantias pagas ao cessionário por conta do crédito cedido são imputadas no crédito garantido quando este se tiver vencido (artigo 86.º/1 AUG). Assim, se o crédito cedido se vencer antes da obrigação garantida, o cessionário pode receber a prestação do devedor cedido antes do vencimento da obrigação garantida. Neste caso, a sua garantia sobre o crédito é substituída pelos valores recebidos, pelo que deve conserva-lo separadamente do seu restante património. Esta solução é adoptada

---

<sup>2593</sup> Cf. Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória da dívida*, cit., p. 94.

<sup>2594</sup> Veja, por exemplo, em Portugal, a execução do penhor financeiro, artigo 8.º/2, do Decreto-Lei n.º 105/2004, que dispõe que *sem prejuízo do acordado pelas partes, a execução da garantia pelo beneficiário não está sujeita a nenhum requisito, nomeadamente a notificação prévia do prestador da garantia da intenção de proceder à execução*. Dispõe o artigo 11.º/1 que *no penhor financeiro, o beneficiário da garantia pode proceder à sua execução, fazendo seu o objecto da garantia, mediante venda ou apropriação...* esta disposição admite o pacto marciano e dispensa a convenção de venda extra - processual, assim como a notificação prévia para executar.

<sup>2595</sup> Todavia, o pacto marciano também tem as suas desvantagens, nomeadamente o risco de gestão do bem; risco de imobilidade do bem; risco de desvalorização; dependendo do caso, desvantagens fiscais.

expressamente pelo legislado francês no artigo 2373-2/2 do *Code* que determina que o cessionário deve efectuar o depósito de acordo com o regime da alienação fiduciária de uma quantia em dinheiro, nos termos dos artigos 2374-3 - 2374-6 do *Code*.

Estes valores serão imputados na obrigação vencida só depois do vencimento desta. Se a obrigação garantida se vencer antes da obrigação vencida, parece que o cessionário apenas pode exigir o cumprimento ao devedor cedido só quando se vencer a dívida cedida. Neste caso, os valores recebidos serão imputados na obrigação garantida. De acordo com esta solução, a lei admite a compensação<sup>2596</sup> entre o crédito que o cessionário tinha contra o cedente com o crédito que o cedente tinha contra o devedor cedido. Esta compensação é especial em relação ao regime geral da compensação<sup>2597</sup>. Todavia, se a obrigação garantida se vencer e o devedor cedido não cumprir voluntariamente, o cessionário ainda dispõe de meios judiciais acima referidos para satisfazer o seu crédito, sendo que neste caso, contra o devedor cedido parece que tem que recorrer à execução específica. Com a reforma francesa do Direito das Garantias de

---

<sup>2596</sup> No Ac. TRL de 9 de Julho de 2009, em relação ao penhor financeiro, o tribunal apresenta sérias dúvidas quanto à constitucionalidade deste tipo de regime, que permite tais Pactos Comissórios - ainda que travestidos em compensação - e, consequentemente, a cobrança do crédito incumprido por parte do credor, por meio da venda ou apossamento directo, imediato e extrajudicial dos valores ou bens dados em garantia, na medida em que dessa maneira se favorece o beneficiário do penhor e se prejudica outros credores, igualmente titulares de direitos reais de garantia, que, nas concretas circunstâncias existentes, poderiam prevalecer sobre o dito penhor, numa clara violação do princípio da igualdade - artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa.

<sup>2597</sup> De acordo com o regime interno, a compensação consiste numa forma de extinção da obrigação que opera quando duas pessoas sejam reciprocamente credoras e devedoras uma da outra e estejam obrigadas a entregar uma à outra coisas fungíveis da mesma natureza. Ambas as obrigações se podem extinguir total ou parcialmente, mediante declaração à contraparte, nos termos do artigo 847.º CC. Esta figura dispensa o devedor de efectuar a prestação devida, por isso se diz que é uma forma de extinção da obrigação diferente do próprio cumprimento. No fundo, a compensação em si funciona ainda como forma de garantia atípica, na medida em que permite ao credor extinguir a sua obrigação, mesmo que não tenha qualquer possibilidade de satisfazer o seu direito de crédito por o seu devedor estar completamente insolvente ou impossibilitado, por outro motivo, de cumprir, cf. Menezes Leitão, *Direito das Garantias*, cit., 6.ª ed., p. 310. A compensação consagrada no nosso Código Civil segue o sistema do BGB, segundo o qual, diferentemente da solução consagrada pelo AUG, não opera automaticamente, sendo necessário uma declaração à contraparte, embora os seus efeitos se produzam a partir do momento em que se verificaram os requisitos da compensação (ou seja, depois de haver a declaração, os efeitos retroagem ao momento em que os seus pressupostos se verificaram) - cf. o disposto nos artigos 848.º/1 e 854.º CC. Na medida em que existe esta retroactividade, se, depois do momento em que se verificaram os requisitos da compensação, mas antes de se fazer a declaração, o crédito do declaratório for cedido a terceiro, arrestado ou penhorado, a declaração de compensação continua a ser invocável contra este terceiro. Isto, de acordo com uma interpretação a *contrarium sensu* do disposto no artigo 853.º/2 CC. A declaração à contraparte é receptícia e pode ser tanto judicial como extrajudicial. A esta declaração são aplicáveis as regras constantes dos artigos 217.º CC e seguintes. Contudo, nos termos do artigo 848.º/2, não se pode apor à compensação uma condição nem um termo. O artigo 847.º CC estabelece os seguintes requisitos para a compensação - existência de créditos recíprocos; as coisas que são objecto das prestações têm que ser fungíveis e do mesmo género; exigibilidade do crédito que se vai compensar (do declarante). Para além desta compensação legal, nos termos do princípio da autonomia privada admite-se a compensação convencional, isto é, por força da celebração de negócio jurídico entre as partes, que é o designado contrato de compensação.

2022, o legislador francês adoptou a mesma solução do AUG, determinando no artigo 2373-2 do *Code* que as quantias pagas ao cessionário por conta do crédito cedido são imputadas no crédito garantido quando este se tiver vencido.

O regime do AUG é diferente do constante do artigo 11.º/1 do Decreto-Lei n.º 105/2004 (que é de aplicação específica) na medida em que este consagra o pacto marciano, nos termos do qual, o beneficiário do penhor financeiro 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.

Para evitar o enriquecimento sem causa, determina que 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. Ainda o artigo 12.º/1 do referido decreto dispõe que 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. Esta norma é considerada dispensável, mas presença útil<sup>2598</sup>.

De acordo com o regime instituído pela OHADA, a execução da garantia dispensa a convenção de compensação, assim como dispensa a notificação prévia para executar - sem prejuízo da notificação de incumprimento.

---

<sup>2598</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 6.ª ed., cit., p. 834.

## SUBSECÇÃO III – OS PROBLEMAS EM TORNO DAS EXECUÇÕES

### 1. O ganho excessivo do cessionário

Quando se fala de ganhos excessivos não se refere apenas aos casos de pacto comissório, mas sim de situações que não decoram de nenhum acordo prévio e que mesmo assim geram enriquecimento ao cessionário à custa do cedente/garante. Os juros fazem parte dos acessórios que transmitem-se com o crédito ou frutos quando se tratam de coisas.<sup>2599</sup> Assim, se o crédito cedido em garantia vencer juros, os juros vencidos se transmitem para o cessionário.<sup>2600</sup> Em relação aos juros vencidos, o artigo 561.º determina a sua autonomia em relação ao crédito principal; assim, sem acordo expresso entre as partes não se transmitem com a cessão de crédito.

Ora, suponha que no decurso da garantia, o crédito cedido foi gerando juros e a soma dos mesmos com o valor do capital pago ao cessionário excede o valor do crédito garantido. Esta situação representa um ganho excessivo para o cessionário e um prejuízo para o cedente. Para o devedor cedido é a mesma dívida que tinha para com o cedente.

O Direito Civil, na tradição das XII Tábuas, existe também para proteger os fracos. Essa evidência deve ser continuamente recordada. Actualmente, o apelo aos sentidos, à sedução do imediato e ao maior lucro tem gerado um fortalecimento crescente das garantias, apresentadas como pilar do comércio e da banca<sup>2601</sup>, como a cessão de crédito em garantia consagrada pelo legislador da OHADA. Verifica-se um movimento cada vez mais em que se pretende lucros sem riscos, o que se repercute nos que sejam mais simples garantes. No caso dos garantes profissionais, nomeadamente a seguradora, tendo em conta a experiência, a ciência e a gestão profissional de riscos, podem eliminá-lo, convertendo em factor de ganho.<sup>2602</sup> A protecção do garante decorre, desde logo, da protecção do devedor. Com efeito, o legislador da OHADA instituiu um regime que protege o garante, prevendo-se o artigo 86.º AUG que as quantias pagas ao cessionário por conta do crédito cedido são imputadas no crédito garantido quando este se tiver vencido. O excesso, se o houver, é restituído ao cedente. De acordo com esta disposição, todos os pagamentos efectuados pelo devedor cedido antes do vencimento do crédito garantido devem ser separados dos outros bens do cessionário, depositados numa conta

---

<sup>2599</sup> Cf. Oliveira Ascensão, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, cit., p. 384.

<sup>2600</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Crédito em Garantia*, cit., p. 336.

<sup>2601</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado...*, cit., X, p. 191.

<sup>2602</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado...*, cit., X, p. 191

especial, porque após o vencimento do crédito cedido, os valores pagos pelo devedor cedido vão ser imputados no crédito garantido, ocorrendo assim a compensação *ipso jure*.

Na verdade, pode suceder que o valor inicial do crédito garantido tenha diminuído no momento do cumprimento do devedor cedido, o que pode gerar a diferença entre o crédito garantido e o valor que o cessionário efectivamente recebeu do devedor cedido. Pode acontecer também que o crédito garantido não tenha diminuído, mas devido aos juros gerados pelo crédito cedido provoca a mesma diferença. Em todo caso, dispõe a última parte do artigo 86.º AUG que, com o cumprimento efectuado pelo devedor cedido, se houver excesso, deve ser restituído ao cedente. Trata-se de uma norma imperativa, destinada a proteger o garante. O n.º 2 do artigo 86.º AUG determina que se considera não escrita qualquer cláusula em contrário. A mesma solução foi adoptada em França com a reforma do Direito das Garantias de 2022, dispondo o novo artigo 2373 do Código Civil francês que com o cumprimento da obrigação garantida o cedente adquire automaticamente e plenamente o direito cedido. De acordo com os novos artigos 2373 – 2, 2374-3 a 2374-6 do *Code*, com o cumprimento da obrigação principal, se houver excesso, apesar do cedente adquirir automaticamente o excedente, o cessionário é expressamente obrigado à restituir, nos termos do novo artigo 2374 – 5 do *Code*.

## **2. O risco *mitigado* da cessão de créditos em garantia**

De acordo com a construção doutrinária do regime da cessão de créditos em garantia, esta comporta um risco mitigado em comparação com os outros negócios fiduciários de garantia. É habitual a doutrina<sup>2603</sup> referir que é característica do negócio fiduciário a desproporcionalidade dos meios jurídicos que se utilizam, face aos fins económicos prosseguidos, alegando que as partes recorrem a um contrato típico, mas, em termos de propósito, excedem os do tipo contratual legal pelo fim económico prosseguido.<sup>2604</sup>

---

<sup>2603</sup> Cf. Adriano Vaz Serra, *Cessão de créditos ou de outros direitos*, BMJ, número especial, 1955, p. 157-158; Fernando Pessoa Jorge, *O Mandato sem representação*, Almedina, Coimbra, 1961, p. 325; Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, cit., p. 190. Contra, Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 263-267, porque julga que o meio é necessário para o fim em vista; Igualmente, Luís A. Carvalho Fernandes, *A admissibilidade do negócio fiduciário no Direito Português em Ars Iudicandi*, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, II, Direito Privado, coord. de JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO/JOSÉ DE FARIA COSTA, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, 225-254, 229; Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, cit., p. 309-310.

<sup>2604</sup> De acordo com a teoria do duplo efeito, o negócio jurídico real investe o fiduciário/cessionário na titularidade de um direito, mas este é limitado na sua actuação pelo pacto fiduciário. Ou seja, o

Todavia, independentemente da concepção unitária<sup>2605</sup> dos negócios fiduciários, o facto de o fiduciante ser ao mesmo tempo devedor do fiduciário, leva a que o investimento de confiança seja menor em relação aos outros negócios fiduciários, aumentando proporcionalmente com a desproporção<sup>2606</sup> do crédito cedido e o crédito do fiduciário sobre fiduciante.<sup>2607</sup> É quase inevitável a diferença entre os dois valores. O valor dos créditos pecuniários não coincide com a quantia que tem por objecto (o seu valor nominal), dependendo das garantias do crédito e do risco de incumprimento por parte do devedor cedido. A diferença entre o crédito em si e seu valor nominal leva a que se possa verificar uma desproporção entre enorme entre o montante em dívida ao cessionário/fiduciário e o montante do crédito cedido em garantia a este último.<sup>2608</sup>

Todavia, este negócio ainda é celebrado com base na confiança, razão pela qual o dever de lealdade é especialmente intenso. Em relação aos riscos fiduciários, considera PESTANA DE VASCONCELOS<sup>2609</sup> que, se o fiduciário se recusar a retransmitir o crédito depois do cumprimento da obrigação garantida, caberá ao fiduciante o recurso à execução específica; e que, na eventualidade do crédito já se ter vencido e o fiduciário já se ter cobrado esse montante, o objecto da garantia transfere-se para a titularidade dessa quantia pecuniária e, por conseguinte, o fiduciante poderá fazer-se valer, em caso de

---

fiduciante/cedente na transmissão da titularidade de um direito concederia mais poderes ao fiduciário/cessionário do que aqueles que seriam necessários para o fim prosseguido pelas partes, cf. Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1994, p. 315. Na cessão de créditos em garantia, a transmissão de crédito excederia o fim de garantia prosseguido pelas partes. De acordo com o Direito constituído - nas garantias reais do cumprimento das obrigações previstas no Código Civil - não é necessário a transmissão da titularidade do direito para o garante para satisfazer o fim económico de garantia prosseguido pelas partes. Existiria com a transmissão de crédito um excesso de poderes abstractos concedidos ao credor/cessionário em relação ao objecto da situação jurídica de garantia face ao que seria necessário para garantir o cumprimento de uma obrigação.

<sup>2605</sup> Uma concepção unitária de negócio fiduciário concebe que as partes realizem um negócio jurídico com eficácia real e obrigacional, sem se poder dizer que exista uma desproporcionalidade dos meios jurídicos utilizados em relação aos fins económicos pretendidos porque a relação desenhada pelas partes corresponde, inteiramente, às suas pretensões, cf. Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos cit.*, p. 264. Aquela concepção, cf. André Figueiredo, *O negócio fiduciário perante terceiros cit.*, p. 79-81, resulta de uma ideia de sujeição do fiduciante ao risco fiduciário aparentemente inerente ao negócio fiduciário, isto é, o risco de que o fiduciário, neste caso, cessionário, abuse dos seus poderes e não cumpra a obrigação a que se encontra adstrito, cf. Ac. STJ, de 25 de Junho de 2013, proc. n.º 532/2001.L1.S1. Este risco apresenta dois corolários - neste caso, risco de recusa de retransmissão do crédito após cumprimento da obrigação garantida e risco de alienação do crédito a terceiros. Todavia, não se pode dizer que este risco seja exclusivo do negócio fiduciário e elevado a traço estruturante do negócio. O risco de incumprimento existe em qualquer relação obrigacional. Não constitui elemento caracterizador do negócio fiduciário uma especial confiança do fiduciante perante o fiduciário, porque essa confiança existe geralmente em todos os tipos contratuais em que se desenvolvam relações entre credor e devedor.

<sup>2606</sup> Que, em regra, serve de fundamento de proibição de garantias fiduciárias, cf. G. Baudry-Lacantinerie/P. de Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil*, III - *Du nantissement, des privilèges, et hypothèques, et de l'exploitation forcée*, 3.ª ed., Sirey, 1906, notas n.ºs 124-125.

<sup>2607</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 349.

<sup>2608</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 349-350.

<sup>2609</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 352.

incumprimento, do meio executivo, no sentido de obter essa mesma quantia, através de execução para pagamento de quantia certa. A possibilidade do recurso à execução específica e a possibilidade de responsabilização do terceiro que adquira o crédito ao cessionário/fiduciário, em violação do dever de retransmissão ao fiduciante, atenuam o risco fiduciário. O fiduciante apenas fica *à espera ao regresso à boa fortuna* apenas se o fiduciário não tiver património exequível, mas este risco aplica-se a todos os credores<sup>2610</sup>. Se o fiduciário incumprir a obrigação fiduciária, transmitindo o crédito a terceiro<sup>2611</sup>, mesmo que o fiduciante não consiga responsabilizar o terceiro, pode responsabilizar obrigacionalmente o devedor.

Adicionalmente, o fiduciante pode resolver o contrato, obrigando o cedente/fiduciante a restituir o prestado pela outra parte e à obrigação do cessionário de restituir o valor correspondente ao crédito cedido<sup>2612</sup>, nos termos dos artigos 433.º e 289.º CC, tendo o primeiro direito a ser indemnizado pelos danos causados pelo incumprimento, podendo recorrer à compensação. Por identidade de razão, pode ser aplicado analogicamente o artigo 1184.º CC à cessão de créditos em garantia, permitindo excluir o crédito fiduciário da potencial penhora em acção interposta pelos credores do cessionário ou da sua integração na massa insolvente, se for declarada a insolvência do cessionário.<sup>2613</sup>

Em caso de incumprimento da obrigação garantida, o cessionário não pode fazer seu o crédito cedido em garantia. Se já tiver cobrado o crédito, pode satisfazer-se nessa altura do montante em dívida, entregando o remanescente à outra parte. Se, pelo contrário, não se vencer ainda a obrigação e, o cessionário não ter ainda cobrado o crédito cedido, face ao incumprimento do cedente/fiduciante, o cessionário/fiduciário terá que alienar o crédito, satisfazendo-se pelo montante obtido e entregar o remanescente ao fiduciante.<sup>2614</sup>

---

<sup>2610</sup> O património bruto do devedor constitui assim a garantia geral das suas obrigações, ou seja, antes de ser descontado o passivo. A garantia geral, tal como é prevista no artigo 601º do Código Civil, manifesta a ideia da responsabilidade patrimonial. Sendo assim, quando se contrai uma obrigação, automaticamente, o património do devedor passa a constituir a garantia geral das suas obrigações, independentemente do seu consentimento. Este é um meio que a lei cria para proteger os credores na medida em que o interesse principal do credor é ressarcir o seu crédito. Todavia, um sujeito pode não ter nenhum património, ou seja, o património não é fundamental para que um sujeito seja parte nas relações jurídicas. Qualquer pessoa capaz, mesmo sem património, pode celebrar contratos e contrair as mais variadas obrigações.

<sup>2611</sup> Cf. Nicolas de Gottrau, *Transfert de propriété et cession à fin de garantie: principes, et application dans le domaine bancaire*, in: Giovanoli/Dessemontet/Foëx, *Sûretés et garanties bancaires*, CEDIDAC, n.º 33, Lausanne, 1997, p. 236.

<sup>2612</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 353.

<sup>2613</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 354.

<sup>2614</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Cessão de Crédito...*, cit., p. 354.



Podem-se verificar traços da mitigação dos riscos decorrentes da cessão de créditos em garantia no regime vertido no AUG. Em relação ao cessionário, nos termos do artigo 80.º/2 AUG, a incedibilidade do crédito não lhe pode ser oposta pelo devedor cedido; nos termos do artigo 82.º/1 AUG, há uma certeza em relação ao momento da eficácia da cessão do crédito futuro, dispondo que a cessão de créditos futuros em garantia é imediatamente eficaz entre as partes, na data da sua celebração, independentemente da data da constituição, vencimento ou exigibilidade do crédito cedido, e torna-se oponible a terceiros a partir da sua inscrição no RCCM, seja qual for a lei aplicável ao crédito ou a lei do país de residência do devedor, o que reduz o risco de dupla transmissão. E, nos termos do n.º 2 do artigo 82.º AUG, a partir da data da cessão, não pode o cedente, sem acordo do cessionário, modificar o âmbito dos direitos ligados ao crédito cedido.

Em relação ao cedente, de acordo com o disposto no artigo 86.º AUG, as quantias pagas ao cessionário por conta do crédito cedido são imputadas no crédito garantido quando este se tiver vencido. Ou seja, com o cumprimento do devedor cedido, verifica-se uma compensação legal e automática dos créditos ou a substituição da garantia se a obrigação garantida não tiver vencido. Ainda, se houver excesso, este é restituído ao cedente e considera-se não escrita qualquer cláusula em contrário.

### **3. Extinção da garantia**

O AUG nada dispõe sobre a extinção da garantia. Não nos parece que se possa estabelecer de uma forma exaustiva as causas da extinção da cessão de crédito em garantia. Ou seja, deve-se destacar que tais hipóteses não são taxativas, mas exemplificativas, uma vez que outras existem que permitem a extinção de tal obrigação. Mas, deve-se, com a ressalva das particularidades da cessão de crédito, aplicar as causas da extinção dos negócios jurídicos. Diferentemente, a renúncia à garantia por parte do cessionário gera a extinção da cessão de crédito em garantia e o crédito regressa ao património do cedente. Por outro lado, no caso de morte do devedor cedido, onde se pode considerar que se extingue a garantia, porém, o crédito passa a incidir sobre a herança, limitada às forças da herança e as dívidas existentes até o momento do falecimento. A obrigação do devedor principal, contudo, não se extingue.

A confusão também extingue a cessão de crédito em garantia, confundindo-se, na pessoa do cessionário, as qualidades de credor e devedor, na mesma situação jurídica obrigacional, desaparece, em princípio, o interesse na manutenção da obrigação. Afigura-

se, em regra, desprovida de sentido a situação de uma pessoa ser credora ou devedora de si mesma<sup>2615</sup>.

Sem prejuízo de vencimento antecipado, parece que nestes dois últimos casos, o cessionário pode exigir ao cedente o reforço ou substituição de garantia, sem no entanto, prejudicar os direitos do cedente em relação à herança do devedor cedido.

---

<sup>2615</sup> Cf. Vaz Serra, *Dação em cumprimento, consignação em depósito, confusão e figuras afins: estudo de política legislativa*, Lisboa: [s/n], 1954, p. 227; Pietro Perlingieri, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento - arts. 1230-1259 -*, Nicola Zanichelli, Bolonha, 1975, p. 400.

### CAPÍTULO III

## ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE UMA QUANTIA EM DINHEIRO

### SECÇÃO I - DOGMÁTICA GERAL

#### 1. O dinheiro como objecto de garantia

A crise financeira e económica que atingiu quase todos os países do mundo desde 2007 suscitou receios de que um certo número de potências - os Estados Unidos da América, a União Europeia, o Japão e a China - não tentassem promover a sua competitividade e impulsionar as suas exportações, apostando no valor de sua moeda, a ponto de provocar uma *guerra cambial*.<sup>2616</sup>

As medidas adoptadas por alguns Estados para relançar o crescimento, estimular a criação de *dinheiro*, bem como efectuar depreciações ocultas, acrescentaram uma crise monetária à crise económica e financeira. De forma a lidar com a crescente instabilidade cambial, alguns autores<sup>2617</sup> chegaram ao ponto de sugerir uma revisão completa do sistema monetário internacional<sup>2618</sup>.

A adversidade das reacções dos países membros da zona euro face à crise, no sentido de controlar défices públicos e preservar o crescimento económico, aumentaram a heterogeneidade das suas condições económicas ao ponto de enfraquecer e ameaçar a própria União Monetária. Enquanto alguns defendem salvar a União Monetária, estabelecendo uma união *orçamental* e fiscal, e a adopção de políticas comuns sobre as dívidas públicas dos Estados-Membros da zona euro, através da criação de um sistema de Euro – Obrigações (“*Eurobonds*”), outros apresentam a ideia de salvar a união monetária através da expulsão dos mais *fracos*.<sup>2619</sup>

---

<sup>2616</sup> Cf. *La guerre des monnaies, Problèmes économiques*, La Documentation française, n.º 3011, 19 de Janeiro de 2011; J. Mistral, *Guerre et paix entre les monnaies*, Fayard, 29 de Janeiro de 2014, p. 8 ss.

<sup>2617</sup> Cf. Gerald Braunberger, *La responsabilité de la monnaie de réserve*, in *La guerre des monnaies, Problèmes économiques*, La Documentation française, n.º 3011, de 19 de Janeiro de 2011, p. 19 ss.

<sup>2618</sup> Cf. Benjamin Cohen, *L’avenir des monnaies de réserve*, Finances et développement, Fonds monétaire international, Setembro de 2009, in *La guerre des monnaies, Problèmes économiques*, La Documentation française, n.º 3011, 19 de Janeiro de 2011, p. 24.

<sup>2619</sup> Foi assim que a adesão da Grécia à zona Euro tem sido amplamente questionada, cf. Massimo Prandi, *Une sortie de la Grèce de l’euro provoquerait vingtans de crise*, Leschos, 16 de Fevereiro de 2012, p. 8. Se para alguns a saída do euro parecia, para alguns, uma solução possível da crise cambial, Florentin Collomp, *Un lord anglais lance un prix pour organiser la sortie de l’euro*, Le Figaro Économie, 19 de Outubro de 2011, p. 19, foi considerado por outros como um factor de agravando da crise monetária que poderia levar a uma *guerra cambial* entre a zona euro e o país expulso, que não teria outra escolha senão efectuar desvalorizações maciças para moderar o impacto da sua saída, cf. Massimo Prandi, *Sortie de l’euro: les scénarios catastrophes*, Les Échos, 12 de Setembro de 2011, in *Crise de la dette: menaces sur l’euro?*, *Problèmes économiques*, La Documentation française, n.º 3029, de 26 de Outubro de 2011, p. 17. O tema *sair do euro* foi logicamente chamado para os debates que antecederam as eleições em certos

Assim, os anos 2000 a 2010 foram marcados por muitas controvérsias políticas e económicas sobre a moeda. Curiosamente, não foram discutidas as questões sobre a moeda em si mesmo. Foi uma fase em que os juristas franceses permaneceram distantes duma discussão dominada pelos economistas<sup>2620</sup>, até que JEAN CARBONNIER incluiu o dinheiro na parte dedicada ao Direito de Propriedade - bens móveis e imóveis - no seu manual da Teoria Geral de Direito Civil<sup>2621</sup>.

Alguns autores<sup>2622</sup> questionam a natureza jurídica do dinheiro, em virtude de ter permanecido durante muito tempo como um *desconhecido da lei*, apesar de presente em toda a parte nas relações sociais e em nenhum lugar no pensamento jurídico é assumida a sua classificação clara. Em na grande parte dos Ordenamentos Jurídicos, nota-se o silêncio da lei sobre o dinheiro, que ainda é mantida como se houvesse um acordo tácito e pouco debatido – excepto um número muito reduzido de autores, nomeadamente DIDIER-RENÉ MARTIN<sup>2623</sup>, que considera que o dinheiro assume uma dupla natureza - corpórea quando assume a forma de moedas ou notas de banco, e incorpórea enquanto valor escritural, nomeadamente quando inscrito na conta. Outra questão que se tem levantado é sobre o enquadramento do dinheiro no âmbito do estudo<sup>2624</sup>, ou seja, se deve

---

países europeus. Na Finlândia, a eleição presidencial de 2012 assumiu a aspecto de um referendo sobre a moeda europeia, em que o Timo Soini defendeu a retirada do seu país da união monetária, cf. Th. Portes, *En Finlande, la crise de l'euro s'invite dans la présidentielle*, Le Figaro, 21 de Janeiro de 2012, p. 9. Nos Países Baixos, de acordo com um inquérito realizado no Outono de 2011, 58% da população era favorável ao abandono do euro e do regresso ao florim. O deputado Geert Wilders encomendou a consultoria a uma consultora britânica sobre os custos económicos que a Holanda vai ter com o regresso à antiga moeda nacional, cf. S. Cessou, *Les néerlandais partagé ssur un abandon de la monnaie unique*, La Tribune, 18 de Novembro de 2011, p. 5 e, com base nas conclusões deste relatório, pediu um referendo sobre a saída do euro, cf. R. Godin, *Ce néerlandais qui veut le retour du florin*, La Tribune, 6 de Março de 2012, p. 15. Em França, as sondagens realizadas no inverno de 2011 revelaram que 44% da opinião pública considera que o euro era uma desvantagem no contexto da crise económica e financeira, e que a proporção da população que desejava retornar ao franco cresceu em 36%, cf. Antoine Reverchon, *L'euro, un "handicap" pour les Français*, Le Monde, 6 de Dezembro de 2011, p. 15. Razão pela qual a Marine Le Pen, cf. Lucie Robequain, *Le retour au franc provoquerait un séisme économique et social*, Les Échos, 13 de Dezembro de 2011, p. 2 e Nicolas Dupont-Aignan ou mesmo o Sr. Jacques Cheminade propuseram que a França deixasse voluntariamente a zona euro, cf. Croissance, *les idées de cinq candidats*, La Croix, 17 de Abril de 2012, p. 2; Olivier Faye, *Jacques Cheminade, le candidat hors-cadre*, La Croix, 5 de Abril de 2012, p. 25.

<sup>2620</sup> Cf. Gérard Farjat, *Nature de la monnaie: une approche de droit économique*, Droit et monnaie: états et espace monétaire transnational, Litec, 1988, p. 102.

<sup>2621</sup> Cf. Jean Carbonnier, *Droit Civil*, III, *Les biens: monnaie, immeubles, meubles*, Thémis Droit Privé, PUF, 12.<sup>a</sup> ed., 1988; Jean Carbonnier, *Droit Civil*, II, *Les biens, les obligations*, Coll. Quadrige, PUF, 19 ed., 2004, *Théorie de la monnaie*, pp. 1527.

<sup>2622</sup> Cf. Rémi Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, 225, LGDJ, 1992, p. 1.

<sup>2623</sup> Cf. Didier-René Martin, *Du gage-espèces*, D., 2007, p. 2556

<sup>2624</sup> Stéphane Torck, *Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007*, RD Bancaire et Fin., janvier 2008, n.º 1, Estudo n.º 2 Pierre-Grégoire Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, LGDJ, 2004, p. 220; Dominique Legeais, *Le gage-espèces après la réforme des sûretés*, Droit et patrimoine 2007, n.º 162, pp. 70-73, p. 70, consideram que em relação à moeda fiduciária não há dúvidas em relação à natureza da moeda corpórea, da moeda fiduciária, como moeda papel constituem propriedade

ser estudado no âmbito dos Direitos Reais ou deve ser estudado no âmbito do Direito das Obrigações, ou no âmbito dos dois<sup>2625</sup>. É importante definir a natureza do dinheiro no sentido de esclarecer os termos da sua transmissão e o respectivo regime jurídico. Em regra, as garantias incidem sobre o dinheiro, mas não se analisa se o objecto de garantia é corpóreo ou não, o que poderia implicar algumas diferenças no regime jurídico da sua constituição e execução, e sobre os direitos e obrigações que incidem sobre o credor e o devedor.

Em França, antes da consagração da alienação do dinheiro em garantia, a doutrina sustentava que o regime variava em função da natureza atribuída ao dinheiro. Assim, se se considerar que o dinheiro tem uma natureza corpórea, deve-se aplicar o regime geral do penhor de coisas. Pelo contrário, se se considerar que o dinheiro constitui uma coisa incorpórea, deve-se aplicar o regime de penhor de créditos<sup>2626</sup>. Mantém-se, todavia, a dúvida<sup>2627</sup> em relação ao regime jurídico da alienação de dinheiro em garantia<sup>2628</sup>: os operadores económicos procuram cada vez mais as garantias fáceis de constituir e de executar<sup>2629</sup>, pelo que constitui um risco transmitir o dinheiro em garantia sem saber o regime jurídico aplicável. A definição da natureza jurídica do dinheiro contribui para determinar o conteúdo dos direitos, e, deste modo, qualificar a garantia que o tem por objecto.

Com efeito, parece-nos importante, e contrariamente<sup>2630</sup> aos estudos sobre as garantias que incidem sobre o dinheiro, que apenas referem o seu objeto depois do regime jurídico, determinar previamente a natureza jurídica do dinheiro, começando pela sua origem e evolução.

---

peçoal corpórea. A função do dinheiro fiduciário, na verdade, que é chamado de papel-moeda, é incorporar as unidades monetárias em um suporte – o papel – de tal forma que a nota seja o próprio dinheiro, uma moeda última e não um crédito contra o banco emissor. Ao contrário do dinheiro inscrito numa conta bancária, na medida em que deixam de ser corpóreas e representam apenas um crédito contra o banco depositário. Enquanto a moeda fiduciária seria um bem cujo valor residiria em sua corporeidade, ou seja, no metal moedas ou no papel das notas, e o dinheiro depositado numa conta confere ao depositante um direito à restituição contra o depositário. Pelo que a moeda constitui um bem com dupla natureza.

<sup>2625</sup> Cf. Elie Alfandari, *Le droit et la monnaie: de l'instrument à la politique, Droit et monnaie: états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 135.

<sup>2626</sup> Cf. Freddy Lemaitre, *La monnaie comme objet de sûretés*, Université Panthéon-Assas, 2014, p. 22.

<sup>2627</sup> Cf. P. Crocq/L. Aynès, *Les sûretés, la publicité foncière*, Coll. *Droit Civil*, LGDJ, 7.<sup>a</sup> ed., 2013, p. 234; M. Grimaldi & R. Dammann, *La fiducie sur ordonnances*, D. 2009, p. 670.

<sup>2628</sup> Cf. Ph. Dupichot, *Le nantissement, un an après*, LPA, 27 de Março de 2008, n.º 63, p. 27; Michel Grimaldi, *Rapport de synthèse d'un colloque sur le droit des sûretés*, LPA, 27 de Março de 2008, n.º 63, p. 74; A. Gourio, *La fiducie-sûreté*, D. 2009, p. 1944.

<sup>2629</sup> Cf. Jean Stoufflet, *la jurisprudence manqu[ait] de netteté en un domaine où la pratique a tout particulièrement besoin de clarté et de prévisibilité*, RD Bancaire et finance, Março – Abril de 2006, p. 42.

<sup>2630</sup> Cf., nomeadamente Hannes Westendorf, *Les sûretés ayant pour objet des sommes d'argent*, Annales du Droit Luxembourgeois, vol. XIII, 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 461.

## 2. Do escambo à moeda bancária

A moeda<sup>2631</sup> constitui um instrumento de troca e, actualmente, constitui o meio pelo qual os preços são manifestados, as dívidas liquidadas, as mercadorias e os serviços pagos e a poupança efectuada. A moeda corrente ou a moeda com curso legal é o dinheiro oficial de um país para todos os tipos de transacções. Devido à importância de controlo da moeda, não apenas para o equilíbrio da economia de um país, mas também para as relações comerciais entre países, é criado um sistema monetário internacional. A moeda e o crédito são um dos termos que mais despertam a atenção no mundo económico, sobretudo nas épocas de inflação. Devido à inflação, o “assunto moeda” é provavelmente o que mais prende a atenção do público em geral, sendo, ao mesmo tempo, uma das matérias menos acessíveis aos leigos. O que o povo entende por dinheiro e o que os especialistas entendem são coisas totalmente diferentes.

Para um cidadão comum, as regras do jogo da determinação do volume da moeda ou da sua circulação constitui uma nuvem de mistério tecnocrático. Mais, a moeda sofreu muitas evoluções<sup>2632</sup>, desde a sua criação, os seus aspectos fundamentais e as suas estruturas nos dias actuais.

Nas sociedades primitivas, cada unidade humana era auto-suficiente, pelo que não havia trocas. Com a evolução social, as mercadorias produzidas numa comunidade serviam de meio de troca, onde se destacavam peles, fumo, azeite, sal, mandíbulas de suíno, conchas, gado e até crânios humanos. Na verdade, as origens do dinheiro são nebulosas, estando muito provavelmente ligadas ao desenvolvimento das sociedades complexas, com a crescente divisão e especialização do trabalho, a diversificação de actividades produtivas, a acumulação e distribuição de riqueza, a sua utilização como marcador de estatuto e hierarquia, e ainda o desenvolvimento de trocas inter-comunitárias. No entanto, na ausência de dados concretos<sup>2633</sup>, as abordagens e

---

<sup>2631</sup> Sobre moeda, cf. José Engrácia Antunes, *A Moeda, Estudo Jurídico e Económico*, Edições Almedina, Coimbra, 2011, 2021, p. 11 e seguintes.

<sup>2632</sup> Cf. Fernando Araújo, *Introdução à Economia*, 3.ª ed., 2005, p. 825.

<sup>2633</sup> Cf. Sobre a história da moeda, cf. Miguel Telles Antunes/Adel Sidarius, *Moedas árabes de Beja invocando Ibn Qasi*: nov; Augusto C. Teixeira de Aragão, *Descrição geral e histórica das moedas cunhadas em nome dos reis, regentes e governadores de Portugal*, 3 tomos. Lisboa: Imprensa Nacional, 1875-1880; Nuno Valério, *O escudo: a unidade monetária portuguesa, 1911-2001*, Banco de Portugal, Lisboa, 2001; Maria José Pimenta Ferro Tavares, *Subsídios para o estudo da história monetária do séc. XV (1448-1495)*, NVMMVS. 2.ª Série, vol. IV-VI, 1983-1983, pp. 9-59. Na Doutrina francesa, cf. François Thierry, *Monnaies chinoises*, I, Bibliothèque Nationale de France, Paris, 1997. Na doutrina inglesa, cf. William N. Goetzmann/K. Geert Rouwenhorst, v *TheOriginsofValue: The Financial Innovations That Created Modern Capital Markets*, Oxford University Press, Oxford, 2005; David Graeber, *Debt: The First 5,000 years*, Melville House, Brooklyn, 2011.

explicações são variadas e projectam muitas vezes sobre esse passado remoto e obscuro, dados referentes a épocas posteriores.<sup>2634</sup>

Como refere a História, o homem primitivo procurava defender-se do frio e da fome, abrigando-se em cavernas e alimentando-se de frutos silvestres, ou do que conseguia obter da caça e da pesca. Ao longo dos séculos, com o desenvolvimento da compreensão, a espécie humana passou a sentir a necessidade de maior conforto e a reparar no seu semelhante. Assim, como decorrência das necessidades individuais, surgiram as trocas. Esse sistema de troca directa, que durou por vários séculos, deu origem ao surgimento de vocábulos como *salário*, i.e., - o pagamento feito através de certa quantidade de sal, ou *pecúnia*, do latim *pecus*, que significa rebanho (gado) ou *peculium*, relativo ao gado miúdo (ovelha ou cabrito). Todavia, a troca directa não permitia grandes dilações temporais, pois muitas mercadorias não podiam ser armazenadas, facultando eventuais necessidades futuras de aquisição. Este problema teria de ser ultrapassado através de apuramento de uma mercadoria que todos estejam permanentemente dispostos a aceitar, em troca de qualquer produto que queiram alienar.<sup>2635</sup>

Tal mercadoria teria de ser divisível, manuseável, não perecível e devia representar, por si só, um valor estabilizado. A moeda<sup>2636</sup> aproximar-se, assim, dos metais preciosos.<sup>2637</sup> Foi na antiga região da Lídia - Ocidente da actual Turquia -, no século VII a.C., que terão surgido as primeiras moedas.

O material utilizado foi o electro, uma liga metálica de ouro e prata em proporções variáveis, que ocorria natural e abundantemente em vários rios da região, de entre os quais o Pactolo, que passava por Sardes, capital do Reino da Lídia. As primeiras moedas

---

<sup>2634</sup> Cf. João Pedro Vieira, *a História do Dinheiro*, Academia das Ciências de Lisboa, Lisboa, 2017, p. 3.

<sup>2635</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 6.<sup>a</sup> ed., cit., p. 86.

<sup>2636</sup> Desde a remota Antiguidade que os metais se afirmaram como um instrumento privilegiado nas trocas, dada a sua utilidade, durabilidade e ainda a capacidade de serem fragmentados com conservação da matéria e, por isso, de valor. O seu uso a peso, sob a forma de barras, troços e fragmentos de peças de ourivesaria, ocorria no Médio Oriente desde o IV milénio a.C. O depósito de el-Amarna – Egipto -, datado do século XIV a.C. e actualmente no British Museum, é um testemunho arqueológico de relevo dessa utilização da prata e da sua importância económica no Médio Oriente. As leis de Hammurabi (c. 1750) referem-se da prata em empréstimos a juro entre mercadores. Embora mais tardio - refere-se a 587 a.c. -, evoque-se o exemplo bíblico de Jeremias, que, segundo Jr. 32:9, pagou 17 siclos de prata, pesados numa balança, pelo campo que comprara ao seu primo Hanameel. Nos textos do Antigo Testamento, o termo kesep – prata - é genericamente usado para designar *dinheiro*. Mais a ocidente, na Anatólia - actual Turquia -, as leis hititas (c. 1650-1500 a.C.) estipulavam o pagamento de coimas e efetuavam tabelas de salários e preços em siclos de prata, i.e., prata a peso. E em Atenas, as leis de Sólon (c. 594/593 a.C.) usavam para os mesmos propósitos os dracmas de prata: uma vez mais, prata a peso. Neste pequeno trajeto encontramos já duas unidades de peso que viriam a designar moedas no mundo grego: siclo e dracma. É efetivamente das unidades ponderais que a moeda metálica terá retirado as suas primeiras denominações, cf. Cf. João Pedro Vieira, *a História do Dinheiro*, Academia das Ciências de Lisboa, Lisboa, 2017, p. 4.

<sup>2637</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 6.<sup>a</sup> ed., cit., p. 86.

apresentavam o anverso estriado e uma depressão no verso que serviria para atestar a qualidade do metal. Essa depressão, ou marca incisa, manteve-se.

Na frente, foi substituída pela cabeça de leão, normalmente interpretada como símbolo dinástico dos Mérmnadas, a dinastia reinante na Lídia. A moeda expandiu-se rapidamente às cidades-estado gregas da Mísia, Jónia, Cária, etc., na atual costa ocidental da Turquia, e, com isso, ocorreu uma proliferação de denominações monetárias, que iam desde o estáter à 192.<sup>a</sup> parte dessa unidade, e de marcas, de que se destacam as representações animais, sejam eles domésticos ou selvagens.<sup>2638</sup> Assim, de instrumento geral de troca, a moeda passou a representar a medida de valor dos bens, permitindo diferir o pagamento dos bens, uma vez que fixa, com precisão, o seu valor e permite a acumulação. Inicialmente, a moeda era uma mercadoria intrinsecamente útil<sup>2639</sup>, que podia desempenhar a função de troca e susceptível de acumulação. Com a evolução do tempo e com a organização humana cada vez mais complexa, os riscos de roubos e outros riscos associados, apercebeu-se que na concretização das trocas não era necessário a efectiva circulação dos metais amoadados.<sup>2640</sup>

Era suficiente que a moeda estivesse depositada em local de confiança geral e, que o depositário entregasse ao depositante um documento representativo da mesma, que habilitasse o seu portador, em qualquer momento, a proceder ao seu levantamento. A troca passaria a ser fixa através dos títulos representativos da moeda. Chegou-se, mais tarde, devido à redução de troca de títulos representativos por moeda metálica, à conclusão de que o depositário de confiança pode emitir mais títulos do que moedas depositadas. Títulos esses que irão circular, para todos os efeitos, como se de moeda se tratasse – *moeda fiduciária*<sup>2641</sup> - em que o seu valor depende da confiança do próprio público na mesma.

A história prosseguiu – com o desenvolvimento das operações de crédito e emissão de moeda fiduciária ou papel – a moeda, o lastro metálico tornara-se apenas parcial. Com esta evolução, se os depositários/casas bancárias não agissem com prudência, todo o sistema poderia desmoronar se os titulares do papel-moeda em circulação reclamassem, por desconfiança generalizada, a reconversão metálica em

---

<sup>2638</sup> Cf. João Pedro Vieira, *a História do Dinheiro*, Academia das Ciências de Lisboa, Lisboa, 2017, p. 5.

<sup>2639</sup> Embora a evolução dos tempos tenha levado à substituição do ouro e da prata por metais menos raros ou suas ligas, com o passar dos séculos, preservou-se a associação dos atributos de beleza e expressão cultural ao valor monetário das moedas, que quase sempre, ainda apresentam figuras representativas da história, da cultura, das riquezas e do poder das sociedades.

<sup>2640</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 6.<sup>a</sup> ed., cit., p. 86.

<sup>2641</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 6.<sup>a</sup> ed., cit., p. 87.



grande escala e em curtos intervalos de tempo. A carência de reservas desacreditaria essa nova forma de moeda, cuja aceitação se vinha processando lentamente, desde fins do século XVII e ao longo de todo o século XVIII. Os riscos então verificados levaram os poderes públicos a regulamentar o poder de emissão de notas bancárias, já então entendidas como papel-moeda ou moeda fiduciária. O direito à emissão de notas, em cada país, seria confiado a uma única instituição bancária oficial, surgindo, assim, os Bancos Centrais.

Esta evolução correspondeu à passagem definitiva da moeda-papel ao papel-moeda, *i.e.*, à passagem da fase em que as notas de banco eram emitidas com a correspondente e integral garantia metálica à fase em que, pouco a pouco, a conversibilidade deixou de existir. A partir de então, o papel-moeda passou a receber a garantia das disposições legais que envolviam a sua emissão, o seu curso e o seu poder liberatório. No fundo, existiam moedas metálicas propriamente ditas, mas nelas era exarada a marca do Estado e o respectivo valor (valor facial). Conforme aumentava o poder estatal, surgia a possibilidade de manusear o valor facial, aumentando-o perante o valor real da espécie metálica amodada, o que gerava ganhos ao Estado e a moeda artificialmente valorizada perdia o valor da troca, ou os preços subiam ou elas eram substituídas por espécies mais consistentes. Ou, ainda, podem ser recusadas, regressando-se às trocas directas. Com efeito, o Estado dispensa o depositário do dever de trocar os títulos por metal. Os títulos circulam por si, com base na autoridade do Estado e das suas normas – o *papel – moeda*. A determinação do seu valor, a partir daí, é feita pelo Estado, com base nos equilíbrios económicos e o Estado foi assumindo o monopólio da emissão de papel – moeda.<sup>2642</sup>

O banqueiro que recebe o dinheiro/papel-moeda, emite títulos representativos ou aceitando, do depositário, as ordens de pagamento, desenhando operações através de inscrição em registo dos titulares do dinheiro. O banqueiro/depositário que receba o dinheiro pode emprestá-lo a um terceiro sem entregar materialmente o referido dinheiro, sendo suficiente registar o seu devedor como credor da inerente importância. Mais, o banqueiro não fica limitado a emprestar apenas o valor correspondente aos depósitos que detenha, pode emprestar mais, uma vez que não tem que entregar dinheiro. Foi assim criada a moeda bancária, através do mecanismo de multiplicador de crédito.<sup>2643</sup> Esta moeda baseia-se no simples jogo financeiro da inscrição de activos e dos pagamentos em

---

<sup>2642</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 6.ª ed., cit., p. 88.

<sup>2643</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 6.ª ed., cit., p. 88.

conta e não nos metais amoadados nem títulos fiduciários ou papel – moeda.<sup>2644</sup> No fundo, a moeda bancária ou escritural - porque corresponde a lançamentos a débito e crédito - ou desmaterializada - por não ter existência física – teve um desenvolvimento accidental, pois não houve consciência de que os depósitos bancários, movimentados por cheques, eram uma forma de moeda. Estes, ajudaram a expandir os meios de pagamento através da multiplicação do seu uso. Actualmente, a moeda bancária representa a maior parcela dos meios de pagamento existentes. Criada pelos bancos comerciais, esta moeda corresponde à totalidade dos depósitos à vista e a curto prazo e sua movimentação é feita por cheques ou por ordens de pagamento — instrumentos utilizados para sua transferência e movimentações.

### 3. A incorporalidade da moeda fiduciária

No nosso Direito interno, as coisas são classificadas em imóveis ou móveis, simples ou compostas, fungíveis ou não fungíveis, consumíveis ou não consumíveis, divisíveis ou indivisíveis, principais ou acessórias, presentes ou futuras (artigo 203.º CC). Todavia, de acordo com a classificação tradicional, são coisas corpóreas as que têm existência material, sendo susceptíveis de apropriação. Incorpóreos são os bens que não possuem materialidade. Não existem fisicamente, mas são considerados existentes para o mundo do Direito, sendo susceptíveis de figurar como objeto de uma relação jurídica. Correspondem, por exemplo, aos direitos que, a depender da sua susceptibilidade de avaliação económica, podem ou não integrar também o património das pessoas, por exemplo, direitos de crédito. O dinheiro constitui um bem particular<sup>2645</sup>, pelo que a sua classificação requer um critério especial<sup>2646</sup>.

A partir de certo período, em relação à moeda fiduciária, à medida que se acentue o poder estadual, surgiram as possibilidades de manusear o valor facial da moeda, nomeadamente aumentando-o em relação ao valor real da espécie do metal amoadado.<sup>2647</sup>

---

<sup>2644</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 6.ª ed., cit., p. 88.

<sup>2645</sup> Cf. H. Westendorf, *Les sûretés ayant pour objet des sommes d'argent*, *Annales du droit luxembourgeois*, XIII, 2003, Bruylant, Bruxelas, 2004, p. 467, N. Catala, *La nature juridique du paiement*, Bib. Droit Privé., XXV, LGDJ, 1961, p. 126; J. Hamel, *Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie*, 1940, p. 88.

<sup>2646</sup> Cf. Ph. Malaurie/L. Aynès, *Les biens*, Coll. Droit civil, Defrénois, 5.ª ed., 2013, p. 24; D. R. Martin, *Le gage d'actifs scripturaux*, D. 1996, p. 264; D. R. Martin, *L'inscription en compte d'actifs scripturaux*, D. 1998, pp. 15 e seguintes; D. R. Martin, *De la revendication de sommes d'argent*, D. 2002, pp. 3279; D. R. Martin, *Du corporel*, D. 2004, P. 2285; D. R. Martin, *Du gage-espèces*, D. 2007, p. 2556.

<sup>2647</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Direito Bancário*, 6.ª ed., cit., p. 87.

Mais tarde, o Estado dispensa o depositário de trocar os títulos por metal sonante, momento a partir do qual a determinação do valor de moeda passa a ser determinada pelo Estado, passando a ter o monopólio da emissão da moeda – papel-moeda. Ainda antes da moeda bancária, a moeda já não tinha um valor intrínseco, deixou de ser avaliada pelo valor do metal em que se encontra incorporado e não representa os metais depositados.

Actualmente, a característica fundamental dos instrumentos monetários é a independência do seu valor em relação às peças que os representam. Por isso, parte da doutrina francófona considera que, se o valor real do dinheiro é distinto das propriedades físicas do papel ou moeda metálica que os constitui/representa. Ou seja, o valor do dinheiro, o que o torna numa coisa importante reside em algo diferente da sua corporalidade, mas sim reside necessariamente numa *incorporalidade*,<sup>2648</sup> porque a partir do momento em que um bem corpóreo constitui uma coisa cujo valor está desmaterializado - o valor do dinheiro não reside nem em moedas nem em notas, nem em lançamentos contabilísticos (imaterial), ou seja, em qualquer coisa que se toca, não se pode afirmar que o dinheiro é um bem corpóreo.<sup>2649</sup> Considera ainda que todo o valor do dinheiro reside nos direitos que as coisas corpóreas -moedas, notas e lançamentos contabilísticos - representam, isto é, no bem incorpóreo.

Na verdade, o dinheiro<sup>2650</sup> constitui um instrumento de pagamento usado nas trocas, geralmente materializado através das notas e moedas, que é aceite por uma sociedade para aquisição de bens ou serviços ou cumprimento das obrigações. Todavia,

---

<sup>2648</sup> Cf. D. R. Martin, *De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux)*, D. 1996, p. 47.

<sup>2649</sup> Cf. D. R. Martin, *De la monnaie*, Economica, 1995, pp. 333.

<sup>2650</sup> Dinheiro e moeda são dois termos profundamente relacionados que quase não parece haver diferença entre os dois. É frequente confundir que o dinheiro e a moeda se referem à mesma coisa, pelo que são usados alternadamente em muitos contextos. Existem, no entanto, algumas diferenças entre estes dois termos. O dinheiro é um meio que pode ser trocado por bens e serviços. O dinheiro pode ser usado para avaliar o valor desses bens e serviços ao preço do mercado actual. Em qualquer sistema económico, o dinheiro é visto como uma unidade de conta bastante escassa e valiosa. O dinheiro não muda nem evolui com o tempo. O dinheiro é definido como a função que desempenha. A moeda é qualquer forma de dinheiro que circula. Moeda, como vimos, pode incluir o papel – moeda, moeda fiduciária ou moeda bancária. Pois a moeda evoluiu ao longo do tempo, e centenas de anos atrás, quando o sistema de troca foi usado, a moeda estava na forma de qualquer bem, como gado, alimentos, contas, roupas, etc. Mais tarde, a moeda foi representada por prata e ouro e o valor das mercadorias vendidas por esses metais - ouro e prata - eram iguais ao valor da prata ou ouro que era comercializado. Devido aos problemas enfrentados com o comércio de metais valiosos, o papel-moeda e as moedas foram introduzidos, onde os bancos deixavam os metais em seus tesouros e imprimiam papel-moeda lastrados no valor do ouro e da prata. Estas são as moedas que usamos hoje. Mesmo que as notas e moedas que circulavam não tivesse valor - em termos do valor real do metal/papel de que são feitas -, elas representavam o valor do ouro ou da prata que era mantido em seu lugar no Banco Central. O dinheiro constitui um meio que pode ser trocado por bens e serviços. O dinheiro pode ser usado para medir o valor desses bens e serviços ao preço de mercado actual. Moeda é qualquer forma de dinheiro que circula publicamente.

não podemos negar a materialidade das peças em si mesmo, ou seja, das moedas metálicas e das notas que incorporam o dinheiro. Ao nível económico, actualmente, as moedas com curso legal não possuem um valor intrínseco, o seu valor está desmaterializado, mas as peças que representam o respectivo valor são coisas corpóreas, por isso, a natureza corpórea ou incorpórea do dinheiro depende da perspectiva, pois quando falamos de dinheiro, pensamos efectivamente nas peças e, às vezes, no valor que tais peças representam.

Importa esclarecer que o facto de o dinheiro ser susceptível de ser classificado de um bem incorpóreo, não significa que constitui um título de crédito, pois o dinheiro não se confunde, por exemplo com o cheque. Também a característica da incorporalidade não transforma, por si só, o dinheiro num crédito, ou seja, apesar de ser incorpóreo, pode incidir o direito de propriedade sobre o dinheiro, porque o direito de propriedade pode incidir sobre coisas incorpóreas, por exemplo, a electricidade.

#### **4. Evolução da incidência das garantias sobre dinheiro**

A garantia sobre o dinheiro está a ser confinada ao uso feito pelos indivíduos para as necessidades do seu quotidiano, seja nas suas relações com outros indivíduos, em particular para trabalhar, por exemplo, cauções pagas para a adjudicação de certos trabalhos, cauções pagas pelo inquilino ou pela caução paga pelo comprador, ou nas suas relações com o poder público, por exemplo, a caução paga no âmbito de processo penal ou cauções pagas no âmbito do Direito Tributário.

Entretanto, é impressionante ver que, paralelamente a esta evolução na prática de o uso de *garantias* sobre a moeda<sup>2651</sup>, uma evolução na concepção da sua natureza e dos seus efeitos. Considerando que as garantias sobre somas monetárias são as fianças (entre nós, caução) ou penhor, e que foram concebidos sem efeito translativo de propriedade quando foram criadas.

Houve evolução recente no sentido de considerar que as garantias sobre dinheiro têm efeito translativo de propriedade. Com a transição das garantias sobre dinheiro com

---

<sup>2651</sup> Cf. D. Bureau, *Le gage- espèces: une sûreté atteignant sa maturité?*, Droit et Patrimoine, 1999, n.º 77, p. 22.

efeito translativo, houve uma evolução, afastando-as do sistema de penhor normal ou penhor de crédito de uma forma a ter incidência sobre o direito de propriedade.<sup>2652</sup>

## 5. Garantias atípicas sobre dinheiro sem efeito translativo

Na prática, para a segurança de crédito, recorre-se a muitas técnicas sobre o dinheiro ou créditos, cuja constituição não implica a transferência da propriedade ou titularidade. Estas garantias não se confundem com a alienação do dinheiro em garantia.<sup>2653</sup> Trata-se de promessas, autorizações<sup>2654</sup> ou da faculdade de aquisição de certos bens. É o que acontece, por exemplo, quando um devedor faculta um cheque de garantia a um credor que não o apresenta à cobrança, ou quando um devedor entrega ao credor o seu cartão de débito com o respectivo código para a operação a débito no caso de incumprimento. Também na prática os terceiros ou o próprio devedor preenchem e assinam o formulário da ordem de transferência para a conta do credor no caso de incumprimento do devedor garantido.

Nestas circunstâncias, não se verifica a transferência da titularidade com a constituição da garantia; apenas atribui ao credor a faculdade de o fazer no caso de incumprimento da obrigação. Assim, estamos na presença de garantias que têm por base o dinheiro, mas não implicam a sua transferência. Só se verifica a transferência no caso de execução de garantia e são figuras que se aproximam da dação em função de cumprimento e não se confundem com a alienação do dinheiro em garantia.

## 6. Um avanço da OHADA sobre Direito francês

Entre as inovações introduzidas no AUG, importa destacar a transferência fiduciária de uma quantia em dinheiro. Esta nova garantia parece inspirar-se na *fidúcia* romana, técnica contratual antiga e, ao mesmo tempo, actual, quer seja entendida na sua forma de *gestão ou custódia de bens* (“*fiducia cum amico*”) ou como uma garantia de cumprimento (“*fiducia cum creditore*”). Nesta garantia instituída pelo legislador da

---

<sup>2652</sup> Cf. J. Prevault, *Surenchère sur aliénation volontaire*, Jurisclasseur Procédure Civile, fasc. 896, 1997, n.º 42-44, p. 7.

<sup>2653</sup> Cf. R. Libchaber, *Gage sur sommes d'argent*, étude 269, *Droit des sûretés*, Coll. Lamy Droit civil, 2002, 11 ss.

<sup>2654</sup> Cf. S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, Paris, 1960, p. 16 ss.

OHADA, notam-se também as técnicas anglo-saxónica do *trust*, ainda que se ressalte que existe uma diferença entre os fundamentos do *trust* e da *fiducia* romana.<sup>2655</sup>

De um modo genérico, esta garantia foi consagrada no Direito positivo francês em 2007, no artigo 2011.º do Código Civil Francês após muita hesitação, mas também com forte pressão do sector financeiro e de investimento. Em França, a *Comissão Grimaldi* propôs a regulamentação da alienação da soma monetária em garantia, mas esta não foi acolhida pela *Ordonnance* de 23 de Março, tendo o legislador perdido a oportunidade de esclarecer o regime da alienação do dinheiro em garantia, uma garantia eficaz para financiamento de projetos<sup>2656</sup> e que suscitava muita discussão em França. Não foi consagrada em França pois foi qualificada como penhor de crédito.<sup>2657</sup>

Em 2010, o legislador da OHADA ao instituir certas figuras, nomeadamente o agente de garantias e a transferência fiduciária de quantias em dinheiro, parece ter tomado consciência da sua eficácia na atração de investidores. Além disso, o artigo 87.º do AUG revisto define a transferência fiduciária de uma quantia em dinheiro como a convenção pela qual o autor da garantia aliena fundos em garantia do cumprimento de uma obrigação. A transferência fiduciária de quantias em dinheiro constitui, para o banco que opera no espaço da OHADA, sobretudo na qualidade de credor, umas garantias mais desejadas, pela sua facilidade na constituição e pela sua rápida execução mas, sobretudo, pela tesouraria imediata que o próprio banco procura.

O Regulamento COBAC<sup>2658</sup>R-214/01 Relativo à Classificação, Contabilização e Provisionamento de Créditos de Instituições de Crédito determina, nos termos do seu artigo 18.º, que os créditos garantidos por alienação fiduciária de quantias em dinheiro não carecem de provisionamento. Determina o artigo 87.º AUG que a alienação fiduciária de uma quantia em dinheiro constitui a convenção pela qual o autor da garantia aliena fundos em garantia do cumprimento de uma obrigação. O n.º 2 do mesmo artigo determina que os fundos objecto de garantia devem ser depositados numa conta bloqueada, aberta em nome do credor desta obrigação, e inscritos nos livros da instituição de crédito habilitada a recebê-los. Na maioria das vezes, este estabelecimento é um banco e esta transferência de propriedade permanece enquanto durar a garantia – artigo 87.º AUG. Ao contrário do penhor de créditos, a alienação fiduciária de uma quantia em

---

<sup>2655</sup> Cf. LAURENT Bibaut, *La fiducie face au trust*, Dalloz, 2011, p. 7 ss.

<sup>2656</sup> Cf. H. Westendorf, *Les sûretés ayant pour objet une somme d'argent*, *Annales du Droit Luxembourgeois*, XIII, Bruylant, 2003, p. 443.

<sup>2657</sup> Cf. M. Cabrillac, *Les sûretés conventionnelles sur L'argent*, Litec, 1991, p. 334.

<sup>2658</sup> Comissão Bancária de África Central.

dinheiro não está sujeita ao RCCM, o que traduz uma redução de custos de registos e economia do tempo para as partes desse negócio, nomeadamente os constantes do artigo 51.º AUG. Normalmente, as taxas do registo das garantias são calculadas em função do valor do crédito garantido e, em regra, são suportadas pelo devedor. No entanto, para que esta garantia produza efeitos em relação a terceiros, nos termos do artigo 89.º AUG, basta notificar o banco que abriu a conta bloqueada em nome do credor.

Na alienação fiduciária de dinheiro em garantia, para além de garantia de cumprimento da obrigação, confere a tesouraria ao banco, desempenhando assim duas funções importantes na actividade bancária e o acesso ao financiamento, pois, durante a pendência da garantia, o banco pode aplicar as somas objecto de garantia, concedendo empréstimos a outros clientes, permitindo a circulação de capitais.

## **7. Proprietário da moeda bancária depositada na “conta especial”**

Para determinar o proprietário do dinheiro, sobretudo numa das fases mais avançadas da moeda (moeda bancária) podem ser eleitos alguns factores que tornam difícil este processo. Primeiro, a confusão entre coisas fungíveis pertencentes ao depositante e as coisas do mesmo género no património do depositário e o efeito translativo de propriedade se coisas fungíveis no depósito – artigo 1205.º e 1144.º CC, o que implica a transformação do direito de propriedade do depositante em direito à restituição por valor equivalente.

Em segundo lugar, o Tribunal francês decidiu num caso de depósito de somas de dinheiro numa conta poupança, concedendo que a partir do momento em que se efetue o depósito a propriedade sobre o dinheiro se transfere para esfera jurídica do depositário e o depositante adquire um direito à restituição.<sup>2659</sup> Houve recurso e em 8 de Fevereiro de 1961, o Tribunal de Cassação, entendeu que, tendo em conta a especificidade da conta poupança, o depósito efectuado nela não produz efeito translativo da propriedade.<sup>2660</sup>

O Supremo Tribunal anulou a sentença com o fundamento de que os juízes da primeira instância não haviam especificado quais os fundos foram afectados pela penhora: os fundos pessoais do depositário ou fundos depositados pelos clientes. Esta solução foi particularmente criticada pela doutrina que considera que qualquer depósito efectuado na conta, quer à ordem, quer de poupança, tem efeito translativo de propriedade sobre as

---

<sup>2659</sup> Cf. *Cass. 1.ª Câmara Civil*, de 7 de Fevereiro de 1984, D. 1984, p. 638.

<sup>2660</sup> Cf. *Cass. 2.ª Civ.*, de 8 de Fevereiro de 1961, *Gaz. Pal.* 1961, II, p. 19 e *RTDCiv.* 1961, p. 698.

quantias depositadas<sup>2661</sup>, pois ambos constituem um depósito irregular. No fundo, a propriedade do banqueiro sobre as quantias inscritas na conta é uma propriedade *temporária*, uma propriedade privada limitada, dado que é onerada com uma obrigação de restituição, o que se aproxima de um bem fiduciário, *in casu* de fidejussão para gestão.

---

<sup>2661</sup> Cf., nomeadamente G. Cornu, *Note sous Cass. 2e civ. 8 février, 1961*, RTDCiv., 1961, p. 698.



## SECÇÃO II - REGIME JURÍDICO

### 1. Em busca da natureza jurídica

*I. Generalidades.* O regime jurídico da alienação do dinheiro em garantia consta dos artigos 87.º a 91.º AUG. A figura instituída pelo legislador da OHADA suscita dúvidas no que diz respeito à sua natureza jurídica. Trata-se de uma figura que se pode confundir com muitas figuras, nomeadamente o penhor de conta bancária, o depósito *escrow* ou o depósito em garantia. Assim, no sentido de determinar a sua natureza jurídica, vamos proceder a um breve estudo das figuras próximas, para traçar as respectivas linhas de fronteira.

*II. Penhor de conta bancária.* No penhor de conta bancária verifica-se uma afectação dos saldos de determinados depósitos bancários ao cumprimento de uma obrigação. O titular de uma conta bancária tem um direito de crédito à restituição do dinheiro nela depositada – direito de crédito esse que nasce da celebração do contrato de depósito bancário – pelo que a entidade bancária/depositária adquire a propriedade das quantias depositadas<sup>2662</sup> e deverá restituí-las com o cumprimento da obrigação garantida. O titular da conta bancária pode afectar esse direito de crédito à constituição do penhor em que o credor será, por via de regra, o banco onde se realizou o contrato de depósito, com a particularidade de, nesses casos, o banco figurar como titular de um penhor sobre um crédito de que é ele próprio devedor. Em regra, o depósito em causa será à ordem, pelo que é prática bloquear a sua movimentação, sob pena de a garantia perder o seu efeito útil ou esvaziar-se. No tocante ao mecanismo satisfatório do credor pignoratício, realça-se o facto de esta garantia ser bastante célere e eficiente, pois, no caso de incumprimento, o credor poderá debitar na conta do depósito a dívida, ou seja, se o devedor não cumpre a obrigação a que estava adstrito, o credor faz seu o depósito bancário empenhado, no sentido de se cobrar pelo valor deste, por via da compensação. Tanto no penhor de conta bancária, como na alienação do dinheiro em garantia, verifica-se um depósito irregular.

Todavia, o penhor de conta bancária pressupõe um depósito prévio. Na alienação do dinheiro em garantia, a garantia é constituída com o depósito, que integra os elementos constituintes da garantia. No penhor de conta bancária, o bloqueio da conta é eventual e, diferentemente da alienação do dinheiro em garantia, é obrigatório o bloqueio da conta,

---

<sup>2662</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, cit., p. 227.

nos termos do artigo 87.º/2 AUG. Nos termos do artigo 136.º AUG, o penhor de conta bancária é um penhor de créditos.

*III. Mera alienação em garantia.* A mera alienação em garantia não se confunde com a alienação fiduciária do dinheiro em garantia. Na alienação fiduciária em garantia, verifica-se a transferência do fiduciante ao fiduciário de um direito com fim de garantia, estando o fiduciário obrigado a exercer o referido direito nos termos negocialmente estipulados e, eventualmente, decorrido um certo período de tempo ou em regra, verificado o cumprimento da obrigação garantida, retransmiti-lo ao fiduciante. Assim, na alienação fiduciária em garantia, o credor/fiduciário tem obrigação de exercer o direito adquirido de acordo com determinados parâmetros. Nos negócios fiduciários dinâmicos para administração, também o direito transferido deve ser exercido de certa forma em benefício do fiduciante ou de terceiro, recebendo, em contrapartida, o fiduciário uma retribuição pelos seus serviços, nos negócios fiduciários onerosos. Há, assim, um nexó sinalagmático entre a obrigação do fiduciário/administrador e a obrigação do fiduciante em lhe pagar pelos serviços. Com efeito, verificando-se um determinado facto, o fiduciário deve retransmitir o direito ao fiduciante. Na alienação fiduciária em garantia, o conteúdo da obrigação do fiduciário é diferente tendo em conta a função desempenhada pela transferência no contexto global do negócio. Nesta modalidade de negócio fiduciário, o fiduciário terá de retransmitir o direito se a obrigação garantida for cumprida. Estes são apenas um dos deveres fiduciários, ou seja, para não dispersar, tentamos concentrar naqueles que nos parecem essenciais.

A questão que se coloca, na alienação em garantia, é se o fiduciante autorizar o fiduciário ter uma actuação contrária aos deveres fiduciários. Nesta situação, desaparece o elemento caracterizador do negócio fiduciário e deixará de ser uma alienação fiduciária em garantia e passa a ser mera alienação em garantia. Neste caso, pode-se colocar a questão referente à natureza jurídica dos deveres fiduciários, ou seja, se as partes depenem afastar validamente estes deveres.

Nos Estados Unidos da América, houve movimentos jurídicos que asseveram a natureza contratual dos deveres fiduciários, sustentando que com a autorização<sup>2663</sup>, pode-se actuar no sentido contrário às obrigações assumidas e não será ilegal, por esta razão, podem fazê-lo logo no momento da celebração do contrato, considerando que todos os deveres aplicáveis aos negócios fiduciários reflectem a vontade das partes. Esta teoria é

---

<sup>2663</sup> Cf. Matthew Conaglen, *Fiduciar Loyalty: Protecting the due Performance of Non-Fiduciary Duties*, Hart Publishing, Oxford, 2010, p. 217.

criticada porque assenta no falso pressuposto de que as partes podem afastar todos os deveres fiduciários.

Há certos deveres que as partes não podem afastar, nomeadamente o de lealdade<sup>2664</sup> Nas palavras da CATARINA PIRES<sup>2665</sup>, *admitir o negócio fiduciário não significa apoiar situações condenadas por um natural e espontâneo sentimento de justiça*. Por outro lado, há deveres fiduciários impostos pela lei e pelos tribunais e os deveres fiduciários não fazem parte do mercado desregulamentado, o que gerava um forte desequilíbrio de posições.<sup>2666</sup> Por outro lado, desde o período de Direito Romano procurou-se tutelar a posição do fiduciante<sup>2667</sup>, sustentando-se que o cumprimento da obrigação constituía uma fonte de obrigação de restituição da coisa fiduciada em relação ao credor/fiduciário. Se o devedor/fiduciante cumprir integralmente a sua obrigação e o credor não restituir voluntariamente a coisa objecto da fidúcia, o fiduciante dispunha da *actio fiduciae* que, por ser uma *actio in personam*, apenas lhe permitia a obtenção do valor da coisa fiduciada.<sup>2668</sup> Tudo para demonstrar que dificilmente se aceitará a atribuição dos deveres fiduciários a uma natureza contratual.

IV. *Chattel mortgage*. A *mortgage* constitui uma garantia muito importante nos países anglo-saxónicos<sup>2669</sup>, ao ponto de se afirmar que estamos diante da principal garantia real nestes países<sup>2670</sup>. Este instituto constitui uma “hipoteca mobiliária” do Direito anglo-saxónico, em que a “propriedade legal” (*legal property*) da coisa móvel é transferida para a esfera jurídica do credor, mediante um ato da venda atestado por uma testemunha e inscrito, em regra no prazo de sete dias no registo. Por sua vez, o devedor conserva na sua esfera jurídica a posse e a “propriedade material” da coisa (“*equitable property*”). Se o devedor cumprir a obrigação garantida, recupera a “propriedade formal”

<sup>2664</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 558.

<sup>2665</sup> Cf. Catarina Pires, *Alienação em Garantia*, cit., p. 204. Diferentemente, Grassetti considera que uma das características do negócio fiduciário é a sujeição voluntária das partes a um *esquema legal que abdica de rigorosos meios de coacção legal*, para se apoiar na confiança depositada na pessoa do fiduciário. Cf. Cesare Grassetti, *Trust Anglosassone, Proprietà Fiduciaria e Negozio Fiduciario*, in Separata da Rivista del Diritto Commerciale, 1936, I, 9 – 10, Dr. Francesco Valardi, Milão, 1936, p. 7.

<sup>2666</sup> Cf. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust*, cit., p. 561 – 562.

<sup>2667</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *A fidúcia Romana e a Alienação Fiduciária no Direito Actual*, in *Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, (FACULDADE DE direito da universidade de Lisboa), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 171-213, pp. 186 e 187.

<sup>2668</sup> Cf. António Alberto Vieira Cura, *A fidúcia Romana e a Alienação Fiduciária no Direito Actual*, in *Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, cit., p. 187 e Nicola Bellocci, *La Tutela della Fiducia nell'Época Republicana*, Milão, 1974, p. 17.

<sup>2669</sup> Cf. Alfredo Calderale, *Ipoteca Navale e Ship Mortgage*, in *II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo*, 11 e 12 de Novembro de 2010. *O NAVIO*, (coord. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES), Almedina, Coimbra, 2010, p. 240-241.

<sup>2670</sup> Cf. Nelly Aslan, *Le Mortgage en Angleterre et aux Etats Unis d'Amérique. Contribution à L'étude des Sûretés Réelles dans les Pays Anglo-Saxons*, Rousseau & C. °, Paris, 1928, p. 1.

(*legal property*) sobre a coisa objecto de garantia. Caso contrário, se não cumprir a obrigação garantida, de acordo com a *Common Law*, o credor adquire a propriedade plena sobre a coisa, consolidando assim a propriedade na sua esfera jurídica<sup>2671</sup>. Tal como se verifica no *trust*, também no *chattel mortgage*, há um desdobramento da propriedade. Na *chattel mortgage*, a “propriedade legal” (“*legal property*”) é transferida para a esfera jurídica do credor para garantir o cumprimento da obrigação do devedor e a sua recuperação no caso da obrigação garantida ser saldada, aproximando<sup>2672</sup>, desta forma, da alienação em garantia da origem continental, sobretudo, germânico, tendo em conta o carácter resolutivo da propriedade. Existem, todavia, algumas modalidades de *chattel mortgage* nas quais o credor não chega a adquirir a propriedade<sup>2673</sup>. Este instituto não se confunde com a alienação em garantia de origem romana, pois na *chattel mortgage*, uma vez cumprida a obrigação principal, o direito de propriedade reverte-se automaticamente, ou seja, volta para a esfera jurídica do devedor automaticamente. Diferentemente, na alienação do dinheiro em garantia, instituída de acordo com a fidúcia de origem romana, satisfeita a obrigação garantida, a propriedade não retorna automaticamente para a esfera jurídica do devedor, ou seja, o credor tem apenas uma obrigação de retransmitir a

---

<sup>2671</sup> Esta garantia deve cumprir os requisitos da publicidade para produzir efeitos em relação a terceiros. Por outro lado, uma vez que o é o titular da “propriedade formal” (*legal property*) poderá vender a coisa se não for satisfeita a obrigação garantida, dispensando, assim a acção executiva para vender-se a coisa. O proprietário ou o *mortgagee* pode procurar e apreender a coisa imediatamente para vendê-la, no caso de incumprimento da obrigação garantida, o que tem feito do *chattlemortgage*, na América, um instituto temido e, às vezes, detestável, quando credores indecorosos adquirem bens em garantia de valor muito superior ao crédito garantido, e no caso de incumprimento os vendem às pessoas com quem estavam previamente acordados, atingindo os resultados que o nosso princípio da proibição do pacto comissório visa acautelar.

<sup>2672</sup> Há uma aproximação entre a *mancipatio* e o mecanismo de transferência de *real properties*, bem como entre *iurecessio* e a *fine* ou *commonrecovery* – mecanismo de transferência de *personal properties*. Havia, portanto, uma semelhança entre a forma de transferência de propriedade romana e inglesa, razão pela qual, inicialmente, o fiduciário romano e *mortgagee* adquiriam a propriedade plena sobre a coisa. Todavia, em Inglaterra, houve intervenção estadual no sentido de “serenar” o direito do *mortgagee*, que até então adquiria a propriedade, de forma insuprível, se o devedor não cumprir logo no dia estipulado no acto constituinte. Posteriormente, através da *Equity redemptio*, o devedor poderia, depois da mora, exercer o direito de recuperar a propriedade depois de uma espécie de prazo admonitório concedido pelo tribunal da *Equity*, se cumprir a obrigação garantida. Com efeito, em contrapartida, a *Equity* concedeu ao credor a *action for the foreclosure*, para adquirir do tribunal da *Equity* a imposição ao devedor em optar entre *Equity redemptio* dentro de um certo prazo ou perder definitivamente o direito da propriedade sobre a coisa objecto de garantia. Com efeito, perante *CommonLaw*, a propriedade (*legal state*) pertencia ao credor. Contudo, com *Equity*, restava ao devedor algum “poder/estado” para recuperar a propriedade durante a mora, no fundo alguma titularidade sobre a coisa - *Equitablestate*, que, por efeito do cumprimento da obrigação garantida consolidava-se com *state legal* na sua esfera jurídica. Com efeito, o credor deixou, por intermédio deste instituto de adquirir plenamente a propriedade e a sua aquisição passou a ser condicionada ao cumprimento da obrigação garantida. Ou seja, cumprida a obrigação garantida, considera-se verificada a condição resolutiva e automaticamente o direito da propriedade reverte-se à esfera jurídica do ex-devedor/alienante. Cf. Nelly Aslan, *Le Mortgage en Angleterre et aux Etats Unis d’Amérique. Contribution à L’étude des Sûretés Réelles dans les Pays Anglo-Saxons*, cit., p. 34, 98 e 146 ss e Otto DE Sousa Lima, *Negócio Fiduciário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1959, p. 137 ss.

<sup>2673</sup> Cf. Alfredo Calderale, *Ipoteca Navale e Ship Mortgage*, cit. p. 239.

propriedade ao devedor. Por outro lado, como ficou descrito, na *Mortgage* a “propriedade legal” (“*legal property*”) da coisa móvel é transferida para a esfera jurídica do credor e o devedor conserva na sua esfera jurídica a posse e a “propriedade material” da coisa (“*equitable property*”), constituindo assim um desdobramento da propriedade, o que não se verifica nos sistemas jurídicos de base romana.

V. *In Escrow*. O termo *escrow* é derivado do latim “*scriptum*” e do francês arcaico “*escroue*”, que, em termos latos significa depósito com funções de garantia. Em sentido restrito, significa um documento escrito confidencial, que prova a existência de obrigações entre dois ou mais sujeitos, confiado em garantia a um terceiro (depósito *escrow*), em que o depositário, que tem obrigação de custódia<sup>2674</sup>, se compromete a restituir ou entregar o objecto depositado ao depositante ou a um terceiro, respectivamente, em função de verificação ou não de um determinado facto. Pode ter por objecto dinheiro ou documentos.<sup>2675</sup> O depósito *escrow* é um contrato pelo qual uma das partes confia a guarda de determinado bem a um banco ou outra entidade, que se obriga, de acordo com as instruções irrevogáveis acordadas, a restituir os bens ao depositante ou a entregá-la a outra pessoa<sup>2676</sup>, em conformidade com as circunstâncias e as instruções estabelecidas no contrato.<sup>2677</sup> Com efeito, tanto o depósito em garantia como o depósito com finalidade de cumprimento se podem incluir na categoria de depósito in *escrow*,<sup>2678</sup> pelo que vamos analisar as suas distinções em relação à alienação em garantia em sentido restrito.

VI. *Depósito em garantia*. Como forma de assegurar o cumprimento de uma obrigação sua, ou de um terceiro perante o credor, o devedor celebra com um sujeito (que pode ser banco ou não) um contrato de depósito, nos termos do qual, o depositário deverá entregar a quantia ao credor beneficiário da garantia, se a obrigação garantida não for cumprida, ou, caso cumpra, restituir o valor depositado ao ex - devedor. Assim, no

---

<sup>2674</sup> Cf. Manuel Carneiro da Frada, *Contrato e Deveres de Protecção*, Almedina, Coimbra, 1994, p. 157 e JOSÉ Carlos Brandão de Proença, *Do Dever de Guarda do Depositário e de outros Detentores Precários: âmbito e função, critério de apreciação de culpa e impossibilidade de restituição*, in *Direito e Justiça*, III, 2, 1994, p. 46 e Ugo Majjelo, *Custodia e Deposito*, CEDAM, Nápoles, 1958, p. 257.

<sup>2675</sup> Cf. JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES, *Do Contrato de Depósito Escrow*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 161.

<sup>2676</sup> Cf. Francesco GiorgianI, *Depositi Bancari Anomali a Vantagio di um Terzo*, in *RDCom*, LXVIII, 1970, p. 18.

<sup>2677</sup> Cf. Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos*, II, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 41.

<sup>2678</sup> Cf. L. Pestana de Vasconcelos, *O Depósito com finalidade de Cumprimento, o Depósito para Administração, o Depósito em Garantia e os seus Regimes Insolvenciais*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 279 e Fátima Fonseca, *O Contrato de Depósito Escrow*, in *Revista de Direito das Sociedades*, IX – 2017, n.º 4 (Dir. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), Almedina, Coimbra, p. 818.

depósito em garantia, o credor beneficiário de garantia é titular de um direito de crédito condicionado face ao depositário, dependente de incumprimento. Em relação ao devedor, face ao depositário, é titular de um crédito à restituição condicionado ao seu cumprimento.

Em regra, a contrapartida do depositário seria a comissão. Na prática, abre-se a conta simples exclusivamente para realizar esta operação, resumindo-se apenas em dois movimentos, um a crédito – depósito e outro a débito – execução da garantia ou restituição. Esta conta é caracterizada por existência de disposições quanto ao sujeito a entregar a quantia depositada e a dependência dessa obrigação ao cumprimento ou incumprimento da obrigação garantida. Este contrato de garantia mantém a sua ligação genética com a obrigação garantida.<sup>2679</sup> Na alienação em garantia, o devedor transfere o bem para o credor com a finalidade específica de garantir uma obrigação que tem por objecto a liquidação de numerários ou a prestação de instrumentos financeiros, ou seja, a transferência do bem para o património do credor<sup>2680</sup>.

Na alienação em garantia financeira, o objecto da garantia é o crédito à restituição das quantias já depositadas, pois este crédito à restituição pode ser cedido ou empenhado, o credor tem o dever de restituir o objecto prestado ao património do devedor. Durante a fase da execução do contrato/crédito garantido, o credor fica investido em todos os poderes sobre os bens, podendo aliená-los sem o consentimento do devedor alienante, porque esta faculdade é inerente à estrutura fiduciária.<sup>2681</sup> No depósito em garantia, o depósito é efectuado junto a um terceiro, que o credor garantido pode mobilizar logo que se verifique o incumprimento. No caso de cumprimento, é o devedor alienante que pode exigir a restituição da quantia depositada. Na alienação em garantia financeira, mesmo tendo um regime de imunização Insolvencial, há mais riscos em relação ao devedor, pois o bem alienado em garantia passa a integrar o património do credor e, consequentemente, riscos associados ao incumprimento do dever de retransmissão, risco associado à transmissão a terceiro, risco de penhora por parte dos credores do credor adquirente e da insolvência deste.<sup>2682</sup> O depósito com finalidade de garantia caracteriza-se no facto de ser

---

<sup>2679</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., p. 559.

<sup>2680</sup> Cf. Tiago Reis de Matta, *Da Garantia Financeira no Âmbito do Sistema Financeiro*, in *Garantias das Obrigações*, (Coord. Síde Monteiro), Almedina, Coimbra, 2007, p. 557.

<sup>2681</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Breves notas sobre o penhor financeiro (Brief notes on the financial pledge)*, RFDUL/LLR, LXI, 2020, 2, pp. 347 – 383, p. 371.

<sup>2682</sup> Cf. Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, cit., p. 561.

exequível em caso de incumprimento de obrigação derivada de um negócio principal e ao qual o contrato de depósito se encontra ligado<sup>2683</sup>.

De acordo com o regime instituído pelo AUG, a alienação do dinheiro em garantia, diferentemente do depósito *escrow*, pode-se reunir na pessoa do credor também a qualidade do depositário. No depósito *escrow*, a figura do depositário é muito importante, enquanto na alienação do dinheiro em garantia, quando o depositário não for o banco, nos termos do artigo 90.º AUG, este é meramente notificado. Se o credor não for banco, diferentemente do depósito *escrow*, o depósito, na alienação de dinheiro em garantia, é efetuado na conta do credor, embora sob controlo de banco/proprietário.

*VII. Depósito em cumprimento.* O depósito com finalidade de cumprimento também é exequível no caso de incumprimento do depositante ou de terceiro. Neste tipo de depósito o depositário assume a obrigação de guardar a coisa e de a entregar ao beneficiário em cumprimento de obrigação do depositante ou de terceiro – função de *custódia*<sup>2684</sup> e função *solutória*. Este depósito pode ser qualificado como caução e enquadra-se no âmbito do depósito *escrow*.<sup>2685</sup> Nesta modalidade de depósito, o beneficiário/credor assegura que uma vez cumprindo, a contraprestação lhe será entregue, uma vez que o objeto da prestação se encontra depositado junto do depositário (merecedor da sua confiança). Em regra, o depósito é efetuado junto de uma instituição de crédito, no qual é aberta uma conta, sem cláusula de conta corrente, à qual é atribuída uma finalidade específica. Em regra, não se admite movimentos a débitos nesta conta, excepto os destinados ao cumprimento ou restituição<sup>2686</sup>. Um exemplo<sup>2687</sup> elucidativo será a da compra e venda celebrado entre depositante/comprador e o beneficiário/vendedor, sendo o preço depositado junto do depositário, que o entregará ao beneficiário depois de o depositante receber a coisa comprada<sup>2688</sup>. Diferentemente, na alienação de dinheiro em garantia em sentido restrito – quando o banco é credor - o bem, em regra, do devedor, é transmitido para a esfera jurídica do credor, e não de um terceiro. Por outro lado, na alienação em garantia o objecto transmitido em garantia não se confunde com a contraprestação do contrato base, ou seja, do contrato garantido. No depósito com função

---

<sup>2683</sup> Cf. Angelo Luminoso, *Deposito Cauzionale presso il Terzo e Depositi Irregolari a Scopo di Garanzia*, GCom, VIII, 1981, pp. 425-452, p. 427.

<sup>2684</sup> Cf. Ugo Majjelo, *Custodia e Deposito*, cit., p. 28 e Florencio Oscáriz Marco, *El Contrato de Depósito (estudio de la obligación de guarda)*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 331.

<sup>2685</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação Em Cumprimento*, cit., pp. 479 – 480.

<sup>2686</sup> Cf. L. Pestana de Vasconcelos, *O Depósito com Finalidade de Cumprimento*, cit., p. 729.

<sup>2687</sup> Cf. Fátima Fonseca, *O Contrato de Depósito Escrow*, cit. p. 819-820.

<sup>2688</sup> Sobre esta questão na jurisprudência, cf. STJ, de 10 de Novembro de 2011, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

de cumprimento, a própria prestação de uma das partes que é entregue a um terceiro para cumprir no lugar do devedor desta prestação caso a outra parte cumprir com a sua obrigação.

*VIII. Depósitos caução feita ao próprio credor.* Nos termos do artigo 623.º/1 CC pode-se prestar garantia por meio de depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos, sempre que se pretende ou deva prestar caução. Neste tipo de depósito, o valor da coisa depositada garante o cumprimento de uma obrigação eventual. No caso de incumprimento, o credor poderá executar a garantia – caução – prestada através do depósito, no âmbito do Direito Interno, com preferência de pagamento em relação aos credores comuns<sup>2689</sup>, pois o artigo 666.º/2 prevê expressamente que este depósito deverá ser considerado como penhor pelo que se questiona a possibilidade de entrega da coisa a oferecer em caução ser feita ao próprio credor ou a terceiro. Todavia, apesar de o legislador considerado optar pela qualificação como penhor, também identifica a figura como um depósito, mesmo quando feita diretamente na pessoa do credor, motivo pelo qual se pode entender que o próprio legislador não entende como excludentes as duas figuras, admitindo que uma forma especial de depósito possa constituir um penhor e que, por outro, em rigor o legislador quis aplicar àquela concreta forma de depósito o regime do penhor.<sup>2690</sup>

---

<sup>2689</sup> O artigo 666.º/2 CC do Código Civil considera expressamente que este depósito deverá ser considerado como penhor, nos termos do artigo 226.º/4 AUG, considera que o exequente adquire pelo penhor o direito de ser pago com preferência. Com efeito, o credor adquire uma garantia especial, real, através de caução qualificada como penhor. No Direito Interno Guineense, o credor beneficiário deste tipo de caução tem o direito de ser pago com preferência em relação aos credores comuns. Para aferir da manutenção ou não deste efeito do depósito caução, deve-se analisar, em primeiro lugar, o artigo 10.º do Tratado da OHADA, segundo o qual ficam revogadas todas as disposições contrárias aos Actos Uniformes. AUG regula apenas as garantias especiais, reais e pessoais, e estabelece a graduação dos credores nos artigos 225.º e 226.º e considera que um dos efeitos do penhor é a preferência de pagamento, julgamos que qualquer que seja a tese adoptada - quer a da harmonização, quer a da uniformização - a solução acabaria por ser a mesma. Ou seja, há uma incompatibilidade de conteúdo entre o regime do Código Civil e o do AUG no que diz respeito ao credor beneficiário deste tipo de depósito porque o primeiro o considera credor preferencial e, o segundo, credor comum. Por esta razão, o depósito caução feito ao próprio credor deixa de produzir este efeito na nossa ordem jurídica. Aliás, nos termos do artigo 4.º, ... *as únicas garantias reais validamente constituídas são as reguladas pelo presente Acto*. Nos termos do artigo 50.º, *são garantias mobiliárias: o direito de retenção, a reserva de propriedade, a alienação de propriedade em garantia, o penhor de coisas móveis corpóreas, o penhor de coisas móveis incorpóreas e os privilégios creditórios*. Assim, sobre a possibilidade de constituição de outras garantias não previstas pelo AUG, ou seja, determinar se a previsão do AUG é taxativa ou meramente indicativo. Em relação às garantias pessoais, parece-nos defensável a orientação que defende que o AUG é meramente indicativo, ou seja, que as partes podem ainda, nos termos do artigo 405.º CC, criar outras garantias pessoais que não se delimite nos moldes da fiança nem cata de garantia. Já em relação às garantias reais, onde vigora o princípio de *numerus clausus*. Parece que esta disposição vem confirmar esta orientação e ajuda a dissipar dúvidas.

<sup>2690</sup> Em sentido contrário cf. VAZ SERRA, *Penhor*, in BMJ 59, p. 108. Insistimos que a qualificação da caução como penhor não exclui de todo a natureza de depósito, resumindo-se aquela suposta qualificação jurídica a implicar a aplicação de um regime jurídico próprio do penhor.



De acordo com o regime interno do penhor, o artigo 685.º determina que o depositante só pode ser reembolsado da coisa ou fundos depositados com o acordo expresso do credor pignoratício. Por outro lado, o depósito, enquanto tal, não deixa nunca de obedecer ao regime próprio do depósito que seja aplicável à coisa depositada - fungível ou infungível -, ou seja, o depositante constitui o depósito pela entrega da coisa dada de caução, e por sua vez o depositário está obrigado à custódia da mesma coisa e sua restituição, se, e quando, extinguir a obrigação garantida. Em suma, o depósito -caução, apesar de constituído com a finalidade de oferecer ao credor formas alternativas de prestação - e por isso o considerarmos uma garantia -, não deixa de incorporar as normais características essenciais do depósito. Trata-se, pois, inequivocamente de uma situação de um depósito com funções de garantia<sup>2691</sup>.

Todavia, mesmo sendo feita ao próprio credor, caução não se confunde com a alienação do dinheiro em garantia, pois visa garantir o cumprimento de uma obrigação eventual e a alienação do dinheiro em garantia visa garantir uma obrigação existente ao tempo da alienação. Por outro lado, a estrutura contratual do depósito não se confunde com a da alienação contratual, na medida em que o principal objetivo do depósito é a custódia, embora quando é feito em caução visa garantir o cumprimento de uma obrigação eventual, tem um regime próprio caracterizado pelo dever de custódia.

HUGO RAMOS ALVES<sup>2692</sup> elucida que “no essencial, a prestação de caução visa assegurar uma de duas finalidades, a saber: (i) assegurar o cumprimento de uma obrigação puramente eventual e (ii) prevenir o inadimplemento de uma obrigação que, sendo certa, é normalmente indeterminada.”. Na alienação do dinheiro em garantia, o principal fim contratual é a garantia de cumprimento e constitui um negócio em si mesmo, enquanto no depósito com fins de garantia recorre-se a um negócio próprio para assegurar o cumprimento.

*IX. Dação com fim de garantia.* Uma das causas de extinção das obrigações para além do cumprimento é a dação em cumprimento, figura prevista no artigo 837.º CC, nos termos do qual, a prestação de coisa diversa da que for devida, embora de valor superior, só exonera o devedor se o credor der o seu consentimento. Em termos de autonomia privada se um sujeito uma dívida para com outrem e não lhe convém satisfazer essa mesma dívida de outra forma, pode acordar com o credor que lhe dá um bem seu em cumprimento da dívida. Deste modo, extingue-se a obrigação e o direito sobre o bem

---

<sup>2691</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, cit., p. 252 e seguintes.

<sup>2692</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, cit., 252 e 254.

transmite-se da esfera jurídica do devedor para a do credor. A prática tem desenvolvido a entrega em garantia, nomeadamente *depósito in escrow* e o nosso ordenamento interno conhece manifestações de dações com fim de garantia, como é o caso de sinal, mas a dação não se confunde com a alienação em garantia, aliás, não é equiparável aos negócios de garantia<sup>2693</sup>. A função prosseguida pela dação em cumprimento é satisfazer o credor e o seu principal efeito é a extinção (*actio solutória*) da obrigação com uma prestação diferente da devia<sup>2694</sup>.

Diferentemente, na alienação em garantia, a transmissão do direito não extingue a obrigação do alienante, mas sim visa garantir o seu cumprimento. O negócio<sup>2695</sup> de dação em cumprimento, em regra, ocorre depois do incumprimento, diferentemente, a alienação em garantia ocorre antes de incumprimento, porque pressupõe a existência de um crédito a garantir<sup>2696</sup>. Tem vindo a ser acentuada a ligação entre o negócio de garantia e a dação *pro solvendo*, principalmente a cessão *pro solvendo*. Em Itália, houve uma situação, no âmbito da indústria cinematográfica, em que o produtor cedeu ao financiador a titularidade dos futuros direitos que o filme vai gerar<sup>2697</sup>.

Parte da doutrina italiana entende que esta cessão *pro solvendo* é uma figura típica com função de garantia. Em relação à jurisprudência, não há unanimidade em relação à qualificação do referido financiamento<sup>2698</sup>. Pode-se até reconhecer uma função secundária da garantia à cessão *pro solvendo*. Todavia, este entendimento não colhe, na medida em que a utilização do conceito de garantia não pode ser efectuada em termos genéricos, entre elas a garantia indirecta. Na dação *pro solvendo*, no fundo, as partes não pretendem garantir o cumprimento de uma obrigação, mas sim uma função *solutória* projectada no tempo. Por outro lado, na dação *pro solvendo*, com a constituição de crédito, em caso de incumprimento do cedente, verifica-se uma prestação de terceiro não com vista a garantir o cumprimento, mas sim de saldar a dívida<sup>2699</sup>.

*X. Propriedade reservada na esfera do credor.* A reserva de propriedade tem sido utilizada socialmente como garantia – titularidade garanta. Nos termos do artigo 409.º

---

<sup>2693</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 916.

<sup>2694</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 916-917.

<sup>2695</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 916.

<sup>2696</sup> Cf. Januário Costa Gomes, *Assunção Fidejussória* cit. p. 53-54.

<sup>2697</sup> Cf. Nicoló Lipari, *Il Negozio Fiduciario*, cit., p. 350.

<sup>2698</sup> *Cass.* 26 de Outubro de 2002, n.º 15141, in *Foro It.*, 2003, I, p. 498; *Cass.* 19 de Junho de 2001, n.º 8333, *Giust. Civ.*, 2002, I, p. 2875, *Cass.* 25 de Maio de 1960, n.º 1354, *Giurisprudenza Civile*, 1960, p. 506; *Trib. de Leccia*, de 19 de Agosto de 1999, in *Foro It.*, I, p. 17 e *Trib. Roma*, 4 de Setembro de 1999, in *Giur. It.*, I, II, p. 22.

<sup>2699</sup> Cf. Hugo Ramos Alves, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 470.

CC, nos contratos de alienação<sup>2700</sup> é lícito ao alienante reservar para si a propriedade da coisa até ao cumprimento<sup>2701</sup> total ou parcial das obrigações da outra parte, ou até à verificação de qualquer outro evento<sup>2702</sup>. O fim visado pelas partes com a cláusula da reserva da propriedade é, em regra, o de garantir a satisfação do crédito do alienante. Na reserva de propriedade, o direito de propriedade é utilizado com função de garantia.<sup>2703</sup>

No AUG<sup>2704</sup>, a reserva de propriedade, com a reforma de 2010, foi consagrada como uma das garantias reais mobiliárias, nos artigos 71.º e seguintes: a reserva de propriedade não se confunde com a alienação do dinheiro em garantia, pois, estruturalmente, na reserva de propriedade, o direito da propriedade<sup>2705</sup> não é transferido

---

<sup>2700</sup> É frequente dizer-se que a reserva de propriedade serve uma função de garantia do pagamento do preço. Todavia, no nosso sistema, há mais negócios que podem servir para a transmissão do direito de propriedade.

<sup>2701</sup> Cf. Maria Peralta, *A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 94.

<sup>2702</sup> Cf. Maria Peralta, *Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade*, *cit.*, p. 95.

<sup>2703</sup> A estipulação de reserva de propriedade tem a ver com o facto de que de acordo com o nosso regime, havendo acordo, a transferência de direito de propriedade dá-se por mero efeito do contrato, nos termos do artigo 408.º/1CC. Com efeito, assim, se for celebrado um contrato, por exemplo, de compra e venda de uma coisa, o comprador torna-se imediatamente proprietário, pelo que pode aliená-lo, mesmo que o bem não lhe tenha sido entregue, ou o preço ainda não esteja pago. Nesta situação, o alienante pode apenas cobrar o preço, o que não lhe atribui qualquer preferência no pagamento, pelo que tem que concorrer com restantes credores comuns do adquirente, nos termos do artigo 604.º

<sup>2704</sup> Não constava da versão originária do AUG. Quanto ao âmbito de aplicação, apenas coisas móveis podem ser objecto da reserva de propriedade, e aplica-se a qualquer contrato translativo, não apenas a Compra e venda. Quanto ao regime Jurídico, muito resumidamente: a) norma - Artigo 73.º sob pena de nulidade, a reserva de propriedade deve constar de um documento escrito; b) eficácia - artigo 74.º a reserva de propriedade só é oponível a terceiros se tiver sido regularmente inscrita no Registo do Comércio e do Crédito Mobiliário; c) Pode ter por objeto o stock de mercadorias bens fungíveis; d) Execução – artigo 77.º Na falta de cumprimento integral à data do vencimento, o credor pode pedir a restituição do bem de modo a recuperar o direito de dispor do mesmo. O valor do bem restituído é imputado, a título de cumprimento, ao saldo do crédito garantido. Quando o valor do bem restituído exceder o montante do referido saldo, o credor deve restituir ao devedor a quantia correspondente à diferença, para evitar o enriquecimento sem causa.

<sup>2705</sup> Martin Wolff/Ludwig Raiser, *Derecho de Cosas*, III, vol. I, trad. esp. de González/Alguer, Bosch, Barcelona, 1971, p. 613, na abordagem da matéria da reserva de propriedade referiu a questão de propriedade dividida, considerando dividida *quando, entre dois sujeitos, os poderes contidos no direito de propriedade se desagregam de modo a que cada um deles tenha uma parte das faculdades e pretensões contidas na propriedade, sem que por isso um deles apareça como “proprietário” e o outro como “titular de um direito” limitado sobre coisa alheia*. Ora, a concepção da reserva de propriedade como uma hipótese de propriedade dividida implica que, entre reservante/alienante e reservatário/adquirente, o direito de propriedade se fraccione de tal modo que nenhum se possa considerar proprietário pleno mas também nenhum possa ser tido como titular de um direito real menor perante o outro. É assim legítimo dizer-se, acomodando ao caso, que o reservante/alienante mantém a propriedade para efeitos de garantia de cumprimento da obrigação assegurada pela *reservati* e o reservatário/adquirente obtém a propriedade para todos os demais efeitos descritos no disposto no artigo 1305º. Sucede, porém, que afirmar a existência de uma propriedade dividida não é suficiente para explicar a situação de ambos. A propriedade dividida é um conceito que apenas se enquadra verdadeiramente ao direito de propriedade enquanto direito de gozo - quando o que está em causa é a divisão do *iusutendifruendi* e *abutendi* entre diversos titulares. Pelo contrário, o *iusdistrahendi* atribuído ao titular de qualquer garantia real é um extra que não faz parte do gozo e que concorre com o poder de disposição concedido a cada proprietário. De facto, enquanto a livre disponibilidade dos direitos patrimoniais, constitui uma característica natural, mas não necessária da propriedade, o *iusdistrahendi* compõe a própria essência da garantia real. Razão pela qual se afigura

para a esfera jurídica do credor, nem do depositário, ou seja, a propriedade já constava da sua esfera jurídica só que o “alienante” reserva para si a propriedade da coisa até, em regra, ao cumprimento por parte do “adquirente”, diferindo assim a transferência da propriedade para um momento posterior ao da celebração do contrato. Diferentemente<sup>2706</sup>, na alienação em garantia, verifica-se o efeito translativo do direito, da esfera jurídica do devedor para a do credor. Em ambos os casos, com a constituição da garantia, a propriedade consta da esfera do credor, mas num caso é transferido para a sua esfera jurídica e no outro já lá se encontrava.

*XI. Retenção do bem entregue pelo devedor.* Na alienação em garantia, o adquirente do direito de propriedade sobre uma coisa tem o poder de não a retransmitir ao alienante, enquanto o devedor não cumprir a obrigação garantida. No direito de retenção verifica-se também uma situação em que uma pessoa, o retentor, tem o poder de não a restituir a coisa em seu poder a quem lhe possa exigir, enquanto o credor da coisa não cumprir uma obrigação relacionada com a coisa. O direito de retenção<sup>2707</sup> aproxima-se da excepção de não cumprimento – nos contratos com prestações recíprocas, não sendo diferentes os prazos do cumprimento, cada uma das partes pode recusar a sua prestação enquanto a outra não efectuar a que lhe caiba ou não oferecer o cumprimento simultâneo – uma complexa e completa garantia de cumprimento<sup>2708</sup>. O direito de retenção vai mais

---

impossível fundar esta naquela, cf. JOSÉ Alberto González, *Alienação Fiduciária em Garantia e Negócios Afins. Delimitações de Fronteiras*, Lusíadas, Direito, Lisboa, p. 71. Na alienação em garantia, verifica-se uma aquisição plena da propriedade.

<sup>2706</sup> Na reserva de propriedade, a nível de estrutura, a titularidade do direito permanece na esfera do credor - estática, na alienação em garantia, o direito é transferido do devedor para o credor – dinâmico. Quanto à execução, na reserva de propriedade, o proprietário/credor pode permanecer na titularidade do direito, resolvendo o contrato se o evento que desencadeia a transmissão não suceder, e exigir a restituição da coisa. Se o evento é o cumprimento de uma obrigação pode insistir no cumprimento se tiver mais interesse nessa situação do que na resolução do contrato. Neste caso, a reserva de propriedade mantém-se até satisfação integral do credor. A execução nesta situação incide, segundo o n.º 1 do artigo 735.º do CPC, sobre os bens do devedor suscetíveis de penhora que, nos termos dos artigos 601.º e seguintes do Código Civil, respondem pela dívida exequenda. A coisa que é objecto da cláusula de reserva de propriedade não constitui um meio alternativo de satisfação da dívida exequenda, na medida em que o titular do direito de propriedade é o credor. Não é possível executar bens do próprio credor/exequente. Na alienação em garantia, o adquirente/credor é satisfeito através do produto da venda do próprio bem ou permanecendo na titularidade do mesmo direito.

<sup>2707</sup> O direito de retenção tem merecido a atenção da doutrina, para além da sua referência nos manuais, cf. Vaz Serra, *Direito de Retenção*, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 65, 1957; Carlos Pereira de Abreu, *O direito de Retenção como garantia imobiliária das obrigações*, ELCLA, Porto, 1998, p. 7; Menezes Cordeiro, *Da Retenção do Promitente na Venda Executiva*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 57, II, 1997; JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Sobre a Prevalência, no Apenso de Reclamação de Créditos, do Direito de Retenção Reconhecido por Sentença*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 66, II, 2006; JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 11, Braga, Julho/Setembro 2005; Cláudia Madaleno, *A Vulnerabilidade das Garantias Reais, A Hipoteca Voluntária face ao Direito de Retenção e ao direito de Arrendamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

<sup>2708</sup> Cf. Menezes Cordeiro, *Tratado*, X, cit., p. 821.

longe, dado que a parte obrigada à entrega não a efectua, enquanto a contraprestação não for executada o retentor conserva no seu poder uma coisa que não lhe pertence.

A retenção constitui um meio de pressão sobre o devedor, sobretudo quando o retentor pode, em determinadas circunstâncias, fazer sua a coisa ou proceder à sua

execução<sup>2709</sup>, nos termos próprios das garantias reais<sup>2710</sup>. Todavia, o direito de retenção não se confunde com a alienação em garantia, dado que, mesmo exercendo o direito de

<sup>2709</sup> Actualmente, o regime do direito de retenção consta dos artigos 67.º e seguintes AUG. O credor que detenha legitimamente um bem móvel do seu devedor pode retê-lo até ao cumprimento integral da obrigação que lhe for devida, independentemente da existência de qualquer outra garantia. O direito de retenção poderá apenas ser exercido: a) se o crédito do retentor for certo, líquido e exigível; -b) se verificar uma conexão entre a constituição da obrigação e a detenção da coisa retida; c) se o bem não tiver sido penhorado antes de ser detido pelo retentor. Considera-se estabelecida a referida conexão: 1.º) quando a coisa retida tenha sido entregue até ao cumprimento integral do crédito do retentor; 2.º) quando o crédito incumprido resulte do contrato que obriga o retentor à entrega da coisa retida; 3.º) quando o crédito incumprido se tenha constituído por ocasião da detenção da coisa retida. Na versão originária do AUG, quanto aos efeitos do direito de retenção, o artigo 43.º remetia para o regime de penhor e, consequentemente, em caso de incumprimento, o credor pignoratício tinha um direito de preferência sobre o bem retido. Actualmente, nos termos do artigo 67.º - ... *O credor que detenha legitimamente um bem móvel do seu devedor pode retê-lo até ao cumprimento integral da obrigação que lhe for devida* - parece constituir em relação ao retentor uma situação de exclusividade, sem lhe conferir uma forma expressa de agir. Esta solução coloca o problema de articulação com o disposto no artigo 4.º AUG que dispõe que as garantias reais consistem no direito do credor de se fazer pagar preferencialmente pelo preço de venda de um bem ou no direito de voltar a livremente dispor de um bem de que seja proprietário em garantia. O direito de retenção não corresponde a nenhuma das duas categorias. Em França a jurisprudência chegou a considerar que o direito de retenção não constitui uma garantia real. Todavia, com a reforma do Direito das Garantias, o direito de retenção foi incluído no livro IV do *Code Civil*, parte dedicada às garantias reais. Esta solução influenciou o legislador da OHADA. Por outro lado, na versão originária do AUG, já havia a regulamentação do direito de retenção e era consagrado no seio das garantias reais mobiliárias. Assim, a doutrina francófona considera que o direito de retenção constitui uma garantia real não pela sua natureza, mas sim por determinação legal. Nos termos do artigo 70.º, o credor deve guardar o bem retido em bom estado. Em derrogação ao parágrafo anterior, pode o credor proceder, mediante autorização da jurisdição competente a proferir num curto prazo, à venda do referido bem, caso o estado ou a natureza perecível do mesmo o justificar ou se as despesas resultantes da sua guarda forem desproporcionais em relação ao seu valor. Em tal caso, o direito de retenção incide sobre o produto da venda a ser consignado. Alguma doutrina considera que com este regime, o direito de retenção deixou de constituir uma garantia na medida em que deixou de conferir ao seu beneficiário o direito de ser pago com preferência pelo produto da venda do bem retido. Cf. Barthelemy Mercadal, *Mémento Contrats*, Editions Francis Lefebvre, n.º 4976, p. 2 e JEAN-RENE GOMEZ, *Analyse Critique de l'avant-projet d'Acte Uniforme Portant Organisation des Sûretés dans les Etats Membres de l'OHADA*, Penant, n.º 825, Setembro-Dezembro, 1997, p. 262. Em França, antes da reforma do Direito das Garantias, o direito de retenção tinha uma regulamentação parca cf. Y. AL Chiekh Radhi, *Le Droit de Rétention d'Après les Législations Française et Suisse*, Impr. G. Conne, Lausanne, 1957, p. 11 ss.; X. Delpech, *Opposabilité du Droit de Rétention au sous-acquéreur de Bonne Foi*, Dalloz n.º 34, 8 Outubro de 2009, pp. 2275-2276; PIERRE - MICHEL Le Corre, *L'invincibilité du Droit de Rétention dans les Procédures Collectives de Paiement*, Dalloz n.º 34, 4 Outubro, 2001, pp. 2815-2816; PHILIPPE MALAURIE, *Cours de droit civil. Tome VIII, Les Contrats spéciaux, civils et commerciaux, vente, mandat, bail, contrat d'entreprise, échange, location-vente, crédit-bail, contrats de distribution, dépôt, prêts, jeu et pari, rente viagère, transaction, clause compromissoire, compromis*, Cujas 1995, pp. 757 ss. e C-A Pret, *Le Droit de Rétention dans les Législations Anciennes et Modernes Française et Étrangères*, ERNEST THORIN, Paris, 1880, p. 18 ss. - artigos 1612.º e 2280.º *Code Civil*; artigo 145.º *Code Commerce* - mas a jurisprudência já admitia a sua existência e determinava os seus efeitos, cf. *Cass. Com.* 20 de Maio de 1997, in RJDA 10/97 n.º 1263 e *Cass. Com.* 9 de Junho de 1998, in RJDA 10/98 n.º 1141; c *Cass. Com.* 29 de Junho de 1971 in Bull. Civ. IV. p. 74; *Cass. Civ.* 19 de Março de 2002, in RJDA 8-9/02 n.º 944; *CA Paris* 14 de Fevereiro de 1985, in BT, 1985, p. 451 e *Cass. Crim.* 2 de Março de 1992: RJDA 11/92 n.º 1058. No AUG o direito de retenção contém uma regulamentação pormenorizada. Sobre o projeto e as propostas, cf. JOSEPH ISSA-SAYEGH, *Présentation du projet d'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, du droit des sûretés et des procédures collectives d'apurement du passif*, Penant, n.º 827, Mai-Aout 1998, p. 212. A natureza do direito de retenção permanece discutível no âmbito da OHADA cf. Joseph Issa-Sayegh, *Le droit de rétention en droit Sénégalais*, Penant, n.º 810, Outubro - Dezembro 1992, p. 262). Sobre os requisitos do direito de retenção no Direito francês, cf. *Cass. Civ.* 15 de Junho de 1962, in Bull. Civ., I, p. 268, *Cass. Com.* 19 de Fevereiro de 1958, Bull. Civ. III, p. 67 e *Cass. Civ.* 23 de Abril de 1974, in JCP G 1975, II, 18170). Sobre regime do direito de retenção no âmbito da OHADA cf. CCJA, n.º 07, 8 de Janeiro de 2004, in *Revue Internationale*

retenção, o bem que pertencia ao devedor continua na sua esfera jurídica. Na alienação em garantia, verifica-se, de forma voluntária, a transferência do direito da esfera jurídica do alienante/devedor para a esfera jurídica do adquirente/credor. Claro que o retentor, em determinadas circunstâncias, pode fazer sua a coisa ou proceder à sua execução, nos termos próprios das garantias reais, mas neste caso, adquire o direito da propriedade sobre a coisa só depois do incumprimento e, na alienação em garantia, o credor adquire o direito da propriedade antes do incumprimento.

Por outro lado, o direito de retenção é um poder que se exerce e tem por base o incumprimento e a alienação em garantia constitui-se para assegurar o cumprimento, ou seja, antes da verificação do incumprimento. O direito de retenção é um poder que a lei confere a pessoa obrigada a entregar uma coisa a retê-la enquanto o beneficiário da entrega não cumprir com as suas obrigações relacionados com a mesma coisa, pelo que se aproxima da justiça privada.

Diferentemente, a alienação em garantia constitui um contrato, nos termos do qual, voluntariamente, as partes transmitem o direito ao credor com fins de garantia. O direito de retenção constitui uma das garantias instituídas pelo legislador da OHADA<sup>2711</sup>. De uma forma geral, o direito de retenção<sup>2712</sup> constitui a faculdade de o devedor da

---

de Droit Comparé, 2005, 544, pp. 943-955. Considerando que o credor, para exercer o direito de retenção deve apresentar ao credor um título de crédito, CA Abidjan, n.º 1164, 24 de Outubro de 2003, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com) ohadata J-03-337 e CCJA, n.º 007, 24 de Abril de 2003 in [www.ohada.com](http://www.ohada.com), ohadata J-03-193. Sobre a liquidez do crédito garantido, cf. CCJA, n.º 007, 24 de Abril de 2003 in [www.ohada.com](http://www.ohada.com) Quanto à exigibilidade, cf. CA Dakar, n.º 120, 16 de Fevereiro de 2001 in [www.ohada.com](http://www.ohada.com) e CCJA, n.º 016, 27 de Junho de 2002, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com) Ohadata J-02-166. Quanto à conexão entre a coisa retida e o crédito, cf. Joseph Issa-Sayegh, *commentaire de l'AUS, OHADA, Traitée et actes uniformes*, 2e éd. Juriscope, 2002, comentário ao artigo art. 42. Na jurisprudência cf. CA Abidjan, n.º 321, 7 de Março de 2000, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com), OHADATA J-02-130; CCJA, n.º 030, 4 de Novembro de, in 2004, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com), ohadata J-05-171; CA Abidjan, n.º 92, 31 de Janeiro de 2003, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com), OHADATA J-03-226 e CA Abidjan, n.º 141, 14 de Fevereiro de 2003, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), OHADATA J-03-299.

<sup>2710</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, X, cit., p. 821 – 822.

<sup>2711</sup> Diferentemente da OHADA, apesar de esforços, a União Europeia não atingiu ainda a harmonização verificável no que diz respeito ao regime das garantias, cf. Luís Manuel Telles De Menezes Leitão, *Garantia Das Obrigações*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, p. 54. Mas, no que se refere ao Direito dos Transportes, existem convenções para a unificação de certas regras relativas às garantias, nomeadamente: a Convenção de Bruxelas de 10 de Maio de 1952, ratificado por Portugal nos termos do Decreto-Lei n.º 41007, de 16 de Fevereiro de 1957, documento de ratificação entregue a 04 de Maio de 1957, que estabelece o regime especial do arresto do navio e Convenção de Bruxelas de 1926, Portugal aderiu a esta convenção a 24 de Dezembro de 1931, pela carta de 5 de Dezembro de 1931, publicado no Diário do Governo I Série de 2 de Junho de 1932, para unificação de certas regras relativas aos privilégios e hipotecas marítimas. As convenções acima mencionadas tratam de garantias do transportador, mas, predominantemente na perspectiva da garantia dos seus credores. Relativamente à garantia de crédito de transportador, as Regras de Hamburgo, no seu artigo 17º, regulamenta cartas de garantia e as Regras de Roterdão, que não institui propriamente um regime, mas no seu artigo 49º determina que não prejudica o direito de retenção do transportador que a lei aplicável lhe concede. Com efeito, no que diz respeito à garantia do transportador, na Europa, continua a verificar-se a disparidade legislativa e diferentes reconhecimentos das garantias.

<sup>2712</sup> A origem do direito de retenção se funda no Direito Romano, reportando-se inicialmente aos danos e, posteriormente, às despesas e benfeitorias incorridas com a coisa retida. Tal como foi concebida, nessa

obrigação de restituição de uma coisa a reter, e não cumprir<sup>2713</sup> legitimamente essa obrigação, enquanto o credor dessa restituição não cumprir, por seu turno, uma obrigação

---

época histórica, a *retentio* tinha eficácia meramente compulsória, assegurando tão só ao credor o cumprimento de uma obrigação do devedor, desprovida de qualquer eficácia real - não conferia ao retentor o direito potestativo de executar a coisa em caso de incumprimento e, consequentemente, o direito de preferência. A admissibilidade da figura da *retentio* estava associada, primordialmente, à execução e ao cumprimento dos contratos de depósito e de comodato, cf. FRANCISCO ROCHA, *Da retenção sobre coisa de terceiro e coisa própria*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, II, n.º 1/2, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 574 e 575. Na Alta Idade Média, a *retentio* perdeu a relevância e papel concedido no Direito Romano, tendo caído em desuso, passando a ser confundida, até ao século XVIII, com a figura da compensação de créditos, permanecendo sombria a distinção entre as duas figuras. Mais tarde, foi nos ordenamentos jurídicos italiano e francês, em particular no domínio comercial e falimentar, que o direito de retenção se autonomizou e ganhou delimitações precisas, acentuando-se a sua evolução a propósito do contrato de locação, cf. Maria Coimbra Piçarra, *O Direito de Retenção do Promitente-Comprador*, cit., p. 15.

<sup>2713</sup> Por se tratar de recusa lícita da entrega de uma coisa a que se está adstrito até ao cumprimento pelo credor da sua corresponsável obrigação, o direito de retenção surgiu e foi concebido, primitivamente, como mecanismo de persuasão e de pressão ao cumprimento da obrigação do credor, cf. Cf. BRUNO OPPETIT, *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain*, Me'langes, Litec, 1990, pp. 316, LAURENCE PAYETTE, *Lessuretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4.ª Ed., COWAN VILLE, Editions YvonBlais, 2010, no 251, p. 110, JEAN FRANÇOIS PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, LGDJ, Paris, 1971, t. CXIX, p. 173 e ADOLPHE MINKOA SHE, *Droit des suretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA*, II, *Les Garanties réelles*, Dianoia, 2010, p. 71. De acordo com o nosso Direito interno, o direito de retenção surgiu inicialmente como uma forma de autotutela. Durante a vigência do Código de Seabra, suscitavam-se duas questões principais em torno desta figura: a primeira respeitava ao carácter genérico do instituto ou da sua aplicação a casos especificamente previstos na lei; ao passo que na segunda se debatia a função meramente compulsória e coerciva do direito de retenção por contraponto com a tese da sua consagração como garantia de cumprimento das obrigações com eficácia real. O direito de retenção encontra previsão nos artigos 754.º e seguintes do Código Civil, definindo-o como *o devedor que disponha de um crédito contra o seu credor goza do direito de retenção se, estando obrigado a entregar certa coisa, o seu crédito resultar de despesas feitas por causa dela ou de danos por ela causados*. Por sua vez, o artigo 755.º concretiza casos especiais em que o legislador expressamente confere o direito de retenção ao transportador, ao albergueiro, ao mandatário, ao gestor de negócios, ao depositário, ao comodatário e ao beneficiário da promessa de transmissão ou constituição de direito real que obteve tradição da coisa. Além destes casos especiais, está também sedimentado na doutrina e jurisprudência maioritária o reconhecimento do direito de retenção ao empreiteiro, nos termos da cláusula geral prevista no n.º 1 do artigo 754.º CC, cf. Cf. Galvão Telles, *Direito de retenção no contrato de empreitada*, O Direito (1974/1986), pp. 13-34; Ferrer Correia/Sousa Ribeiro, *Direito de retenção. Empreiteiro*, CJ 13 (1998), 1, pp. 17 e Cláudia Madaleno, *A vulnerabilidade das Garantias Reais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 241 a 257. Encontram, ainda, consagração, fora do âmbito do Código Civil, o direito de retenção do transportador, do advogado e do agente comercial, Cf., por exemplo, artigo 390.º § 2 e 3 do Código Comercial - retenção pela restituição da guia. A opção do legislador de 66 foi clara no sentido de fazer sobrepor a função de garantia à finalidade compulsória e coerciva que estava subjacente à conceção originária do direito de retenção. Ainda no âmbito do Código Civil, sendo garantia acessória e pressupondo um crédito garantido, o direito de retenção acompanha as vicissitudes de crédito, sendo indivisível, igualmente como a hipoteca - artigo 696.º - e o penhor - artigo 678.º, ambos do CC cujos regimes se aplicam por remissão dos artigos 758.º CC e 759.º CC. Devido à sua natureza sinalagmática, cf. Cf. PIERRE CROCQ, *Droit des Sûretés*, 11.ª ed., LGDJ, Paris, 2017, p. 246, o contrato oneroso de transporte cria a obrigação, na esfera jurídica do remetente ou destinatário, conforme o caso, a obrigação de pagar o preço de transporte de bens. Assim, em caso de incumprimento de tal obrigação, o transportador tem o direito de reter as mercadorias transportadas até ao cumprimento integral da referida obrigação, ou seja, até à satisfação integral do crédito do transportador, Cf. VICTOR EMMANUEL Bokalli/Dorothé e Cossi Sossa, *OHADA, Droit des contrats de transport de marchandises par route*, in Coll. Droit Uniforme Africain, Juriscope, Bruylant, Bruxelas, 2006, p. 76. Todavia, apesar da consagração legal do direito de retenção do transportador, às vezes, o seu exercício é difícil.



que tenha para com aquele<sup>2714</sup>, desde que a dívida seja certa<sup>2715</sup>, líquida e exigível<sup>2716</sup>. A natureza jurídica do direito de retenção<sup>2717</sup> continua a gerar divergência doutrinária e jurisprudencial<sup>2718</sup> no ordenamento que inspira o legislador da OHADA. A primeira questão é de saber se o direito de retenção constitui uma garantia. Em França<sup>2719</sup>, para

---

<sup>2714</sup> Cf. Maria Coimbra Piçarra, *O Direito de Retenção do Promitente-Comprador: Algumas Reflexões*, in Julgar, n.º 34, 2018, pp. 13-34, Almedina, Coimbra, p. 13 e Júlio Gomes, *Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)*, in Cadernos de Direito Privado, n.º 11, Julho/Setembro, 2005, p. 4.

<sup>2715</sup> Cf. *Cass. Com.*, de 14 Junho de 1988, Bull. Civ., IV, p. 138 e *Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou, Jugement du 05/05/2004*, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com), Ohadata J-05-246; *Cour d'appel d'Abidjan*, arrêto n.º 1164, de 24 de Outubro de 2003, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com), OHADATA J-03-337; CCJA, n.º 007, de 24 Outubro de 2003, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), OHADATA J-03-193.

<sup>2716</sup> Cf. *Cour d'appel de Dakar*, arrêto n.º 120, de 16 de Fevereiro de 2001, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), OHADATA J-02-166; *Cour d'appel d'Abidjan*, arrêto n.º 49, de 16 de Janeiro de 2004, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), OHADATA J-04-496; CCJA, arrêto n.º 21, de 17 de Junho de 2004, LeJurisOhada, n.º 3/2004, Julho-Outubro 2004, p. 11; *Cour d'appel de Bouaké*, Arrêto n.º 13, 24-1-2001, LeJuris-Ohada, n.º 3/2003, Julho-Setembro 2003, p. 63, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), OHADATA J-04-117; *Cour d'appel d'Abidjan*, Arrêto n.º 927, de 19 de Julho de 2002, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), OHADATA J-03-25; *Cour d'appel d'Abidjan*, arrêto n.º 224, de 6 de Janeiro de 2004, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), OHADATA J-04-484; TGI Ouagadougou, jugement n.º 155, de 5 de Janeiro de 2004, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), OHADATA J-05-246; *Cour d'appel d'Abidjan*, Arrêto n.º 778, de 13 Julho de 2003, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), OHADATA J-03-239; TGI Ouagadougou, n.º 155, de 5 de Maio de 2004, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), OHADATA J-05-246.

<sup>2717</sup> Actualmente, no ordenamento jurídico alemão, o tratamento do direito de retenção é unitário e estatui-se de modo claro a sua natureza meramente obrigacional, cf. Francisco Rocha, *Da retenção sobre coisa de terceiro e coisa própria*, cit., p. 578. Em relação ao ordenamento jurídico germânico, o tratamento do direito de retenção é unitário e estatui-se de modo claro a sua natureza meramente obrigacional e o seu objeto não se restringe às coisas, sendo admitida a retenção de prestações, e não se reduz o seu âmbito material a coisas infungíveis, cf. MARIA COIMBRA PIÇARRA, *O Direito de Retenção do Promitente-Comprador*, cit., p. 15. Por seu turno, no Direito Italiano, a doutrina varia entre a qualificação da eficácia do direito de retenção como obrigacional ou real e, a doutrina dominante considera que se trata de um *tertium genus*, enquanto mecanismo de autotutela de direitos e não um direito próprio, constitui um meio específico de tutela de um direito de crédito em clara derrogação do princípio de hetero - tutela de direitos. Actualmente, no nosso Direito interno, o direito de retenção goza de regulação unitária numa secção própria, inserindo-se no Livro II do Direito das Obrigações, Secção VII, intitulada *Direito de Retenção*, no capítulo VI sobre “as garantias especiais das obrigações” do Título I “Das obrigações em geral”. Com efeito, o direito de retenção é consagrado no ordenamento jurídico bissau-guineense como um direito real de garantia e não como um direito de cariz meramente obrigacional. Tal asserção resulta do estatuído nos artigos 604.º, n.º 2, 758.º e 759.º, que remete para o regime do penhor e da hipoteca, bem como do facto de apenas ser admissível o direito de retenção de coisas penhoráveis. Assim, no nosso Ordenamento jurídico, o direito de retenção atingiu um estágio consideravelmente avançado de evolução, na medida em que se acolheu e concebeu esta figura vocacionando-a para o escopo de garantia, conferindo ao seu titular, por via deste direito, preferência no pagamento sobre o valor do bem, cf. Francisco Rocha, *Da retenção sobre coisa de terceiro e coisa própria*, cit., p. 579 e Júlio Gomes, *Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)*, cit., p. 6. Na nossa Ordem interna, o direito de retenção não constitui mera Faculdade que apenas permite ao retentor recusar-se a restituir o bem em seu poder, ou seja, como nos parece lógico, é atribuído ao retentor o poder de pagar preferencialmente pelo valor do bem. Esta evolução foi historicamente facilitada pela circunstância de a retenção estar frequentemente associada no passado a um privilégio creditório, cf. JÚLIO GOMES, *Do Direito de Retenção (arcaico, mas eficaz...)*, cit., p. 6.

<sup>2718</sup> Antes da reforma do Direito das Garantias de 2006, *Cour de Cassation* considera que direito de retenção não constitui uma garantia e não se confunde com o penhor, o retentor não pode executar a coisa retida, cf. *Cass. Com.*, de 20 de Maio de 1997, RTDCiv., 97, p. 707.

<sup>2719</sup> No ordenamento jurídico francês, mantém-se a discussão em torno da qualificação do direito de retenção, emergindo como posição maioritária a sua consagração com natureza meramente obrigacional, cf. Francisco Rocha, *Da retenção sobre coisa de terceiro e coisa própria*, cit., p. 577. Em França, o direito de retenção não consta do elenco das garantias sobre móveis e imóveis, artigo 2329 e 2373 do *Code (Ordonnance n.º 2006, de 23 de Março de 2006)*. É mesmo questionada se o direito de retenção constitui ou não uma garantia, cf. Pierre Crocq, *Droit des Sûretés*, 11.ª ed., LGDJ, Paris, 2017, p. 261. Outra

alguns, o direito de retenção constitui uma garantia<sup>2720</sup>, sendo apenas de difícil qualificação em termos do mecanismo e dos direitos que confere ao seu beneficiário<sup>2721</sup>. Alguns consideram que a sua natureza varia em função da conexão que lhe serve de substrato<sup>2722</sup>. Para alguns ainda, o direito de retenção constitui uma mera atenuação da obrigação da entrega que impende sobre o retentor<sup>2723</sup>. Alguns consideram que se trata de uma garantia imperfeita<sup>2724</sup>. O AUG, para dissipar dúvidas<sup>2725</sup>, considera, nos termos dos seus artigos 50.º, 67.º e 99.º expressamente que o direito de retenção constitui uma garantia real mobiliária. Desta forma, em caso de incumprimento, a retenção das mercadorias está legalmente legitimada e justifica-se por quebra de confiança – que constitui um elemento importante na relação de crédito.

De acordo com o Direito interno, a posição jurídica do retentor é equiparada à do credor pignoratício, quando recai sobre coisa móvel – artigo 785.º CC – e à do credor hipotecário quando recai sobre bens imóveis – artigo – artigo 759.º CC, conferindo ao retentor a possibilidade de dar à execução do penhor, cumpridas as formalidades legais estabelecidas para a execução do penhor e a obtenção de preferência de pagamento, em caso de concurso de credores, o credor pignoratício obtém prioridade no pagamento sobre o valor da coisa empenhada, pelo que os credores comuns apenas podem ser satisfeitos após integral satisfação do credor pignoratício. Actualmente, nos termos do artigo 67.º AUG revisto, o credor que detenha legitimamente um bem móvel do seu devedor pode retê-lo até ao cumprimento integral da obrigação que lhe for devida, independentemente da existência de qualquer outra garantia.

Com efeito, actualmente o direito de retenção assenta sobre um simples poder de bloqueio. O direito de retenção, diferentemente da versão originária do AUG, não confere

---

divergência doutrinária e jurisprudencial francesa, tem a ver com a oponibilidade do direito de retenção ao proprietário não devedor, tendo o *Conseil d'État* determinado a oponibilidade ao proprietário de um avião do direito de retenção por despesas realizadas por terceiro, quando tal dívida era da exclusiva responsabilidade do locatário desse transporte, não obstante o contrato de locação ter sido resolvido. Cf. também *Cass. Com.*, de 20 de Maio de 1997, in *Bull.*, Civ, IV, n.º 141.

<sup>2720</sup> Cf. PHILIPPE SIMLER, / PHILIPPE DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés - la publicité foncière*, Dalloz, 2.ª ed., 1995, p. 310 e Philippe Malaurie/Laurent Aynes, *Les sûretés - La publicité foncière*, Cujas, 9.ª ed., 2000, p. 206.

<sup>2721</sup> Cf. DOMINIQUE LEGEAIS, *Droits des Sûretés et Garantie du Crédit*, LGDJ, 10.ª ed., Paris, 2015, p. 443.

<sup>2722</sup> Cf. PIERRE CROCQ, *Droit des Sûretés*, 11.ª ed., p. 261.

<sup>2723</sup> Cf. CHRISTIAN SCAPEL, *Droit de rétention en droit positif*, RTDCiv., 1981, pp. 13 ss.

<sup>2724</sup> Cf. HENRI MAZEAUD/ FRANÇOIS CHABAS, *Leçons de droit civil*, Tomo III, Vol. I, Sûretés – Publicité foncière, 6.ª ed., (por VERONIQUE RANOUIL/FRANÇOIS CHABAS, Montchrestien, 1988, p. 92.

<sup>2725</sup> Cf. ISABELLE DURANT, *Le droit de rétention et la Reserve de propriété, deux sûretés réelles mobilières à part entière, dans Insolvabilité et garanties*, Larcier, Bruxelles, 2014, p. 51.

o direito potestativo de executar a coisa retida e também não confere a preferência no pagamento. Por outro lado, o direito de retenção – uma vez que devedor pode apenas reter a coisa até ao cumprimento integral da obrigação – exclui naturalmente a possibilidade do retentor concorrer<sup>2726</sup> com os outros credores<sup>2727</sup> e, esta ausência do concurso é incompatível com o conceito de preferência de pagamento. Assim, o direito de retenção, diferentemente da alienação do dinheiro em garantia, não produz o efeito translativo do direito, apenas constitui um bloqueio que limita o exercício do direito por parte do devedor do retentor. O retentor tem a legitimidade de recusar o cumprimento de restituição, mas não adquire a qualidade de proprietário.

*XII. Contrato de Abota.* Abota é a convenção pela qual, três ou mais pessoas, se obrigam a contribuir individualmente com determinado valor pecuniário, sendo o respectivo produto atribuído rotativamente a cada uma das partes, na data acordada. Com efeito, após a entrega de produto das prestações das partes, o abotado adquire o direito de propriedade sobre o produto das contribuições e juridicamente pode dispor legitimamente sobre o mesmo. E, tendo em conta a natureza do objecto do contrato de abota, não podemos considerar que se verifica uma obrigação de restituição propriamente dita, na mediada em que se trata da obrigação da entrega de uma coisa equivalente à recebida<sup>2728</sup>.

Embora se verifique a transferência do direito sobre o objecto nos contratos de financiamento, que proporciona uma atribuição patrimonial temporária, na medida em que o abotado é obrigado a restituir paulatinamente o valor recebido. Por esta razão, verifica-se o fenómeno da substituição nos contratos de financiamento. O direito de propriedade é substituído pelo direito de crédito - direito a receber a coisa equivalente à entregue. Diferentemente de abota, na alienação em garantia, o direito transferido para a esfera jurídica do fiduciário não se destina à satisfação desta, mas sim constitui uma garantia. Na abota, a transferência da propriedade ocorre no âmbito da execução do contrato de abota, que não constitui um negócio de garantia. Mais, diferentemente de abota, na alienação em garantia, existe um negócio onde deriva o crédito garantido pela

---

<sup>2726</sup> Cf. *Cas. Com.*, de 4 de Julho de 2000, n.º 98. 11.803, Bull. Civ., n.º 136 e JCP, G 2001, I, 315, n.º 15 e *banque et Droit*, 2001, n.º 75, p. 44, que considera que no âmbito do processo colectivo (falência) francês, não é possível impor ao retentor uma substituição de garantia.

<sup>2727</sup> Em França, apesar de a reforma do direito das garantias ter procedido ao alargamento do âmbito de aplicação do direito de retenção, continua a não se conferir ao retentor qualquer direito de preferência, mas tem predominado o entendimento de que o direito de retenção, pelo menos quando que se funda numa conexão material entre a coisa retida e o crédito, é oponível não só ao proprietário do bem retido, mesmo que este não seja o devedor, mas também aos restantes credores do devedor, ainda que no âmbito de um procedimento colectivo, cf. AYNÈS/CROCQ, *Droit des Sûretés*, 10.ª ed, Paris, 2016, pp. 247.

<sup>2728</sup> Neste sentido, cf. ANTUNES VARELA, *Anotação ao Ac. STJ, de 10 de Dezembro de 1985*, cit., p 241-256.

alienação em garantia. Em termos de estrutura, em regra, na alienação de dinheiro em garantia, há apenas duas partes, quando o banco é credor. O contrato de abota não visa garantir o cumprimento de uma obrigação.

*XIII. Consignação em depósito.* A consignação em depósito<sup>2729</sup> constitui uma das causas da extinção da obrigação além do cumprimento<sup>2730</sup>. Encontrando-se o credor em mora, o nosso sistema atribui ao devedor a possibilidade de se exonerar da obrigação<sup>2731</sup>, mediante depósito judicial do objecto da prestação, com citação do credor, nos termos do artigo 841.º CC<sup>2732</sup> ss. Ora, com o depósito judicial da coisa devida, verifica-se uma transferência da propriedade sobre a coisa. Mas, esta transferência tem como fim o cumprimento de uma obrigação, visa extinguir uma obrigação, pelo que não se confunde com a alienação em garantia cujo fim é garantir o cumprimento de uma obrigação. A consignação em depósito é admitida não só no caso de mora do credor mas também, de uma forma mais vasta<sup>2733</sup>, quando o devedor, sem culpa sua, não possa efectuar a prestação, ou não possa efetuá-la com segurança, por qualquer motivo que respeite a pessoa do credor. O principal efeito da consignação em depósito é a extinção da obrigação como se tivesse sido feita a prestação ao credor na data do depósito e, por outro lado, constitui entre o credor e o depositário uma obrigação de entrega<sup>2734</sup>. Diferentemente, na alienação do dinheiro em garantia, a alienação não tem como correspectivo a extinção da obrigação, mas antes garantir o cumprimento de uma obrigação. Um meio processual que não se confunde também com a alienação do dinheiro em garantia é a cessão de bens aos credores<sup>2735</sup>.

---

<sup>2729</sup> Sobre consignação em depósito, cf. ADRIANO VAZ SERRA, *Consignação em Depósito, Venda de Coisa Devida e Exoneração do Devedor por Impossibilidade da Prestação resultante de Circunstância atinente ao Credor*, in BMJ 40 (1954), pp. 5-192, p. 5 ss.; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA (col.), *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 7.ª Almedina, Coimbra, 2018, p. 259 ss.; GUILHERME ALVES MOREIRA, *Instituições de Direito Civil Português*, IV, Coimbra Empresa da Universidade, Coimbra, 1931, p. 772 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX – *Direito das Obrigações; Cumprimento e Não – Cumprimento; Transmissão, Modificação e Extinção*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, p. 666.

<sup>2730</sup> Cf. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA (col.), *Noções Fundamentais de Direito Civil*, cit., p. 259.

<sup>2731</sup> Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, cit., p. 666.

<sup>2732</sup> Cf. Também os artigos 916.º e seguintes do Código de Processo Civil, que regulam o processo para a consignação.

<sup>2733</sup> A proposta de VAZ SERRA distingue o Código de 66 do Código Civil Italiano, a de não relacionar de uma forma restrita a consignação em depósito com a mora do credor, antes alargando aos casos em que o devedor não possa cumprir em segurança, cf. Adriano Vaz Serra, *Consignação em Depósito, Venda de Coisa Devida cit.*, p. 37 ss.

<sup>2734</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, IX, cit., p. 671.

<sup>2735</sup> Em regra, a cessão de bens aos credores é aplicável nos casos em que o devedor não é capaz de cumprir as suas obrigações, oferecendo aos credores os seus bens, de modo que estes, com o produto da venda dos mesmos, satisfaçam os seus créditos. Trata-se, pois, de um instituto em que a propriedade sobre os bens do

devedor não é transmitida para os credores, porquanto estes apenas são encarregues de, com o produto da venda dos bens, satisfazer os seus créditos. Para que tal seja possível, são atribuídos aos credores poderes para administrar e alienar esses bens, cf. HUGO RAMOS ALVES, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 205. É uma figura com antecedentes históricos na *cessio bonorum* do Direito Romano, surgida por motivos humanitários, na medida em que visava atenuar os efeitos gravosos da responsabilidade patrimonial, sendo duvidosa a data do seu aparecimento. Admite-se que a cessão de bens aos credores teria por base um costume antigo, dado que a *lex Poetelia Papiria* de *nexis*, do ano 326 a.c., já lhe fazia referência, admitindo a liberação do devedor *nexus*, na eventualidade de este jurar que colocava à disposição dos credores o seu património. No entanto, a figura só viria a ser disciplinada com a *Lex Iulia de bonis cedendis*, que surgiu por volta de 27 a.c., cf. HUGO RAMOS ALVES, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 205. Esta figura permite uma liquidação privada que não produz diminuições ulteriores do património do devedor e, adicionalmente, pode conduzir a uma alienação mais rápida dos bens. Constitui, portanto, um instituto que pode ser utilizado em alternativa ao processo insolvencial ou do processo executivo, de modo a procurar obter a satisfação dos credores de forma mais expedita, na medida em que não é necessária a intermediação do juiz. A cessão de bens aos credores não pressupõe qualquer incumprimento ou, sequer, a insolvência do devedor. Por este motivo, é possível propor aos credores a cessão de bens sem que seja necessária a verificação de uma situação jurídico-económica particular e qualificada. Nos termos do artigo 831.º CC, *dá-se a cessão de bens aos credores quando estes, ou alguns deles, são encarregues pelo devedor de liquidar o património deste, ou parte dele, e repartir entre si o respectivo produto, para satisfação dos seus créditos*. O direito à execução do património do devedor é universalmente reconhecido aos respectivos credores. Por isso, os credores que não beneficiam da cessão conservam o poder de recorrer ao processo executivo para obter a alienação judicial dos bens compreendidos no património do devedor. Já, ao invés, os cessionários, tendo obtido o *iusdistrahendi* por intermédio do devedor e podendo exercê-lo extrajudicialmente, perdem a possibilidade de recurso à via coactiva - artigo 833.º. Nos termos do artigo 834.º CC, um dos principais efeitos da cessão de bens aos credores consiste na transmissão para os cessionários dos poderes de administração e disposição constitui um poder de disposição sem titularidade jurídica. Pois na cessão de bens aos credores não existe transmissão da propriedade para os credores, muito embora estes estejam legitimados a transmitir a propriedade para terceiros. Razão pela qual, GALVÃO TELLES considera que estamos perante uma transmissão fiduciária de tais direitos em benefício dos credores. GALVÃO TELLES, *Manual dos contratos*, 4.ª ed., cit., p. 194. Para mais desenvolvimento, cf. HUGO RAMOS ALVES, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 220 – 221 - dos bens objecto da cessão, o que significa que, com a cessão, o devedor não fica exonerado com a entrega dos bens aos cessionários, nem com a própria liquidação do património cedido, pois a exoneração apenas ocorre após a repartição do produto da alienação pelos cessionários, cf. HUGO RAMOS ALVES, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 220 – 221. Com efeito, os bens que integram o património do devedor nele permanecem após a cessão. É isto que, essencialmente, a demarca. A cessão de crédito também não se confunde com cessão dos rendimentos, cf. LUÍS M. MARTINS, *Recuperação de Pessoas Singulares*, I, 2.ª Almedina, Coimbra, 2012, p. 83. MATILDE CUENA Casas, *Insolvência de la Persona Física y Sobre endeudamiento Hipotecario: Intentos» de Regulación y Ninguna Solución* in Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, *Anales de Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación*, La Ley, 2012, n. 17, pp. 108-109 e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, Lisboa, *Quid Juris*, 2009, p. 778; L. CARVALHO FERNANDES, *A Exoneração do Passivo Restante na Insolvência das Pessoas Singulares no Direito Português*, in Coletânea de Estudos sobre a Insolvência, Lisboa, *Quid Juris*, 2009, pp. 275-309, MARIA DE ASSUNÇÃO OLIVEIRA CRISTAS, *Exoneração do Devedor pelo Passivo Restante*, in Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL, Setembro de 2005, Edição Especial – *Novo Direito da Insolvência*, pp. 165-182., pp. 176-177 e ADRIANO PAES DA SILVA VAZ Serra, *Cessão de Créditos ou de outros Direitos Mora do Credor*, Lisboa, 1955, pp. 37. De acordo com o regime instituído, A fonte da cessão de rendimentos é a lei, embora dependa de despacho judicial, verificados os requisitos legais. O devedor não emite qualquer declaração negocial, pois apenas requer a exoneração do passivo restante e aceita determinadas condições. O insolvente também não escolhe o cessionário, competindo ao juiz a nomeação do fiduciário. Cf. SARA RAQUEL TAVARES GOUVEIA SANTOS, *A Exoneração do Passivo Restante – Algumas Questões Controversas*, Universidade Católica Portuguesa Centro Regional do Porto Escola de Direito, Porto, 2013, p. 30.] a cessão de bens aos credores da alienação em garantia. Os credores apenas adquirem, a partir do devedor, o direito de proceder à liquidação do seu património, diferentemente da alienação de dinheiro em garantia, onde se verifica a transferência da propriedade. Mais, quanto aos fins, a cessão de bens aos credores visa facilitar o cumprimento e extinguir a obrigação do cedente e a alienação em garantia visa garantir o cumprimento de uma obrigação. Caso os cessionários desviem do fim que lhes permitiu obter o poder de disposição sobre os bens do devedor, o cedente tem legitimidade para pedir a declaração de nulidade com os respectivos

*XIV. Compensação com função de garantia.* A compensação pode ser a forma de execução de uma garantia, nomeadamente o penhor de créditos. Todavia, nada obsta a que desempenhe funções de garantia de cumprimento, na medida em que, para além de facilitar a extinção dos créditos, confere ao credor um meio supletivo de satisfação do seu crédito, porque este pode ser extinto não apenas pelo pagamento, mas através da declaração de compensação com o contra crédito que sobre ele tem o devedor.<sup>2736</sup> Diante da rigidez do sistema das garantias reais típicas, tem sido comum o recurso a garantias anómalas ou impróprias, bem como a utilização de certos institutos jurídicos com fins de garantia. Neste contexto, o recurso à compensação<sup>2737</sup> surge como uma das respostas a tais necessidades, na medida em que os bancos encontram nos créditos que o cliente tem sobre ele uma fórmula de pagamento mais ou menos segura dos créditos que têm contra o cliente<sup>2738</sup>

Na prática bancária, é frequente o recurso a convenções destinadas a permitir a compensação de créditos<sup>2739</sup>, em que um Banco concede crédito ao seu cliente, convencionando 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<sup>2740</sup> os créditos do cliente perante o Banco. Acresce ainda que é mister

---

corolários. Além disso, o devedor pode, até à data em que os bens cedidos forem alienados, pôr termo unilateralmente à cessão, desde que cumpra as obrigações a que está adstrito para com os cessionários, nos termos do artigo 836.º CC, poderes de que o devedor alienante em garantia não dispõe.

<sup>2736</sup> Cf. HUGO RAMOS ALVES, *Compensação Voluntária e Função de Garantia da Compensação*, in *Direito das Garantias*, Centro de Estudos Judiciário, Lisboa, 2017, pp. 24 ss. p. 49.

<sup>2737</sup> Sobre a função de garantia da compensação, cf. HUGO RAMOS ALVES, *Sobre a função de garantia da compensação*, in *O Direito*, ano 142, 2010, pp. 1019-1956.

<sup>2738</sup> Cf. HUGO RAMOS ALVES, *Compensação Voluntária e Função de Garantia da Compensação*, in *Direito das Garantias*, Centro de Estudos Judiciário, Lisboa, 2017, pp. 24 ss. p. 47.

<sup>2739</sup> O nosso ordenamento jurídico não restringiu a compensação às dívidas em dinheiro, admitindo ainda e relação a prestações de coisa fungíveis - artigo 207.º CC, do mesmo género e qualidade. É, por isso, possível compensar obrigações relativas à entrega de quantidades de uma mesma mercadoria, mas a compensação já deixará de ser possível se as mercadorias forem de natureza diversa. Sendo necessária a identidade do género e qualidade das coisas objeto das prestações, já não se exige que a sua quantidade seja idêntica. O facto de as dívidas não serem de igual montante, a lei determina apenas que a compensação seja parcial em relação à dívida de montante superior - artigo 847.º, n.º 2 CC. Por outro lado, o facto de ainda não estar determinada a quantidade devida não impede que se opere imediatamente a compensação - artigo 847.º, n.º 3 CC, averiguando-se posteriormente o montante em que ela ocorreu. A lei refere ainda que a diversidade de lugares de cumprimento não constitui, em princípio, obstáculo à compensação, ainda que o declarante seja obrigado a reparar os danos sofridos pela outra parte, em consequência de esta não receber o seu crédito ou não cumprir a sua obrigação no lugar determinado - artigo 852.º CC.

<sup>2740</sup> Em termos legais, para que a compensação se concretiza, é necessário que o crédito do declarante seja exigível, e que o devedor não lhe possa opor qualquer excepção, peremptória ou dilatória, de direito material - artigo 847.º n.º 1 CC. Com efeito, apenas podem ser compensados os créditos em relação aos quais o declarante esteja em condições de obter a realização coactiva da prestação. Assim, não podem ser compensados créditos de obrigação natural com dívidas respeitantes a uma obrigação civil.

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 débito.<sup>2741</sup>

Se houver acordo, o Banco pode invocar eficazmente a compensação com base na coexistência dos créditos, levando a que sua eficácia retroaja ao momento da celebração. Todavia, a compensação convencional não se confunde com a alienação de dinheiro em garantia, na medida em que, nesta verifica-se a transferência do direito logo que seja celebrado o contrato de garantia e não tem efeito extintivo da obrigação. Diferentemente, a compensação convencional destina-se à extinção imediata de créditos recíprocos<sup>2742</sup>, dado que a compensação, na sua essência, tem eficácia liberatória. Por outro lado, na alienação em garantia não há necessidade de haver créditos recíprocos, diferentemente da compensação em constitui o requisito essencial<sup>2743</sup> a existência de créditos recíprocos, requisito capaz de justificar a ligação das partes na operação negocial, permitindo aferir do motivo do contrato e, na alienação em garantia, o motivo é a própria garantia.

*XV. Novação por mudança do objecto.* A novação constitui uma das causas de extinção das obrigações distintas do cumprimento<sup>2744</sup>. Tem como particularidade o facto de a extinção da obrigação contratual decorrer da constituição de uma nova obrigação que

---

<sup>2741</sup> Cf. HUGO RAMOS ALVES, *Compensação Voluntária e Função de Garantia da Compensação*, cit., p. 47.

<sup>2742</sup> Isto implica que cada uma das partes tem que possuir na sua esfera jurídica um crédito sobre a outra parte, e apenas pode operar a compensação para extinguir a sua própria dívida. Com efeito, o declarante só pode usar para efetuar a compensação créditos seus sobre o seu credor, estando-lhe vedada a utilização para esse efeito de créditos de terceiros, ainda que o titular respetivo dê o seu consentimento - artigo 851.º n.º 2 CC. Não é, no entanto, permitido ao fiador invocar compensação com um crédito do devedor, nem ao devedor solidário invocar o crédito de outro codevedor sobre o credor. A situação contrária geraria uma desigualdade, uma vez que só o declarante poderia recorrer à compensação, ficando ao declaratário vedada essa possibilidade.

<sup>2743</sup> Sobre os requisitos da compensação, cf. Ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de Setembro de 2008, processo n.º 2001/08-1, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 02 de Março de 2010, processo n.º 160/2001, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 9 de Outubro de 2003, processo n.º 2091/03, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de Novembro de 2004, processo n.º 3045/04, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Março de 2013, processo n.º 4867/08.6TBOER-A.L1.S1, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Dezembro de 2006, processo n.º 3861/06, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 29 de Março de 2007, processo n.º 558/07-2, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Fevereiro de 2008, processo n.º 07b4401, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e Ac. Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de Janeiro de 2011, processo n.º 2226/07.7tjvnf.p1.s1, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). E doutrina e jurisprudência aí citadas, nomeadamente ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, II, 7.ª ed, p. 223, ALMEIDA COSTA, *direito das obrigações*, 11.ª edição revista e atualizada, Almedina, Coimbra, p. 1100 Menezes Cordeiro, *direito das obrigações*, vol. 2.º, AAFDL, Lisboa, p. 219, Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, II, 4.ª edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Coimbra, p.130 e Rui Alarcão, *A Confirmação dos Negócios Anuláveis*, Atlântida Editora, Coimbra, p. 180.

<sup>2744</sup> Cf. HUGO RAMOS ALVES, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 164.



vem substituir<sup>2745</sup> a primeira<sup>2746</sup>. São requisitos da novação: (a) a intenção<sup>2747</sup> de novar, expressamente<sup>2748</sup> declarada; (b) que a obrigação primitiva seja válida e não se encontre extinta ao tempo em que a segunda foi contraída, e (c) que a nova obrigação se constitua validamente<sup>2749</sup>. Nos termos da lei, a novação reveste duas modalidades: a novação objectiva e a novação subjectiva. A primeira dá-se quando o devedor contrai perante o credor uma nova obrigação em substituição da antiga (artigo 857.º do Código Civil). Esta substituição tanto pode ocorrer por haver substituição do objecto da obrigação, como pela mudança da causa da mesma prestação. A segunda, a novação por substituição do credor ou do devedor ocorre quando um novo devedor, contraindo nova obrigação é substituído ao antigo, que é exonerado pelo credor - artigo 858.º Código Civil. Extinta a antiga obrigação por novação, ficam igualmente extintas, na falta de reserva expressa, as garantias que asseguravam o seu cumprimento.

A novação objectiva tanto pode representar uma mudança no objecto da obrigação como uma alteração na sua fonte<sup>2750</sup>, mas interessa-nos a mudança no objecto. Ora, a

---

<sup>2745</sup>Cf. ALLARA, *Contributo alla teoria della Novazione Condizionale nel Diritto Civile Italiano*, in RDC XVIII (1926), pp. 313-334, p. 314.

<sup>2746</sup> Cf. BRANDÃO PROENÇA, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 37 e Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil*, Vol II – *Direito das obrigações*, Tomo IV – *Cumprimento e não cumprimento, transmissão, modificação e extinção, garantias*, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, p. 368.

<sup>2747</sup> Cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, II, 7.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, p. 193 e seguintes, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, 4.ª ed., revista e actualizada, reimp., p. 122-123 e PERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento Artigo 1230-1259. Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Giuseppe Branca*, Zanichelli, Bolonha, 1975, p. 67.

<sup>2748</sup> Sobre declaração expressa, cf. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 133-134 e Ac. STJ, de 09 de Março de 2004, proc. 04B072, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>2749</sup> Cf. VAZ SERRA, *Novação*, in BMJ, 72 (1958), p. 6. A novação tem as suas origens na *novatio* do Direito Romano, cf. Bonifacio, *La Novazione nel Diritto Romano*, Jovene, Nápoles, 1950, p. 11 ss. e LAMBRINI, *La Novazione - Pensiero Classico e Disciplina Giustiniana*, CEDAM, PÁDUA, 2006, p. 17 ss. sobre novação em Itália, cf. Di Prisco, *Altri modi di estinzione*, in *Trattato di Diritto Privato diretto da Pietro Rescigno*, IX, Tomo I – *Obbligazioni e contratti*, U. Tipografico-Editrice Torinese, Turim 1984, pp. 239-375 p. 27 e CODACCI PISANELLI, *Ampiezza del Concetto di Novazione*, in Riv. It. Sc. Giur. IV 1950, pp. 315-385, p. 353 e em França, veja os artigos 1271.º e seguintes do *Code*, na jurisprudência cf. *Cour d'appel* de Paris, de 23 Janeiro de 1996, in Bulletin 1999 IV N.º 219 p. 185 e na doutrina cf. EMMANUEL JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, LGDJ, Rennes 1999, p. 27 ss., PHILIPPE MALAURIE/LAURENT AYNES, *Les obligations*, Edition Cujas, 9.ª ed., 1998, n.º 1062; D-R MARTIN, *Du changement de contractant*, Dalloz 2001, n.º 39, Chroniques, pp. 3144-3147; PACTET, *De la réalisation de la novation*, RTC, 1975, 435, 643; Jean-Luc Aubert, *Novation*, Encycl. Dalloz, Droit civil, n.º 43; M DAGOT, *La novation par changement de débiteur et le droit hypothécaire*, JCP. 1975, I, 2693; ALAIN GHOZI, *La modification de l'obligation par la volonté des parties*, LGDJ, também em Colectânea de Direito Privado, tomo 166, p. 1980; S PIEDELIEVRE, *Effet à l'égard des cautions solidaires de l'extinction du cautionnement par suite de la novation par changement de débiteur*. Anotação ao Com. 7 Décembre 1999, in Bull. 1999, IV, n.º 219, 185; Semaine juridique, 2000, n.º 36, p. 1618; Gilles Pillet, *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*. 1, LGDJ, 2004, p. 118 e ANNE VAN DE WINKELE BAZELA, *La notion de novation*, Lille, 2001, p. 17 ss.

<sup>2750</sup> Cf. HUGO RAMOS ALVES, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 175.



novação por modificação do objecto seria similar à dação em cumprimento, tendo em conta o facto de ocorrer uma alteração do objecto da obrigação, porém, contrariamente à dação, onde o efeito extintivo é imediato, constitui-se uma nova obrigação<sup>2751</sup>. Assim, a novação não se confunde com a alienação em garantia, pois a primeira tem um efeito extintivo-constitutivo da obrigação e a segunda visa assegurar o cumprimento de uma obrigação.

Na alienação em garantia, verifica-se uma transferência de direito, em regra, da esfera do devedor para o credor. Diferentemente, na novação, não se verifica propriamente uma transferência de direito, mas apenas uma substituição do objeto da prestação e, esta substituição não visa garantir o cumprimento de uma obrigação, mas sim criar uma nova obrigação em substituição da primeira que também ela mesma pode ser garantida por uma alienação de dinheiro em garantia.

*XVI. Remissão e confusão.* A remissão, em sentido técnico-jurídico, significa, essencialmente, à renúncia voluntária ou a liberação graciosa de um direito, de crédito ou outro, renunciando-se a exigir o seu cumprimento, implicando a extinção da correspondente obrigação *lato sensu*, derivante de acordo<sup>2752</sup> entre o devedor e o credor<sup>2753</sup>. A remissão está prevista nos artigos 863.º e ss. CC. O credor, tendo direito a exigir a prestação do devedor, pode, com o acordo deste, abdicar desse direito, determinando a extinção da dívida, sem que ocorra a realização da prestação. A remissão consiste assim no acordo entre o credor e o devedor pelo qual aquele prescinde de receber deste a prestação devida. Os pressupostos da remissão são: (a) existência prévia de uma obrigação e (b) um contrato entre o credor e devedor pelo qual aquele abdica de receber deste a prestação devida.

Por outro lado, a confusão consiste na extinção simultânea<sup>2754</sup> do crédito e da dívida em consequência da reunião, na mesma pessoa, das qualidades de credor e devedor

---

<sup>2751</sup> Cf. HUGO RAMOS ALVES, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 177.

<sup>2752</sup> Cf. Acórdão do STJ, de 16 de Abril de 1997, in BMJ 466 p. 355 e Ac. RP, de 22 de Maio de 2000, in C.J., Ano XXV, Tomo III, p. 248 e TRL, de 19 de Dezembro de 2013, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>2753</sup> Cf. Ac. STJ de 1 de Julho de 2004, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). e ARP, de 12 de Setembro de 2019, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). A remissão não se confunde com a renúncia, pois esta, enquanto negócio jurídico unilateral, não é reconhecida, em termos gerais e no domínio das obrigações, como causa de extinção de créditos, cf. Ac. ARC, de 2 de Março de 2006, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Esta possui carácter unilateral, ou seja, não constitui requisito para sua ocorrência o consentimento de um terceiro. Contrário ocorre com a remissão, de carácter bilateral, em que o devedor deverá anuir à decisão do credor.

<sup>2754</sup> Cf. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9.ª edição revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2001, p. 755, Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, II, 7.ª ed., (Reimp. da 7.ª edição de 1997), Almeida, Coimbra, Coimbra p. 294, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, II, (reimp.), 1986, p. 237 e PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, III, 2ª ed., p. 344.

- artigo 868º CC. Verifica-se quando se reúne a sua titularidade na mesma pessoa. Ou o devedor assume o lugar do credor, ou o credor assume o lugar do devedor, ou um terceiro assume tanto o lugar do devedor como o do credor. Uma pessoa não pode ser devedora e credora de si mesma, só pode haver uma obrigação na medida em que haja dois sujeitos.

A confusão tem os seguintes pressupostos - artigos 868º e ss. CC: (a) a reunião da mesma pessoa das qualidades de credor e devedor<sup>2755</sup>, (b) a não pertença do crédito e da dívida a patrimónios separados e (c) a inexistência de prejuízo para os direitos de terceiro<sup>2756</sup>. Ora, estas figuras não se confundem com a alienação em garantia na medida em que, diferentemente da alienação em garantia, são meios de extinção das obrigações para além do cumprimento. A alienação em garantia é um negócio de garantia de cumprimento. Constitui-se para assegurar o cumprimento e não a extinção da obrigação e não tem efeito extintivo da obrigação. Na alienação em garantia, há, em regra, uma transmissão do direito da esfera jurídica do devedor para a do credor, diferentemente, na remissão não há nenhuma transferência de direito, apenas se abdica de exigir o cumprimento de uma obrigação, também na confusão pode até haver transferência de direito, no caso de sucessão, por exemplo se o herdeiro era devedor do *de cuius*, mas a transferência terá um efeito extintivo da obrigação e não a constituição da garantia.

---

<sup>2755</sup> Cf. VAZ SERRA, *Confusão*, in BMJ, 45, p. 23 Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, V, p. 88 e Pais de Sousa, *Anotações ao RAU*, 6.ª ed., 2001, p. 158 e PINTO COELHO, *Da Comunhão da Propriedade e da Comunhão de outros Direitos Reais*, in BMJ 103, p. 160.

<sup>2756</sup> Sobre os problemas em relação aos terceiros, cf. Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, XI, p. 248, PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, II, 5ª ed. (1962), p. 45, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, I 1964, p. 224 ss., Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª ed., 1992, p. 349 e CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 2ª ed., 1997, p. 343.

XVII. *O recurso à venda para fins de garantia.* Na prática, é frequente o recurso às modalidades de compra e venda para fins de garantia.<sup>2757</sup> Tanto na compra e venda<sup>2758</sup>

---

<sup>2757</sup> *Venda a retro.* A venda a retro é um dos contratos que se encontra previsto nos artigos 927.º CC - sobre venda a retro em Portugal, cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos Cíveis (Projecto Completo de um Título do Futuro Código Civil Português e Exposição de Motivos)*, in BMJ n.º 83, 1959, pp. 134 ss, RAÚL VENTURA, *O Contrato de Compra e Venda no Código Civil. O Preço, Venda a Retro*, ROA, 1980 pp. 643 ss, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997 pp. 222 ss, JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato no Direito Civil*, BFDUC, Suplemento XXII, Coimbra, 1975 pp. 317-318, Pedro de Albuquerque, *Contrato de Compra e Venda. Introdução, Efeitos Essenciais e Modalidades*, in *Direito das Obrigações*, III, (Lições coordenadas pelo PROF. DOUTOR A. MENEZES CORDEIRO), AAFDL, Lisboa, 1991, pp. 39 ss, Pedro Romano Martinez, *Direito das Obrigações (Parte Especial)*, *Contratos. Compra e Venda, Locação, Empreitada*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 82, ss, Pedro Romano Martinez, *Da Cessação do Contrato*, cit., pp. 281, ss, Pedro Romano Martinez/Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias do Cumprimento* cit., pp. 194 ss, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, *Contratos em Especial*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 79 ss, MANUEL BAPTISTA LOPES, *Do Contrato de Compra e Venda, no direito civil, comercial e fiscal*, Almedina, Coimbra, 1971, pp. 203 ss e L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A Venda a Retro como Instrumento de Concessão de Crédito Garantido. Do Direito Civil ao Direito Bancário*, in REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO, IV, 2007, pp. 221-262. A compra e venda consiste na venda com a faculdade de o vendedor resolver, cf. Cf. DIAS MARQUES, *Noções Elementares de Direito Civil*, Lisboa, Centro de Estudos de Direito Civil, 1973, pág. 102, *ad nutum* o contrato durante um certo período de tempo e, em consequência, readquirir a propriedade da coisa vendida sem ser necessária a celebração de um novo contrato para se operar a retransmissão do direito, bastando o exercício, de acordo com as exigências legais, do direito de resolução. Tendo em conta a estrutura da venda a retro, é possível efectuar a sua primeira distinção com a alienação em garantia, pois a estrutura da alienação em garantia afasta-se da estrutura da venda a retro com função de garantia, na medida em que naquela a extinção opera pelo cumprimento da obrigação, enquanto na segunda opera por força do exercício do direito de resolução exercido pelo vendedor/devedor. Ou seja, na venda a retro, a extinção deve-se a exercício de um direito enquanto na alienação em garantia opera por meio do cumprimento de uma obrigação. Na venda a retro, o fundamento do dever de restituição é o exercício do direito de resolução pelo vendedor, cuja consequência é desencadear a aplicação do regime previsto nos artigos 432.º e seguintes CC, que é equiparada quanto aos efeitos à nulidade e à anulabilidade do negócio jurídico - artigo 433.º - o que significa que a propriedade se retransmite, o comprador fica obrigado a entregar a coisa e o vendedor fica obrigado a devolver o preço recebido pela venda da coisa - artigo 289.º CC. Diferentemente, na alienação em garantia, o dever de restituição da coisa relaciona-se com um das manifestações ou princípios do próprio Direito das Garantias que é o da acessoriedade, ou seja, mesmo sendo autónoma a garantia, dificilmente será absolutamente autónoma, cf. MARCO ROSSETTI, *Contrato Autonomo de Garanzia*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turim, p. 12, neste caso fraca, mas a titularidade na esfera jurídica do credor está vinculada objectivamente a uma função de garantia de um crédito e, deixando de existir crédito, deixa de existir fundamentos para a manutenção de tal propriedade, pois não há garantia sem crédito garantido. Por outro lado, diferentemente da venda a retro - artigo 927.º CC e 879.º CC, na alienação em garantia, por ser um negócio próprio, não há preço, cf. MASSIMO BIANCA, *Il Divietto del Patto Commissorio*, Giuffrè, Milão, 1957, p. 117, pode é garantir o pagamento de um preço, mas este não faz parte da sua estrutura intrínseca. Na venda a retro o vendedor tem um direito potestativo à resolução do contrato que só pode ser exercido mediante o reembolso do preço ao comprador, colocando o comprador num estado de sujeição durante determinado período de tempo. Diferentemente, na alienação em garantia, o alienante exige o cumprimento da obrigação de retransmissão dos bem alienados em garantia quando por qualquer causa é extinta a obrigação garantida, em regra por cumprimento. Na compra e venda, a função de troca é que explica o sinalagma que existe entre a obrigação de pagamento do preço e a obrigação de entrega da coisa/transferência do direito. Este sinalagma não se insere na natureza jurídica da alienação em garantia, cf. GONÇALO L. Albuquerque, *Admissibilidade da Alienação Garantia*, in BFDUNL, Lisboa, 2018, p. 21, na medida em que o financiamento não é um efeito do contrato de alienação em garantia, mas de um outro contrato cuja obrigação do cumprimento é garantida pela alienação em garantia. Ao invés, no contrato de compra e venda, em princípio, as obrigações de pagamento do preço e entrega da coisa vendida constituem-se simultaneamente, não necessitando de qualquer relação de base. Diferentemente, na alienação em garantia, a finalidade global do negócio é garantir o cumprimento da obrigação que deriva de um outro negócio. Assim, a alienação do dinheiro em garantia possui uma função

jurídica, económico e social de garantia, que extravasa a elasticidade da compra e venda, frustrando a aplicação directa do seu regime, cf. CARVALHO FERNANDES, *A Admissibilidade do Negócio fiduciário*, cit. p. 233, refere que *não é uma venda, se se tratar de direitos reais, nem uma cessão, se se referir a direitos de crédito*. Na denominada venda em garantia, o devedor vende ao credor um bem que antes lhe pertencia, mas este último não paga efectivamente o preço convencionado porque ele corresponde - efectivamente ou por declaração das partes - ao montante do seu crédito. Tanto na alienação em garantia, como na compra e venda, verifica-se a transmissão do direito. *Como verdadeiro negócio indirecto, não pode afirmar-se, à partida, lícito ou ilícito, o contrato de alienação fiduciária em garantia* cf. Ac. TRP, de 05 de Outubro de 2011 (Vieira e Cunha), proc. n.º 1942/06.5TBMAI.P1 e Ac. STJ de 16 de Março de 2011 (Lopes do Rego), proc. n.º 279/2002.E1.S1, ambos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt); Ac. STJ, de 23 de Fevereiro de 2012, Proc. n.º 1942/06.5TBMAI.P1.S1, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), na doutrina, cf. G. SCALFI, *Negozi Indiretto*, in Enc. Giur., XX, Roma, 1990, p. 5. Sobre críticas a esta categoria deste de negócios, cf. M. DI PAOLO, *Negozi Indiretto*, Dig. Proc. Civ., XII, Torino, 1995, S. Romano, *Donazione Indiretta e Negozi Indiretto*, RDP, 2008, pp. 607 ss. A maioria da doutrina portuguesa admite a validade dos negócios indirectos. Todavia, quanto à sua natureza é ainda discutível se constitui ou não um negócio típico, cf. Cf. ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio Jurídico Indireto (Teoria Geral)*, Boletim da Faculdade de Direito, Suplemento X, Coimbra Editora, Coimbra pp. 14, 31 e 42. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil*, III, cit. p. 307 e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, cit., p. 244, consideram que os negócios indirectos são atípicos. No sentido contrário, cf. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral*, II, cit., p. 179 e ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio Jurídico Indireto*, cit., p. 145. Porém, ambas as posições consideram que, diferentemente de um contrato atípico puro, o facto de se tratar de um negócio indirecto não implicará significativas especialidades de regime jurídico, cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, cit., p. 250. Para CATARINA PIRES, *Alienação*, cit., p. 90. Ou seja, será negócio indirecto quando haja referência a um tipo negocial, mas as alterações efectuadas pelas partes não abalam as notas fundamentais do tipo. Cf. Orlando de Carvalho, *Negócio Jurídico Indireto*, cit., p. 63.], se o tipo de base – referido pelas partes – sofrer uma alteração substancial, o resultado não identificará com o negócio indirecto. No fundo, os que consideram que a alienação em garantia constitui uma venda indirecta, julgam que as partes querem utilizar o tipo contratual da compra e venda para um fim que não corresponde à função económico-social típica de troca da compra e venda. Ou seja, que as partes desejam o regime da compra e venda - Recentemente, em Itália, o tribunal anulou um contrato de alienação em garantia por o considerar que se trata de venda com fins de garantia que dissimulava mútuo com pacto comissório, cf. *Cass. Civ.*, de 12 de Agosto de 2019, in <https://www.formazionegiuridica.org> - para operar a transmissão do direito, mas celebram um pacto de adaptação - o *pacto fiduciæ*- para conformar o negócio com o fim de garantia. Nos termos do artigo 874.º CC, os principais, cf. RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço*, cit., p. 660-661, efeitos da compra e venda são, a transmissão do direito, a obrigação da entrega e a obrigação do pagamento do preço - cf. MANUEL BAPTISTA LOPES, *Do Contrato de Compra e Venda*, Almedina, 1971, p. 11 ss. e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Contrato de Compra e venda. Direito das Obrigações*, III, cord. Menezes Cordeiro), in AAFDL, 1991, pp. 11 ss. Na jurisprudência, cf. Ac. STJ, de 12 de Setembro de 2003, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Sobre compra e venda na jurisprudência na vigência do Código de Seabra cf. Ac. STJ, de 02 de Dezembro de 1963 in BMJ, n.º 131, p. 245; Ac. STJ de 2 de Maio de 1960, in BMJ n.º 97 p. 392 e Ac. STJ, de 25 de Maio de 1962, in BMJ, n.º 117 p. 486.. A primeira finalidade na compra e venda, para o comprador é a aquisição do direito e a entrega da bem e para o vendedor é a recepção do preço. Assim, na compra e venda, há uma bilateralidade de custos e benefícios e, por ou lado, há uma divergência entre as finalidades das partes, cf. FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos*, II, cit., p. 129. na medida em que, como atrás referido, o comprador pretende receber o direito e a entrega do bem e o vendedor pretende receber o preço. Diferentemente, na alienação do dinheiro em garantia, ambas as partes têm apenas uma finalidade, a constituição da garantia, em que a transferência da propriedade constitui apenas um meio, cf. CATARINA PIRES, *Alienação*, cit., p. 90. Na compra e venda, os vínculos que ligam o comprador e o vendedor derivam do próprio contrato de compra e venda ou de cumprimento de um contrato promessa previamente celebrado. Diferentemente, na alienação em garantia, há sempre uma relação prévia onde deriva a obrigação garantida pela transferência do direito. Na alienação em garantia, diferentemente de compra e venda, o adquirente de direito não tem um dever de pagar a contraprestação pela aquisição do direito, pois este garante o cumprimento de crédito derivado de outra relação. Por outro lado, diferentemente da compra e venda, há uma certa precariedade na aquisição, na medida em que o adquirente, com o cumprimento da obrigação garantida, deve retransmitir o bem adquirido em garantia, cf. CATARINA PIRES, *Alienação*, cit., p. 91. As partes, às vezes, utilizam a compra e venda como tipo de referência, em concreto, venda com pacto de retrovenda. Em regra, quando as partes celebram um negócio jurídico, dão-lhe uma designação. Às vezes, essa designação demonstra a vontade de submeter o contrato ao regime de certo tipo, às vezes o tipo designado é usado como modelo com as alterações das partes que acabam por

afastá-lo do tipo. Por isso, para o feito da determinação do tipo, é necessário efectuar o processo de qualificação cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, cit., p. 117 ss., PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contrato de Utilização de Lojas em Centros Comerciais*, cit., p. 546 ss. e ANA ISABEL DA COSTA AFONSO, *Os Contratos de Instalação de Lojistas em Centros Comerciais*, cit., p. 11 ss. Neste caso em concreto, pode-se partir com um dos índices que é o tipo. A qualificação de um contrato é uma operação, nos termos do qual, perante o contrato objecto da qualificação, o intérprete determina a que tipo pertence, Cf. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, cit., p. 111; Maria Costanza, *Il Contratto Atípico*, cit, p. 176 e Pais de Vasconcelos, *Contrato de Utilização de Lojas em Centros Comerciais, Qualificação e Forma*, cit., p. 536. A qualificação permite-nos determinar o tipo de negócio em causa, cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contrato de...*, ob. cit, p. 537, no caso em concreto, se se trata de alienação em garantia ou de uma venda com pacto de retrovenda, na medida em que estas figuras não se confundem. Pois em ambos os negócios, há uma transmissão e retransmissão de direito, mas, em termos técnico-jurídico, há diferenças entre a venda com este pacto e a alienação em garantia. O pacto de retrovenda consiste num acordo associado a uma venda anteriormente celebrado, em que as partes visam constituir uma garantia. Do referido pacto, deriva as obrigações por ambas partes, ou apenas duma delas, de decorrido determinado período de tempo, celebrarem uma outra venda com os efeitos contrários aos da primeira, o vendedor volta a reaver a sua coisa e o comprador, o preço. Em regra, as partes celebram este pacto de retrovenda como um contrato-promessa - bilateral ou unilateral - unido a um contrato de compra e venda - cf. D. BARBERO/A. LISERRE/G. Florida, *Il Sistema del Diritto Privato*, 3.<sup>a</sup> ed., UTET, Torino, 2001, p. 718; Raúl Ventura, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, cit., p. 660; DOMENICO RUBINO, *La compravendita*, 2.<sup>a</sup> ed., In *Tratatto di Diritto Civile e Commerciale*, (dir, por mAntonio Cicu e Francesco Messineo), XXIII, Giuffrè Torino, 1965, p. 1028; M. Bianca, *Vendita (diritto vigente)*, NovissDi, XX, pp. 604 ss., p. 622; D. BARBERO, *SistemaI Istituzionale del Diritto Privato Italiano*, II, *Obbligazioni e Contratti. Successioni per causa di morte*, cit., p. 306 e L. Miguel Pestana de Vasconcelos, *A Venda a Retro como Instrumento de Concessão de Crédito Garantido.*, cit., p. 239. Considera GALVÃO TELLES, *Contratos civis*, cit., p. 134, que tecnicamente, o pacto de retrovenda poderia ser uma revenda entre as mesmas partes celebrada ao mesmo tempo que a venda, ficando a segunda venda, como simples proposta sujeita à aceitação da outra parte ou como venda completa, subordinada à condição suspensiva da sua concordância posterior - A retransmissão da propriedade, ao contrário do que se passa na venda a retro - os preços de compra e de revenda em princípio serão diversos, para se incluir neste último, em regra, o custo do capital. Na venda a retro, pelo contrário, há uma única compra que pode ser destruída, durante um determinado período de tempo, com consequências retroativas em relação à requisição do direito. Depois desse período de tempo, extingue o direito de resolução do contrato por parte do vendedor. Nos termos do artigo 928.º CC, não há diferenças de preço nem o pagamento de outras vantagens em contrapartida da resolução do contrato. Por outro lado, enquanto o vendedor pode ou não exercer o seu direito de resolução do contrato, nessa figura, sendo o contrato-promessa bilateral, ele está mesmo obrigado a readquirir o bem vendido nas condições previstas no contrato. Claro está, e nesse ponto haverá uma maior aproximação entre as figuras, que a promessa pode ser somente unilateral, por parte do comprador (promessa de revenda), o que significa que o vendedor não terá que readquirir o bem. Por fim, a posição do vendedor que cumpre, ou seja, que pretenda devolver o preço, é mais sólida do que na venda com pacto de revenda, na configuração referida, cf. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A Venda a Retro como Instrumento de Concessão de Crédito Garantido.*, cit., pp. 240 – 241.

A referência apenas à compra e venda como tipo de referência na alienação em garantia não é suficientemente elucidativa, embora pudesse ser apoiada numa leitura tipológica do artigo 939.º, na parte em que refere *as normas da compra e venda são aplicáveis aos outros contratos onerosos pelos quais se alienem bens ou se estabeleçam encargos sobre eles, na medida em que sejam conformes com a sua natureza*. A alienação em garantia apresenta uma estrutura comparável e partilha da mesma função económico-social com as garantias especiais das obrigações, dissemelhando das que estão tipificadas no Código de 66 nela se transmite plenamente o direito sobre um bem para a esfera jurídica do credor. Naquelas constitui-se um direito real de garantia. A estrutura da compra e venda, como foi analisado, não é semelhante à estrutura da alienação em garantia e a função económico-social é distinta, cf. Gonçalo L. Albuquerque, *Admissibilidade da Alienação Garantia*, cit., p. 24 - o comprador, como vimos, não pode, através do regime da venda a retro, obter o ressarcimento do custo do financiamento, recebe apenas o preço que havia pago, o que por si, explica que o regime jurídico da compra e venda não resolve as questões essenciais que sobrevêm à alienação em garantia no que respeita à sua validade, efeitos e conteúdo e são estrutural e funcionalmente diferentes, cf. GONÇALO LOBO ALBUQUERQUE, *Admissibilidade da Alienação Garantia*, cit., p. 23. Diferentemente da venda com pacto de retrovenda, na alienação em garantia, a transferência da propriedade garante o cumprimento da obrigação derivada de um outro negócio jurídico, em regra, previamente celebrado. Por outro lado, na venda com pacto de retrovenda, o que justifica

como na alienação em garantia verifica-se a transferência do direito, *maxime*, da propriedade. Na matéria da causa dos negócios, há quem considere que será um negócio causal quando a sua fonte tenha de ser explicitada para que a sua eficácia se manifeste e subsista e, será abstracto quando esta eficácia se produza e conserve independentemente da concreta configuração que o haja originado.<sup>2759</sup> Talvez para justificar a causa<sup>2760</sup> da alienação em garantia, muita das vezes, as partes escolhem os termos relacionados com compra e venda. Aliás, encontramos um texto curioso na jurisprudência recente: *No caso da venda fiduciária em garantia, o credor/comprador adquire imediatamente a propriedade do bem, através do ato de alienação, documentado por escritura pública e susceptível de imediata inscrição no registo predial, podendo passar a apresentar-se no comércio jurídico como legítimo proprietário do prédio. Mas se ulteriormente for cumprida a obrigação que se pretendia indirectamente garantir através da venda fiduciária realizada ou mostrando-se, de qualquer outra forma, exaurido o fim de garantia do crédito, é lícito ao interessado invocar o “pactum fidutiae” informalmente acordado com o credor, onde se estipulou uma verdadeira obrigação pessoal de revender*<sup>2761</sup> a coisa que lhe foi alienada.<sup>2762</sup> Neste caso, o tribunal entendeu que a

---

juridicamente a retransmissão do bem é um novo contrato de compra e venda em execução de um contrato/pacto. Diferentemente, na alienação de dinheiro em garantia, em regra, o que justifica a retransmissão do bem é o cumprimento de uma obrigação derivada de um outro contrato e, em regra, com a remuneração do capital. Com o cumprimento da obrigação garantida, na alienação em garantia, a permanência do direito de propriedade deixa de ter causa na esfera jurídica do adquirente, por isso, nasce na sua esfera jurídica a obrigação de restituir/retransmitir o bem adquirido em garantia. Portanto, a alienação em garantia não se confunde com a venda com o pacto de retrovenda.

<sup>2758</sup> Sobre compra e venda, cf. MANUEL BAPTISTA LOPES, *Do contrato de compra e venda (no direito civil, comercial e fiscal)*, Almedina, Coimbra, 1971, p. 11 ss.

<sup>2759</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, I, I, 317.

<sup>2760</sup> Cf. S. PUGLIATTI, *Precisazioni in tema di vendita a scopo di garanzia*, in RTDPC, 1950, pp. 298 ss., e S. PUGLIATTI, *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica*, Saggi, Milão, 1951, pp. 334 ss. Sobre a incompatibilidade entre a alienação e a função de garantia, cf., na doutrina recente, FRANCO ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milão, 1996, pp. 303 ss., Nicola Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Edizione Scentifiche Italiane, Napoles, 2000, pp. 88 ss. e U. LA PORTA, *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Giuffrè, Torino, 2000, pp. 146 ss.

<sup>2761</sup> Cf. MASSIMO BIANCA já criticava essa tendência jurisprudencial que identifica a alienação em garantia com a compra e venda, na medida em que na alienação em garantia não há preço, que é um elemento típico da compra e venda e, o fim e a causa não se confunde com a da compra e venda. Cf. MASSIMO BIANCA, *Il Divietto del patto Commissorio*, Giuffrè, Milão, 1957, p. 117.

<sup>2762</sup> Cf. Ac. STJ, de 28 de Junho de 2017 – Roque Nogueira (Relator), in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), ainda o mesmo acórdão realça que a doutrina portuguesa corrente é hoje favorável, em termos gerais, à admissibilidade da figura do negócio fiduciário, citando, essencialmente, Manuel Januário da Costa Gomes, *Assunção Fidejussória de Dívida*, cit., pp. 92 a 94; ANDRÉ FIGUEIREDO, *O Negócio Fiduciário Perante Terceiros*, cit., p. 90; CATARINA MONTEIRO PIRES, *Alienação em Garantia*, cit., 2009, p. 99; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, cit., II, p. 175 e PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil, Anotado*, cit., II, na 2.ª Edição, p. 698. Recentemente, numa qualificação mais autónoma, acórdão do STJ, de 24 de Abril de 2018, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), *As relações jurídicas fiduciárias constituem-se, modificam-se e extinguem-se segundo as regras gerais aplicáveis aos negócios jurídicos de natureza*



alienação fiduciária em garantia constitui, estruturalmente, um negócio pelo qual, as partes, através da inserção de uma cláusula condicional – *pactum fiduciae* – adequam o conteúdo da compra e venda à consecução da garantia. Nota – se uma tendência<sup>2763</sup> na redução da alienação em garantia ao contrato de compra e venda<sup>2764</sup>.

A doutrina tem dado resposta a esta situação. VARONE<sup>2765</sup>, considera que a alienação em garantia possui uma fisionomia própria que não se confunde com o negócio fiduciário<sup>2766</sup>, nem sequer com o negócio indirecto de venda com fins de garantia considerando que o contrato de compra e venda não se concilia com a causa<sup>2767</sup> da garantia. Na Doutrina portuguesa PAIS DE VASCONCELOS<sup>2768</sup> considera que a alienação em garantia constitui um negócio atípico. Aida considera que no negócio fiduciário, as partes manipulam um tipo e, aliás, ultrapassam-no e saem para fora do tipo. Considerando que a venda em garantia é uma delas, na medida em que os tipos utilizados nos negócios fiduciários são objeto não já do enriquecimento interior da clausula normal, mas de verdadeiras mutações. Em relação à cessão de crédito em garantia, considera MENEZES LEITÃO<sup>2769</sup> que, neste caso, a alienação em garantia constitui um negócio fiduciário, por meio da qual, o direito - crédito - é transmitido para terceiro com o objetivo de garantir a cobrança de um outro crédito deste sobre cedente desvendo o cessionário retransmiti-lo àquele logo que conseguir a cobrança.

---

*privada, estando por isso sujeitas às normas que disciplinam a (in) validade dos negócios jurídicos em geral, sendo o negócio celebrado susceptível de ser anulado por ser usurário. Veja também Ac. STJ, de 11 de Maio de 2000 e de 5 de Julho de 2007, ambos em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), e CALVÃO DA SILVA, Contratos Coligados, venda em garantia e promessa de revenda. Anotação ao Acórdão do STJ, de 16 de Maio de 2000, in RLJ, ano 122, n.º 3911/3912, 2000, pp. 66 ss.*

<sup>2763</sup> Segundo a indicação da doutrina, era também assim em Itália. Cf. D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Diretto da A. Cicu e F. Messineo, 2.ª ed., Milão, 1971, pp. 1027 ss., e P. GRECO/G. COTTINO, *Della Vendita*, in *Commentario del codice civile*, Scialoja-Branca, Bologna/Roma, 1972, pp. 275 ss.

<sup>2764</sup> Porque a compra e venda é apto para transmitir direitos reais ou crédito. A compra e venda tem, em princípio, como efeito real a transmissão do direito de propriedade para a esfera jurídica do comprador, obrigando-se o comprador a pagar o preço e o vendedor a entregar a coisa objecto do contrato. Com efeito, estruturalmente, nota-se certa aproximação com a alienação em garantia. Pois o comprador seria o adquirente/credor na alienação em garantia. O vendedor é o alienante/devedor. O preço seria uma concessão de crédito. É estipulada uma cláusula de venda a retro cujo preço constitui o capital e eventualmente os juros do empréstimo.

<sup>2765</sup> Cf. CLAUDIO VARONE, *Il Trasferimento della Proprietà a Scopo di Garanzia*, EUGENIO JOVENE, Nápoles 1968, p. 85, cit. por PUGLIATI, *Precizasazioni in Tema di vendita a scopo de garanzia*, in RTDPC, IV, 1950, pp. 298 ss., p. 299.

<sup>2766</sup> Não concordamos com o autor nessa parte. O autor defende a estrutura dualista dos negócios fiduciários, por essa razão estabelece a diferença entre alienação em garantia e os negócios fiduciários.

<sup>2767</sup> Cf. O.T. SCOZZAFAVA, *Note in tema di alienazione a scopo di garanzia*, in *Contratto e impresa*, 2006, pp. 24 ss.

<sup>2768</sup> Cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Em Tema de Negócio Fiduciário*, cit., p. 25.

<sup>2769</sup> Cf. MENEZES LEITÃO, *Cessão de Créditos*, cit., p. 289.

JANUÁRIO COSTA GOMES<sup>2770</sup> considera que a cessão de crédito em garantia consiste na situação em que se transmite um crédito a terceiro, em regra, o credor, para garantia de cumprimento de uma obrigação. Nota-se que em relação à cessão de crédito o problema coloca-se em termos diferentes, talvez porque nos termos dos artigos 577.º e seguintes do Código Civil, a disciplina base pode conjugar-se com diferentes tipos negociais com efeito transmissivo, nomeadamente compra e venda, doação ou um negócio de constituição de garantia de cumprimento, razão pela qual a doutrina tradicional admite com mais facilidade a cessão de crédito em garantia<sup>2771</sup>, atenuando a discussão quanto à causa e à própria admissibilidade<sup>2772</sup>. CATARINA PIRES<sup>2773</sup> considera que, em Portugal, a falta de concretização normativa fora do Decreto-Lei n.º 105/2004 não deve determinar o caminho forçado da aplicação analógica do regime da compra e venda<sup>2774</sup> e que a alienação em garantia não deve ficar confinada ao espaço de relevância normativa da compra e venda. Nota-se que na compra e venda, o preço é estipulado pelas partes como contrapartida económica da coisa objecto do contrato e da transmissão. Diferentemente, Na alienação em garantia, a prestação efectuada pelo credor adquirente ao alienante devedor não é um preço, mas sim um financiamento que deve ser restituído ulteriormente. Aliás a obrigação garantida não é querida e estipulada pelas partes como contrapartida económica da coisa alienada. Mesmo na venda a retro, a cláusula a retro configura-se como um direito potestativo do vendedor à resolução do contrato. A obrigação de retransmissão na alienação em garantia não é uma cláusula resolutiva, mas uma obrigação que se torna exigível mediante o cumprimento da obrigação garantida, que justificava a transmissão do bem. A alienação do dinheiro em garantia constitui um tipo próprio. Aliás, a doutrina italiana deixou de usar o termo *vendita a scopo de garanzia*, passando a usar *alienazione in funzione di garanzia*.<sup>2775</sup>

---

<sup>2770</sup> Cf. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória*, cit., p. 97.

<sup>2771</sup> Cf. F. MACARIO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in Riv. Dir. Civ., 2006, p. 361 ss.

<sup>2772</sup> Cf. CATARINA PIRES, *Alienação em Garantia*, cit. p. 87.

<sup>2773</sup> Cf. CATARINA PIRES, *Alienação em Garantia*, cit. p. 88.

<sup>2774</sup> Alguma jurisprudência considera que a alienação em garantia constitui um contrato indireto da compra e venda cf. Ac. TRP, de 05 de Outubro de 2011 (Vieira e Cunha), proc. n.º 1942/06.5TBMAL.P1 e acórdão do STJ de 16 de Março de 2011 (Lopes do Rego), proc. n.º 279/2002.E1.S1, ambos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>2775</sup> Cf. M. COSTANZA, *Sulle Alienazioni in Garanzia e il Divieto del Patto Commissorio*, Anotação à Cass., sez. un., 21 Abril 1989, n. 1907, in Giust. Civ., 1989, I, p. 1821; F. ANELLI, *L'alienazione in Funzione di Garanzia*, cit., p. 447; G. BAVETTA, *La Cessione di Credito a Scopo di Garanzia*, in Dir. Fallimento., 1995, I, pp. 588 ss.; A. A. DOLMETTA/G.B. PORTALE, *Cessione del Credito e Cessione in Garanzia nell'Ordinamento Italiano*, in Banca, Borsa, Tit. Cred., 1999, I, pp. 100 ss.; B. INZITARI, *Forme di garanzie atipiche e indirette nel fallimento: La Cessione del Credito a Scopo di Garanzia*, in Fallimento, 2002, pp. 963 ss.; F. MAIMERI, *Le Garanzie Bancarie «Improprie»*, Torino, 2004, pp. 17 ss.; U. Stefini, *La Cessione del Credito con Scopo di Garanzia*, Milão, 2007, Giuseppe Minitti, *Patto Marciano e*



XVIII. *Transferência da propriedade operada pelo sinal*. O sinal envolve uma antecipação do cumprimento.<sup>2776</sup> No contrato promessa, sobretudo de compra e venda<sup>2777</sup>, é frequente o sinal, isto é, uma coisa, normalmente uma quantia pecuniária, que um dos contraentes entrega ao outro, no momento da celebração do contrato ou em momento posterior. O código Civil não contém definição do sinal<sup>2778</sup>, mas consiste na entrega feita por uma das partes de uma coisa que coincide, no todo ou em parte, com a prestação a que fica adstrito.

De acordo com o disposto no artigo 442.º CC, se o contrato-promessa - ou outro contrato no âmbito do qual foi entregue sinal - for cumprido, ou seja, for cumprida a obrigação de celebrar o contrato definitivo, o sinal é imputado na prestação a efetuar. Se essa imputação não for possível, o sinal deve ser restituído. Pelo contrário, se houver incumprimento da obrigação, a solução varia, consoante esse incumprimento se deva ao *dans* ou ao *accipiens*.

No primeiro caso, o *dans* perde o sinal que entregou à contraparte. No segundo caso, o *accipiens* deverá devolver o sinal em dobro ao *dans*. Um dos efeitos do sinal, tal como se verifica na alienação em garantia, é a transmissão da propriedade da coisa entregue para o *accipiens*<sup>2779</sup>, mas não se confundem. O sinal é uma cláusula muito antiga na história do direito, que existe já desde o direito grego. A sua função nos contratos variou entre a função confirmatória do empenho das partes e do seu intuito na celebração do contrato definitivo, e a função penal, isto é, a pena aplicada à parte inadimplente<sup>2780</sup>.

---

*Irragionevolezza del Disporre in Funzione di Garanzia*, Giappichelli, Torino, 2007, p. 61, DE NICTOLIS, *Nuove Garanzie Personali e Reali*, CEDAM, PÁDOA 1998, p. 457 e De Nictolis, *Divietto, del Patto Commissorio, Alienazioni in Garanzia e Sale-lease-back*, in RDC II, 1991, pp. 351 ss., p. 353 e D. VALENTINO, *La Circolazione dei Beni in Funzione di Garanzia*, in RDC, 2007, pp. 511 ss., p. 534.

<sup>2776</sup> Cf. HUGO RAMOS ALVES, *Do Penhor*, cit., p. 260.

<sup>2777</sup> Nos termos do artigo 441, º CC, no contrato-promessa de compra e venda, presume-se que tem carácter de sinal toda a quantia entregue pelo promitente-comprador ao promitente vendedor, ainda que a título de antecipação ou princípio de pagamento do preço. Assim, o artigo 441.º CC consagra uma presunção elidível, aplicável, em termos literais, apenas ao contrato-promessa de compra e venda. Com efeito, quando o promitente-comprador entrega uma coisa ao promitente vendedor, presume-se ser a entrega do sinal. Todavia, embora a presunção apareça restrita à promessa de compra e venda, actualmente, defende-se a aplicabilidade desta presunção a outros contratos-promessa para além do de compra e venda. Este entendimento assenta no princípio da equiparação do regime jurídico do contrato-promessa ao regime jurídico do contrato definitivo - artigo 410.º n.º 1 CC.

<sup>2778</sup> Cf. HUGO RAMOS ALVES, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 484.

<sup>2779</sup> Quando o objecto do sinal for uma coisa infungível, a questão sobre a transmissão da propriedade é mais complexa.

<sup>2780</sup> Cf. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, cit., p. 245. Actualmente, em face do regime do sinal a doutrina portuguesa divide-se quanto à sua classificação com função confirmatória ou penitencial. Todavia, parece de adotar o entendimento que sufragar a função confirmatória, na medida em que o Código Civil consagra a cláusula penal para os casos de arrendimento, cf., nomeadamente ANA MARIA CORREIA RODRIGUES PRATA, *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 888 ss.; ANA COIMBRA, *O Sinal, Conceito e Regime no Ordenamento Jurídico Actual*, Lisboa, 1988,

Em termos da estrutura contratual, quando as partes estipulam o sinal, significa que pretendem imprimir um maior compromisso<sup>2781</sup>, uma confirmação de que pretendem o seu cumprimento.

O sinal funciona como fixação antecipada da indemnização, em caso de não cumprimento, pelo que a parte não poderá reclamar outras indemnizações, para além das previstas no artigo 442.º CC.<sup>2782</sup> Quando as partes estipulam o sinal, no fundo, determinam previamente o valor da pena, em caso de incumprimento.

Assim, em termos estruturais, o sinal não se confunde com a alienação em garantia, pois esta constitui um negócio e o sinal cláusula acessória típica. A alienação em garantia visa garantir o cumprimento de uma obrigação, enquanto o sinal tem função predominantemente sancionatória e confirmatória. Com o sinal, em caso de incumprimento do *accipiens*, este tem de restituir em dobro. Diferentemente, na alienação em garantia, dificilmente podemos falar de incumprimento da parte que recebe o bem em garantia porque, a transferência da propriedade visa garantir apenas o cumprimento da obrigação do alienante e, se o devedor não cumprir, tendo em conta o princípio da proibição do pacto comissário, diferentemente do regime de sinal, o credor não pode, em regra, simplesmente ficar com a coisa, tem que executar a garantia, cumprindo certos requisitos que visam impedir o enriquecimento sem causa. Diferentemente da alienação em garantia, o sinal faz parte da própria prestação, pois nos termos do artigo 442.º CC, a coisa entregue deve ser imputada na prestação devida, ou restituída quando a imputação não for possível. Na alienação do dinheiro em garantia, o bem transferido não faz parte da prestação, aliás, garante o cumprimento de um outro negócio.

---

p. 7 ss.; ANTUNES VARELA, *Sobre o Contrato-Promessa*, 2.ª ed., Coimbra, 1989, p. 113; GRAVATO MORAIS, *Contrato-Promessa em geral e Contrato-promessa em especial*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 233 e 234; MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Em Tema de Contrato-promessa*, AAFDL, 1990, pp. 15, ss.; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Sinal e Contrato Promessa*, 13ª ed., Almedina, Coimbra, 2010; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Contrato promessa. Análise para Reformulação do DL nº 236/80*, in BMJ (separata), n.º 349, Ano 1985, n.º 12; ANTÓNIO LUÍS GONÇALVES, *À volta do contrato-promessa*, in Revista do Direito e Estudos Sociais, n.º 3, Ano XXIX, Julho -Setembro, 1987; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *O Novíssimo Regime do Contrato-promessa*, in Estudos de Direito Civil, I, BMJ, n.º 306, Maio, 1981; A. MENEZES CORDEIRO, *Da Retenção do Promitente na Venda Executiva*, in Revista da Ordem dos Advogados, Ano 57, II; Almeida Costa, *Contrato-Promessa. Uma Síntese do Regime Actual*, ROA (separata), Ano 50-I, Lisboa, Abril, 1990 e VASCO XAVIER, *Contrato-promessa, algumas notas sobre alterações constantes do Decreto-Lei nº 236/80, de 18 de Julho*, in Revista do Direito e de Estudos Sociais, Ano XXVII, 1980, n.º 4, Janeiro - Dezembro, em especial, cf. NUNO PINTO OLIVEIRA, *Cláusulas penais, Cláusulas Penitenciais e Sinal: Crítica da Concepção Unitária de Sinal do Código Civil Português*, in *Cláusulas Acessórias ao Contrato - Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar; Cláusulas Penais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 176-195 e NUNO PINTO OLIVEIRA, *Ensaio sobre o Sinal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

<sup>2781</sup> Cf. HUGO RAMOS ALVES, *Dação em Cumprimento*, cit., p. 485.

<sup>2782</sup> Cf. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, I, cit., p. 244.

XIX. *Extensão do artigo 939.º CC e a presunção do artigo 442.º CC.* Nos termos do artigo 440.º CC se ao celebrar-se o contrato ou em momento posterior, um dos contraentes entregar ao outro coisa que coincida, no todo ou em parte, com a prestação a que fica adstrito, é a entrega havida como antecipação<sup>2783</sup> total ou parcial do cumprimento, salvo se as partes quiserem atribuir à coisa entregue o carácter de sinal. Na alienação em garantia, em regra, a coisa é entregue ao credor, pelo que se questiona se a este negócio é aplicável o disposto no referido artigo, até porque na alienação em garantia não querem atribuir à coisa entregue o carácter de sinal. Esta questão coloca-se quando se trata de alienação em garantia que visa garantir o cumprimento de uma obrigação futura<sup>2784</sup>, mas também quando a coisa alienada for entregue no momento posterior à constituição da obrigação garantida. Mesmo que não houvesse consagração legal ou regime de alienação em garantia, não seria de admitir a aplicação desta disposição à alienação em garantia, porque determinaria a distorção do próprio contrato de alienação em garantia e o desrespeito da autonomia de vontade das partes. Na alienação em garantia, o fim visado pelas partes é incompatível com a solução consagrada no artigo 440.º CC, na medida em que há uma autonomia contratual entre a alienação em garantia e a obrigação garantida pela transferência do direito da propriedade.

A relação entre a alienação em garantia e a obrigação garantida é apenas no nascimento, ou seja, uma acessoriedade fraca, o que, por si, impede a aplicação da referida presunção à alienação em garantia. A própria lógica<sup>2785</sup> contratual da alienação em

---

<sup>2783</sup> Segundo GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações, cit.*, p. 128, só podemos falar em antecipação de cumprimento quando se esteja perante o cumprimento duma obrigação futura, porque tratando-se de cumprimento duma obrigação actual, ele não é antecipado, mas sim atempado, embora a parte que cumpre possa estar a antecipar-se ao vencimento da obrigação actual.

<sup>2784</sup> Não é fácil a distinção entre sinal e mera antecipação do cumprimento do contrato definitivo ou prometido, constituindo uma pura questão de interpretação da vontade negocial dos contraentes com base na facticidade. É pertinente, todavia, referir que desde há muito a doutrina vem sustentando que a interpretação das declarações negociais constitui matéria de direito, cf. CASTANHEIRA NEVES, *Questão – de -facto Questão – de -direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*, in FDUC, Coimbra, 1968, p. 328 e ss, bem como o Ac. STJ., de 13 de Setembro de 2018, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Para mais desenvolvimentos, consultar, por exemplo, o acórdão do STJ português de 9 de Outubro de 2003, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), Calvão da Silva, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, Coimbra, 1987, MENEZES CORDEIRO, *A exceção do cumprimento do contrato-promessa*, Tribuna da Justiça, n.º 369, Outubro, 1987 e VAZ SERRA, *Impossibilidade superveniente por causa não imputável ao devedor e desaparecimento do interesse do credor*, BMJ, n.º 46, Janeiro, 1955. Na jurisprudência, cf. Ac. STJ, de 7 de Março de 2002, proc. n.º 4129/01- 2.ª secção; Ac. STJ, de 9-10-2003, proc. n.º 2536/2003, in CJ, n.º 3, pág. 93; Ac. STJ, de 18 de Dezembro de 2003, proc. n.º 3794/2003; Ac. STJ, de 10 de Janeiro de 2012, proc. n.º 2226/06.4tbf1g.c1.s1 - 1.ª secção; Ac. STJ, de 26 de Janeiro de 2012, proc. n.º 9/06.2tbpvc.l1.s1 - 2.ª secção; Ac. STJ, de 21 de Março de 2012, proc. n.º 41/06.4tbcsc.l1.s1. Ac. STJ, de 4-10-2001, proc. n.º 2485/01- 2.ª secção e Ac. STJ, de 7 de Março de 2002, proc. n.º 536/02, todos disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>2785</sup> A existência desta presunção do artigo 441.º CC é explicada através de dois fundamentos, nas palavras da ANA COIMBRA, *O Sinal, Conceito e regime no ordenamento jurídico actual.*, cit., pp. 8-10: só com

garantia impede, ou afasta-se do espírito da norma contida no artigo 440.º CC, porque depois do cumprimento da obrigação garantida, o credor satisfeito deve restituir o bem que havia recebido em garantia, o que poderá criar a situação do enriquecimento sem causa, ou criar dificuldades de facto – novos cálculos e prestações para compensar as diferenças entre o valor do bem entregue e alienado em garantia e a obrigação garantida. Portanto, cabe ao intérprete, não apenas em relação à alienação em garantia, se tiver que recorrer a outro regime jurídico, indagar qual se adequa melhor à regulação dos interesses visados pelas partes<sup>2786</sup>, evitando a aplicação das disposições normativas estabelecidas para outros contratos translativos<sup>2787</sup>. A entrega feita pelo devedor/alienante não pode ser considerada como princípio de cumprimento, solução que poderia levantar o problema do pacto comissório. A natureza da alienação do dinheiro em garantia não é compatível com um início de cumprimento<sup>2788</sup>.

XX. *Transferência da propriedade no âmbito do mandato*. GALVAO TELLES<sup>2789</sup> impulsionou a recondução do mandato ao negócio fiduciário, considerando que o mandatário se obriga para com o mandante a celebrar certo negócio jurídico no interesse daquele, sem todavia receber poderes representativos. Considera o Autor que no mandato sem representação para administração e para alienação a transmissão do direito não como propósito a transmissão *per se* – o mandatário compromete-se a fazer apenas o uso do bem nos exactos termos acordados. MANUEL DE ANDRADE<sup>2790</sup> e FERRER CORREIA<sup>2791</sup> consideram que o negócio fiduciário constitui um exemplo de representação indirecta. CASTRO MENDES<sup>2792</sup> considera que, diferentemente de Galvão Telles, a *fiducia cum amico* abrange ainda os negócios fiduciários com fim de depósito e de prestação de serviço. PESSOA JORGE<sup>2793</sup> considera que quando as partes celebram um negócio fiduciário para alienação ou para administração, muitas das vezes, celebram o

---

alguma incorrecção se pode falar-se de princípio de pagamento relativamente a uma obrigação ainda não constituída e, por outro lado, não seria curial presumir que a entrega de uma quantia, no momento de celebração dum contrato-promessa de compra e venda, pelo contraente que se obriga a comprar e aquele que se obriga a vender, corresponda a uma efectiva vontade bilateral de antecipar a execução de um contrato ainda não concluído.

<sup>2786</sup> Sobre a aplicação do disposto no artigo 939.º CC, cf. CATARINA PIRES, *Alienação*, cit., p. 95.

<sup>2787</sup> Cf. Ac. STJ, de 9 de Julho de 1998, in BMJ, n.º 479, 581.

<sup>2788</sup> No sentido próximo, mas em relação contrato promessa, cf. PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, I, 4.ª ed., pág. 417.

<sup>2789</sup> Cf. GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos*, cit., p. 191. Esta ideia foi seguida mais tarde por CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral*, II, cit. p. 350.

<sup>2790</sup> Cf. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, cit., p. 237-238.

<sup>2791</sup> Cf. FERRER CORREIA, *Sociedades Fictícia e Unipessoais*, Livraria Atlantida, Coimbra, 1942, p. 171.

<sup>2792</sup> Cf. CASTRO MENDES, *Teoria Geral*, II, cit. p. 237-239.

<sup>2793</sup> Cf. FERNANDO PESSOA JORGE, *O Mandato sem Representação*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 327-328.

contrato de mandato sem representação para atingir os fins dos negócios fiduciários. PESTANA DE VASCONCELOS<sup>2794</sup> considera que no mandato para adquirir, o facto do direito constituído na fidúcia não se encontrar na esfera jurídica do fiduciante aquando da conclusão do negócio não impede a recondução deste negócio ao negócio fiduciário, na medida em que o mandatário se obriga a exercer a posição jurídica a adquirir no interesse de mandante. No mandato para alienar, o mandatário apenas pode actuar nos exactos termos acordados e sempre no interesse do mandante. No mandato para administrar, tendo em conta o carácter acessório dos actos materiais, nada obsta a sua recondução ao negócio fiduciário. E, por fim, no mandato para cobrança, o actual titular de direito compromete-se a actuar nos exactos termos acordados, pelo que esta modalidade também pode ser considerada como negócio fiduciário. No mandato sem representação o mandatário actua em nome próprio e, considera, todavia, que a suposta dimensão fiduciária do mandato para alienar reside na obrigação assumida pelo mandatário, de apenas usar o direito que lhe foi transmitido nos exactos termos acordados.

O mandatário sem poderes de representação torna-se titular dos direitos adquiridos em execução do mandato. Para que haja poderes representativos, é necessária uma procuração, que pode ser emitido sem instrumento autónomo, ou pode ser meramente verbal<sup>2795</sup>. A maioria da doutrina define-a como um negócio jurídico unilateral, pela qual alguém confere a outrem, poderes de representação<sup>2796</sup>. Ou seja, logo torna-se perfeita com a declaração de apenas uma parte, não carecendo de aceitação por parte do procurador<sup>2797</sup>. A procuração é um negócio incompleto<sup>2798</sup>, que fixa as bases jurídicas nos termos do qual assentam os outros negócios com vista à concretização ou materialização do poder de representação e, defende-se que constitui um negócio causal<sup>2799</sup>, por isso, se

---

<sup>2794</sup> Cf. PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de Créditos em Garantia*, cit., p. 254, 257 e 269. Seguindo a mesma solução, cf. MARIA JOÃO VAZ TOMÉ, *Sobre o Contrato de Mandato sem Representação e o Trust*, ROA, 67, 2007, PP. 1091-1161, p. 1107.

<sup>2795</sup> Cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Teoria geral, Acções e factos jurídicos*, II, Lisboa, 1999, p. 234.

<sup>2796</sup> Sobre a representação voluntária no âmbito da formação do contrato, cf. CRISCUOLI, Gionanni Criscuoli, *Il Contratto*, CEDAM, Milão, 1992, p. 113.

<sup>2797</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral de Direito Civil*, 3ª edição, Coimbra, Almedina, 2003, p. 715, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil - Teoria geral, Acções e factos jurídicos*, II, Lisboa, 1999, p. 236, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Em Tema de Revogação Do Mandato Civil*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 231, PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Procuração Irrevogável*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 43.

<sup>2798</sup> Cf. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Representação Voluntária Em Direito Civil (Ensaio De Reconstrução Dogmática)*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 1189, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 303, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil-teoria geral, Acções e factos jurídicos*, II, Lisboa, 1999, p. 237.

<sup>2799</sup> Cf. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Representação Voluntária...cit.*, p. 378 e ss.

for passada sem mais deve ser considerada viciada por falta da causa.<sup>2800</sup> Em regra, a procuração se encontra integrada num negócio global<sup>2801</sup>. Contudo, não se confunde com a relação de base na medida em que mantém a sua autonomia, embora em relação a esta tem uma função organizatória<sup>2802</sup>. Se não houver poderes representativos, o mandatário, apesar de intervir por conta e no interesse do mandante, não aparece revestido da qualidade de seu representante. Pelo contrário, age em nome próprio e não em nome do mandante, pelo que é ele, mandatário, que adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes dos actos que celebra<sup>2803</sup>.

Nos termos do artigo 1180.º CC, no mandato sem representação, o mandatário actua em nome próprio, adquire para si os direitos e assume as obrigações decorrentes dos actos que celebra, ainda que o mandato seja conhecido dos terceiros que com ele se relacionem. O mandatário deve posteriormente transferir para o mandante as posições jurídicas por si adquiridas em execução do mandato - artigo 1181.º, n.º 1 CC. Segundo a tese da dupla transferência, adoptada pelo legislador no âmbito do mandato para adquirir - 1180.º CC, os efeitos do ato praticado repercutem-se na esfera jurídica do mandatário, sendo necessário a celebração de um outro negócio jurídico autónomo para os transmitir para o mandante. Este, por seu turno, é obrigado a fornecer ao mandatário os meios necessários à execução do mandato.

Como os direitos adquiridos em execução do mandato são primeiramente imputados à esfera de pertinência do mandatário, nos termos do artigo 1181.º CC, o mandatário tem a obrigação de os transferir para o mandante. No mandato para alienar,

---

<sup>2800</sup>JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO defende que o representante é um verdadeiro agente no espaço de autonomia que lhe for deixado, cf. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil-teoria geral*, Ações e factos jurídicos, II, Lisboa, 1999, p. 250.

<sup>2801</sup>PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Representação Voluntária Em Direito Civil - Ensaio De Reconstrução Dogmática*, Coimbra, Almedina, 2004, p. 1188.

<sup>2802</sup> Cf. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Representação...*, cit., p. 1189.

<sup>2803</sup> Cf. Ac. Relação de Lisboa de 16 de Abril de 2009, Proc. n.º 5642/08-8, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

perante o silêncio da lei, admite-se a tese da dupla transferência<sup>2804</sup> fiduciária<sup>2805</sup>, que pressupõe a celebração de um negócio fiduciário entre as partes, nos termos do qual, o mandatário adquire previamente a propriedade do mandante, com a obrigação de a retransmitir a terceiro.

Deste modo, o mandante deve previamente transferir a título fiduciário a propriedade ao mandatário, nos termos da al a) do artigo 1167.º, CC, que se obriga a retransmiti-la a terceiro. Essa transferência prévia do mandante para o mandatário tem lugar mediante a celebração de um negócio alienatório específico de execução do mandato. Na medida em que o preço percebido como contrapartida da alienação se encontra destinado ao mandante, o mandatário é obrigado a entregar-lho, *ex vi* da al e) do artigo 1161.º, CC. No mandato para administrar, uma das partes obriga-se a administrar em nome próprio, mas por conta da outra, determinada massa patrimonial, consistindo essa actividade de administração, fundamentalmente, na prática de actos jurídicos<sup>2806</sup>. No mandato sem representação, embora se verifica a transferência da propriedade, mas constitui um negócio jurídico que não se confunde com a alienação em garantia. No

---

<sup>2804</sup> O efeito de separação patrimonial produzido no âmbito do mandato respeitaria aos bens que são consequência da actividade de administração do mandatário, não aos bens de que o mandatário se torna proprietário em resultado de actos instrumentais do cumprimento da actividade devida. Deste modo, aquele efeito não se verificaria relativamente às quantias pecuniárias fornecidas pelo mandante ao mandatário para o desempenho da respectiva função, nem quanto ao reinvestimento feito pelo mandatário do produto da alienação dos bens no caso de mandato sem representação para alienar. Cf. LAURA SANTORO, *Il Trust in Italia*, in *Il Diritto Privato Oggi*, (cura di Paolo Cendon), Giuffrè, Milão, 2004, pp. 234-235. A letra do artigo 1184.º CC - os bens que o mandatário haja adquirido em execução do mandato e devam ser transferidos para o mandante... - justificar-se-ia porque o mandatário nunca adquiriria a titularidade dos bens objecto de mandato para alienar ou dos valores entregues ao mandatário para pagamento dos bens a adquirir. Com efeito, o mandatário não obteria a titularidade dos bens a alienar, dos valores recebidos em troca da alienação e dos bens que o mandante lhe entregue para pagamento do preço da aquisição. Assim, a norma do art. 1184.º abrangeria apenas os bens adquiridos em execução de mandato para adquirir. Os bens a alienar, os valores auferidos como contrapartida da alienação e o bem que o mandante entregue ao mandatário para pagamento do preço da aquisição não caberia na hipótese do artigo 1184.º CC, porquanto não seriam sequer da pertinência do mandatário. Cf. MARIA JOÃO ROMÃO CARREIRO Vaz Tomé, *Sobre o contrato de mandato sem representação e o trust*, in ROA, ano 67, Dezembro 2007, p. 11.

<sup>2805</sup> Não há unanimidade em relação a esta questão, pois os que defendem a tese da dupla transferência refutam a tese da projecção imediata, segundo a qual tem lugar uma transferência directa do mandante para o terceiro adquirente do bem alienado pelo mandatário. Com efeito, não consideram que no mandato sem representação se verifica a mesma forma de alienação de bens do mandante como se se tratasse de um mandato com representação. Cf. nomeadamente INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 193-194; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, III, Contratos em Especial, Almedina, Coimbra, 2005, p. 466; INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Mandato sem representação*, in *Colectânea de Jurisprudência* 8, 1983, 3, p. 10 e MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Em tema de Revogação do Mandato Civil*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 126.

<sup>2806</sup> No exercício da administração se consente ao administrador a prática de meros actos materiais, desde que estes revistam carácter meramente instrumental. O mandatário deve exercer a sua actividade de administração exclusivamente no interesse do mandante ou do mandante e de terceiro. A teleologia subjacente à actividade do mandatário é o interesse do mandante - ou do mandante e de terceiro. Este interesse consubstancia o critério de valoração da actividade do mandatário. Cf. MARIA JOÃO VAZ TOMÉ, *Fundos de Investimento Mobiliário Abertos*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 59-60.

mandato para alienar, o mandatário<sup>9</sup> adquire o direito da propriedade, não para garantir o cumprimento de uma obrigação, mas sim para que o possa legitimamente alienar em nome próprio sob pena de se considerar alienação de coisa alheia. No mandato para adquirir, não adquire para garantir o cumprimento de uma obrigação, mas no âmbito de prestação de um serviço e em execução de uma obrigação derivada do próprio contrato de manda, razão pela é obrigado<sup>2807</sup> a transferir o bem adquirido no âmbito do mandato para o mandante. No mandato para administrar, o mandatário adquire o direito de propriedade o exercício de uma administração predominantemente no interesse do mandante ou de terceiro, mas não a título de garantia de cumprimento de uma obrigação.

Com efeito, diferentemente da alienação em garantia, tanto no mandato sem representação para alienar, como no mandato sem representação para adquirir, o mandatário adquire previamente a titularidade de um direito, mas com a obrigação de a retransmitir a terceiro ou ao mandante. O que significa que o negócio translativo celebrado a favor do mandatário tem carácter fiduciário, na medida em que significa que tendo em conta a sua posição do fiduciário, não pode reter o bem para si, não o pode deixar em sucessão os seus herdeiros ou legatários, nem o pode retransmitir a terceiro fora das condições previamente acordadas com o mandante. Trata-se de um caso de interposição<sup>2808</sup> real de pessoas: a interposta pessoa – o mandatário – é parte efectiva, pois adquire a posição jurídica emergente do ato em que interveio; todavia, por anteriormente ter assumido essa obrigação, deve transferi-la depois para outra pessoa e, diferentemente da alienação do dinheiro em garantia, não o recebe em função de garantia de cumprimento de uma obrigação, mas sim, para executar a obrigação que assumiu no âmbito do mandato. As figuras não se confundem mesmo que o mandatário tenha o poder de disposição<sup>2809</sup>.

---

<sup>2807</sup> Cf. Ac. STJ, de 17 de Dezembro de 2014, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt). Veja também Ac. STJ, 12 de Janeiro de 2012; Ac. STJ, 11 de Maio de 2000; Ac. STJ, de 22 de Janeiro de 2008; Ac. STJ, 22 de Junho de 2004 e Ac STJ 9 de Outubro de 2003, todos in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>2808</sup> Cf. Ac. STJ, de 15 de Maio de 2003, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt) e Ac. STJ, de 12 de Dezembro de 1995, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>2809</sup> *Poder de disposição na procuração irrevogável*. Nos termos do n.º 2 do artigo 265.º CC, a procuração é livremente revogável pelo representado”, não obstante convenção em contrário ou renúncia ao direito a revogação. Com efeito, regra geral, a procuração é livremente revogável. Sendo negócio jurídico unilateral, a procuração é sempre conferida no interesse do representado, pelo que este pode a qualquer momento revogar a procuração concedida no seu exclusivo [A procuração conferida no interesse exclusivo do procurador é uma figura que divide a doutrina. PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *Procuração*, cit. p.94 ss., começou por considerar que a inserção da palavra *também* no artigo 265.º, n.º 3 do Código Civil excluiu formalmente da sua letra a possibilidade de outorgar a procuração no interesse exclusivo do procurador. Contudo, o autor considera que não há qualquer preceito que exclua expressamente esta possibilidade, ou seja, a referência ao interesse exclusivo do procurador não significa que o representado não tenha motivo para outorgar a procuração, assim, considera que o motivo não é relevante como interesse



para o regime da revogabilidade da revogação, o interesse na concessão de poder representativo é o do procurador, nomeadamente quando a função da procuração é permitir ao credor obter o pagamento. Para o autor a procuração conferida no interesse exclusivo é, simplesmente, atípico e não lhe é aplicável o regime do disposto no artigo 457º do Código Civil na medida em que este preceito é aplicável só aos negócios jurídicos unilaterais dos quais resulta a promessa da prestação. Assim, uma vez que o *dominus* não tem interesse no agir representativo a procuração conferida no interesse exclusivo do procurador é irrevogável, por via do recurso ao argumento *a minori ad maius* ou *ad maiori ad minus* do artigo 265.º n.º 3 do Código Civil. No mesmo sentido, MARIA HELENA BRITO, *A Representação nos Contratos Internacionais – um contributo para o estudo do princípio da coerência em direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 96 ss., considera que a representação como noção jurídico - formal, abarca toda a atuação em nome de outrem, seja qual for o fim ou interesse a ela subjacente. Contra a admissibilidade da procuração outorgada no exclusivo interesse de procurador, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Representação, cit.*, p. 984 ss., não admite a existência de poderes de representação no exclusivo interesse do representado, porque o n.º 3 do artigo 265.º dispõe que a procuração é irrevogável se for concedida “também” no interesse do procurador ou de terceiro, razão pela qual deve estar sempre presente e sempre está na outorga da procuração. Por outro lado, considera que na ordem jurídica Portuguesa, não há previsão da outorga da procuração no interesse exclusivo do procurador ou terceiro. A procuração conferida no exclusivo interesse do terceiro ou procurador para o efeito do cumprimento aproxima-se mais à figura da cessão da posição contratual ou de crédito, que são figuras consagradas pelo Código Civil de 1966, razão pela qual se as partes pretendem atingir os fins da cessão, RAÚL GUICHARD ALVES, *O problema dos estudos subjectivos relevantes no contexto da representação. Uma análise do artigo 259.º do Código Civil*, (pol.), Coimbra, 1991, p. 110, devem cumprir as formalidades desta figura, evitando assim a manipulação dos tipos legais, neste caso, a procuração, na medida em que este envolve sempre o interesse do representado, cf. Parecer do Conselho Técnico da Direcção-Geral dos registos e do Notariado, de 23 de Novembro de 1959, in BMJ, n.º 62, 1957, p. 374-377. Interesse, cf. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Representação..., cit.*, p. 977. Ou seja, neste caso, a irrevogabilidade não tem fundamento na relação subjacente e desta não resulta um interesse juridicamente relevante do procurador ou terceiro, cf. PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Procuração Irrevogável*, Coimbra, cit., p. 175. O Direito é avesso às vinculações perpétuas - Nas palavras do JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *por ser intolerável que da celebração de um contrato duradouro sem indicação de limite temporal máximo, resultasse a eterna vinculação dos contraentes — que dessa forma jamais se poderiam furtar à lex privata — cada um deles pode, por declaração unilateral república, pôr termo à relação, ex nunc, ainda que para tal se imponha a necessidade de um pré-aviso, tendo em vista a tutela da posição da contraparte. Ora, diversamente do que ocorre com a revogação unilateral, a denúncia não necessita de previsão legal específica ou de cláusula contratual legitimadora uma vez que deve considerar-se contrário à ordem pública que alguém possa vincular-se eternamente. Como contrapeso dessa faculdade desvinculativa “ad nutum” os contratos duradouros por tempo indeterminado devem também considerar-se “completados” com a norma segundo a qual a denúncia deve ser feita com pré-aviso razoável*, cf. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 75. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Apontamentos sobre o Contrato de Agência*, in *Tribuna da Justiça*, n.º 3, Abril-Maio 1990, p. 31, e MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contrato de Mandato*, AAFDL, Lisboa, 1990, p. 118. ANTUNES VARELA, também numa anotação um acórdão com base no Código de Seabra, mas também enunciando ideias que dava por certas quer à luz do direito aplicável ao caso, quer à do direito vigente à data em que considera que, embora as vinculações perpétuas não sejam directamente condenadas por nenhum preceito legal expresse, repugnam ao espírito do sistema. Cf. ANTUNES VARELA, *Anotação ao Acórdão do STJ de 26 de Março de 1968*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 102, p. 122. MENEZES CORDEIRO, distinguindo a denúncia da oposição à renovação, sustentou que aquela é específica dos contratos de duração indeterminada, numa situação de perpetuidade que em princípio desagrada ao Direito, cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, AAFDL, Lisboa, 1980, II, p. 166. Cf. Também JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato no Direito Civil*, in BFDUC, suplemento XXII, 1975, Coimbra, pp. 264 e ss. Na doutrina estrangeira, cf. nomeadamente LUIS DíEZ-PICAZO E ANTONIO GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, Tecnos, Madrid, 1999, p. 246, LLUÍS PUIG I FERRIOL, MARÍA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA, JACINTO GIL RODRÍGUEZ, JOSÉ JAVIER HUALDE SÁNCHEZ, *Manual de Derecho Civil*, II, MARCIAL PONS, Madrid, 1996, p. 391, FRANCO CARRESI, II, *Contratto*, II, Giuffrè, Milão, 1987, p. 845, e P. S. Atiyah, *The Law of Contract*, 4.ª ed., Oxford University Press, 1989, p. 411 - razão pela qual confere ao representado a faculdade de resolver a procuração sem invocar a causa nos casos em que esta for passada no seu exclusivo interesse. Nos termos do n.º 3 do artigo 265.º CC, as procurações outorgadas no interesse comum do procurador e *dominus* ou e terceiro é irrevogável -Esta característica da irrevogabilidade resulta

do interesse relevante do procurador emergente da relação subjacente, por isso, mesmo na ausência de estipulação da irrevogabilidade na procuração, esta continua a ser irrevogável se da relação subjacente resulta o interesse relevante do procurador, neste caso, a procuração é naturalmente irrevogável, cf. PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Procuração Irrevogável*, Coimbra, cit., p. 87, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, cit., p. 308 e seguintes, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A Representação*, cit., p. 981 e seguintes. Regra geral, a procuração pode ser livremente revogável pelo *dominus*, mas se for conferida também no interesse do procurador a sua revogação carece de consentimento deste, cf. JOSÉ DIAS MARQUES, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 1958, p. 91, na medida em que há dois interesses a tutelar. Para que seja considerada de interesse e relevante na procuração para além do interesse de *dominus* deve ser analisada na própria relação subjacente, ou seja, relação que de suporte à procuração. Assim, a convenção da irrevogabilidade não implica de *per se* a irrevogabilidade da procuração porque o n.º 3 do artigo 265.º visa proteger o interesse de ambas as partes, razão pela qual se da relação subjacente não resultar a imposição da manutenção do vínculo procuratório, a convenção da irrevogabilidade fica desprovido de causa e, consequentemente, ineficaz em relação à revogabilidade. A procuração pode ser conferida também no interesse do procurador ou de terceiro. O artigo 265.º CC admite expressamente a esta possibilidade. Diferentemente da procuração naturalmente irrevogável, cf. Sobre conceito da procuração naturalmente irrevogável, cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, cit., p. 306, PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Procuração*, cit., p. 87, a irrevogabilidade convencional é o caso em que, da própria convenção, consta a cláusula da irrevogabilidade, mas que não encontre na relação subjacente nenhum fundamento, ou seja, da relação subjacente à procuração não resulta nenhum interesse juridicamente relevante do procurador ou terceiro. Este caso está estritamente ligado à validade desta cláusula e a autonomia privada, ou seja, saber se juridicamente o *dominus* pode comprometer a não revogar a procuração sem que exista um interesse que não o seu. Na prática, sobretudo bancária, as procurações são emitidas com fins de garantia, ou seja, o devedor emite a procuração de venda a favor do credor. Por exemplo, como consta do Acórdão do STJ, de 21 de Dezembro de 2005 – FERREIRA DA SILVA, cf. Ac. STJ, de 21 de Dezembro de 2005, in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), no dia 8 de Maio de 1997, no Cartório Notarial de Santa Marta de Penaguião, foi outorgada uma escritura de abertura de crédito com hipoteca, através da qual, o *Banco XPTO* abriu a favor do *Cliente XPTO* um crédito até à quantia de, na altura, 15 000 000 \$00., conforme os factos, para garantia do cumprimento foi constituída hipoteca sobre dois prédios do *Cliente XPTO*. No mesmo dia e hora, o *Cliente XPTO* outorgou uma procuração a favor do *Banco XPTO*, mediante a qual lhe conferiu poderes para vender ou prometer vender a quem entender, incluindo a ele próprio, mandatário, e pelo preço e demais condições que entender, os prédios, mais constando da procuração - e no concernente aos mesmos prédios - que ao *Banco XPTO* foram conferidos poderes - para requerer quaisquer actos de registo, provisórios ou definitivos, averbamentos e cancelamentos junto de quaisquer repartições e requerer tudo o mais que seja necessário para os mesmos fins, sendo a procuração conferida também no interesse do próprio *Banco XPTO* e, como tal, irrevogável nos termos do disposto no artigo 1067.º/2 CC, mas somente se o *Cliente XPTO* deixar de cumprir as obrigações decorrentes do empréstimo concedido e a consequente mora se prolongue por mais de dois meses. O tribunal fundamenta a sua decisão na doutrina, nomeadamente, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA que consideram que a proibição do pacto comissório funda-se no prejuízo que - Sobre fundamentos da proibição do pacto comissório, cf. JÚLIO MANUEL VIEIRA GOMES, *Sobre o Âmbito da Proibição do Pacto comissório, o Pacto comissório Autónomo e o Pacto Marciano/Anotação ao Ac. do STJ de 30.01.2003, Rec. 3896/02, CDP, n.º 8, (Outubros - Dezembro), 2004, pp. 55- 72, MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Lex, 1993, p. 765 e JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória* cit., p. 92 a 94, pode resultar para o devedor, que seria facilmente convencido, dado o seu estado de necessidade, a aceitar cláusulas lesivas dos seus interesses, tal fundamento sendo "paralelo ao da proibição da usura, a proibição abrangendo também, pelo seu espírito, o pacto pelo qual e convencie o direito de venda particular", o pacto comissório, por sua própria natureza, só se compreendendo, quando anterior ao vencimento do crédito - para o caso de não cumprir cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Anotado*, 4.ª ed., I, p. 718. Realça PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, cf. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, cit., p. 301, que a procuração irrevogável está sempre ligada a um contrato que lhe constitui a relação subjacente, pelo que, em regra, constitui um acto de execução ou cumprimento de tal relação, *dúvida não sofrendo a "instrumentalidade" e a dependência funcional da procuração perante a relação subjacente*. O tribunal conclui que a proibição do pacto comissório, pelo seu espírito, abrange o pacto pelo qual se convencie o direito de venda particular. De facto, com a procuração irrevogável, o procurador vê a sua posição mais protegida, do que se o representado pudesse livremente revogar. Uma vez que o procurador tem poderes para dispor do direito independentemente da vontade do representado, poderá abusar destes mesmos poderes. Esta figura implica uma forte manifestação de confiança na outra parte, mas o facto do risco – e a possibilidade de excesso de meio sobre o fim visado*

*XXI. Credor pignoratício com direito de disposição.* Nos termos do artigo 151.º AUG, no âmbito do penhor de conta de títulos financeiros, o credor pignoratício define com o titular da conta empenhada os termos segundo os quais pode este dispor dos títulos financeiros e das quantias, sejam em que moeda for, que figurem na conta. O credor pignoratício goza, em todo o caso, de um direito de retenção sobre os títulos financeiros e sobre as quantias, sejam em que moeda for, que figurem na conta. Esta disposição admite que ao beneficiário da garantia pignoratícia seja atribuído o direito de disposição sobre o objecto desta, isto é, como explica o n.º 2, ao beneficiário são concedidos os poderes de alienar<sup>2810</sup> ou onerar o objecto da garantia prestada, nos termos previstos no contrato, como se fosse seu proprietário.

Na prática bancária e financeira, nos últimos dez anos, a alienação fiduciária em garantia readquiriu importância. Com efeito, em Portugal, com o Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, foi introduzida a figura dos acordos de garantia financeira no ordenamento jurídico português, em cumprimento da obrigação de transposição da Directiva<sup>2811</sup> n.º 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho,

---

pelas partes – puder ser circunscrita pelo representado, nos termos do artigo 269.º CC, a doutrina, cf. M. J. de ALMEIDA COSTA, *Cláusulas de Inalienabilidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 21 e PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de Créditos*, cit. p. 77, nega-lhe o carácter fiduciário, na medida em que o risco é mais fraco em relação aos negócios fiduciários. Contudo, o que distancia a alienação do dinheiro em garantia da procuração irrevogável, é que, diferentemente da alienação em garantia, na procuração irrevogável, não se verifica a transferência do direito.

<sup>2810</sup> Este direito de disposição pode também ser designado como *horizontal rightof use* para distinguir-se do *vertical rightof use*, que consiste na concessão do direito de disposição ao depositário de valores mobiliários, caso em que deverá considerar-se constituída uma relação fiduciária entre ele e o proprietário dos valores mobiliários, cf. THOMAS KEIJSER, *Report on a Rightof Use” for Collateral Takers and Custodians*, 2003, in [ideas.repec.org/p/wpa/wuwp/0308001.html](http://ideas.repec.org/p/wpa/wuwp/0308001.html), p. 2.

<sup>2811</sup> Sobre a Directiva, na doutrina portuguesa cf. por exemplo, DIOGO LEITE DE CAMPOS E MARIA DE VAZ TOMÉ, *A Propriedade Fiduciária Trust. Estudo para a sua Consagração no Direito Português*, cit., MARGARIDA COSTA ANDRADE, *Locação Financeira de Acções*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 157 e ss., 170 e MARGARIDA COSTA ANDRADE, *Propriedade fiduciária*, *Actas do II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Imobiliário e Registral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 55 e ss., RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 2.ª ed., Principia, Estoril, 2007, p. 235 E JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros – Direito Europeu e Português*, I, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 228-229. Na doutrina estrangeira cf. nomeadamente ALESSANDRO VALERIO GUCCIONE, *I Contratti di Garanzia Finanziaria*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n.º 307, Giuffrè, Milão, 2008, p. 2 e ss., FERDINANDO BRUNO, *La collateralizzazione degli strumenti finanziari derivati OTC (over the counter) in Italia*, *Le Società*, 2007, p. 1227, PAOLO CARRIÈRE, *La Nuova Normativa sui Contratti di Garanzia Finanziaria. Analisi Critica*, in *BBTC*, 2, 2005, p. 186, LINDA ALBARANI/EUGENIA NOTARANGELO, *Il pegno mobiliare non possessorio: riflessioni sulla nuova garanzia*, artigo acessível no sítio [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), pp. 1-2, Lorenzo Benedetti, *Il pegno nel d’ Euro e in quello sulle garanzie finanziarie - spossessamento, rotatività*, in *Università Cattolica del Sacro Cuore*: [www3.unicatt.it/unicattolica](http://www3.unicatt.it/unicattolica), p. 11, GULENAY RUSEN, *Financial collateral arrangements*, in *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 2, n.º 4, p. 253, Margit Livingston, *Certainty, efficiency, and realism: rights in collateral under article 9 of the Uniform Commercial Code*, in *North Carolina Law Review*, vol. 73, p. 115, Reinout Wibier, *Financial Collateral in the Netherlands, England and Under the EU Collateral Directive – Traditional and Novel Ways of Taking Security over Cash and*

relativa aos acordos de garantia financeira – com o objectivo de instituir um regime simplificado no que se refere à constituição e execução das garantias financeiras. Finalidade que dificilmente, senão impossível, seria atingida com o simples recurso a normas de direito internacional privado e particularmente com a definição da localização dos direitos sobre instrumentos financeiros<sup>2812</sup>. O Decreto-Lei n.º 105/2004 de 08 de Maio procedeu à consagração legal, juntamente com uma nova modalidade de penhor - o financeiro, da alienação fiduciária em garantia, embora para um destino específico: o relacionado com os contratos de garantia financeira<sup>2813</sup>.

O direito de disposição é atribuído ao credor com o intuito de aumentar a liquidez dos respectivos mercados - concedendo-se este direito ao credor, permite-se o crescimento da circulação dos títulos no mercado, com vantagens tanto para o financiador como para o beneficiário do financiamento. O financiador fruirá de uma maior flexibilidade operativa e de novas possibilidades de obtenção de fundos por força da reutilização, na medida em que pode usar os instrumentos financeiros empenhados para garantir operações financeiras próprias ou aliená-los para financiar negócios do seu próprio interesse, o que não se torna difícil, ou mesmo é possível quando os títulos se encontram imobilizados na esfera jurídica do devedor. O devedor, por seu turno, aproveita de um menor custo do financiamento porque os riscos que o financiador corre ficam abrandados com a reutilização<sup>2814</sup>. Nota-se a natureza supletiva da atribuição do poder de disposição. Este não surge automaticamente pela constituição da garantia, mas deve formar objecto de um pacto específico entre as partes, que disciplinará as modalidades do seu exercício<sup>2815</sup>. Uma vez autorizado a dispor dos instrumentos financeiros, o credor

---

*Securities*, in [ssrn.com/abstract=1287095](http://ssrn.com/abstract=1287095)), p. 31 e ss. e RAJNA GIBSON/CARSTEN MURAWSKI, *Default Risk Mitigation Mechanisms in Derivatives Markets*, in [ssrn.com/abstract=1279459](http://ssrn.com/abstract=1279459).

<sup>2812</sup> A directiva não se limita a efectuar a simples aproximação na matéria do Direito Internacional Privado. Ou seja, através da previsão de normas de harmonização, a Directiva atenua os motivos de conflito entre as leis dos diversos Estados-membros. Tendo em conta a complexidade e o carácter nacional da disciplina das garantias mobiliárias no âmbito comunitário, julgou-se que o único modo para garantir o tratamento uniforme destes direitos consiste na introdução de normas homogéneas capazes de superar as particularidades nacionais, cf. ANNA GARDELLA, *La Legge Applicabile alle Garanzie Finanziarie tra Localizzazione e Autonomia Privata: una prima ricognizione dopo l'attuazione della Direttiva 2002/47/CE*, BBTC, 2005 –Settembre - Ottobre, pp. 615-617.

<sup>2813</sup> De acordo com o seu artigo 2º, n.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.

<sup>2814</sup> Cf. REMO TAROLLI, *Le Garanzie Finanziarie: Il Diritto di Utilizzazione dell'Oggetto della Garanzia*, in *Giur. Com.*, n.º 6, 2005, I, p. 873.

<sup>2815</sup> Cf. EUGENIO M. MASTROPAOLO, *La Nuova Normativa Europea sui Contratti di Garanzia Finanziaria (Direttiva 2002/47/CE del 6 Giugno 2002)*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 2003, I, p. 520 e FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Una Aproximación a las Garantías Financieras*, in *Revista de Contratación Electrónica*, 65, 2005, p. 7.

pignoratício pode constituir garantia real em favor de um seu credor, seja um penhor financeiro, seja uma alienação fiduciária em garantia, ou optar por aliená-los. Naturalmente, o mesmo direito não se prevê para o credor garantido pela alienação fiduciária em garantia, pois que enquanto proprietário já está automaticamente habilitado a dispor do objecto da garantia<sup>2816</sup>.

Neste aspecto, a alienação em garantia apresenta uma vantagem imediata face ao penhor financeiro, na medida em que o credor adquire o direito automaticamente com a celebração do contrato de alienação em garantia. A garantia financeira pignoratícia permite ao beneficiário da garantia celebrar outros negócios, o que se consegue pela concessão do direito de disposição, que legitima o beneficiário a alienar ou a onerar os bens empenhados. Ora, caso o credor pignoratício onere o bem objecto de garantia, constitui-se na sua esfera a obrigação de entregar bens equivalentes ao prestador da garantia até ao final da transacção. Com efeito, o penhor financeiro com direito de disposição é caracterizado por três momentos diferentes: o primeiro, o prestador da garantia é o proprietário do bem dado em garantia no momento da constituição da sua constituição; segundo, com o exercício do direito de disposição pelo credor, torna-se titular do direito de exigir a entrega do bem equivalente<sup>2817</sup>, direito este que vigora durante todo o período da transacção; e, terceiro, o prestador retorna à posição de proprietário no momento em que o credor cumpre a obrigação de entrega dos instrumentos financeiros equivalentes aos onerados e depois usados, momento este que normalmente ocorre no final da transacção. Por isso, questiona-se se quando o devedor pignoratício concede o direito de disposição ao credor — não será que ele transfere, na realidade, o direito de propriedade a favor do credor pignoratício?

Parece que, pelo facto de conceder o poder de disposição ao credor pignoratício, o prestador da garantia não perde o direito de propriedade sobre a coisa, a não ser no momento em que se dê a alienação do bem onerado, o que só pode acontecer com a verificação de um evento, o incumprimento<sup>2818</sup>. Até lá, o proprietário é proprietário, apenas estando a coisa onerada com uma garantia real. Aliás, o Decreto-Lei n.º 105/2004

---

<sup>2816</sup> Cf. HUGO RAMOS ALVES, *Breves notas sobre o penhor financeiro*, cit., p. 371; REMO TAROLLI, *Le Garanzie Finanziarie: Il Diritto di Utilizzazione dell'Oggetto della Garanzia*, cit., p. 873 e FERNANDO ZUNZUNEGUI, *Una Aproximación a las Garantías Financieras*, cit., p. 7.

<sup>2817</sup> Para mais desenvolvimento, cf. Daniela Vittoria, *Pegno irregolare*, in Enciclopedia Giuridica, XXII, Roma, 1990, p. 1, Arturo Dalmartello, *Pegno irregolare*, in *Novissimo Digesto Italiano*, 1965, XII, Turin, p. 800 e Sebastiano Ciccarello, *Pegno*, in Enciclopedia del Diritto, XXXII, Giuffrè, 1982, p. 688.

<sup>2818</sup> Cf. Margarida Costa Andrade, *O Penhor Financeiro com Direito de Disposição dos Valores Mobiliários*, Policopiado, Coimbra, 2010, pp. 23 ss.

é mais explícito do que o AUG neste aspecto, na medida em que dispõe expressamente que o credor, porque autorizado a dispor da coisa, pode, por sua iniciativa e em função dos seus próprios interesses, aliená-la ou onerá-la *como se fosse proprietário*. Por outro lado, no âmbito do Decreto-Lei n.º 105/2004, a contraposição entre a alienação em garantia e o penhor financeiro é feita em função de haver ou não transferência da propriedade com função de garantia<sup>2819</sup>. A alienação do dinheiro em garantia é caracterizada pela transferência de propriedade e alienação, aspecto que não caracteriza o penhor com direito de disposição.

*XXII. Depósito no interesse de terceiro.* É também considerado como depósito - garantia o chamado depósito no interesse de terceiro, nos termos em que se encontra previsto no artigo 1193º. Depósito no interesse de terceiro será todo o depósito realizado pelo depositante com menção expressa de que é feito no interesse de um qualquer terceiro. O terceiro pode estar interessado no destino da coisa em várias situações, quando poderá obstar à restituição da coisa depositada.<sup>2820</sup> Note-se que é esta menção no próprio contrato de depósito que atribui ao terceiro, a partir do momento em que este comunique ao depositário a sua adesão, uma posição jurídica relevante neste contrato, limitando assim o depositante no seu direito de exigir a restituição da coisa depositada.

Seguindo de perto PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA<sup>2821</sup>, a previsão do artigo 1193º CC, aplica-se aos casos em que o depositante mantenha um interesse direto no próprio depósito, reservando-se, ainda que limitado, o direito à restituição. Caso contrário, se o direito à restituição for atribuído a terceiro estaremos perante um contrato a favor de terceiro e não apenas no seu interesse. Nesta hipótese, desde que o terceiro comunique a sua adesão ao depósito celebrado naqueles termos, não poderá o depositante ser restituído da sua coisa sem o consentimento do depositário.

---

<sup>2819</sup> Quando as partes tenham optado por um penhor financeiro com pacto comissório, o credor pode apropriar-se dos bens empenhados. Mas, perante um mero penhor financeiro com direito de disposição ou um penhor financeiro simples talvez as coisas se revelem menos claras. Todavia, o credor é titular de um direito que lhe permite satisfazer o seu crédito com preferência sobre os demais credores, pelo valor de coisa objecto do penhor, nos termos do artigo 92.º AUG, que dispõe que o penhor é o contrato pelo qual o autor do penhor confere a um credor o direito de ser pago com preferência sobre os demais credores pelo valor de um bem... com efeito, o facto de, antes do momento do vencimento, ter tido o poder de disposição em nada altera a natureza jurídica do direito – o que é até confirmado pela obrigação de restituição. E tal conclusão não mudará se houver pacto comissório, pois que este é apenas um modo contratualmente previsto pelas partes para a execução extrajudicial da garantia, cf. Margarida Costa Andrade, *O Penhor Financeiro com Direito de Disposição dos Valores Mobiliários*, Coimbra, 2010, p. 29.

<sup>2820</sup> Cf. HUGO RAMOS ALVES, *Do Penhor*, cit., p. 249 – 250.

<sup>2821</sup> Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II, cit. p. 399.

O interesse do terceiro é assim protegido pela necessidade do seu consentimento para a restituição pelo depositário. Note-se que a restituição deverá ser sempre efetuada ao depositante, e não ao terceiro. Simplesmente, essa restituição fica dependente de autorização do terceiro. Esta circunstância permite ao terceiro garantir a existência de um ativo patrimonial do depositante que lhe consinta, em caso de necessidade, cobrar-se pelo seu valor, coercivamente se necessário. Por esta razão, resulta claro que também neste caso o depósito assume uma função de garantia inerente ao próprio contrato, mas não se confunde com a alienação do dinheiro em garantia. Nesta, o depósito é efetuado na conta do credor que adquire a titularidade sobre o valor depositado. Se o credor for um banco, nem sequer podemos falar em terceiro. Se for outra pessoa diferente do banco, o depósito é efectuado na sua conta e adquire o direito à restituição.

*XXIII. Garantia flutuante.* Em regra, as garantias apenas são constituídas sobre bens determinados ou determináveis, existentes no património do devedor, e impõe-se, sobre o devedor, o dever de não dispor dos bens nem de os onerar, sem o prévio consentimento do credor.<sup>2822</sup> As garantias flutuantes constituem uma resposta ao problema da rigidez no seio do sistema jurídico das garantias e aos constantes desenvolvimentos do tráfego comercial.<sup>2823</sup> Chegou-se à conclusão da inadequação do regime das garantias para casos em que, pela natureza das coisas, os bens susceptíveis de constituir objecto de garantia não pudessem deixar de estar na posse do devedor para garantir a continuação da sua actividade e apresentassem uma natureza circulante e não estática que implicasse uma constante alteração do património dado em garantia. A sua especificidade reside no facto de o negócio não ter, a todo o momento, o mesmo objecto específico. No entanto, apesar da alteração do objeto do negócio, a substituição da coisa não implicaria a extinção do penhor inicial e sua substituição por um novo penhor, não se verificando quaisquer efeitos de novação. Antes, o penhor seria apenas aquele que foi celebrado, originalmente, entre credor e autor de penhor, independentemente do número de vezes que se proceda à substituição da coisa empenhada<sup>2824</sup>. É certo que a figura, em

---

<sup>2822</sup> Cf. GIAN BRUNO BRUNI, *La Garanzia 'Fluttuante' nell'Esperienza Guiridica Inglese e Italiana*, in Banca Borsa e Titoli de Credito, Rivista di Dottrina e Guirispudenza, anno XLIX, fasc. V, 1.<sup>a</sup> Parte, Novembro-Dizembro, 1986, p. 692; MICHAEL G. BRIDGE, *The English Law of Real Security*, in European Review of Private Law, Vol. 10, n.º 4, 2002, p. 487; JOANA FORTE PEREIRA DIAS, *Mecanismos Convencionais da Garantia do Crédito: Contributo para o Estudo da Garantia 'Rotativa' mobiliária no Ordenamento Jurídico Português*, Faculdade de Direito de Lisboa, 2005, p. 64.

<sup>2823</sup> Cf. ENRICO GABRIELLE/G. ANDREA DANESI, *Le Garanziesui Beni dell'Impresa: Profili della Floating Charge nel Diritto Inglese*, in Banca Borsa e Titoli de Credito, Rivista di Dottrina e Guirispudenza, Ano LVIII, fasc. V, 1.<sup>a</sup> Parte, Setembro-Outubro, 1995, p. 637.

<sup>2824</sup> Cf. MATTEO RESCIGNO, *Le Garanzie Rotative, Convenzionali: Fattispecie e Problemi di Disciplina*, in Banca, Borsa, Titoli di credito volume 54, n.º 1, Janeiro e Fevereiro de 2001, Giuffrè, p. 1.

Itália, foi surgindo sobretudo em relações em que os credores eram instituições bancárias, incidindo o penhor sobre instrumentos financeiros, mas também se aplica ao penhor de stocks. Em França, como vimos, através da *Ordonnance* n.º 2006-346 de 23 de Março de 2006, o Código Civil francês sofreu alterações significativas ao nível das garantias mobiliárias, eliminando a tensão existente entre um Código Civil que se mantinha fiel à tradição romanística do penhor com desapossamento e as sucessivas criações de garantias mobiliárias especiais não possessórias que, pela grande aplicabilidade prática, contribuíam para um constante desaparecimento da regra geral.

Assim, o legislador francês, confrontado com o problema da rigidez do sistema de garantias mobiliárias face à realidade económica, introduziu uma reforma significativa no âmbito do Direito das Garantias, optando por generalizar o penhor sem desapossamento. Para o efeito, o legislador francês consagrou, nos seus artigos 2336.º a 2338.º, duas normas importantes na matéria das garantias flutuantes, sendo que a primeira traduz-se na exigência apenas de um documento que contenha a indicação da data da constituição da garantia, a quantidade de bens garantidos, bem como a sua espécie e a sua natureza, para que a garantia se considere válida, eliminando, dessa forma, a *traditio* como elemento constitutivo do *gage*; a segunda, constante nos dois artigos seguintes, consagra a possibilidade de proceder ao registo do *gage* como forma de oponibilidade dos efeitos da garantia a terceiros.

Desta forma, o legislador francês determinou que a *traditio* já não constitui uma condição de validade do *gage*, mas sim, meramente, da sua oponibilidade a terceiros, e que essa mesma oponibilidade é assegurada quer pelo desapossamento, quer pela publicidade registal agora permitida. No que diz respeito à sua constituição, o contrato de *gage* passar a ser consensual. Permite-se, igualmente, o *gage* de bens futuros - artigo 2333.º do *Code*, bem como a possibilidade de alienação de bens fungíveis, com a condição de os substituir pela mesma quantidade de coisas equivalentes - artigo 2342.º do *Code*. No que diz respeito ao *gage commercial*, ao qual se aplica o regime geral do *gage commun*, importa registar a criação de uma nova garantia, denominado *gage de stocks*, prevista no artigo L. 527 do *Code de Commerce*.

Admite-se a constituição de uma garantia sobre *stocks* de matérias-primas e outros bens, à excepção dos bens sujeitos a reserva de propriedade pertencentes a uma pessoa colectiva de direito privado ou a uma pessoa singular no desenvolvimento da sua actividade profissional - L. 527-1 e 3 do *Code de Commerce*. De acordo com o regime instituído, destaca-se dois aspetos - a sub-rogação real do objecto da garantia, prevista no



artigo L. 527-5 do *Code de Commerce*, ao longo da vigência do *gage*; obrigação que recai sobre o devedor de manter um conjunto de bens à disposição do credor e de não contribuir para a diminuição do seu valor; instituição dos *nantissements*, que podem ser definidos como o vínculo de garantia sobre um bem móvel incorpóreo, ou um conjunto de bens móveis incorpóreos, presentes ou futuros, como é o caso dos *nantissements de créance*, *nantissements de compte*, *nantissements d'espèces*, *nantissements de valeurs mobilières* et *d'instruments financiers et nantissements de fonds de commerce*.

Em Itália, quanto à necessária substituição dos bens em resultado da natureza e da dinâmica do mercado, encontrou a doutrina a solução, admitida posteriormente pela jurisprudência, na denominada garantia flutuante ou rotativa, nos termos do qual, através do mecanismo da sub-rogação real, os bens dados em garantia são substituídos por outros, assumindo estes a posição inicial dos primeiros, no que ao vínculo real diz respeito. Esta possibilidade encontra sustentação no facto de o interesse protegido pela garantia não estar directamente relacionado com a coisa, mas com a sua utilidade real, que consiste no valor económico representado pela coisa<sup>2825</sup>.

Em regra, trata-se de uma garantia convencional, que resulta da autonomia das partes, e que se traduz na celebração de pactos de rotatividade, mediante acto escrito, onde se especifique com clareza o momento da constituição do direito real e onde se determinem limites objectivos à substituição dos bens - valor limite ou pré-determinado.<sup>2826</sup>

No AUG, nos termos do seu artigo 75.º, a reserva de propriedade de um bem fungível pode ser feita valer, até à concorrência do restante crédito em dívida, sobre bens da mesma espécie e qualidade detidos pelo devedor ou por sua conta, o que permite a reserva de propriedade de stock, cujo objecto é flutuante. Também no seu artigo 118.º e seguintes, admite penhores especiais, nomeadamente penhor de stock, nos termos do artigo 120.º, as matérias-primas, os produtos de uma exploração agrícola ou industrial e as mercadorias podem ser objecto de um penhor; entre outros, admite o penhor de conta bancária, nos termos do qual considera-se empenhado o crédito relativo ao saldo credor, provisório ou definitivo, ao dia da execução da garantia e, nos termos do artigo 138.º, as partes podem convencionar os termos mediante os quais poderá o autor do penhor continuar a dispor das quantias inscritas na conta empenhada; nos termos do artigo 148.º

---

<sup>2825</sup> Cf. ENRICO GABRIELLI, “*Il Pegno “Anomalo”*”, 1990, p. 181.

<sup>2826</sup> Cf. MARISA VAZ, *Garantias flutuantes: inserção no ordenamento jurídico português*, RDS, 2013, 4, pp. 881 -938, p. 906.

o objecto do penhor de conta de títulos financeiros compreende os títulos financeiros que figurem inicialmente na conta empenhada, aqueles que os substituam ou que os completem, seja de que maneira for, assim como os seus frutos e produtos.

No fundo, a necessidade que se pretende solucionar prende-se com a possibilidade de constituição de uma garantia sobre bens móveis de natureza circulante, como é o caso de matérias-primas, produtos intermédios na cadeia produtiva, produtos finais, os stocks e produtos de inventário, que constituem a fonte de geração de riqueza dos devedores e, como tal, instrumento essencial para o desenvolvimento da atividade do devedor. Atendendo a que o penhor constitui a garantia que mais se adequa à figura em estudo tendo em consideração o seu objeto, identificam-se, à partida, um conjunto de problemas relacionados com as características da garantia real prevista nos artigos 666.º e seguintes do Código Civil, nomeadamente a possibilidade de constituição de penhor sobre um conjunto de bens em constante alteração, os obstáculos criados pela necessidade de desapossamento dos bens garantidos, a própria dinâmica da constituição do direito real, que é estranha à dilação existente entre a constituição da garantia e a determinação dos bens que responderão pela dívida. Neste caso, é o próprio AUG que admite esta possibilidade.

Quanto à classificação ou não da alienação da soma monetária em garantia como garantia flutuante ou não, podemos basear essencialmente em argumento da titularidade do bem objecto de garantia, da lógica e da substituição do objecto de garantia.

Quanto à titularidade do objecto de garantia, nas garantias flutuantes, em regra, o direito de propriedade ou outra titularidade sobre o bem objecto de garantia mantém-se na esfera jurídica do devedor, nomeadamente penhor de stocks – que constitui uma universalidade – ou penhor de conta bancária, em que o devedor continua a ser titular da conta e o direito à restituição não se transfere para a esfera jurídica do credor. Diferentemente, na alienação de quantia em dinheiro, o direito transfere-se para a esfera do depositário ou do credor, se este for o próprio banco, o que naturalmente lhe permitiria utilizar o dinheiro, na medida em que se trata de bens fungíveis e, devido às especificidades do dinheiro e das actividades bancárias, não se trata de aplicação das peças entregues pelo devedor, mas sim meros lançamentos contabilísticos.

Quanto ao argumento da lógica, em regra, nas garantias rotativas, em regra, os bens objecto de garantia não deixar de estar na posse do devedor para garantir a continuação da sua actividade e, assim, a continuação da geração de riqueza e dos recursos necessários para prover ao cumprimento das suas obrigações. O objeto de

garantia deve ter, claro, uma natureza circulante e não estática que implicasse uma constante alteração do património dado em garantia, nomeadamente o dinheiro, mas neste caso, a propriedade é transferida para a esfera jurídica do depositário.

Quanto ao argumento da substituição do objecto de garantia, ou a dinâmica da garantia, deve-se notar que nas garantias flutuantes, o fenómeno da flutuação do direito real sobre os bens garantidos é caracterizado por dois momentos distintos - o primeiro, em que os bens são livremente dispostos pelo devedor, sem quaisquer ónus, e em que os bens adquiridos passam a estar sob uma *coroa virtual* que paira sobre os bens identificados no contrato de constituição de garantia e que caibam no âmbito da actividade do devedor; o segundo, o universo dos bens existentes no património do devedor, que corresponde ao momento da consolidação da garantia e que está dependente da verificação de determinado evento, como o incumprimento, a cessação da actividade do devedor, ou qualquer outro evento determinado pelas partes.

No momento da consolidação, a garantia flutuante transforma-se numa garantia *fixa* concorrendo para a satisfação do crédito com preferência sobre os credores comuns. Na alienação de dinheiro em garantia, a propriedade sobre o dinheiro transfere-se para a esfera jurídica do depositário, que pode ser outra pessoa diferente do credor. E, de acordo com o regime instituído pela OHADA, esta garantia não é dinâmica - nas garantias sobre a conta bancária, a garantia incide sobre o saldo credor da conta, por exemplo, como vimos, o penhor de conta bancária, considera-se empenhado o crédito relativo ao saldo credor, provisório ou definitivo, ao dia da execução da garantia e, nos termos do artigo 138.º, as partes podem convencionar os termos mediante os quais poderá o autor do penhor continuar a dispor das quantias inscritas na conta empenhada e, nos termos do artigo 148.º o objeto do penhor de conta de títulos financeiros compreende os títulos financeiros que figurem inicialmente na conta empenhada, aqueles que os substituam ou que os completem.

Nestes casos, verifica-se a oscilação do âmbito da garantia – mas sim estável. De acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 87.º AUG, o saldo da conta deve permanecer estável durante a vigência de garantia, porque os fundos devem ser depositados numa conta bloqueada, aberta em nome do credor. Pode-se considerar que, com o depósito, o alienante adquire o direito à restituição, caso o credor for o banco, mas neste caso, não se verifica as oscilações, na medida em que a conta se encontra bloqueada, uma conta especial constituída apenas para o efeito de garantia, mantém com o saldo da data da abertura, podendo variar o seu valor devido aos juros de manutenção da conta ou juros

remuneratórios do capital, mas este não deve ser considerado como dinâmica das garantias flutuantes, na medida em que são frutos civis ou taxas de serviços bancários. Assim, a alienação fiduciária de uma quantia em dinheiro, nos termos instituídos pela OHADA, salvo melhor entendimento, não se trata de uma garantia flutuante.

*XXIV. Qualificação francesa.* Em França, no anteprojecto da reforma do Direito das Garantias de 2006, elaborado pela *Comissão Grimaldi*, propôs-se a instituição desta garantia como um simples penhor que tenha por objecto os fundos que figuram numa conta bloqueada numa conta aberta em nome do autor de garantia. Aliás, as disposições relativas ao penhor de dinheiro já haviam sido propostas em 2005 pela *Comissão Grimaldi*, mas sem sucesso. Recentemente, em 2017 - uma nova tentativa, foi novamente apresentada. No fundo, em França, reconheceu-se que existe uma *lacuna* entre o penhor de dinheiro – que é geralmente designado de *gage-espèces* - e o penhor do saldo de conta - que um penhor de crédito. O penhor de dinheiro seria instituído sob a forma de afectação, em garantia de uma obrigação, de fundos registados em conta bloqueada aberta em nome do autor de garantia numa instituição autorizada – proposta para o artigo 2366-1 do *Code*. Os textos propostos estabelecem que é necessário reduzir a garantia num documento escrito com as menções obrigatórias da dívida garantida, o valor dos fundos depositados e identificar a conta bloqueada - artigo 2366-2 do *Code*, notificação do banco quando não for credor - artigo 2366-3 do *Code*, a exigibilidade da garantia, artigo 2366- 4 do *Code*, os juros eventuais deve ser creditado na conta - artigo 2366-5 do *Code*, a realização da garantia ou devolução dos fundos ao credor oito dias após uma notificação sem sucesso - artigo 2366-7 do *Code* e a ineficácia da abertura de processo de insolvência contra o depositário ou credor - artigo 2366-7), 2366-8 do *Code*.

*XXV. Qualificação da OHADA.* De acordo com o AUG, a epígrafe do artigo 87.º - *Alienação fiduciária de uma quantia em dinheiro* – qualifica esta garantia como garantia fiduciária. Mas, não é por causa da qualificação legal que será uma garantia fiduciária. De acordo com o regime instituído pela OHADA, esta garantia constitui a convenção pela qual o autor da garantia aliena fundos em garantia do cumprimento de uma obrigação. Tais fundos devem ser depositados numa conta bloqueada, aberta em nome do credor desta obrigação, e inscritos nos livros da instituição de crédito habilitada a recebê-los – artigo 87.º/1/2 AUG. De acordo com esta disposição, o autor de garantia cede fundos em garantia de cumprimento de uma obrigação, fundos estes que devem ser depositados numa conta bloqueada aberta em nome do credor, ou seja, não em nome do autor da garantia, pelo que o credor passa a ser titular de direito sobre os fundos depositados

nessa conta. Com efeito, trata-se de uma alienação em garantia, na medida em que o depósito bancário constitui um depósito irregular, o direito de propriedade que pertencia ao autor de garantia transfere-se para a esfera jurídica do banco e, se este for credor, seria uma propriedade fiduciária, adquirida não para fins de depósito norma, mas sim funcionalizada, depósito efectuado para fins de garantia. Na prática, grande parte destas garantias é celebrada entre bancos e seus clientes.

O depósito irregular em si implica a transmissão de propriedade de depositante para depositário<sup>2827</sup>, trata-se de uma transferência por decorrência de um efeito legal - artigos 1206.º e seguintes e 1144.º CC - que muitas das vezes, as partes não conhecem os efeitos translativos do direito. Diferentemente, na alienação do dinheiro em garantia, a intenção das partes é transferir o direito para a esfera jurídica do depositário ou do banco. Mesmo que o credor não seja o banco/depositário, aquele não adquire o direito de propriedade que, de acordo com o regime de depósito irregular, a propriedade é adquirida pelo banco/depositário, mas o direito de propriedade substituído pelo direito à restituição não vai pertencer ao autor de garantia/depositante, mas sim ao credor, na medida em que é o titular da conta. O credor passa a ser titular do valor depositado na conta, mas também será uma titularidade fiduciária, uma titularidade adquirida para fins de garantia, uma titularidade funcionalizada, pelo que em ambos os casos trata-se de uma alienação fiduciária de dinheiro e tanto o banco como o credor, devido às suas posições de fiduciário, têm a obrigação de não desviar dos fins da garantia.

Com efeito, o processo de insolvência do autor de garantia não afecta esta garantia, na medida em que não é titular dos fundos depositados na conta. Assim, de acordo com o regime instituído pela OHADA, a alienação fiduciária de uma quantia em dinheiro constitui uma garantia fiduciária, uma alienação fiduciária em garantia. Não se trata da garantia real tradicional, na medida em que não confere preferência no pagamento, confere a exclusividade ao titular da garantia. Também não se trata de uma garantia pessoal, o credor não pode executar o património do garante, tem um bem afecto à garantia e, em regra, na garantia pessoal, verifica-se um acréscimo de património responsável para além do devedor.

---

<sup>2827</sup> Cf. HUGO RAMOS ALVES, *Do Penhor*, cit., p. 245.

## 2. Âmbito de aplicação

*I. Generalidades.* Importa delimitar o âmbito de aplicação do AUG em relação à alienação do dinheiro em garantia. Importa delimitar os sujeitos que podem celebrar este negócio, as obrigações garantidas e o próprio objecto de garantia.

*II. Sujeitos e sistema financeiro.* De acordo com o disposto no artigo 87.º/2.º AUG, os fundos devem ser depositados numa conta bloqueada, aberta em nome do credor, e inscritos nos livros da instituição de crédito habilitada a recebê-los. Assim, o registador estabeleceu uma restrição em relação ao depositário, apenas a instituição de crédito pode ser o depositário, quer sejam credores, quer não. Não se percebe a razão dessa delimitação. O legislador francês não estabelece esta restrição, dispondo no artigo 2374.º do *Code* apenas que a propriedade do dinheiro pode ser cedida em garantia, sem impor depósito na conta bancária. De acordo com o regime francês, qualquer credor pode ser depositário e não tem que ser necessariamente uma relação triangular. O desenvolvimento da moeda deu origem ao aparecimento das instâncias especializadas na guarda, circulação e emissão de moeda e articulam entre si de forma ditada pelo funcionamento de mercado. Estas instâncias são públicas e privadas, podendo coexistir umas e outras, tudo legitimado pelo Direito.

Assim, o sistema financeiro é o conjunto ordenado das entidades especializadas no tratamento do dinheiro<sup>2828</sup> - sistema financeiro material. O Estado intervém para regular o sistema financeiro, dando azo a um corpo de normas – sistema financeiro institucional.<sup>2829</sup> O Estado delimita o âmbito de aplicação das próprias normas, define, através de normas, o que entende por sistema financeiro – sistema financeiro formal – conjunto ordenado das entidades que o Estado entende incluir nessa noção.

Actualmente fala-se no sistema financeiro para incluir outras entidades para além dos bancos, ou seja, outras instituições de crédito e sociedades financeiras. Essas entidades podem ser reconduzidas a uma noção ampla de banco ou de banqueiro.<sup>2830</sup> Na Guiné-Bissau, a Lei n.º 4/2008, de 31 de Março<sup>2831</sup>, que transpôs para a ordem jurídica guineense a Lei - Quadro de Regulamentação Bancária da UMOA<sup>2832</sup>, determina no seu artigo 1.º que é aplicável aos estabelecimentos de crédito que exercem as suas actividades num dos Estados Membros da UMOA. Estes estabelecimentos podem exercer as suas

---

<sup>2828</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 6.ª ed., cit., p. 89.

<sup>2829</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 6.ª ed., cit., p. 89.

<sup>2830</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 6.ª ed., cit., p. 89.

<sup>2831</sup> Publicada no Boletim Oficial n.º 13, de 31 de Março de 2008.

<sup>2832</sup> Disponível em [www.bceao.int](http://www.bceao.int).

actividades como bancos ou como estabelecimentos de natureza bancária - artigo 1.º, n.º 3 LRB). Cabe ao Banco Central dos Estados da África Ocidental classificar as operações e determinar aquelas que podem ser praticadas por estas instituições. O Banco Central define as categorias das operações que os estabelecimentos financeiros de natureza bancária podem praticar, assim como define as categorias destes estabelecimentos, nos artigos 4.º e 47.º LRB, respectivamente.

O sistema financeiro descentralizado é regulado basicamente pela Lei n.º 9/2008, de 26 de Agosto<sup>2833</sup>, que transpõe para a ordem jurídica guineense a Lei - Quadro de sistema financeiro descentralizado da UMOA<sup>2834</sup>. Nos termos do seu artigo 1.º, n.º 21 entende-se por sistema financeiro descentralizado a instituição cujo objecto principal consiste em prestar serviços financeiros às pessoas que normalmente não têm acesso às operações efectuadas pelos bancos e pelos estabelecimentos financeiros de natureza bancária e que se encontram habilitadas a prestar tais serviços. Esta definição parece-nos imprecisa. Em todo o caso, abrange as instituições mutualistas ou cooperativas de poupança e de crédito, artigo 85.º LSFD. Para efeitos da alienação do dinheiro em garantia, apenas as instituições de crédito habilitadas a receber depósitos podem ser depositários – um terceiro indispensável para a constituição da garantia.

*III. Moeda corrente ou estrangeira?* A questão que se coloca é, tratando-se de alienação de dinheiro em garantia, se pode alienar moedas estrangeiras em garantia. A moeda com curso legal na Guiné-Bissau e maioria dos países membros da OHADA é o FCFA. Na Guiné-Bissau, a abertura de conta em moeda estrangeira depende de autorização especial do Ministro das Finanças. Parece que, de acordo com a autonomia privada, se se obtiver a autorização para a abertura da conta em moeda estrangeira, pode-se constituir a garantia, alienando a moeda estrangeira. Aliás, nos termos do artigo 2374.º do *Code, para dissipar dúvidas*, dispõe-se expressamente que pode-se alienar o dinheiro, quer em Euro, quer noutra moeda. Esta norma visa tornar o mercado francês mais atractivo para estrangeiros, facilitando a constituição da garantia e, consequentemente o acesso ao crédito e financiamento.

*IV. Objecto da garantia e o crédito garantido.* O depósito efectuado junto de um banco constitui um depósito bancário<sup>2835</sup>. No caso em apreço, o depósito tem por objecto

---

<sup>2833</sup> Publicada no Boletim Oficial n.º 34, de 26 de Agosto de 2008.

<sup>2834</sup> Disponível em [www.bceao.int](http://www.bceao.int).

<sup>2835</sup> Cf. JOSÉ GABRIEL PINTO COELHO, *Operações de banco*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 81.º, pp. 19 ss.; ANTUNES VARELA, *Depósito bancário*, in Revista da Banca, 1992, pp. 43 ss; VASCO LOBO XAVIER/MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, *Depósito bancário*

dinheiro, que passa a ser propriedade do banco, mas pode ser outros bens de valor<sup>2836</sup>. No primeiro caso, trata-se de um depósito pecuniário, no segundo, podemos distinguir diversas figuras como o depósito de títulos, depósito de valores em cofres-fortes e o depósito cerrado. Interessa-nos só o depósito pecuniário. O depósito abrange quaisquer entregas de moeda legal ou escritural, que são inscritas numa conta, sendo realizadas quer por um seu titular quer por terceiros.<sup>2837</sup> O depósito aqui traduz-se numa entrega ou transferência de fundos para a conta aberta em nome do credor conta, independentemente de quem a realize e do ato a que se recorre para o efeito - entrega de numerário, transferência, cheque, desde que haja acordo entre o credor e o devedor. Com efeito, tratando-se de um depósito irregular, o objecto de garantia passa a incidir sobre o direito à restituição. Na alienação de coisa infungível, a garantia incide sobre a própria coisa, mas neste caso, com a alienação do dinheiro para a conta do credor, o banco (se não for credor) adquire a propriedade sobre o dinheiro e o credor adquire um direito à restituição do mesmo valor, na qualidade do titular da conta onde se efectuou o depósito. O credor passa ser um titular fiduciário.

O AUG, diferentemente do regime da cessão de crédito em garantia, não estabelece nenhuma exigência em relação ao crédito garantido, pelo que parece que pode-se aplicar para a garantia de qualquer crédito, quer das instituições financeiras, quer dos particulares ou outras pessoas colectivas. O dinheiro constitui um bem fungível que facilita a execução, pelo que a sua alienação em garantia constitui sempre a segurança para o banco, independentemente do património autor de garantia. em relação a outros bens, em regra, devem ser vendidos para a satisfação do credor através do seu produto – dinheiro. Na alienação de dinheiro em garantia, a satisfação do credor é, em regra, efetuada por meio de compensação.

O AUG nada dispõe, mas parece que o crédito garantido pode ser futuro, desde que seja determinado ou determinável.

---

a prazo. *Levantamento antecipado por um contitular*, in Revista de Direito e Economia, 1988, pp. 289 ss; MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito bancário*, cit., pp. 611 ss.; Calvão da Silva, *Direito bancário*, cit., pp. 346 ss.; LACERDA BARATA, *Contrato de depósito bancário*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, 2002, pp. 7-63, pp. 47 ss.; PAULO OLAVO CUNHA, *Cheque e convenção de cheque*, Almedina, UCP, Coimbra, 2009, pp. 402 ss.

<sup>2836</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, cit., p. 617.

<sup>2837</sup> Cf. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Dos contratos de depósito bancário*, RFDUP, VIII, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 141 – 178, p. 153.



### 3. Requisitos da validade de garantia

*I. Abertura de conta.* De acordo com o disposto no artigo 87.º AUG, os fundos que se destinam a constituir garantia devem ser depositados numa conta bloqueada, aberta em nome do credor desta obrigação, e inscritos nos livros da instituição de crédito habilitada a recebê-los. Com efeito, impõe-se uma análise sobre a conta bancária.

A abertura da conta constitui um contrato celebrado entre o banqueiro e o seu cliente, nos termos do qual ambos assumem deveres recíprocos relativos a diversas práticas bancárias. A conta bancária marca o início de uma relação bancária complexa e duradoura e não deve ser tomada como um simples contrato bancário, porque opera como um ato nuclear cujo conteúdo constitui o tronco comum dos atos bancários subsistentes.<sup>2838</sup> A abertura da conta não se confunde com conta corrente ou depósito bancário. A abertura de conta não contém um regime geral explícito e baseia-se nas cláusulas contratuais dos bancos e nos usos bancários.<sup>2839</sup> A abertura da conta tem como essência a prestação de serviço e é colmatada com recurso ao regime do mandato, nos termos do artigo 1156.º CC. Todavia, a conta referida no artigo 87.º AUG, a abertura da conta tem uma função específica – a da garantia de cumprimento de uma obrigação –, pelo que pode ser qualificado como uma conta especial e, se quisermos, *conta de garantia*. O facto de ser especial, como veremos adiante, terá as suas consequências em termos do regime jurídico, na medida em que se trata de uma conta funcionalizada para os efeitos de garantia.

*II. Bloqueio de conta.* Dispõe o artigo 87.º AUG, os fundos que se destinam a constituir garantia devem ser depositados numa conta bloqueada. A conta bancária pode ser bloqueada e o bloqueio da conta não se confunde com a cessão do contrato de abertura de conta, na medida em que este provoca os termos dos diversos negócios dela dependente, caducando, nomeadamente os depósitos, convenção de cheques, acordos relativos a cartões e outros acordos acessórios. As cláusulas contratuais gerais dos bancos, permite-lhes cancelar livremente as contas a ordem, contas que prevejam meros depósitos

---

<sup>2838</sup> A abertura de conta implica, para além da previsão do modo de funcionamento dos depósitos bancários, dois aspectos fundamentais para a prática bancária - a conta-corrente bancária e o giro bancário. Ainda se acrescenta que o contrato de abertura de conta poderá ainda debruçar-se sobre determinados elementos eventuais como sejam a convenção de cheque, a emissão de cartões ou a concessão de crédito por descoberto em conta. Ademais, e no que concerne à conta-corrente, irão ficar definidos os termos em que a conta será movimentada, mormente em relação aos débitos e créditos. Relativamente ao giro bancário, serão fixadas, essencialmente, as regras do funcionamento da movimentação da conta, nomeadamente juros, comissões e despesas que o banco poderá ter, cf. Luís MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 373.

<sup>2839</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 6.ª ed., cit., p. 539 – 540.

à ordem. Pois os depósitos de outra natureza têm prazos próprios de cessação, prazos que devem ser respeitados pelo banqueiro.<sup>2840</sup> Nos termos do artigo 87.º AUG, trata-se de um depósito com vista à constituição da garantia com prazos próprios e que acompanha a vigência da garantia, pelo que o banco deve respeitar o referido prazo e a função específica do depósito – garantia.

Quanto ao bloqueio, este pode ser decidido por banqueiro, podendo ter por base diversas razões. A conta pode ser bloqueada a pedido do próprio cliente, por ordem do tribunal ou a morte do cliente, situação em que o saldo será entregue aos herdeiros e com a extinção da conta. Pode ainda a conta ser cativada parcial ou totalmente. O cativo caracteriza-se pela imobilização da parte ou totalidade do saldo, em termos similares ao bloqueio da conta. Todavia, o cativo não se confunde com o bloqueio, na medida em que o cativo não implica a paralisação da conta. Ao penhor ou penhora implicam o bloqueio da conta. De acordo com o disposto no artigo 87.º AUG, quando se constitui a garantia, deve-se abrir uma conta especialmente para o depósito dos valores. Esta conta é aberta em nome do credor e é bloqueada enquanto vigorar a garantia. Se o credor for o próprio banco, este deve abrir uma conta bloqueada em seu nome. Nos termos do artigo 88.º AUG, o contrato de garantia, sob pena de nulidade, especifica o ou os créditos garantidos, assim como o montante dos fundos alienados em garantia, e identifica a conta bloqueada. De acordo com estas exigências, o saldo da conta permanece indisponível enquanto durar a garantia. Ou seja, nem o credor beneficiário da garantia, nem o depositário pode movimentar a conta a débito, por forma a não esvaziar o conteúdo da garantia.

Nos termos do artigo 87.º/2 AUG, os fundos devem ser depositados numa conta bloqueada, aberta em nome do credor e inscritos nos livros da instituição de crédito. Assim, o depósito de fundos numa conta bloqueada, aberta em nome do credor e inscritos nos livros da instituição de crédito constitui um requisito da validade da garantia – artigos 87.º/2 e 88.º AUG. Se o estabelecimento bancário for credor, reunirá a qualidade de depositário e de credor. Neste caso, deve o banco abrir uma conta interna em seu nome em que o fundo será depositado. Esta conta constitui um património autónomo do banco. O bloqueio da conta protege o garante de uso indevido do saldo da conta e da penhora por parte dos credores de beneficiário da garantia. Os credores do credor podem nomear à penhora o saldo da conta, na medida em que ele é titular da mesma, todavia, o bloqueio da conta *paralisará* a penhora, na medida em que por efeito da garantia e do

---

<sup>2840</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito Bancário*, 6.ª ed., cit., p. 539 – 557.

bloqueio transforma-a num património autónomo do credor. Mantém-se o bloqueio da conta e a *paralisação* da penhora até quando o beneficiário se torne o titular definitivo do saldo da conta, nos termos do n.º 2 do artigo 91.º AUG.

Pelo contrário, se o crédito garantido for cumprido, o saldo da conta deve ser restituído ao garante/alienante. Este direito à restituição não pode ser prejudicado pela penhora, é oponível à penhora. Assim, o credor não pode movimentar a conta a débito enquanto vigorar a garantia. No Direito francês, na falta de convenção em contrário, os fundos transferidos em constituição da garantia podem ser utilizados, ou seja, o fiduciário pode dispor livremente dos fundos adquiridos em garantia, artigo 2374-3 do *Code*.

*III. Validade formal.* De acordo com o regime instituído pelo AUG, os fundos devem ser depositados numa conta bloqueada, aberta em nome do credor e inscritos nos livros da instituição de crédito – artigo 87.º/2 AUG. Nos termos do artigo 88.º AUG, sob pena de nulidade, a convenção referida no artigo 87, º/2 AUG deve especificar o ou os créditos garantidos, assim como o montante dos fundos alienados em garantia, e identifica a conta bloqueada. Assim, a alienação do dinheiro em garantia deve ser reduzida a escrito como as garantias reais convencionais regulamentadas pelo AUG. Nota-se que o AUG não é muito claro quanto à forma do contrato de garantia, mas as suas exigências impõem o documento escrito e os usos bancários impõe a escrita, ou seja, redação dos seus atos. De acordo com o disposto no artigo 88.º AUG, o contrato de garantia deve, sob pena de nulidade, especificar o ou os créditos garantidos, assim como o montante dos fundos alienados em garantia e, ainda, deve identificar a conta bloqueada. Estas são as menções obrigatórias que devem constar do contrato de garantia, sob pena deste ser considerado nulo. Estas menções devem constar da notificação que se faz ao banco. Neste aspecto, o legislador francês é mais claro, na medida em que nos termos do artigo 2374-1 do *Code*, determina expressamente que a alienação do dinheiro em garantia deve ser celebrada por escrito. Ainda dispõe, no n.º 2 do 2374-1 do *Code*, que o referido documento deve especificar o ou os créditos garantidos, se este for futuro, deve o documento deve permitir a sua individualização ou conter elementos que o permite, nomeadamente a indicação do devedor, o lugar de pagamento, o montante do crédito ou a sua avaliação e a data do vencimento, se houver. Assim como o montante dos fundos alienados em garantia e, ainda, deve identificar a conta bloqueada.

#### 4. Publicidade e oponibilidade da garantia

Na relação entre as partes – credor/devedor – a garantia produz efeitos na data da sua conclusão. Em relação a terceiros, dispõe o artigo 89.º AUG que a alienação fiduciária torna-se oponível a terceiros na data da sua notificação à instituição onde se encontra aberta a conta, desde que os fundos estejam inscritos na conta bloqueada. Com efeito, a garantia torna-se oponível a terceiros quase imediata à sua constituição, apenas acrescenta uma formalidade – a notificação à instituição onde a conta se encontra aberta. Todavia, a mera notificação à instituição onde a conta foi aberta não é suficiente para tornar a garantia oponível, é necessário que os fundos estejam inscritos na conta. Esta notificação possui a mesma lógica com a notificação na cessão de crédito em garantia, na medida em que o estabelecimento bancário onde se efectua o depósito é *devedor da obrigação de restituição* dos fundos transferidos em garantia. A notificação pode ser efectuada pelo autor da garantia ou pelo credor, a lei não especifica que a deve efectuar.

Nota-se que o credor pode ser o próprio banco, neste caso, cabe ao banco notificar-se a si mesmo na qualidade do credor, através da menção especial na conta. Neste caso, o banco age em duas qualidades distintas, uma na qualidade do credor garantido, e outra, na qualidade do depositário titular da conta. Alias, no Direito Processual Civil francês – Vide artigo 75 de la Loi du 9 juillet 1991 – admite-se expressamente que um devedor pode proceder à apreensão cautelar das quantias em sua posse que deve a um credor e das quais se considera ser também credor.<sup>2841</sup>

Vimos que em relação à reserva de propriedade e cessão de crédito em garantia, a oponibilidade a terceiros é condicionada ao RCCM. Esta exigência não se aplica à alienação do dinheiro em garantia, na medida em que a constituição da garantia pressupõe o desapossamento – entrega do bem objeto de garantia – os fundos devem ser inscritos na conta aberta em nome do credor, e só as garantias reais sem desapossamento estão sujeitas à publicidade.<sup>2842</sup> No Direito francês a matéria da publicidade é menos complexa, pois nos termos do artigo 2374-2 do *Code*, a alienação do dinheiro em garantia é oponível a terceiros com a entrega do dinheiro alienado em garantia.

---

<sup>2841</sup> Cf. Cass. 2.ª Civ., de 4 de Julho de 2007, n.º 06-14.825, Bull. Civ. II n.º 201 e Bull. Civ, 2007, II, n.º 182, p. 2.

<sup>2842</sup> Cf. P. Crocq, *Le Nouvel Acte...*, cit., p. 195.

## 5. Destino dos juros

A constituição da garantia implica o depósito numa conta bloqueada aberta em nome do credor. Em regra, este tipo de conta é remunerado e os valores depositados produzem juros, que é desejável, na medida em que a sua privação traduz-se necessariamente, do ponto de vista económico, numa diminuição gradual do valor do bem dado em garantia. a produção ou não de juros vai depender das negociações entre o titular da conta e o banco depositário. Se os fundos depositados produzem juros, nos termos do artigo 90.º AUG, acrescerão ao crédito na conta, salvo convenção em contrário. Neste caso, os juros serão benéficos tanto para o credor, como para o garante. Para o credor, uma vez que vai acrescer o crédito na conta, vai manter o valor da garantia.<sup>2843</sup> Em relação ao garante, uma vez que os juros vão acrescer o crédito na conta que se encontra bloqueada, significa que no fim será beneficiado, na medida em que no caso de cumprimento da obrigação garantida, será-lhe restituído todo o saldo da conta. Se não cumprir, ainda tem direito ao remanescente do saldo, se houver.

## 6. A insolvência e a conta especial de afectação

ALAIN CERLES<sup>2844</sup> define a *conta fiduciária* como aquela que, na prática, é aberta junto a um banco por um cliente para aí depositar as quantias provenientes de um contrato que o vincula com um terceiro, seja no âmbito das suas relações comerciais ou no contexto de um empréstimo concedido pelo banco para garantir a sua posição de credor em caso de insolvência do cliente. Numa relação comercial entre duas empresas, em que uma, a fornecedora efectua venda por correspondências, a compradora pode pretender isolar as quantias que deve à fornecedora em conta especialmente afitada ao cumprimento para com a fornecedora e protegidos das penhoras que possam ser efectuadas pelos seus próprios credores.

Esta prática bancária não corresponde ao que Michel Grimaldi apresentou como *contas fiduciárias* no anteprojecto do Direito das Garantias de 1991.<sup>2845</sup> De acordo com a proposta constante do anteprojecto, as contas são abertas no âmbito de um negócio fiduciário, para fins de gestão de fundos. Este conceito de *contas fiduciárias* visa preservar a “propriedade” plena sobre as somas em causa. Ou seja, evitar que a

---

<sup>2843</sup> Cf. P. Crocq, *Le Nouvel Acte...*, cit., p. 195.

<sup>2844</sup> Cf. ALAIN CERLES, *Le point de vue du banquier sur la fiducie*, RD Bancaire et Bourse, n.º 19, Maio-Junho, 1990, p. 117.

<sup>2845</sup> Cf. M. GRIMALDI, *La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Defrénois, 15 e 30 de Setembro de 1991, n.º 17 e 18, pp. 897 – 961.

propriedade de transfira para a esfera jurídica do depositário, mas, no fundo, não tem a função de garantia.

De acordo com o regime instituído pela OHADA, a alienação do dinheiro em garantia não se confunde com o primeiro conceito, nem com o segundo conceito da conta fiduciária. De acordo com os artigos 87.º e seguintes do AUG, entre nós, o depósito implica a transferência de propriedade sobre o dinheiro para a esfera jurídica do depositário; a conta tem uma função específica de garantia e não de gestão; a conta tem que ser aberta antes de constituição da garantia. Em todo o caso, estas contas não são contas correntes, mas sim de depósito. Mas ainda além de distinção entre conta corrente e conta de depósito, é feita uma subdistinção entre contas de depósito: contas correntes e contas especiais. Uma conta corrente é uma conta de depósito ordinária que é combinada com instrumentos de pagamento para que o seu titular possa depositar, levantar ou transferir unidades monetárias como lhe aprouver, isto é, a qualquer momento e em benefício da pessoa da sua escolha<sup>2846</sup>, enquanto uma conta especial, como uma conta profissional ou uma conta constituída para fins de garantia são contas que permitem ao seu titular efetuar um depósito com afetação especial. Esta conta não se confunde com o aluguer de cofre, pelo que, em princípio, não altera o regime do depósito bancário. Por outro lado, o bloqueio não altera a titularidade, mas apenas a provoca a impossibilidade de mobilização dos fundos.

Com efeito, a falência do garante não prejudica a garantia, na medida em que ele não é titular dos fundos depositados na conta, excepto se a garantia for constituída após a abertura do Processo Colectivo de Apuramento do Passivo, nos termos do artigo 67.º AUOPCAP. Quanto à insolvência do credor, uma vez que a conta se mantém bloqueada por determinação legal durante a pendência da garantia, parece que esta constitui um património autónomo do credor, um património afecto à garantia e separado do seu património em geral, pelo que não pode ser atingido pela falência. Quanto à falência do banco, parece que resta ao credor reclamar o seu crédito e se a obrigação garantida for cumprida, o garante fica sub-rogado na posição do credor e pode reclamar o crédito no âmbito do processo.

---

<sup>2846</sup> Cf. THOMAS LE GUEUT, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, Université Paris II Panthéon-Assas, 2012, p. 161.

## **7. Cumprimento da obrigação garantida**

Nos termos do artigo 91.º AUG, à data do vencimento e em caso de cumprimento integral do crédito garantido, os fundos inscritos na conta são restituídos ao autor da garantia. O garante pode receber valor superior ao do depósito efectuado se este gerar juros, por isso, essa garantia tem também a função de financiamento. A lei determina expressamente o fundo será restituído apenas após o cumprimento integral da obrigação garantida – a indivisibilidade da garantia. Trata-se de uma norma imperativa, nos termos do n.º 3 do artigo 91.º AUG. O credor deve restituir o saldo ao garante e parece que o banco deve desbloquear a conta só para o efeito de restituição. A restituição, neste caso, também mais não é do que o débito da conta, que se pode fazer através de um conjunto também bastante diverso de operações realizadas pelo depositante, podendo os fundos tê-lo como destinatário – por exemplo transferência para uma conta de que seja titular, ou levantamento de numerário - ou ser entregues a um terceiro por determinação sua - exemplo transferência bancária para terceiro. No Direito francês esta questão é tratada expressamente, nos termos do artigo 2374-6 do *Code*, que determina que se o crédito garantido estiver integralmente cumprido, o credor devolverá ao garante a quantia transferida, acrescida, se necessário, de juros.

O legislador da OHADA podia consagrar a solução segundo a qual com o cumprimento parcial da obrigação garantida deve-se restituir em proporção o valor depositado na conta bloqueada. De acordo com a solução consagrada, o garante fica mais pressionado e, em termos práticos, podemos ter situações em que o valor da garantia seja bastante superior ao valor da dívida garantida.

## **8. Execução da garantia e o enriquecimento sem causa**

*I. Execução da garantia.* Nos termos do n.º 2 do artigo 91.º AUG, em caso de incumprimento do devedor e oito dias após o autor da garantia ter sido devidamente avisado, pode o credor exigir a entrega dos fundos alienados no limite do montante dos créditos garantidos que permaneçam por pagar. Penso que a interpelação pode ser efectuada tanto pelo banco como pelo credor. O devedor dispõe de oito dias para reagir. Parece que o garante não pode impedir o pagamento, excepto se o pedido for abusivo ou fraudulento. Também a lei não exige que tem que se efectuar a prova do incumprimento. Este período de oito dias vai permitir que o garante analisa a conformidade do pedido com a lei e com as estipulações contratuais.

Decorridos oito dias após o autor da garantia ter sido devidamente avisado, se não cumprir voluntariamente, nem provar que o pedido é abusivo ou fraudulento, pode o credor exigir a entrega dos fundos alienados no limite do montante dos créditos garantidos que permaneçam por paga. Com efeito, o credor apenas pode exigir a entrega de fundos correspondente ao valor em dívida. Será que neste valor se inclui juros ou não? Parece que esta questão deve ser determinada pelo próprio contrato de garantia, ou seja, se a garantia “garante” os juros inerentes à obrigação garantida. No Direito francês, o artigo 2374-5 do *Code* determina que o credor pode exigir os juros, se for convencionado.

*II. Enriquecimento sem causa.* AUG protege o garante de eventual enriquecimento do credor à sua custa, na medida em que dispõe que este pode exigir a entrega dos fundos apenas no limite do montante dos créditos garantidos que permaneçam por pagar. Se houver excedente, este deve ser devolvido ao garante. Considera-se não escrita qualquer cláusula contrária ao presente artigo – artigo 91.º/3 AUG.



**PARTE IV**  
**BALANÇO, REFLEXÕES DE *IURE CONDENDO* E CONCLUSÕES**

## **BALANÇO**

*Apreciação geral.* O Artigo 227.º de 2010 revogou o AUG originário e instituiu as garantias fiduciárias, nomeadamente a reserva de propriedade, cessão de créditos em garantia e alienação fiduciária de uma quantia em dinheiro.

Doze anos volvidos sobre a aprovação do novo AUG, na Guiné-Bissau, o balanço a ser feito revela que ainda há aspectos a aperfeiçoar.

**B1.** Em termos formais, as reformas efectuadas pelo legislador da OHADA são manifestas, mas, em termos de conteúdo, subsistem dúvidas sobre a sua novidade. O legislador da OHADA não levou a cabo uma vera revolução do Direito das Garantias, porque continuamos a detectar a influência permanente do Direito francês.

**B2.** A técnica seguida pelo legislador da OHADA é excessivamente, senão exclusivamente, de matriz francesa, pelo que, sendo a Guiné-Bissau um país lusófono com uma cultura jurídica diversa, o processo de ajustamento não tem sido fácil.

**B3.** Se a reprodução do Direito francês nos actos uniformes da OHADA permite aos investidores e financiadores europeus evoluir num ambiente legal que lhes é familiar, este modo de produção normativa não tem em conta o contexto socioeconómico africano e, em especial, da Guiné – Bissau, pois o respectivo tecido económico caracteriza-se pela predominância do sector informal e pelo analfabetismo. Ademais, os franceses não são os únicos investidores na Zona OHADA, pelo que é manifesto que este modelo beneficia essencialmente os países francófonos membros da OHADA que têm a tradição jurídica francesa.

**B4.** No Ordenamento Jurídico Guineense, para efeitos de interpretação, é necessário ter em conta as especificidades que as garantias apresentam no Direito lusófono, o que não foi tido em consideração pelo legislador da OHADA que, em vez de conferir mais eficácia e simplicidade ao sistema existente, adicionou complexidade ao AUG com as novas garantias consagradas em 2010.

**B5.** Para facilitar a constituição das garantias, o legislador da OHADA admite agora o registo de actos que não foram objecto de registo anterior. Todavia, em termos práticos, as legislações nacionais de alguns países contêm disposições que preveem que o Conservador do RCCM não pode registar actos que não tenham sido previamente registados, o que cria a contradição entre a legislação nacional e as disposições da OHADA.

**B6.** O AUG, na matéria da alienação em garantia, estabelece restrições em relação às partes e aos créditos garantidos, nomeadamente a proibição da cessão de créditos para

garantia do cumprimento de obrigações contraídas entre membros de uma profissão liberal ou consumidores, ou seja, apenas pode garantir os créditos bancários ou de outras instituições de crédito. É difícil explicar esta exclusão, uma vez que qualquer pessoa com capacidade jurídica pode recorrer, por exemplo, ao penhor de créditos. Essa reserva em relação à cessão de crédito em garantia parece inadequada às expectativas dos operadores económicos e à própria prática.

**B7.** Não nos parece adequada a opção de dedicar uma garantia exclusivamente aos estabelecimentos bancários e outras instituições de crédito num continente onde o crédito extra - bancário impera. Essa desigualdade de acesso às garantias tem-se revelado prejudicial para muitos credores, pelo que se mostra necessária a *democratização* do regime das garantias fiduciárias.

**B8.** O legislador da OHADA reserva o estatuto de cessionário de créditos profissionais às instituições de crédito, o que não constitui uma abordagem feliz, pois gera a multiplicação de técnicas de cessão de créditos, aumentando os riscos de incompatibilidades e de insegurança jurídica. Como estas disposições mais favoráveis são reservadas às instituições financeiras, elas estimulam o aumento da sua influência. Esta situação gera também uma desigualdade entre os vários destinatários da cessão de créditos. As razões para essas medidas sectoriais não são específicas do sector bancário e não há razão para não generalizar o regime das garantias fiduciárias.

**B9.** A reforma de 2010 do AUG, sobretudo no tocante às garantias fiduciárias instituídas não conhece ainda uma aplicação efectiva.

**B10.** O AUG estabelece o regime especial das garantias fiduciárias, mas não institui um regime geral das mesmas, seguindo um percurso contrário em relação ao Direito francês. Ademais, nota-se a ausência de articulação entre o regime instituído pelo AUG e o Direito Processual - regime da execução singular e execução colectiva.

## **REFLEXÕES DE *IURE CONDENDO***

A intervenção do legislador da OHADA é cada vez mais abrangente, sendo certo que neste momento estão em curso os projectos dos seguintes actos uniformes: Acto Uniforme Relativo ao Direito dos Contratos; Acto Uniforme Relativo à protecção do consumidor; Acto Uniforme relativo à Matéria de Prova Civil; Acto Uniforme Relativo ao Direito do Trabalho; Acto Uniforme Relativo ao Direito das Telecomunicações.

Pensamos que o regime da titularidade – garantia instituído pela OHADA será aclarado pela prática, com o inerente reforço das garantias dos credores e a protecção dos garantes..

Perante os problemas analisados e, tendo em conta os entendimentos propostos acerca do regime instituído pelo legislador da OHADA, impõe-se uma reflexão de Direito a constituir. Em relação ao Direito a constituir, o legislador da OHADA deve ter em conta os seguintes aspectos:

**R1.** O legislador da OHADA, nas próximas reformas, deve ter em conta a realidade dos Estados Partes, por forma a obter um maior compromisso e aceitação das suas normas;

**R2.** Pensamos ser merecedor de uma reflexão profunda o regime da oponibilidade das garantias fiduciárias, a sujeição ao RCCM, pois este limita o acesso às garantias, tendo em conta a informalidade do comércio nos países membros da OHADA.

**R3.** O AUG instituiu um regime especial das garantias fiduciárias. Todavia, para a facilidade da sua interpretação e aplicação, sugerimos a instituição de um regime geral dos negócios fiduciários;

**R4.** Importa reflectir sobre o âmbito de aplicação do regime da alienação em garantia. Assim, deve determinar-se se os artigos 79.º e seguintes do AUG admitem que se possa alienar qualquer bem móvel em garantia;

**R5.** Deve-se determinar o conceito de propriedade, pois o que corresponde à propriedade em sentido técnico-jurídico, pode não ter o mesmo sentido para um jurista francófono.

**R6.** Em relação à reserva de propriedade, merece ponderação aturada a questão da acessoriedade;

**R7.** A lógica da acessoriedade nas garantias pessoais radica na protecção do garante, que se obriga a pagar uma dívida do devedor principal. A acessoriedade visa proteger o garante, de modo que este não responda em termos mais onerosos ou gravosos do que o devedor principal, razão pela qual todas as alterações favoráveis devem

repercutir-se sobre o garante, ao contrário das prejudiciais. Uma vez que o AUG considera acessória a reserva de propriedade, não estamos perante uma acessoriedade própria das garantias pessoais, na medida em esta acessoriedade da reserva de propriedade visa proteger não o garante (adquirente), mas sim o credor (alienante). Esta acessoriedade da reserva de propriedade, pelo contrário, visa garantir o objectivo da própria cláusula que é o pagamento do preço;

**R8.** Tratando-se de países dominados pelo comércio de gado, parece importante esclarecer a questão da admissibilidade da estipulação da cláusula de reserva de propriedade nos contratos de alienação de animais vivos;

**R9.** Na reserva de propriedade alargada, a reserva de propriedade é ampliada de forma a servir de garantia, não só ao crédito daquela venda, mas a um conjunto de créditos nascidos da relação de negócios, o que gera sérias dúvidas em relação à sua adaptação ao AUG, pois este, diferentemente do Código Civil, restringe a reserva de propriedade às obrigações que constituem a contrapartida da propriedade reservada, pelo que deve ser objecto de observação no futuro;

**R10.** Em relação à cessão de créditos em garantia, o cessionário apenas pode ser uma pessoa colectiva nacional ou estrangeira que realize a título de actividade habitual e por sua conta operações de banco ou de crédito. Esta disposição teve em conta a importância de financiamento efectuado por estabelecimentos de crédito estrangeiros em África ou por bancos de desenvolvimento, razão pela qual se instituiu um regime em que apenas estes estabelecimentos podem beneficiar desta garantia, pelo que não se pode recorrer à cessão de crédito em garantia para garantir directamente os créditos empresariais. Também não se pode recorrer a cessão de direito para garantir um crédito comum, no primeiro caso, tendo em conta o princípio de *numerus clausus* e no segundo devido à jurisprudência. Esta restrição não se justifica nos países em que os empréstimos fora do circuito bancário são superiores aos empréstimos bancários, questão que deve ser analisada em reformas futura;

**R11.** O AUG limita-se a admitir a cessão de créditos futuros sem regulamentar os efeitos e as posições dos sujeitos envolvidos, aspeto a ponderar em reformas futuras;

**R12.** Nos termos do artigo 86.º AUG, com o cumprimento da obrigação garantida, o cessionário deve restituir a diferença ao cedente. Para mitigar o risco fiduciário da recusa de restituição da diferença do direito transmitido em garantia, deve-se pensar na solução em que a diferença se retransmite automaticamente para a esfera jurídica do cedente;

**R13.** Em relação à alienação fiduciária de dinheiro em garantia, dispõe o artigo 87.º/2.º AUG, que os fundos devem ser depositados numa conta bloqueada, aberta em nome do credor, e inscritos nos livros da instituição de crédito habilitada a recebê-los. trata-se de restrição ponderar, atento o império do crédito extra bancário.

**R14.** Deve-se esclarecer se se pode alienar o dinheiro, quer em FCFA, quer noutra moeda. Se for admitida a constituição de garantia em moeda estrangeira, o mercado OHADA será mais atraente para estrangeiros, facilitando a constituição da garantia e, consequentemente o acesso ao crédito e financiamento;

**R15.** O artigo 88.º AUG não é claro quanto à forma do contrato de garantia, motivo pelo qual o legislador deve adoptar uma posição clara sobre a questão;

**R16.** Dispõe o artigo 89.º AUG que a alienação fiduciária é oponível em relação a terceiros na data da sua notificação à instituição onde se encontra aberta a conta, desde que os fundos estejam inscritos na conta bloqueada. No futuro, seria plausível especificar a forma da notificação e como deve ser efectuada se o banco depositário for o credor garantido;

**R17.** O regime da alienação do dinheiro em garantia reclama um regime insolvencial mais claro.

**R18.** Para facilitar a circulação dos bens, na futura reforma deve-se pensar na possibilidade de o credor depositário utilizar os fundos transmitidos em garantia.

**R19.** De um modo geral, a OHADA deve, se pretende melhorar a efectividade das suas normas, deve adoptar um modo de produção de textos com base nos mecanismos jurídicos desenvolvidos pela prática, determinando os que são comuns aos diferentes Estados e propondo diferentes opções aos destinatários das suas normas, sob pena de as suas normas continuarem inoperantes.

**R20.** A OHADA deve acompanhar, de uma forma mais ambiciosa, os seus Estados membros, a propósito da melhoria de funcionamento das instituições judiciais. A formação dos actores judiciais e o acesso aos recursos jurídicos são indispensáveis para a redução da insegurança judiciária comum em diferentes Estados membros.

**R21.** A OHADA deve promover a aproximação das suas instituições aos cidadãos, adoptando as medidas necessárias para que o acesso ao TCJA - não seja limitado por restrições não essenciais e facilmente superáveis.

## CONCLUSÕES FINAIS

### I - FIDÚCIA/ ALIENAÇÃO EM GARANTIA - AUG

**C1.** A consagração de alienação em garantia pelo legislador da OHADA não se deve apenas à dinâmica económica e comercial interna de Estados Partes, mas também à iniciativa de adoptar algumas figuras instituídas no Ordenamento Jurídico Francês.

**C2.** A alienação em garantia instituída pelo legislador da OHADA tem raízes no Direito Romano, *i.e.*, na *fiducia cum creditore*, nos termos da qual, o garante/fiduciante transferia a propriedade de uma coisa ao credor/fiduciário, que se obrigava a restituir depois da satisfação do seu crédito.

**C3.** Com o cumprimento da obrigação garantida, nascia na esfera jurídica do fiduciário a obrigação de restituição da coisa objecto de *fiducia*. Contudo, o cumprimento da obrigação garantida pela *fiducia* não determinava automaticamente a reacquirição da propriedade sobre a coisa objecto de garantia por parte do fiduciante.

**C4.** No Direito romano, a *fiducia cum creditore* não era configurada como uma transferência da propriedade submetida a condição resolutiva.

**C6.** Se a obrigação garantida não fosse cumprida, o credor podia satisfazer o seu crédito conservando apenas a coisa fiduciada em garantia e, se houvesse um *pactum de vendendo*, podia vendê-la.

**C7.** Como não foi incluída no *Corpus Juris Civilis*, a *fiducia* conheceu um período de alguma escuridão. Mas, não é exacto que o Direito Intermédio desconhecesse o conceito de negócio fiduciário e, a partir do século XIX, a fidúcia começa a reassumir a sua importância.

**C8.** Regra geral, na fidúcia germânica, não se verifica a transmissão “definitiva/plena” da propriedade para o fiduciário, considerando alguns que se verificava a separação da propriedade formal, que legitimava a actuação do fiduciário, da propriedade material, que permanecia na esfera do fiduciante.

**C9.** As diferenças entre a *fiducia* romana e a *fiducia* germânica residem na actuação do princípio de publicidade em cada um destes Ordenamentos em relação aos Direitos Reais: no Direito Romano, havia situações reais oponíveis *erga omnes* independentemente da sua publicidade, ao passo que, no Direito Germânico, dotado de um sistema de publicidade que garantia a terceiros que não poderiam ser prejudicados por

limitações não tornadas públicas, não havia razão para opor, nem mesmo na fidúcia, uma limitação de natureza real.

**C10.** A fidúcia moderna é uma continuidade das *fiduciae* antigas; há uma unidade material do negócio fiduciário, com a inerente aproximação da fidúcia moderna à *fiducia* romana. O modo como a *fiducia* romana e a *Treuhand* foram empregues na construção moderna do negócio fiduciário responde, por si só, a questão da determinação da ligação entre as construções fiduciárias modernas e as construções fiduciárias antigas.

**C11.** A fidúcia moderna foi sempre associada à simulação e fraude à lei. Todavia, esta ideia está actualmente afastada, pois, nos negócios fiduciários, a transmissão do direito é realmente pretendida pelas partes, o que não se verifica nos negócios simulados. Também se encontra actualmente ultrapassada a ideia de que a fidúcia visa contornar a lei, pois a fidúcia não representa, *per se*, uma violação da lei.

**C12.** O AUG permite aos Estados membros dotarem-se de um Direito das Garantias adequado à economia moderna, do ponto de vista internacional.

**C13.** De acordo com o regime do AUG, a alienação em garantia constitui um contrato translativo típico, apto a transmitir o direito de propriedade.

**C14.** O AUG não contém a disciplina pormenorizada dos deveres e direitos das partes sobre a coisa na alienação em garantia e, na falta de convenção das partes, o credor pode exercê-lo em medida que não afecte a obrigação de restituição que assumiu perante o devedor.

**C15.** Numa execução singular ou insolvência do alienante, o bem alienado em garantia não pode ser executado, pois não se encontra no seu património. No caso da insolvência do adquirente, o alienante pode exigir uma compensação pecuniária quando cumpra a sua obrigação.

**C16.** As garantias reais, no âmbito do AUG, não são caracterizadas apenas pela preferência no pagamento, poiso reforço qualitativo sem preferência.

**C17.** Na alienação da propriedade em garantia, o credor beneficiário da garantia é também proprietário, não obstante adquirir a propriedade para fins de garantia. Esta garantia constitui um reforço, quicá mais forte do que o reforço que o direito real de garantia confere ao credor, traduzido na prioridade no pagamento pelo produto da venda do bem objecto de garantia.

**C18.** A alienação em garantia não pode prejudicar os interesses dos credores do devedor. Os credores com garantias reais sobre a coisa alienada estão sempre protegidos



devido à eficácia absoluta das suas garantias; os credores comuns podem recorrer, reunidos os requisitos, à impugnação pauliana, tornando a transmissão ineficaz.

**C19.** Na alienação em garantia, o proprietário é o beneficiário/fiduciário, o que levanta sérios problemas de compatibilidade com o artigo 694.º CC, na medida em que, com uma aquisição prévia, o credor assegura inabalavelmente a satisfação do seu crédito, com os mesmos perigos que o pacto comissório pode representar para o devedor. O pacto marciano instituído pela OHADA pode salvar este desequilíbrio que o Direito tão veementemente repudia.

**C20.** A acção executiva não garante um preço mais alto ou sequer mais justo na venda do objecto da garantia, ao que acresce a delonga e encargos inerentes ao processo judicial que agravam adicionalmente a posição do credor.

**C21.** Na interpretação do AUG, deve-se dar atenção às raízes e à evolução do Direito lusófono das Garantias e articular com as raízes e evolução do Direito francófono das Garantias.

**C22.** Ainda se verifica, devido à sua relativa novidade e formalismo minucioso, uma certa reserva em relação aos negócios fiduciários instituídos pelo legislador da OHADA.

**C23.** Outro desafio das garantias fiduciárias instituídas pela OHADA é a falta da sua articulação saudável com os institutos fundamentais do Direito Civil, pois coloca-se a questão da articulação entre o direito de propriedade consagrado no Código Civil e a propriedade fiduciária, dado que se alega que nem o fiduciante nem o fiduciário dispõem do direito real sobre o bem objecto da fidúcia.

**C24.** Na matéria das garantias, nota-se uma desarticulação entre os AUG, AUDCG, AUOPSCE e AUOPCAP, sendo certo que as regras relativas à eficácia das garantias se encontram dispersas em diferentes textos.

**C25.** Nota-se uma relação entre o AUG e os AUOPSCE e AUOPCAP, que podemos qualificar de conflitual, sobretudo com este último, na medida em que o AUG favorece o credor e o AUOPAP visa essencialmente proteger o devedor e a sua actividade.

**C26.** A grande parte dos operadores económicos que exercem as suas actividades no espaço OHADA não tomam em conta as normas do AUG no exercício das suas actividades, nem na resolução dos seus conflitos. Essa desconfiança deve-se à inadequação das regras adoptadas em relação ao contexto em que se destinam a aplicar.

**C27.** O percurso até aqui efectuado permite-nos afirmar que a fidúcia romana continua a influenciar o Direito Europeu e todos os Direitos que nele se inspira.

**C28.** Nota-se que a evolução recente do Direito Europeu, assim como da OHADA é no sentido de restringir a proibição do pacto comissório, justificando com a protecção do garante através da imposição do dever de avaliação do bem objecto de garantia.

**C29.** A proibição do pacto comissório torna o sistema de garantias reais mais rígido - na fase de constituição da garantia protege o devedor, mas, na fase execução pode acabar por representar sério obstáculo à realização dos direitos do credor atendendo à morosidade e aos custos adicionais que uma acção executiva representa.

**C30.** O Código Civil proíbe o pacto comissório no artigo 694.º, na disciplina da hipoteca, extensível, contudo, às demais garantias reais por remissão dos artigos 665.º - consignação de rendimentos, 678.º - penhor e 753.º - privilégios creditórios.

**C31.** Tecnicamente, o artigo 200.º AUG consagra um pacto marciano. Esta disposição procedeu à alteração do disposto no artigo 694.º do Código Civil. Esta disposição, na parte em que refere *Imóvel hipotecado não se destinar à habitação*, tem a mesmo *ratio* de D. 20,1,11,3 (Marciano), que dispõe que não podem dar-se em penhor as servidões de prédios urbanos, afastando a possibilidade de se constituir um penhor sobre prédios urbanos, o que se compreende, pois implicava um atentado à privacidade que os prédios urbanos devem assegurar.

**C32.** Os fundamentos da proibição do pacto comissório continuam a ser a tutela simultânea do devedor e do tráfego jurídico em geral.

**C33.** O pacto marciano constitui um subtipo do pacto comissório, sendo uma excepção à norma do artigo 694.º CC, estando expressamente consagrado pelo AUG.

**C34.** Apesar de ser reconhecida no Direito romano, a reserva de propriedade teve dificuldades em ser reconhecida no Direito Comum, tendo os juristas recorrido à figura da condição, ainda que a sua eficácia retroactiva a tornasse inadequada a uma transmissão diferida da propriedade.

**C35.** Na reserva de propriedade, verifica-se uma alienação sujeita à verificação de um facto futuro e incerto, com perfil de garantia.

**C36.** A reserva de propriedade, tradicionalmente aposta em contratos de compra e venda a prestações, caracteriza-se por ter vantagens tanto para o adquirente, como para o alienante/reservatário: ao comprador permite o gozo do bem sem que se tenha verificado o integral pagamento do preço, conferindo -lhe a posse do mesmo, e ao segundo garante uma tutela eficaz e consistente do seu crédito, analisada na propriedade do bem objecto de reserva.

**C37.** De acordo com o regime instituído pelo AUG, a reserva de propriedade constitui uma garantia exclusivamente mobiliária.

**C38.** No AUG, para facilitar a rotatividade rápida de estoques, o legislador admite a validade da reserva de propriedade sobre coisas ainda não individualizadas, nos termos do artigo 75.º, caso em que a reserva de propriedade constitui um direito sobre o valor, na medida em que os bens perdem as suas individualidades.

**C39.** O AUG apenas permite a estipulação da reserva a favor do alienante, e não a favor de terceiros.

**C40.** A reserva de propriedade estende-se aos frutos que a coisa principal produz, os quais ficam afectos à garantia, a não ser que estes tenham de ser consumidos imediatamente, caso em que a reserva de propriedade não os abrange.

**C41.** Quanto ao momento da celebração da reserva de propriedade, de acordo com os artigos 276.º AUDCG e 72.º AUG, uma vez que efeito translativo da propriedade só se verifica com a recepção da mercadoria (AUDCG), a reserva de propriedade deve ser estipulada num documento escrito até à data da entrega da mercadoria, constituindo um desvio ao princípio do consensualíssimo.

**C42.** A utilização da reserva de propriedade como garantia não pode ser considerada uma garantia real no sentido clássico do termo, pois não se limita a atribuir preferência de pagamento ao credor sobre um bem do devedor, mas sim investe-o na plena propriedade desse bem, passando a ser o proprietário do objecto de garantia.

**C43.** Nos termos do artigo 77.º AUG, com o incumprimento do contrato de alienação com reserva de propriedade, o credor alienante pode pedir a restituição do bem de modo a recuperar o direito de dispor do mesmo. Assim, o legislador da OHADA procedeu ao alargamento do conceito de reforço qualitativo através da admissão do recurso à titularidade de um direito.

**C44.** Actualmente, é pacífica que o negócio fiduciário não pressupõe a transferência do direito da esfera do fiduciante para a esfera do fiduciário, pelo que a reserva de propriedade constitui uma fidúcia estática.

**C45.** De acordo com o regime instituído pela OHADA, a reserva de propriedade constitui uma garantia acessória da obrigação garantida. Importa realçar que a consagração da regra do *accessorium sequitur principale* não implica que o direito de propriedade em si passa a ser acessório em relação a outro direito, ou seja, a natureza e características do direito de propriedade, embora seja utilizado para fins de garantia, continua a ser um direito real principal, exclusivo e absoluto.

**C46.** Nem sempre foi pacífica a admissibilidade da cessão de créditos. Foi resultado da complexa evolução histórica. Houve concepções que consideravam o crédito absolutamente intransmissível e, actualmente, é pacífica a transmissão de créditos em geral e recentemente a cessão de crédito em garantia.

**C47.** Com a reforma do Direito das Garantias, o legislador da OHADA introduziu expressamente uma nova garantia – a cessão de créditos em garantia – fortemente inspirada na *Cession Dailly*.

**C48.** Recentemente, em França, foi instituído o regime da cessão de créditos em garantia. No Código Civil francês, foi criada uma subsecção II para descrever o regime de cessão de créditos em garantia - artigos 2373 a 2373-3 do *Code*. O reconhecimento da faculdade transmitir um crédito em garantia faz parte de um processo de modernização do Direito das Garantias, a fim de fortalecer a atractividade internacional do Direito francês. Pode-se afirmar que este regime foi inspirado no regime instituído pelo legislador da OHADA.

**C49.** O AUG consagrou a cessão de crédito em garantia na parte dedicada às garantias reais, porque foi influenciado pela versão do Código Civil francês na redacção anterior à reforma de 2022.

**C50.** A cessão de crédito em garantias é sujeita ao regime geral da cessão de créditos consagrado no Código Civil, da cessão de créditos em garantia previsto no AUG, que prevalece sobre o primeiro e à doutrina baseada na *fiducia cum creditore*.

**C51.** Sob pena de nulidade, a cessão de créditos em garantia deve ser reduzida a escrito num documento contendo menções obrigatórias e se os créditos cedidos em garantia forem futuros, o documento deve permitir a sua individualização.

**C52.** A oponibilidade da cessão de créditos em garantia a terceiros não depende da sua notificação ao devedor ou da aceitação deste e é imediatamente eficaz entre as partes, na data da sua celebração, independentemente da data do vencimento ou exigibilidade do crédito cedido, e torna-se oponível a terceiros a partir da sua inscrição no RCCM.

**C53.** O cessionário, de acordo com o AUG, apenas pode ser uma pessoa colectiva nacional ou estrangeira que realize a título de actividade habitual e por sua conta operações de banco ou de crédito.

**C54.** Actualmente a admissibilidade da cessão de crédito futuro não constitui um problema, sendo pacífica a solução de que nada impede as partes de ceder um crédito futuro. A cessão de créditos futuros em garantia é um negócio de celebração comum, nomeadamente nos sectores de financiamento à exportação ou no âmbito da produção cinematográfica. A função de garantia é idêntica à da cessão de créditos em garantia, ainda que carregue uma menor certeza, na medida em que a concessão da garantia vem a ficar dependente da efectiva constituição do crédito.

**C55.** Na cessão de créditos futuros em garantia, em sentido técnico, a garantia só se constitui com a efectiva transmissão de crédito para a esfera jurídica do cedente e é eficaz entre as partes na data da sua celebração e, em relação a terceiros, no momento do seu registo no RCCM.

**C56.** É discutível se um crédito futuro pode ser garantido por uma cessão de créditos em garantia. Não temos nenhuma objecção, desde que a garantia respeite os requisitos da constituição dos negócios jurídicos, nomeadamente a determinabilidade do crédito futuro garantido.

**C57.** A *incredibilidade* do crédito não pode ser oposta ao cessionário pelo devedor cedido quando, sendo a mesma de fonte convencional, o crédito tenha sido contraído no exercício da profissão do devedor cedido ou se encontre em relação directa com uma das suas actividades profissionais, ainda que não seja a principal. A *contrariu sensu*, tratando-se de outros créditos, é admissível a cláusula da sua incredibilidade e será oponível ao cessionário.

**C58.** Com o cumprimento da obrigação garantida, o cessionário deve retransmitir o crédito ao cedente. Este dever de retransmissão constitui apenas um dos deveres fiduciários, incidindo ainda sobre ele outros deveres, nomeadamente de gestão cuidadosa do objecto de garantia.

**C59.** Se o crédito cedido já se tiver vencido e o devedor cedido cumprir perante o cessionário antes do vencimento da obrigação garantida, a garantia do cessionário muda de objecto, deixa de incidir sobre o crédito a prestação de objecto e passa a incidir sobre as quantias pecuniárias.

**C60.** Se o crédito cedido já tiver vencido e tiver sido cobrado, a garantia não passa a incidir sobre as garantias pecuniárias. Nos termos do artigo 86.º/1AUG, as quantias pagas ao cessionário por conta do crédito cedido são imputadas no crédito garantido quando este se tiver vencido.

**C61.** De acordo com o regime instituído pelo AUG, os direitos potestativos transferem-se para a esfera jurídica do cessionário. Todavia, tratando-se duma transmissão provisória com carácter fiduciária, o cessionário não pode exercer – a menos que seja seguro que o incumprimento da obrigação principal irá determinar a execução da garantia.

**C62.** Para ser oponível ao devedor cedido, deve a cessão de créditos em garantia ser-lhe notificada ou deve aquele intervir no acto da cessão.

**C63.** Com a cessão de créditos em garantia, o crédito transfere-se automaticamente para esfera jurídica do cessionário pelo que, em princípio, por isso, na insolvência do cedente, por não se encontrar no património deste, não é incluído na massa insolvente.

**C64.** No caso da insolvência do cessionário, se o cedente já tinha pago o crédito garantido, o crédito cedido abandona a massa falida. Neste caso, o cedente pode opor este direito à restituição apenas se a cessão for registada no RCCM. Se, pelo contrário, a obrigação garantida não for cumprida, o pagamento deve ser efectuado ao síndico, nos termos dos artigos 108.º e seguintes do AUOPCAP.

**C65.** No caso da insolvência do devedor cedido, na qualidade de credor do devedor cedido, o cessionário pode reclamar o seu crédito, nos termos do artigo 78.º AUOPCAP. Se a obrigação garantida for cumprida, o cessionário deve restituir o crédito ao cedente, procedendo-se à substituição processual no âmbito do Processos Colectivo de Apuramento do Passivo.

**C66.** Quanto à execução da cessão de crédito em garantia, as quantias pagas ao cessionário por conta do crédito cedido são imputadas no crédito garantido quando este se tiver vencido. Assim, se o crédito cedido se vencer antes da obrigação garantida, o cessionário pode receber a prestação do devedor cedido antes do vencimento da obrigação garantida. Neste caso, a sua garantia sobre o crédito é substituída pelos valores recebidos, pelo que deve conservá-lo separadamente do seu restante património.

**C67.** As quantias pagas ao cessionário por conta do crédito cedido são imputadas no crédito garantido quando este se tiver vencido. Para evitar o enriquecimento sem causa, o excesso, se o houver, é restituído ao cedente.

**C68.** Entre as inovações introduzidas no AUG consta a transferência fiduciária de uma quantia em dinheiro. Esta nova garantia inspira-se na *fiducia* romana, quer seja entendido na sua forma de *gestão ou custódia de bens* (*fiducia*

*cum amico*) ou como uma garantia de cumprimento (*fiducia cum creditore*). Nesta garantia instituída pelo legislador da OHADA, nota-se também as técnicas anglo-saxónica do *trust*, ainda que se ressalte que existe uma diferença entre os fundamentos do *trust* e da *fiducia* romana.

**C69.** A transferência fiduciária de quantias em dinheiro constitui, para o banco que opera no espaço da OHADA, sobretudo na qualidade de credor, umas garantias mais desejadas, pela sua facilidade na constituição e pela sua rápida execução, mas sobretudo pela tesouraria imediata que o próprio banco procura.

**C70.** A alienação fiduciária de uma quantia em dinheiro, nos termos instituídos pela OHADA, é uma garantia fiduciária, mas não flutuante. Não se trata da garantia real tradicional, pois não confere preferência no pagamento, confere a exclusividade ao titular da garantia. Também não se trata de uma garantia pessoal, dado que o credor não pode executar o património do garante, porquanto tem um bem afecto à garantia.

**C71.** Como condição de validade, na alienação fiduciária de dinheiro em garantia, os fundos devem ser depositados numa conta bloqueada, aberta em nome do credor, e inscritos nos livros da instituição de crédito habilitada a recebê-los. O registador estabeleceu uma restrição em relação ao depositário, apenas a instituição de crédito pode ser o depositário, quer sejam credores, quer não.

**C72.** Na alienação do dinheiro em garantia, tratando-se de um depósito irregular, o objecto de garantia passa a incidir sobre o direito à restituição.

**C73.** Se o fundo depositado em garantia vencer juros, nos termos do artigo 90.º AUG, estes acrescerão ao crédito na conta, salvo convenção em contrário. Neste caso, os juros serão benéficos tanto para o credor, como para o garante. Para o credor, uma vez que vai crescer o crédito na conta, vai manter o valor da garantia. Em relação ao garante, uma vez que os juros vão crescer o crédito na conta que se encontra bloqueada, significa que no fim será beneficiado, na medida em que no caso de cumprimento da obrigação garantida, será lhe restituído todo o saldo da conta. Se não cumprir, ainda tem direito ao remanescente do saldo, se houver.

**C74.** A falência do garante não prejudica a garantia, na medida em que ele não é titular dos fundos depositados na conta, excepto se a garantia for constituída após a abertura do Processos Colectivos de Apuramento do Passivo, nos termos do artigo 67.º AUOPCAP.

**C75.** Quanto à insolvência do credor, uma vez que a conta se mantém bloqueada por determinação legal durante a pendência da garantia, esta constitui um património autónomo do credor, um património afecto à garantia e separado do seu património em geral, pelo que não pode ser atingido pela insolvência.

**C76.** Quanto à insolvência do banco, resta ao credor reclamar o seu crédito e se a obrigação garantida for cumprida, o garante fica sub-rogado na posição do credor e pode reclamar o crédito no âmbito do processo.

**C77.** Em caso de cumprimento integral do crédito garantido, os fundos inscritos na conta são restituídos ao autor da garantia. o garante pode receber valor superior ao do depósito efectuado se este gerar juros.

**C78.** Em caso de incumprimento do devedor e oito dias após o autor da garantia ter sido devidamente notificado, pode o credor exigir a entrega dos fundos alienados no limite do montante dos créditos garantidos que permaneçam por pagar.

**C79.** O AUG protege o garante de eventual enriquecimento do credor à sua custa, na medida em que dispõe que este pode exigir a entrega dos fundos apenas no limite do montante dos créditos garantidos que permaneçam por pagar. Se houver excedente, este deve ser devolvido ao garante.



## RESUMO

O presente estudo aborda o tema da alienação fiduciária em garantia no âmbito da OHADA e do Direito positivo da Guiné-Bissau. A alienação fiduciária tem vindo a assumir uma importância decisiva no comércio jurídico internacional e no mercado de alta finança.

A alienação fiduciária em garantia é um instituto com raízes no Direito Romano “*fiducia cum creditore*”. A evolução histórica da fidúcia revela que o instituto tem tendência para reaparecer nos momentos em que o Direito positivo se mostra inadequado para acompanhar novas necessidades sociais e económicas, nomeadamente a procura de garantias com a facilidade de constituição e execução.

Actualmente, os negócios fiduciários têm raízes sólidas nos Direitos Civis de base romanística e continuam a influenciar o Direito Europeu e todos os Direitos que nele se inspiram, nomeadamente a OHADA, que instituiu, em 2010, a figura da alienação em garantia, em especial, cessão de crédito em garantia e alienação fiduciária de dinheiro em garantia.

Um dos desafios das garantias fiduciárias instituídas pela OHADA é a falta da sua articulação saudável com os institutos fundamentais do Direito Civil, porque o novel Acto Uniforme não contém um regime fiduciário em geral e existem outros aspectos que suscitam dúvidas e carecem de aperfeiçoamentos.

Todavia, o regime da alienação em garantia instituído pela OHADA revela, de um modo geral, ser favorável ao credor, facto manifesto ao nível dos mecanismos da execução da garantia, pois permite ao credor recorrer aos meios tradicionais da execução da garantia - via judicial – assim como a execução por via convencional ou através do pacto marciano - obrigando sempre ao credor à restituir a diferença na execução da garantia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Alienação; fiduciária; garantia das obrigações; OHADA.

## RÉSUMÉ

Cette étude aborde le thème de l'aliénation fiduciaire en garantie dans le cadre de l'OHADA et du droit positif dans la Guinée - Bissau. L'aliénation fiduciaire a joué un rôle décisif dans le commerce juridique international et sur le marché de la haute finance. L'aliénation fiduciaire en garantie c'est un institut aux racines du Droit Romain «*fiducia cum creditore*». L'évolution historique de la fiducie montre que l'institut a tendance à réapparaître à des moments où le Droit positif est insuffisant pour faire face aux nouveaux besoins sociaux et économiques, à savoir la recherche de garanties avec la facilité de constitution et de réalisation.

Actuellement, les contractes fiduciaires ont des racines solides dans les droits civils fondés sur le Droit Romain et continuent d'influencer le Droit européen et tous les droits sur lesquels elle s'appuie, à savoir l'OHADA, qui a établi en 2010 la fiducie – sûreté, en particulier la cession de créances en garanties, la réserve de propriété et la cession fiduciaire de la somme monétaire en garanties.

Un des défis des garanties fiduciaires instituées par l'OHADA est l'absence de son articulation saine avec les instituts fondamentaux de Droit Civil, car le nouvel acte uniforme ne contient pas de régime général de la fiducie et il y a d'autres aspects qui soulèvent des doutes et manque des enquêtes et de l'approfondissement.

Cependant, le régime de la fiducie – sûretés établi par OHADA est d'une façon générale, favorable au créancier, ce qui est confirmé au niveau des mécanismes d'exécution de la garantie, car ils permettent au créancier d'utiliser les moyens traditionnels d'exécution de la garantie - judiciairement - ainsi que l'exécution par convention ou par le biais du pacte martien - obligeant toujours le créancier à rétablir la différence dans l'exécution de la garantie.

*MOTS-CLÉS: aliénation; fiduciaire; garantie d'obligations; OHADA.*

## BIBLIOGRAFIA

ABARCHI, DJIBRIL, *L'introduction du «tolmé» ou «djinguina» dans le nouveau code de commerce Nigérie : une tentative de valorisation d'une sûreté aux suites incertaines*, in Revue Nigérienne de Droit, p. 55, in: OHADATA D-03-11.

ABRANTES, JOSÉ JOÃO, *Algumas Notas sobre o Contrato de Mútuo, Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

ABREU, CARLOS PEREIRA DE, *O direito de Retenção como garantia imobiliária das obrigações*, ELCLA, Porto, 1998.

ADISSOBA, G., *La tontine: une spécialité du monde féminin*, EHUZU, 25 de Outubro de 1984, pp. 3.

AFFOGBOLO, G., *Analyse et implications des marchés financiers non organisés. Le cas des tontines' en République Populaire du Bénin*, Mémoire FASJEP, Université Nationale du Bénin, 1987.

AFONSO, ANA ISABEL, *A condição – Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, Universidade Católica Editora, Porto, 2014, pp. 486-487.

AGUIAR-BRANCO, JOSÉ, *Dos Fideicomissos*, Fundação Eng.º António de Almeida, Porto, 2000.

AL - SUWAILEM, *Venture Capital, A Proposal Model of Mou sharaka*, Journal of Islamic Economics, V – X, 2004.

ALARCÃO, MANUEL, *Sociedades Unipessoais*, in BFD, Suplemento XIII, 1961, pp. 271 ss.

ALBADEJO, MANUEL, *Mandato para Adquirir y Titularidad Fiduciaria*, in Anuario de Derecho Civil, 36, 1983, p. 1437.

ALBADEJO, MANUEL, *Las Obligaciones Solidarias*, in Anuario de Derecho Civil, 45, 1992, pp. 861.

ALBUQUERQUE, GONÇALO LOBO, *Admissibilidade da Alienação Garantia*, Revista de Direito Financeiro e dos Mercados de Capitais, V. I, 2019, n.1, pp. 25-90.

- Albuquerque, *Admissibilidade da Alienação Garantia*, in BFDUNL, Lisboa, 2018, p. 21.

ALBALADEJO, MANUEL, *El Negocio Jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 224-226.

ALBARANI, LINDA /NOTARANGELO, EUGENIA, *Il pegno mobiliare non possessorio: riflessioni sulla nuova garanzia, artigo acessível* no sítio [www.dirittobancario.it](http://www.dirittobancario.it), pp. 1-2.

- *Reconstrução Dogmática*), Almedina, Coimbra, 2004.

- *Contrato de Compra e Venda. Introdução, Efeitos Essenciais e Modalidades*, in *Direito das Obrigações*, III, (Lições coordenadas pelo PROF. DOUTOR A. MENEZES CORDEIRO), AAFDL, Lisboa, 1991, pp. 39.

ALBUQUERQUE, RUY, *O Prof. Manuel Duarte Gomes da Silva, o Mestre e o Homem por detrás da Obra*, in RUY DE ALBUQUERQUE/MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Edição da FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 137.

- *A «Fictio Iuris» no Direito Romano – apreciação crítica de uma Dissertação de Doutoramento*, in RFDUL, vol. XXX, 1989, Lisboa, pp. 477-501.

ALBUQUERQUE, RUY/ALBUQUERQUE, MARTIM DE, *História do Direito Português*, I, Pedro Ferreira, Lisboa, 1999.

ALEIXO, RAMIRO, *A Origem do Povo Ovimbundu - a hipótese mais próxima da realidade*, Angodebates, edição n.º 2/Junho/2011 da revista Benguela, p. 46-47.

ALFANDARI, ELIE, *Le droit et la monnaie: de l'instrument à la politique, Droit et monnaie: états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988.

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA. *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, -III, Lisboa, p. 865.

- *Contratos*, II, 3.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2012.

- *Introdução ao Direito Comparado*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 1998.

- *Direitos Islâmicos e “Direitos Cristãos”*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Glvão Telles*, V, *Direito Público e Vária*, (cord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, LUÍS MENEZES LEITÃO E JANUÁRIO DA COSTA GOMES), Almedina, Coimbra, 2003, p. 713 ss.

- *Transmissão Contratual da Propriedade – Entre o Mito da Consensualidade e Múltiplos Regimes*, Themis, ano VI, 11, 2005, pp. 5.

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA/CARVALHO, JORGE MORAIS, *Introdução ao*

*Direito Comparado*, 3.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2013., p. 13.

ALMEIDA, JOSÉ CARLOS MOITINHO, *A Locação Financeira (leasing)*, in BMJ n.º 231, pp. 5.

ALMEIDA, L. P. MOITINHO, *Enriquecimento sem Causa*, 3.<sup>a</sup> ed., jurisprudência actualizada, Almedina, Coimbra, 2000.

ALVAREZ SUAREZ, URSICINO, *Horizonte del Derecho Romano*, in Estudios Matritenses de Derecho Romano, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1944, p. 2526.

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

- *Dação em Cumprimento*, Almedina, Coimbra, 2020.

- *Vulnerabilidade e Assimetria Contratual*, RFDUL, ano LXII, n.º 1, T. 1, 2021, pp. 305 ss.

- *Breves notas sobre o penhor financeiro (Brief notes on the financial pledge)*, in RFDUL, Ano LXI, n.º 2, 2020, pp. 7 ss.

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

- *Compensação Voluntária e Função de Garantia da Compensação*, in *Direito das Garantias*, Centro de Estudos Judiciário, Lisboa, 2017, pp. 24 ss.

ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA, *Um Instituto do Antigo Direito Germânico*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, V, 63, 1968, pp. 194 – 228, p. 200-204.

ALVES, MANUEL BRANDÃO, *Com o Microcrédito, Devolver mais Dignidade as Pessoas*, in Revista Migrações – número temático empreendedorismo imigrante, Catarina Reis Oliveira e Jan Rath (org.), n.º 3, Outubro, ACIDI, Lisboa, ACIDI, 2008, p. 271 ss.

ALVES, MOREIRA, *A Posse. Do antigo Direito Português ao Código Civil Brasileiro*, in BFDUC – Estudos em Homenagem aos Profs. Doutores M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz, LVIII, t., II, Coimbra, 1982, p. 655-693.

- *Instituições de Direito Civil Português*, IV, Empresa da Universidade, Coimbra, 1931, p. 772

ALVES, RAÚL GUICHARD, *O problema dos estudos subjetivos relevantes no contexto da representação. Uma análise do artigo 259.º do Código Civil*, (pol.), Coimbra, 1991.

ALVES, VILSON RODRIGUES, *Alienação Fiduciária em garantia*, Millenium, Campinas, 1998.

AMÉRICON ESPARZA, GUSTAVO, *El Fideicomiso. Introducción a un estudio comparado de su legislación en Argentina, México y Panamá*. Buenos Aires: Gowa, 2006, pp. 17-18.

ANDRADE, MARGARIDA COSTA, *O penhor financeiro com direito de disposição de valores mobiliários*, in, Separata da ROA, Ano 70, 2010.

ANDRADE, MANUEL AUGUSTO DOMINGUES, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, *Facto Jurídico, em Especial Negócio Jurídico*, Almedina Coimbra, 1960.

- *Teoria Geral da Relação Jurídica*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.

ANDRIOLI, V., *Divieto del patto commissorio*, in Comm. Cod. Civ. (C. Branca), art. 2740 – 2899, 2.<sup>a</sup> ed., Bologna – Roma, 1955, p. 57.

ARENZ, KARL, *Base del Negócio Jurídico y Cumplimento de los Contratos*, Editora Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 80.

ANTUNES, JOÃO TIAGO MORAIS, *Do Contrato de Depósito Escrow*, Almedina, Coimbra, 2007.

ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS, *A Causa do Negócio Jurídico no Direito Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2016.

ARAÚJO, FERNANDO, *Introdução à Economia*, 3.<sup>a</sup> ed., 2005.

ARAGÃO, PAULO PULIDO, *Lições de História do Direito Romano, Peninsular e Português*, Almedina, Coimbra, 2016.

ARNAUD, RAYNOUARD, *Lorsque le Conseil Constitutionnel Sauve le Code Civil d'un Alinéa inutile et Inefficace... Tout en Mettant la Fiducie (encore) sous les Feux de la Rampe*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière, n.º 3, 22 de Janeiro de 2010.

ARANGIO-RUIZ, C., *Istituzioni di diritto romano*, XIV, Nápoles, 1960.

ARESPACOCCHAGA DE, JOAQUÍN, *El Trust, la Fiducia y Figuras Afines*, MP, Madrid/Barcelona, 2000.

ANDRÉANE FULCONIS-TIELENS, *La Finance Islamique a-t-elle un Avenir prometteur en France?* Revue Banque, n.º 696, Novembro de 2007.

ARCHI, GIAN GUALBERTO., *La restituzione dei frutti nelle vendite con 'in diemaddictio' e con 'lex commissoria'*, in Estudos em Homenagem ao UMBERTO RATTI, Milão, 1934, p. 329 ss.

ANELLI, FRANCO, *L'alienazione in Funzione di Garanzia*, Giuffrè, Milão, 1996.

ANOUKAHA, FRANÇOIS/CISSE, AMINATA, *Sûretés*, Collection Droit Uniforme Africain, Bruylant 2002, p. 279.

- ASCARELLI, TULLIO, *Negócio Jurídico Indirecto*, Jornal do Fôro, Lisboa, 1965.
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *Direito Civil. Teoria Geral*, II. *Acções e Factos Jurídicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- *Direito Civil. Teoria Geral*, II – *Acções e Factos Jurídicos*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- *A Tipicidade dos Direitos Reais*, Petrony, Lisboa, 1968.
- *Direito Civil - Teoria geral, Acções e factos jurídicos*, II, Lisboa, 1999.
- ASLAN, NELLY, *Le Mortgage en Angleterre et aux Etats.Unis d'Amérique. Contribution à L'étude des Sûretés Réelles dans les Pays Anglo-Saxons*, Rousseau & C. °, Paris, 1928, p. 1.
- ASSOUAD, NICOLAS, *A propôs du bei-bil-wafa, études de droit libanais*, (polic.), 1964.
- ASTONE, MARIA, *Destinazione di Beni allo Scopo: Fattispecie ed Effetti*, Giufrè, Milão, 2010.
- ATAÍDE, RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS, *Responsabilidade do "Representado" Na Representação Tolerada (um problema de representação sem poderes)*, AAFDL, Lisboa, 2008.
- ATCHAKA, EMILLE., *Système tontinier et développement socio-économique en République populaire du Bénin*, Ecole dès Hautes Etudes en Sciences sociales, Paris, 1985.
- ATIIYAH, P. S., *The Law of Contract*, 4.<sup>a</sup> ed., Oxford University Press, 1989.
- AUBRY, CHARLES/RAU, FRÉDÉRIC, *Droit civil français*, XI, 6.<sup>a</sup> ed., Librairies Techniques, Paris, 1956.
- AURELIANO, NUNO, *O Risco Nos Contratos de Alienação - Contributo Para O Estudo Do Direito Privado Português*, Almedina, Coimbra.
- AYNÈS, LAURENT/CROCQ, PIERRE, *Les Surêtés. La Publicité Foncière*, 2.<sup>o</sup> ed., Defrénois, Paris, 2007.
- AZUERO, SÉRGIO RODRIGUEZ, *Negócios Fiduciários Civiles y Planificación Patrimonial, Planificación Patrimonial y Sucesoria*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2012.
- BABONGENO, URBAIN, *De la problématique de la société unipersonnelle en droit congolais eu égard au droit de l'OHADA*, OHADATA D –07-25.
- BALDINI, GIANNI, *Interposizione Gestoria e Strumentidi Tutela dell'Interponente: Civil Law e CommonLaw a Confronto*, in *Mandato, Fiducia e Trust. Esperienze a*

confronto, (Org. Francesco Alcaro e Raffaele Tommasini, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 131 ss.

BANZANO, NICOLO, *Cessio Bonorum e Figura Giuridica dei Creditori Cessionari nei Giudizi Contro i Terzi Relative ai Beni Ceduti*, in *Rivista dei Diritto Processuale*, 6, 1951, II, pp. 117-127.

BARATA, LACERDA, *Contrato de depósito bancário*, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, 2002, pp. 7-63.

BARBERO, DOMENICO/LISERRE, A/FLORIDA, G, *Il Sistema del Diritto Privato*, 3.<sup>a</sup> ed., UTET, Torino, 2001.

BARRACHO, JOAQUIM MARTINS VAZ, *Da Simulação nos Contratos, Alguns Aspectos do Problema*, FDL, Lisboa, 1946.

BARRIERE, FRANÇOIS, *Une Cause de la Crise Financière: Un Défaut de Réglementation*, JCP E, 2009, p. 1571.

- *La Réception du Trust au travers la fidejussio*, Liec, Paris, 2004, p. 242.

- *La Fiducie: breves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie*, JCP E 2008, 385.

- *La Loi Instituant la Fiduci : entre équilibre et incohérence*, JCP E, 2007, 2053.

- *La fiducie. Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007*, Bull. Joly 2007. 440 et Bull. Joly 2007. 556.

- *Fiducie nommée et sûretés de la directive «collatérale»*, in *La fiducie-sûreté*, -Lextenso, 2015.

- *Propriété, fiducie et sukuk*, JCP E, 2011, 1203;

- *La fiducie-sûreté*, JCP E 2009. 1808; JCP N 2009. 1291.

- *Dossier «Fiducie»*, Dalloz, 2007.

- *La Réception du Trust au Travers de la Fiducie*, Litec, 2004.

- *Charitable Trusts Anglo-Américains et Fondations Françaises*, in *Fondation et trust dans la protection du patrimoine*, L' Harmattan, 1999.

- *The Security Fiducie in French Law*, in *The Worlds of the Trust*, Cambridge Univ. Press (Inglaterra), 2013, pp. 101.

- *La Fiducie-Sûreté en Droit Français*, McGill Law Journal (Canada), 2013, LVIII, n.° 4.

- *La naissance chaotique de la fiducie en France*, McGill Law Journal (Canada), 2013, vol 58, n.° 4.



- *The French Fiducie or the Chaotic Awakening of a Sleeping Beauty*, in *Re-imagining the trust: Trusts in Civil Law*, s. la dir. de L. Smith, Cambridge Univ. Press (Inghilterra), 2012, pp. 222.
  - *a European Trust and fiducie*, in *Towards Civil Code*, (Holanda), 2010.
  - *La fiducie-sûreté, Trusts e attività fiduciarie* (Italia), 2010, pp.5.
  - *La Fiducieen France*, in *Il trustee nellagestione dei patrimoni. Responsabilita' esoluzione dei conflitti*, (Torino, Italia), 2009, pp. 827.
  - *La Fiducie: aspects fiscaux*, in *Teoria e pratica della fiscalità dei trust*, IPSOA/Kluwers (Italia), 2008.
  - *La Legge che Istituisce la Fiducia: tra equilibrio e incoerenza*, *Trusts e attività fiduciarie* (Italia), Março-Abril, 2008, n.º 124.
  - *El Equivalente Francés del Trust o la Fiducia como Instrumento Commercial*, in *El trust en el derecho civil*, Bosch (Espanha), 2007.
  - *Rapport Français*, in *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge Univ. Press (Inghilterra), 2005.
  - *La Fiducieen Droit Français*, in *La fiducie face au trust dans les rapports d'affaires*, Bruylant (Belgica), 1999.
- BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL, *Trait thorique et pratique de droit civil*, II, 3.<sup>a</sup> ed., Sirey, Paris, 1905.
- BAVETTA, G. *La Cessione di Credito a Scopo di Garanzia*, in *Dir. Fallimento*, 1995, I, pp. 588.
- BAZELA, ANNE VAN DE WINKELE, *La notion de novation*, Lille, 2001.
- BEARD, MERY, *SPQR, Uma História da Roma Antiga* (tradução de Pedro C. Guerra/Rita C. Guerra, título original – *SPQR, A History of Ancient Rome*), Bertrand Editora, Lisboa, 2016.
- BELEZA DOS SANTOS, JOSÉ, *A Simulação em Direito Civil*, vol. I, Coimbra, 1921.
- BELLOMIA, VALENTINA, *La tutela dei bisogni della famiglia, tra fondo patrimoniale e atti di destinazione*, in *DIRITTO DI FAMIGLIA E DELLE PERSONE*, n.º 42, 2013, pp. 698-740.
- BELLOCCI, NICLA, *La struttura della fiducia*, Jovene, 1983, p. 226-231.
- BENEDETTI, LORENZO, *Il pegno nel d' Euro e in quello sulle garanzie finanziarie – spossessamento, rotatività*, in *Università Cattolica del Sacro Cuore: www3.unicatt.it/unicattolica*, p. 11.
- BERGEL, JEAN LOUIS/ANDRE, MARC, *Droit Immobilier*, LAMY, 2003.

BERTOLDI, FEDERICA, *Il negozio fiduciario nel diritto romano classico*, Modena, 2012.

- *Alcune osservazioni sulla Fiducia nella letteratura romanistica*, in *Le situazioni affidanti* (cord. M. Lupoi), Torino 2005.

BETANCOURT, FERNANDO, *Derecho Romano Clásico*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1995.

BETTI, EMILIO, *Su Gli Oneri e i Limite dell'autonomia privata in Tema di Garanzia e Modificazione di Obbligazione*, in *RDCom*, II, 1931, pp. 688 ss.

- *Istituzioni di Diritto Romano*, 2.<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milão, 1947.

BIANCA, MASSIMO, *Vendita (diritto vigente)*, *NovissDi*, XX, pp. 604.

BIANCA, MIRZIA ROSA, *La trascrizione dell'attonegoziale di destinazione (L'art. 2645-ter del código civile)*, Giuffrè, Milão, 2007,

- *Gli strumenti di articolazione del patrimonio: Profili di competitività del sistema*, (Org. de Capaldo Giuseppina), Giuffrè, Milão, 2010.

- *Trustee e figure affini nel diritto italiano*, in *Riv. Not.*, 2009, pp. 557.

BIBAUT, LAURENT, *La fiducie face au trust*, *Dalloz*, 2011.

BIONDI, BIONDO, *Sucessione Testamentária – Donazioni*, Giuffrè, Milão, 1943.

- *Contratto e stipulatio*, Giuffrè, Milão, 1953.

BISSALOUÉ, SYLVIE, *Quelle réglementation pour la tontine dans l'espace OHADA?* in *Actualités du Droit*, 29 de Junho 2017.

BISCARDI, ARNALDI, *La "lex commissoria" nel sistema delle garanzie reali*, in *Studi in onore di E. Betti*, II, Milão, 1962, p. 575.

- *La Lex Mercatoria Nel Sistema delle Garanzie Reali*, In *Estudos em Homenagem ao de EMILIO BETTI*, II, Giuffrè, Milão, (Sep.), 1961, p. 585.

BLACKIE, CF. J. W. G., *Trust in the Law of Scotland*, in *Académie Internationale de Droit Comparé. La Fiducie Face au Trust*, Bistol, 1998, Bruylant, 1999, pp. 117 ss.

BLAUROCK, UWE, *L'avenir de la Fiducie-Sûreté en Droit Allemand. Perspectives de Reforme du Droit des Procédures Collectives*, in *Colloque de Luxembourg 1984 - Les Operations Fiduciaires*, LGDJ, Paris, 1985, pp. 107-223.

BOKALLI, VICTOR EMMANUEL/SOSSA, DOROTHEE COSSI, *OHADA, Droit des contrats de transport de marchandises par route*, in *Coll. Droit Uniforme Africain*, Juriscope, Bruylant, Bruxelles, 2006.

BONDS, DI PIETRO, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale, XIX, Garanzie, UTEC, 2004, Turim, p. 41,

BONIFACIO, FRANCO, *La Novazione nel Diritto Romano*, Jovene, Nápoles, 1950.

BONZI, BIRIKA JEAN CLAUDE, *La Saisie immobilière. Acte du Séminaire de Formation Continue des Juges des Cours et Tribunaux*, Ouagadougou, (pol.), 2001.

- *Théorie et Pratique des Saisies*, I, *Les procédures simplifiées de recouvrement des créances et les saisies mobilières*, Collection Précis de Droit Burkinabè, (pol.), Julho de 2008.

BOUTEILLE, MAGALIE, *La Fiducie, Un Potentiel n'exploité?* in *Revue juridique de l'Ouest*, número especial de 2011, pp.

BOY, FRANCISCO CUENA, *La investigación en Derecho Romano. Consideraciones sobre algunos métodos en particular*, in *Jornadas Romanísticas*, BFDUC, STVDIA IURIDICA, 70, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 109-135.

BRAUN, ALEXANDRA, *El trust en Italia: aplicaciones en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia*, St. John's College, Oxford, en Ester Arroyo I Amayuelas (Coord.), in *El trust en el Derecho Civil*, Bosch, Barcelona, 2007, p.137 ss.

BRANCO, MANUEL CASTELO, *Garantia Autónoma*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 53, Lisboa.

BRÁS CARLOS, AMÉRICO, *Impostos – Teoria Geral*, Almedina, Coimbra, 2010.

BRASIELLO, UGO, *Vendita com patto di riscatto o «de retrovendendo» in funzione di garanzia*, *Comentários à Cass. Civ.*, n.º 53 de 4 Janeiro de 1950, in *Giur. Compl. Cass. Civ.* 1950/I, p. 98 ss.

BRAUNBERGER, GERALD, *La responsabilité de la monnaie de reserve*, in *La guerre des monnaies, Problèmes économiques*, La Documentation française, n.º 3011, de 19 de Janeiro de 2011, pp. 19.

BRIDGE, MICHAEL G., *The English Law of Real Security*, in *European Review of Private Law*, Vol. 10, n.º 4, 2002, p. 487.

BRITO, MARIA HELENA, *A Representação Sem Poderes (um caso de reflexo das obrigações)*, in *Revista jurídica*, n.º s 9 e 10/Junho de 1987, Lisboa, AAFDL, p. 42 e 43.

BOUGEROL-PRUD'HOMME, *Exclusivité et garanties de paiement*, Lextenso éditions, Paris, 2012.

BOUSTANY, SOLÈNE, *L'établissement d'une Banque Islamique en France*, Université Paris II Pantheon-Assas, Paris, 2010.

- BRUNI, GIAN BRUNO, *La Garanzia 'Fluttuante' nell'Esperienza Giuridica Inglese e*
- BRUNO, FERDINANDO, *La collateralizzazione degli strumenti finanziari derivati OTC (over the counter) in Italia*, Le Società, 2007, p. 1227.
- BURDESE, ALBERTO, *Manuale di Diritto Privato Romano*, Editrice Torinese, Torino, 1964.
- BURDESE, ALBERTO, *Manuale di Diritto Privato Romano*, 4.<sup>a</sup> ed., Utec, Torino, 1993.
- BURDESE, ALBERTO, *Lex Commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Giappichelli, Torino, 1949, p. 17 e Jordano Barea, *El Negocio Fiduciario*, Bosch, Barcelona, 1969, p. 54, Paris, 2012.
- BOURASSIN, MANUELLA/BRÉMOND VINCENT, *Droit des sûretés*, 7.<sup>a</sup> ed., Dalloz, Paris, 2020, n.º 789.
- BUJÁN, FREDERICO FERNÁNDEZ, *Sistema Contractual Romano*, Editoria, Dikinson, Madrid, 2007.
- BUREAU, DOMINIQUE, *Le gage-espèce: une sûreté atteignant sa maturité?*, Droit et Patrimoine, 1999, n.º 77, pp. 22.
- BUZAID, ALFREDO, *Ensaio sobre a Alienação Fiduciária em Garantia*, RT 401/9- 29, Março, São Paulo, 1969.
- CABRILLAC, MICHEL, *La Cohabitation de la Traite et du Bordereau Dailly*, in RD Bancaire et Bourse, n.º 3, Julho/Outubro 1987, pp. 75.
- CALDERALE, ALFREDO, *Ipoteca Navale e Ship Mortgage*, in *II Jornadas de Lisboa de Direito Marítimo*, 11 e 12 de Novembro de 2010. *O NAVIO*, (coord. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES), Almedina, Coimbra, 2010, p. 240-241.
- CALVO, ROBERTO, *La Proprietà del Mandatario*, CEDAM, Pádova, 1996.
- CÂMARA, PAULO, *Conflito de Interesses no Direito Financeiro e Societário: Um Relato Anatômico*, in Paulo Câmara/José Ferreira Gomes/João Sousa Gião/Rui de Oliveira Neves/Sofia Leite Borges/Gonçalo C. dos Santos/Hugo M. Santos/Gabriela Figueiredo Dias, *Conflito de Interesses no Direito Financeiro e Societário. Um Balanço a Partir da Crise Financeira*, Almedina, Coimbra, 2010.
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *A Alienação em Garantia*, Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal, 150.º Aniversário (1846-1996) Lisboa, Banco de Portugal, 1996.
- CAMPOS, ISABEL MENERES, *A reserva de Propriedade: do vendedor ao financiador*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.
- *Da Hipoteca*, Almedina, Coimbra, reimp., 2003;

- CANNIZZO, MALEREI M, *Ipoteca Cambiria*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, Garanzie, UTEC, 2004, Turim, pp. 197.
- CANTIN-CUMYN, M., *L'avant-Projet de Loi Relatif à la Fiducie, un Point de Vue Civiliste d'Outre Atlantique*, Dalloz, Paris, 1992.
- CANUTO, ELZA MARIA ALVES, *Alienação Fiduciária de Bem Imóvel: Responsabilidade do Avalista*, Del Rey, Belo Horizonte, 2003.
- CAPITANT, HENRI, *La fiducie en droit moderne*, R. SAVATIER, Paris 1937.
- La fiducie ou du trust dans les droits occidentaux francophones, 3e colloque de Luxembourg*, Maio de 1989, in *Rev. jur. et pol.*, I.D.E.F., n.º 2, Maio - Setembro 1990.
- *La fiducie une révolution dans notre droit*, colloque par l'Institut de droit des affaires de Paris II, 8 juin 1990 et La tribune de l'Expansion, Extrait des débats, *Rev. Banque et droit*, n.º 15, Janeiro – Fevereiro de 1991.
- *La fiducie - Pour quoi faire?*, colloque de Lyon du 5 avril 1990, organisé par le Centre interprofessionnel et de recherche en droit bancaire, *Rev. dr. banc.* 1990.
- *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, colloque organisé par le Centre d'études Juridiques Française de l'Université de la Sarre, Paris, 29 Novembro de 1990, *Bull. JOLY*, 1991, n.º 4.
- *Les opérations fiduciaires*, colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, FEDUCI, LGDJ, Paris 1985; *83e Congrès des Notaires de France, Patrimoine professionnel de l'Entrepreneur : Mythe ou Réalité*, Le notariat français, 1987.
- CARBONNIER, JEAN, *Droit Civil*, III, *Les biens: monnaie, immeubles, meubles*, Thémis Droit Privé, PUF, 12.<sup>a</sup> ed., 1988.
- *Droit Civil*, II, *Les biens, les obligations*, Coll. Quadrige, PUF, 19 ed., 2004, *Théorie de la monnaie*, pp. 1527.
- CARCATERRA, ANTÓNIO, *Dea Fides e fides. Storia d'una laicizzazione*, in SDHI, 50/1984, pp. 199-234.
- CARIOTA-FERRARA, LUIGI, *I Negozi Fiduciari*, Cedam, Pádua, 1933.
- CARLO, IBBA, *La società a responsabilità com un solo socio*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995.
- CARMELO, SCUTO, *Il Concetto del Contratto e le sue Varie Applicazioni*, in RDCom., 1930, I, pp. 663.
- CARNEVALE, UGO, *Il problema del factoring, tipicità e atipicità nei contratti*, Giuffrè, Milão, 1983.

- CARREIRA, ANTÓNIO BARBOSA, *Mandingas da Guiné Portuguesa*, in Anuário da Guiné Portuguesa-1946, Lisboa, Sociedade Industrial da tipografia Limitada, 1946, pp. 466.
- CARRESI, FRANCO, *Il Contratto, II*, Giuffrè, Milão, 1987.
- CARRIÈRE, PAOLO *La Nuova Normativa sui Contratti di Garanzia Finanziaria. Analisi Critica*, in BBTC, 2, 2005, p. 186.
- CARVALHO, ORLANDO, *Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)*, in ORLANDO DE CARVALHO, Escrito, Pagina de Direito, Almedina, Coimbra, 1998.
- CASELLA, MARIO, *Negozió Fiduciario*, in Enciclopedia del Diritto, XXVIII, Giuffrè, pp. 31-52, P. 38.
- CASTELO BRANCO, MANUEL, *Garantia Autónoma*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 53, Lisboa.
- CASTRO Y BRAVO, FREDERICO DE, *El Negocio Juridico. Tratado Practico y Critico de Derecho Civil*, X, Instituto Nacional de Estudios Juridicos, Madrid, 1967.
- *El Negocio Juridico in Derecho Civil de España*, III, Thomson Cibitas, 2008 (reedición de 1971).
- CATALA, NICOLE, *La nature juridique du payement*, Bib. Droit Privé., XXV, LGDJ, 1961, p. 121.
- CERLES, ALAIN, *Le point de vue du banquier sur la fiducie*, RD Bancaire et Bourse, n.º 19, Maio-Junho, 1990.
- CHALHUB, MELHIM NAMEM, *Trust: Perspectivas do Direito contemporâneo na transmissão da Propriedade para Administração de Investimentos e Garantia*, Renovar, CHAMOUN, EBERT, *Instituições de Direito Romano*, Forense, São Paulo, 1962.
- CHUCRI-JOSEPH, SERHAL, *La Finance Islamique: Une Intégration Possible dans le Système Bancaire Français*, Banque & Droit, 1.º de Março de 2006, n.º 106, p. 37 – 43.
- CICCARELLO, SEBASTIANO, *Pegno*, in Enciclopedia del Diritto, XXXII, Giuffrè, 1982, p. 688.
- CICERO, CRISTIANO, *Riflessioni su trust e categorie civilistiche*, in Giur. Comm., n.º 6, V. 37, ano 2010, pp. 899-915.
- *Fideiussione Omnibus*, in Il Diritto Privato nella Giurisprudenza, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, Garanzie, UTEC, 2004, Turim, p. 63,
- CIPRIANI, NICOLA, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Edizione Scentifiche Italiane, Nápoles, 2000.

- COHEN, BENJAMIN, *L'avenir des monnaies de réserve, Finances et développement, Fonds monétaire international*, Setembro de 2009, in *La guerre des monnaies, Problèmes économiques*, La Documentation française, n. ° 3011, 19 de Janeiro de 2011.
- CHRISTOPH, FABIAN, *Fidúcia, Negócios Fiduciários e Relações Externas*, Sérgio Antônio Fabris, Porto Alegre, 2007.
- CORRE, PIERRE - MICHEL LE, *L'invincibilité du Droit de Rétention dans les Procédures Collectives de Paiement*, Dalloz n. ° 34, 4 Outubro, 2001, pp 2815-2816.
- CRISCUOLI, GIONANNI, *Il Contrato*, CEDAM, Milão, 1992, p. 113.
- COELHO, JOSÉ GABRIEL PINTO, *Operações de banco*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 81.º, pp. 19.
- COELHO, LUIS DA CÂMARA PINTO, *Da Comunhão da Propriedade e da Comunhão de outros Direitos Reais*, in *BMJ* 103, p. 160.
- COSTANZA, MARIA, *Il Contrato Atípico*, Giuffrè, 1981.
- COULSON, NOEL J., *Histoire du Droit Islamique*, Presses Universitaires de France, Paris.
- COUSON, NOEL J., *History of Islamic Law*, (Edinburgh: Edinburgh University Press 1964).
- CONAGLEN, MATTHEW, *Sham Trusts*, in 67 (2008) *Cambridge Law Journal* 176.
- CONSTANZA, MARIA, *Il Contrato Atípico*, Giuffrè, Milão, 1981.
- *Numerus Causus dei Diritti Realli e Autonomia Contrattuale*, in *Studi in Onore di Cesare Grassetti*, I, Giuffrè, Milão, 1980, pp. 423 ss.
- CORBO, NICOLA, *Autonomia privata e causa di finanziamento*, Giuffrè, Milão.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Tratado de Direito Civil Português*, II, *Direito das Obrigações (Contratos Negócios Unilaterais)*, Almedina, Coimbra, 2010.
- *Direitos Reais*, II, Imprensa Nacional, Casa da Moeda, Lisboa, 1979.
- *Da Boa-fé no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 54
- (coord.), *Direito das Obrigações*, III, - *Contratos em Especial (Compra e Venda, Sociedade, Mútuo, Mandato e Empreitada)*, 2.ª ed., AAFDL, Lisboa, 1991.
- *A Modernização do Direito Civil- I – Aspetos Gerais*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 37.
- *Introdução Ao Direito Dos Transportes*, in *I Jornada de Direito Marítimo*, (Março de 2008), Almedina, Coimbra, 2008.
- *Princípios Essenciais do Direito Civil Muçulmano*, Inédito, 1956.
- *Direito Comercial*, 3.ª ed., Almedina, 2012.
- *A Posse: Perspetivas Dogmáticas Atuais*, 2.ª Ed., Almedina, 1999.

- O Novíssimo Regime do Contrato-Promessa, in CJ 12, 1987, 2, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 59-94 e in BMJ, n.º 306, Maio, 1981.
  - Evolução Juscientífica e Direitos Reais, in ROA, Ano 45, I – Abril, 1985, pp. 71-112.
  - *Da Retenção do Promitente na Venda Executiva*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 57, II, 1997.
  - *Direito das Obrigações*, II, (reimp.), 1986.
  - *A Directriz 2007/36, de 11 de Julho (Accionistas de sociedades cotadas): Comentário à proposta de transposição*, in ROA, ano 68, 2008, pp. 503 ss.
  - Da compensação no direito civil e no direito bancário, Livraria Almedina, Coimbra 2003.
  - *Do Reporte: Subsídios para o Regime Jurídico do Mercado de Capitais e da Concessão de Crédito*, in Banca, Bolsa, e Crédito, Estudos de Direito Comercial e da Economia, I, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 167 ss.
  - *Anotação ao acórdão do STJ, de 31 de Janeiro de 1996*, in ROA, Ano 56, 1996, pp. 307 ss.
  - *A exceção do cumprimento do contrato-promessa*, Tribuna da Justiça, n.º 369, Outubro, 1987.
  - *Tratado de Direito Civil, X, Direito das Obrigações, Garantias*, Almedina, Coimbra, 2015.
  - *O Levantamento da Personalidade Coletiva no Direito Civil e Direito Comercial*, Coimbra Editora, Coimbra.
- CORDEIRO, BARRETO MENEZES, *Do Trust no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014.
- CORDEIRO, CATARINA PIRES NUNES, *Do pacto comissório (ao pacto marciano): entre a eficiência e a justiça comutativa nas relações creditícias*, FDUL, Lisboa, 2004.
- CORREIA, ANTÓNIO DE ARRUDA FERRER, *Sociedades Fictícia e Unipessoais*, Livraria Atlantida, Coimbra, 1942.
- CORREIA, FERRER/RIBEIRO, SOUSA, *Direito de retenção. Empreiteiro*, CJ 13 (1998), 1, pp. 17.
- CORREIA, JOSÉ MANUEL SÉRVULO, *A Responsabilidade Civil da Administração*, in Boletim da FACULDADE DE DIREITO DE BISSAU, n.º 3, Junho de 1995, pp. 9-19.
- CORNU, GÉRARD, *Note sous Cass. 2e civ. 8 février, 1961*, RTDCiv., 1961, p. 698.



- COSTEIRA, DA ROCHA FRANCISCO, *O Contrato de Transporte de Mercadorias. Contributo Para o Estudo da Posição Jurídica do destinatário no Contrato de Transporte de Mercadorias*, Almedina, Coimbra, 2000,
- COSIMO M. D'ARRIGO, *L'Interposizione Reale*, in *Mandato, Fiducia e Trust. Esperienze a confronto*, (Org. Francesco Alcaro e Raffaele Tommasini), Giuffrè, Milão, 2003.
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Contrato-Promessa. Uma Síntese do Regime Actual*, ROA. (separata), Ano 50-I, Lisboa, Abril, 1990.
- *Cláusulas de Inalienabilidade*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992.
  - *Direito das Obrigações*, 9.<sup>a</sup> edição revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2001.
  - *História do Direito Português*, 3.<sup>a</sup> Ed., Almedina Coimbra, 2002.
  - Anotação ao acórdão do S.T.J. de 23 de Janeiro de 1992, in RLJ, Ano 127, pp. 274-278
  - *A Liberdade de Testar e a quota Legitimária no Direito Português, Em especial, o confronto do regime do código civil de 1867 com a evolução subsequente*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
  - *Direito Das Obrigações*, 7.<sup>a</sup> Ed., Coimbra, Almedina, 1998, p.245.
  - *Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria — Notas de direito comparado*.
  - “Nota de apresentação”, *Ordenações Afonsinas*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984, I, 5-11.
  - *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2001
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA/CURA, ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA (col.), *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 7.<sup>a</sup> Almedina, Coimbra, 2018.
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE BRITO, *Origem da Enfiteuse no Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 1957.
- COSTA ANDRADE, MARGARIDA, *O penhor financeiro com direito de disposição de valores mobiliários*, in, Separata da ROA, Ano 70, 2010.
- COSTA, RICARDO ALBERTO SANTOS, *A Sociedade por Quotas unipessoal no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 2002
- COSTANZA, MARIA, *Il Contrato Atípico*, Giuffrè, Milão, 1991.
- CONAGLEN, MATTHEW, *Fiduciar Loyalty: Protecting the due Performance of Non Fiduciary Duties*, Hart Publishing, Oxford, 2010.

- CONSTANÇA PACHECO, REGINA, *Da Transferência do Mandatário para o Mandante dos Direitos Adquiridos em Execução do Mandato sem Representação para Adquirir*, AAFDL, Lisboa, 2001, p. 73
- COURRÈGE, ORLANDO, *Direito das Obrigações: Garantia na Relação obrigacional*, AAFDL, Lisboa 1943.
- COUTINHO DE ABREU, MANUEL, *Da empresarialidade – As empresas no direito*, Almedina, Coimbra, 1996.
- CRISCUOLI, GIOVANNI, *Fiducia e fiducie in diritto privato. Dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Revista di Diritto Civile*, anno XXIX, 1, 1983, pp. 136-167.
- CRISTAS, MARIA DE ASSUNÇÃO OLIVEIRA, *Exoneração do Devedor pelo Passivo Restante*, in *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Setembro de 2005, Edição Especial – *Novo Direito da Insolvência*, pp. 165-182., pp. 176-177.
- CROCQ, PIERRE, *L'Étrange Refus de la Cession de Créance de Droit Commun à Titre de Garantie*, RTDCiv., 2007.
- *Lacunes et Limites de la Loi du 19 Février 2007 au Regard du Droit des Sûretés*, Dalloz, 2007.
  - *La Fiducie Préservée des Audaces du Législateur*, n.º 38, Dalloz, 2009.
  - *Dix Ans Après: l'Évolution Récente des Propriétés-Garanties*, in *Ruptures, Mouvements et Continuité du Droit autour de Michelle Gobert*, Economica, 2004.
  - *Le Cœur du Dispositif Fiduciaire*, *Revue Lamy-Droit Civil*, n.º 40, 2007.
  - *Sûretés Mobilières: État des Lieux et Prospective*, in: *Revue des Procédures Collectives* n.º 6, Novembro, 2009.
  - *La Clause de Propriété en Matière Immobilière*, in *Bulletin du CRIDON*, n.º spéciale, 1992.
  - *Droit des Sûretés*, 11.<sup>a</sup> ed., LGDJ, Paris, 2017.
- CROCQ, PIERRE/AYNES, L., P. *Les sûretés, la publicité foncière*, Coll. Droit Civil, LGDJ, 7.<sup>a</sup> ed., 2013.
- CRUZ, SEBASTIÃO, *Direito Romano (ius romanum)*, I, *Introdução. Fontes*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 1984, p. 44.
- CRUZ, RITA BARBOSA, *O Arresto*, in: *Revista da FDL*, nº 132 I-II (Janeiro - Junho), Editora internacional Lda., Lisboa, 2000
- CUENDET, ANDRÉ, *Les rapports fiduciaires dans la jurisprudence suisse*, In *L'expert-comptable Suisse*, 1992, pp. 130-132.
- CUMYN, MADELEINE CANTIN, *Le pouvoir juridique*, in McGill, 2007, pp. 227.

- *Les droits des bénéficiaires d'unusufruit, d'une substitution et d'une fiducie*, Wilson & Lafleur, Montreal, 1980, pp. 98.
- *La propriété fiduciaire: mythe ou réalité?*, RDUS, 15, 1984.
- *L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre atlantique*, chron XXIII, 1992, pp. 117.
- *La Fiducie au Trust dans les Rapports d'affaires*, in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bistol, 1998, Bruylant, 1999, pp. 117 ss.
- CUNHA, CAROLINA, *Letras e Livranças: Paradigmas Actuais e Recompreensão de um Regime*, Almedina, Coimbra, 2012.
- CUNHA DE SÁ, FERNANDO, *Abuso do Direito*, Almedina, Coimbra, 1997.
- CUNHA GONÇALVES LUÍS, *Da Propriedade e da Posse*, Lisboa, 1952.
- *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*, III, 1930.
- *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, V, Coimbra Editora, Coimbra, 1932, p. 716;
- *Da Compra e Venda em Direito Comercial Português*, 2ª Ed., Coimbra, 1924.
- CUNHA, PAULO, *Da garantia nas Obrigações, Apontamentos das Aulas do Direito Civil do 5.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, pelo E. Pamplona Corte-Real, Lisboa, 1939.
- *Do Código Civil (Meditação sobre a lei mais importante do país)*, in O Direito, ano 98, 1996, 315.
- CUNHA, PAULO OLAVO, *Cheque e convenção de cheque*, Almedina, UCP, Coimbra, 2009.
- CUNY, ANTOINE DE LA VERRYÈRE/DE MEESTER, VÉRONIQUE, *Sûretés et Garanties au Grand-Duché du Luxembourg*, Vademecum, Windhof, 2019, n.º 170.
- CURA, ANTÓNIO, VIEIRA, *Compra e venda e transferência da propriedade no Direito Romano Clássico e Justinianeu. A raiz do "sistema do título e do modo"*, in BFDC, volume comemorativo, Coimbra, 2003, p. 69-112.
- *Transmissão da Propriedade e Aquisição de Outros Direitos Reais – Algumas Considerações sobre a História do «Sistema do Título e do Modo»*, in FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA (org.), Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura, (sep.), Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 377-400.
- *Fiducia cum Creditore*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Suplemento XXXIV, Coimbra, 1991.

- *A Fiducia Romana e a Alienação Fiduciária no Direito Actual, in Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, (FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 171-213, pp. 186 e 187.

CYRIL GLASSÉ, *Dictionnaire Encyclopédique de l'Islam*, Bordas, Paris, 1991, p. 7 ss.

DALMARTELLO, ARTURO, *Pegno irregolare, in Novissimo Digesto Italiano*, 1965, XII, Turin, pp. 800.

DAMMANN, REINHARD/PODEUR, GILLES/ROUSSEL, VINCENT, *Fiducie: des débuts prometteurs*, *Option finance*, n.º 971, publicado a 10 de Março de 2008, p. 37.

DAMMAN, RICHARD/CHANCE, C./PODEUR, GILLES, *Le nouveau paysage du Droit des Sûretés: première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession*, Dalloz, Paris, 2008.

DARGENT, LAURENT, *Réforme de la fiducie par la LME*, Dalloz, Paris, 2008.

DAUBREY, AUGUSTE, *La mobilisation de l'épargne pour le développement rural en Afrique*, in *Epargne et Développement*, Paris, 1985, pp. 235-254.

DELEBECQUE, PHILIPPE, *La Propriété en Tant que Sûreté dans Les Procédures Collectives*, RJCom., 1994.

DELPECH, (X.), *Opposabilité du Droit de Rétention au sous-acquéreur de Bonne Foi*, Dalloz n.º 34, 8 Outubro de 2009, pp. 2275-2276

DERRIDA, FERNAND, *A Propos de la Clause de Réserve de Propriété dans les Ventes Immobilières à Crédit*, Defrénois, Paris, 1989.

DESROCHE, H., *Solidarités traditionnelles et développements mutualistes*, *Archives de Sciences sociales de la Coopération et du Développement*, n.º 65, Julho-Setembro, 1983.

D'ERRICO, MAURIZIO, *Il Trust Oggi: Problemi e Prospettive*, in *Giornate di Studio di Messina*, 6-7 Dezembro de 2001, Giuffrè, 2003.

DÍEZ-PICAZO, LUIS/ANTONIO GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, II, Tecnos, Madrid, 1999, p. 246.

DI PAOLO, M. *Negoziio Indiretto*, *Dig. Proc. Civ.*, XII, Torino, 1995.

DI PIETRO, ALFREDO, *Derecho Privado Romano*, Depalma, Buenos Aires, 1996.

DIAS FERREIRA JOSÉ, *Codigo Civil Portuguez Annotado*, 2.ª ed., II, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1898, p. 11-12.

DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, *Reserva de propriedade*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

- DIAS, JOANA FORTE PEREIRA, *Mecanismos Convencionais da Garantia do Crédito: Contributo para o Estudo da Garantia 'Rotativa' mobiliária no Ordenamento Jurídico Português*, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2005.
- DIAS, JOANA PEREIRA, *O Penhor Rotativo*, Universidade Católica Portuguesa,
- DIAS, JOSÉ GONÇALVES, *Da Letra e da Livrança Segundo a Lei Uniforme e o Código Comercial*, VI, 2.<sup>a</sup> Parte, Livraria Gonçalves, Coimbra, 1943.
- DIAS, MARQUES JOSÉ, *História do Direito Português, (Apontamentos das lições do Prof. Doutor Dias Marques ao 1.º Ano Jurídico de 1953/54, por Maria Fernanda Santos)*, AAFDL, Lisboa, 1953.
- *Direitos Reais – Parte Geral*, I, (Lições feitas aos cursos de 1958 a 1960 da FDUL), Lisboa, 1960.
- *Noções Elementares de Direito Civil*, Lisboa, Centro de Estudos de Direito Civil, 1973.
- DIDIER-RENE, MARTIN, *Du gage-espèces*, D., 2007.
- DIAZ CAÑABAQUE, JOAQUIM GARIGUES, *Negocios Fiduciarios en Derecho Mercantil*, Galo Sáez, Madrid, 1955.
- DIOUF, N'DIAW, *La Saisie Immobilière*, Communication dans le Cadre du Séminaire de Formation des Magistrats de l'ERSUMA, p. 21, OHADATA D-05-13;
- DIOUF, N'DIAW/ASSI-ESSO, ANNE MARIE, *Recouvrement des Créances et Voies D'exécution*, Collection Droit Uniforme Africain, Bruylant, 2002.
- DIURNI, GIOVANNI, *Fides e fiducia nel dibattito attuale*, in rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna, Spoglio, pp. 4-38.
- *Fiducia: Tecniche e Principi Negoziali nell' Ato Medioevo*, G. Giappichelli, Torino, 1992.
- DOLMETTA ALDO ANGELO/PRTALE, G.B., *Cessione del Credito e Cessione in Garanzia nell'Ordinamento Italiano*, in Banca, Borsa, Tit. Cred., 1999, I, pp. 100.
- DOMINEDÒ, FRANCESCO MARIA, *La Costituzione Fittizia del Anonime*, in Studi di Diritto Commerciale, in OnorediVivante, II, Il Foro Italiano, Roma, 1931, pp. 659-712.
- DONNIER, MARC, *Les Voies d'Exécution et Procédures de Distribution*, Litec, 5<sup>o</sup> ed., 1999.
- D'ORS, ALVARO, *Derecho Privado Romano*, 8<sup>a</sup> ed., Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1991.
- DOGAUCHI, HIROTO, *Trust in the Law of Japan*, in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bistol, 1998, Bruylant, 1999, pp. 105 ss.

DUNAND, JEAN-PHILIPPE, Le transfert fiduciaire: “donner pour reprendre”: *mancipiodare ut remancipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducie – gestion*, Helbing & Lichtenhahn, Bale, 2000, pág. 405 – 7.

DUARTE PINHEIRO, JORGE, *O negócio Consigo Mesmo*, in António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Januário da Costa Gomes, Estudo em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles, IV, Almedina, 2003, pp. 141 sgs., p. 144;

DUARTE, RUI PINTO, *Curso de Direitos Reais*, 2.<sup>a</sup> ed., Principia, Estoril, 2007.

- *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2000.

DUMÉZIL, GEORGES., *Credo et fides*, in *Idees romaines*, Paris 1969, pp. 48-58

DURÁN RIVACOBÁ, RAMÓN. *La Propiedad en Garantía: Prohibición del Pacto Comisorio*, Pamplona, Aranzadi, 1998.

DURANT, ISABELLE, *Le droit de rétention et la Reserve de propriété, deux suretés réelles mobilières à part entière, dans Insolvabilité et garanties*, Larcier, Bruxelles, 2014.

DUPICHOT, PHILIPPE. *Le nantissement, un an après*, LPA, 27 de Março de 2008, n.º 63.

DUSI, BARTOLOMEU, *Instituzioni di Diritto Civile*, I, Libreria Scientifica Giampichelli, Torino, 1929.

DWARKA, ASHVIN/MICHEL, FREDERIC, *Trust et (in)transmissibilité du patrimoine: de la fascination à la psychose*, Gaz. Pal., 7-11 Maio 2000, p. 18.

EL FADL, KHALED ABOUD, *Rebellion and Violence in Islamique Law*, Cambridge University Press, 2002.

EL KHOURY, MICHÈLE, *Techniques de Financement Islamique, une Discipline peu Connue en France*, Banque et Droit, novembre 2003, n.º 92, p. 1723-1731.

ERNOUT-MEILLET, C., *Dictionnaire Étymologique de la langue latine*, Paris, 1959.

FADEEL, MOHAMMAD, *Legal Aspects of Islamic Finance*, In *Islamic Finance: Innovation and Growth*, Euromoney Books and AAOIFI, Londres, 2002.

FARJAT, GERARD, *Nature de la monnaie : une approche de droit économique, Droit et monnaie: états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988.

FERCIA, E., RICCARDO., *Fiduciam contrahere e contractus fiduciae. Prospettive di diritto romano ed europeo*, Nápoles, 2012.

FARIBAULT, MAECEL, *Traite thorique et pratique de la fiducie*, Wilson & Lafleur, Montreal, 1936.

FAYE, OLIVIER, *Jacques Cheminade, le candidat hors-cadre*, La Croix, 5 de Abril de 2012.

- FELICIANO, GUILHERME GUIMARÃES, *Tratado de Alienação Fiduciária em Garantia. Das Bases Romanas à Lei n.º 9.514/97, LTR*, São Paulo 1999.
- FELIU REY/MANUEL IGNACIO, *La prohibición del pacto comisorio y la opción em garantía*, Editorial Cívitas, Madrid, 1995.
- FERNANDES, JOSÉ PEDRO TEIXEIRA, *A Finança Islâmica nas Sociedades Ocidentais*, in *Relações Internacionais*, n.º 26, Junho de 2010, IPRI, Lisboa, 2010, p. 97-98.
- FERNANDES, LUÍS CARVALHO, *Admissibilidade do Negócio Fiduciário no Direito Português*, in *Estudos Sobre a Simulação*, Quid Juris, Lisboa, 2004.
- *Estudos sobre a Simulação*, Quid Juris, Lisboa, 2004
- *A Exoneração do Passivo Restante na Insolvência das Pessoas Singulares no Direito Português*, in *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, Lisboa, Quid Juris, 2009, pp. 275-309.
- *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, 4.ª cd., UCE, Lisboa, 2007.
- FERNANDES, LUIS A. CARVALHO/LABAREDA, JOÃO, *Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado*, 2.ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2009.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, FREDERICO, *Sistema Contractual Romano*, Dykinson, Madrid, 2013.
- FERRARA, FRANCESCO, *La Simulation de los Negocios Juridicos (actos e contratos)*, Victoriano Suarez, Madrid, 1926.
- FERRIOL, LUÍS PUIG/CALERA, MARÍA DEL CARMEN GETE-ALONSO, *Circolazione e cessione dei diritti in funzione di garanzia*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2006, p. 361.
- FIGUEIREDO, ANDRÉ, *O negócio fiduciário perante terceiros: com aplicação especial na gestão de valores mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2020.
- FLORENTIN COLLOMP, *Un lord anglais lance un prix pour organiser la sortie de l'euro*, *Le Figaro Économie*, 19 de Outubro de 2011, p. 19.
- FONSECA, FÁTIMA, *O Contrato de Depósito Escrow*, in *Revista de Direito das Sociedade*, IX, 2017, n.º 4 (coord. MENEZES CORDEIRO), Almedina, Coimbra, 2017, p. 818.
- FONTAINE, MATTHIEU, *La transmission des obligations de lege ferenda*, *LGDJ*, p. 617.
- FORTE, DAVID F. F., *Studies in Islamic Law: Classical end Contemporary Application*, Austin & Winfield, EUA, 199, (37-38).
- FRAGALI, MICHELE, *Fiducia*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Giuffrè, pp. 383- 436.

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, *Contrato e Deveres de Protecção*, Almedina, Coimbra, 1994.

- *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2014.

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *Sobre a Prevalência, no Apenso de Reclamação de Créditos, do Direito de Retenção Reconhecido por Sentença*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, II, 2006.

FRESNEL, FLORENCE, *La Fiducie et Les Personnes Vulnérables*, RJPF, Abril, 2005, p. 28.

FREZZA, PAOLO, *Le Garanzie delle Obbligazioni. Corso de Diritti Romano*, CEDAM, Milão, 1962.

FRIDMAN, GERALD HENRY LOUIS, *The Law of Agency*, 4.<sup>a</sup> ed., Butterworths, Londres, 1976.

FUENTESECA, PABLO, *Lines Generales dela «Fiducia cum Creditore» em Derecho Romano de Obbligaciones*, in *Homenage al Profesor José Luis Murga Gener*, Ramón, Areces, S.A., Madrid, 1994, pp. 387-438.

FURGGIUELE, GIOVANNI, *La Fiducia e il Problema dei Limiti del Sistema*, in *Mandato Fiducia e Trust. Esperienze a confronto*. (org. Francesco Ancaro e Raffaele Tommasini), Giuffrè, Milão, 2003, pp. 7 ss.

GAETA, FRANCO /VILLANI, PASQUALE/PETRACCONI, CLAUDIA, *Corso di storia, I – Dalla Crisi del Trecento alla metà del Seicento*, Principato, Milão, 1997, p. 67-80.

GABRIELLE, ENRICO/DANESE, G. ANDREA, *Le Garanziesui Beni dell'Impresa: Profili della Floating Charge nel Diritto Inglese*, in *Banca Borsa e Titoli de Credito*, *Rivista di Dottrina e Guirispudenza*, Ano LVIII, fasc. V, 1.<sup>a</sup> Parte, Settembre Outubro, 1995, p. 637.

GALLE, PHILIPPE ROUSSEL, *Premier Aperçu sur l'Ordonnance du 18 Décembre 2008 Réformant le Droit des Entreprises en Difficulté*, PA, Paris, 2008, pp. 3.

GALLO, PAOLO, *Mutuo in Diritto Comparato*, DDP, Sezione Civile, XI, p. 537.

GAMMBARO, ANTONIO, *Trust (Voce)*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, XIX, UTGAET, Torino 1999.

GARDELLA, ANNA, *La Legge Applicabile alle Garanzie Finanziarie tra Localizzazione e Autonomia Privata: una prima ricognizione dopo l'attuazione della Direttiva 2002/47/CE*, BBTC, 2005 - Settembre Ottobre, pp. 615-617.

GARIDO, JOSÉ, *Tratado de Las Preferencias del Crédito*, Civitas, Madrid, 2000.



- GAUDMET, JEAN, *Études de Droit Romain*, III, Jovene Editore, Camerino, 1979.
- GENARRO, GINO, *I Contratti Misti. Delimitazione, Classificazione e Disciplina. Negotia Mixta Cum Donatione*, Cedam, Padova, 1934.
- GHASSEN BOUSLAMA, *La Finance Islamique: Une Récente Histoire avec la France, Une Longue Histoire avec ses Banques*, Revue D'économie Financière, Novembre 2009, n. ° 95.
- GIACOMELLI, UMBERTO, *Brevi Osservazioni sul Negozio Fiduciario* (pol.), Milão, 2007.
- GIAMPICCOLO, GIORGIO, *Mutuo. Diritto Privato*, ED, XXVII, p. 44.
- GIL RODRÍGUEZ, JACINTO/HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER, *Manual de Derecho Civil*, II, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- GINEVRA, ENRICO, *La partecipazione fiduciária*, in S. P. A, Giappichelli, Torino, 2012.
- *La fiducia: ilfenomeno e letipologie. Fiducia "romanistica", "germanistica", "anglosassone"*, Giuffrè, Milão, 2012.
- GINOSSAR, SHALEV, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, Paris, 1960, p. 16.
- GIORGIANI, FRANCESCO, *Depositi Bancari Anomali a Vantagio di um Terzo*, in RDCom, LXVIII, 1970, p. 18.
- GIOVAGNOLI, ROBERTO e FRATINI, MARCO, *Garanzie Reali e Personali: Percorsi Giurisprudenziali*, Giuffrè, Milão, 2210.
- GLARD, ISIDORE, *Droit Romain: De la fiducie*, Faculté de Droit de Rennes, 1894.
- GODIN, ROBERTO, *Utilisation de la Fiducie dans le Domain Commercial au Québec*, in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bistol, 1998, Bruylant, 1999.
- GODIN, ROMARIE, *Ce néerlandais qui veut le retour du florin*, La Tribune, 6 de Março de 2012, p. 15.
- GONZÁLEZ, JOSÉ ALBERTO, *Alienação Fiduciária em Garantia e Negócios Afins. Delimitações de Fronteiras*, Lusíadas, Direito, Lisboa, 2012.
- GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA, *Assunção Fidejussória da Dívida. Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador*, Almedina, Coimbra, 2000.
- *Segurança, Subgarantia e Sobregarantia entre os Três "S" do Direito das Garantias*, in Revista Jurídica da AAFDL, n.º 30, 2016, AAFDL, pp. 71-95.

- *Estudos de Direito das Garantias*, I, Almedina, Coimbra, 2004. *Regime da carta de garantia*, Boletim da FDB, 2005.
- *A Fiança no Quadro das Garantias Pessoais. Aspectos de Regime*, in FDUL, *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, (separata, pp. 79-119).
- *O Mandamento da Determinabilidade da Fiança Omnibus e o AUJ n.º 4/2001*, in Rui Manuel da Moura Ramos/Carlos Ferreira de Almeida/António Marques dos Santos/Pedro Pais de Vasconcelos/Luís de Lima Pinheiro/Maria Helena Brito/Dário Moura Vicente, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 49 ss.
- *A Chamada “Fiança Ao Primeiro Pedido*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 833.
- *Pluralidade de Fiadores e liquidação das situações fidejussórias*, in (Sep) Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, 2007, pp. 803 ss.
- *A estrutura negocial da fiança e a jurisprudência recente*, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA, *Estudos em Memória do Professor Doutor João De Castro Mendes*, Lex, Lisboa, pp. 323 ss.
- *O Regime da Fiança no AUG da OHADA – Alguns Aspetos*, in Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, n.º 6, Junho de 2004, pp. 325 ss.
- *O Regime da Carta de Garantia no AUG da OHADA. Alguns Aspetos*, Almedina, Coimbra, 2004;
- *A Fiança No Quadro Das Garantias Pessoais. Aspetos de Regime*, in FDUL *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, (separata, pp. 79-119).
- *Contrato de Mandato*, AAFDL, Lisboa, 2007.
- *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, Coimbra, Almedina, 1989, p. 231,
- *Ensino do Direito Marítimo. O Soltar das Amarras do Direito de Navegação Marítima*, Coimbra, Almedina, 2005.
- *Limitação de Responsabilidade por Créditos Marítimo*, Almedina, Coimbra, 2010,
- *Em Tema de Contrato-promessa*, AAFDL, 1990.
- *Apontamentos sobre o Contrato de Agência*, in *Tribuna da Justiça*, n.º 3, Abril-Maio 1990.

- *Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2013
- GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA/ATAÍDE, RUI, OHADA, *Tratado, Regulamento e Atos Uniformes*, Coimbra, Almedina, 2008.
- GOMES, ORLANDO, *Contrato de fidúcia (trust)*, in *Revista Forense*, ano 62, v. 211, Julho a Setembro, 1965, p. 11 – 20.
- GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA, *Do direito de retenção (arcaico, mas eficaz...)*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 11, Braga, Julho/Setembro 2005.
- *Sobre o Âmbito da Proibição do Pacto comissório, o Pacto comissório Autónomo e o Pacto Marciano/Anotação ao ACÓRDÃO do STJ de 30.01.2003, Rec. 3896/02, CDP*, n.º 8, (Outubros - Dezembro), 2004, pp. 55- 72.
- *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento sem Causa*, Edições Universidade Católica, Porto, 1998, p. 299.
- GOMEZ, JEAN-RENE, *Analyse Critique de l'avant-projet d'Acte Uniforme Portant Organisation des Sûretés dans les Etats Membres de l'OHADA*, *Penant*, n.º 825, Setembro-Dezembro, 1997.
- GONÇALVES, ANTÓNIO LUÍS, *À volta do contrato-promessa*, in *Revista do Direito e Estudos Sociais*, n.º 3, Ano XXIX, Julho -Setembro, 1987.
- GOTTRAU, NICOLAS DE, *Transfert de propriété et cession à fin de garantie: Principes, et application dans le domaine bancaire*, in: Giovanoli/Dessemontet/Foëx, *Sûretés et garanties bancaires*, CEDIDAC, n.º 33, Lausanne, 1997, p. 236.
- GOURIO, ALAIN. *La fiducie-sûreté*, D. 2009, p. 1944.
- GOZÁLBEZ, LUIS HUMBERTO CLAVERÍA, *Notas Sobre el Denominado Negocio Juridico Fiduciario*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2012, n.º 4, pp. 541 ss.
- GRANGE, M. L., *Les tontines et la collecte de l'épargne en Afrique*, in *L'épargne et Sa collecte en Afrique*, Colloque de Yamoussoukro, Novembro 1987, *Revue Banque Editeur*, 1988, p. 75-81.
- GRECO, P./COTTINO, D. *Della Vendita*, in *Commentario del codice civile*, Scialoja-Branca, Bologna/Roma, 1972.
- GOYET, CHARLES, *Le Louage et la Propriété à l'Épreuve du Crédit-bail et du Bail Superficiaire*, LGDJ, 1983.
- GOYTISOLO, JUAN VALLET, *Negocios en Fraude de Ley, Simulados, Fiduciarios e Indirectos*, in *RJNot*, 14, 1995, pp. 199-231.
- GRAEBER, DAVID *Debt: The First 5,000 years*, Melville House, Brooklyn, 2011.

- GRASSETTI, CESARE, *Trust Anglosassone, Proprietà Fiduciaria e Negozio Fiduciario*, in Separata da Rivista del Diritto Commerciale, 1936, I, 9 – 10, Dr. Francesco Valardi, Milão, 1936, p. 7.
- GRAZIADEI, MICHELE, *Acquisto per Conto di um Comitato non Riconosciuto, e Dissociaciazione della Propreità*, in RDCiv, 1988, II, 34, p. 127ss.
- *Trust in Italian Law*, in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bistol, 1998, Bruylant, 1999, pp. 265 ss.
- GRECO, PAOLO, *Le Societàdi [Comodo], e il Negozio Indiretto*, in RDComm, I, 30, 1932, pp. 757-808.
- GRILLOT, J./SAINT-CENE, M. DE, *Le Conflit entre le Cessionnaire du Bordereau Dailly et le Porteur d'une Lettre de Change non Acceptée*, in Banque et Droit Novembre, 1993, p. 9.
- GRIMALDI, MICHEL/BARRIÈRE, FRANÇOIS, *La Fiducie en Droit Française*, in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bruylant, Bistol, 1999, pp. 237.
- *La fiducie: réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre*, Defrénois, 15 e 30 de Setembro de 1991, n.º 17 e 18, pp. 897 – 961.
- *Rapport de synthèse d'un colloque sur le droit des sûretés*, LPA, 27 de Março de 2008, n.º 63.
- GRIMALDI, MICHAEL/DAMMANN, R., *La fiducie sur ordonnances*, D. 2009.
- GROS, FRÉDÉRIC, *Introduction de la Fiducie. Une Réelle Opportunité pour le Banquier*, Banque, Junho, 2007, p. 57.
- GROSSO, GIUSEPPE, *Fiducia (diritto romano)*, in ED. XVII, Milão, 1968, pp. 386.
- GUCCIONE, ALESSANDRO VALERIO, *I Contratti di Garanzia Finanziaria*, in Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, n.º 307, Giuffrè, Milão, 2008.
- GUEUT, THOMAS LE, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, Université Paris II Panthéon-Assas, 2012, p. 161.
- GUILLEN, F., *Les contrats fiduciaires des établissements de crédit. Quelques cas particuliers d'application pratique et difficultés rencontrées*, in Droit Bancaire et Financier au Grand-Duché de Luxembourg, II, ALJB, Larcier, Bruxelles, 1994.
- GUINCHARD, SERGE, *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz 2007/2008.
- *Droit et Pratique des Voies d'Exécution*, Dalloz 2004, p. 1593;

- GUISAN, FRANÇOIS, *La fiducie en droit suisse*, In *La fiducie en droit moderne – Rapports préparatoires à la Semaine internationale de droit*, Association des juristes de langue française, Paris, 1938, pp. 93-116, p. 111.
- GUZZI, GIUSEPPE, *Girata Simulata e Girata Fiduciaria: Spuntipe una Ricerca*, RDComm, I, 94, 1996, 561-562.
- HAMADOU, SOULEY, *L'Opportunité des Prises des Garanties Hypothécaires*, Rapport de stage de DESS Droit des Affaires, UFR/SJP, ano 2003/2004, pp. 53.
- HAMEL, JOSEPH, *Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie*, 1940.
- HANSMANN, HENRY /MATTEI, UGO *The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis*, 73 N.Y.U. L. Rev. 434, 1998.
- HOHL, BERTRAND, *Une Seule Fiducie, ça Suffit!*, Gaz. Pal, 4 de Junho, 2005 n.º 155 e em Le barreau de France, Julho de 2005, n.º 329, pp. 8-9.
- HOMEM, ANTÓNIO PEDRO BARBAS, *Introdução Histórica à Teoria da Lei – Época Medieval*, in separata de Cadernos de Ciência de Legislação, n.º 25, INA, 1999, pp. 7-123.
- HOSS, M./RECKINGER, P. *Les organismes de placement collectif au Luxembourg*, Paris, I, 1989, publicado por Banco de Luxemburgo e Philippe Hoss/Patrick Santer, *Le Contrat Fiduciaire en Droit Luxembourgeois*, Hoss & Prussen, p. 800.
- HOUIN, CORINNE SAINT-ALARY, *Réflexions sur le Transfert Différé de la Propriété Immobilière*, in Mélanges offerts à Pierre Raynaud Dalloz; Dalloz-Sirey, 1985, p. 733.
- HUC, THÉOPHILE, *Traité Théorique et Pratique de la Cession et de la Transmission des Créances*, 1891, vol. I, p.172.
- IAMICELI, PAOLA, *Unità e Separazione dei Patrimonio*, CEDAM, Pádua, 2003.
- IGLESIAS, JUAN, *Derecho Romano – Historia e Instituciones*, 10.<sup>a</sup> ed., Ariel Derecho, Barcelona, 1994.
- IGLESIAS A., JUAN, *Responsabilidade Bancária, Deveres Acessórios e Nexo de Causalidade*, in *Estudos de Direito Bancário* (Coord. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, JANUÁRIO DA COSTA GOMES, MIGUEL BRITO BASTOS E ANA ALVES LEAL), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 14.
- IGNA GOLDZIERZ, *Introduction to Islamic The ology and Law*, Princeton University Press, Princeton, 1981, p. 21.
- INZITARI, BRUNO, *Forme di garanzie atipiche e indirette nel fallimento: La Cessione del Credito a Scopo di Garanzia*, in *Fallimento*, 2002, pp. 963.

ISSA-SAYEGH, JOSEPH, *Le droit de rétention en droit Sénégalais*, Penant, n° 810, Outubro - Dezembro 1992.

- *Présentation du projet d'acte uniforme de l'OHADA portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et des voies d'exécution, du droit des sûretés et des procédures collectives d'apurement du passif*, Penant, n.º 827, Mai-Aout 1998, p 212.

ISSA- SAYEGH, JOSEPH/LOHOUES, JACQUELINE OBLE, *Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique*, Collection Droit Uniforme Africain, Bruylant 2002, p. 245.

JACOMIN, CHRISTOPHE, *Fiducie: un instrument juridique à découvrir et à pratiquer*, RD Bancaire et financier, n.º 4, octobre 2013, p. 5.

JANUZZI, ANGELO, *Le Società Fiduciaria*, Giuffrè, Milão, 1988.

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

JEULAND, EMMANUEL, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, LGDJ, Rennes 1999, p. 27 ss., Philippe Malaurie/Laurent Aynès, *Les obligations*, Edition Cujas, 9.<sup>a</sup> ed., 1998, n.º 1062.

JOHNSTON, DAVID, *Trust and Trust-Like Devices in Roman Law*, in R. Helmholz & R. Zimmermann, *Itenera Fiducie; Trust and Treuhand in Historical Perspective*, D. & Duncker, Berlin, 1998, pp. 45 ss.

JORDANO, JUAN-BAUTISTA, *Los Contratos Atipicos*, in Revista General de Legislacion y Jurisprudencia – Julho-Agosto de 1953, Reus, Madrid, 1953, pp. 23.

JORGE, FERNANDO PESSOA, *O Mandato sem Representação*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 327-328.

JUSTO, ANTÓNIO SANTOS, *Penhor – pignus Datum*, Lusíada, Direito, Porto, n.º 5 – 6, (2012), pp. 249-307.

- *As Acções do Pretor (actiones praetoriae)*, separata do vol. LXV do BFDUC, 1989, pp. 2225.

- *A base romanística do direito luso-brasileiro das coisas (algumas figuras jurídicas)*, in ROA, Ano 69, I/II, 2009;

- *A usucapião (Direito Romano e Direito Português)*, in Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n.º 24, 2003, p.57-80.

- *A presença do Direito Romano no Direito Português: A usucapio*, in BFDC, 11, Jornadas Romanísticas, 2003, p. 217-231

- *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)*, (segundo as prelecções ao 5.º ano jurídico no ano lectivo de 1987/1988) Coimbra, p. 4-5.

- *O Depósito no Direito Romano - Algumas Marcas Romanas no Direito Português*, in FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBA (org.), *O Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 21-73.
- *A «Fictio Iuris» no Direito Romano – Aspectos Gerais*, BFDUC (sep.), Coimbra, 1983, pp. 42.
- *Direito Privado Romano – II (Direito das Obrigações)*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.
- *Direito Privado Romano – III (Direitos Reais)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- *A Execução: Pessoal e Patrimonial (Direito Romano)* in *O Direito*, Ano 125, III-IV, Julho - Dezembro 1993.
- *A Propriedade no Direito Romano. Reflexões no Direito Português*, BFD, LXXXV (separata pp. 99-120), Coimbra, 1999.
- *Manual de Direito Privado Romano*, Petrony, 2018, p. 232.
- KÉBA M'BAYE, *Organisation Judiciaire, Procédures et voies d'Exécution*, Encyclopédie juridique de l'Afrique.
- KONKOLY, STEPHANE/MARTY, JANUSZ, *La notification des cessions de créances à titre de sûreté dans les transactions de financement Réflexions critiques sur la cession conditionnelle*, in *GesKR*, 2, 2012, pp. 210.
- KOPPENOL LAFORCE/R. J. P. KOTTENHAGEN, *The Institution of the Trust and Dutch Law*, in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bistol, 1998.
- KOUASSIGAN, GUY. A., *Droits des Biens*, Encyclopédie Juridique de l'Afrique, V, NEA, Abidjan, 1982, p. 493.
- LAM, CHEIKH TIDIANE, *Regard sur Quelques Jugements Rendus à l'Audience Éventuelle*, OHADATA D-05-13.
- LAMBRINI, PAOLA, *La Novazione - Pensiero Classico e Disciplina Giustiniana*, CEDAM, Pádua, 2006.
- LANGBEIN, JOHN H, *The Secret Life of the Trust: The Trust as na Instrument of Commerce*, in *The Yale Law Journal*, vol. 17, 1997, pp. 165.
- LAPIDUS, ANDRÉ, *La Propriété de la Monnaie: Doctrine de L'usure et Théorie de l'intérêt*, *Revue Économique*, n.º 6, Novembro 1987, p. 1095-1111.
- LAPUENTE, SÉRGIO CÁMARA, (com a colaboração do Juan B. Vallet de Goytisolo), *La Fiducia Sucessoria Secreta*, Dykinson, Madrid, 1996.

- LAPUENTE, SÉRGIO CÁMARA, *Trust in Spanish Law*, in Académie Internationale de Droit Comparé. *La Fiducie Face ao Trust*, Bistol, 1998.
- LAPORTE, CHRISTIAN, *La Nouvelle Saisie Immobilière: première approche du décret du 27 juillet 2006*, Revues Juris-Classeur: les procédures n.º 11, Novembro, 2006, pp. 4.
- LAURENT, F., *Principes de droit civil francais*, XIV, 5.<sup>a</sup>, Bruylant, Bruxelas, 1893.
- LESGUILLER, J.M, *La Saisie Immobilière, une Procédure qui Marche Bien* : JCPG, 1978, I, p. 2901
- LIBERGEL, J./ANDRE, MARC, *Droit Immobilier*, LAMY, 2003.
- LEGEAIS, DOMINIQUE, *Droit des Sûretés et Garanties du Crédit*, 10.<sup>a</sup> ed., LDGJ, 2015.
- *Droit des Sûretés et Garanties du Crédit*, 10.<sup>a</sup> ed., LDGJ, 2015, p. 450.
  - *Le gage-espèces après la réforme des sûretés*, Droit et patrimoine 2007, n.º 162, pp. 70-73.
- LEBRE DE FREITAS, JOÃO, *A Acção Executiva Depois da Reforma*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004.
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELLES MENEZES, *Direito das Obrigações, III, Contratos em Especial*, Almedina, Coimbra, 2005.
- *A cessão de Bens aos Credores*, AAFDL, Lisboa, 1987.
  - *Direito da Insolvência*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2009.
  - *O Enriquecimento sem Causa no Direito Civil*, Almedina, 2005.
  - *Garantias das Obrigações*, 6.<sup>a</sup> ed., Almedina, Lisboa, 2019.
- LEMAITRE, FREDDY, *La monnaie comme objet de sûretés*, Université Panthéon-Assas, 2014.
- LEPAULLE, PIERRE, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, 1932.
- LIBCHABER, RÉMY, *Gage sur sommes d'argent*, étude 269, *Droit des sûretés*, Coll. Lamy Droit civil, 2002.
- *Recherches sur la monnaie en droit privé*, 225, LGDJ, 1992, p. 1.
- LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE/VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.<sup>a</sup> edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- *Código Civil Anotado*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.
- LIPARI, NICOLÒ, *Il Negozio Fiduciario*, Giuffrè, Milão, 1971.
- *“Fiducia statica e trusts”*, *I Trusts in Italia oggi*, Milão, Giuffrè, 1996, pp. 67.



- LIVINGSTON, MARGIT, *Certainty, efficiency, and realism: rights in collateral under article 9 of the Uniform Commercial Code*, in *North Carolina Law Review*, vol. 73, p. 115.
- LONGO, CARLO, *Corso di Diritto Romano – La Fiducia*, Giuffrè, Milão, 1946.
- LOPES, MANUEL BAPTISTA, *Do Contrato de Compra e Venda, no direito civil, comercial e fiscal*, Almedina, Coimbra, 1971.
- LUMINOSO, ANGELO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *RDCiv.* 1/1990, pp. 224.
- *Deposito Cauzionale presso il Terzo e Depositi Irregolari a Scopo di Garanzia*, *GCom*, VIII, 1981, pp. 425-452.
- LUCAS, RECU, *de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif*, *RTC*. 1976, pp. 457.
- LUPOI, MAURIZIO, *Trusts*, Giuffrè, Milão, 1997.
- LUZZATTO, R., *Legge applicabile e riconoscimento di trusts secondo la Convenzione dell'Aja*, in *Trusts e Attività Fiduciarie/TAF*, 2000, pp. 7.
- LYCZKOWSKA, KAROLINA, *El Nuevo Régimen de Fiducie en el Derecho Francés a la Luz de las Últimas Reformas*, Universidade de Castilla - La Mancha Facultad de Derecho, Ansaloni, 2009.
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 1992.
- MADALENO, ACLÁUDIA LEXANDRA DOS SANTOS, *A Vulnerabilidade das Garantias Reais, A Hipoteca Voluntária face ao Direito de Retenção e ao direito de Arrendamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- *As Garantias das Obrigações nos Direitos Guineense e da OHADA*, Almedina, Coimbra, 2009.
- MAIMERI, FABRIZIO, *Le garanzie bancarie «improprie*, Giuffrè, Torino, 2004.
- MAJJELO, UGO, *Custodia e Deposito*, CEDAM, Nápoles, 1958.
- MALAUURIE, PHILIPPE, *Cours de droit civil. Tome VIII, Les Contrats spéciaux, civils et commerciaux, vente, mandat, bail, contrat d'entreprise, échange, location-vente, crédit-bail, contrats de distribution, dépôt, prêts, jeu et pari, rente viagère, transaction, clause compromissoire, compromis*, Cujas 1995, pp. 757 ss.
- MANCINI, TOMMASO, *In Tema di Negozio Fiduciario*, *Foro Italiano*, 83, 1960, pp. 1838-1841.
- MANES, PAOLA, *Fondazione fiduciaria e patrimoni allo scopo*, Cedam, Milão, 2005.

- MARC, GILLES SAINT, *Le Droit Français est-il Compatible avec la Finance Islamique*, Banque Magazine, 1 de Junho 2008, n.º 703, p. 60-63.
- MARQUES, JOÃO DIAS, *Noções Elementares de Direito Civil*, Lisboa, Centro de Estudos de Direito Civil, 1973, pág. 102.
- MARQUES, JOSÉ DIAS, *Teoria Geral do Direito Civil, I*, Coimbra Editora, Coimbra, 1958.
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, *Direito das obrigações, apontamentos*, AAFDL, Lisboa, 2003.
- *Da Cessação do Contrato*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2006.
- ROMANO MARTINEZ, PEDRO/PONTE, PEDRO FUZETA DA, *Garantias de Cumprimento*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006,
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO/RIBEIRO, ANTÓNIO SEQUEIRA, *Garantias Bancárias*, em Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, organizado pelos PROFESSORES DOUTORES ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 265-288.
- MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL *Capacidade e Representação das Sociedades Comerciais*, in Problemas do Direito das Sociedades Comerciais, Almedina, Coimbra, 2002.
- MARTIN, DIDIER-RENÉ, *Le gage d'actifs scripturaux*, D. 1996.
- *la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux)*, D. 1996, p. 47.
- *De la monnaie*, Economica, 1995, pp. 333.
- *L'inscription en compte d'actifs scripturaux*, D. 1998.
- *De la revendication de sommes d'argent*, D. 2002, pp. 3279;
- *Du corporel*, D. 2004.
- *Du gage-espèces*, D. 2007.
- MARTINS, LUÍS M., *Recuperação de Pessoas Singulares*, I, 2.ª Almedina, Coimbra, 2012.
- MASCHI, CARLO ALBERTO, *La categoria dei contrattireali: Corso didiritto romano*, Giuffrè, Milão, 1973.
- MATTA, TIAGO REIS DE ATHAYDE, *Da Garantia Fiduciária no Âmbito do Sistema Financeiro*, in *Garantias das Obrigações* (coord: JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 552-564.
- MATOS, ISABEL, *O Pacto Comissório. Contributo para o Estudo do Âmbito da sua*

*Proibição*, Almedina, Coimbra, 2006.

*Esperienze a confronto*, (Org. Francesco Alcaro e Raffaele Tommasini, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 33.

MARGARIDA, COSTA ANDRADE, *Locação Financeira de Acções*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

- Propriedade fiduciária”, *Actas do II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Imobiliário e Registral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 55 e ss.,

- O Penhor Financeiro com Direito de Disposição dos Valores Mobiliários, Policopiado, Coimbra, 2010.

MARTÍN, MARÍA DOLORES PARRA, *El Contrato de Depósito en los Rescriptos de Deocleciano*, in FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBA (org.), *O Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 743-758.

MARTIN, PALU, *LE BEI-BIL-WAFA. Une Comparaison entre le Bei-Bil-Wafa et la Fiducie-Sûreté Française*, Université Panthéon-Assas – Paris II Droit – Économie – Sciences Sociales, 2014.

MARTINEZ, PEDRO ROMANO/ PONTE, PEDRO FUZETA DA, *Garantias do Cumprimento*, Edições Almedina, Coimbra, 2006.

MARTINI, ANGELO, *Il Patrimonio del Debitore. Nel Procedure Concorsuali*, Giuffrè, Milão, 1956.

MARTINS-COSTA, JUDITH, *Os Negócios Fiduciários (considerações sobre a possibilidade de acolhimento do “trust” no Direito Brasileiro)*, 48/54-79, Dez.-Mar, Ajuris, Porto Alegre, 1990.

MARTOR, BORIS/THOUVENOT, SÉBASTIEN, *Le Droit Uniforme Africain des Affaires Issu de l'OHADA*, Litec, 2006.

MARTORELL, NAVARO, *La Propriedad Fiduciaria*, Bosch, Brcelona, 1950.

MASTRO PAOLO, EUGENIO M., *La Nuova Normativa Europea sui Contratti di Garanzia Finanziaria (Direttiva 2002/47/CE del 6 Giugno 2002)*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, 2003, I, p. 520.

MASTRO PIETRO, BARBARA, *Acto de Destinación y Trust: Dos Modelos a Confrontar*, in *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2012, n.º 4, Outubro-Dezembro, Cometa S.A., p. 553.

MATOS, ISABEL ANDRADE, *O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, 2006.

MATTA, TIAGO REIS DE, *Da Garantia Financeira no Âmbito do Sistema Financeiro*, in *Garantias das Obrigações*, (Coord. Sinde Monteiro), Almedina, Coimbra, 2007, p. 557.

- *Fiducia, Relatório de Mestrado*, FDUC, Coimbra, 2006.

- *Da garantia fiduciária no âmbito do sistema financeiro*, in *Garantia das Obrigações*, Coord. Sinde Monteiro, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 525-563

MATTHEWS, PAUL, *The French Fiducie: And Now For Something Completely Diffèrent?*, (2007), (1), pp. 21.

M'BAYE, KEBBA, *Organisation Judiciaire, Procédures et voies d'Exécution*, Encyclopédie juridique de l' Afrique; Christian Laporte, *La Nouvelle Saisie Immobilière: première approche du décret du 27 juillet 2006*, *Revue Juris-Classeur: les procédures* n.º 11, Novembro, 2006, p. 4

MOULY, GILLES., *Procédures Collectives: assainir le régime des sûretés*, in *Aspects Actuels du Droit Commercial Français*, Estudos dedicados a René Roblot, LGDJ, 1984, pp. 534.

MAZEAUD, HENRI /CHABAS, FRANÇOIS, *Leçons de droit civil*, Tomo III, Vol. I, Sûretés – Publicité foncière, 6.<sup>a</sup> ed., (por VERONIQUE RANOUIL/FRANÇOIS CHABAS, Montchrestien, 1988.

MAZZONI, ALBERTO, *Les Opérations Fiduciaires en Droit Italien – Pratiques, Validité, Régime Juridique dans Plusieurs Pays Européens et dans le Commerce International*, LCDG, Paris.

MEMAN, FATIMA, *La sociétés Unipersonnel dans le Droit des Sociétés Commerciales OHADA: une législation à parfaire*, in *Penant*, n.º 868, Paris, 2009.

MENDES, CASTRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, II, AAFDUL, Lisboa, 1979.

MENDES, RODRIGO, *O Trust como Veículo de Desenvolvimento – Aspectos Tributários*, in *Vida Judiciária*, 4.<sup>a</sup> ed., n.º 195, Maio de 2016, pp. 38.

MENCHETTI, EDGARDO MARCO BARTOLAZZI, *Considerazioni su affidamento di beni al trustee e imposte sui trasferimenti di ricchezza*, in *Riv.Dir.Trib.*, 2012, pp.. 151.

MENDES, PAULO MANUEL MELO DE SOUSA, *A garantia geral das obrigações*, in: *Revista jurídica da AAFDL*, n.º 6, Lisboa, 1986.

MENSAH, ALAIN O/H. E. NOUATIN, *La mise en œuvre des techniques de mobilisation d'épargne en République populaire du Bénin*, *Faculté des Sciences juridiques, économiques et politiques du Bénin*, 1983, p. 72-73.

MESQUITA, MANUEL HENRIQUE, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 1990.

MESSINEO, FRANCESCO, *Dottrina Generale del Contratto (articolo 1321.º-1469.º Cod. Civ.)*, Giuffrè, Milão, 1952, p. 340

- *Manuale di Diritto Civile e Commerciale*, I, Giuffrè, Milão, 1957.

MESSINA, GIUSEPPE, *Negozi Fiduciari, introduzioni e parte I*, in Scritti Giuridici, I, Giuffrè, Milão, 1948.

MERCADAL, BARTHELEMY, *Mémento Contrats*, Editions Francis Lefebvre, n.º 4976.

METTETAL-FRESNEL, F., *La fiducie Comme Technique de Protection des Majeurs en Difficultés*, (Pol.), Paris II, 1995.

MICHEL, CABRILLAC, *Les sûretés conventionnelles sur L'argent*, Litec, 1991.

MIKOA SHE, ADOLPHE, *Droit des suretés et des garanties du crédit dans l'espace OHADA*, II, *Les Garanties réelles*, Dianoia, 2010.

MISTRAL, JACQUES, *Guerre et paix entre les monnaies*, Fayard, 29 de Janeiro, 2014.

MOHAMMED ALVI/ M. NASEER, SUKUK, *Report: A Comprehensive Study of the International Sukuk Market*, In *The International Islamic Financial Market*, 2011, pp. 1 – 75.

MONTEFAMEGLIO, MARCO, *La Protezione dei Patrimoni – Dagli Strumenti Tradizionali ai Nuovi Modelli di Segregazione Patrimoniale*, 3.ª ed., Maggiale Editore, Dogana (Rep. San Marino), 2015.

MONTORELL, MARIANO NAVARO, *La Propriedad Fiduciaria. La Fiducia Historica – los modernos negócios fiduciários – la propiedad fiduciária*, Bosch, Barcelona.

MORACE, PINELLI A., *Atti di destinazione, trust e responsabilità del debitore*, Giuffrè, Milano 2007.

MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO, *Contrato-Promessa em geral e Contrato-promessa em especial*, Almedina, Coimbra, 2009.

MOREIRA, GUILHERME ALVES, *Instituições de Direito Civil Português*, IV, Coimbra Empresa da Universidade, Coimbra, 1931, p. 772.

- *Patrimónios Autónomos nas Obrigações*, in BDF 7 (1921-1923), pp. 47-64

MOTTA, ANTONIO, *La Causa delle Obbligazioni nel Diritto Civile Italiano*, Bocca, Torino, 1929, p. 104.

MOTULSKY, H., *De l'impossibilité juridique de créer un, trust, anglo-saxon sous l'empire de la loi française*, Rev. crit. DIP, 1948 (2), p. 468.

NAKISSA, ARIA, *Islamis tunderst and ings of Sharia and their implications for the post-revolutionary Egyptian Constitution*, in Middle East Brief, n.º 68, Novembro, 2012.

NARDI, ENZO, *Instituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè, Milão, 1986.

NEVES, CASTANHEIRA Neves, *Questão – de -facto Questão – de -direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade: ensaio de uma reposição crítica*, in FDUC, Coimbra, 1968, p. 328 e ss

NICOLETTI, ADELE, *Fiducia*, (*Diritto Romano*), in Novissimo Digesto Italiano, VII, pp. 294-297.

NICOLO VISALE “*la promessa di mutuo nell’ambito della teoria del contrato reale*”, in RDC 46 (2000), I p. 63 ss,

NICTOLIS, ROSANA, *Letere di Patronage*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, Torino, 2004.

NISRINE ABIDAL, SHARIA, *Muslim States and International Human Rigts Treaty Obligations: A Comparative Study*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2008, p. 17-19

NSOLE, JAQUES, *Techniques et pratiques populaires d’épargne et de crédit*, Université de Lyon II, 1984.

NIKIEMA, KOULIGA, *Droit des Biens et Droit Foncier*, Collection Précis de Droit Burkinabè, Outubro, 2008, pp. 339.

NOZAWA, MASAMICHI, *Le transfert de propriété à titre de garantie en droit français et en droit japonais*, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 53 N.º 3, Juillet-septembre 2001. pp. 657-683.

OLIVEIRA, NUNO PINTO, *Cláusulas penais, Cláusulas Penitenciais e Sinal: Crítica da Concepção Unitária de Sinal do Código Civil Português*, in *Cláusulas Acessórias ao Contrato – Cláusulas de Exclusão e de Limitação do Dever de Indemnizar; Cláusulas Penais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pp. 176-195.

- *Ensaio sobre o Sinal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

OPITZ, SILVIA, *Alienação Fiduciária em Garantia, Aplicação da Lei 4.728, de 14.07.1965*, Borsoi, Rio de Janeiro, 1970.

OPPETIT, BRUNO, *Les tendances régressives dans l’évolution du droit contemporain*, Mélanges, Litec, 1990.

OSCÁRIZ MARCO, FLORENCIO, *El Contrato de Depósito (estúdio de la obligación de guarda)*, Bosch, Barcelona, 1997.

- OTMANE, AMRANI, *Les Sukuk: Développement et Défis*, (pol.), Paris, 2016.
- PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO, *UNIDROIT – Interpretação do contrato comparação entre as regras UNIDROIT e as regras do Código Civil Português*, in *Revista Themis*, 1, 2 (2000), p. 237
- PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO, *Contrato de Utilização de Lojas em Centros Comerciais, Qualificação e Forma*, Separata da Revista da Ordem dos Advogados, ano 56, II, Lisboa, 1996, p. 536.
- PARRINO, NUNZIATA, *Cessione del Credito in Garanzia*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale, XIX, Garanzie, UTEC, 2004, Turim, pp. 251.
- *Mandato dei Credito*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turino, pp. 221.
- *Mandato Irrevocabile All'incasso*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turino, p. 331.
- PATRÃO, AFONSO, *Reflexões sobre o Reconhecimento de Trust Voluntários sobre Imóveis Situados em Portugal*, in *Boletim da FDUC*, LXXXVII, UNIVERSIDADE DE COIMBRA, 2011, p. 376.
- PAYETTE, LAURENCE, *Les suretés réelles dans le Code civil du Québec*, 4.<sup>a</sup> Ed., Cowan ville, Editions Yvon Blais, 2010.
- PERLINGIERI, PIETRO *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento Artigo 1230-1259. Commentario del Codice Civile a cura di Scialoja e Giuseppe Branca*, Zanichelli, Bolonha, 1975, p. 67.
- PEPPE, LEO, *Alcune considerazioni circa la fiducia romana*, in *Fides, Fiducia, Fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica* (cord. L. Peppe), Pádua, 2008, pp. 184.
- PEREIRA, FÁBIO QUEIROZ, *Fiducia. Origem e Estrutura no Direito Romano*, in *Justiça e História*, X, n.º 19-20, 2010, p. 17-18.
- PERALTA, MARIA, *A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 94.
- PEREIRA DAS NEVES, VÍTOR, *Cessão de Crédito em Garantia – Entre a Realização das Situações Obrigacionais e a Relativização das Situações Reais*, FDUNL, 2005.
- PIÇARRA, MARIA COIMBRA, *O Direito de Retenção do Promitente-Comprador: Algumas Reflexões*, in *Julgar*, n.º 34, 2018, pp. 13-34.

PIEDELIEVRE, STÉPHANE, *Effet à l'égard des cautions solidaires de l'extinction du Cautionnement par suite de la novation par changement de débiteur. Anotação ao Com. 7 décembre 1999*, in Bull. 1999, IV, n.º 219.

PIETRO, DOMENICO DI, *Bonds*, in Il Diritto Privato nella Giurisprudenza, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Torino, p. 41.

PIZANI, C., *Alienazioni a Scopo de Garanzia*, in Il Diritto Privato nella Giurisprudenza, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turim, p. 271,

PHILIPPE, MALAURIE/AYNES, LAURENT, *Les biens*, Coll. Droit civil, Defrénois, 5.<sup>a</sup> ed., 2013.

PHILIPPE PETEL, *Le Nouveau Droit des Entreprises en Difficulté: Acte II*, JCP, Paris, 2009, pp. 1049.

PILLEBOUT, JEAN FRANÇOIS, *Recherches sur l'exception d'inexécution*, LGDJ, Paris, 1971, t. CXIX.

PILLET, GILLES, *La substitution de contractant à la formation du contrat en droit privé*. 1, LGDJ, 2004, p. 118.

PINHEIRO, LUÍS LIMA, *Cláusula de Reserva de Propriedade, Algumas reflexões sobre a sua função, regime e natureza jurídica*, Almedina, Coimbra, 1988.

PINTO, EDUARDO VERA-CRUS, *A Disciplina do Direito Romano em Portugal e nos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa*, in REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA, XLVI, n.º 1, 2005, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

- *O Direito das Obrigações em Roma*, I, AAFDL, Lisboa, 1997.

- *As Fontes de Direito Romano (O Contributo de Raúl Ventura)*, in separata de Estudos Em Homenagem Ao PROF. DOUTOR RAÚL VENTURA, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 33-162.

PINTO, CARLOS MOTA, *Direitos Reais* (por ÁLVARO MOREIRA E CASTRO FRAGA), Almedina, Coimbra, 1975.

PINTO MONTEIRO, ANTÓNIO/MAIA, PEDRO, *Sociedades Anónimas Unipessoais e a Reforma de 2006*, in RLJ, ano 139, 2010, pp. 138.

PINTO, PAULO MOTA, *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

PINTO, RUI, *Penhora, venda e pagamento*, Lex, Lisboa, 2003.

PIRES, CATARINA MONTEIRO, *Alienação em Garantia*, Almedina, Coimbra, 2010.



- *Impossibilidade da Prestação*, Almedina, Coimbra, 2018.

PISANELLI, CODACCI, *Ampiezza del Concetto di Novazione*, in Riv. It. Sc. Giur. IV 1950, pp. 315-385.

PISANI, C., *PEGNO in Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, Torino, 2004, p. 87.

- *Pegno Omnibus*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turim, p. 87

PLANYOL, MARCEL/RIPERT, GEORGES, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, LGDJ, VI, Paris, 1930, p. 17- 18.

- *Traité Élémentaire de Droit Civil*, 2.<sup>a</sup> ed., II, LGDJ, Paris, 1937.

PORTA, UBALDO LA, *Il problema della causa del contratto. La causa e il trasferimento dei diritti*, Giuffrè, Torino, 2000.

PRANDI, MASSIMO, *Une sortie de la Grèce de l'euro provoquerait vingt ans de crise*, Les Échos, 16 de Fevereiro de 2012, p. 8.

- *Sortie de l'euro : le scénario catastrophe*, Les Échos, 12 de Setembro de 2011, in *Crise de la dette: menaces sur l'euro?*, Problèmes économiques, La Documentation française, n.º 3029, de 26 de Outubro de 2011, p. 17.

PRAICHEUX, SÉBASTIEN, *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Editions, Paris, 2004, pp. 21.

PRATA, MARIA CORREIA RODRIGUES, *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*, Almedina, Coimbra, 1995.

PREVAULT, JACQUES, *Surenchère sur alinéation volontaire*, Jurisclasseur Procédure Civile, fasc. 896, 1997, n.º 42-44, p. 7.

PRISCO, DI, *Altri modi di estinzione*, in *Trattato di Diritto Privato diretto da Pietro Rescigno*, IX, Tomo I – *Obbligazioni e contratti*, U. Tipografico-Editrice Torinese, Turim 1984.

PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO DE, *Do Dever de Guarda do Depositário e de outros Detentores Precários: âmbito e função, critério de apreciação de culpa e impossibilidade de restituição*, in *Direito e Justiça*, III, 2, 1994, p. 46;

- *A Resolução do Contrato no Direito Civil*, in BFDUC, suplemento XXII, 1975, Coimbra, pp. 264.

POULIQUEN, G., *La clause d'accroissement exclusive de l'indivision*, Revue Lamy Droit Civil, n.º 89, Janeiro 2012, Actualités, n.º 4516, p. 57.

- PUGLIATI, SALVATORE, *Precizasazioni in Tema di vendita a scopo de garanzia*, in RTDPC, IV, 1950, pp. 298.
- *Diritto civile. Metodo Teoria Pratica*, Saggi, Milão, 1951, pp. 334 ss.
- PUGLIESE, GIOVANNI, *Intorno alla validità della vendita a scopo di garanzia*, in RDCiv., 1955, pp. 1070.
- PRÜM, ANDRÉ, *Trust et fiducie au Luxembourg - Le trust en Droit International prive, Perspectives Suisses et Étrangères*, Actes de la 17ème journée de Droit International Privé du 18 de Março de 2005, Lausanne, Schulthess, Zurique, 2001.
- PRÜM, ANDRÉ/ WITZ, CLAUDE, *Trust et fiducie, La Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise*, Actes du Colloque tenu au Luxembourg le 11 de Dezembro de 2003, colecção Grands colloques, Montchrestien, Paris, 2005, pp. 271.
- PUECH, BENJAMIN MARON, *Crédit Documentaire et Loi Dailly: une sûreté qui peut Soulever des difficultés*, Actualités BFCE, Setembro 1986, pp. 15.
- QUADRADO PEREZ, CARLOS, *Efectos de la Insolvencia del Deudor en el Marco de la Cesión de Créditos*, in Carlos Quadrado Perez (Coord.) *La Hipoteca en el Desarrollo del Modelo Económico*, Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 78.
- RADHI, AL CHIEKH, *Le Droit de Réention d'Après les Législations Française et Suisse*, Impr. G. Conne, Lausanne, 1957.
- RAJNA GIBSON/CARSTEN MURAWSKI, *Default Risk Mitigation Mechanisms in Derivatives Markets*, in [ssrn.com/abstract=1279459](https://ssrn.com/abstract=1279459).
- RAMADIER, SYLVVIE, *La fiducie va Permettre l'Émission de Sukuk*, in Les Echos, Junho de 2009, Paris, pp. 1.
- RAMELLA, AGOSTINO, *Trattato dei titoli all'ordine*, vol. I, *Parte Generale*, Fratelli Cammelli, Florença, 1899.
- RAINER, MICHAEL, *Trust e Treuhand in Liechtenstein*, in *Trusts e Attività Fiduciarie*, 2002, pp. 215.
- RAPP, JEAN-MARC, *La fiducie dans la jurisprudence et la doctrine suisses - Etat de la question*, In *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, CEDIDAC, Lausanne, 1994, pp. 25-54.
- REALI, ALESSIO, *Un modello di trust conforme all'ordinamento italiano: il trust senza l'equity*, in *Rivista di Diritto Civile*, n.º 2/2011, pp. 161.
- REALMONTE, FRANCESCO, *Stipulazioni commissorie, vendita com patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, in *Foro It.* I/1989, p. 1440-1446.
- RECALDE CASTELLS, ANDRES, *El Conocimiento de Embarque y otros Documentos*

*del Transporte*, Civitas, Madrid, 1992.

REDINHA, JOÃO, *Direito das Obrigações. Contratos em Especial*, 3º vol., 2ª ed., sob coordenação de António Menezes Cordeiro, 1991.

RESCIGNO, MATTEO, *Le Garanzie Rotative, Convenzionali: Fattispecie e Problemi di Disciplina*, in Banca, Borsa, Titoli di credito volume 54, n.º 1, Janeiro e Fevereiro de 1976.

RESTIFFE, PAULO, *Garantia Fiduciária: Direito e Ações*, 2.ª ed., RT, São Paulo, 1976.

REY, MANUEL IGNACIO FELIU, *La prohibición del pacto comisório y la opción en garantía*, Cívitas, Madrid, 1995.

REYMOND, CLAUDE, *Essai sur la nature et les limites de l'acte fiduciaire*, Lausanne, 1948.

REVERCHON, ANTOIN, *L'euro, un "handicap" pour les Français*, Le Monde, 6 de Dezembro de 2011, p. 15

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA, *O âmbito de aplicação do artigo 270.º-F, n.º4, do CSC e a responsabilidade "ilimitada" do sócio único*, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 1, vol. II, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 201.

RICHEMONT, M. HENRI, *Rapport fait au nom de la commission des lois Constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur la proposition de loi de Monsieur Philippe Marini instituant la fiducie*, Anexo à acta da reunião de 11 de Outubro de 2006, Relatório n.º 11, Sessão Ordinária de 2006-2007, p. 11

ROBEQUAIN, LUCIE, *Le retour au franc provoquerait un séisme économique et social*, Les Échos, 13 de Dezembro de 2011.

ROBLES, MARIANO, *Finanza de Progetto e Situazione Fiduciarie*, in *Studi in Onori de Nicolò Lipari*, II, Giuffrè, Milão, 2008, pp. 2494.

ROMANO, SALVATORE, *Donazione Indiretta e Negozio Indiretto*, RDP, 2008, pp. 607.

- *Vendita. Contrato Estimatorio*, Vol. V-1 (org. Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Passarele), *Tratado di Diritto Civile*, Francesco Valardi, Milão, 1960, pp. 12.

ROMEO, STEFANIA, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano tra teoria e prassi*, Giuffrè, Milão, 2010.

ROSSETTI, A. *Assicurazione Fideiussoria*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turim, p. 147.

ROSSETTI, MARCO, *Contrato Autonomo de Garantia*, in *Il Diritto Privato nella*

Giurisprudenza, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turim, p. 12.

ROTA, FLAVIO/BIASINI, GINO, *Il Trust e gli Istituti Affini in Italia. Manuale e Applicazioni Pratiche con la Revisione di GUIDO CAPOZZI*, Giuffrè, Milão, 2007.

ROUX, XAVIER DE, *Rapport Fait au Nom de la Commission des Lois Constitutionnelles, de la Législation et de l'Administration Générale de la République sur la Proposition de Loi (n. 3385), Adoptée par le Sénat, Instituant la Fiducie*, Senado, 178 (2004-2005), 11 e TA, 14 (2006-2007), p. 7-8.

RUBINO, DOMENICO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Diretto da A. Cicu e F. Messineo, 2.<sup>a</sup> ed., Giuffrè, Milão, 1971.

RUGGIERO, ROBERTO DE, *Istituzioni di Diritto Civile*, I, Giuffrè, Milão, 1961.

RUSEN, GULENAY, *Financial collateral arrangements*, in *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 2, n. ° 4, p. 253.

SÁNCHEZ, CALERO, *Los Conocimientos Emitidos em Vertud de una Póliza de Fretamento em La Lei De 22 De Diciembre de 1949*, in *Estudios Jurídicos en Homenaje A la Joaquim Garrigues*, Madrid, 1971.

SANTO, JOÃO ESPÍRITO, *Direito Comercial Geral da OHADA e da Guiné-Bissau*, AAFDL, 2020.

SANTORO, LAURA, *Il Negozio Fiduciario*, Giappichelli, Torino, 2002.

- *Il Trust in Italia*, in *Il Diritto Privato Oggi*, (cura di Paolo Cendon), Giuffrè, Milão, 2004, pp. 234-235.

SANTORO-PASSARELLI, FRANCESCO, *Dottrine Generali del Diritto Civil*, 9.<sup>a</sup> ed., Jovene, Nápoles, 1989.

SANTOS, FELIPE CASSIANO DOS, *A Sociedade Unipessoal por Quotas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

SANTOS, MARIA LÍVIA. *O Trust No Quadro Comum de Referência para o Direito Privado Europeu*, in *O Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 803.

SANTOS, SARA RAQUEL TAVARES GOUVEIA, *A Exoneração do Passivo Restante – Algumas Questões Controversas*, Universidade Católica Portuguesa Centro Regional do Porto Escola de Direito, Porto, 2013, p. 30.

SASSI, ANDREA, *Garanzia del Credito e Tipologie Commissorie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999.

- SATURNO, ANGELO, *La Proprietà nell'interesse Altruino nel Diritto Civile Italiano e Comparato*, Edizione Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999, p. 23.
- SCOZZAFAVA, OBERDAN TOMASSO *Note in tema di alienazione a scopo di garanzia*, in *Contratto e impresa*, Turino, 2006, pp. 24.
- SELLE, COSTANZA, *Alienazioni in Garanzia e il Divieto del Patto Commissorio*, Anotação à Cass., sez. un., 21 Abril 1989, n. 1907, in *Giust. Civ.*, 1989, I, p. 1821.
- SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ, *Direito de Retenção*, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 65, 1957.
- *Cessão de Créditos ou de outros Direitos Mora do Credor*, Lisboa, 1955, pp. 37
  - *Consignação em Depósito, Venda de Coisa Devida e Exoneração do Devedor por Impossibilidade da Prestação resultante de Circunstância atinente ao Credor*, in *BMJ* 40 (1954), pp. 5-192.
  - *Confusão*, in *BMJ*, 45, p. 23 Cunha Gonçalves, *Tratado de Direito Civil*, V, p. 88.
  - *Fiança e figuras análogas*, *BMJ* 71/296 (n.º18).
  - *Cessão de Bens aos Credores*, in *BMJ*, 72 (1958), pp. 306-325.
  - *Penhor*, in *BMJ*, n.º 59, Outubro, Lisboa, p. 102,
  - *Novação*, in *BMJ*, 72 (1958).
  - *Hipoteca. Anteprojecto do Código Civil*, *BMJ*, n.º 62, p. 54.
  - *Privilégios*, *BMJ*, n.º 69, p. 41.
- SCALFI, GRAZIELE, *Negoziio Indiretto*, in *Enc. Giur.*, XX, Roma, 1990.
- SCAPEL, CHRISTIAN, *Droit de rétention en droit positif*, *RTD Civ.*, 1981, pp. 13.
- SÉLIM, JAHEL, *L'adéquation du Droit Musulman Classique aux Procédés Modernes de Financement et de Garantie*, *RTDCom.* 1985, p. 483-487.
- *La place de la Charia dans les systèmes juridiques des pays arabes*, *Panthéon- Assas Paris II*, Paris, 2012.
- SILVA, JOÃO CALVÃO DA, *Garantias Acessórias e Garantias Autónomas*, in *Estudos de Direito Comercial (Parecer)*, Almedina, Coimbra, 1999.
- Anotação ao acórdão do STJ de 16-5-2000, in *RLJ*, ano 133, pp. 87.
  - *Contratos Coligados, venda em garantia e promessa de revenda. Anotação ao Acórdão do STJ, de 16 de Maio de 2000*, in *RLJ*, ano 122, n.º 3911/3912, 2000, pp. 66 ss.
  - *Sinal e Contrato Promessa*, 13ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.
  - *Contrato promessa. Análise para Reformulação do DL n.º 236/80*, in *BMJ* (separata), n.º 349, Ano 1985, n.º 12

- *Banca, Bolsa e Seguros – Direito Europeu e Português*, I, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 228-229.
- *Mandato de Crédito e Carta de Conforto*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, II, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 245-264.
- SILVA, J. FONSECA, *Fideicomissos, Algumas Interrogações*, Revista do Notariado, 1-3, 1993, pp. 139.
- SILVA, MANUEL DUARTE GOMES, *Ensaio sobre Direito Geral das Garantias*, Ministério das Finanças, Lisboa, 1965.
- SIMLER, PHILIPPE/DELEBECQUE, PHILIPPE, *Droit civil, Les suretés - la publicité foncière*, Dalloz, 2.<sup>a</sup> ed., 1995.
- SCHERMAIER, MARTIN JOSEF, *Bona Fides in Roman Contract Law*, in Good Faith, in *European Contract Law*, pub. por Reinhard Zimmermann – Simon Whittaker, Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge, 2000, pp. 63.
- SORIANO, MIGUEL VIRGOS, *El Trust y el Derecho Español*, Thomson, Navarra, 2006.
- SORTAIS, JEAN-PIERRE, *Redressement et Liquidation Judiciaires des Entreprises, Cinq Années d'Application de la Loi du 25 Janvier*, Dalloz, 1991.
- SOUMANOU, I. M./A. R. YAYA NADJO, *Promotion et mobilisation de l'épargne en République populaire du Bénin*, FASJEP, 1984, p. 27-28.
- SOUSA, ANTÓNIO PAIS DE, *Anotações ao RAU*, 6.<sup>a</sup> ed., 2001.
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *Acção Executiva Singular*, Lex, Lisboa, 1998.
- SOUZA, GEORGE ABREU, *O Arresto como Garantia das Obrigações*, AAFDL, Lisboa, 2004.
- STANISLAU CUGIA, *L'Espressione "Mortis Causa"*, Libraio Editore, Nápoles, 1910.
- STOCKEBRAND, ADOLFO WEGMANN, *Algunas Consideraciones sobre La Prohibición del Pacto Comisorio y el Pacto Marciano*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 13, pp. 95-122.
- STOUFFLET, JEAN, *la jurisprudence manqua[it] de netteté en un domaine où la pratique a tout particulièrement besoin de clarté et de prévisibilité*, RD Bancaire et finance, Março – Abril de 2006, p. 42.
- . *L'usage de la Propriétés à des fins de Garantie*, in *les Sûretés*, FEDUCI, 1984, p. 321.
- SCALISI, VICENZO, *Ancora in Ordine alla Ammissibilità del Trust Interno*, in *Giornate di Studio di Messina*, 6-7 Dezembro de 2001, Giuffrè, Milão, 2003, pp. 187.
- SCHULZ, FRITZ, *Derecho Romano Clássico (titulo original: Classical Roman Law)*,

Bosch, Barcelona, 1960.

TALAMANCA, MARIO., *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, in Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione. Seminario Aristec per Berthold Kupisch (Roma, 20-22 de Junho 2002), (aorg. L. Vacca), Giappichelli, Torino, 2006.

TARANTINO, G. *Patto Commissorio, Alienazioni in Garanzia ed Autonomia Privata: alla ricerca di un difficile equilibrio*, comentário à Cass. Civile, Sez. II, 3/02/2012, n. 1675, in I contratti Ano XX, 2012, pp. 1031.

TAROLLI, REMO, *Le Garanzie Finanziarie: Il Diritto di Utilizzazione dell'Oggetto della Garanzia*, in Giur. Com., n.º 6, 2005, I, p. 873.

TAVARES, MARIA JOSÉ PIMENTA FERRO, *Subsídios para o estudo da história monetária do séc. XV (1448-1495)*, NVMMVS. 2.ª Série, vol. IV-VI, 19831-1983, pp. 9-59

TEDESCHI, BIANCA G., *Mutuo (Contrato di)*, DDP, Sezione Civile, XI, pp 537.

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO, *Aspectos Comuns aos Vários Contratos, Exposição de Motivos Referente ao Título do Futuro Código Civil Português sobre Contratos em Especial*, RFDUL, p. 311-313.

- Manual dos Contratos em Geral, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

- *Direito de retenção no contrato de empreitada*, O Direito (1974/1986), pp. 13-34.

- *Contratos Civis (Projecto Completo de um Título do Futuro Código Civil Português e Exposição de Motivos)*, in BMJ n.º 83, 1959, pp. 134.

- *Mandato sem representação*, in Colectânea de Jurisprudência 8, 1983, 3, p. 10 e Manuel Januário da Costa Gomes, *Em tema de Revogação do Mandato Civil*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 126.

TELLES, MIGUEL ANTUNES/SIDARIUS, ADEL, *Moedas árabes de Beja invocando Ibn Qasi: nov*; Augusto C. Teixeira de Aragão, *Descrição geral e histórica das moedas cunhadas em nome dos reis, regentes e governadores de Portugal*, 3 tomos. Lisboa: Imprensa Nacional, 1875-1880.

THEVENOZ, LUC, *La fiducie, cendrillon du droit suisse*, RDS, 1995 II, 308 ss.

THIERRY, FRANÇOIS, *Monnaies chinoises*, I, Bibliothèque Nationale de France, Paris, 1997.

TERNERO, MANUEL F. CLAVERO, *Conocimientos de Embarque Limpios y Cartas de Garantia*, in: Anuario de Derecho Marítimo, XVIII, Barcelona, 2001.

- TOMÉ, MARIA JOÃO VAZ, *Sobre o Contrato de Mandato sem Representação e o Trust*, ROA, 67, 2007, pp. 1091-1161.
- TOMÉ, MARIA JOÃO VAZ/CAMPOS, DIOGO LEITE, *A propriedade fiduciária (trust). Estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina, Coimbra, 1999.
- TONDO, SALVATORE, Appunti sul vincolo di destinazione. L'art. 2645-ter CC, in AA.VV., *Negoziato di destinazione: percorsi verso un'espressione si cura dell'autonomia privata - I Quaderni della Fondazione italiana per il notariato*, II, 24, Milão, 2007, pp. 168.
- TORCK, STEPHANE, *Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007*.
- TORINO, RAFFAELE, *Trust a ScopodiGarazia*, in *Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX – *Garanzie*, UTEC, p. 343-345.
- TORRENTE, ANDREA, *Manuale di Diritto Privato*, Giuffrè, Milão, 1960.
- TORRES, CARLOS, *Fidúcia versus arbítrio*, In *comentário ao acórdão do STJ, de 20 de Dezembro de 1977*, Lisboa, 1990.
- TRABUCCHI, ALBERTO, *Instituzioni di Diritto Civile*, CEDAM, Pádua, 1962.
- TURCAS, B., *Le Transfert des Créances dans le cadre de la loi Dailly*, Gaz. Pal., 1986, 1.
- VALADAS, SÓNIA CRISTINA MESTRE, *O Arresto como Garantia Geral das Obrigações*, AAFDL, Lisboa, 2002.
- VALENTINO, DANIELA, *La circolazione dei beni in funzione di garanzia*, in RDC, 2007, pp. 511.
- VALÉRIO, NUNO, *O escudo: a unidade monetária portuguesa, 1911-2001*, Banco de Portugal, Lisboa, 2001.
- VANTAGGIATO, CLAUDIO, *L'opponibilità del Contratto in Il Contratto: Validità, Inadempimento, Risarcimento*, (Coord: VIOLA LUIGGI), CEDAM, Pádua, 2009.
- VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, Varela, *Das Obrigações em Geral*, II, 7.<sup>a</sup> ed., (Reimp. da 7.<sup>a</sup> edição de 1997), Almeida, Coimbra, Coimbra.
- *Anotação ao Acórdão do STJ de 26 de Março de 1968*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 102, p. 122.
- VARONE, CLAUDIO, *Il Trasferimento della Proprietà a Scopo di Garanzia*, Eugenio Jovene, Nápoles 1968.
- VASCONCELOS, LUIS MIGUEL PESTANA DE, *Direito das Garantias*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2013.



- *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência (Em Particular da Posição do Cessionário na Insolvência)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- *Direito Bancário*, Coimbra, Almedina, 2017.
- *A Venda a Retro como Instrumento de Concessão de Crédito Garantido. Do Direito Civil ao Direito Bancário*, in REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO, IV, 2007, pp. 221-262.
- *Dos contratos de depósito bancário*, RFDUP, VIII, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 141 – 178, p. 153.
- *O Depósito com finalidade de Cumprimento, o Depósito para Administração, o Depósito em Garantia e os seus Regimes Insolvenciais*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 279
- *A venda a retro como instrumento de concessão de crédito garantido... cit.*, pp. 223.
- VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE, *A Procuração Irrevogável*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 78.
- VAZ SERRA, ADRIANO DA SILVA PAES, *Contrato entre a sociedade anónima e o seu diretor*, in *O Direito*, ano 87, 1955, pp. 12.
- “*Notas a cerca do contrato de mútuo*” in RLJ, 93 (1960), pp. 65.
- *Objeto da Obrigação, a prestação - suas espécies, conteúdo e requisitos*, in BMJ n.º 74, pp. 15.
- *Anotação ao ACÓRDÃO STJ, de 7 de Março de 1969*, in RLJ, ano 103, pp. 227 in BMJ n.º 74, 1958, pp. 73.
- VAZ, MARIA, *Garantias flutuantes: inserção no ordenamento jurídico português*, RDS, 2013, 4, pp. 881 -938.
- VAZ, TERESA SAPIRO ANSELMO, *A responsabilidade do accionista controlador*, in *O Direito*, ano 128, III-IV, pp. 350.
- VENEZIANO, ANNA, *Pegno in Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turino, pp. 127.
- *Pegno Rotativo*, in *Il Diritto Privato nella Giurisprudenza*, (Paolo Cendon), *I Nuovi Contratti Nella Prassi Civile e Commerciale*, XIX, *Garanzie*, UTEC, 2004, Turim, p. 127
- VENTURA, RAUL, *Direito Romano - Obrigações. Lições do ano lectivo de 1951-1952*, Zacarias Miranda, Lisboa, 1953.
- *O Contrato de Compra e Venda no Código Civil. O Preço, Venda a Retro*, ROA, 1980 pp. 643.

- VICENTE, DÁRIO MANUEL MOURA, *O Direito Comparado após a Reforma de Bolonha*, in RFDUL, Coimbra Editora, Lisboa, 2009.- *Direito Comparado, I, Introdução e Parte Geral*, Almedina, 5.<sup>a</sup> ed., 2022.
- *Culpa na Formação dos Contratos*, in FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA (org.), *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977* (sep.), III, *Direito das Obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra, pp. 265-284.
- VIEIRA, JOÃO PEDRO *a História do Dinheiro*, Academia das Ciências de Lisboa, Lisboa, 2017.
- VILAJOSANA, JOSEP M., *Filosofia Y Derecho – Identificación y Justificación del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, 2007.
- VILSON, RODRIGUES ALVES, *Alienação Fiduciária em garantia*, Millenium, Campinas, 1998.
- VINCENT, JEAN, *Les voies d'exécution et procédures de distribution*, 13.<sup>a</sup> Ed., Dalloz 1978.
- VINCENZO, LOJANOCO, *Il Patto Commissorio nei Contratti di Garanzia*, Giuffrè, Milão, 1952.
- VITTORIA, DANIELA, *Pegno irregolare*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXII, Roma, 1990, p. 1
- VIVANTE, CESARE, *Trattato di diritto commerciale*, vol. III, 5.<sup>a</sup> ed., Dottor F. Vallardi, Milão, 1924.
- VOCI, PASQUALE, *La dottrina romana del contratto*, Milão, 1946, pp. 74-75.
- VON TUHR, ANDREAS, *Tratado de las Obligaciones*, I, (Trad. de W. Roces), Reus, Madrid, 1999.
- WALD, ARNOLDO, *Algumas Considerações a Respeito da Utilização do “Trust” no Direito Brasileiro*, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro 99/105-120, Malheiros, São Paulo, 1995.
- WAAL, MARIUS, J., *The Trust in South African Law*, in *Académie Internationale de Droit Comparé. La Fiducie Face ao Trust*, Bistol, 1998, Bruylant, 1999, pp. 87.
- WALDEMAR, FERREIRA, *O “Trust” Anglo-americano e o “Fideicomisso” Latino-americano*, Revista da Faculdade de Direito da USP 51/182-202, São Paulo, 1956.
- WERNER FLUME, *El Negocio Jurídico*, (José María Miquel González y Esther Gómez Calle), Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
- WESTENDORF, HANNES, *Les sûretés ayant pour objet des sommes d'argent*, Annales

du Droit Luxembourgeois, vol. XIII, 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 461.

- *Les sûretés ayant pour objet des sommes d'argent, Annales du droit luxembourgeois*, XIII, 2003, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 467.

WIBIER, REINOUT, *Financial Collateral in the Netherlands, England and Under the EU Collateral Directive – Traditional and Novel Ways of Taking Security over Cash and Securities*, in [ssrn.com/abstract=1287095](https://ssrn.com/abstract=1287095)), p. 31 e ss. e

WILLIAM FRATCHER, *Trust, Cap. XI da Property and Trust*, in *internacional Encyclopedia of Comparative Law*, IV, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen Mouton, The Hague, Paris, pp. 3.

WILLIAM N. GOETZMANN/K. GEERT ROUWENHORST, *The Origins of Value: The Financial Innovations That Created Modern Capital Markets*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

WITZ, CLAUDE, *Rapport Introductif, Les Operations Fiduciaires*, LGDJ, Paris, 1985, p. 3.

- *Rapport Introductif: les traits essentiels de la fiducie et du trust en Europe. La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, Joly, 1991.

- *La Fiducie en Europe: France, Suisse, Luxembourg, Allemagne, Liechtenstein. Analyse des Lois Existantes et des Projets en Cours*, in *Le trust et la fiducie, implications pratiques. Colloque UCL-KUL*, Bruylant, Bruxelles, 1997, pp. 51.

- *La Fiducie face aux Expériences Étrangères et à la Convention de La Haye relative au Trust*, Dalloz, 2007.

- *Les Caractères Distinctifs de la Fiducie*, in *Colloque: trust & fiducie: concurrents ou compléments?*, Academy & Finance, Genebra, 2008, pp. 61.

WIEACKER, FRANZ, *História do Direito Privado Moderno*, (trad. A. M. Botelho Hespanha), 2.<sup>a</sup> ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993.

WOLFF, MARTIN /RAISER, LUDWIG, *Derecho de Cosas*, III, vol. I, trad. esp. de González/Alguer, Bosch, Barcelona, 1971.

XAVIER, VASCO LOBO, *Contrato-promessa, algumas notas sobre alterações constantes do Decreto-Lei n.º 236/80, de 18 de Julho*, in *Revista do Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXVII, 1980, n.º 4, Janeiro – Dezembro

XAVIER, VASCO LOBO/SOARES, MARIA ÂNGELA COELHO BENTO, *Depósito bancário a prazo. Levantamento antecipado por um contitular*, in *Revista de Direito e Economia*, 1988, pp. 289 ss

ZENATI, M. FRÉDÉRIC, *Pour une Rénovation de la Théorie de la propriété*, RTDCiv.

1993, pp. 305.

ZILIOTTO, PAOLA, *Vendita con 'lex commissoria' o in diem addictio: la portata dell'espressione 'res inempta, in Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Estudos em Homenagem ao A. BURDENSE, IV, Pádua, 2003, pp. 475.*

ZOPPINI, ANDREA, *Prime (e provvisorie) considerazioni sulla nuova fattispecie*, in M. Bianca, *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, Giuffrè, Milão, 2007, pp. 99.

YANNICK, BLANDIN, *De la réforme des sûretés après l'adoption par l'Assemblée nationale du projet de loi PACTE*, Dalloz, Actualité – Sûretés, artigo publicado 24 de Outubro de 2018, disponível in [www.dalloz-actualite.fr](http://www.dalloz-actualite.fr).

ZUNZUNEGUI, FERNANDO, *Una Aproximación a las Garantías Financieras*, in *Revista de Contratación Electrónica*, 65, 2005, p. 7.

## **JURISPRUDÊNCIA**

### **PORTUGAL**

#### **Supremo Tribunal de Justiça**

STJ, de 4 de Maio de 1956, BMJ, 56, 1956, p. 344

STJ, de 2 de Dezembro de 1958, BMJ, 82, 1959, p. 141

STJ de 2 de Maio de 1960, in BMJ n.º 97 p. 392

STJ, de 25 de Maio de 1962, in BMJ, n.º 117 p. 486

ACÓRDÃO STJ, de 5 de Novembro de 1963, BMJ, 131, 1963, p. 361

STJ, de 02 de Dezembro de 1963 in BMJ, n.º 131, p. 245

STJ, de 3 de Março de 1967, RLJ, ano 100, 1967-1968, p. 315

STJ, de 7 de Março de 1967, BMJ, 165, 1967, p. 311-367

STJ, de 31 de Outubro de 1968, RLJ, ano 102, 1969-1970, pp. 360 – 363

STJ, de 6 de Janeiro de 1970, BMJ, n.º 193, 1970, pp. 322 – 325

STJ, de 1 de Junho de 1973, BMJ, n.º 228, 1973, pp. 182 - 185

STJ, de 14 de Junho de 1983, Processo n.º 070799

STJ de 10 de Abril de 1986, in BMJ, n.º 356, p. 365

STJ de 13 de Novembro de 1986, in BMJ, n.º 361, p. 496

STJ de 4 de Dezembro de 1986, in BMJ, n.º 362, p. 526

STJ de 2 de Fevereiro de 1988, in BMJ, n.º 374, p. 436

STJ, de 06 de Julho de 1993, in CJ (STJ), 1993, Tomo II, p. 191 ss;

STJ, 26 de Janeiro de 1994, in BMJ, n.º 433, p. 525

STJ, de 17 de Novembro de 1994, in CJ (STJ), 1994, Tomo III, p. 143

STJ, de 14 de Fevereiro de 1995, in CJ (STJ), 1995, Tomo I, p. 88

STJ de 9 de Março de 1995, in BMJ, n.º 445, 1995, p. 458

STJ, de 12 de Dezembro de 1995

STJ de 23 de Janeiro de 1996, in BMJ, n.º 453, p. 475

STJ, de 13 de Fevereiro de 1996

STJ, de 11 de Maio de 1996

STJ, de 16 de Abril de 1997, in BMJ 466 p. 355

STJ, de 28 de Janeiro de 1997, processo n.º 87557

STJ, de 04 de Março de 1997, in CJSTJ v (1997), i, p. 121-125

STJ de 23 de Novembro de 1999

STJ, de 11 de Maio de 2000

STJ, de 16 de Maio de 2000, in RLJ, ano 122, n.º 3911/3912, 2000, pp. 66

STJ, de 4 de Outubro de 2001, proc. n.º 2485/01

STJ, de 17 de Fevereiro de 2002

STJ, de 7 de Março de 2002, proc. n.º 4129/01- 2ª secção;

STJ, de 17 de Novembro de 2002

STJ, de 17 de Dezembro de 2002

STJ, de 15 de Maio de 2003

STJ, de 8 de Julho de 2003

STJ, de 13 de Maio de 2003

STJ, de 12 de Setembro de 2003

STJ, de 9 de Outubro de 2003, proc. n.º 2536/2003, in CJ, n.º 3, p. 93

STJ, de 18 de Dezembro de 2003, proc. n.º 3794/2003;

STJ, de 22 de Abril de 2004

STJ de 1 de Julho de 2004

STJ, de 17 de Junho de 2004

STJ, 22 de Junho de 2004

STJ, de 23 de Setembro de 2004, Proc. n.º 04B2292,

STJ, de 30 de Setembro de 2004

STJ, de 19 de Outubro de 2004, Proc. n.º 04B2740

STJ, de 12 de Novembro de 2004, processo n.º 3045/04

STJ, de 20 de Janeiro de 2005, Processo n.º 05B2150

STJ, de 6 de Maio de 2005, processo n.º 1862/2004

STJ, de 12 de Maio de 2005

STJ, de 20 de Outubro de 2005

STJ, de 22 de Novembro de 2005, processo n.º 3247/05 - 6ª secção;

STJ, de 7 de Dezembro de 2005, processo n.º 4646/04;

STJ, de 21 de Dezembro de 2005

STJ, de 28 de Março de 2006

STJ, de 11 de Maio de 2006, processo n.º 06b1501

STJ, de 11 de Maio de 2006

STJ de 12 de Setembro de 2006, P. n.º 06A1988 (Afonso Correia)

STJ, de 06 de Fevereiro de 2007

STJ, de 29 de Março de 2007, processo n.º 558/07-2

STJ, de 5 de Julho de 2007

STJ, de 20 de Dezembro de 2007  
STJ, de 22 de Janeiro de 2008  
STJ, de 14 de Fevereiro de 2008, processo n.º 07b4401  
TRC, de 08 de Abril de 2008, processo n.º 1162/03.0TBCNT.C  
STJ, de 19 de Junho 2008, Proc. n.º 08B871  
STJ, de 10 de Julho de 2008  
STJ, de 2 de Outubro de 2008  
STJ, de 30 de Setembro de 2008, processo n.º 2001/08-1  
STJ (Uniformizador), de 9 de Outubro de 2008, (Proc. 07A3965)  
STJ, de 26 de Novembro de 2008  
STJ, de 18 de Dezembro de 2008  
STJ 13 de Janeiro de 2009  
STJ, de 3 de Fevereiro de 2009  
STJ, de 19 de Fevereiro de 2009  
STJ, de 5 de Março de 2009  
STJ, de 23 de Março de 2009  
STJ, de 25 de Março de 2009  
STJ 22 de Abril de 2009  
STJ, de 28 de Abril de 2009  
STJ de 14 de Maio de 2009  
STJ, de 25 de Maio de 2009, Proc. n.º 08B2707  
STJ, de 9 de Junho de 2009, Proc. n.º 09A0662  
STJ, de 4 de Junho de 2009  
STJ, de 12 de Novembro de 2009, processo n.º 1842/04.3tvprt.s1  
STJ, de 27 de Janeiro de 2010, Proc. n.º 2319/04.2TBGDM.P1.S1  
STJ, de 02 de Março de 2010, processo n.º 160/2001  
STJ, de 4 de Maio de 2010  
STJ, de 07 de Outubro de 2010  
STJ, de 16 de Março de 2011  
STJ, de 11 de Janeiro de 2011, processo n.º 2226/07.7tjvnf.p1.s1  
STJ, de 08 de Fevereiro de 2011, Proc. n.º 2565/07.7TBMTS.P1.S1,  
STJ, de 22 de Fevereiro de 2011  
STJ de 16 de Março de 2011 (Lopes do Rego), proc. n.º 279/2002.E1.S1,  
STJ de 31 de Março de 2011

STJ, de 07 de Abril de 2011, Proc. n.º 569/04.0TCSNT.L1.S1,  
STJ, de 13 de Setembro de 2011, Proc. n.º 1027/06.4TBSTR.E1.S1,  
STJ, de 06 de Outubro de 2011, Proc. n.º 399/1999.E1.S1  
STJ, de 10 de Janeiro de 2012, proc. n.º 2226/06.4tbfig.c1.s1  
STJ, 12 de Janeiro de 2012;  
STJ, de 17 de Janeiro de 2012, processo n.º 1876/06.3tbgdm.p1.s1  
STJ, de 26 de Janeiro de 2012, proc. n.º 9/06.2bpcv.11.s1  
STJ de 27 de Janeiro de 2012  
STJ, de 23 de Fevereiro de 2012, Proc. n.º 1942/06.5TBMAI.P1.S1  
STJ, de 28 de Fevereiro de 2012, processo n.º 824/07.8tblmg.p1.s1  
STJ, de 19 de Março de 2012, processo n.º 868/07.otbtv.c1.s1  
STJ, de 21 de Março de 2012, proc. n.º 41/06.4tbcsc.11.s1  
STJ, de 14 de Abril de 2012  
STJ, de 14 de Dezembro de 2012, processo n.º 823/09.3tbbrg.g1.s1  
STJ, de 18 de Dezembro de 2012, processo n.º 1610/07.0TMSNT.L1.S1  
STJ, de 19 de Fevereiro de 2013, Proc. n.º 367/2002.P1.S1,  
STJ, de 14 de Março de 2013, processo n.º 4867/08.6TBOER-A.L1.S1  
STJ, de 2 de Maio de 2013  
STJ, de 25 de Junho de 2013  
STJ, de 12 de Setembro de 2013, Proc. n.º 5478/06.6TVLSB.L1.S1  
STJ, de 24 de Outubro de 2013, Proc. n.º 2/11.1TVPR.T.P1.S1  
STJ, de 17 de Dezembro de 2014, Proc. n.º 5169/11.6TBSXL.L1.S1,  
STJ, de 11 de Fevereiro de 2015, processo n.º 174/12.8tblgs.e1.s1  
STJ, de 24 de Fevereiro de 2015, Proc. n.º 91832/12.3YIPRT-A.C  
STJ de 09 de Julho 2015, PROC. n.º 448/09.5TCFUN.L1.S1  
STJ, de 21 de Janeiro de 2016, processo n.º 9065/12.1tclrs.11.s1  
STJ, de 7 de Março de 2017  
STJ, de 28 de Junho de 2017 – Roque Nogueira (Relator)  
STJ, de 24 de Abril de 2018

### **Relação de Lisboa**

TRL, de 14 de Junho de 1983, Processo n.º 070799  
TRL, de 12 de Maio de 1988, in CJ, 1988, Tomo III, p. 141  
TRL, de 11 de Outubro de 1990, in CJ, IV, 1990, p. 145



TRP, de 12 de Janeiro de 1993, in CJ, 1993, Tomo II, p. 175  
TRL, de 20 de Maio de 1993, in CJ, 1993, Tomo III, p. 107  
TRL de 17 de Março de 1994, in CJ, 1994, Tomo II, p. 87  
TRL, de 18 de Março de 1999  
TRP, de 22 de Maio de 2000, in C.J., Ano XXV, Tomo III, p. 248  
TRL, de 16 de Junho de 2011, processo n.º 1429/06.6TBLQ.L1-8  
TRL, de 12 de Julho de 2001  
TRL, de 11 de Outubro de 2002  
TRL, de 11 de Maio de 2004, Proc. n.º 511/2004-7  
TRL, de 20 de Abril de 2006  
TRL, de 16 de Dezembro de 2006  
TRL, de 19 de Abril de 2007  
TRL, de 15 de Janeiro de 2009  
TRL, de 10 de Abril de 2008  
TRL, de 29 de Abril de 2008  
TRL, de 20 de Maio de 2008  
TRL, de 16 de Abril de 2009, Proc. n.º 5642/08-8  
TRL, de 2 de Julho de 2009  
TRL, de 3 de Dezembro de 2009, Proc. n.º 436/07.6TBTMR.C1  
TRL, de 14 de Dezembro de 2010  
TRL, de 9 de Junho de 2011  
TRL de 07 de Dezembro de 2011  
TRL, de 15 de Março de 2012  
TRL, de 31 de Outubro de 2013  
TRL, de 19 de Dezembro de 2013  
TRL, de 21 de Novembro de 2013  
TRL, de 18 de Junho de 2014  
TRL, de 22 de Janeiro de 2015  
TRL, de 25 de Junho de 2015  
TRL, de 17 de Dezembro de 2015  
TRP, de 29 de Setembro de 2016, Proc. n.º 1252/14.4TBPRD.PI  
TRP, de 12 de Setembro de 2019

### **Relação de Porto**

TRP de 22 de Fevereiro de 1980, in CJ, n.º 58, de 1980, p. 56

TRP., de 11 de Abril de 2002, Proc. n.º 119/00

TRP, de 15 de Maio de 2006,

TRP, de 04 de Dezembro de 2008

TRP de 11 de Abril de 2002, P. 0230148 (João Vaz)

TRP, de 10 de Maio de 2011, Proc. n.º 1942/06.5tBmAi.P1

TRP, de 05 de Outubro de 2011 (Vieira e Cunha), proc. n.º 1942/06.5TBMAI.P1

TRP, de 5 de Fevereiro de 2013, [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt);

TRP, de 07 de Abril de 2014, Proc. n.º 918/12.8TTPRT.P1)

TRP, de 30 de Setembro de 2013, 18.12.13, Proc. n.º 407/12.0TBBRG.P1),

TRP, de 20 de Outubro de 2014

TRP, de 11 de Maio de 2015

TRP, de 16 de Novembro de 2015

TRP, de 03 de Março de 2016

### **Relação de Coimbra**

TRC, de 29 de Janeiro de 1926, in RLJ, 60, 1927

TRC, de 1 de Abril de 1977, CJ, ano II, 1977, p. 295

TRC, de 13 de Outubro de 1998, in CLJ, V, XXIII, 1998, p. 35

TRC, de 2 de Março de 2006

TRC, de 08 de Abril de 2008, processo n.º 1162/03.0TBCNT.C,

TRC, de 12 de Janeiro de 2010, Proc. N.º 20463/09.8YIPRT.C1, <http://www.dgsi.pt/>)

TRC, de 29 de Janeiro de 2013, Proc. n.º 147/11.8TBGVA.C1

TRC, de 19 de Maio de 2015

TRC, de 16 de Janeiro de 2018 (Moreira do Carmo)

### **Relação de Évora**

RE, de 18 de Junho de 1976, CJ, ano I, 1976, pp. 413 – 416

TRE, de 17 de Janeiro de 1991, in CLJ, XVI, I, 1991, p. 288

TRE de 15 de Dezembro de 2009, P. 283/2002.E1 (Fernando Bento);

TRE, de 22 de Outubro de 2015

TRE de 28 de Junho de 2017, P. 687/16.2T8PTG.E1 (Tomé de Carvalho)

## **Relação de Guimarães**

TRG, de 22 de Fevereiro de 2007, Proc. n.º 181/07-1

TRG, de 18 de Setembro de 2012

## **OHADA – TRIBUNAL COMUM DE JUSTIÇA E DE ARBITRAGEM**

CCJA, n.º 016, 27 de Junho de 2002, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com) Ohadata J-02-166

CCJA, n.º 007, 24 de Abril de 2003 in [www.ohada.com](http://www.ohada.com), ohadata J-03-193

CCJA, n.º 007, de 24 Outubro de 2003, [www.ohada.com](http://www.ohada.com)

CCJA, n.º 07, 8 de Janeiro de 2004, in RIDC, 2005, 544, pp. 943-955

CCJA, n.º 21, de 17 de Junho de 2004, OHADATA J-04-117;

CCJA, n.º 030, 4 de Novembro de, in 2004, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com), ohadata J-05-171

TCJA, n.º 2/2009, de 26 de Fevereiro de 2009, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com), ref. J-09-283

## **FRANÇA**

CASS. Civ., de 7 de Outubro de 1843, Dalloz. Jurisprudence générale, n.º 1699

CASS., de 8 de Dezembro de 1852, Recueil Sirey, 1853, I, p. 106

CASS. Civ., de 17 Maio de 1858, D.1858, I, p. 212

CASS. Civ., de 23 Fevereiro de 1869, DP. 1869, I, p. 196

CASS. Civ., de 30 Dezembro de 1874, D. 1876, I, p. 25

CASS. Civ., de 12 Agosto de 1879, D. 1879, I, p. 473

CASS. Civ., de 1 de Maio de 1889, D.P. 90.1.264;

CASS. Civ., de 7 de Dezembro de 1907, S.1908, II, p. 185;

CASS. Civ., de 13 de Novembro de 1928, D.H. 1928.605;

CASS. Civ., de 4 Março de 1931, D.P. 1933.1.73;

CASS. Civ., de 17 de Fevereiro de 1937, D.H. 1937.221.

CASS. Civ., de 9 de Julho de 1953, Bull. Civ. I, n.º 244

CASS. Com. 19 de Fevereiro de 1958, Bull. Civ. III, p. 67

CASS. 2.ª Civ., de 8 de Fevereiro de 1961, Gaz. Pal. 1961, II, p. 19

CASS. Civ. 15 de Junho de 1962, in Bull. Civ., I, p. 268

CASS. Civ., de 18 de Março de 1969, Bull. Civ. I, n.º 116.

CASS. Com. 29 de Junho de 1971 in Bull. Civ. IV. p. 74

CASS. Civ., de 4 de Janeiro de 1974, Bull. Civ. II, n.º 3.

CASS. Civ. 23 de Abril de 1974, in JCP G 1975, II, 18170)

CASS. 3.<sup>a</sup> Civ., de 20 Abril de 1982, n.º 80-15828, in Bull. Civ. III, n.º 96.

CASS. 1.<sup>a</sup> Câmara Civil, de 7 de Fevereiro de 1984, D. 1984, p. 638

CASS. Com., de 14 Junho de 1988, Bull. Civ., IV. p. 138

CASS. Com., de 9 de Janeiro de 1990, in Bull. Civ., IV, n.º 8, 1991, p. 46.

CASS. Com., de 29 de Janeiro de 1991, n.º 89 – 18. 322, in Ver. Proc. Coll, n.º 11, 1991, p. 225

CASS. Com., de 3 de Janeiro de 1995, n.º 93-11.093, JCP G, 1995, I, p. 3841

CASS. Civ., de 28 de Novembro de 1995 in Bull. Civ. I, n.º 441;

CASS. Com., de 23 de Outubro de 1990, n.º 89-13999, in RTDCiv. 1991, p. 361.

CASS. Civ., de 30 de Maio de 1995, in Bull. Civ. I, n.º 228;

CASS. Com., de 5 Dezembro de in 1995, Bull. Civ. IV, n.º 280;

CASS. Com., 9 de Janeiro de 1996, In Bull. Comm., 1996, IV, n.º 8, p. 5.

CASS. Com., de 11 de Março de 1997, in Bul. Civ., IV, n.º 70, p. 510.

CASS. Com. 20 de Maio de 1997, in RJDA 10/97 n.º 1263

CASS. Com., de 25 de Março de 1997, in Bull. Civ., IV, n.º 84

CASS. 1.<sup>a</sup> Civ., de 13 de Novembro de 1997, n.º 95-20257, in Defrénois 15 Março de 1998, n.º 36753-18, p. 335

CASS. Com. 9 de Junho de 1998, in RJDA 10/98 n.º 1141

CASS. Com., de 6 Julho de 1999, in Gaz. Pal. 1999, 2, p. 807;

CASS. Com., de 4 Janeiro de 2000, JCP E, 2000, n.º 17, p. 701.

CASS. Com., 15 de Fevereiro de 2000, in Bull. Civ. IV, n.º 30;

CAS. Com., de 4 de Julho de 2000, n.º 98. 11.803, Banque et Droit, 2001, n.º 75, p. 44

CASS. 1.<sup>ère</sup> Civ., de 20 de Março de 2001, n.º 99-14.982, Bull. Civ. I, n.º 76, p. 48;

CASS. 3.<sup>ème</sup> Civ., de 12 de Dezembro de 2001 n.º 00-15.627, Bull. Civ. III n.º 1513, p. 120

CASS. Civ., de 22 Janeiro de 2002, Loyers et copropriété, 2002, n.º 110

CASS. Com., de 5 Março de 2002, D. 2002, AJ, p. 1139;

CASS. Civ. 19 de Março de 2002, in RJDA 8-9/02 n.º 944

CASS. Com., de 8 de Julho de 2003, in Bull. Civ., n.º 00-19.685

CASS. Com., de 5 de Novembro de 2003, in JCP E, n.º 783, 2004, C, p. 861.

CASS. Com., de 3 Dezembro de 2003, in Bull. Civ. IV, n.º 191, p. 140;

CASS. Com., de 15 Março de 2005, Bull. Civ., n.º 03-20332

CASS. Com., de 7 Outubro de 2005 n.º 04-14.722, Bull. Civ. IV n.º 198, p. 214;

CASS. Com., de 16 Dezembro de 2006, n.º 05-16.395, Bull. Civ. IV n.º 250, p. 275;

CASS. *Com.*, de 19 de Dezembro de 2006, n.º 05-16.395, RTDCiv., 2007, p. 160  
 CASS. *Com.*, de 5 de Junho de 2007, n.º 05-21.349, D., 2007, p. 1729  
 CASS. *Civ.*, de 19 de Setembro de 2007, n.º 04-18372, RD Bancaire et financier, 2007 e  
 RDC 2008, p. 425  
 CASS. *Com.*, de 18 de Janeiro de 2011, n.º 07-14.181, RLDC, Março de 2011, p. 335  
 CASS. *com.*, de 18 de Dezembro de 2012, n.º 11-27741, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).  
 CASS. *Civ.* 2, de 27 de Fevereiro de 2014, n.º 13-10.891, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).  
 CA *Paris*, de 31 de Janeiro de 1854, Recueil Sirey, 1854, II, p. 734  
 CA *Paris*, de 14 de Fevereiro de 1985, in BT, 1985, p. 451  
 CA *Paris*, 14 de Fevereiro de 1985, in BT, 1985, p. 451

## ITÁLIA

CASS., de 4 de Agosto de 1950, n.º 2373, in *Giur. It.*, 1951, I, pp. 114 ss.  
 CASS., de 15 de Outubro de 1959, n. 3191, in *Giurisprudenza Civile*, 1956, p. 15  
 CASS., de 25 de Maio de 1960, n.º 1354, *Giurisprudenza Civile*, 1960, p. 50  
 CASS., de 3 de Junho de 1983, in *Foro It.*, 1984, I, 212;  
 CASS., 3 de Junho de 1983, n. 3800, in *Foro it.*, 1984, I, p. 212;  
 CASS., 6 de Dezembro de 1983, n.º 7271, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 1698  
 CASS. de 7 de Janeiro de 1984, n. 134, in *Il Foro Italiano*, 1985, I, c. 558  
 CASS., de 3 de Novembro 1984, n.º 5570, in *Mass. Foro It.*, 1984, 1093;  
 CASS., de 3 de Novembro de 1984, n.º 5569, in *Riv. It. Leasing*, 1985, p. 469  
 CASS., de 21 de Janeiro de 1985 n. 198, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e  
 Processuale*, 1986, p. 353  
 CASS., 1 de 8 de Maio de 1985, n.º 3061, in *Mass. Foro it.*, 1985, 570  
 CASS., de 9 de Junho de 1986, n.º 3815, in *Mass. Giur. It.*, 1986, p. 649  
 CASS., de 11 Janeiro de 1988, n.º 46, in *Giust. Civ.*, 1988, I, p. 1766.  
 CASS., 11 Janeiro de 1988, n.º 46, in *Giust. Civ.*, 1988, I, p. 1766.  
 CASS., 3 Abril de 1989, n. 1611, 1989, I, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 1989, I, p. 348  
 CASS. *Civ.* II, de 27 de Fevereiro de 1991, n.º 2126, in *Giur. It.*, 1992, I, p. 136.  
 CASS. *Civ.*, II, de 19 de Setembro de 1992, n.º 10749, in *Giust. Civ.*, 1993, I, p. 3055  
 CASS. de 15 Fevereiro de 1993 n. 1853, in *Giurisprudenza Italiana*, 1993, I, 1, c. 1661 ss.  
 CASS. de 4 de Março de 1996, n. 1657, in *Notariato*, 1996, p. 409  
 CASS. *Civ.*, II, de 4 de Novembro de 1996, n.º 9540, in *Notariato*, 1998, pp. 1013  
 CASS. *Civ.*, II, de 11 de Fevereiro 1998, n.º 1396, in *Notariato*, 1998, pp. 745

CASS. de 19 de Fevereiro de 2000, n. 1898, in *Giustizia Civile*, 2001, I, p. 2481  
CASS. de 16 Novembro de 2000 n. 14870, in *Giurisprudenza Italiana*, 2001, c. 306  
CASS. 19 de Junho de 2001, n.º 8333, *Giust. Civ.*, 2002, I, p. 2875  
CASS. 26 de Outubro de 2002, n.º 15141, in *Foro It*, 2003, I, p. 498  
CASS. *Civ.*, n.º 19950 de 6 Outubro de 2004, in *Giust. Civ.* 2005/I, p. 1528.  
CASS. 2 de Fevereiro de 2006, n. 2285, in *Giust. Civ.*, 2007, p. 700.  
CASS. de 8 de Maio de 2006, n. 10490, in *Giustizia Civile*, 2007, I, p. 1985 ss.  
CASS. de 18 Março de 2010, n. 6538, in *I Contratti*, 2010, p. 1000  
CASS. *Civ.*, de 12 de Agosto de 2019, in <https://www.formazionegiuridica.org>  
CASS. *Civ.*, de 12 de Agosto de 2019, in <https://www.formazionegiuridica.org>.  
TRIBUNAL ROMA, 16 de Setembro de 2008, in *Giust. Civ.*, 2009, p. 1424.  
TRIBUNAL de LECCIA, de 19 de Agosto de 1999, in *Foro It.*, I, p. 17

## **BURQUINA FASO**

*TGI Ouagadougou, jugement* n.º 155, de 5 de Janeiro de 2004, [www.ohada.com](http://www.ohada.com),  
OHADATA J-05-246  
*Tribunal de Grande Instance de Ouagadougou, Jugement du* 05/05/2004, in  
[www.ohada.com](http://www.ohada.com)

## **COSTA DO MARFIM**

*CA Abidjan*, n.º 321,7 de Março de 2000, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com) ohadata J-02-130  
*CA Bouaké, Arrêt* n.º 13, 24-1-2001  
*CA* n.º 927, de 19 de Julho de 2002, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), OHADATA J-03-25  
*CA Abidjan*, n.º 92, 31 de Janeiro de 2003, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com),  
*CA Abidjan*, n.º 141, 14 de Fevereiro de 2003, [www.ohada.com](http://www.ohada.com),  
*CA* n.º 778, de 13 Julho de 2003, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), OHADATA J-03-239  
*CA Abidjan*, n.º 1164, 24 de Outubro de 2003, in [www.ohada.com](http://www.ohada.com) ohadata J-03-337  
*CA* n.º 224, de 6 de Janeiro de 2004, [www.ohada.com](http://www.ohada.com), OHADATA J-04-484;  
*CA Abidjan, arrêt* n.º 49, de 16 de Janeiro de 2004, [www.ohada.com](http://www.ohada.com),

## **SENEGAL**

*CA Dakar*, n.º 120, 16 de Fevereiro de 2001 in [www.ohada.com](http://www.ohada.com)

**BRASIL**

STJ, REsp 57.991/SP, de 29/09/1997 (Sálvio de Figueiredo Teixeira)

STJ, REsp 770.315/AL, de 15/05/2006 (Francisco Peçanha Martins)

STJ, REsp 882.384/GO, de 01/03/2010 (João Otávio de Noronha)

STJ, 02/03/2010, Proc. REsp 881.270/RS, Relator - Luís Felipe Salomão.

STJ, REsp 749.199/SP, de 25/03/2011 (Luiz Felipe Salomão)

STJ, REsp 916.782/MG, de 21/10/2008 (Eliana Calmon)

TJSC, n.º 2002.021100-7/Tangará, de 14/11/2002 (Torres Marques)

TJSC, n.º 2006.043120-3/Jaraguá do Sul, de 11/04/2008 (Carstens Kohler)

Todos disponíveis em: in [www.tj.sc.gov.br](http://www.tj.sc.gov.br).

## ÍNDICE GERAL

|                                                                                       |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------|----|
| Advertências e regras de citação .....                                                | 1  |
| Lista de abreviaturas .....                                                           | 3  |
| Preliminares .....                                                                    | 9  |
| Introdução .....                                                                      | 9  |
| 1. Procura de novos mecanismos .....                                                  | 9  |
| 2. Característicos .....                                                              | 10 |
| 3. A funcionalização e equilíbrio de posições no seio de interesses contrapostos .... | 13 |
| Equilíbrios entre pacto comissório, alienação em garantia e a autonomia privada ..... | 15 |
| 4. Plano de exposição .....                                                           | 16 |
| 5. Âmbito da investigação/Delimitação .....                                           | 16 |
| 6. Metodologia .....                                                                  | 17 |
| 7. Relevância do tema.....                                                            | 18 |
| 8. Incerteza, insegurança, risco e alienação em garantia .....                        | 22 |
| 9. Crise das garantias tradicionais .....                                             | 24 |

### PARTE I – HISTÓRIA E DOGMA DOS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS

#### CAPÍTULO I - EVOLUÇÃO HISTÓRICO-DOGMÁTICA DOS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIO

|                                                                             |    |
|-----------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. A relevância de estudo do Direito Romano .....                           | 27 |
| 2. Alienação fiduciária romana .....                                        | 29 |
| 2.1. Generalidades .....                                                    | 29 |
| 2.2. Caracterização geral da <i>fiducia</i> romana .....                    | 30 |
| 2.3. Evolução e fundamento da <i>fiducia</i> romana .....                   | 36 |
| 2.4. Objecto, transversalidades e funções da <i>fiducia</i> romana .....    | 38 |
| 2.5. Estrutura contratual da <i>fiducia cum creditore</i> .....             | 45 |
| 2.6. A posse e a restituição da coisa na <i>fiducia cum creditore</i> ..... | 46 |
| 2.7. A execução da <i>fiducia cum creditore</i> .....                       | 49 |
| 2.8. Decadência da <i>fiducia</i> romana .....                              | 51 |
| 3. O negócio fiduciário no Direito Intermédio .....                         | 51 |
| 4. Ressurgimento da <i>fiducia</i> no século XIX .....                      | 53 |



|      |                                                                                 |         |
|------|---------------------------------------------------------------------------------|---------|
| 5.   | Da construção fiduciária depois dos pandectistas à actual construção fiduciária | .60     |
| 6.   | Caracterização inicial da fidúcia moderna                                       | .....60 |
| 7.   | Construção clássica dos negócios fiduciários                                    | .....62 |
| 8.   | Actual construção dos negócios fiduciários                                      | .....67 |
| 8.1. | Caso especial da fidúcia translativa                                            | .....81 |
| 9.   | A fidúcia translativa no Direito interno Bissau – guineense                     | .....85 |
| 10.  | CrITÉrio da determinação da fiduciariade do negócio                             | .....90 |
| 11.  | Vertente fiduciária de financiamentos/garantias                                 | .....94 |

## **CAPÍTULO II - ESTUDO COMPARATÍSTICO DOS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS**

|       |                                                        |          |
|-------|--------------------------------------------------------|----------|
| 1.    | A fidúcia espanhola: a <i>wadiatio</i>                 | .....103 |
| 2.    | Alienação fiduciária anglo-saxónica – <i>trust</i>     | .....103 |
| 3.    | Alienação fiduciária islâmica                          | .....113 |
| 4.    | A transmissão da propriedade no financiamento islâmico | .....116 |
| 5.    | Alienação fiduciária Bissau – guineense                | .....125 |
| 5.1.  | Contrato de abota                                      | .....125 |
| 5.2.  | Definição proposta e características                   | .....128 |
| 5.3.  | Efeitos essenciais do contrato de abota                | .....133 |
| 5.4.  | Classificações do contrato de abota                    | .....135 |
| 5.5.  | Formação do contrato                                   | .....138 |
| 5.6.  | Figuras afins do contrato de abota                     | .....141 |
| 5.7.  | Lugar e tempo de cumprimento                           | .....147 |
| 5.8.  | Qualificação jurídica do contrato de abota             | .....148 |
| 6.    | Regime jurídico                                        | .....152 |
| 7.    | Necessidade da intervenção legislativa?                | .....154 |
| 8.    | A Fiduciariade de abota - As obrigações do cabeçário   | .....156 |
| 9.    | Uma aproximação ao mandato sem representação           | .....158 |
| 10.   | Breve referência ao mútuo pecuniário                   | .....160 |
| 11.   | A nossa posição                                        | .....160 |
| 12.   | A fidúcia nas etnias animistas                         | .....162 |
| 13.   | A fidúcia da África francófona e anglófona             | .....163 |
| 14.   | Micro-finanças africanas                               | .....164 |
| 14.1. | Tontine                                                | .....166 |
| 14.2. | Tontine no espaço OHADA                                | .....168 |

|       |                                 |     |
|-------|---------------------------------|-----|
| 14.3. | Mercado negro .....             | 168 |
| 14.4. | A fidúcia do povo M'bundu ..... | 170 |

## **PARTE II - ESTUDO DE DIREITO POSITIVO**

### **CAPÍTULO I - ESTUDO COMPARATISTICO DA TITULARIDADE – GARANTIA NOS DIREITOS POSITIVOS**

|       |                                                                                        |     |
|-------|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.    | Justificação/delimitação .....                                                         | 173 |
| 2.    | FRANÇA .....                                                                           | 173 |
| 2.1.  | Evolução da titularidade – garantia .....                                              | 173 |
| 2.2.  | Influência de trust na fidúcia legal Francesa .....                                    | 175 |
| 2.3.  | A influência de PIERRE CROCQ .....                                                     | 178 |
| 2.4.  | A influência de CLAUDE WITZ .....                                                      | 179 |
| 2.5.  | Os obstáculos invocados pela doutrina francesa .....                                   | 180 |
| 2.6.  | A progressiva consagração da alienação em garantia .....                               | 186 |
| 2.6.  | A resistência jurisprudencial .....                                                    | 189 |
| 2.7.  | A reforma de 2006 - Comissão Grimaldi .....                                            | 191 |
| 2.8.  | Lei 2007-211 - A pálida consagração da alienação em garantia .....                     | 204 |
| 2.9.  | A reforma de 2008 .....                                                                | 214 |
| 2.10. | A reforma de 2009 – instituição do regime da alienação fiduciária em<br>garantia ..... | 220 |
| 2.11. | A reforma de 2019 .....                                                                | 239 |
| 2.13. | Reforma de 2022 – cessão de crédito e soma monetária em garantia .....                 | 245 |
| 2.13. | Síntese da fidúcia francesa .....                                                      | 259 |
| 3.    | Luxemburgo .....                                                                       | 261 |
| 4.    | Suíça .....                                                                            | 268 |
| 5.    | Itália .....                                                                           | 275 |
| 6.    | Alemanha .....                                                                         | 282 |
| 7.    | <i>Collateral Directive</i> .....                                                      | 289 |
| 8.    | Brasil .....                                                                           | 300 |
| 9.    | A experiência portuguesa .....                                                         | 302 |
| 10.   | Síntese .....                                                                          | 304 |

### **CAPÍTULO II - CONFRONTO ENTRE A ALIENAÇÃO EM GARANTIA E O DIREITO DAS GARANTIAS**

|    |                                                |     |
|----|------------------------------------------------|-----|
| 1. | Conceito de garantias no Direito interno ..... | 311 |
| 2. | Alienação em garantia e garantias gerais ..... | 311 |

|    |                                                                    |     |
|----|--------------------------------------------------------------------|-----|
| 3. | Alienação em garantia e as classificações tradicionais .....       | 312 |
| 4. | Conceito de garantias reais no AUG .....                           | 314 |
| 5. | Enquadramento e sistematização das Garantias na Guiné-Bissau ..... | 315 |
| 6. | Relação entre o direito alienado e o crédito garantido .....       | 316 |

### **CAPÍTULO III - O DIREITO DE PROPRIEDADE E A SUA UTILIZAÇÃO PARA FINS DE GARANTIA**

|     |                                                                                              |     |
|-----|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.  | A propriedade como objecto de garantia .....                                                 | 322 |
| 2.  | Confronto entre alienação em garantia e direitos reais, máxime, propriedade ...              | 325 |
| 3.  | Sumária referência ao desenvolvimento histórico da propriedade .....                         | 325 |
| 4.  | As grandes controvérsias sobre a propriedade .....                                           | 352 |
| 5.  | O fundamento e a legitimidade da propriedade .....                                           | 354 |
| 6.  | Função social da propriedade e a sua alienação em garantia .....                             | 355 |
| 7.  | A propriedade - garantia e as dimensões constitucionais da propriedade na Guiné-Bissau ..... | 357 |
| 8.  | Exclusividade do aproveitamento da propriedade e a sua alienação em garantia                 | 358 |
| 9.  | O conteúdo dos direitos reais de garantia e a alienação da propriedade em garantia .....     | 359 |
| 10. | O Conteúdo da propriedade e a sua alienação em garantia .....                                | 360 |
| 11. | A propriedade temporária e a propriedade – garantia .....                                    | 362 |
| 12. | A Determinação do objecto da propriedade no AUG .....                                        | 362 |
| 13. | A ambiguidade da propriedade .....                                                           | 363 |
| 14. | Interesse do credor na propriedade – garantia .....                                          | 365 |
| 15. | Alienação da propriedade e o recurso à impugnação pauliana .....                             | 366 |
| 16. | A qualificação jurídica da propriedade adquirida em garantia .....                           | 370 |

### **CAPÍTULO IV - CONFRONTO ENTRE A ALIENAÇÃO EM GARANTIA E O REGIME GERAL DOS NEGÓCIOS DE ALIENAÇÃO**

|    |                                                                                 |     |
|----|---------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Origem do conceito de transferência de propriedade .....                        | 373 |
| 2. | O contrato de alienação da propriedade em garantia .....                        | 378 |
| 3. | O momento da constituição efectiva da garantia .....                            | 378 |
| 4. | A presunção da propriedade resultante da posse e a protecção de terceiros ..... | 380 |

### **CAPÍTULO V - DISCIPLINA GENÉRICA (DOUTRINÁRIA) DOS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS**

|    |                                                              |     |
|----|--------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Autonomia do negócio fiduciário em relação à simulação ..... | 383 |
| 2. | A fraude à lei .....                                         | 385 |

|     |                                                                                                    |     |
|-----|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.  | Os motivos da celebração dos negócios fiduciários .....                                            | 390 |
| 4.  | Causa nos negócios fiduciários .....                                                               | 395 |
| 5.  | O princípio de <i>numerus clausus</i> e a constituição de direito real através da<br>fidúcia ..... | 406 |
| 6.  | Os negócios fiduciários tipificados e a admissibilidade dos atípicos .....                         | 408 |
| 7.  | O conteúdo parcial da relação fiduciária, em especial, as obrigações do<br>fiduciário .....        | 415 |
| 8.  | Os riscos associados à dimensão interna dos negócios fiduciários .....                             | 421 |
| 9.  | Dever de retransmissão do bem alienado em garantia .....                                           | 430 |
| 10. | Evolução da protecção jurídica do alienante .....                                                  | 436 |
| 11. | Protecções do fiduciante por via negocial .....                                                    | 436 |
| 12. | A carência de acessoriedade e o enriquecimento sem causa .....                                     | 440 |
| 13. | Posse - usucapião na alienação em garantia .....                                                   | 441 |
| 14. | Os bens passíveis de transmissão em garantia – generalidades .....                                 | 444 |
| 15. | As modalidades dos negócios fiduciários .....                                                      | 450 |

### **PARTE III - REGIME INSTITUIDO PELA OHADA**

|      |                                                                                             |     |
|------|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.   | OHADA                                                                                       |     |
| 2.   | O Acto Uniforme Relativo à Organização das Garantias .....                                  | 467 |
| 3.   | A influência da evolução contemporânea do Direito Francês das Garantias no<br>AUG .....     | 470 |
| 4.   | AUG - A reforma de 2010 .....                                                               | 473 |
| 4.1. | Apreciação crítica .....                                                                    | 483 |
| 4.2. | Âmbito de aplicação do AUG .....                                                            | 486 |
| 4.3. | Interpretação do AUG na Guiné-Bissau .....                                                  | 487 |
| 5.   | A fidúcia no Direito da OHADA .....                                                         | 488 |
| 6.   | Património de afectação .....                                                               | 489 |
| 7.   | A titularidade-garantia no Direito da OHADA .....                                           | 490 |
| 8.   | OHADA e o renascimento da garantia fiduciária .....                                         | 491 |
| 9.   | A infância da titularidade garantia da OHADA .....                                          | 492 |
| 10.  | Alienação em garantia do AUG constitui um negócio fiduciário? .....                         | 494 |
| 11.  | A atipicidade na qualificação doutrinária da fidúcia e a fidúcia legalmente<br>típica ..... | 496 |
| 12.  | A consagração legal da fidúcia e a confiança na base substantiva da fidúcia ....            | 497 |
| 13.  | O sentido estrito do negócio fiduciário e a fidúcia legalmente consagrada .....             | 499 |

|     |                                                                                             |     |
|-----|---------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 14. | Os desafios da fidúcia OHADA .....                                                          | 500 |
| 15. | Filiação da alienação em garantia instituída pelo AUG na <i>fiducia cum creditore</i> ..... | 501 |
| 16. | Relevância da tipificação do negócio fiduciário do ponto de vista da ciência jurídica ..... | 502 |
| 17. | Justificações da consagração legal da propriedade – garantia .....                          | 505 |
| 18. | Consequências dogmáticas da consagração legal da propriedade – garantia ....                | 507 |
| 19. | O problema do pacto comissório .....                                                        | 508 |
| 20. | Pacto marciano .....                                                                        | 528 |

## **CAPÍTULO I - A RESERVA DE PROPRIEDADE EM GARANTIA**

|     |                                                                                            |     |
|-----|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.  | O reconhecimento autónomo da reserva de propriedade .....                                  | 533 |
| 2.  | O Código Civil e o perfil de garantia da reserva de propriedade .....                      | 535 |
| 3.  | Mecanismo de funcionamento da garantia ( <i>Crp</i> ) e o reforço qualitativo .....        | 536 |
| 4.  | Natureza jurídica da reserva de propriedade em garantia .....                              | 540 |
| 5.  | A reserva de propriedade como fidúcia estática .....                                       | 542 |
| 6.  | O princípio da consensualidade e o problema da livre circulação dos bens .....             | 543 |
| 7.  | O problema jurídico da natureza acessória da reserva de propriedade .....                  | 548 |
| 8.  | A necessidade da eficácia da reserva de propriedade .....                                  | 556 |
| 9.  | A necessidade de equilíbrio na recuperação do devedor .....                                | 557 |
| 10. | Âmbito de aplicação da reserva de propriedade no AUG .....                                 | 559 |
| 11. | O problema de coisas consumíveis .....                                                     | 561 |
| 12. | Problemas jurídicos e práticos - bens fungíveis e o stock de mercadorias .....             | 567 |
| 13. | Garantia sobre complexo de bens e o regime do CC .....                                     | 570 |
| 14. | Coisas futuras, deterioráveis e a posse .....                                              | 574 |
| 15. | Objecto indeterminado e a dinâmica da constituição do direito real de garantia .....       | 576 |
| 16. | A rotatividade <i>ipso júri</i> .....                                                      | 580 |
| 17. | A reserva de propriedade de animais vivos .....                                            | 582 |
| 18. | Substituição e coisas destinadas a ser incorporadas ou transformadas industrialmente ..... | 584 |
| 19. | Beneficiários da garantia .....                                                            | 587 |
| 20. | Incorporação do objecto .....                                                              | 595 |
| 21. | Frutos produzidos pela coisa principal .....                                               | 598 |
| 22. | Os negócios subjacentes à constituição da reserva de propriedade .....                     | 598 |

|       |                                                                                           |     |
|-------|-------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 23.   | A relevância jurídica do momento da celebração da <i>Crp</i> .....                        | 601 |
| 24.   | A reserva de propriedade <i>omnibus</i> ? .....                                           | 606 |
| 25.   | Validade formal da <i>Crp</i> – excepção à acessoriedade .....                            | 606 |
| 26.   | A publicidade contabilística .....                                                        | 614 |
| 27.   | Validade substancial da <i>Crp</i> .....                                                  | 615 |
| 28.   | Efeitos da <i>Crp</i> no negócio subjacente .....                                         | 616 |
| 29.   | Oponibilidade da <i>Crp</i> a terceiros .....                                             | 617 |
| 29.1. | Sistema de tudo ou nada? .....                                                            | 618 |
| 29.2. | Alienação da coisa na pendência da <i>Crp</i> .....                                       | 624 |
| 29.3. | Alienação da coisa na pendência da <i>Crp</i> não registada .....                         | 630 |
| 30.   | Perda ou deterioração da coisa .....                                                      | 631 |
| 31.   | O uso e a fruição como compensação da transferência do risco .....                        | 638 |
| 32.   | Articulação entre a cláusula de reserva de propriedade e o privilégio<br>creditorio ..... | 639 |
| 33.   | Incumprimento da obrigação garantida - meios de reacção do credor .....                   | 640 |
| 34.   | A restituição da coisa sem resolução prévia .....                                         | 646 |
| 35.   | A providência cautelar para a reivindicação .....                                         | 648 |
| 36.   | Execução da garantia .....                                                                | 650 |
| 37.   | O enriquecimento derivado da diferença .....                                              | 654 |
| 38.   | O Regime da execução singular do comprador .....                                          | 656 |
| 39.   | Execução colectiva do comprador - Recuperação judicial ou liquidação de<br>bens .....     | 660 |
| 40.   | A tramitação processual a seguir pelo credor/proprietário .....                           | 663 |
| 41.   | A sorte do credor/proprietário na execução colectiva .....                                | 666 |
| 42.   | As formas de satisfação do credor/proprietário .....                                      | 667 |
| 43.   | Encerramento do processo por insuficiência de activo .....                                | 669 |

## **CAPÍTULO II - CESSÃO DE CRÉDITOS EM GARANTIA**

### **SECÇÃO I – ESTUDO HISTÓRICO – DOGMÁTICO**

|    |                                                                                        |     |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Introdução .....                                                                       | 673 |
| 2. | Percurso histórico – dogmático da cessão de créditos em garantia .....                 | 676 |
| 3. | A ambiguidade doutrinária/jurisprudencial sobre cessão de crédito em<br>garantia ..... | 682 |
| 4. | As ideias a reter .....                                                                | 687 |
| 5. | A estrutura da <i>cessio in securitatem</i> .....                                      | 689 |

|    |                                      |     |
|----|--------------------------------------|-----|
| 6. | A patrimonialização do crédito ..... | 690 |
|----|--------------------------------------|-----|

## SECÇÃO II - REGIME JURÍDICO DA CESSÃO DE CRÉDITOS EM GARANTIA

### SUBSECÇÃO I - REGIME MATERIAL

|     |                                                                                              |     |
|-----|----------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.  | Direito Interno como disciplina de efeitos .....                                             | 692 |
| 2.  | O regime da cessão de crédito em garantia inspirado na <i>cession Dailly</i> .....           | 693 |
| 3.  | Cessão de créditos em garantia no âmbito das garantias reais .....                           | 695 |
| 4.  | Reconhecimento autónomo da cessão de créditos em garantia .....                              | 698 |
| 5.  | A fiduciariade no regime da cessão de crédito em garantia .....                              | 699 |
| 6.  | A autonomização da cessão de crédito em garantia face ao penhor de créditos .                | 700 |
| 7.  | Forma da cessão de crédito em garantia .....                                                 | 701 |
| 8.  | Publicidade .....                                                                            | 703 |
| 9.  | Delimitação do âmbito de aplicação da cessão de crédito no AUG .....                         | 794 |
| 10. | Restrições injustificáveis .....                                                             | 708 |
| 11. | Cessão de créditos futuros em garantia .....                                                 | 710 |
| 12. | Figuras afins da cessão de crédito futuro em garantia .....                                  | 712 |
| 13. | O processo de surgimento do crédito e a falência do cedente .....                            | 714 |
| 14. | Admissibilidade .....                                                                        | 715 |
| 15. | A posição das partes e actos praticados entre alienação e a constituição do<br>crédito ..... | 717 |
| 16. | A excepção de compensação com contra - crédito .....                                         | 721 |
| 17. | O problema da determinabilidade na cessão de créditos futuros em garantia ....               | 723 |
| 18. | A esfera jurídica onde se constitui o crédito futuro .....                                   | 725 |
| 19. | Momento da transmissão de crédito – relevância executiva .....                               | 727 |
| 20. | Cessão das pretensões sociais e a posição societária do cedente .....                        | 730 |
| 21. | A morte do cedente e a vinculação da herança na cessão de créditos futuros ....              | 732 |
| 22. | A acessoriedade e a abstracção externa .....                                                 | 733 |
| 23. | Cessão de créditos presentes para garantia de créditos futuros .....                         | 737 |
| 24. | O caso específico da cessão de crédito de non facere .....                                   | 739 |
| 25. | A cedibilidade de crédito com <i>pactum de non cedendo</i> .....                             | 742 |
| 26. | O problema da modificação do âmbito do crédito cedido .....                                  | 744 |
| 27. | Cumprimento da obrigação garantida pelo cedente .....                                        | 745 |
| 28. | Cumprimento da obrigação garantida pelo devedor cedido .....                                 | 746 |
| 29. | Cessão de crédito garantida por alienação em garantia .....                                  | 748 |

|     |                                                                             |     |
|-----|-----------------------------------------------------------------------------|-----|
| 30. | Os direitos potestativos conexos com o crédito .....                        | 749 |
| 31. | Garantia da solvência do devedor e o problema da <i>sobregarantia</i> ..... | 753 |
| 32. | Transmissão do direito à indemnização por incumprimento .....               | 754 |
| 33. | Eficácia da cessão de crédito em garantia .....                             | 755 |
| 34. | Aceitação da cessão como renúncia a meios de defesa .....                   | 760 |
| 35. | A cessão de crédito penhorado e a penhora do crédito cedido .....           | 762 |

## **SUBSECÇÃO II – EXECUÇÃO SINGULAR E COLECTIVA DA GARANTIA**

|    |                          |     |
|----|--------------------------|-----|
| 1. | Execução colectiva ..... | 765 |
| 2. | Execução singular .....  | 767 |

## **SUBSECÇÃO III – OS PROBLEMAS EM TORNO DAS EXECUÇÕES**

|    |                                                          |     |
|----|----------------------------------------------------------|-----|
| 1. | O ganho excessivo do cessionário .....                   | 771 |
| 2. | O risco mitigado da cessão de créditos em garantia ..... | 772 |
| 3. | Extinção da garantia .....                               | 775 |

## **CAPÍTULO III-ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE UMA QUANTIA EM DINHEIRO**

### **SECÇÃO I - DOGMÁTICA GERAL**

|    |                                                                     |     |
|----|---------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. | O dinheiro como objecto de garantia .....                           | 777 |
| 2. | Do escambo à moeda bancária .....                                   | 780 |
| 3. | A incorporalidade da moeda fiduciária .....                         | 784 |
| 4. | Evolução da incidência das garantias sobre dinheiro .....           | 786 |
| 5. | Garantias atípicas sobre dinheiro sem efeito translativo .....      | 787 |
| 6. | Um avanço da OHADA sobre Direito francês .....                      | 787 |
| 7. | Proprietário da moeda bancária depositada na “conta especial” ..... | 789 |

### **SECÇÃO II - REGIME JURÍDICO**

|    |                                                         |     |
|----|---------------------------------------------------------|-----|
| 1. | Em busca da natureza jurídica .....                     | 791 |
| 2. | Âmbito de aplicação .....                               | 844 |
| 3. | Requisitos da validade de garantia .....                | 747 |
| 4. | Publicidade e oponibilidade da garantia .....           | 850 |
| 5. | Destino dos juros .....                                 | 851 |
| 6. | A insolvência e a conta especial de afectação .....     | 851 |
| 7. | Cumprimento da obrigação garantida .....                | 853 |
| 8. | Execução da garantia e o enriquecimento sem causa ..... | 853 |



**PARTE V - BALANÇO, REFLEXÕES DE *IURE CONDENDO* E  
CONCLUSÕES**

|                                         |     |
|-----------------------------------------|-----|
| Balanço.....                            | 856 |
| Reflexões de <i>iure condendo</i> ..... | 858 |
| Conclusões finais.....                  | 861 |
| Resumo.....                             | 871 |
| Bibliografia.....                       | 873 |
| Jurisprudência .....                    | 923 |
| Índice geral .....                      | 933 |