

CENTRO DE ESTUDOS NOTARIAIS E REGISTAIS
INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL

SEPARATA

DE

**II SEMINÁRIO LUSO-BRASILEIRO
DE DIREITO REGISTRAL**

(Coimbra — 10 e 11 de Maio de 2007)

MARGARIDA COSTA ANDRADE



Coimbra Editora

2009

A PROPRIEDADE FIDUCIÁRIA (*)

MARGARIDA COSTA ANDRADE

1. INTRODUÇÃO. NOTAS HISTÓRICAS E DE DIREITO COMPARADO

No dia 1 de Maio de 1500, foi a El-Rei D. Manuel I dirigida uma missiva que assim começa e parece descrever o dia de hoje. Não apenas porque mais uma vez festejamos o encontro entre dois mundos jurídicos que têm muito de comum e muito para ensinar um ao outro, mas também porque são o mote adequado para o tema que me foi proposto tratar.

“Senhor,

Posto que o Capitão-mor desta Vossa frota, e assim os outros capitães escrevam a Vossa Alteza a notícia do achamento desta Vossa terra nova, que se agora nesta navegação achou, não deixarei também de dar disso minha conta a Vossa Alteza, assim como eu melhor puder, ainda que — para o bem contar e falar — o saiba pior que todos fazer!

Todavia, tome Vossa Alteza minha ignorância por boa vontade, a qual bem certo creia que, para aformosentar nem afear, aqui não há-de pôr mais do que aquilo que vi e me pareceu.

(*) O texto que ora se apresenta corresponde à apresentação proferida no II Congresso Luso-Brasileiro de Direito Registral e Notarial. As notas bibliográficas não foram, entretanto, objecto de qualquer actualização, estando embora cientes de que outros textos de grande importância foram publicados, entre nós e além fronteiras, sobre o tema que nos foi proposto.

Da marinhagem e das singraduras do caminho não darei aqui conta a Vossa Alteza — porque não o saberei fazer — e os pilotos devem ter esse cuidado.

E, portanto, Senhor, do que hei-de falar começo.”

A propriedade fiduciária é uma propriedade funcionalizada com sustento numa relação pautada pela confiança (*fiducia*) e pela boa fé. Na verdade, o fiduciário recebe o direito de propriedade para a concretização de um objectivo determinado pelo fiduciante, que naquele procura um administrador do seu património ou de um bem singular (temos o caso do *trust*), embora também possa a propriedade ser transferida com um fim garantístico (e aí temos a alienação fiduciária em garantia) ⁽¹⁾.

Sobre a propriedade fiduciária se pronunciam duas teorias, a romanista e a germanista, cada uma propondo um diferente modelo para o instituto. A primeira cresceu sobre a *fiducia* do Direito Romano ⁽²⁾; a segunda sobre a *Salman*, antiga figura jurídica alemã que deu lugar à *Treuhand* ⁽³⁾.

Na *fiducia* romana, a propriedade era transmitida ao fiduciário para a realização de uma variedade apreciável de fins, distinguindo-se duas modalidades, consoante o que no *pactum fiduciae* (associado ao acto de alienação) se fixasse ser a função da propriedade ⁽⁴⁾. De um lado, havia a *fiducia cum creditore*, em que a propriedade se transmitia para *garantia* de um crédito ⁽⁵⁾; do outro, a *fiducia cum amico*, vocacionada

⁽¹⁾ Assim se compreende a definição ensaiada por LEITE DE CAMPOS e VAZ TOMÉ: “a propriedade fiduciária é o direito de propriedade atribuído ao fiduciário que administra e dispõe desse direito no interesse do beneficiário ou para qualquer outro fim de protecção legal.” *A Propriedade Fiduciária (Trust) — Estudo para a sua Consagração no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 327.

⁽²⁾ Esta teoria é atribuída a REGELSBERGER e durante muito tempo dominou em absoluto o pensamento jurídico. Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)*, Separata do vol. X do Suplemento ao BFDUC, 1952, pág. 98.

⁽³⁾ A teoria germânica associa-se a nomes como SCHULTZE, SCHONY ou RUMPF, tendo sido também adoptada por importantes autores do direito privado italiano, entre os quais se destacam ASCARELLI, GRECO ou DE GENNARO (*idem, ibidem*).

⁽⁴⁾ ANTÓNIO A. VIEIRA CURA, *Fiducia cum Creditore (Aspectos Gerais)*, Suplemento BFDUC, Coimbra, 1990, págs. 11-14.

⁽⁵⁾ É tida como a mais antiga garantia real das obrigações no Direito Romano, precedendo, portanto, o *pignus* — a sua manutenção depois do aparecimento deste jus-

para o cumprimento dos mais diversos objectivos, como o de depósito, de comodato ou de doação *mortis causa* ⁽⁶⁾. Comum às duas modalidades era o facto de o fiduciário adquirir uma propriedade (não necessariamente a posse) “com o conteúdo absolutamente idêntico ao de qualquer outro proprietário” ⁽⁷⁾, do que resultavam duas importantes consequências:

- a validade e eficácia de actos dispositivos, tanto perante terceiros como perante o próprio fiduciante;
- e o direito de execução do objecto confiado pelos credores do actual proprietário.

Ou seja, o que o fiduciante entregava era integralmente absorvido pelo património do fiduciário, não sendo àquele reconhecida qualquer tutela real. O novo proprietário estava apenas obrigado ao cumprimento das disposições do *pactum fiduciae* e a pautar o seu comportamento pelo princípio da boa fé, cujo incumprimento poderia ser fundamento para uma indemnização do fiduciante, mas já não para uma reivindicação de terceiro adquirente ⁽⁸⁾.

Já a doutrina germânica entende a propriedade fiduciária como excepção ao princípio que proíbe a constituição de dois direitos reais de propriedade sobre uma mesma coisa, porque nela se separa a propriedade jurídica da propriedade económica, a primeira transferindo-se para o fiduciário, e a segunda permanecendo com o fiduciante ⁽⁹⁾. Daqui

tificou-se, precisamente, pela inerente transferência da propriedade, permitindo ao fiduciário recorrer à acção de reivindicação e salvaguardar a coisa de tentativas de frustração ou diminuição do seu valor (pela alienação ou constituição de encargos reais) — *idem*, págs. 158 e ss.

⁽⁶⁾ *Idem*, págs. 40 e ss.

⁽⁷⁾ *Idem*, pág. 212.

⁽⁸⁾ LEITE DE CAMPOS, *A Locação Financeira — Estudo preparatório de uma referência legislativa*, Lex, Lisboa, 1994, págs. 34 e ss., VIEIRA CURA, *Fiducia cum Creditore*, cit., págs. 211 e ss., PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 264.

⁽⁹⁾ BAUR, FRITZ, JÜRGEN BAUR, ROLF STÜRNER, *Baur/Stürner Lehrbuch des Sachenrechts*, Verlag C. H. Beck, Munique, 1999, 17.ª Edição, págs. 18-19. No mesmo sentido, VOLKER EMMERICH (*Aktien- und GmbH-Konzernrecht Kommentar*, EMMERICH /

resulta que o fiduciário se apresenta perante terceiros como proprietário, embora adstrito, por causa de uma acessória relação de natureza obrigacional, à utilização da coisa *apenas no sentido determinado pelo acordo de fidúcia* ⁽¹⁰⁾ e por isso se diz que a propriedade está sujeita a uma condição resolutiva: se o fiduciário violar os seus deveres ou desaparecer o escopo da fidúcia, a propriedade plena regressa ao fiduciante ⁽¹¹⁾, embora, curiosamente, este tenha apenas uma pretensão de carácter obrigacional para a restituição da coisa ⁽¹²⁾. Depois, o fiduciante está protegido contra os credores do fiduciário, porque o bem confiado se mantém separado do património deste ⁽¹³⁾ ⁽¹⁴⁾.

/ HABERSACK, Verlag C. H. Beck, Munique, 2001, 2.^a Edição, § 16 AktG, Anm. 13, pág. 30).

⁽¹⁰⁾ WOLFGANG HEFERMEHL, *Schlegelberger — HGB*, AA. VV., vol. IV, Verlag Franz Vahlen, Munique, 1982, 5.^a Edição, § 382, Anm. 181, pág. 326. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS ensina ainda que a decadência da fidúcia foi resultado de um processo de barbarização e, simultaneamente, da própria evolução do direito romano. Daquele primeiro momento terá, porém, resultado a fidúcia germânica (*Contratos Atípicos*, cit., pág. 265).

⁽¹¹⁾ LEITE DE CAMPOS e VAZ TOMÉ (*A Propriedade Fiduciária...*, cit., pág. 202), ORLANDO DE CARVALHO (*Negócio Jurídico Indirecto*, cit., págs. 99-100), M. J. ALMEIDA COSTA (“Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria — Notas de direito comparado”, *Direito e Justiça*, I, 1980, págs. 44-45). Na opinião deste último autor, esta seria razão suficiente para questionar a natureza fiduciária da *Treuhand*, por não estar o fiduciante dependente de o fiduciário se mostrar digno da confiança nele depositada.

⁽¹²⁾ LEITE DE CAMPOS, *A Locação Financeira*, cit., pág. 37.

⁽¹³⁾ KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Carl Heymanns Verlag, Colónia, Berlim, Bona, Munique, 2002, 4.^a Edição, pág. 1833.

⁽¹⁴⁾ Para melhor compreender o que acabou de afirmar-se, será conveniente recordar o sistema de transmissão da propriedade no direito alemão. É que a obtenção deste efeito implica a reunião de dois actos distintos (§§ 929 e 930 BGB): um, de natureza obrigacional, pelo qual as partes acordam, justamente, a transferência da propriedade; outro, de natureza real e abstracto, que vem executar esse acordo. Na alienação fiduciária, aquele primeiro acto vem circunscrever os poderes do fiduciário na medida em que se trata de um *convénio de garantia* ou de *administração*. No direito germânico, como explica MANUEL DE ANDRADE (*Teoria Geral da Relação Jurídica*, t. II, Almedina, Coimbra, 1960, pág. 177), “por efeito da mera vontade de transmitir, porventura revestida de certo formalismo (documento, pelo menos quanto aos imóveis) e complementada por certos actos (registro, para os imóveis; tradição, para os móveis). Nessas legislações a eficácia da transmissão (*inter partes* e em face de terceiros) abstrai da

Actualmente, nos ordenamentos jurídicos continentais, assiste-se a uma renovada discussão sobre os negócios fiduciários, que se desenrola entre os autores que pugnam pelo modelo romanista ⁽¹⁵⁾, considerado verdadeiramente fiduciário na medida em que coloca o disponente na efectiva dependência da lealdade do cessionário, e os autores que consideram preferível o modelo que é oferecido pela *Treuhand*, este flanco da disputa ganhando cada vez mais adeptos, seduzidos pela protecção que concede ao fiduciante, em especial, pela separação patrimonial do objecto fiduciado ⁽¹⁶⁾.

respectiva *causa*; produz-se e subsiste independentemente do motivo ou escopo directo e imediato que levou as partes a concluir a transmissão; independentemente da combinação negocial mais vasta (venda, doação, etc.), que necessariamente a coenvolve — pois ninguém quer transmitir por transmitir. A consideração dessa causa (motivo ou escopo directo ou imediato da transmissão; combinação negocial mais ampla em que esta necessariamente se integra) não tira que o adquirente obtenha a titularidade dos respectivos bens ou direitos, só podendo sujeitá-lo às correspondentes obrigações para com o transmitente. Não contende com o efeito próprio da transmissão, esgotando todas as virtualidades no plano obrigacional. Compreende-se, portanto, que valha plenamente segundo a vontade das partes, como qualquer outra, a transmissão *fiduciae causa*.”

⁽¹⁵⁾ A maioria da doutrina e da jurisprudência espanhola (a primeira sentença aprovando um negócio fiduciário foi emitida pelo Supremo Tribunal e data de 23 de Maio 1935), por exemplo, aceita a validade dos negócios fiduciários, que fundamenta no princípio da liberdade contratual, sustentando uma teoria do duplo efeito, de raiz romanista. O negócio fiduciário seria um acto complexo, composto por um negócio de efeitos reais, pelo qual a propriedade se transmitiria plenamente para o fiduciário, ao qual estaria associado um acordo de natureza meramente obrigacional, que determinaria os poderes do proprietário-fiduciário em relação à coisa. Daqui, quaisquer actos exercidos pelo proprietário seriam de validade e eficácia inquestionável pelo fiduciante (dependente do merecimento da confiança do fiduciário), a quem se reconhecia o direito a receber a coisa terminado o fim fiduciário (ou uma indemnização no caso da impossibilidade de cumprimento da obrigação de restituição). Cfr. JOSÉ PUIG BRUTAU, “Negocio fiduciario”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. XVII, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1982, págs. 204-205. Em sentido divergente, argumentando a necessária causalidade dos negócios jurídicos no direito espanhol (e a causa de administração ou de garantia não justificaria a transmissão da titularidade dos bens), PANTALÉON PRIETO, “Copropiedad, usufructo, prenda y embargo (Artículos 66 a 73 de la Ley de Sociedades Anonimas)”, *Comentario al Regimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, coord. R. Uría, A. Menendez e M. Olivencia, t. IV, vol. 3, Civitas, Madrid, 1992, 2.^a Edição, pág. 26.

⁽¹⁶⁾ Assim, referindo-se especificamente ao direito italiano onde recentemente se assiste à intensificação do tratamento doutrinário desta matéria e em que a tendência ger-

Para nos situarmos nesta disputa, mantenhamos em mente a alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro, tão brilhantemente apresentada pelo Dr. Francisco Rezende, e consideremos, ainda que sem pretensões de exaustivo tratamento, a figura do *trust* de origem anglo-saxónica.

Se na alienação fiduciária em garantia a propriedade desempenha uma função garantística, no *trust* ela está associada primordialmente a um fim de administração patrimonial⁽¹⁷⁾.

Teremos, então, um sujeito — o *trustee* — ao qual pertence a propriedade formal ou *legal title*, e que está, por isso, autorizado a administrar e dispor dos bens ou direitos que lhe foram confiados pelo *settlor*, assim como um outro sujeito que vai receber as vantagens da titularidade do direito (o beneficiário), podendo mesmo perseguir a coisa ou direito fiduciados onde eles se encontrem, já que pode opôr o seu direito contra terceiros adquirentes (à excepção dos que adquiriram onerosamente e de boa fé, ou seja, ignorando a existência do *trust*).

Como é do conhecimento geral, o *trust* desempenha uma multiplicidade de funções, em constante mutação e renovação. Só para ficarmos com uma ideia, ainda que muito genérica e, por isso, fragmentária, da classificação a que pode estar sujeito, veja-se que, logo à partida, o *trust* pode ser público ou privado.

Será público se for um meio para a realização de interesses públicos que beneficiam a sociedade em geral (daí a designação de *charitable trust*), uma sentença de 1871 tendo distinguido quatro classes: a) *trust for the relief of poverty*; b) *trust for the advancement of education*; c) *trust*

manística é (ainda) minoritária, BARBARA IANIELLO, “Intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali e responsabilità del fiduciario”, *Le Società*, 2000, pág. 706.

(17) De entre as várias definições que foram sendo dadas pela doutrina continental e anglo-saxónica, podemos optar por esta: *trust* é uma “relação fiduciária que tem por objecto a propriedade, em que uma pessoa (o *trustee*) conserva a propriedade (a *trust res*), para benefício de outra pessoa (o beneficiário), com especiais deveres relacionados com o modo por que o *trustee* deve lidar com a propriedade” (definição de REÜTLINGER, citado por LEITE DE CAMPOS e VAZ TOMÉ, *A Propriedade Fiduciária*, cit., pág. 19, trad. nossa). Definição esta, aliás, muito próxima, como veremos dentro em pouco, da adoptada pelo legislador português.

for the advancement of religion; d) *trust for other purposes beneficial to the community not falling under any of the preceding heads* (18).

O *trust* já será privado se for constituído em benefício de uma ou várias pessoas privadas. O *trust* privado, que pode constituir-se quer por vontade manifesta do *settlor* (*express trust*) quer por decisão judicial (*implied e constructive trusts*), e cujo título constitutivo pode ou não conter uma descrição pormenorizada dos poderes que são transmitidos ao proprietário fiduciário (*instrumental* ou *discretionary trusts*), destinar-se-á a proteger bens de incapazes, desempenhando uma função semelhante à tutela (*spendthrift trusts*), a conservar o património familiar, atendendo ao desejo do *settlor* de designar pessoas que beneficiarão do seu património com a sua morte (*family trusts*), ou mesmo a desenvolver uma actividade comercial, de forma muito próxima da sociedade comercial, sendo aos administradores concedidos poderes de *trustee*, e sendo os sócios (normalmente os próprios *settlors*) identificados como beneficiários dos proveitos auferidos (muitas vezes são emitidos certificados transmissíveis, com funções e modos de transmissão similares às acções ou às quotas) — são os *business trusts* (19).

Conforme a finalidade que vise perseguir-se com a constituição do *trust* assim se demarcarão as linhas de fronteira dos poderes de administração e de disposição do proprietário fiduciário. Ou seja, o *trustee* está autorizado a praticar quaisquer actos relativos aos bens ou direitos que lhe foram confiados, até porque se apresenta como titular deles perante os terceiros; todavia, os seus amplos poderes estão permanentemente condicionados pela destinação que o título constitutivo definir. Todos os negócios que o *trustee* realizar com esses bens ou direitos têm de guardar rigorosa conformidade com o fim determinado pelo fiduciante. Caso esta administração escrupulosa se não verifique, o fiduciário será responsável por todos os danos que causar, nomeadamente indemnizando o beneficiário.

(18) PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, cit., pág. 269 (561).

(19) MELHIM NAMEM CHALHUB, *Trust — Perspectivas do Direito Contemporâneo na Transmissão da Propriedade para Administração de Investimentos e Garantia (Instrumentos de Protecção Contratual e Patrimonial; Propriedade Fiduciária; Património de Afectação)*, Renovar, Rio de Janeiro-São Paulo, 2001, págs. 34 e ss.

Por outro lado, tem de salientar-se aquilo que já se intuiu certamente: saindo do património do *settlor* o bem ou direito fiduciados, deixarão os credores dele de poder assegurar-se com esses bens transferidos, a não ser, naturalmente, que o *trust* tenha sido constituído justamente para defraudar a garantia patrimonial. Por outro lado, esse património que foi transferido para a administração do *trustee* não vai responder, apesar do *formal title*, pelas dívidas pessoais deste, assim como não integra a sua massa concursal em caso de insolvência. Em caso de insolvência do *trustee*, o beneficiário tem privilégio sobre os credores comuns — pode retirar da massa as coisas em *trust* e os fundos que pertençam ao *trust* (20). Já os credores do beneficiário podem obter a satisfação dos seus créditos mediante excussão dos bens ou direitos que são objecto de *trust*, na medida em que sejam atribuíveis ao beneficiário.

Para além de outras causas de extinção dos negócios jurídicos em geral, o *trust* extingui-se-á quando estiver esgotada a finalidade para a qual foi criado, quando seja revogado pelo *settlor* ou quando tenha expirado o prazo estabelecido pelo título constitutivo. Nesse momento, os bens que constituíam objecto do *trust* passam, em regra, para a titularidade do beneficiário, a não ser que o título constitutivo noutra sentido tenha disposto — pode suceder, por exemplo, que os bens ou direitos fiduciados devam retornar ao próprio *settlor*.

Naturalmente, caberá ao *trustee* o cumprimento da obrigação de prestar contas e de transmitir a propriedade e a posse para o beneficiário ou para o *settlor*, conforme as circunstâncias.

2. A INTEGRAÇÃO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E DO TRUST NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS

Descritas as duas figuras que constituem os eixos desta exposição, chegamos ao ponto em que elas se unem: os obstáculos que inevitavelmente terão de ultrapassar para poderem ser introduzidas no ordenamento jurí-

(20) PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, cit., pág. 270.

dico português. SPINOSI (21) considera uma empresa arriscada a adaptação do *trust* ao seu direito pátrio, ponderando que esta figura se desenvolve no ambiente jurídico de maleabilidade do direito anglo-saxónico, assente na mentalidade anglo-americana de confiança, em tudo contrastante com a rigidez do direito continental e com a mentalidade latina da desconfiança. Todavia, como bem entende PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, será pobre esta argumentação, se se considerar que a rigidez do direito continental não é uma qualidade mas um defeito que urge corrigir, e que a tutela da confiança ganha cada vez maior vigor no direito continental (22).

Ora, tanto a alienação fiduciária em garantia como o *trust* se confrontam com, pelo menos, estas objecções:

- poderemos admitir a propriedade fiduciária num sistema jurídico sujeito, por um lado, ao princípio do *numerus clausus* ou da tipicidade dos direitos reais e, por outro, ao princípio da causalidade dos negócios jurídicos?
- Não implicará a aceitação de tais institutos que se derroge o princípio da unidade patrimonial?
- A assimilação daquela garantia, ultrapassando estas barreiras, não esbarrará contra a proibição do pacto comissório?

Para ensaiarmos respostas para estas perguntas, alguns factores importantíssimos têm de ser enunciados.

Em primeiro lugar, e olhando especificamente para o período de vigência do Código de 1867, veremos que as vozes que se levantaram contra a alienação fiduciária em garantia eram pujantes e definiram de modo bem vincado os obstáculos a que nos referimos e que, aliás, são comuns aos ordenamentos jurídicos continentais. Aliás, terá sido de tal forma veemente o repúdio dos negócios fiduciários, que eles deixaram de ser celebrados, ou melhor, deixaram as partes de usar tal denominação para baptizarem os seus acordos, embora os continuassem a celebrar e a cumprir (23).

(21) Citado por PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, cit., pág. 272 (568).

(22) *Idem, ibidem*.

(23) *Idem*, pág. 278.

Depois, viajando já até aos dias de hoje, observamos que a figura do *trust* é admitida no nosso direito, embora circunscrita aos *trusts* destinados a actividades *off shore* na zona franca da Madeira. O legislador foi até bem cuidadoso no Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 352-A/88, de 3 de Outubro, diploma que introduziu tal instituto entre nós, ao afirmar o seguinte: “são consabidas as diligências levadas a cabo pelos vários países dos dois sistemas jurídicos — da *common law* e romano germânico — visando uma convergência assente na estipulação de disposições comuns relativamente à lei aplicável ao *trust* e ao seu reconhecimento por cada Estado. O objectivo deste diploma, no entanto, visa tão-somente a instituição de *trusts* apenas destinados a actividades *off-shore*, ou seja, com base num critério de extraterritorialidade, sem qualquer interferência no ordenamento jurídico interno e exclusivamente protagonizado por pessoas colectivas — as *trusts companies* — que usufruem do mesmo estatuto.”⁽²⁴⁾ No art. 2.º deste Decreto-Lei, estão identificadas as características do *trust* madeirense:

- a) os bens do *trust* constituem um património separado e não integram o património do *trustee*;
- b) o título relativo aos bens do *trust* ficará em nome do *trustee* ou de quem o represente;
- c) o *trustee* fica investido no poder e sujeito à obrigação — da qual deverá prestar contas — de administrar, gerir ou dispor dos bens, nos termos do instrumento do *trust* e das regras que lhe sejam impostas pela lei que o regula.

O acto de constituição do *trust* está sujeito a forma escrita e deve ser registado, bem como, naturalmente, os actos de modificação ou extinção dele⁽²⁵⁾, sob pena de pagamento de coima⁽²⁶⁾. Todos estes factos devem ser publicados no jornal oficial da Região Autónoma da Madeira, para onde a conservatória envia oficiosamente o extracto do registo.

⁽²⁴⁾ Sublinhado nosso.

⁽²⁵⁾ Arts. 6.º e 9.º do Decreto-Lei n.º 352-A/88.

⁽²⁶⁾ Art. 4.º do Decreto-Lei n.º 149/94, de 25 de Maio.

Em terceiro lugar, há que não esquecer que o legislador consagrou, sem contestação, o instituto de matriz sucessória da fideicomisso. Nos termos do art. 2286.º CCv, pode o testador impor ao herdeiro instituído o encargo de conservar a herança, para que ela reverta, por sua morte, a favor de outrem — ao herdeiro gravado com o encargo dá-se a designação de fiduciário; ao beneficiário, a de fideicomissário. O fiduciário é proprietário dos bens, mas temos aqui uma propriedade bem especial, não apenas por se tratar de uma propriedade temporária⁽²⁷⁾, mas particularmente quando o protótipo é o da descrição encontrada no art. 1305.º CCv. De facto, a lei reconhece-o como titular do direito de gozo e dos poderes de administração do património fideicomissado (art. 2290.º CCv), assim como o autoriza a alienar ou onerar os bens, mas sujeita estes poderes à necessária autorização do tribunal, que apenas a poderá conceder em caso de evidente necessidade ou utilidade para os bens da substituição fideicomissária ou para o próprio fiduciário sem que os interesses do beneficiário possam ser afectados (art. 2291.º CCv)⁽²⁸⁾. Por outro lado, os bens confiados não podem ser atingidos pelos credores pessoais do fiduciário (art. 2292.º CCv). Finalmente, note-se também que o destino do acervo de bens aqui em causa dependerá da vontade do beneficiário: ou recebe a herança com a morte do fiduciário ou recusa-a e os bens ficam definitivamente com o fiduciário desde a morte do testador (art. 2293.º CCv).

Já olhando particularmente para a *alienação fiduciária em garantia* três outros factores serão de considerar.

Primeiro. A propriedade é usada como garantia em alguns institutos sobejamente conhecidos no direito português. Lembremos, pois, a compra e venda com reserva de propriedade, a venda *a retro* e a locação financeira⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ Porque sempre dependente da morte do fiduciário. Note-se que parece ter sido este instituto o especialmente visado com a permissão da propriedade temporária no art. 1307.º CCv (cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, 2.ª Edição, pág. 105).

⁽²⁸⁾ Mas, o beneficiário também não está autorizado a dispor deles (art. 2294.º CCv).

⁽²⁹⁾ Na primeira, prevista no art. 409.º CCv, o alienante, normalmente um comerciante que vende bens com diferimento do preço, reserva para si a propriedade da coisa até ao cumprimento parcial ou total das obrigações do adquirente ou até à verificação

Segundo. Com a publicação do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, o ordenamento jurídico português foi enriquecido com duas modalidades de acordos de garantia financeira: o penhor financeiro e, precisamente, a alienação fiduciária em garantia. As duas figuras são distinguidas na lei, onde se define esta última como implicando a transmissão da propriedade do objecto da garantia para o respectivo beneficiário (art. 2.º/2 do DL n.º 195/2004), o que é bastante para levar o legislador a afirmar no Preâmbulo que o *numerus clausus* pressuposto pelo art. 1306.º CCv é alargado, chegando ao fim a insegurança jurídica que resultava da necessária requalificação desses acordos como meros contratos de penhor. Esta alienação fiduciária em garantia, todavia, tem o seu âmbito de actuação bem delimitado, pois que apenas poderá ter por objecto numerário ou instrumentos financeiros (art. 5.º do DL n.º 195/2004). E é também de primordial importância salientar as consequências que resultarão do incumprimento pelo devedor-fiduciante: a propriedade do bem alienado em garantia consolida-se na esfera jurídica do respectivo beneficiário. Mas, terá de proceder-se à avaliação do objecto da garantia no momento do vencimento da obrigação garantida, ficando o beneficiário obrigado à devolução do excesso, se o valor apurado for superior ao da obrigação garantida (art. 14.º do DL n.º 195/2004) ⁽³⁰⁾.

A juventude desta figura ainda não nos permite ter uma impressão bem marcada dos termos em que tem sido aceite pelos agentes económicos, e muito menos dispomos de tratamento jurisprudencial sobre ela.

Contudo, e merecendo o quarto lugar no nossos destaques prévios, fora do mercado dos valores mobiliários, os nossos tribunais já foram chamados a resolver litígios em que estava em causa a constituição de uma garantia não especificamente classificada pelas partes como alienação fidu-

de qualquer outro evento. Na venda *a retro* (arts. 927.º e ss. CCv), a propriedade também pode ser usada como garantia, quando se a sujeita a uma condição resolutiva, como o não cumprimento da obrigação de pagar o preço. E a propriedade resolúvel é admitida sem restrições no direito português (art. 1307.º CCv). Já na locação financeira, a instituição financeira adquire, ela própria, o bem pretendido, mantendo a propriedade até ao pagamento integral das prestações periódicas e exercício da opção de compra (cfr. art. 1.º do DL n.º 149/95, de 6 de Junho).

⁽³⁰⁾ Cfr. ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório — Contributo Para o Estudo da Âmbito da Sua Protecção*, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 187 e ss.

ciária em garantia, mas em que algo de muitíssimo semelhante acontecia. Vejamos um dos casos *sub iudice* que serve de paradigma.

Uma instituição financeira requer ao tribunal que, para efectivação da penhora sobre um veículo automóvel, se ordene a apreensão deste, em processo de execução para pagamento de quantia certa. Porém, o tribunal é confrontado com o facto de sobre o dito automóvel existir reserva de propriedade em nome dessa mesma instituição financeira, declarando que o exequente deve juntar aos autos certidão do registo automóvel onde conste o cancelamento da respectiva reserva. A instituição financeira que, na verdade, é mutuante num contrato de financiamento de aquisição do veículo em causa, recorre de tal decisão, declarando ter abdicado da reserva de propriedade por renúncia expressa (isto é, opta pelo pagamento coercivo da dívida em detrimento da resolução do contrato e do funcionamento da reserva da propriedade para chamar a si o bem sobre o qual a mesma incide), tendo, por isso, o tribunal de, oficiosamente, ordenar o cancelamento de todos os registos que sobre tal bem incidam.

Ora, tem a Relação concedido razão ao tribunal *a quo*, afirmando ser necessário o cancelamento do registo daquela cláusula de reserva da propriedade para que possa dar-se seguimento à pretensão executiva do mutuante. Assim se salvaguarda a hipótese de o adquirente em sede de execução comprar uma coisa que não é do executado e sujeitar-se a uma acção reivindicatória pelo titular do registo da reserva de propriedade. E acrescenta-se:

1. “O tribunal não pode consentir aquilo que seria uma fraude à lei (art. 280.º CCv): proceder-se-ia à alienação de veículo propriedade da entidade mutuante como se ela o pudesse fazer por dispor de uma propriedade resolúvel que lhe impõe a venda no caso de não pagamento pelo devedor fiduciante.”

2. “Com efeito, permitindo-se o prosseguimento da acção executiva estaria a permitir-se instrumentalizar o processo executivo para a realização coerciva de um direito real de garantia que a nossa lei não reconhece: tal é o caso da alienação fiduciária em garantia.” ⁽³¹⁾

⁽³¹⁾ Ac. RL 12 de Dezembro de 2002, www.dgsi.pt.

Este material fornecido pelos tribunais ilustra bastante bem o contexto em que se tem sentido a necessidade de recorrer à alienação fiduciária em garantia, e que aliás justifica a rendição do legislador brasileiro a esta figura, e a vontade de alguns autores portugueses em trazê-la para o nosso direito em termos bem mais genéricos que os admitidos desde 2004.

De facto, neste momento é comum encontrar entre os autores referência à crise das garantias tradicionais, cujas causas têm sido reconduzidas fundamentalmente a três fenómenos ⁽³²⁾.

Em primeiro lugar, o extraordinário incremento da produção industrial, o aumento da circulação de bens e a expansão no recurso ao crédito, nomeadamente para a aquisição de bens de consumo duradouros (que, de outro modo, seriam inalcançáveis), exigem soluções diferentes das tradicionais, assegurando ao credor o recebimento do montante financiado e, simultaneamente, atenuando o sacrifício do devedor, por permitirem a diminuição da taxa de juro.

Em segundo lugar, e com este primeiro fenómeno intimamente relacionado, temos a necessidade de encontrar formas eficientes, simples e expeditas de execução das garantias em caso de incumprimento do devedor, já que não é possível ao credor salvaguardar o seu direito apropriando-se da coisa objecto da garantia. É que o processo executivo não só é moroso, como é ineficiente. Recordemos estas palavras de LEITE DE CAMPOS: “a garantia representada pelo penhor ou pela hipoteca acaba, com frequência, por ficar desprovida de significado. A coisa é vendida à pressa, sem se escolher a devida oportunidade, sem negociações prévias, e sabendo de antemão o adquirente do ‘estado de necessidade’ do vendedor. Tudo nos antípodas de uma operação económica minimamente adequada. Daqui a venda a vil preço, susceptível de todos os enganos — amiúde verificados — em prejuízo do credor, do devedor ou de ambos.” ⁽³³⁾

Finalmente, em terceiro lugar, temos que as garantias reais tradicionais não resistem ao número crescente de credores privilegiados (o

⁽³²⁾ Acompanhamos de perto ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório*, cit., págs. 11 e ss.

⁽³³⁾ “A Alienação em garantia”, *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal — 150.º Aniversário*, Lisboa, Banco de Portugal, 1998, pág. 9.

Fisco, a Segurança Social, os trabalhadores), cujos créditos preferem aos credores hipotecário e pignoratício. É que estes, apesar de terem acautelado o seu crédito, podem ver-se ultrapassados pelos credores privilegiados, protegidos por uma garantia oculta, não registada e talvez até de duvidosa constitucionalidade.

E estes três factores aparecem elevados à potência se considerarmos que as relações típicas do contrato de mútuo são despersonalizadas, já que o mutuante não conhece nem tem como controlar o mutuário, sendo por isso mais arriscado o empréstimo de dinheiro. Que, aliás, nem sequer pertence à instituição financeira mutuante, mas àqueles que lhe confiaram a *pecunia* em depósito, cuja administração tem de ser pautada por critérios de prudência e de sobriedade ⁽³⁴⁾.

a) A proibição do pacto comissório

Ora, diagnosticada que foi a crise das garantias reais tradicionais, diversas foram as formas encontradas por vários ordenamentos jurídicos para a ela responder. Por serem as mais pertinentes para o que hoje nos ocupa, salientemos, por um lado, a atribuição do fim garantístico a institutos que até ao momento o não tinham (o que parece mais ligado ao princípio da tipicidade dos direitos reais), e, por outro, o renascimento do pacto comissório, que começa a ser admitido expressamente — embora no direito português tal solução esteja confinada ao penhor financeiro — e cujo estudo regressa aos palcos jurídicos, especialmente para descobrir se será de considerar o princípio da sua proibição extensivo às novas garantias ⁽³⁵⁾. Ou seja, trata-se, no que especificamente concerna ao nosso ordenamento jurídico, de saber se a proibição constante do art. 694.º CCv irá ou não para além das garantias reais tradicionais, sendo inegável que, apesar de inserido no regime jurídico da hipoteca, este artigo atinge também o penhor e a consignação de rendimentos. Se assim for, não teremos que a alienação fiduciária em garantia é entre nós inadmissível, por levar à consolidação da propriedade na esfera jurídica do fiduciário em caso de inadimplemento do fiduciante?

⁽³⁴⁾ LEITE DE CAMPOS, “A alienação em garantia”, cit., pág. 5.

⁽³⁵⁾ ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório*, cit., págs. 11 e ss.

Sempre poderia dizer-se que a alienação fiduciária em garantia nada tem a ver com o pacto comissório. É que este pressupõe uma compra e venda cujos efeitos estão condicionados à verificação de um facto futuro e incerto (o incumprimento), ao passo que naquela a transferência do direito de propriedade se dá imediatamente pelo acordo de vontades entre o fiduciante-devedor e o fiduciário-credor. Assim, o que marcaria a fronteira da validade seria o *momento* da transmissão do direito: a propriedade transferindo-se imediatamente, o acordo de garantia seria válido por não violar a proibição do pacto comissório que declara ser nula a transmissão do direito como consequência do incumprimento. E poder-se-ia convocar a experiência italiana para apoiar tal posição, já que foi este o fundamento usado tanto pela doutrina como pela jurisprudência durante um largo período de tempo dominantes para aceitar a validade da *fiducia cum creditore* ⁽³⁶⁾.

Porém, a verdade é que, desde uma inaugural decisão da *Cassazione* de 1983, deu-se uma mutação, quer na jurisprudência, quer na doutrina, passando a fazer-se depender o juízo de licitude ou ilicitude da alienação fiduciária em garantia não apenas tendo em conta o momento da transmissão da propriedade, mas também de outros indícios, desta feita de natureza material, presentes no acordo *sub iudice*. Isto para distinguir os casos em que a compra e venda apenas pretende esconder um fraudulento pacto comissório. Assim, diz-se, premir-se-á o gatilho que faz funcionar a nulidade quando: 1) haja uma relação obrigacional garantida de modo oculto ou manifesto; 2) prevendo-se a transferência automática para o credor de um direito real, *sem possibilidade de negociação dos aspectos económicos*; 3) verificando-se um nexo funcional entre incumprimento e transferência do direito real (nexo teleológico de garantia). E esta viragem da jurisprudência italiana associa-se a uma recente revisão da *ratio* de proibição do pacto comissório de garantia. Se se considerasse válido o pacto comissório, a coisa seria transmitida para a esfera jurídica do credor sem que posteriormente ao incumprimento se

⁽³⁶⁾ Cfr. UGO CARNEVALI, "Negozio giuridico — III) Negozio fiduciario", *Enciclopedia Giuridica*, vol. XX, IDEI, Roma, 1990, pág. 7, RICCARDO GENGINI, "Patto comissorio e procura a vendere", *Contratto e Impresa*, 1995, págs. 261 e ss., STEFANO D'ERCOLE, "Sull'alienazione in garanzia", *Contratto e Impresa*, 1995, págs. 230 e ss.

verificasse a congruência entre o valor da coisa e o valor do débito, sem, portanto, preocupações relativas à tutela do devedor. Ora, da aplicação desta ideia à alienação fiduciária em garantia resulta que ela também não permite este controlo de proporcionalidade, se a coisa que é objecto da garantia for transferida imediatamente, sem mais, para a propriedade do credor. Ou, de outro modo, a alienação fiduciária em garantia só poderá admitir-se nos casos em que se assegure um controlo de proporcionalidade entre o valor do objecto da garantia e o valor da dívida garantida ⁽³⁷⁾. Tal como acontece, aliás, no direito brasileiro e na alienação fiduciária como contrato de garantia financeira. E auxiliemo-nos ainda do art. 675.º/2 CCv, pelo qual se consente ao credor que atinja a propriedade da coisa que é objecto do seu direito de garantia, desde que se dê a intervenção de um árbitro fixando o valor da coisa e que a diferença entre este e o valor do débito seja remetida ao devedor ⁽³⁸⁾.

⁽³⁷⁾ *Idem, ibidem*.

⁽³⁸⁾ Afastam-se assim as posições mais tradicionais, designadamente:

— a que fundamenta unicamente a proibição na tutela do devedor, para que não possa ser coagido pelo credor, aproveitando-se da especial necessidade de crédito daquele ou da necessidade de prorrogação do prazo para cumprimento da obrigação. É que sempre se poderá contrapor que há outros meios disponibilizados pelo legislador para atingir aquele mesmo objectivo, nenhum deles determinando a sanção de nulidade, mas de anulabilidade, tornando deste modo a tutela do devedor dependente de uma manifestação de vontade. Considerem-se, pois, os negócios usurários (art. 282.º CCv) e os negócios celebrados sob coacção moral (arts. 255.º e 256.º CCv) — cfr. ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório*, cit., págs. 58 e ss. Por outro lado, condenar a coacção tinha por pressuposto que se tivesse provocado uma declaração de vontade do devedor, em contraste com o que sucede no pacto comissório, pois que aqui uma eventual ameaça teria por consequência o exercício negativo da autonomia privada pelo potencial credor (STEFANO D'ERCOLE, "Sull'alienazione in garanzia", cit., págs. 236-237);

— a que, acolhendo consenso entre os autores portugueses, afirma ser proibido o pacto comissório por ser um negócio usurário e, por isso, imoral. A ela tem-se respondido com a incongruência que existe na sanção cominada para os dois contratos. Isto é, se a proibição do pacto comissório tem o mesmo fundamento da proibição do negócio usurário, então porque será este anulável, ao passo que aquele é nulo? Se ambos tivessem a mesma razão justificando-os,

Uma parte da doutrina que se tem debruçado sobre a alienação com efeitos de garantia tem considerado serem-lhe extensivas as normas do penhor, dado que aquela cessão desempenha uma função análoga à deste direito real de garantia. Mas, simultaneamente, há também quem exclua algumas normas fundamentais do penhor, como sejam a do necessário desapossamento do devedor pignoratício e a da proibição do pacto comissório. Sobre isto dizia VAZ SERRA: “se se estipular que, não sendo paga a dívida no prazo fixado, o fiduciário fica com a coisa ou com o crédito transmitidos fiduciariamente, (...) a situação coincidirá praticamente com a do penhor acompanhado do pacto comissório e afigura-se, por isso, que aquela estipulação deve ser nula.”⁽³⁹⁾ O que já não sucederá, porém, se se aplicarem por analogia as regras do penhor relativas à realização do penhor, ou seja, obrigando o credor fiduciário a actuar como qualquer credor pignoratício, assim tendo necessariamente de realizar o valor da coisa depois do vencimento da dívida e em hasta pública. “Contudo, acrescenta o mesmo autor, pode porventura, acontecer que as coisas se passem de maneira a poder considerar-se legítima a operação, por ser determinada por finalidades legítimas.”⁽⁴⁰⁾

não deveríamos ter a mesma forma de invalidade sancionando-os? Neste sentido, ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório*, cit., págs. 62 e ss.

— ou aquela que recorre à regra *par conditio creditorum*, dizendo que o pacto comissório dela constituiria uma violação por com ele se oferecer a um especial credor um meio de satisfação não disponível para outros. Porém, também esta solução tem sido afastada, quer porque esta regra de protecção dos credores actua através da revogação da alienação em fraude aos credores, não pela nulidade (STEFANO D'ERCOLE, “Sull'alienazione in garanzia”, cit., pág. 238); quer porque tal entendimento equivaleria a estabelecer uma inadmissível limitação do poder de disposição dos seus bens pelo devedor (cfr. ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório*, págs. 54 e ss. e 70);

— há também quem sustente que o pacto comissório implica a violação do princípio do *numerus clausus* das garantias reais por permitir que um credor satisfaça o seu crédito sem recurso aos normais meios de execução, quando o processo executivo é inerente ao regime jurídico de cada uma das garantias — i. e., o pacto comissório conformaria um direito real de garantia atípico. Quanto a este problema, *vide infra*.

⁽³⁹⁾ “Cessão de créditos ou de outros direitos”, *BMJ*, 1955, número especial, págs. 190-191.

⁽⁴⁰⁾ *Idem, ibidem*.

E não resistimos a lançar uma última ideia quanto a esta questão. A proibição do pacto comissório é tradicionalmente entendida como forma de tutela do devedor. Porém, se se dificultar a criação de novas garantias que concedam um forte sentimento de segurança ao credor não se estará, justamente, a prejudicar a posição do devedor? Não há dúvida nenhuma quanto ao facto de que a utilização da propriedade como garantia, transmitida antes ou depois do incumprimento, será meio eficiente de tutela da posição creditícia, assim estando os detentores do capital mais seguros e confiantes na concessão de crédito. Consequentemente, o devedor terá, não só um mais fácil acesso ao crédito, mas também a juros mais baixos, facilitando-se, assim também, o cumprimento rigoroso dos contratos de financiamento.

b) Princípio do *numerus clausus*

Porém, mesmo que a alienação fiduciária em garantia passe pelo filtro da proibição do pacto comissório incólume, ela terá ainda de superar o princípio do *numerus clausus* ou da taxatividade dos direitos reais e o princípio da causalidade dos negócios jurídicos. Aliás, tal como o *trust*.

É corrente, pois, afirmar-se a necessidade de a transferência do direito de propriedade ser justificada numa causa específica legalmente prevista, o que, não sucedendo na alienação em garantia, determinaria a impossibilidade desta.

Foi justamente partindo deste princípio que BELEZA DOS SANTOS chegou à conclusão de que os negócios fiduciários seriam, entre nós, inadmissíveis. Nos negócios fiduciários há, diz, um acto de transmissão que pressupõe uma causa jurídica; mas, o pacto fiduciário revela que essa causa, essa função económico-jurídica, não é aquela que a lei pressupõe para lhe atribuir os efeitos. A lei liga a transferência da propriedade sobre uma coisa à recepção de uma quantia em dinheiro (na compra e venda), a uma vontade de beneficiar o adquirente (na doação) ou ao recebimento de uma outra coisa (na permuta). Mas, na alienação fiduciária a transferência da propriedade está ligada à realização de fins que não estão tipicamente previstos como ligados a tal efeito. As partes transferem a propriedade para fins de garantia ou para fins semelhantes aos do mandato, que nada têm a ver com a causa da compra e venda, da doa-

ção ou da permuta, negócios reais quanto aos efeitos. “Por isso deve concluir-se (...) que é nula a [a venda] com pacto fiduciário de garantia.” (41) (42) (43)

Em sentido divergente se manifestou VAZ SERRA, para quem seria talvez duvidoso aceitar a alienação fiduciária de coisas, uma vez que a transmissão da propriedade destas deveria estar sempre ligada a uma causa específica prevista na lei — haveria um *numerus clausus* de negócios reais quanto aos efeitos, o direito só protegendo as causas que julgasse dignas de tutela. Todavia, VAZ SERRA admite uma orientação diversa e diz: “saber se uma causa é *iusta*, isto é, se é bastante para justificar a transmissão da propriedade, é um problema susceptível de receber soluções diversas com os tempos, pois podem variar as ideias acerca da utilidade social das funções que as diferentes causas desempenham. (...) A lei, do mesmo modo que consente os contratos inominados obrigacionais, quando mercedores de tutela, também [pode admitir] contratos

(41) BELEZA DOS SANTOS citado por VAZ SERRA, “Cessão de créditos ou de outros direitos”, cit., págs. 159-160.

(42) Já CUNHA GONÇALVES (citado por VAZ SERRA, *idem*, pág. 160) partia da proibição da venda *a retro* — constante no Código de Seabra — para afirmar a proibição entre nós da cessão de créditos em garantia ou da alienação de coisa em garantia: “o nosso direito é inconciliável com a concepção duma propriedade provisória que não seja claramente condicional, mas dependente unicamente da boa fé do adquirente.”

(43) Na opinião de ORLANDO DE CARVALHO o negócio fiduciário é insusceptível de ser actuado através de um negócio causal (*Negócio Jurídico Indirecto*, cit., pág. 106). É que a *causa fiduciae* (“força que consegue fazer de um proprietário pleno praticamente um mandatário ou um hipotecário, que consegue vincular a propriedade nos limites do crédito, superando o ‘contrassenso’ jurídico que representa equiparar os dois termos”, *idem*, *ibidem*) é incompatível com a compra e venda: ou porque, tendo esta um fim garantístico e admitindo o pacto *a retro*, não haverá porque recorrer a uma ideia de fidúcia ou de confiança, uma vez que “só por si ela desempenha aquele escopo” (*idem*, pág. 107); ou porque, produzindo o pacto *de retrovendendo* apenas efeitos obrigacionais, se tratará, pura e simplesmente, de um negócio translativo, intervindo a relação de fidúcia entre o fiduciante e o fiduciário apenas num sentido psicológico ou económico. Por causa da quantia fornecida pelo fiduciário e da recepção, por este, da propriedade de uma coisa vinda da esfera jurídica do fiduciante, “a situação é equilibrada aos olhos da lei, a venda foi real e tão real que o alienante não pode ser obrigado a volver o preço da coisa e a adquiri-la, quando estiver em condições de o fazer. Não há, desta sorte, aos olhos do Direito, um contra-senso lógico que importe o recurso a uma ideia de ‘fiducia’ em sentido técnico” (*idem*, pág. 108).

inominados reais que se julguem dignos de protecção, como seja um negócio fiduciário de transmissão.” (44) E continua: “uma vez admitido que as partes podem fazer os contratos que bem lhes parecerem, desde que o seu fim seja merecedor de tutela jurídica (...) não se afigura haver, em princípio, obstáculo decisivo a que elas recorram a negócios fiduciários cujo fim não seja ilícito ou não seja merecedor, por outro motivo, de tutela do direito.” (45)

E atentemos ainda nos ensinamentos de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, detentor de uma das posições mais recentes da doutrina portuguesa sobre o tema dos negócios fiduciários, e, na nossa opinião, com uma perspectiva assaz clarividente.

Para este autor (46), além de não serem estranhos ao direito português os contratos abstractos, sendo disto exemplo necessário os negócios cambiários, o facto de nos negócios fiduciários o fim tido em vista pelas partes não ser coincidente com a função típica do tipo contratual adoptado não pode ter por consequência, diferentemente do postulado por BELEZA DOS SANTOS, a ilicitude, mas sim a atipicidade. Depois, haverá que investigar se o que pretende conseguir-se com o negócio fiduciário é merecedor de tutela jurídica ou de um juízo positivo de mérito. Ou seja, há que distinguir dois problemas. Por um lado, temos que saber se o interesse concretamente perseguido pelas partes corresponde efectivamente ao interesse tipificado — e esta é uma questão de qualificação. Por outro lado, será de investigar se o interesse concretamente perseguido é digno de tutela jurídica — e esta é uma questão de licitude. Concretizando: na alienação fiduciária em garantia, a divergência entre a função típica da compra e venda e a função concreta do negócio fiduciário, que é a da garantia, tem apenas como consequência a conclusão de que o contrato não é uma compra e venda, mesmo que esta seja — erradamente — a designação usada pelas partes. Seguidamente, o contrato deverá ser alvo de um juízo de mérito que poderá redundar, ou não, numa conclusão de ilicitude, por ser, por exemplo, atentatório da proibição do pacto comissório. Assim, teríamos um contrato atípico

(44) “Cessão de créditos...”, cit., págs. 171-172.

(45) *Idem*, págs. 172-173.

(46) *Contratos Atípicos*, cit., págs. 282 e ss.

com efeitos reais, dada a transferência da propriedade para o fiduciário, com fins garantísticos ou com fins administrativos.

Ao admitirmos um negócio atípico com efeitos reais, chegaremos à admissibilidade de uma propriedade com efeitos garantísticos ou com efeitos administrativos. Não estaremos aqui agora confrontados com uma derrogação necessariamente inválida do princípio do *numerus clausus*?

Tanto o *trust* como a alienação fiduciária em garantia envolvem, necessariamente, a divisão, entre várias pessoas, dos diferentes poderes que o direito de propriedade inclui: o poder de dispor, o poder de administrar e o poder de gozar os rendimentos e proveitos auferidos. Se não, vejamos.

No *trust*, ao *trustee* pertence a titularidade jurídica do bem (a propriedade formal, se se quiser), estando autorizado a praticar os actos de administração e de disposição que se afigurem necessários. Na alienação fiduciária em garantia, o proprietário fiduciário recolhe a propriedade do bem apenas com o preciso objectivo da garantia (47). Isto quer dizer que o proprietário fiduciário é titular de uma propriedade tão especial que nunca chega a compreender o *usus*, o *fructus* e o *abusus* (48).

Do outro lado, temos, no *trust*, o beneficiário, que pode não só responsabilizar o proprietário-fiduciário por qualquer violação dos seus deveres fiduciários (direito que assume uma natureza creditícia), mas também agir contra terceiros adquirentes de má fé (direito, desta feita, de natureza real).

Ora, será a autonomia da vontade alicerce forte o bastante para sustentar esta polaridade? Pode a tradicional unidade do direito de propriedade ser bifurcada sob a égide da liberdade contratual de modo a ser aceite entre nós a propriedade fiduciária? E deixaremos de parte a tarefa de questionar o princípio da tipicidade dos direitos reais, evidentemente ociosa, porque ele, queira-se ou não se queira, é marca indelével do nosso Direito das Coisas.

(47) Podendo chegar-se a um penhor com desapossamento, como sugere alguma doutrina.

(48) Cfr. LEITE DE CAMPOS e VAZ TOMÉ, *Propriedade Fiduciária*, cit., págs. 75 e ss.

Para enfrentar esta barreira têm os autores que advogam a consagração da propriedade fiduciária entre nós para além dos casos já descritos (49) admitido que o fiduciário pode ter-se como titular de um verdadeiro direito de propriedade onerado com uma obrigação, que o encarrega de atribuir ao beneficiário todas as utilidades derivadas do bem confiado ou de fazer retornar à esfera jurídica do devedor a propriedade uma vez cumprida a dívida. Do que decorre a concessão ao beneficiário do *trust* ou ao devedor de um direito de crédito. E em auxílio desta posição é convocado o art. 1306.º CCv, nos termos do qual são nulos os negócios de que resulta o desmembramento da propriedade, mas que admite como válidas as restrições impostas ao direito de propriedade ainda que tenham apenas eficácia obrigacional. Isto significa, pois, que o fiduciário pode ser reconhecido como titular de um direito real de propriedade, embora obrigacionalmente onerado pelo acessório *pactum fiduciae*, assim se admitindo uma propriedade fiduciária nos termos romanísticos (50).

c) Autonomia de patrimónios

Como observámos, a constituição da propriedade fiduciária pode ser acompanhada da separação dos bens ou direitos sobre os quais incida, assim se criando um património autónomo, objecto de tratamento destacado face ao “restante” património do fiduciário. E é precisamente por

(49) V., por exemplo, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, cit., págs. 275 e ss.

(50) PEDRO PAIS DE VASCONCELOS acrescenta a este respeito duas outras ideias. Em primeiro lugar, mesmo quanto ao conteúdo, os tipos reais apresentam alguma elasticidade, elasticidade esta que facilmente sustentará um *pactum fiduciae*. O que ainda mais facilmente se observa se o fiduciante, em vez de transferir a propriedade, constitui a favor do fiduciário um direito real limitado de gozo, nomeadamente um usufruto, um direito de uso, um direito de habitação ou uma servidão, o *pactum fiduciae* sendo inserido no respectivo título constitutivo. Neste caso, haverá até a vantagem de a vinculação fiduciária se tornar oponível face a terceiros pelo registo, o que não é possível naquela primeira modalidade, a não ser indirectamente, com a publicidade conseguida com a escritura pública de transmissão da propriedade. Em segundo lugar, o fiduciário pode ser investido numa posição jurídica que não de natureza real, como acontece na fiducia sobre títulos de crédito (*Contratos Atípicos*, cit., págs. 277 e ss.).

esta razão que este modelo de propriedade fiduciária tem seduzido as doutrinas italiana e francesa que fazem a apologia da integração positiva da *fiducia* nos seus respectivos ordenamentos jurídicos.

No direito francês, por exemplo, parece que tal ainda não sucedeu, não por causa de um princípio proibitivo desta forma de propriedade — porque aí é dominante a doutrina do *numerus apertus* dos direitos reais —, mas pela impossibilidade de constituição de um património de afectação autónoma, que permita tutelar a posição do fiduciante. A este respeito diz FRANÇOIS XAVIER-LUCAS: “a verdade é que nada justifica que, em nome da regra moribunda da unidade do património, o direito francês seja privado da fidúcia. Mas uma outra verdade é esta: o direito positivo é um dado que se impõe aos particulares para quem são indiferentes as considerações de oportunidade.”⁽⁵¹⁾

Consideramos agora uma excepção ao princípio da unidade e indivisibilidade do património, não se admitindo por regra uma pluralidade de patrimónios numa mesma pessoa, por forma a tutelar a garantia dos credores, na medida em que a totalidade dos bens e direitos de um determinado sujeito responde pelas suas dívidas. Isto mesmo retiramos do art. 601.º CCv: “pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora”. Mas, esta norma continua ainda: “sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios.”

De facto, para assegurar a protecção de determinados interesses, aquela regra tem sido flexibilizada, permitindo-se a criação de massas especiais para cumprimento de finalidades específicas, às quais ficam tais acervos vinculados. Segundo a teoria da afectação, concede-se uma espécie de divisão do património pelo encargo imposto a certos bens votados a um fim determinado. A utilidade prática da criação de um património separado é fácil de perceber. Por um lado, reservam-se determinados bens a uma destinação exclusiva. Por outro lado, guarda-se para um certo grupo de credores um determinado núcleo de bens, sobre os quais possam eles satisfazer-se com exclusão dos credores gerais, embora também só tenham acção sobre esse

⁽⁵¹⁾ *Les Transferts Temporaires de Valeurs Mobilières — Pour une fiducie de valeurs mobilières*, LGDJ, Paris, 1997, pág. 310.

núcleo⁽⁵²⁾. Criam-se, assim, duas câmaras estanques de responsabilização separada⁽⁵³⁾.

Contudo, como vimos, a constituição de um património de afectação só é admitida nas hipóteses previstas na lei e com as limitações por ela prescritas, precisamente para que possa assegurar-se a compatibilidade desta técnica com a garantia geral dos credores, necessariamente reduzida com a existência de um património especialmente destinado⁽⁵⁴⁾. Além disso, a formação destes patrimónios separados só fará sentido se o tratamento atribuído à massa patrimonial segregada for oponível a terceiros, sendo, por isso, essencial atribuir-lhe publicidade registal. O que vem também contribuir para sustentar o princípio de taxatividade na formação destes patrimónios⁽⁵⁵⁾.

Mais uma vez, não estamos perante algo que seja completamente estranho ao direito português. Recordemos, apenas a título de exemplo, o património sucessório indiviso, o Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada, o património do ausente, a massa insolvente ou a sociedade por quotas unipessoal. E porque não juntar-lhes a propriedade fiduciária, consagrada em termos mais genéricos do que o *trust off shore* ou a fideicomisso, também eles constituindo patrimónios separados?

d) Conclusões prévias

Chegou, pois, o momento de retirarmos algumas conclusões do que fomos dizendo.

Olhando para aquilo que tem acontecido recentemente nos sistemas jurídicos congéneres ao nosso, a propriedade fiduciária, quer com fins garantísticos, quer com fins administrativos, é uma figura não legalmente admitida, mas crescentemente exigida pelos operadores econó-

⁽⁵²⁾ MESSINEO, citado por MELHIM, *Trust*, cit., pág. 122.

⁽⁵³⁾ RICARDO A. S. COSTA, *Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português: Contributo para o Estudo do seu Regime Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 97 (n. 55).

⁽⁵⁴⁾ MELHIM, *Trust*, cit., págs. 126-127.

⁽⁵⁵⁾ *Idem*, págs. 127-128.

micos. A resposta a tal necessidade tem sido dada, na ausência de uma intervenção legislativa positiva, pela doutrina e pela jurisprudência, que assumiram o encargo de construir os negócios fiduciários usando como pedra de toque o princípio da liberdade contratual e de modo tal que pudessem encaixar-se nos respectivos ordenamentos jurídicos sem ferir os princípios irrefutáveis e caracterizadores da dogmática civil e que se encontram igualmente consagrados entre nós. Será talvez então a nós, estudiosos e práticos do direito, que caberá abrir o mundo fiduciário ao mundo do direito, assegurando a validade destes negócios dentro dos princípios estruturantes do nosso sistema jurídico, para assim assegurar a certeza e a protecção das partes.

O obstáculo que imediatamente se vislumbra para a consagração da alienação fiduciária em garantia é o da proibição do pacto comissório. Tal como estão as coisas neste momento, podemos aceitá-la? Talvez. Desde que o acordo de garantia preveja um modo de controlo da relação entre o valor da dívida garantida e o valor da coisa que é objecto da garantia, quer prevendo os próprios contraentes valores de referência que servirão de base ao cálculo de compensações mútuas entre o credor e o devedor uma vez vencida e não cumprida a obrigação, quer garantindo uma intervenção arbitral, à semelhança do que sucede no penhor. Se a *ratio* da proibição do pacto comissório é a tutela do devedor, então, desde que esta esteja garantida, porque não aceitar tal direito de garantia?

Claro está que, o nosso legislador dispondo-se a legislar *ex novo* sobre esta figura sempre poderia afastar a proibição do pacto comissório como fez para o penhor financeiro, garantindo, porém, aquela proporcionalidade de valores, e obrigando o fiduciário-credor a uma alienação imediata após a consolidação da propriedade, apoiando-se, porque não, na experiência muitíssimo bem sucedida do legislador brasileiro.

Vimos ainda que os princípios da causalidade e da tipicidade não têm de ser celindrados pela propriedade fiduciária. As partes são, antes de mais, livres de constituir direitos reais por qualquer meio jurídico, já que o princípio da tipicidade não abrange os modos de constituição dos direitos reais. Transferida que seja a propriedade para um fiduciário, este será tido como proprietário pleno do bem ou bens confiados — titular, portanto, de um direito real pleno —, embora comprometido obrigatoriamente perante o fiduciante ou aquele que este pretenda beneficiar,

com causa/função garantística ou administrativa, dependendo do que se estipular no *pactum fiduciae*. Ou seja, temos pois como admissível no direito português a propriedade fiduciária constituída à imagem da *fiducia* romana. Constituída por contrato atípico e lícita, desde que vise a prossecução de fins tutelados pelo direito e não viole disposições imperativas.

Isto não nos impede, contudo, de sugerir que quer o *trust* quer a alienação fiduciária em garantia permitam a criação de um património separado, para maior atractividade do instituto, seguindo a tendência da doutrina continental. Embora esta opção tenha de ser deixada necessariamente para o legislador.

3. CONSEQUÊNCIAS DA INFIDELIDADE

Estando o direito português apetrechado — a nosso ver — para receber a propriedade fiduciária, parece-nos pertinente avançar com algumas notas sobre as consequências da infidelidade.

Sendo o fiduciário um verdadeiro proprietário comprometido apenas obrigacionalmente face ao fiduciante, que meios estão ao dispor deste para assegurar o cumprimento do *pactum fiduciae*? Diz PEDRO PAIS DE VASCONCELOS que nestes negócios os riscos são subjectivamente nulos — porque o fiduciante confia na seriedade e na vontade de cumprir daquele que recebe a sua propriedade —, mas objectivamente elevados⁽⁵⁶⁾. E, como acautelava WILLIAM SHAKESPEARE, “não acredites nem nos que pedem emprestado, nem nos que emprestam; porque muitas vezes perde-se o dinheiro e o amigo... e o empréstimo.”

A tutela do fiduciante⁽⁵⁷⁾, porém, é forte, dado que pode reagir contra o infiel recorrendo à tutela penal, que sanciona aquele que induz ardilosamente outrem a confiar nele com a intenção de o enganar (crime de burla), bem como aquele que, não tendo inicialmente a vontade de enganar, acaba por fazê-lo depois de investido na titularidade da propriedade (crime de infidelidade).

(56) *Contratos Atípicos*, cit., pág. 285.

(57) Seguiremos de perto, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *idem*, págs. 285 e ss.

Mas, também o direito civil pode esgrimir as suas espadas contra o infiel. Se o fiduciário se recusar a retrotransmitir a coisa fiduciada, ou a entregá-la a quem foi escolhido pelo fiduciante, então poderá este usar do art. 830.º CCv, nos termos do qual “se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso se não oponha a natureza da obrigação assumida.” Assim como pode recorrer aos arts. 443.º e ss. CCv, nos termos dos quais o promissário de uma obrigação de efectuar uma prestação a favor de terceiro, pode exigir o cumprimento dessa ao promitente. Caminho que está, naturalmente, aberto também ao beneficiário da promessa.

O facto de considerarmos o fiduciário como proprietário pleno implica, igualmente, que ele possa obter o registo do seu direito, consequentemente oponível perante terceiros. Isto significa que se dispuser ou onerar a coisa confiada, tal acto será plenamente eficaz, mesmo contra o fiduciante. Este, porém, poderá recorrer ao expediente indemnizatório, com fundamento em incumprimento contratual, embora lhe esteja vedada a acção reivindicatória. E esta parece ser a solução adequada mesmo que o terceiro esteja de má fé, isto é, mesmo que o adquirente esteja ciente de que a coisa tinha sido tão-somente fiduciada. Nada obsta, contudo, que o fiduciante ataque esta alienação recorrendo aos por vezes esquecidos instrumentos de protecção de confiança, à cabeça dos quais temos o art. 334.º CCv, punindo o abuso de direito. “Na sua aparente simplicidade, comentava ANTUNES VARELA⁽⁵⁸⁾, o art. 334.º CCv constitui, na verdade, um manacial inesgotável de soluções através das quais a jurisprudência pode cercar muitos abusos, harmonizando os poderes do proprietário com as concepções actuais e futuras acerca da propriedade. Cada um dos limites assinados genericamente ao exercício do direito, para salvaguarda da sua legitimidade, constitui um filão precioso de restrições, cujo conhecimento abre largas perspectivas à prudente exploração, tanto dos tribunais como da escola sobretudo. No seu conjunto, servindo como instrumento de contínua renovação do

⁽⁵⁸⁾ Comentário ao art. 1305.º CCv, no *Código Civil Anotado*, Vol. III, cit., págs. 92-93.

ordenamento jurídico quanto ao exercício e tutela dos direitos, o art. 334.º constitui uma arma de gume tão afiado que só a mãos prudentes ela poderia ser entregue sem risco de o preceito ferir gravemente a segurança do comércio jurídico.”

E aquela carta dirigida a D. Manuel I assim terminou:

“E desta maneira dou aqui a Vossa Alteza conta do que nesta Vossa terra vi. E se a um pouco me alonguei, Ela me perdoe.

Porque o desejo que tinha de Vos tudo dizer, me fez pôr assim pelo miúdo.

E pois que, Senhor, é certo que tanto neste cargo que levo como em outra qualquer coisa que do Vosso serviço for, Vossa Alteza há-de ser de mim muito bem servida.

Deste Porto Seguro, da Vossa Ilha de Vera Cruz, hoje, sexta feira, primeiro dia de Maio de 1500.”

PERO VAZ DE CAMINHA

BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, t. II, Almedina, Coimbra, 1960.
- BAUR, FRITZ, JÜRGEN BAUR e ROLF STÜRNER, *Baur/Stürner Lehrbuch des Sachenrechts*, Verlag C. H. Beck, Munique, 1999, 17.ª Edição.
- BRUTAU, JOSÉ PUIG, “Negocio fiduciario”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, vol. XVII, Editorial Francisco Seix, Barcelona, 1982, págs. 204 e ss.
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE, *A Locação Financeira — Estudo preparatório de uma referência legislativa*, Lex, Lisboa, 1994.
- , “A alienação em garantia”, *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal — 150.º Aniversário*, Banco de Portugal, Lisboa, 1998.
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE e MARIA DE VAZ TOMÉ, *A Propriedade Fiduciária (Trust) — Estudo Para a Sua Consagração no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1999.
- CARNEVALI, UGO, “Negozio giuridico — III) Negozio fiduziario”, *Enciclopedia Giuridica*, vol. XX, IDEI, Roma, 1990.
- CARVALHO, ORLANDO DE, *Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)*, Separata do Volume X do Suplemento do BFDUC, Coimbra, 1952.
- CHALHUB, MELHIM NAMEM, *Trust — Perspectivas do Direito Contemporâneo na Transmissão da Propriedade para Administração de Investimentos e Garantia (Instrumentos de Protecção Contratual e Patrimonial; Propriedade Fiduciária; Património de Afectação)*, Renovar, Rio de Janeiro-São Paulo, 2001.

- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, "Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria — Notas de direito comparado", *Direito e Justiça*, I, 1980, págs. 41 e ss.
- COSTA, RICARDO ALBERTO SANTOS, *Sociedade por Quotas Unipessoal: Contributo para o Estudo do seu Regime Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2002.
- CURA, ANTÓNIO A. DE VIEIRA, *Fiducia cum Creditore (Aspectos Gerais)*, Suplemento do BFDUC, Coimbra, 1990.
- D' ERCOLE, STEFANO, "Sull'alienazione in garanzia", *CI*, 1995, págs. 228 e ss.
- EMMERICH, VOLKER, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht Kommentar*, EMMERICH/HABER-SACK, Verlag C. H. Beck, Munique, 2001, 2.^a Edição, § 16 AktG.
- GENGHINI, RICCARDO, "Patto comissorio e procura a vendere", *CI*, 1995, págs. 260 e ss.
- HEFERMEHL, WOLFGANG, *Schlegelberger — HGB*, AA. VV., vol. IV, Verlag Franz Vahlen, Munique, 1982, 5.^a Edição, § 382.
- IANIELLO, BARBARA, "Intestazione fiduciaria di partecipazioni sociali e responsabilità del fiduciario", *Le Società*, 2000, págs. 702 e ss.
- LIMA, PIRES DE e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, 2.^a Edição.
- LUCAS, FRANÇOIS-XAVIER, *Les Transferts Temporaires de Valeurs Mobilières — Pour une fiducie de valeurs mobilières*, LGDJ, Paris, 1997.
- MATOS, ISABEL ANDRADE DE, *O Pacto Comissório — Contributo Para o Âmbito da sua Protecção*, Almedina, Coimbra, 2006.
- PRIETO, FERNANDO PANTALÉON, "Copropiedad, usufructo, prenda y embargo (Artículos 66 a 73 de la Ley de Sociedades Anónimas)", *Comentario al Regimen Legal de las Sociedades Mercantiles*, coord. R. Uría, A. Menendez e M. Olivencia, t. IV, vol. 3, 1992, 2.^a Edição.
- SCHMIDT, KARSTEN, *Gesellschaftsrecht*, Carl Heymanns Verlag, Colónia, Berlim, Bona, Munique, 2002, 4.^a Edição.
- SERRA, ADRIANO VAZ, "Cessão de créditos ou de outros direitos", *BMJ*, 1955, número especial, págs. 5 e ss.
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 2002.