



Marisa do Rosário Lopes da Silva Monteiro

Quo vadis, pacto comissório?

O artigo 694.º do Código Civil: da razão de ser ao ludíbrio e deste ao quesito da (des)necessidade de reponderação à luz do paradigma de execução do penhor financeiro

Tese de Doutoramento em Direito - ramo de Ciências Jurídico-Empresariais - orientada pelo Senhor Professor Doutor João Calvão da Silva e apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Dezembro 2015



Quo vadis, pacto comissório?

Marisa do Rosário Lopes da Silva Monteiro

Quo vadis, pacto comissório?

O artigo 694.º do Código Civil: da razão de ser ao ludíbrio
e deste ao quesito da (des)necessidade de reponderação
à luz do paradigma de execução do penhor financeiro

Tese de Doutoramento em Direito - ramo de Ciências Jurídico-Empresariais -
orientada pelo Senhor Professor Doutor João Calvão da Silva
e apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Dezembro de 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Ficha técnica

Título: *Quo vadis*, pacto comissório?

O artigo 694.º do Código Civil: da razão de ser ao ludíbrio e deste ao quesito da (des)necessidade de reponderação à luz do paradigma de execução do penhor financeiro

Tese de Doutoramento em Direito Civil
orientada pelo Senhor Professor Doutor João Calvão da Silva
e apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Autor: Marisa do Rosário Lopes da Silva Monteiro

Dezembro 2015

*Porque é tamanha bem-aventurança
o dar-vos quanto tenho e quanto posso,
que quanto mais vos pago, mais vos devo.*

Luís de Camões

a minha Mãe
sic et simpliciter

AGRADECIMENTOS

O reconhecimento e a gratidão que aqui inscrevo é precipuamente um sublinhado desejo de que o gesto de alma de dizer sentidamente *bem-haja* não caia em desuso e não seja devassado pelo cumprimento de meras formalidades.

Aqui verto o meu profundo agradecimento a todos (muitos) quantos me ajudaram a ser Sísifo reinventado, não tendo permitido que eu deixasse rolar a pedra montanha abaixo antes mesmo de a empurrar até ao cimo...

Dar corpo e vida a uma dissertação de doutoramento sempre me pareceu *empreitada* de envergadura tal que seguramente só fui capaz de concluir, porque tive *subempreiteiros* que escoraram este edifício nos meus invernos de cansaço e angústia.

Mensurável fosse o valor da palavra certa nas horas (tantas e tão) incertas e o meu *quantum debeatur* ascenderia a um montante impossível de *pagar*.

A *todos* a quem me sinto imensamente grata espero tê-lo manifestado no tempo e modo próprios. Quero, com toda a simplicidade, humildade, alma e sinceridade, sublinhar apenas o (muito para além do formal, institucional e ortodoxo) apoio do meu orientador, o Senhor Professor Doutor João Calvão da Silva. O seu *sim* à orientação desta tese, o seu profundíssimo saber traduzido nas tão pertinentes questionações com que sempre me interpelava e desafiava em cada encontro de trabalho e outrossim o seu respeito pela liberdade que me permitiu na investigação.

Na vida, no mundo, somos todos verdadeiramente insubstituíveis, pelo que o contributo que recebi de *todos* com que me *cruzei* nesta caminhada foi verazmente único.

Grata. A *todos*.

LISTA DE ABREVIATURAS

A. – Autor	Ed. – edição
AAF DL – Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa	Enc. dir. – Enciclopedia di diritto
Ac. – acórdão	Enc. giur. – Enciclopedia di giurisprudenza
Al. – alínea	<i>Et alt.</i> – <i>Et alia</i> (latim)
Art. – artigo	Foro it. – Foro italiano
Artt. – articoli	Giur. civ. – giurisprudenza civile
BCE – Banco Central Europeu	Inc. – incorporated
BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra	It. ou Ital. – italiano
BGB – Bürgerliches Gesetzbuch	LULL – Lei Uniforme relativa às Letras e Livranças
BMJ – Boletim do Ministério da Justiça	N.º ou N. – número
Banca borsa tit. cred. – Banca borsa titoli di credito	N.ºs – números
Cass. – Cassazione	Noviss. dig. It. – novissimo digesto italiano
CC – Código Civil	Ob. cit. – obra citada
Ccom – Código Comercial	<i>Op. cit.</i> – <i>opus citatum</i> (latim)
CE – Comissão Europeia	P. – página
Cfr. – conferir	Pp. – páginas
Comm. cod. civ. ou Comm. del cod. civ. – Commentario del codice civile	Proc. – processo
Cont. impr. – Contratto e impresa	RDCom ou Riv. dir. comm. – rivista di diritto commerciale
CRPred – Código do Registo Predial	RDES – Revista de Direito e de Estudos Sociais
CSC – Código das Sociedades Comerciais	RGICSF – Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras
CVM – Código dos Valores Mobiliários	RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência
DL – Decreto-Lei	Rass. dir. civ. – Rassegna di diritto civile
Dig. disc. priv., Sez. civ. – Digesto (discipline privatistiche) sezione civile	Riv. critica dir. priv. – Rivista critica di diritto privato

Riv. it. scienze giur. – Rivista italiana di
scienze giuridiche

Riv. not. (ou Riv. notar.) – rivista di notariato

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

Seg. – seguinte

Segs. – seguintes

Sep. – separata

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

T. – tomo

Tratt. di dir. civ. – Trattato di diritto civile

Tratt. di dir. civ. e comm. – Trattato di diritto
civile e commerciale

Trib. – tribunale

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRP – Tribunal da Relação do Porto

UK – United Kingdom

V.g. – *verbi gratia* (latim)

Vol. – volume

ABSTRACT

The study of contract law is never finished, especially taking into account that contractual freedom will always bring new problems (or, if we prefer, new challenges) to the interpreters and enforcers of the law, because when the contractual parties want to circumvent some unwanted rule they will find a way of doing it, most of the times apparently within the law.

This PhD thesis aims to analyze a good example of a rule that contracting parties (creditors in particular) frequently intend to delude: the old Roman law's *lex commissoria*, corresponding to an agreement between a debtor and his pledgee according to which if the debtor does not pay at the appointed day, the pledge should become the absolute property of the creditor.

This agreement was forbidden by a law (edict) of the emperor Constantine of Ancient Rome near 320 A.D.. Its prohibition has been maintained almost unchanged since then until the modern Codes of Law, but reality shows that in the context of loan relations often prevails the maximum facilitation of trade and it seems to be a significant principle at the negotiation table between who needs the loan and who has the means and the wherewithal to grant it. Therefore, the subject in need frequently ends up *agreeing* with a clause under which the loss of the collateral asset will automatically occur in favor of the creditor in case of default.

As we already said, the forfeiture agreement has been abolished since Roman law by an imperial edict and modern legislators understood the virtuosity of this rule to protect economically weaker subjects such as future debtors.

Within this legal framework, the parties use other lawful legal transactions to overcome that limitation and seek out the automatic collateral asset property transfer in case of payment default by means of those other formally lawful legal transactions.

Which other figures are we talking about? As we'll analyze in the present study, many property transfer legal schemes can be used with the purpose of deceiving the forbiddance of forfeiture agreements.

From our perspective, there is one figure that stands out: sale with termination clause. Also known as *a retro* sale, it constitutes a specific type of purchase and sale agreement under which someone borrows Money to someone else with the warranty for the creditor of an asset property

transfer by purchase, being the amount borrowed the sale's *price*. What is unique is the inclusion of a clause under which the seller-debtor can terminate the contract by paying back to the buyer-loaner the exact same sale's *price* within a certain deadline.

This reverse sale can dangerously be used to circumvent the forbidden forfeiture agreement because it has all the desired characteristics of the *las tone* with an extra benefit for the creditor-buyer-loaner: the asset property transfer occurs automatically and the right to reverse it is a resolutive condition, whereas the classic *lex commissoria* is an agreement of property transfer to the creditor under suspensive condition (of non-payment).

The forfeiture agreement represents a problem in the context of legislators' will to protect the rights of weaker subjects in negotiations, which means that if the fair price is paid the legal obstacle disappears by ensuring that the creditor refunds the debtor with the possible surplus value of the asset he *acquired* for credit satisfaction (what corresponds to the old Roman *Marciano agreement*).

This study will address the issues related to the tense credit relations, concerning with the collateral used to cover the risk of non-refundable granted loans, types of collaterals provided and credit security and satisfaction mechanisms.

The *lex commissoria* is one of the most important topic regarding the referred tension because its prohibition and agreement celebration practice to circumvent it shows that contractual freedom is an unstoppable challenge orientated to the maximum facilitation of trade.

As the good principles of Roman law have remained valid over the centuries, in conclusion we pose an open question concerning the future of *lex commissoria*: death sentence or salvation through *Marciano agreement*?

RESUMO

O estudo do direito contratual nunca está acabado, especialmente considerando que a liberdade contratual trará sempre novos problemas (ou, se preferirmos, novos desafios) aos intérpretes e aplicadores da lei, porque quando as partes contratuais pretendem contornar uma norma indesejada encontram sempre forma de o fazer, na maior parte das vezes de modo aparentemente lícito.

A presente tese de doutoramento tem por objectivo analisar um bom exemplo de norma que os contraentes (credores em particular) frequentemente querem ludibriar: a velha *lex commissoria* do Direito Romano que corresponde ao acordo entre devedor e credor pignoratício, de acordo com o qual se o devedor não pagar no prazo estipulado, o penhor torna-se propriedade do credor.

Tal acordo foi proibido por uma lei (édito) do imperador Constantino da Roma Antiga, por volta do ano 320 d.C.. A sua interdição manteve-se quase intocada desde então até hoje nos Códigos dos tempos modernos, mas a realidade mostra que no contexto das relações creditícias muitas vezes prevalece a máxima facilitação dos negócios, e parece ser um princípio importante na mesa das negociações entre quem precisa de um empréstimo e quem os meios e os recursos para o conceder. Portanto, o sujeito em situação de necessidade acaba frequentemente por *concordar* com a cláusula em cujos termos a perda do bem dado em garantia corre automaticamente a favor do credor no caso de incumprimento.

Ora, como já dissemos, o pacto comissório foi proibido desde o Direito Romano por édito imperial e os legisladores modernos entenderam a virtuosidade desta norma para proteger sujeitos economicamente mais fracos, tal como futuros devedores.

Neste quadro legal, as partes utilizam outros negócios jurídicos lícitos para ultrapassar aquela limitação e procuram a transferência automática da propriedade do bem dado em garantia em caso de incumprimento por intermédio desses outros negócios jurídicos formalmente lícitos.

De que outras figuras lícitas estamos a falar? Como analisaremos no presente estudo, muitos esquemas negociais de transmissão de propriedade podem ser utilizados com o propósito de iludir a proibição de pactos comissórios.

Do nosso ponto de vista, há uma figura que se destaca: a venda com cláusula de resolução. Formalmente denominada venda *a retro*, constitui um tipo específico de compra e venda nos termos do qual alguém empresta dinheiro a outrem com a segurança para o credor de transferência da propriedade de um bem por meio de compra, sendo a quantia mutuada o *preço* da venda. O que é singular é a inclusão de uma cláusula nos termos da qual o vendedor-devedor pode resolver o contrato pagando ao comprador-credor o mesmo *preço*, dentro de determinado prazo.

Esta venda resolúvel pode ser perigosamente utilizada para contornar a proibição de pacto comissório, porque apresenta todas as desejadas características deste pacto, com uma vantagem adicional para o credor-comprador-mutuante: a transmissão da propriedade do bem opera de modo automático e o direito de reverter o contrato é uma condição resolutiva, enquanto a clássica *lex commissoria* é um acordo de transmissão da propriedade para o credor sob condição suspensiva (de não cumprimento).

O pacto comissório representa um problema no contexto de vontade do legislador em os direitos dos sujeitos negocialmente mais fracos, o que significa que se for pago o preço justo o obstáculo legal desaparece com a garantia de que o credor restitui ao devedor o eventual excedente de valor do bem *adquirido* para satisfação do crédito (o que corresponde ao velho *pacto marciano*). O estudo que aqui se apresenta abordará questões relacionadas com as tensas relações creditícias, atinentes ao uso das garantias para cobertura do risco de empréstimos não reembolsáveis, tipos de garantias prestadas e mecanismos de segurança e satisfação dos créditos.

A *lex commissoria* é um dos mais importantes temas a respeito da predita tensão, porque a sua proibição e prática de celebração de acordos para a contornar evidencia que a liberdade contratual é um desafio imparável com a sua orientação para a máxima facilitação dos negócios. Como os bons e velhos princípios do Direito Romano permaneceram válidos ao longo dos séculos, em jeito de conclusão formulamos uma questão aberta quanto ao futuro da *lex commissoria*: sentença de morte ou salvação através de *pacto marciano*?

INTRODUÇÃO

1. Relevância e actualidade do tema: história e hodiernidade

Manifestamente o legislador do Código Civil português de 1966 e todo o processo doutrinário e legislativo instrutor da tarefa reformadora do nosso direito civil, empreendendo a revisão geral do Código Civil do século XIX (o denominado Código de Seabra), fez reflectir no diploma legal de 1966 um claro sinal de pretender o Direito acompanhar as mudanças económico-sociais profundas ocorridas no dealbar do século XX, e entretanto cristalizadas no tecido da sociedade portuguesa¹⁻².

¹ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, a respeito da revisão da disciplina dos contratos civis, menciona exactamente o papel que o Direito deve desempenhar no acompanhamento das alterações sociais e a acrescida complexidade daí decorrente, afirmando que “*Essa matéria [os contratos civis], pela sua extensão e variedade, pela sua imediata conexão com a vida social e económica, de que é expressão directa e a cujas particularidades se tem de adaptar com justeza, oferece grandes dificuldades que sobem de ponto quando é objecto de estudo ou regulamentação isolada, pois a cada passo se levantam como óbices as suas dependências lógicas e genéticas relativamente às teorias e regimes dos contratos e das obrigações em geral, em cujas órbitas mais vastas a dita matéria se enquadra e circunscreve*”. Cfr. na obra do Autor *Revisão do Código Civil português*, disponível no sítio www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/IGalvaoTeles.pdf.

² Foi em 1944 que por determinação do Decreto-Lei n.º 33 908, de 4 de Setembro, o ministro da Justiça Adriano Vaz Serra foi “*autorizado a promover os trabalhos de elaboração de um projecto de revisão geral do Código Civil*” (artigo 1.º).

Sublinhe-se que a realidade social portuguesa, sobretudo ao nível dos costumes, havia sofrido mutações de tal ordem que já dois anos antes o mesmo ministro da Justiça (Prof. Vaz Serra) designara o Prof. Pires de Lima para encabeçar uma comissão de revisão da nossa legislação civil em matéria de direito dos menores, em cumprimento da autorização do Decreto-Lei n.º 31 844, de 8 de Janeiro de 1942 para a nomeação de “*uma comissão para o efeito de elaborar um projecto de reforma da legislação relativa aos serviços jurisdicionais dos menores*” (artigo 1.º).

No âmbito desses trabalhos, o Prof. Pires de Lima manifestava quão necessário era “*antes de tudo, reformar alguns capítulos da nossa legislação, e designadamente os respeitantes às matérias de «filiação, poder paternal, tutela de menores, emancipação e maioridade»*”, há muito envelhecidos, e sem o que não se poderia esperar obra aproveitável nem obra duradoura”, como podemos ler na reflexão F. A. PIRES DE LIMA, «*Filiação, poder paternal, tutela de menores, emancipação e maioridade (projecto de reforma)*», in BFDUC, vol. XX, 1944, p. 516. Em seguimento, PIRES DA CRUZ é nomeado responsável pela elaboração de um projecto de reforma relativamente ao divórcio. Revendo esta proposta, elaborou-se uma outra relativa à declaração de morte presumida e duas autónomas sobre locação, uma primeira pela mão de PINTO LOUREIRO e uma segunda do labor de ALBERTO DOS REIS, como melhor consta das obras de PIRES DE LIMA, «*Filiação...*», cit. e de VAZ SERRA, «*A revisão geral do Código Civil*», in BFDUC, vol. XXII, p. 452.

Ao nosso estudo interessa particularmente o Direito das Obrigações e, nesta matéria, regista-se que depois do ímpeto reformista do oitocentista Código de Seabra, a techedura normativa das garantias das obrigações permaneceu estável. O actual Código Civil, com quase meio século de vida, pouquíssimas vezes viu ser alterada a sua redacção originária da disciplina das garantias e relativamente a pouquíssimos preceitos³⁻⁴.

E se em matéria de garantias pessoais, a autonomia da vontade tem permitido a devedores e credores recortar as suas declarações negociais em torno dos respectivos interesses, já no domínio das garantias reais, o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais tem sido um espartilho das vontades e das necessidades de constituição de garantias no âmbito dos negócios jurídicos de concessão e obtenção de crédito e financiamento.

Na verdade, o artigo 1306.º do Código Civil, no seu n.º 1, estabelece que “*Não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei*”, mais atribuindo o segundo segmento da norma eficácia meramente obrigacional às restrições estabelecidas pelas partes fora das hipóteses legalmente previstas, com a cominação que “*toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional*”.

Na doutrina, avolumam-se as vozes que proclamam a ocorrência de um “*relativo naufrágio das garantias reais*”⁵. Em sede de garantias pessoais, um quadro legal mais dúctil⁶ tem possibilitado o surgimento de numerosas garantias atípicas, entre as quais se evidencia a denominada garantia autónoma à primeira solicitação, muito utilizada no universo das relações negociais bancárias, *maxime* nos mútuos bancários⁷⁻⁸.

³ O Código Civil actualmente vigente foi aprovado a 25 de Novembro de 1966 e entrou em vigor em 1 de Junho 1967 (artigo 2º do Decreto-Lei n.º 47 344 de 25 de Novembro de 1966 que aprovou o actual Código Civil português).

⁴ Na verdade, o Código Civil, quanto às normas relativas a garantias das obrigações, sofreu apenas as alterações seguintes: o Decreto-Lei n.º 225/84, de 6 de Julho alterou o artigo 691.º; o Decreto-Lei n.º 379/86, de 11 de Novembro alterou o artigo 755.º; o Decreto-Lei n.º 163/95, de 13 de Julho alterou o artigo 731.º; o Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março alterou os artigos 675.º, 735.º, 749.º e 751.º; a Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro revogou o artigo 655.º; o Decreto-Lei n.º 263-A/2007, de 23 de Julho alterou os artigos 714.º e 731.º e o Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho alterou os artigos 660.º e 714.º.

⁵ Vide por todos PHILIPPE SIMLER, *Rapport de synthese, in «Les Garanties de Financement (Journées portugaises)»*, Travaux de l’Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Tome XLVII, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, Paris, 1996, p. 30.

⁶ Porque, como assinalámos em texto, não sujeito ao princípio da tipicidade dos direitos reais, inscrito no artigo 1306.º do Código Civil.

⁷ Cfr. A. FERRER CORREIA, *Notas para o estudo do contrato de garantia bancária, in «Revista de Direito e Economia»*, ano VIII, n.º 2, Julho-Dezembro, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, pp. 247 e segs., INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Garantia bancária autónoma, in «O Direito»*, ano 120, n.ºs III-IV, Julho-Dezembro, 1988, pp. 275 e segs. e *Manual dos Contratos em Geral*, refundido e actualizado, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra,

De um modo crescente, identifica-se nas preditas limitações legais uma das razões da insuficiência do nosso sistema de garantias tradicional, a par outrossim da gritante ineficiência da sua execução de acordo com o modelo-regra, isto é, por via judicial⁹.

Nesta linha, podemos reputar as garantias reais como incapazes de acompanhar a velocidade com que as transacções comerciais acontecem bem como a intensidade dos actos de solicitação e concessão de crédito e financiamento¹⁰.

Relativamente às empresas, o crédito é consabidamente o motor da sua actividade económica e, para os consumidores, funciona verdadeiramente como veículo de acesso a bens duradouros e de consumo inacessíveis por aquisição após aforro, equivale isto por dizer, inacessíveis de outro modo.

Ora, neste quadro de facilitação de acesso ao dinheiro, as garantias reais não oferecem a melhor solução no difícil jogo de equilíbrio de posições contratuais em que, de um lado, está um devedor desejoso por pagar uma remuneração do empréstimo o mais baixa possível e,

2002, pp. 503 e segs., M. J. ALMEIDA COSTA/A. PINTO MONTEIRO, *Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação (parecer jurídico)*, in «Colectânea de Jurisprudência», ano XI, tomo 5, 1986, pp. 15 e segs., JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *Preliminares sobre a garantia “on first demand”*, in «Revista da Ordem dos Advogados», ano 43, tomo 3, Dezembro, Lisboa, 1983, pp. 677 e segs., MÓNICA JARDIM, *A Garantia Autónoma*, Almedina, Coimbra, 2002, DAMIÃO VELOSO FERREIRA, *Aceite Bancário e Garantia Bancária Autónoma*, Rei dos Livros, Lisboa, 1990, ANTÓNIO SEQUEIRA RIBEIRO, *Garantia bancária autónoma à primeira solicitação: algumas questões*, in «Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles», vol. II, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, pp. 289 a 426, EVARISTO MENDES, *Garantias bancárias: Natureza*, in «Revista de Direito e de Estudos Sociais», ano XXXVII (X da 2.ª série), n.º 4, Outubro-Dezembro, Lex, Lisboa, 1995, pp. 411 e segs., MANUEL CASTELO BRANCO, *A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações*, in «Revista da Ordem dos Advogados», ano 53, tomo I, Abril, Lisboa, 1993, pp. 61 e segs., FÁTIMA GOMES, *Garantia bancária autónoma à primeira solicitação*, in «Direito e Justiça», vol. III, tomo 2, 1994, pp. 119 e segs., FRANCISCO CORTEZ, *A garantia bancária autónoma – Alguns problemas*, in «Revista da Ordem dos Advogados», ano 52, tomo II, Julho, Lisboa, 1992, pp. 513 e segs., JORGE DUARTE PINHEIRO, *Garantia bancária autónoma*, in «Revista da Ordem dos Advogados», ano 52, tomo II, Julho, Lisboa, 1992, pp. 417 e segs., PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 135-137 e 284-285.

⁸ Na doutrina transfronteiriça, vide ÁNGEL CARRASCO PERERA/ENCARNA CORDERO LOBATO/MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi Editorial, Cizur Menor, 2002, pp. 337 e segs., FULVIO MASTROPAOLO, *I Contratti Autonomi di Garanzia*, 2.ª edição revista e ampliada, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995.

⁹ Já VAZ SERRA apontava a desvantagem e inconveniência dos “*incómodos, delongas e despesas da venda judicial*”. Cfr. do Autor, *Penhor*, in BMJ, n.º 58, Lisboa, Julho, 1956, p. 241.

¹⁰ Neste sentido, DIOGO MACEDO GRAÇA, *Os Contratos de Garantia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 16 e segs., JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO (coord.), *Garantias das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 143 e segs. e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros – Direito Europeu e Português*, tomo I – Parte Geral, 4.º edição, revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 217 e segs..

no extremo oposto, encontramos um credor cioso dos seus direitos e, nessa medida, cobiçoso (legitimamente) por assegurar a restituição do dinheiro emprestado¹¹.

Outro seriíssimo problema que o nosso sistema de garantias tradicional enfrenta hodiernamente é, reiteramos, a ineficiência e morosidade da sua execução. Porque garantístico, não permite, nessa medida, ao credor, perante o inadimplemento do devedor, fazer seu o bem dado em garantia, pelo que sempre que o devedor incumprir a sua obrigação, não resta ao credor senão, em ordem à satisfação do seu crédito, executar a garantia¹².

Na verdade, a lei atribui ao credor pignoratício e hipotecário o direito de se pagarem “*pelo valor*” dos bens objecto da respectiva garantia real¹³⁻¹⁴.

Esta imposição legal, reforçada pela proibição expressa da celebração de pactos comissórios¹⁵, traduz-se no necessário recurso à via judicial com todos os encargos associados¹⁶ e que veda ao credor a realização imediata (ou sequer célere¹⁷) do seu direito de crédito.

A delonga é a face visível da ineficácia do nosso sistema de (execução de) garantias que acaba por enfraquecer o direito do credor que é pago (se e quando) longo tempo após o vencimento da dívida, e que dificilmente se vê ressarcido dos largos (meses ou mesmo anos de) juros vencidos

¹¹ Sublinhando esta realidade, CÁTIA CEBOLA identifica que as “*especificidades das relações comerciais entretidas hodiernamente confluem para a constituição de garantias ligadas ao próprio bem adquirido com as quantias mutuadas. Na verdade, o incremento do crédito ao consumo conduziu a que a garantia geral, constituída pelo património do devedor, fosse paulatinamente substituída pelo próprio objecto da relação principal. Tal facto põe em evidência as insuficiências das garantias tradicionais que, na generalidade, assentam no desapossamento do devedor. Ora, [o] desapossamento é incompatível com a lógica inerente ao tráfego comercial actual, na medida em que o crédito efectuado teve como escopo a aquisição e fruição do próprio bem em causa. As limitações inerentes às garantias tradicionais e a perda de importância da garantia geral das obrigações realçam os contornos que as garantias contemporâneas terão de apresentar para responder aos desafios colocados pela realidade comercial*”. Cfr. SINDE MONTEIRO (coord.), *Garantias das Obrigações*, op. cit., p. 143.

¹² A afirmação vertida em texto há-de entender-se *cum grano salis*, considerando a existência de regimes específicos que permitem aos credores a satisfação do seu crédito sem recurso à execução da garantia, v.g. o penhor financeiro e a designada *venda em garantia*, como melhor veremos *infra*.

¹³ Cfr. artigos 666.º e 686.º do Código Civil, respectivamente.

¹⁴ A referência específica ao penhor e à hipoteca justifica-se pela importância que assumem para o nosso estudo, paralelamente a uma indiscutível relevância, porque são as garantias reais mais utilizadas na prática.

¹⁵ Artigo 694.º do Código Civil, inserido sistematicamente na disciplina legal da hipoteca e extensivo ao penhor por remissão expressa do artigo 678.º, CC.

¹⁶ Uma acção judicial implica o pagamento de custas judiciais e dos competentes honorários do mandatário judicial constituído para o efeito (*vide* Decreto-Lei n.º 126/2013, de 30 de Agosto).

¹⁷ A catalogação e as razões da morosidade das pendências judiciais é matéria que tem sido estudada e reflectida por BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS/MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES/JOÃO PEDROSO/PEDRO LOPES FERREIRA, na obra de referência *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. O Caso Português*, Edições Afrontamento, Porto, 1996, pp. 387 e segs..

Ainda sobre este tema, cfr. JOAQUIM PIRES DE LIMA, *Considerações acerca do direito de justiça em prazo razoável*, in «Revista da Ordem dos Advogados», ano 50, tomo III, Dezembro, Lisboa, 1990, pp. 689 e segs..

após a *mora debitoris vel solvendi*, quer pela insuficiência de valor do(s) bem(ns) em causa quer porque a venda judicial do objecto da garantia acontece muito tempo depois da instauração da acção executiva, e não raras vezes, por um preço que reflecte a desvalorização inerente ao tempo de espera e à depreciação do valor venal ínsita às vendas judiciais, frequentadas por potenciais adquirentes sedentos de bons negócios, por preços esmagados, aguardando que pela ausência de alternativas para credor e devedor, o *fruto caia de maduro*¹⁸.

O perigo de esvaziamento de sentido do penhor e da hipoteca é real. As vendas judiciais – vê-lo-emos melhor *infra* – não acautelam os interesses nem do devedor nem do credor, porque tramitam em processos sempre morosos, burocráticos e complexos, deste ponto de vista num ambiente opaco a que apenas alguns acedem – os frequentadores e compradores *profissionais* por *preço vil*¹⁹.

Apona-se ainda como factor de desacreditação²⁰ do sistema de garantias tradicional o elevado número de privilégios creditórios²¹, ao conferirem, *ope legis*, aos seus titulares a faculdade de, independentemente de registo, serem pagos com preferência sobre os credores que tenham a seu favor um penhor, uma hipoteca ou uma consignação de rendimentos²².

No elenco dos credores privilegiados, situam-se a Administração Fiscal, a Segurança Social e os trabalhadores, sendo que a proliferação e a dispersão legislativa na previsão dos privilégios creditórios²³ adiciona instabilidade à posição do credor que gozando embora de uma garantia

¹⁸ Neste sentido, v.g., ARMINDO RIBEIRO MENDES, «*O processo executivo e a economia*», in *Sub Iudice – Justiça e Sociedade*, n.º 2, Jan/Abr, 1992, pp. 51-62.

¹⁹ Parafrazeando 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 devedor, do credor ou de ambos*” – cfr. *A Alienação em Garantia*, in *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal – 150.º Aniversário*, Lisboa, Banco de Portugal, 1998, p. 9.

²⁰ Aqui se acompanha o pensamento de Autores como CLÁUDIA MADALENO e, de modo particular, a terminologia adoptada, reflectindo sobre os privilégios creditórios e o direito de retenção como sinais de *vulnerabilidade das garantias reais*. Cfr. da Autora *A vulnerabilidade das Garantias Reais – A hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, *passim*. Nesta obra, apesar de epigrafada e de construída em torno do direito de retenção e do arrendamento e dos constrangimentos que representam para a hipoteca, a Autora dedica um capítulo inteiro à problemática que constituem, também neste contexto, os privilégios creditórios, apresentando-os, logo na sinopse, como “*primeira manifestação da existência de situações jurídicas ocultas que obtêm prevalência de direito em face da hipoteca*”.

²¹ Diz-nos o artigo 733.º, CC que “*Privilégio creditório é a faculdade que a lei, em atenção à causa do crédito, concede a certos credores, independentemente do registo, de serem pagos com preferência a outros*”.

²² O regime dos privilégios creditórios encontra-se previsto nos artigos 733.º a 753.º, CC.

²³ Sobre a extensão e âmbito dos privilégios creditórios, consultar SALVADOR DA COSTA, *O Concurso de Credores*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 211 e segs. e MIGUEL LUCAS PIRES, em *Dos Privilégios Creditórios: Regime Jurídico e sua Influência no Concurso de Credores*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 227 e segs..

real, pode, a final, nada receber do seu crédito, por terem sido pagos, por imperativo legal, credores privilegiados, inexistindo mais património para executar.

Paralelamente às prerrogativas que a lei concede a credores definidos, permitindo-lhes *ultrapassar* os direitos de outros beneficiários de garantia real, importa outrossim abordar a figura do direito de retenção²⁴ como obstáculo à realização dos direitos do credor pignoratício e hipotecário.

É que recaindo o direito de retenção sobre coisa móvel, assistem ao seu titular os exactos direitos de outro credor a favor do qual tenha sido constituído penhor, com excepção dos casos de substituição ou reforço de garantia, como resulta do artigo 758.º do Código Civil.

Mais, o direito de retenção que incida sobre bem imóvel prevalece sobre a hipoteca, independentemente de anterioridade registo desta garantia, *ex vi* do n.º 2 do artigo 759.º do mesmo diploma.

Eis por que alguma doutrina reputa como garantia real *indirecta, oculta*, a par dos privilégios creditórios, o direito de retenção²⁵.

Assiste-se a um veraz fenómeno de multiplicação das garantias ocultas, no sentido de garantias que os demais credores desconhecem e não têm forma de conhecer antes do seu accionamento, e esta realidade gera um apreciável grau de incerteza na posição creditícia que urge *combater*²⁶.

²⁴ O regime jurídico do direito de retenção encontra-se previsto nos artigos 754.º a 761.º, CC.

²⁵ GALVÃO TELLES doutrina: “o «*ius retentionis*» configura-se como uma garantia real indirecta, na medida em que visa dar maior consistência prática ao crédito, tornando mais viável a sua cobrança. É invocável contra terceiros e a sua eficácia é a de, por forma mediata ou oblíqua, estimular psicológica e economicamente ao pagamento voluntário mas, por outro lado, representa uma «*garantia real directa*», consistente em o titular poder fazer-se pagar pela coisa retida com «preferência» sobre os restantes credores”. Consultar apud ISABEL MENÉRES DE CAMPOS, «*Duas questões sobre a efectividade prática da Hipoteca: a caducidade do arrendamento com a venda judicial e o conflito do direito do credor hipotecário com o direito de retenção*», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita, vol. I, Coimbra, 2010, p. 320.

PEDRO SAMEIRO afirma claramente que o “*regime legal instituído [de prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca] conduz, facilmente, à perversão do sistema. O construtor, para se furtar às suas obrigações para com o banco credor ou pressioná-lo à negociação, utiliza os promitentes-compradores e o seu direito de retenção. Verificada a situação de incumprimento perante o credor hipotecário, o construtor apressa-se a celebrar contratos-promessa com tradição da coisa, muitas vezes com familiares ou conhecidos, ou permitir a ocupação de apartamentos em vias de acabamento pelos promitentes-compradores, numa evidente fraude aos objectivos da lei*”. Cfr. do Autor, *O Direito de retenção e a situação do credor hipotecário*, in Revista da Banca, Lisboa, 1993, p. 90.

CLÁUDIA MADALENO, em sintonia, escreve que o próprio “*comprador que adquire o direito com um ónus, tem menos meios de recurso ao seu dispor do que o simples promitente-comprador, que ainda nem sequer adquiriu o direito na sua esfera jurídica mas pode já invocar a sua posição jurídica a fim de prevalecer sobre um credor hipotecário anterior*”, como podemos ler na obra da Autora *A vulnerabilidade das Garantias Reais*, ob. cit., p. 186.

²⁶ A voz de RIBEIRO MENDES é uma das sustentam que o sistema de garantias tradicional propicia uma “*situação caótica*”, fruto da “*proliferação de garantias reais ocultas, concedidas com magnanimidade por legislação avulsa*”, como podemos ler em «*O processo executivo e a economia*», in Sub Iudice, op. cit., pp. 51 e segs. e, em idêntico sentido, vide, entre outros, ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 15-16.

Por outro lado, no mundo do comércio jurídico, nascem cada vez mais práticas negociais que tentam contornar as restrições das garantias reais; realidade da qual o Direito não pode continuar a *alhear-se*.

Concebem-se *novas* garantias, compatíveis com os padrões do tráfego comercial moderno, com a característica comum de o credor se tornar proprietário do bem que assegura o crédito sem que o devedor (ou o terceiro garante) seja desapossado, com as claras vantagens da possibilidade de continuação de utilização da coisa e sem o importante inconveniente da *vergonha* pessoal do desapossamento que sempre advém da publicidade de uma situação de incumprimento²⁷.

E encontramos ainda construções jurídicas da autoria dos particulares para conferir maior flexibilidade às garantias reais *já existentes*²⁸, prática em que se destaca o assim designado *penhor rotativo* que se traduz na substituição do bem inicialmente empenhado sem que seja necessário (o cumprimento dos requisitos formais para) constituir um novo penhor. Afigura-se aqui uma dupla vantagem: evita-se o risco de desvalorização, com o decurso do tempo, do bem dado em penhor *ab initio*, porque pode ser substituído (e) sem que o credor pignoratício perca a preferência em relação aos demais credores, uma vez que o penhor originário se mantém formalmente o mesmo, não ocorrendo verdadeiramente a constituição de uma nova garantia²⁹. A morosidade e encargos da tramitação das acções judiciais tendentes à execução das garantias gera um crescente uso de meios extraprocessuais de venda dos bens dados em garantia. O ganho inegável de tempo poupa, ao devedor, juros de mora (devidos até efectivo e integral pagamento³⁰) e proporciona, ao credor, a realização mais célere do seu direito de crédito.

²⁷ Sendo que as dificuldades apontadas às garantias reais tradicionais permanecem quer na hipoteca mobiliária quer no penhor sem desapossamento. A hipoteca mobiliária é possível relativamente aos bens móveis sujeitos a registo. Nos casos (e apenas nesses) em que a lei expressamente o prevê, pode constituir-se um penhor sobre um bem, mantendo-se este na posse do garante. É o que acontece no penhor mercantil (artigos 397.º e seguintes, CCom) e no penhor para garantia de créditos bancários (Decreto-Lei n.º 32 032, de 22 de Maio de 1942). Para mais desenvolvimentos acerca deste tema, *vide*, entre nós, ISABEL PEREIRA MENDES, *Hipoteca mobiliária e penhor sem entrega das coisas*, Almedina, Coimbra, 1990 e, em Espanha, ÁNGEL CARRASCO PERERA/ENCARNA CORDERO LOBATO/MANUEL JESÚS MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos*, *op. cit.*, pp. 727 e segs.

²⁸ No dizer de MAURO BUSSANI, *Rapport italien*, in *Les Garanties de Financement* (Journées portugaises), *Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française*, Tome XLVII, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, Paris, 1996, p. 217: tornar as garantias reais já existentes “*mais elásticas*”.

²⁹ Para uma visão mais completa sobre a figura do penhor rotativo, *vide* MAURO BUSSANI, *Rapport italien*, *op. cit.*, pp. 219 e segs., LUCA RUGGERI, *Il pegno rotativo*, in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Parte Seconda, ano 18, n.º 6, Novembre-Dicembre, Cedam, Padova, 2002, pp. 679 e segs. e ainda MATEO RESCIGNO, *Le garanzie «rotative» convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina*, in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, Nuova Serie, vol. LIV, Gennaio-Febrario, Giuffrè Editore, Milano, 2001.

³⁰ Nos termos conjugados dos artigos 406.º, n.º 1, primeira parte e 762.º, n.º 1, CC, os contratos devem ser pontualmente cumpridos, pelo que a prestação devedora deve, nessa medida, ser realizada integralmente.

No nosso ordenamento jurídico, a execução extrajudicial de garantias é permitida unicamente no caso do penhor (e) se as partes tal houverem convencionado, como determina o n.º 1 do artigo 675.º do Código Civil, na parte final: “*Vencida a obrigação, adquire o credor o direito de se pagar pelo produto da venda executiva da coisa empenhada, podendo a venda ser feita extraprocessualmente, se as partes assim o tiverem convencionado*”³¹.

Outrossim é permitida a convenção de adjudicação directa ao credor da coisa empenhada, (desde que) por valor judicialmente determinado, nos termos do n.º 2 da mesma norma: “*É lícito aos interessados convencionar que a coisa empenhada seja adjudicada ao credor pelo valor que o tribunal fixar*”.

No caso do penhor financeiro, é mesmo possível ao credor fazer seu o objecto da garantia se o devedor incumprir. A garantia é prestada no âmbito de um contrato de garantia financeira e, portanto, o credor disponibiliza imediatamente (o) dinheiro ao devedor contra uma garantia de igual género e qualidade. O que significa que nestes contratos tão particulares, a fungibilidade dos bens emprestado e empenhado terá sido seguramente decisiva para que o nosso legislador, na transposição da directiva comunitária reguladora do regime dos acordos de garantia financeira, consagrasse³² uma excepção à proibição do pacto comissório.

A fungibilidade não terá sido a única razão desta opção legislativa, como melhor reflectiremos adiante, mas o certo é que se atribuiu ao credor financeiro o direito de fazer seu o bem dado em garantia, em frontal oposição ao comando do artigo 694.º CC que fere de nulidade qualquer estipulação convencional naquele sentido, seja anterior ou seja posterior à constituição da garantia³³. Sem embargo de os ordenamentos jurídicos mais próximos do nosso não admitirem o pacto comissório³⁴, a rigidez do quadro legal português é manifesta em matéria de execução de garantias reais e basta cruzarmos a fronteira para encontrar regime diverso, mais flexível. Em

³¹ Sublinhado nosso.

³² Podendo não fazê-lo, porque o diploma comunitário em causa, neste ponto, concedia aos Estados-Membros o direito de *opt-out*. Cfr. Directiva n.º 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho.

³³ Note-se o sublinhado de CALVÃO DA SILVA, com a afirmação segundo a qual esta é “*uma inovação relevantíssima («a apropriação» como auto-tutela satisfativa), porquanto o regime geral é o da proibição do pacto comissório no art. 694º do Código Civil, «ex vi» do art. 678º*”. Cfr. do Autor, *Banca, Bolsa e Seguros*, op. cit., p. 235.

³⁴ É assim em Itália, Espanha e também no Brasil. Cfr. ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O Contrato de Locação Financeira Restitutiva*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, pp. 102 e segs..

Na Alemanha, o pacto comissório também é proibido, mas apenas aquele que seja anterior ao vencimento do penhor. O pacto comissório celebrado após o vencimento da garantia poderá, sim, ser nulo, mas “*nos termos gerais, em especial no caso de usura*”, como ensina VAZ SERRA, na ob. cit. *Penhor*, BMJ, n. 58, p. 218.

Vide também nota 63.

Espanha, a lei prevê procedimentos especiais de execução extrajudicial para garantias reais (incluindo a hipoteca), ademais do tradicional sistema de execução judicial de garantias³⁵.

Entre nós, a (quase³⁶) inexistência da faculdade de execução extrajudicial das garantias reais produz um fenómeno crescente de desvirtuamento de certos mecanismos jurídicos lícitos que cumpre aqui também assinalar.

Concebidos para certos fins que não a realização imediata de créditos à margem dos tribunais, credor e devedor, cada vez mais, firmam negócios jurídicos fiduciários e outros negócios indirectos que operem os exactos efeitos de um pacto comissório, isto é, negócios por força dos quais, na hipótese de incumprimento do devedor, possibilitem ao credor pagar-se à custa do bem dado em garantia, por apropriação ou, pelo menos, sem necessidade de venda judicial. Destaca-se a *compra e venda com cláusula de reserva de propriedade*, pela sua ampla utilização prática, e a *alienação fiduciária em garantia*, pela atenção que a doutrina lhe dedica e pela posição destacada que ocupa em alguns ordenamentos jurídicos³⁷.

Em bom rigor, o nosso Código Civil, relativamente à compra e venda, estabelece o princípio da transferência de propriedade por mero efeito do contrato³⁸ apenas como regra supletiva.

Nessa medida, as partes podem licitamente dispor em sentido diverso, bastando apor ao contrato de compra e venda a denominada *cláusula de reserva de propriedade*. É o que resulta do n.º 1 do artigo 409.º CC ao estabelecer que “*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*”, ressalvando o n.º 2 que quando estiver em causa “*coisa imóvel, ou de coisa móvel sujeita a registo, só a cláusula constante do registo é oponível a terceiros*”³⁹.

Muito utilizada nos contratos de compra e venda a prestações, a cláusula de reserva de propriedade⁴⁰ é destarte protectora do interesse do credor em cenário de insolvência ou incumprimento do devedor-comprador, já que a lei impede o alienante de resolver um contrato

³⁵ L. FERNANDO REGLERO CAMPOS, *Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio*, in «Tratado de las garantías en la contratación mercantil», coordinación Ubaldo Nieto Carol, vol. 1 (*Garantías mobiliarias*), T. II (*Garantías reales*), Madrid, Civitas, 1996, pp. 417-484.

³⁶ Como veremos *infra*, na hipoteca inexistente mesmo a possibilidade de execução extrajudicial da garantia (artigos 686.º e seguintes, CC) e, no penhor, apenas mediante convenção poderá o credor vender extraprocessualmente ou adquirir por adjudicação o bem empenhado, como o artigo 675.º, CC determina, na segunda parte do n.º 1 e no n.º 2.

³⁷ Para mais desenvolvimentos sobre a *alienação fiduciária em garantia*, consultar, entre outros, CATARINA MONTEIRO PIRES, *Alienação em Garantia*, Almedina, Coimbra, 2010, *passim*.

³⁸ É o que nos diz o artigo 879.º, CC: “*A compra e venda tem como efeitos essenciais:*
a) *A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito*”.

³⁹ Como resulta também das regras registais (cfr. artigo 94.º, al. a) do Código do Registo Predial).

⁴⁰ *Cláusula de reserva de domínio*, nas palavras de M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 9.ª edição revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 265 e segs..

de compra e venda com fundamento na falta de pagamento do preço, tendo ocorrido *traditio*, salvo existindo convenção nesse sentido (artigo 886.º CC)⁴¹.

Já a alienação fiduciária em garantia é um instituto existente em vários ordenamentos jurídicos, com amplo relevo no Brasil, por exemplo, e que merece uma referência particular tal a proximidade com o nosso penhor e hipoteca. Comumente, assinala-se a existência de um crédito garantido por certo bem e a natureza acessória do negócio. Como nota distintiva, enquanto na alienação fiduciária em garantia ocorre a transmissão da propriedade da coisa dada em garantia, o efeito translativo inexistente, por definição, na prestação de garantias⁴²⁻⁴³⁻⁴⁴.

Por outro lado, na prática, o recurso a institutos jurídicos já existentes como instrumentos de garantia dos créditos vai para além dos negócios fiduciários e indirectos. Alguns que se situam no âmbito daqueles ou destes e outros cuja natureza doutrinariamente se discute, sendo certo que a realização material de negócios jurídicos não raramente faz (ab)uso com fins de garantia de figuras que a lei consagrou e recortou não com essa finalidade⁴⁵.

⁴¹ Para mais desenvolvimentos *vide* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A cláusula de reserva de propriedade. Algumas reflexões sobre a sua função, regime e natureza jurídica*, Coimbra, 1988 e, do mesmo autor, *A venda com reserva de propriedade em direito internacional privado*, Lisboa, 1991. Consultar também ANA MARIA PERALTA, *A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*, Coimbra, 1990.

⁴² Cfr. CLÓVIS DO COUTO E SILVA que na sua obra *A Fundamentação Jurídica do Mercado de Capitais*, Porto Alegre, 1973, pp. 26 e segs. explica que “a alienação fiduciária em garantia tem sua estrutura regrada, e o seu modelo dentro do âmbito do mercado de capitais é composto de regras cogentes, ou seja, ela não pode ser estabelecida de outra forma que não a prevista”, sendo que “a particularidade da alienação fiduciária está em que ela outorga ao credor e proprietário o dever de, não paga a dívida, alienar o bem, de regra, privadamente, tanto vale dizer, ele não se consolida no seu património. Por igual, nula seria a posição de uma «cláusula de compromisso» no contrato de alienação fiduciária, de modo semelhante ao que sucede com os direitos reais de garantia”.

⁴³ Para visão doutrinária brasileira deste importante instituto, cfr. JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, 3.ª edição, Rio de Janeiro, 1987, MARIO PAZUTTI MEZZARI, *Alienação Fiduciária – Da Lei n.º 9 514, de 20-11-1997. Doutrina, Modelos, Legislação*, São Paulo, 1998, ORLANDO GOMES, *Alienação Fiduciária em Garantia*, 4.ª edição, São Paulo, 1975, PAULO RESTIFFE NETO, *Garantia Fiduciária*, 2.ª edição, São Paulo, 1976, OSWALDO OPITZ/SÍLVIA C. B. OPITZ, *Alienação Fiduciária em Garantia*, 3.ª edição, Porto Alegre, 1978, LUÍS AUGUSTO BECK DA SILVA, *Alienação Fiduciária em Garantia*, 4.ª edição, Rio de Janeiro, 1998, PAULO EDUARDO FUCCI, *Aspectos da alienação fiduciária de coisa imóvel*, in «Revista dos Tribunais» – ano 87, n.º 753, pp. 80 e segs., Julho, 1998.

⁴⁴ Entre nós, consultar M. J. ALMEIDA COSTA, *Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria (Notas de direito comparado)*, in «Direito e Justiça», vol. I, n.º 1 – 1980, pp. 41 e segs. e DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A alienação em garantia*, in «Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal – 150.º Aniversário (1846-1996)», Lisboa, 1998.

⁴⁵ *Vide* a este propósito MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 78 e segs..

A tipificação social de negócios jurídicos de garantia de créditos é uma realidade: a procuração irrevogável⁴⁶, o depósito *escrow*⁴⁷⁻⁴⁸, a cessão de créditos em garantia⁴⁹ ou ainda a locação financeira restitutiva⁵⁰⁻⁵¹⁻⁵² são exemplos de figuras contratuais utilizadas hoje como instrumentos negociais tendentes a garantir o cumprimento das obrigações.

Creemos outrossim importante verter aqui outra realidade que se traduz na pura e simples utilização do pacto comissório, ora de forma assumida, em que credor e devedor o convencionam e honram, ora obductamente, sob a roupagem de outro tipo contratual lícito, *verbi gratia* a dação em cumprimento e a venda *a retro*.

Esta realidade tem sido ignorada pela doutrina e pelos tribunais negada mesmo, porque até perante o já aludido diploma regulador dos contratos de garantia financeira⁵³ que permite e disciplina a celebração de pactos comissórios, a jurisprudência denota uma certa relutância em *admitir* que este diploma legal valida a estipulação destes acordos⁵⁴.

⁴⁶ Para uma leitura aprofundada, cfr. PEDRO LEITÃO PAIS DE VASCONCELOS, *A Procuração Irrevogável*, Almedina, Coimbra, 2002, PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias do Cumprimento*, *op. cit.*, pp. 261-263, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 301 e segs.. Na doutrina italiana, vide SABATINO SANTANGELO, *Fiducia cum creditore; mandato irrevocabile a scopo di garanzia*, in «Fiducia, Trust, Mandato ed Agency», Giuffrè Editore, Milano, 1991, pp. 254 e segs..

⁴⁷ Sobre esta nova figura, consultar a obra de JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES, *Do Contrato de Depósito Escrow*, Almedina, Coimbra, 2007.

⁴⁸ Na literatura internacional, acerca do depósito *escrow*, cfr. ROSELLA VOIELLO, *Depositi fiduciari*, in «Fiducia, Trust, Mandato ed Agency», Giuffrè Editore, Milano, 1991, pp. 285 e segs., LODOVICO BARASSI, *Depositi fiduciari di somme o di titoli: fiducia, mandato, agency escrow*, in «Fiducia, Trust, Mandato ed Agency», Giuffrè Editore, Milano, pp. 271 e segs..

⁴⁹ Cfr. VAZ SERRA, *Cessão de créditos ou de outros direitos*, in «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», vol. XXX, Coimbra, 1954, pp. 356 e segs., CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra, 1982, pp. 227 e segs., VÍTOR NEVES, *A afectação de receitas futuras em garantia*, in «Themis», ano 1, n.º 2, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 153 e segs., ROMANO MARTINEZ/ FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, *op. cit.*, pp. 257-260, JANUÁRIO GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida...*, *op. cit.*, pp. 97 e segs.

⁵⁰ A designação originária é do direito anglo-saxónico *sale and lease-back* ou abreviadamente *lease-back* e foi introduzida no nosso vocabulário jurídico como locação financeira restitutiva por DIOGO LEITE DE CAMPOS no seu estudo *Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva («lease-back») no direito português*, in «Revista da Ordem dos Advogados», ano 42, tomo III, Setembro-Dezembro, Lisboa, 1982, p. 775.

⁵¹ Cfr. também ORLANDO GOMES/ANTUNES VARELA, *Contrato de leasing*, in «Direito Económico», Edições Saraiva, São Paulo, 1977, p. 274 e ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, *O Contrato de Locação Financeira Restitutiva*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008.

⁵² Assinalamos que ANTUNES VARELA também criou uma nova designação para o contrato de *sale and lease-back*, referindo-se-lhe como *leasing a retro* (embora também como *lease-back*).

⁵³ Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio.

⁵⁴ Vide o Ac. STJ de 7-5-2009 (relator: Hélder Roque) em www.dgsi.pt, em que se afirma que o “*penhor de conta bancária passou a ser considerado como um penhor financeiro, regulado pelo DL n.º 105/2004, de 8 de Maio, podendo ser conferido ao beneficiário da garantia o direito de disposição sobre o objecto desta, não com carácter automático,*

Do que ficou dito, sublinha-se a ineficiência do sistema de execução de garantias a reclamar uma séria reflexão sobre o âmbito e o sentido actual da proibição do pacto comissório, o que nos propomos com a dissertação ora apresentada.

2. O pacto comissório em tempo de crise do sistema de execução das garantias reais

O progresso económico, social e, por que não dizê-lo, civilizacional, é em boa medida causa da facilidade e *normalidade* hodierna da livre circulação de pessoas e bens.

Do brocardo imperial *todos os caminhos vão dar a Roma* chegou-nos uma forma de pensar o Direito de aproximação e de integração, em que todo o império romano formava uma só comunidade legislativa. A queda de Roma fez ruir também as pontes construídas entre os seus povos e deu lugar a uma nova realidade de afirmação política, social e legislativa de autonomização dos Estados.

Quanto aos ordenamentos jurídicos, o caminho seguido foi outrossim de diferenciação, apesar do tronco histórico comum. Mas, *o virar de costas* de uns países aos outros, em matéria de legislação interna, não representou necessariamente o abandono de todas as instituições jurídicas do grande berço do direito civil de inspiração continental: o Direito Romano.

Verbi gratia, o pacto comissório (e a sua proibição) resistiu a séculos e séculos de evolução económica e legislativa quase intocadamente no essencial da fórmula com que Constantino o proibiu em édito imperial⁵⁵. A maior parte dos países europeus e o Brasil vedam a celebração de tal pacto⁵⁶, herança da tradição jurídica romanista de censura das práticas usurárias e (de acolhimento) do pensamento judaico-cristão de protecção da parte (negocial) mais débil (o devedor).

Acontece que o problema da segurança do cumprimento das obrigações é milenar e particularmente visível em tempos de crise económica, como o nosso. A afectação de um determinado bem à satisfação do crédito pode revelar-se claramente insuficiente se os instrumentos jurídicos não forem aptos a proporcionar ao credor a obtenção do valor da sua garantia real em tempo útil e ao devedor a possibilidade de cumprir em condições não demasiadamente onerosas.

mas antes na sequência do clausulado pelas partes no competente contrato, em conformidade com o estipulado pelos artigos 5º, a), 9º e 10º, do aludido diploma legal. Acontecendo o não cumprimento da obrigação pelo devedor, o credor pode fazer seu o depósito bancário empenhado, no sentido de se cobrar pelo valor deste, não com base na existência de um pacto comissório, atendendo à sua manifesta nulidade (...), mas antes pela via da compensação”.

⁵⁵ Vide *infra* notas 108, 109, 110 e 111.

⁵⁶ Vejam-se os artigos 2744 do Código Civil italiano, 1859.º do Código Civil espanhol e 1428 do Código Civil brasileiro.

Trata-se, portanto, de uma questão actual e global, mas que no caso do nosso ordenamento jurídico merece especial nota pelas consequências ao nível das decisões de investimento internacional. É que todos os estudos sublinham que um dos principais critérios nas opções dos investidores a respeito dos países em que *apostam* é o desempenho do sistema de justiça: a eficácia e a previsibilidade (do sentido) das decisões dos tribunais.

Nesta matéria, o quadro legal português é ainda muito anacrónico, pese embora o toque de hodiernidade da legislação comunitária⁵⁷ e da *praxis* bancária⁵⁸. Com efeito, o nosso *numerus clausus* das garantias reais (artigo 1306.º CC) limita fortemente os mecanismos de garantia das obrigações e, por outro lado, o nosso sistema de execução das garantias reais sujeita o credor a um processo complexo e demorado de realização do seu crédito que passa quase sempre por intervenção judicial e observância de formalismos incompatíveis com as exigências de celeridade do comércio.

Assim, a *garantia ideal* (pelo menos) para o credor seria aquela que lhe permitisse fazer sua a coisa que especialmente garantiu o cumprimento da obrigação do devedor, no caso de este não pagar voluntariamente. É que as garantias pessoais apresentam uma certa debilidade resultante das variações que o património geral do garante pode sofrer. Já a garantia bancária autónoma é consabidamente muito onerosa para o devedor e de obtenção praticamente impossível, na maior parte dos empréstimos concedidos a particulares⁵⁹. As garantias reais são, portanto, e apesar de tudo, o mecanismo jurídico mais seguro que os credores encontram para se protegerem, mas, como dissemos, não configuram solução rápida de realização do crédito.

Todas estas razões tornam irresistivelmente sedutores quaisquer meios de auto-satisfação do crédito: e o pacto comissório é-o, por excelência.

E, numa visão racional-jurídica, diga-se que o pacto comissório pode ser do interesse, não só do credor, mas também do devedor, pois a aquisição automática do objecto da garantia que ele opera pode representar para o obrigado, a montante, condições menos onerosas na

⁵⁷ De que é exemplo o Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio.

⁵⁸ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 191 e segs. e 411 e segs..

⁵⁹ Na verdade, a realidade material-jurídica mostra-nos que a garantia bancária autónoma só é viável quando os negócios subjacentes envolvem avultadas quantias, isto é, se as obrigações que se garantem forem de significativo valor pecuniário, desde logo pelos custos que uma tal garantia representa para o devedor (garantido). Impraticável, portanto, para os negócios do dia-a-dia da concessão de crédito/financiamento. Por outro lado, os próprios usos comerciais e os usos bancários mostram que a prática é a da garantia do crédito com a afectação a esse fim do(s) bem(ns) adquirido pelo devedor com a quantia mutuada. Esta prática é evidente no crédito à habitação, em que a garantia *base* habitualmente prestada a favor do credor-banco é (um)a hipoteca sobre o imóvel que o devedor adquiriu, construiu ou onde realizou obras com o dinheiro emprestado por aquele, nos termos do diploma legal que rege esta modalidade de contrato de mútuo: Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de Novembro (artigo 23.º, n.º 1), na redacção actual dada pela Lei n.º 59/2012, de 9 de Novembro.

concessão do crédito e este argumento pode realmente motivar o devedor a concordar com a sua estipulação. Significa isto que o devedor pode entender, de facto, e de livre vontade, que o pacto comissório serve melhor os seus interesses de necessidade de crédito/financiamento do que só a constituição de uma garantia real, porque obtém condições mais vantajosas junto do credor, por exemplo, e/ou porque o bem objecto do pacto comissório/garantia é tão valioso como o montante do empréstimo.

Mas o artigo 694.º da nossa lei civil é claríssimo e sanciona com nulidade quaisquer acordos desta índole, pelo que na prática, o credor e o devedor muitas vezes firmam dações em cumprimento que mais não são do que pactos comissórios *a posteriori* ou pactos comissórios *prometidos*: as partes estipularam um acordo comissório que cumpriram formalmente como *datio in solutum*. E também para obviar à proibição do artigo 694.º CC, às incertezas, aos custos e às delongas da via executiva (judicial)⁶⁰, as partes usam frequentemente a autonomia privada bem engenhosamente: ora lançando mão de figuras típicas lícitas, operacionalizando-as aos efeitos prático-jurídicos do pacto comissório, ora montando esquemas negociais de articulação de vários negócios jurídicos que persigam o fim mediato (realmente pretendido) de um pacto comissório, ora criando tipos contratuais *ex novo* situados no limite da proibição do artigo 694.º CC que operem o mesmo efeito.

Enquanto o legislador não intervier *a montante*, no regime das garantias reais, subsistirá o problema da crise do sistema de execução (judicial) das garantias e será tanto mais grave quanto mais elevado (sabemos que) é o número de devedores em incumprimento, pois os particulares vão querer alternativas a um sistema judicial e a um processo executivo complexo, demasiadamente formal, moroso, caro e que não disponibiliza às partes mecanismos eficientes (para a realização integral do crédito/extinção dos vínculos obrigacionais), nos casos em que a venda dos bens acontece por valores muito abaixo do *quantum* em dívida. E estes casos, na prática, são também cada vez mais.

3. Razão do objecto do estudo: (des)necessidade de (re)ponderação da proibição do pacto comissório

Da observação da realidade material-jurídica surgiu a interrogação sobre o sentido actual da proibição do pacto comissório, talqualmente inscrita no artigo 694.º da nossa lei civil, considerando a expressa consagração legal do pacto comissório nos acordos de garantia

⁶⁰ A única legalmente admissível para executar uma hipoteca, como sublinhámos já.

financeira⁶¹, a escassez de reflexões doutrinárias ou jurisprudenciais em torno da figura e as consequências da rigidez do nosso quadro normativo das garantias reais na liberdade negocial dos sujeitos.

Com efeito, num tempo de economia aberta e tendencialmente global, os regimes que os ordenamentos jurídicos internos prevêem em matéria de segurança dos créditos são um factor muito relevante na celebração de negócios transnacionais e nós temos no regime substantivo e na regulamentação adjectiva da execução das garantias reais dois bons desincentivos à concessão de crédito/financiamento de acordo com a lei portuguesa. Porquê? Porque o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais não permite a criação de garantias reais fora do catálogo legal (*ex vi* do artigo 1306.º CC), porque o regime do penhor contém modalidades pouco eficazes de execução fora dos tribunais e porque a disciplina da hipoteca não admite sequer quaisquer meios de execução extrajudicial.

Entre nós, o pacto comissório não tem merecido grande atenção nem dos pensadores do Direito nem dos tribunais, aceitando-se unanimemente a sua proibição absoluta, sem *ousar* repensar o seu sentido, em homenagem aos princípios garantísticos do nosso regime de segurança de créditos.

Mas parece(u)-nos imerecida esta *desatenção* relativamente à *fattispecie* em causa, razão por que nos propusemos aferir qual o *estado da arte* acerca da validade dos pressupostos que determinam a proibição do pacto já desde o longínquo (ou nem tanto) Direito Romano.

Na doutrina italiana, sim, o pacto comissório é muito discutido tanto nas decisões judiciais como entre os doutrinadores, sob o prisma da *ratio* da interdição legal, a respeito dos limites da norma proscritora, em torno dos seus diversos *subtipos* (modalidades) e também a propósito de outras figuras que apesar de lícitas são *próximas* do pacto comissório, porque tendem aos mesmos efeitos jurídicos.

Quisemos acender no pensamento jurídico português o fogo dos debates transalpinos e contribuir humildemente para uma reflexão *desapaixonada* num certo sentido, ou seja, despida de (pre-) conceitos e (pre-)juízos acerca das posições dos sujeitos da relação obrigacional. Quisemos, no fundo, ao labor científico da boa herança romanista acrescentar um toque de hoje e dos desafios que a hodiernidade económica e social lança ao pensamento jurídico. Quisemos perceber se a realidade material-jurídica demanda que se reescreva a história da proibição do pacto comissório, expurgada dos (embora bons) referenciais éticos judaico-cristãos da protecção dos mais fracos, perceber se na história do pacto comissório e da sua *punição* pode o credor não ser sempre o *vilão* creditício.

⁶¹ No Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, de transposição da Directiva n.º 2002/47/CE, do Parlamento e do Conselho, de 6 de Junho.

O caminho reflexivo que percorreremos começará pela análise da génese do pacto comissório e do contexto histórico em que foi proibido. A partir deste radical, debruçar-nos-emos sobre as espécies de pacto comissório e de modo muito particular sobre o pacto marciano: desde o parecer do jurisconsulto romano que dogmaticamente lhe deu vida até ao confronto dos seus *essentialia* com os do pacto comissório, para ponderarmos se se trata de um tipo autónomo ou de um subtipo do tipo pacto comissório e a repercussão judicativo-interpretativa da resposta a que chegarmos.

Num segundo momento, tomando por referência a qualificação doutrinal do pacto marciano como válido e do pacto comissório como inválido, indagaremos das razões do legislador português para ter criado regimes tão rígidos para as garantias reais. Circunscrevendo o exame ao penhor e à hipoteca, pela importância prática, identificaremos o tronco normativo comum e as diferenças de disciplina, perguntando porquê e se fazem sentido hoje. E nos aspectos em que entendermos que não, ficará a nossa posição e a nossa proposta de alteração legislativa.

Na terceira grande etapa, lançaremos um olhar sobre figuras na prática abundantemente funcionalizadas ao escopo de garantia, a sua importância como *facilitadoras* de negócios de concessão de crédito ou financiamento, a sua *maleabilidade* para operarem efeitos jurídicos idênticos aos do pacto comissório, a razão de ser da sua licitude e da coerência sistemática da lei com a sua previsão *paredes-meias* com a proibição do pacto comissório.

Seguidamente, reflectiremos sobre o grande problema da fraude à lei, da simulação e do negócio jurídico indirecto como esquemas negociais para contornar o artigo 694.º CC.

A final, dedicaremos atenção à venda *a retro*, recuperando o pensamento de VAZ SERRA vertido nos trabalhos preparatórios da nossa lei civil de 1966 e a sua posição contrária à validade da figura. Tomaremos posição quanto aos argumentos do doutrinador, com a devida nota do uso que é dado à figura no dia-a-dia do tráfego comercial-jurídico. E reflectiremos ainda sobre o *perigo* que segundo o nosso juízo representa a dação em cumprimento, sabendo que a doutrina italiana, no que toca à protecção do devedor, vê na *datio in solutum* um desamparo legal digno de ponderação.

Em jeito de conclusão, o sublinhado das nossas soluções, teses, respostas.

CAPÍTULO I

O PACTO COMISSÓRIO

SECÇÃO I

RAÍZES DO PACTO COMISSÓRIO

1. Noção legal

O pacto comissório, à luz da própria noção apresentada pelo artigo 694.º CC, corresponde à “*convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir*”.

Da norma transcrita, ressalta que antes mesmo da definição da figura, é determinada a sua invalidade, com a estatuição de ser “*nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca*”⁶².

Com origens que remontam ao Direito Romano, o pacto comissório foi proibido ainda no tempo e por ordem de Roma, e a sua proibição resiste, até hoje, na maioria dos ordenamentos jurídicos de raiz romanista⁶³.

Entre nós, o *nomen iuris* pacto comissório surgiu somente com o Código Civil de 1966. O impedimento legal, como dissemos, vem desde o Direito Romano, mas até ao código oitocentista⁶⁴ a lei não nominava a conduta proibida; enunciava apenas o *princípio da não*

⁶² O preceito legal que proíbe o pacto comissório surge sistematicamente inserido no regime da hipoteca, mas o legislador estende a interdição ao penhor e à consignação de rendimentos por remissão expressa dos artigos 678.º e 665.º, CC (respectivamente).

⁶³ Assim, na Alemanha, o BGB (acrónimo de Bürgerliches Gesetzbuch pelo qual é conhecido o Código Civil alemão) veda expressamente o pacto comissório na hipoteca (§1149º) e no penhor (§1229º), embora apenas quando firmado após o vencimento da obrigação garantida (cfr. nota 34). Em Itália, o Código Civil proíbe a convenção no crédito hipotecário, no crédito pignoratício (artigo 1.953) e ainda na consignação de rendimentos (artigo 2.744). De igual modo, a lei civil espanhola fere de nulidade o acordo nos termos do qual o credor possa fazer seu o bem hipotecado e empenhado (artigo 1858º) bem como o objecto da consignação de rendimentos (artigo 1884.º). A lei civil brasileira, no artigo 1428º, sanciona com nulidade a convenção comissória quer na hipoteca, quer no penhor, quer na anticrese (consignação de rendimentos de bens imóveis). O Código Civil francês, apenas impede a celebração de pactos comissórios no penhor (artigo 2078.º) e na consignação de rendimentos (artigo 2088.º), e não na hipoteca.

⁶⁴ O Código Civil português actualmente vigente foi aprovado em 25 de Novembro de 1966 e entrou em vigor a 1 de Junho de 1967, revogando o nosso primeiro Código Civil, elaborado pelo visconde de Seabra (daí a designação Código de Seabra) e que vigorou desde 1867.

apropriação do objecto da garantia, descrevendo, de modo expresso, o comportamento vedado aos credores de fazerem seus os bens dados em penhor e hipoteca⁶⁵.

Na génese da expressão *pacto comissório* está a *lex commissoria* romanista. E é precisamente no Direito Romano que se situa o sentido etimológico. A formulação hoje utilizada decorre da tradução da denominação latina: o substantivo *pacto* é empregue com o significado comum e também na acepção técnico-jurídica de acordo⁶⁶; já o vocábulo *comissório* em nada se aproxima da definição que os dicionários atribuem ao adjectivo.

Traduzir *lex* por *pacto* justifica-se considerando que para os romanos o vocábulo *lex* não correspondia sempre ao sentido da tradução literal de lei enquanto norma jurídica ou conjunto de normas com carácter geral e abstracto estabelecidas por uma autoridade, segundo processo próprio privativo dos actos normativos. Ao tempo, *lex* compreendia também o sentido de *contractus* ou *pactum*, o sentido de manifestação da autonomia da vontade. O qualificativo *commissoria* crê-se provir e corresponder à referência abreviada da expressão *cadere in commissum* que significa *violar o convencionado*⁶⁷⁻⁶⁸.

A visão que o nosso Código Civil apresenta do pacto comissório situa a figura no âmbito da obrigação com prazo certo, assegurada por garantia real.

Todavia, encontramos alguns Autores que exigem ainda a presença de uma terceira nota essencial para a qualificação de um acordo como pacto comissório: a inclusão da convenção como cláusula de um contrato de garantia⁶⁹. Não podemos subscrever tal visão.

⁶⁵ No Código de Seabra, estabelecia o artigo 864.º que “o credor não pode ficar com o objecto do penhor, em pagamento da dívida, sem avaliação, ou por avaliação por ele feita” e quanto à hipoteca, o artigo 903.º previa que “o credor não pode, na falta de pagamento, apropriar-se do prédio hipotecado, excepto arrematando-o em praça ou sendo-lhe adjudicado; mas esta arrematação ou adjudicação far-se-á sempre, seja qual for o valor do prédio e o da dívida assegurada por hipoteca, salvo se o credor consentir em outra coisa”.

⁶⁶ Cfr. ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 3.ª edição, revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 711 e 26-27.

⁶⁷ É o que entende a maioria da doutrina como podemos ler em DOMINGO IRURZUN GOICOA, *La clausula resolutoria y el pacto comisorio*, in «Estudios de Derecho Privado», tomo II, bajo la direccion de Antonio de la E. Martínez-Radio, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, VINCENZO LOJACONO, *Il Patto Commissorio nei Contratti di Garanzia*, Giuffrè Editore, Milano, 1952 e ARNALDO BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, in «Studi in Onore di Emilio Betti», vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 1962, p. 576.

⁶⁸ Em sentido diverso, RAMON DURÁN RIVACOBÁ, na sua obra *La Propiedad en Garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1998, p. 17 defende que o vocábulo *comissório* provem de *co-mittere*, traduzido como “enviar, cometer, encomendar, confiscar”.

⁶⁹ É o caso de ISABEL ANDRADE DE MATOS que afirma que “é essencial que as partes tenham inserido nesse contrato de garantia, seja «ab initio», seja posteriormente, um pacto por força do qual se transfira do devedor para o credor a propriedade do bem dado em garantia se, no momento do vencimento da obrigação principal, o devedor não a cumprir”. Cfr. em *O Pacto Comissório...*, op. cit., p. 26.

Em termos estruturais, defendemos que o pacto comissório traduz um acordo condicional que opera a transferência de propriedade de certo bem, dependente do não cumprimento. Nesta medida, o pacto comissório configura veraz negócio sob condição suspensiva: se o devedor incumprir a sua obrigação, a (propriedade da) coisa dada em garantia transmite-se, *sic et simpliciter*, para o credor.

Mas em termos formais, sustentamos que o pacto comissório tanto pode configurar uma cláusula do contrato de garantia como pode ser firmado como declaração negocial autónoma⁷⁰. O que significa que a convenção de ingresso automático do objecto de uma garantia real na esfera patrimonial do credor seu beneficiário não carecerá, portanto, de inclusão no clausulado do contrato de garantia para configurar um pacto comissório.

E a condição suspensiva não tem necessariamente de se reportar à obrigação principal. Dito de outro modo, estar-se-á perante um pacto comissório ainda e sempre que credor e autor da garantia acordarem que o bem que garante o cumprimento da obrigação do devedor passará automaticamente a ser propriedade do titular do direito de crédito na hipótese de o devedor incumprir, *ipso facto*, qualquer que seja a obrigação convencional (e) que venha a ser incumprida. Essencial, sim, é que seja uma obrigação que impende sobre o devedor e que este incumpra. Para a qualificação de um pacto como comissório é irrelevante que a condição suspensiva (a que as partes sujeitam o ingresso imediato do objecto da garantia no património do credor) se reporte ao inadimplemento da obrigação principal ou de (outra) obrigação acessória a que o devedor esteja adstrito⁷¹. Decisivo, sublinhamos, é que seja o devedor o obrigado à realização da prestação incumprida.

2. Significado etimológico

No estudo de uma figura jurídica, importa conhecer o exacto significado dos vocábulos empregues na sua designação.

No caso do *pacto comissório*, o sentido unívoco do termo pacto com o significado de acordo não oferece dúvidas, mas o adjectivo que o qualifica é de difícilima definição, porque o seu *nomen iuris* resiste desde o Direito Romano, mas não encontra hoje expressão nem na linguagem comum nem na terminologia técnico-jurídica.

⁷⁰ Ao contrário, ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório...*, *op. cit.*, p. 26.

⁷¹ Também aqui não subscrevemos a visão de ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório...*, *op. cit.*, p. 26.

Assim, a verdadeira acepção da denominação *pacto comissório* só pode ser descortinada pelo próprio Direito Romano.

O pacto comissório representa uma herança da figura romanista da *lex commissoria*.

A palavra *lex*, ao tempo, nem sempre era utilizada, como vimos, com o sentido de *lei* enquanto norma jurídica geral e abstracta emanada de uma autoridade, mas de igual modo como *contractus* ou *pactum*, isto é, como manifestação da liberdade contratual dos sujeitos, como claramente se afigura no caso da *lex commissoria*.

A expressão *commissoria* oferece maiores dificuldades, mesmo no simples exercício de tradução, parecendo corresponder, dissemo-lo já, à fórmula abreviada de *cadere in commissum* que significa violar o acordado entre as partes⁷², embora haja Autores que entendem derivar de *co-mittere* que se pode transpor como cometer, encomendar ou confiscar⁷³.

3. Função e importância prática

A *lex commissoria* romanista desempenhava duas funções perfeitamente dissemelhantes, dependendo da circunstância de ser convencionada no âmbito de um contrato sinalagmático ou em sede de contrato de garantia real.

Nos contratos sinalagmáticos, a *lex commissoria* correspondia a uma cláusula de resolução expressa ou tácita, em face do incumprimento da contraparte. Nesta funcionalidade resolutiva, a *lex commissoria* foi recebida na nossa lei civil no n.º 2 do artigo 801.º, comumente designada por *condição resolutiva tácita*⁷⁴⁻⁷⁵, e que corresponde à faculdade que assiste a uma das partes

⁷² Neste sentido, como dissemos na nota 67, consultar VINCENZO LOJACONO, *Il Patto Commissorio nei Contratti di Garanzia*, Giuffrè Editore, Milano, 1952, pp. 2 e 3, ARNALDO BISCARDI, *La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali*, in «Studi in Onore de Emilio Betti», vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 1962, p. 576 e DOMINGO IRURZUN GOICOA, *La clausula resolutoria y el pacto comisorio*, in «Estudios de Derecho Privado», tomo II, bajo la dirección de Antonio de la E. Martínez-Radio, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965, p. 2.

⁷³ Vide RAMON DURÁN RIVACOBA, *op. cit.* na nota 68.

⁷⁴ Sublinhe-se que CUNHA GONÇALVES, por exemplo, ainda se refere a este sentido da *lex commissoria* como “cláusula rescisória ou «pactum commissorium» do direito romano”, como se lê na sua obra *Da Compra e Venda no Direito Comercial Português*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1925, p. 361 e *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. VIII, Coimbra Editora, Coimbra, 1929-1944, p. 400.

⁷⁵ Na verdade, como ficou dito em texto, este sentido da *lex commissoria* inserta num contrato bilateral teve acolhimento no n.º 2 do artigo 801.º do nosso Código Civil como faculdade de resolução que assiste a qualquer das partes num contrato bilateral, uma vez verificado o inadimplemento da contraparte. Das duas funcionalidades que a *lex commissoria* podia assumir no Direito Romano, esta também chegou até nós e ficou tradicionalmente designada por *condição resolutiva tácita*, sendo certo que como salienta INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, em sede legal de resolução contratual por incumprimento da contraparte, não é rigoroso o emprego da expressão

de resolver o contrato, ante o incumprimento definitivo da outra. Dispõe a norma citada que “*Tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro*”⁷⁶.

A *lex commissoria*, cláusula acessória de um contrato de garantia real, desempenhava a função de atribuir ao credor o direito de apropriação da coisa oferecida em garantia se o devedor não cumprisse a obrigação que sobre ele impendia.

Com efeito, a *lex commissoria* romanista associada a uma garantia real configurava a faculdade de o credor, falhando o devedor o pagamento da dívida no termo do prazo contratualmente fixado, fazer sua a *res* móvel ou imóvel dada em *pignus* ou *hypotheca*, de modo imediato e automático.

Este, sim, corresponde ao sentido com que hodiernamente a nossa lei civil trata a figura do pacto comissório, proibindo-o nos termos do artigo 694.º, a respeito da hipoteca e, por remissão expressa, também se prevê e veda em sede de penhor (artigo 678.º) e de consignação de rendimentos (artigo 665.º).

Nesta acepção, sim, estamos perante a transmissão de um bem para o credor, sob condição suspensiva, se o devedor não cumprir a prestação devida, *ipso facto*.

Na prática, os efeitos a que tende o pacto comissório afiguram-se de extrema importância para o credor, porque representa um significativo reforço quer da garantia geral, constituída pela totalidade do património do devedor (artigo 601.º CC) quer da garantia real, por força da qual determinado bem fica especialmente destinado à segurança da realização do crédito (artigos 656.º, n.º 1, 666.º, n.º 1 e 686.º, n.º 1, CC).

condição resolutive tácita por dois motivos: não é segundo o mecanismo específico da condição resolutive que opera a resolução por inadimplemento e ainda porque não corresponde exactamente a uma vontade tácita um efeito que, de facto, se encontra previsto e regulado na lei. É que a faculdade de resolver um contrato bilateral motivada pela falta de cumprimento não equivale a uma condição resolutive que por definição e utilizando as palavras do Autor “*determina a resolução automática ou caducidade do contrato*”. Quanto ao segundo argumento, entende o doutrinador que “*é artificial a uma «vontade tácita» o que representa aplicação de uma regra legal inspirada no equilíbrio de interesses dos contraentes*”. Conferir INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª edição (revista e actualizada), Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 458-459.

Exactamente porque a *condição resolutive tácita* não é uma condição em sentido técnico, uma parte da doutrina recondu-la à categoria das denominadas *condições impróprias*.

Neste sentido, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 443, CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.ª edição actualizada, 5.ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, p. 556 e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, refundido e actualizado, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 262 e 263.

⁷⁶ Não confundível com a *condição resolutive tácita* (artigo 801.º, n.º 2, CC) é o instituto da *excepção de não cumprimento do contrato* consagrado nos artigos 428.º a 431.º, CC.

O pacto comissório representa um reforço da garantia do crédito, pois atribui ao credor o direito de se apropriar do objecto da garantia, se o devedor não cumprir a sua obrigação, de modo imediato e automático. Este mecanismo fortalece e aumenta a expectativa de realização do crédito, uma vez que torna desnecessário o recurso à execução judicial, podendo o credor, imediatamente após a falta do devedor com a prestação que lhe é devida, tomar para si o bem que *apenas* garantia o seu crédito.

Para além da predita vantagem da prescindibilidade das vias judiciais ou extraprocessuais legalmente previstas para a execução da garantia, o credor tem ainda a seu favor o facto de inexistir procedimento avaliativo do bem.

Finalmente, assinala-se também que com um pacto comissório, o credor se posiciona perfeitamente a coberto dos (legítimos) interesses e direitos dos demais credores do devedor com quem celebrou o pacto – quer dos que se encontrassem em situação de igualdade (segundo o princípio *par conditio creditorum*) quer dos que porventura pudessem ter garantia real prioritária à sua (desde logo, por exemplo, de acordo com a regra *prior in tempore potior in iure*).

4. Evolução histórica

4.1 O pacto comissório no Direito Romano

As raízes da figura que hoje se designa por pacto comissório situam-se no Direito Romano, então sob a denominação de *lex commissoria*.

Ao tempo, correspondia a uma figura com uma funcionalidade dupla, em função do contrato no qual este *pactum* era aposto, como sublinhámos já.

Assim, incluída no contrato de compra e venda, a *lex commissoria* conferia ao alienante o direito de resolução contratual se o comprador faltasse o pagamento do preço⁷⁷. Na altura, era um dos *pacta adiecta* mais populares no tráfego jurídico-comercial.

No sentido com que modernamente a nossa lei civil se lhe refere (artigo 694.º CC), a *lex commissoria* era uma cláusula acessória das três garantias reais que o Direito Romano conheceu: a *fiducia*, o *pignus* e a *hypotheca*⁷⁸.

⁷⁷ A propósito da função de *condição resolutiva tácita* da *lex commissoria*, vide MAX KASER, *Das Römische Privatrecht*, München, C.H. Beck, 1992, tradução para língua portuguesa por SAMUEL RODRIGUES e FERDINAND HÄMMERLE, *Direito Privado Romano*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1999, p. 248.

⁷⁸ Por força da “*tipicidade de que se revestiram*”, afirma VIEIRA CURA, destaca-se a existência e criação, no Direito Romano, das três garantias reais mencionadas em texto: a *fiducia (cum creditore)*, o *pignus (datum)* e a

Na *fiducia*, a *lex commissoria* atribuía ao credor a faculdade de conservar no seu património a *res* que lhe havia sido dada em garantia, se o devedor não efectuasse o pagamento em tempo, podendo, por essa via, realizar o seu crédito⁷⁹.

No *pignus* e na *hypotheca*, a função da *lex commissoria* coincidia no direito em que intitulava o credor: o direito de tomar definitivamente para si a *res* dada em penhor ou hipotecada, uma vez que o devedor incumprisse a sua *obligatio*, pagando-se o credor desta forma.

Daqui resulta que desde o início, o pacto comissório, a *lex commissoria*, correspondia a uma convenção por força da qual o credor passava de beneficiário de uma garantia a proprietário do objecto sobre o qual recaía o direito real, imediata e automaticamente após a falta de cumprimento da obrigação por parte do devedor, dentro do tempo aprazado⁸⁰.

Embora não seja absolutamente consensual, a maior parte dos Autores de referência apontam a *fiducia* como tendo sido a primeira garantia real romanista: melhor dizendo, a *fiducia cum creditore (contracta)*⁸¹.

A fidúcia não tem correspondência directa nas garantias reais do direito civil português. Os vestígios das notas essenciais desta figura chegaram aos nossos dias, não enquanto direito real de garantia, mas sim como categoria de negócio jurídico: os chamados *negócios fiduciários*⁸². A seguir à *fiducia*, terá surgido o *pignus*, cujo regime podemos considerar corresponder, nos seus traços gerais, ao actual penhor⁸³.

E a *hypotheca* terá sido a última das três garantias reais romanistas a ser criada e representa a inspiração da hodierna garantia homónima, apesar de, quando surgiu, a *hypotheca* ter sido designada por *pignus conventum*, como forma de a distinguir do *pignus*, então nominado *pignus datum*.

A *fiducia cum creditore* nasceu fruto do crescimento económico, comercial e do progresso industrial a que os romanos assistiam. A intensidade das trocas comerciais gerou a necessidade de uma *verdadeira* garantia, para permitir o encontro entre os interesses dos devedores (com o aumento dos empréstimos e dos próprios pagamentos a prazo, usuais no exercício

hypotheca (ou *pignus conventum*). Cfr. ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA CURA, «*Fiducia cum creditore (aspectos gerais)*», in BFDUC, sep., Suplemento do vol. XXXIV, Coimbra, 1990, pp. 101 e 147 e segs..

⁷⁹ Como ensina ANTÓNIO SANTOS JUSTO, na sua obra *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)*, Coimbra, 1988, p. 8.

⁸⁰ Veja-se a explicação de SANTOS JUSTO, em *Direito Privado Romano III (Direitos Reais)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 214.

⁸¹ A respeito da polémica do nascimento da primeira garantia real no Direito Romano, e defendendo que foi a *fiducia*, consultar VIEIRA CURA, na sua ob. cit. *Fiducia cum creditore*, pp. 150-151.

⁸² Para uma visão profunda desta categoria negocial, consultar a obra recente de ANDRÉ FIGUEIREDO, *O Negócio Fiduciário Perante Terceiros*, Almedina, Coimbra, 2014.

⁸³ Nas palavras impressivas de SANTOS JUSTO, “*as traves-mestras do penhor constituem uma imitação do «pignus» romano*”. Cfr. ob. cit. do Autor, *As Garantias Reais das Obrigações*, p. 18.

do comércio) e das expectativas dos credores (exigindo *segurança* para a satisfação do seu crédito)⁸⁴.

Até então, apenas existia a *fiducia cum amico* que não constituía, *proprio sensu*, um direito de real de garantia, mas sim um negócio de confiança pessoal, em cujos termos uma pessoa encarregava outra de administrar ou alienar um determinado bem⁸⁵. Pelo que apesar de ambas as figuras terem convivido no sistema jurídico romano, só a *fiducia cum creditore* correspondia a uma *fiducia* funcionalizada como garantia do crédito⁸⁶⁻⁸⁷.

A *fiducia cum creditore* romanista encontra-se até hoje envolta num certo mistério, em virtude da dificuldade de compreensão de algumas das suas características e da visão estanque com que ao longo da História foram analisados os textos (em latim) que a ela se referem⁸⁸.

Um importante ponto de partida para a sua análise é o ensinamento de SEBASTIÃO CRUZ: “na «*fiducia*» verifica-se uma «*datio*» da coisa a favor do credor, propriedade que deverá cessar, logo que se efectue o cumprimento da obrigação”⁸⁹. Destarte, este mecanismo sintetiza a essência da *fiducia* com escopo de garantia, sendo que explica o mesmo Autor, ao tempo, a *datio* não significava forçosamente o acto simbólico da *traditio*, clarificando: “a coisa, embora propriedade do credor, podia continuar em poder do fiduciante (*intercedente*)”. Contudo, e precisamente porque a *res* podia manter-se na posse do fiduciante, a *datio* sem *traditio* representava um enorme risco para o credor, na medida em que “o fiduciante podia recuperar a propriedade pela «*usureceptio ex fiducia*», desde que possuísse a coisa durante um ano, mesmo que ela fosse imóvel («*res mancipi*»)", acrescenta o Mestre. Para obstar a esta verdadeira prescrição aquisitiva, o credor dispunha de duas alternativas, como ensina o insigne jusromanista: “efectuava-se também a «*traditio*» ou frisava-se que [o fiduciante] possuía a coisa a título precário ou como arrendatário”. Com esta especificidade, “consequia-se uma espécie de «*fiducia*», segura, sem transferir a coisa para o credor”.

Parafraseando ainda o Professor, a *fiducia*, na modalidade *cum creditore*, era “como que uma «*fiducia-hypothecaria*»”, uma vez que constituía também a forma de inabilitar o fiduciante “«*precarista*» ou «*detentor arrendatário*» para possuir como proprietário”⁹⁰⁻⁹¹⁻⁹².

⁸⁴ Cf. A. VIEIRA CURA, *Fiducia cum creditore*, op. cit., pp. 153 e segs..

⁸⁵ Para mais desenvolvimentos, vide A. VIEIRA CURA, *Fiducia cum creditore*, ob. cit., pp. 34 e segs..

⁸⁶ Para uma clara distinção entre a *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditore*, consultar BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia y Pacto de Retro en Garantía*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 16.

⁸⁷ Sobre a função de garantia que os interesses económicos reclamavam do Direito Romano, vide A. SANTOS JUSTO, *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)*, op. cit., p. 4.

⁸⁸ Sem prejuízo do importante estudo que lançou uma nova luz sobre a figura de VIEIRA CURA, já citado (identificação completa da obra na nota 78), *Fiducia cum creditore*...

⁸⁹ Cf. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum)*. I. Introdução. Fontes, 4.^a edição, Coimbra, 1984, p. 243.

⁹⁰ Cf. citações e exposição global sobre a *fiducia cum creditore* em SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum)*, op. cit., p. 243.

Desta descrição sumaríssima das notas essenciais da *fiducia cum creditore*, ressalta o seu pendor francamente vantajoso para o credor. Corresponhia a uma garantia que corporizava não apenas um reforço do crédito, mas a quase certeza jurídica de o credor vir a realizá-lo, se não pelo pagamento voluntário por parte do devedor, pelo menos pela permanência definitiva na sua esfera jurídica, a título de propriedade, do bem que lhe havia sido transmitido a título de garantia. É que com a transmissão da propriedade da *res* do devedor para o credor, desde o início da relação creditícia, este último conseguia uma segurança para o seu direito de crédito totalmente a salvo dos interesses e direitos dos demais credores daquele devedor. Ao que acrescia a possibilidade de recurso à acção de reivindicação contra quem, por exemplo, se apossasse da *res*⁹³.

Todavia, e apesar de a *fiducia* corresponder às necessidades das relações comerciais e aos interesses garantísticos, acabou por ser abandonada na prática, muito em resultado do declínio dos negócios solenes por meio dos quais a *fiducia* se constituía e operava os seus efeitos, isto é, o desuso da *fiducia* resulta da descontinuidade negocial das formas solenes de transmissão da propriedade: a *mancipatio* e a *in iure cessio*⁹⁴.

Esta circunstância revela o grau de permeabilidade do Direito Romano às solicitações da realidade material, da *praxis negotii*. Todo o substrato cultural-jurídico e o próprio edifício jurídico iam sendo construídos sob o mote do que hoje designamos por *tipos sociais*.

Relativamente à *fiducia*, tendo os seus mecanismos operativos caído em desuso, esta garantia acabou por desaparecer, na medida inversa em que nasceram outras garantias pessoais e reais que a *praxis* social do dia-a-dia e das relações comerciais foi adoptando, exigindo e impondo ao Direito⁹⁵.

⁹¹ Do mesmo modo, explica CABRAL DE MONCADA a figura da *fiducia cum creditore*, afirmando-a “uma verdadeira forma de propriedade sujeita a uma condição resolutiva” e acrescenta em relação à sua funcionalidade e mecanismo operativo que “consistia na transferência para as mãos do credor, em propriedade, de uma «*res mancipi*» por meio da «*mancipatio*», mas acompanhada de um pacto ou cláusula de revertibilidade («*lex fiduciae*»), pela qual o credor se obrigava a restituir a propriedade da coisa logo que a dívida fosse paga pelo devedor”. Cfr. CABRAL DE MONCADA, *Elementos de Direito Romano (Fontes e Instituições)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1923, pp. 85-86.

⁹² Para uma leitura mais desenvolvida sobre a figura da *fiducia* do Direito Romano, vide também A. SANTOS JUSTO, *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)*, ob. cit., pp. 1 a 11; A «*Fictio Iuris*» no Direito Romano («*Actio Ficticia*»). *Época Clássica, I, Etimologia, Natureza, Tipologia, Factores Determinantes e Figuras Afins (nos Expedientes do Pretor, no Comércio Jurídico e na Jurisprudência)*, Separata do vol. XXXII do Suplemento do «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», Coimbra, 1988, pp. 453-466 e MAX KASER, *Das Römische Privatrecht...*, op. cit., pp. 180 e segs..

⁹³ Para mais desenvolvimentos sobre as vantagens e inconvenientes para credor e devedor, vide A. VIEIRA CURA, *Fiducia cum creditore*, ob. cit., pp. 153 a 155.

⁹⁴ Cfr. A. SANTOS JUSTO, *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)*, ob. cit., p. 9.

⁹⁵ VIEIRA CURA, em *Fiducia cum creditore*, ob. cit., p. 101, refere claramente que a produção jurídica romana “era orientada pela preocupação de encontrar soluções adequadas às necessidades concretas da realidade social”.

Socorro-nos mais uma vez da eloquência de SEBASTIÃO CRUZ para descrever o fenómeno do *nascimento e morte da fiducia cum creditore*, na sua explicação de que foi, segundo uma linha cronológica, “*um instituto originado na época arcaica; largamente aplicado na época clássica; diminui na época post-clássica; [e que] desaparece na época justinianeia*”⁹⁶.

O abandono da *fiducia cum creditore* foi inversamente proporcional ao recrudescimento do *pignus*: garantia real francamente distinta da *fiducia* e mais favorável aos interesses do devedor, não implicando transmissão da propriedade do objecto para o credor, mas a simples posse. Este efeito jurídico, porém, circunscrevia o *pignus* às coisas susceptíveis de posse⁹⁷. Mais, nem a posse adquirida por esta via nem o direito do beneficiário de um *pignus* eram qualificados como direitos reais. Razão por que ao credor pignoratício apenas assistia a faculdade de utilizar os meios de defesa próprios dos possuidores. Vale isto por dizer que ao credor pignoratício, para proteger o seu direito de crédito, o edifício jurídico romano oferecia apenas os *interditos possessórios* e as acções de tutela da *possessio civilis*.

Ora, desta clamorosa desvantagem e insegurança do *pignus* para o credor resultou a necessidade de ele robustecer a garantia do seu direito de crédito, tendo começado a proliferar, na *praxis negotii*, o recurso a dois pactos acessórios do *pignus*.

Em sequência, rapidamente passou a ser usual a aposição, no contrato de prestação de penhor, do *pactum de distrahendo*⁹⁸, acordo por força do qual o credor, se o devedor não pagasse em tempo, poderia vender a coisa dada em *pignus* e satisfazer o seu crédito com o respectivo preço e uma outra convenção em cujos termos, se o devedor não cumprisse a sua obrigação dentro do prazo estipulado, poderia o credor apropriar-se da *res* sobre a qual recaía o penhor: o *pactum comissorium*⁹⁹.

Aliás, passou a considerar-se o *pactum de vendendo*¹⁰⁰ como fazendo parte dos direitos decorrentes do próprio *pignus*. Enraizou-se de tal modo na celebração do contrato de penhor como cláusula de estilo a faculdade de o credor pignoratício vender a *res* empenhada e de

⁹⁶ Cf. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum)*..., *op. cit.*, p. 243 – nota 291. Mais ensinando o Professor que à *fiducia cum creditore* sucederam institutos como o depósito e o comodato.

⁹⁷ Como aponta VIEIRA CURA em *Fiducia cum creditore*, *ob. cit.*, pp. 157-160, onde o Autor confronta os benefícios e inconvenientes do *pignus* e da *fiducia* para credor e devedor.

⁹⁸ Também denominado *pactum de vendendo*.

⁹⁹ É o que CABRAL DE MONCADA ensina nos seus *Elementos de Direito Romano (Fontes e Instituições)*, *ob. cit.*, p. 187 – nota 1, quando descreve “*o costume de recorrer no acto constitutivo do penhor a certos pactos ou convenções entre as partes, pelas quais se estatua, ou que a coisa penhorada passasse a ser propriedade do credor; se o devedor não cumpria dentro do devido prazo (pactum comissorium), ou que o credor ficaria tendo o direito de a vender e se satisfazer sobre o preço ao cabo desse prazo (pactum de distrahendo)*”.

¹⁰⁰ Ou *pactum de distrahendo*.

realizar o seu crédito com o produto da venda se o devedor não cumprisse pontualmente a sua obrigação que foi elevada à categoria de (um dos) *essentialia* do penhor¹⁰¹.

Porém, o passo seguinte de qualificação do direito do credor pignoratício sobre o objecto do *pignus* como direito real sobre a coisa, a *pignoratícia in rem actio utilis*, ocorreu só com a extensão da *actio Serviana* que conferiu a todos os credores beneficiários do penhor a possibilidade de recuperarem a posse da *res* empenhada.

Cronologicamente, a *hypotheca* foi a última das garantias reais do Direito Romano a ser criada. Outrossim chamada *pignus conventum*, por distinção do *pignus* propriamente dito, também denominado *pignus datum*, este tipo de garantia nasceu da atribuição da tutela do Pretor a um acordo que começou a difundir-se nos contratos de arrendamento de quintas (*fundos*) celebrados com agricultores, em cujos termos estes devedores davam em garantia do pagamento da renda os animais e alfaias agrícolas, mas para que pudessem continuar a usar estes instrumentos de trabalho – e assim conseguir rendimentos para pagar a renda –, convencionavam com os senhorios que perderiam a posse dos objectos da garantia que prestaram somente quando (e se) ocorresse a falta de pagamento.

Neste contexto, sublinhamos dois aspectos importantíssimos: por um lado, este grupo de pessoas eram pobres ao ponto de frequentemente não disporem sequer do direito de propriedade ou posse sobre os animais ou as alfaias para poderem oferecê-los em garantia real e, em segundo lugar, em termos sociais, eram cidadãos pouco influentes e sem conhecimentos junto de alguém com capacidade para prestar uma garantia pessoal¹⁰².

A *hypotheca* correspondia a uma garantia de “*especial afectação da coisa, móvel ou imóvel, ao cumprimento da obrigação*”¹⁰³. E a transferência da propriedade e posse distinguiu-a das outras garantias reais romanistas.

¹⁰¹ Para mais desenvolvimentos sobre o *pactum de distrahendo* ou *de vendendo*, consultar CABRAL DE MONCADA, *Elementos de Direito Romano (Fontes e Instituições)*, ob. cit., p. 187 (nota 1) e MAX KASER, *Das Römische Privatrecht...*, op. cit., p. 189.

¹⁰² É este enquadramento social que VIEIRA CURA nos descreve para explicar o surgimento da *hypotheca* ou *pignus conventum*: “O locador e o locatário acordavam frequentemente, em que os instrumentos e animais levados para o «fundus» por este último («invecta et illata») garantiriam o pagamento da renda («merces») devida ao primeiro; não poderiam, por isso, ser retirados do «fundus». Essas coisas não passavam, no entanto, para a posse do credor (senhorio), porquanto sem elas o arrendatário ver-se-ia impossibilitado de desenvolver a atividade produtiva, que constituía o seu «modus vivendi» – tanto mais que deveria tratar-se de agricultores pobres, pois nem sequer dispunham de bens cuja posse ou propriedade pudesse ser transferida em garantia (nem de conhecimentos, nos grupos economicamente mais dotados, que lhes permitissem oferecer garantias pessoais); o sentido desse convénio não deveria ser senão o de que o senhorio poderia tomar posse daquelas coisas em momento ulterior, mais exactamente, se e quando a renda não fosse paga. Os «invecta et illata» eram, assim, na expressão de GAIUS (IV, 147), «res quas colonus pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset». Foi esse acordo que, uma vez dotado de protecção Pretória, veio a configurar um «pignus conventum»”. Cfr. A. VIEIRA CURA, *Fiducia Cum Creditore*, ob. cit., pp. 165-166.

¹⁰³ Cfr. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum)...*, op. cit., p. 244.

Relativamente à *fiducia*, operava o ingresso da propriedade da *res* dada em garantia na esfera do credor, efeito jurídico que inexistia na *hypotheca*.

Quanto à transmissão da posse, enquanto no *pignus (datum)* ocorria por mero efeito do contrato de constituição da garantia, ou seja, era imediata, na *hypotheca* (no *pignus conventum*), a *res* dada em garantia só entrava na posse do credor no momento em que (e se) o devedor incumprisse¹⁰⁴.

Daqui resulta, noutra perspectiva, que a transmissão da propriedade ou da posse do objecto da garantia para o credor, ante o inadimplemento da obrigação do devedor, era prática habitual e efeito jurídico-convencional que o Direito Romano previa e admitia.

Na *fiducia (cum creditore)*, a transferência da propriedade do objecto da garantia para o credor ocorria por efeito da celebração do contrato, consolidando-se em definitivo se o devedor incumprisse. Inversamente, se a prestação devida fosse tempestivamente realizada, a transmissão resolvia-se, regressando o bem à esfera jurídica do devedor.

Na *hypotheca*, o credor adquiria imediata e automaticamente a posse do objecto da garantia perante o incumprimento por parte do devedor.

E se a *fiducia cum creditore* entrou em declínio e acabou mesmo por desaparecer, já o *pactum comissorium*, que corresponde exactamente ao pacto comissório que hoje a maioria dos Direitos modernos proíbe, vigorou longamente no período do direito quiritário e também durante todo o período clássico¹⁰⁵.

Significa isto que durante vários séculos, por força da licitude do *pactum de vendendo* e do próprio *pactum comissorium* que credor e devedor podiam incluir no contrato de constituição do *pignus*, sempre que o devedor não cumprisse a sua obrigação, podia o credor pignoratício (respectivamente) vender a coisa empenhada e pagar-se pelo preço obtido ou tomar para si o objecto do *pignus* e realizar o seu crédito com a apropriação, bastando, para tal, que tivessem sido convencionados os referidos pactos.

O *pactum de vendendo* ou *de distrahendo* chegou aos nossos dias, e, aliás, bebendo daquela ideia de que faria até parte da essência do *pignus*, na verdade, nos Direitos modernos constitui, de facto, a essência do sistema de execução quer do penhor quer da hipoteca, embora segundo as regras e modalidades que a lei prevê.

¹⁰⁴ ULPIANUS proclama exactamente esta diferença entre a *hypotheca* e o *pignus*, em D. 13. 7. 9. 2, nos seguintes termos: “*Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem*”.

¹⁰⁵ Consultar SEBASTIÃO CRUZ sobre a temática da divisão do Direito Romano em épocas e períodos, em *Direito Romano (Ius Romanum)...*, op. cit., pp. 39 e segs. e 82 e segs..

Por outras palavras, a faculdade de vender o objecto da garantia, em caso de incumprimento voluntário da obrigação por parte do devedor, traduz o próprio conteúdo dos direitos reais de garantia do credor pignoratício e hipotecário.

Todavia, a regra, hoje, é a da venda judicial, permitindo a lei somente a venda *particular* em certos casos indicados taxativamente, como adiante melhor se abordará.

O *pactum commissorium* acabou por entrar em declínio e por ser mesmo proibido ainda no Direito Romano, por Constantino, num édito do ano (aproximadamente) 320 d.C.¹⁰⁶.

A influência social da cultura judaico-cristã ditou o abandono da prática de estipulação do *pactum commissorium* e a sua proibição foi outrossim o resultado deste choque do quadro axiológico do cristianismo com a ética mercantilista do povo romano. Como poderia o cristianismo e a sua filosofia de vida impregnada pelo sentido do próximo e de entronização dos mais fracos aceitar a *lex commissoria*, por força da qual os favorecidos e plutocratas (credores) se aproveitavam da fraqueza dos necessitados (devedores) tomando-lhes os bens por causa de uma dívida que não terão conseguido honrar¹⁰⁷? O incómodo social em torno da *lex commissoria* levou ao seu desuso e o imperador Constantino veio, no fundo, oficializar com força de lei um juízo de censura que há muito a sociedade dirigia a tal *pactum*¹⁰⁸.

O édito considerou o *pactum commissorium* demasiadamente oneroso para o devedor, sobretudo porque, não raramente, na prática, o bem dado em garantia apresentava um valor muito mais alto do que o *quantum debeatur* e que propiciava, por essa razão, a prática da usura.

Apointa-se que cerca do ano 320 d. C., Constantino ordenou a publicação da lei que proibiu definitivamente o *pactum commissorium* no âmbito do penhor, com a seguinte formulação: “*De pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindentia*”¹⁰⁹⁻¹⁰⁹⁻¹¹⁰.

¹⁰⁶ Vide notas 110 e 111.

¹⁰⁷ IRURZUN GOICOA, na sua análise sobre as raízes do pacto comissório, salienta o papel decisivo da ideologia cristã no desenvolvimento social e jurídico do povo romano e sublinha que este referencial axiológico acabou por ditar a proibição da *lex commissoria* que constituía uma das mais importantes figuras jurídicas do período quiritário. Cfr. na ob. cit. do Autor *La causula resolutoria y el pacto comisorio*, p. 34, em que afirma que a “*influência do cristianismo na evolução das ideias sociais e jurídicas do povo romano (...) está hoje fora de dúvida. E neste sentido, a proibição do pacto comissório, cuja licitude era um dos princípios mais firmes do Direito quiritário, pode considerar-se modelo e exemplo genuíno da dita influência*” (tradução nossa).

¹⁰⁸ IRURZUN GOICOA sublinha o carácter meramente confirmatório do édito de Constantino perante a realidade social de abandono e repulsa ética pelo *pactum commissorium*, dizendo que “*Constantino não fez mais do que reconhecer oficialmente e sancionar por via legal o que já era produto da nova consciência religiosa e moral, já amadurecida na alma do povo romano. A sua proibição só se compreende enquadrada pelo marco espiritual e religioso que desde o século II vinha transformando a essência do mundo romano, e importa entender que as novas ideias já tinham proibido «de facto» o pacto comissório como convenção contrária à boa fé e aos bons costumes*” (tradução nossa da citação do texto de IRURZUN GOICOA na sua op. cit. *La causula resolutoria y el pacto comisorio*, p. 33).

¹⁰⁹ MAX KASER explica também o ambiente de práticas usurárias que o édito de Constantino veio sancionar, descrevendo que “*pela escassez de crédito na época pots-clássica acumulam-se os abusos por exploração*

No ano 438 d.C., o Código de Teodósio acolheu também o teor do édito de Constantino, mantendo, portanto, a proibição do *pactum commissorium*, num contexto social cada vez mais imerso nos valores cristãos¹¹².

Apesar de a raiz histórica da decadência e impedimento legal do pacto comissório se situar no quadro social de conversão do império romano ao cristianismo, Carlos Magno estendeu aos cidadãos laicos a interdição da *lex commissoria*¹¹³.

Mais, a proibição foi recebida intocadamente no Digesto de Justiniano¹¹⁴.

No Digesto, a *lex commissoria* é designada por *pignorum*, distinguindo-se, assim, claramente do *pactum* aposto ao contrato de compra e venda que, apesar de homónimo, traduz uma

usurária, havendo credores que aceitam coisas cujo valor ultrapassa de longe o montante do crédito como penhores que caducam, para enriquecerem com a coisa penhorada, caso o devedor não possa pagar. Uma lei de Constantino de 320 d.C. proibiu por isso o pacto comissório («lex commissoria», uma «lex contractus» = cláusula contratual) que Justiniano manteve”. Citação retirada de MAX KASER, *Das Römische Privatrecht...*, op. cit., p. 187.

¹¹⁰ Em texto, indica-se o ano 320 d.C. como data aproximada, porque os Autores não coincidem na indicação do ano 320 da era cristã como a data exacta em que terá sido promulgado o édito do imperador Constantino proibindo o *pactum commissorium*.

O ano 320 d.C. é apontado por VINCENZO LOJACONO, em *Il Patto Commissorio nei Contratti di Garanzia*, ob. cit., p. 9.

O ano 324 d.C. é a data indicada por MASSIMO BIANCA, em *Patto commissorio*, in «Novissimo Digesto Italiano», XII, UTET, Torino, 1976, p. 712 e FRANCO ANELLI, em *L’Alienazione in Funzione di Garanzia*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, p. 19 (nota 15).

O ano 326 d.C. é o ano referido por SANTOS JUSTO, na sua ob. cit. *Direito Privado Romano III (Direitos Reais)*, p. 214 e VIEIRA CURA, *Fiducia cum creditore*, op. cit., p. 252 bem como por RODRÍGUEZ-ROSADO, na sua ob. cit. *Fiducia y Pacto de Retro en Garantía*, p. 24 e CLAUDIO SCHWARZENBERG, em *Pegno (Diritto Intermedio)*, in «Novissimo Digesto Italiano», XII, UTET, Torino, 1976, p. 770.

¹¹¹ ISABEL ANDRADE DE MATOS, na sua obra *O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, Coimbra, 2006, traduz o édito de Constantino nos seguintes termos: “O Imperador Constantino Augusto ao povo. Como entre outras disposições capciosas avulta sobretudo a rigidez da lei comissória dos penhores, parece bem invalidá-la e apagar para o futuro toda a sua memória. Se portanto alguém se vê a braços com um contrato deste género, pode agora respirar com esta disposição, que afasta as disposições do passado juntamente com as do presente e proíbe as do futuro. Assim mandamos que os credores, uma vez perdida a coisa, recuperem o que deram. Dia segundo antes das Calendas de Fevereiro. Sárdica, no consulado de Constantino Augusto, pela VII vez, e de Constâncio C.” (Cfr. ob. cit. da Autora p. 38)

¹¹² Teodósio foi o imperador que declarou o cristianismo como religião oficial do império romano. Cfr. IRURZUN GOICOA, *La clausula resolutoria y el pacto comisorio*, op. cit., p. 34.

¹¹³ Cfr. FELIÚ REY, *La Prohibicion del Pacto Comisorio y la Opcion en Garantia*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, pp. 36-37.

¹¹⁴ O *Digesto* corresponde à designação atribuída a uma das partes do *Corpus Iuris Civilis*. O *Corpus Iuris Civilis* constitui uma importantíssima compilação das fontes de Direito Romano, mandada recolher pelo imperador Justiniano. O *Digesto* reúne os fragmentos retirados das obras dos mais importantes juriconsultos romanos clássicos. Para mais desenvolvimentos, cfr. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano I*, op. cit., pp. 92 e segs..

funcionalidade totalmente distinta, como vimos já, porque corresponde a uma cláusula próxima da *condição resolutiva tácita* – que o Digesto também já regulava e permitia (no Livro 18.º, ao longo de todo o título terceiro)¹¹⁵.

Contudo, ao tempo da vigência do Direito Romano, o *pignus* era o *nomen iuris* da garantia real que englobasse o acto de *traditio* para o credor da *res* empenhada: daí a designação *pignus datum*, como sabemos.

Sem embargo, a designação *pignus* era outrossim utilizada por referência ao próprio acordo de *hypotheca* que por constituir uma garantia real sem *traditio rei* era chamada *pignus conventum*, afastando-se, nessa medida, do *pignus datum*.

Porque o Digesto proibiu o *pactum commissorium* referindo-se-lhe como *pignorum*, a interdição acabou por considerar-se extensiva não apenas ao *pignus*, mas também à *hypotheca*, ou seja, ao *pignus conventum* e ao *pignus datum*, no fundo, a todas as garantias reais romanistas, pois, nesta altura, a *fiducia* já tinha caído em desuso, como vimos.

Sem prejuízo da proibição do *pactum commissorium*, o Digesto reconhecia ao credor a faculdade de, verificado o inadimplemento, realizar o crédito ficando com a *res* oferecida em garantia, desde que pelo seu valor real. Foi esta prerrogativa consagrada expressamente no Digesto (D. 20, 1, 16, 9 e D. 20, 5, 12) que os doutrinadores baptizaram *pacto marciano*¹¹⁶⁻¹¹⁷ e a que dedicaremos reflexão autónoma *infra*, por cotejo desta figura com o *pacto comissório*¹¹⁸.

4.2 O pacto comissório no Direito Intermédio

4.2.1 Período do Direito Comum

Vimos sumarissimamente como toda a vida do pacto comissório, desde o nascimento até à morte (proibição) acontece em pleno Direito Romano. E a desagregação do Império Romano do Ocidente em nada alterou a interdição do pacto comissório na parte oriental do Império, mesmo com as invasões bárbaras, permanecendo consignada no *Corpus Iuris Civilis*¹¹⁹.

¹¹⁵ Para uma leitura desenvolvida acerca do *Corpus Iuris Civilis*, consultar os ensinamentos de SEBASTIÃO CRUZ em *Direito Romano (Ius Romanum) I, op. cit.*, pp. 451 e segs..

¹¹⁶ A designação *pacto marciano* deve-se à circunstância de o seu teor constar de uma consulta dirigida a MARCIANO – um dos sete jurisconsultos clássicos – e que foi incluída no *Corpus Iuris Civilis*, no Digesto 20, 1, 16, 9.

¹¹⁷ Para mais desenvolvimentos sobre o jurisconsulto clássico MARCIANO e sobre a origem do pacto marciano, vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum) I, op. cit.*, p. 458.

¹¹⁸ Cfr. capítulo II.

¹¹⁹ Cfr. SEBASTIÃO CRUZ em *Direito Romano (Ius Romanum) I, op. cit.*, pp. 451 e segs..

Na Idade Média, prolongou-se a censura do pacto comissório a ocidente, embora houvesse povos bárbaros que admitiam os pactos comissórios associados ao penhor, como, por exemplo, os lombardos¹²⁰. A proibição do pacto comissório é apontada por Autores de referência como manifestação da influência dos glosadores e comentadores, em particular a partir do século XII, na *proclamação do Corpus Iuris Civilis*¹²¹.

Os historiadores do Direito assinalam mesmo o renascimento do próprio Direito Romano no período medievo, em virtude deste papel decisivo de divulgação do elemento mais importante e simbólico do edifício jurídico romano: o *Corpus Iuris Civilis*¹²².

À resistência da proibição do pacto comissório na Europa da Idade das Trevas não foi alheio o contributo, uma vez mais¹²³, do cunho religioso católico e, em Portugal, assinala-se a importância das Partidas de Afonso X – as famosas Sete Partidas¹²⁴ que compõem o corpo normativo do reinado de Afonso X, originário do reino de Castela, com o propósito de uniformizar as leis em todo o Reino e que vigorou até ao século XIX¹²⁵.

A Europa medieval ficou profundamente marcada pela Inquisição, pelo poder e influência da Igreja Católica e os seus dogmas e as leis civis não ficaram imunes a este domínio – e o mesmo se diga do nosso país¹²⁶.

¹²⁰ A este respeito, e para uma leitura mais desenvolvida sobre o tema, vide VINCENZO LOJACONO, na sua ob. cit. *Il Patto Commissorio nei Contratti di Garanzia*, p. 15 e CLAUDIO SCHWARZENBERG, em *Pegno (Diritto Intermedio)*, op. cit., p. 770.

¹²¹ Para uma leitura vasta sobre a influência da Escola dos Glosadores e dos Comentadores no ressurgimento do Direito Romano, vide M. J. ALMEIDA COSTA, *Romanismo e Bartolismo no direito português*, in «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», vol. XXXVI, Coimbra, 1960, pp. 16 e segs., NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Bártolo na História do Direito Português*, in «Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa», vol. XII, Lisboa, 1958, pp. 177 e segs. e MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Bártolo e Bartolismo na História do Direito Português*, in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 304, Lisboa, Março de 1981, pp. 13 e segs..

¹²² Para mais desenvolvimentos sobre o fenómeno do renascimento do Direito Romano na época medieval, consultar M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, reimpressão da 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 205 e segs. e NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, vol. I – *Fontes de Direito*, 3.ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2000, pp. 181 e segs..

¹²³ Dizemos *uma vez mais*, porque, como dito *supra* em texto, a proibição do pacto comissório do Direito Romano ficou a dever-se ao abandono da sua prática por se entender contrária aos ideais cristãos que vinham conquistando e convertendo o Império Romano (vide nota 107).

¹²⁴ A designação corrente de *Sete Partidas* deriva da circunstância de este corpo legislativo se encontrar dividido em sete partes ou livros (*partidas*), começando cada uma delas com uma letra do nome do rei Afonso X (*Alfonso*, em castelhano, língua do texto originário), compondo o respectivo acróstico A-L-F-O-N-S-O.

¹²⁵ Para uma leitura profunda, consultar M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, op. cit., pp. 264 e segs., MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português*, vol. I – *Fontes. Direito Público (1140-1495)*, 2.ª edição, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1985, pp. 341 e segs., GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, Separata da «Revista Portuguesa de História», tomo XIV, «Homenagem ao Prof. Paulo Merêa», Coimbra, 1975, pp. 200 e segs..

¹²⁶ Cf. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES que explica como “*O ambiente moral da época era adverso à especulação*” – citação retirada da obra do Autor *Manual de Direito das Obrigações*, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1957, p. 69.

A proibição do pacto comissório atravessa intacta toda a Idade Média, mantendo-se como expressão da repulsa do catolicismo em relação à usura – um pouco por todo o continente europeu, a ocidente de Roma¹²⁷.

A interdição legal e a reprovação moral do pacto comissório evidenciam que a convenção continuava a ser vista como potenciadora de condutas exploratórias da fraqueza e deficiência económica dos devedores.

Os argumentos do sancionamento dos negócios usurários repetiam-se na exposição de motivos da proibição do pacto comissório.

A Igreja Católica, aliás, chega mesmo a proibir oficialmente a celebração de pactos comissórios, em 1198, por decisão do Papa Inocêncio III, sob a epígrafe “*Significante R. Cive pisano*”¹²⁸⁻¹²⁹. O édito de Constantino valida e legitima a Igreja de Roma a condenar e perseguir práticas usurárias ao longo de toda a Idade das Trevas¹³⁰.

Em pleno século XVI, o Papa Pio V condena, *expressis verbis*, através da promulgação de bula da sua própria iniciativa, o pacto comissório, por censo consignativo¹³¹⁻¹³², declarando os devedores estipulantes do pacto exonerados do respectivo cumprimento, ainda que tivessem assumido a sua obrigação sob juramento, em resultado da sua ineficácia absoluta.

¹²⁷ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES desenvolve a questão da animosidade religiosa perante a usura e lança um olhar sobre tal influência no nosso país, em *Manual de Direito das Obrigações, op. cit.*, pp. 69 e segs..

¹²⁸ Esta decisão papal é citada por MASSIMO BIANCA, na sua ob. cit. *Patto commissorio*, p. 713.

¹²⁹ ISABEL ANDRADE DE MATOS traduz-nos esta decisão do Papa Inocêncio III, proferida a pedido de um cidadão de Pisa, nos seguintes termos: “*Como o pacto da lei comissória é ilegal nos penhores, e o referido R., quanto dele dependeu, pagou o débito que jurara, quando entregou o dinheiro, no tempo determinado, por meio daquele que esperava fosse mensageiro certo e fiel, mas, enquanto esteve detido por ordem imperial, não pôde satisfazer ao credor; mandamos, se a questão é assim, que o referido credor não só fique satisfeito com a sua sorte, mas também entregue, sem qualquer dilação, aquela casa e o jardim ao referido R., não obstante tal pacto ou juramento*”. Cfr. citação e texto originário em latim em ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório...*, ob. cit., pp. 41 e 42.

¹³⁰ Para maior aprofundamento desta temática, vide FELIÚ REY, *La Prohibicion del Pacto Comisorio y la Opcion en Garantia, op. cit.*, p. 41.

¹³¹ Sobre a noção, raízes e percurso da figura do *censo consignativo* no quadro legal português, consultar M. J. ALMEIDA COSTA, *Raízes do Censo Consignativo para a História do Crédito Medieval Português*, Atlântida, Coimbra, 1961. ANA PRATA, no seu *Dicionário Jurídico, op. cit.*, pp. 192-193, explica que o censo era uma antiga modalidade de contrato, em vigor ao tempo do Código de Seabra, e que o actual Código Civil passou a considerar enfiteútico e que entretanto extinguiu, como resulta dos artigos 1518.º a 1520.º CC. A Autora mais expõe que o censo podia ser reservativo ou consignativo. Nos termos de um censo consignativo, “*uma das partes entrega à outra uma quantia em dinheiro, obrigando-se esta a pagar à contraparte uma pensão anual em dinheiro ou géneros, sendo esta obrigação consignada nalguns imóveis*”. No censo reservativo, “*uma das partes transmitia à outra um imóvel, ficando esta com a obrigação de pagar à contraparte uma pensão anual e perpétua em dinheiro ou géneros*”.

¹³² Para uma leitura completa sobre o regime do censo consignativo no Código de Seabra e o seu confronto com o censo reservativo e a enfiteuse, consultar ANTUNES VARELA, *Noções Fundamentais de Direito Civil, Lições do Prof. Dr. Pires de Lima ao curso do 1.º ano jurídico de 1944-45*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1945, pp. 89-90.

As Partidas de Afonso X – fundamentalmente depois da tradução para a língua portuguesa em meados do século XIV – muito influenciaram a nossa ordenação legislativa e acabaram por sedimentar ainda mais entre nós a proibição absoluta dos acordos comissórios¹³³⁻¹³⁴.

4.2.2 Período das Ordenações

D. João I foi o monarca que pela primeira vez acedeu ao repetido apelo das Cortes no sentido de proceder à codificação das fontes de Direito dispersas, por entender que da dispersão das normas legais em vigor resultava um sentimento de insegurança e incerteza jurídicas que era necessário inverter.

Para tanto, o rei De Boa Memória encarregou o seu corregedor João Mendes de iniciar a hercúlea tarefa codificadora de todas as leis vigentes em Portugal. O monarca e o corregedor morreram antes da conclusão dos trabalhos.

A *missão* viria a ser retomada pelo seu filho. O Eloquentes incumbiu o Doutor Rui Fernandes do seu prosseguimento, mas também não foi em vida de D. Duarte que os trabalhos de codificação terminaram.

No trono, seguiu-se o infante D. Pedro. Deu seguimento ao movimento iniciado por D. João I, apesar de ter assumido a regência apenas até à maioridade do príncipe herdeiro D. Afonso V.

Em 1446/1447¹³⁵ concluiu-se o trabalho de codificação das leis avulsas em Portugal com as denominadas Ordenações Afonsinas. Este diploma codificador operou uma tarefa de compilação

¹³³ As Partidas proibiam o pacto comissório na Lei 41, do Título V, da Partida V.

A Lei 12, do Título XIII, da Partida V proibía o pacto comissório, mas (segundo a melhor tradição jurídica romanista) admitia o pacto marciano.

As Leis 41 e 42, do Título XIII, da Partida V admitiam que o credor pignoratício procedesse à venda da coisa empenhada, mas através de leilão público.

¹³⁴ Para mais desenvolvimentos sobre a aplicação das Partidas em Portugal, consultar M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, ob. cit., pp. 264-265 e também MARCELLO CAETANO, *História do Direito Português*, vol. I – *Fontes. Direito Público (1140-1495)*, ob. cit., pp. 341 e segs..

¹³⁵ A data da conclusão das Ordenações é um tanto incerta e a sua divulgação junto da população foi muito lenta, como nos relata MARCELLO CAETANO, em *História do Direito Português*, vol. I – *Fontes. Direito Público (1140-1495)*, ob. cit., pp. 553-555, afirmando que “o conhecimento da compilação difundiu-se (...) com grandes vagares”.

ALMEIDA COSTA corrobora a ideia e avança uma explicação para o facto: “ainda não se utilizava a imprensa, pelo que levaria considerável tempo a tirarem-se cópias manuscritas, laboriosas e dispendiosas, necessárias à difusão do texto das Ordenações em todo o país”, como podemos ler na sua ob. cit. *História do Direito Português*, pp. 274 e 275.

Contudo, relativamente à demora na divulgação do texto das Ordenações junto da população em geral, ESPINOSA GOMES DA SILVA afirma que “não se deve exagerar”, desenvolvendo a sua impressão de que a delonga não terá sido tão significativa, porque “logo nas Cortes de Santarém, reunidas em 1451, queixavam-se os povos de que os

e actualização das normas dispersamente vigentes no nosso país, sem romper totalmente com elas; pelo contrário, as fontes de Direito pretéritas foram, em grande parte, acolhidas nas Ordenações.

Exemplo de continuidade da tradição legislativa é a passagem para as Ordenações Afonsinas da proibição do pacto comissório nos precisos termos vigentes até então.

A interdição deste pacto foi transposta para o novo diploma, no Título XXXVIII, do Livro IV, sob a epígrafe “*Dos que empenham seus bens com tal condição, que não pagando a certo dia, fique o penhor arrematado pela dívida ao Credor*”¹³⁶.

Nas Ordenações, mantiveram-se os mesmos contornos da censura do pacto comissório da legislação anterior, determinando-se “*contra Direito*” a condição à qual fosse subordinado um contrato de penhor, em cujos termos “*não pagando a certo dia, que fique o dito penhor arrematado ao credor pela dívida*”¹³⁷ e, como tal, ainda que se estipulasse uma cláusula daquele teor, reputava-se de “*nenhum valor*”.

O fundamento apontado para a proibição era a clássica necessidade de tutela legal do devedor, querendo a lei colocá-lo a coberto da sua própria fraqueza, sustentando-se que existia, na prática, uma certa “*ligeireza*” dos devedores carecidos de recursos, notando-se que “*outorgam qualquer coisa que lhes é requerida*” em troca do empréstimo que pretendem.

Com tal justificação, determinam as Ordenações que cláusula nos termos da qual “*fosse arrematado ao credor pelo preço, que por ele fosse estimado*” não é válida “*em algum tempo jamais*”.

As Ordenações mantiveram, assim, intacta a tradição do Direito Romano relativa à sanção do pacto comissório. Todavia, permitia-se que o credor ficasse com o objecto do penhor “*pelo justo preço*”, desde que houvesse convenção das partes nesse sentido e que a avaliação fosse realizada por “*dois homens ajuramentados, e escolhidos pelas partes, a saber, por cada uma seu*”.

O que significa que as Ordenações, a exemplo do Direito Romano, apesar da proibição do pacto comissório, sempre consideraram lícito o chamado *pacto marciano*.

juízes devem ser obrigados a guardar as Ordenações e a abandonar as leis antigas, por elas revogadas”, avança o Autor na sua ob. cit. *História do Direito Português*, vol. I, *Fontes de Direito*, p. 272 – nota 3.

¹³⁶ Transcrição nossa para português moderno do original “*Dos que apenham seus bens com tal condição, que não pagando a certo dia, fique o penhor rematado pela dívida ao Credor*” – cfr. *apud* ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório...*, ob. cit., p. 45.

¹³⁷ Transcrição nossa para português moderno do original “*nom pagando a certo dia, que fique o penhor rematado ao credor por a dívida*” – cfr. *apud* ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório...*, ob. cit., pp. 45-46.

Nas Ordenações Manuelinas não houve mudanças no tocante à proibição do pacto comissório – que se manteve (agora) no Título XXVI do Livro IV.

E de igual modo, as Ordenações Filipinas mantiveram inalterado o desvalor jurídico associado a tal acordo, transpondo-o para o Título LVI do Livro IV.

A doutrina de então também sublinhava a importância da censura que a lei dirigia ao pacto comissório, apoiada nos fundamentos à luz dos quais desde o Direito Romano se condenavam os acordos comissórios.

4.3 O pacto comissório no Código de Seabra

O fulgor do liberalismo, causa e consequência da nova realidade social e económica e de novas panorâmicas filosóficas e políticas, deu à luz vários códigos legislativos por toda a Europa¹³⁸.

Animado movimento de aglutinação normativa das áreas mais relevantes do Direito que começou logo no início do século XIX com a aprovação do Código Civil francês (1804)¹³⁹ e que chegou a Portugal, um pouco mais tarde, em 18 de Setembro de 1833, com a publicação do Código Comercial¹⁴⁰, prolongando-se até 1867 com a aprovação do primeiro Código Civil¹⁴¹, também ele fortemente influenciado pelo *Code Civile*¹⁴².

Apesar das novas ideias e ideais políticos liberais, o certo é que o Código Civil português de 1867 manteve intocada a romanista proibição da *lex commissoria*, vertida e mantida de igual modo nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, como vimos *supra*.

Seguindo o exemplo das demais leis civis europeias codificadas no século XIX (os códigos civis espanhol, italiano, francês e alemão), o artigo 864.º do Código de Seabra proibia o credor

¹³⁸ Ensina ALMEIDA COSTA na sua *História do Direito Português*, ob. cit., pp. 418 e segs. que se assistiu no século XIX à “*elaboração de amplos corpos legislativos unitários, obedecendo a uma orgânica mais ou menos científica e que condensavam, autonomamente, as normas relativas aos ramos básicos do direito*”.

¹³⁹ Comumente denominado *Code Napoléon*.

¹⁴⁰ O Código Comercial de 1833, ainda hoje em vigor entre nós, conhecido como *Código Ferreira Borges*, teve como seu principal autor José Ferreira Borges (1786-1838), ilustre jurista, economista e político português que entre outros cargos desempenhou as funções de membro da Junta Provisional do Governo Supremo do Reino de 1820, juiz do Tribunal de Comércio de Lisboa e deputado às Cortes Constituintes de 1821. O insigne advogado português foi ainda autor de obras sobre economia e finanças, das quais se destaca *Instituições de economia política* (1834), *Instituições de direito cambial* (1844) e *Do Banco de Lisboa* (1827).

¹⁴¹ O nosso primeiro Código Civil deve-se ao visconde Seabra, razão por que este diploma é ainda hoje conhecido como *Código de Seabra*. Para uma reflexão longa e cuidada sobre o Código Civil português de 1867 vide M. J. ALMEIDA COSTA, *História do Direito Português*, op. cit., pp. 432 e segs. e NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, vol. I, *Fontes de Direito*, op. cit., pp. 422 e segs..

¹⁴² A respeito da influência do Código Civil francês no nosso Código Civil de Seabra cfr. NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *História do Direito Português*, vol. I, op. cit., pp. 434 e segs. e GUILHERME BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, ob. cit., pp. 309 e segs..

pignoratício de, verificado o não cumprimento do devedor, fazer seu o bem empenhado¹⁴³ e o artigo 903.º impedia a apropriação do imóvel hipotecado pelo credor garantido¹⁴⁴.

Ao tempo, a doutrina entendia que a proibição do pacto comissório era a protecção de que o devedor carecia para obstar ao enriquecimento do credor à sua custa, uma vez que a realidade mostrava que os bens dados em garantia habitualmente tinham valor muito superior à dívida¹⁴⁵⁻¹⁴⁶. Mais proibia a nossa lei civil de então o modelo negocial de venda *a retro*, exactamente com os mesmos fundamentos¹⁴⁷⁻¹⁴⁸⁻¹⁴⁹.

¹⁴³ Determinava o artigo 864.º do Código de Seabra que “*O credor não pode ficar com o objecto do penhor, em pagamento da dívida, sem avaliação, ou por avaliação por elle feita; mas podem as partes convencionar, que a venda se faça extrajudicialmente, ou que o credor fique com a cousa empenhada pela avaliação, que fizeram louvados nomeados de comum acordo*”(cfr. texto original digitalizado disponível no sítio da Biblioteca Nacional Digital da Biblioteca Nacional de Portugal em www.purl.pt).

¹⁴⁴ Era o seguinte o texto do artigo 903.º do Código Civil português de 1867: “*O credor não póde, na falta de pagamento, apropriar-se do prédio hypothecado, excepto arrematando-o em praça ou sendo-lhe adjudicado; mas esta arrematação ou adjudicação far-se-ha sempre, seja qual for o valor do prédio e o da dívida assegurada por hypotheca, salvo se o credor consentir em outra cousa*”. (Cfr. texto original digitalizado disponível no sítio da Biblioteca Nacional Digital da Biblioteca Nacional de Portugal em www.purl.pt).

¹⁴⁵ DIAS FERREIRA, no seu *Código Civil Portuguez Annotado* (vol. II, 2.ª edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1895, p. 135), sustenta que o *estado de necessidade* do devedor poderia facilmente levá-lo a não ponderar a disparidade entre o montante de que precisa e o valor do bem que empenha, explicando que “*Não é permitido ao credor apropriar-se do penhor para seu pagamento vencida a obrigação, já porque o contracto lhe não transferiu a propriedade, já porque o devedor, apertado pela necessidade, e pela esperança de se exonerar, poderia importar-se pouco com a diferença entre a garantia e a dívida, e dar em penhor objecto muito valioso por divida de pequena importância, e o credor usurário ficar, na falta de pagamento, com penhores de valor muito mais considerável do que os seus créditos*”.

¹⁴⁶ É coincidente a posição de GUILHERME MOREIRA que podemos ler em *Instituições do Direito Civil Português*, vol. II, *Das Obrigações*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1925, p. 336, afirmando o Autor que “*A fim de obstar a que o credor se locuplete por meio do penhor, auferindo interesses superiores ao crédito que ele garante, com prejuízo do devedor e dos outros credores, o que facilmente poderá suceder, visto que, atentas as circunstâncias em que se encontra o devedor que contrai dívidas nessas condições e a esperança, que tem, de resgatar o penhor, o valor da cousa dada em penhor é ordinariamente muito superior ao da dívida, proibe a lei que, não sendo efectuado pelo devedor o pagamento no prazo devido, o credor possa dispor do penhor, apropriando-se deste sem avaliação ou pela avaliação por elle feita, ou alienando-o sem as formalidades prescritas na lei, ou fixadas previamente ao contrato (artigo 864.º)*”. No mesmo sentido, cfr. JOSÉ TAVARES, no seu escrito *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, vol. I, *Primeira Parte – Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1930, p. 537.

¹⁴⁷ O artigo 1587.º do nosso Código Civil de 1867 proibia a venda *a retro*, com a formulação nos termos da qual “*Fica prohibido para o futuro o contrato de venda a retro*”.

¹⁴⁸ Na verdade, o legislador civil português do século XIX entendeu que o risco de utilização da (cláusula de) venda *a retro* como instrumento usurário era significativo e, nessa medida, o Código de Seabra proibiu a venda *a retro*, ferindo-a de nulidade.

¹⁴⁹ PESTANA DE VASCONCELOS corrobora esta visão, esclarecendo que “*a venda «a retro» não era admitida no Código de Seabra, por se entender que conduzia à usura*”. (Cfr. reflexão do Autor sobre esta figura em *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*, A.4 (2007), pp. 223-264 – citação extraída da p. 231).

4.4 O pacto comissório nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966

Herança do Direito Romano, como vimos, a *lex commissoria* sobreviveu até hoje como figura de destaque no universo do Direito das Obrigações, permanecendo inalterada a proibição decretada por édito do imperador Constantino¹⁵⁰: nas Ordenações¹⁵¹, no Código de Seabra¹⁵² e no Código Civil actualmente vigente no nosso ordenamento jurídico, pelo que será importante percorrer os trabalhos preparatórios deste diploma para compreender as razões por que resistiu a proibição do pacto comissório ao longo de tantos séculos e apesar das profundas mudanças sociais, culturais, económicas, políticas, ideológicas e legislativas.

À Comissão de Reforma do Código Civil de 1867 presidiu o ilustríssimo Professor de Direito ADRIANO VAZ SERRA. E os estudos publicados resultantes da sua colaboração na preparação do Código Civil de 1966 representam para nós um marco doutrinário pelo brilhantismo do seu pensamento e da sua obra¹⁵³.

Os trabalhos preparatórios do actual Código Civil português constituem, aliás, a fonte mais próxima da legislação civil hodierna e, no que ao pacto comissório respeita, ali se encontra uma das reflexões mais completas e profundas da doutrina portuguesa sobre esta figura, a um tempo, tão relevante na prática comercial-jurídica e tão esquecida e *maltratada* pelos pensadores¹⁵⁴ e aplicadores do Direito.

Nos preditos trabalhos, VAZ SERRA debruça-se sobre os *essentialia* do pacto comissório e as razões por que a lei o repeliu, ao longo de tantos séculos, em reflexão a propósito do penhor¹⁵⁵ e da hipoteca¹⁵⁶.

Desde logo, em sede do penhor de coisas, defendia e propunha a nulidade do pacto comissório quer com efeitos reais quer com efeitos meramente obrigacionais, sugerindo uma formulação

¹⁵⁰ Vide notas 110 e 111.

¹⁵¹ Como aludimos *supra* (cfr. notas 135, 136 e 137).

¹⁵² Como vimos já (e podemos ler no texto das normas do código civil oitocentista transcrito nas notas 143 e 144).

¹⁵³ Cfr. VAZ SERRA, *A revisão geral do Código Civil (Alguns factos e comentários)*, in BFDUC, vol. XXII, 1946, pp. 451-513 e também notas 155 e 156.

¹⁵⁴ A figura do pacto comissório é abordada pela doutrina a propósito do nosso sistema de garantias ou de uma das garantias reais, mas não, julgamos, com a profundidade e visão de conjunto e narrativa reflexiva que o tema merece. Um dos relevantes estudos encontrados na doutrina nacional acerca do pacto comissório é a ob. cit. da autoria de ISABEL ANDRADE DE MATOS *O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*.

¹⁵⁵ Vide VAZ SERRA, *Penhor – Penhor de coisas*, in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 58, ob. cit. e *Penhor*, in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 59, Lisboa, Outubro de 1956.

¹⁵⁶ Vide VAZ SERRA, *Hipoteca*, in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 62, Lisboa, Janeiro, 1957.

nos termos da qual a proibição deveria abranger “*também a convenção pela qual o credor tem um crédito à transmissão da propriedade da coisa, se não for satisfeito em tempo*”¹⁵⁷.

No pacto comissório com efeitos reais, as partes estipulam que a coisa dada em penhor ingresse automaticamente no património do credor uma vez incumprida a obrigação. Se as partes lhe atribuírem mera eficácia obrigacional, incumprindo o devedor, significa que os termos do acordo conferem ao credor o (direito de) crédito à transmissão da propriedade da coisa empenhada.

À luz do anteprojecto do Código Civil de 1966, reitera-se, de acordo com a proposta de VAZ SERRA¹⁵⁸, o pacto comissório deveria considerar-se nulo independentemente de, em concreto, se tratar ou não de contrato real *quoad effectum*¹⁵⁹. Mais recomendava o Mestre que a lei sancionasse a convenção comissória com nulidade, ainda que as partes estipulassem a entrega ao devedor da diferença entre o valor da dívida e o do bem dado em penhor (*pacto marciano*)¹⁶⁰ e mesmo que a *res* empenhada apresentasse uma cotação fixa em mercado¹⁶¹.

Todavia, transcrevemos em texto um trecho do articulado do penhor de coisas para sublinhar um aspecto particular da proposta e visão de VAZ SERRA sobre o pacto comissório. Pese embora a veemência com que o Autor repudiava a figura, recomendando a nulidade nos termos preditos, designadamente nas situações em que a convenção fosse celebrada após a constituição do penhor ou até depois do seu vencimento, o certo é que neste último cenário, equacionava uma excepção. Na verdade, o ilustre doutrinador admitia a validade do pacto comissório verificada uma dupla circunstância: (i) se estipulado após o vencimento da obrigação garantida e (ii) se não

¹⁵⁷ Cfr. redacção proposta para a norma relativa ao pacto comissório em VAZ SERRA, *Penhor*, in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 59, *op.cit.*, aqui também transcrita na nota 161.

¹⁵⁸ Texto transcrito na nota 161.

¹⁵⁹ Vide acerca da distinção entre eficácia real e eficácia obrigacional, por todos, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, pp. 308 e segs. e M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9.ª edição, revista e aumentada, Almedina, Coimbra, pp. 258 e segs..

¹⁶⁰ Embora venha a abandonar esta proposta no projecto de redacção final da norma, como se pode ver do confronto entre a redacção da norma proposta em *Penhor*; BMJ, n.º 59, p. 148 (na nota seguinte) e a proposta de redacção final em *Direito das Obrigações – Parte resumida*, BMJ, n.º 99, Lisboa, Outubro de 1960, p. 82 (na nota 165).

¹⁶¹ É o que resulta do artigo 29.º da proposta de articulado para o penhor de coisas que VAZ SERRA formula com a seguinte redacção: “1 – É nula a convenção pela qual o objecto do penhor fica a ser propriedade do credor, com o vencimento do penhor. A nulidade de tal convenção não invalida, na dívida, o resto do contrato de penhor. 2 – A proibição do parágrafo anterior abrange também a convenção pela qual o credor tem um crédito à transmissão da propriedade da coisa, se não for satisfeito em tempo; mas não já aquela por que se reconheça ao credor um crédito à transmissão da propriedade, se ele não tiver relação com a não satisfação do credor. 3 – A proibição de que tratam os §§ 1.º e 2.º, tem lugar mesmo que a convenção seja posterior à constituição do penhor ou até posterior ao vencimento do penhor, a não ser, neste último caso, que não seja devida a obter ou pretender obter o empenhador uma dilação ou outra vantagem. 4 – A proibição é aplicável ainda que o credor se obrigue a entregar o excedente de valor da coisa sobre o seu crédito, e não obstante mesmo ter a coisa um valor fixo de mercado”. (sublinhado nosso) – Cfr. VAZ SERRA, *Penhor*, in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 59, ob. cit., p. 148.

fosse contrapartida (ou pretensão) do autor da garantia para lograr o diferimento no prazo de pagamento ou outro benefício relativo ao cumprimento.

Senão vejamos: na formulação que propõe para a norma de proibição do pacto comissório, escreve: “*A proibição (...) tem lugar mesmo que a convenção seja posterior à constituição do penhor ou até posterior ao vencimento do penhor, a não ser, neste último caso, que não seja devida a obter ou pretender obter o empenhador uma dilação ou outra vantagem*” (sublinhado nosso)¹⁶².

Para a hipoteca, a recomendação da Comissão para a reforma da lei civil era a mesma do pacto comissório celebrado no âmbito de um penhor: nulidade nos exactos termos, apenas com a especificação de que também seria nulo o acordo que autorizasse o credor hipotecário a realizar uma venda particular do imóvel que assegurava o crédito¹⁶³⁻¹⁶⁴.

No decurso dos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, VAZ SERRA avança ainda com a proposta de uma norma única sobre o pacto comissório, aplicável tanto à hipoteca e ao penhor como à consignação de rendimentos, mantendo, no essencial, inalterados os termos da proibição e da sanção¹⁶⁵.

E na verdade, a redacção final do Código Civil de 1966 acolheu múltiplas propostas do anteprojecto apresentado pelo insigne Professor, tendo este documento constituído um importante estudo a partir do qual se erigiu a actual lei civil, sendo certo que como habitualmente sucede em

¹⁶² Corresponde ao § 3.º do artigo 29.º relativo à proposta de articulado do Autor para a disciplina do penhor de coisas, transcrito integralmente na nota anterior. (Vide ainda VAZ SERRA, *Penhor*, in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 59, ob. cit., p. 148).

¹⁶³ Cfr. artigo 4.º do estudo de VAZ SERRA sobre a hipoteca publicado sob o título homónimo *Hipoteca*, in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 62, *op. cit.*, pp. 53-54 que diz: “1. É nula a convenção pela qual o credor, no caso de não ser pago, adquire a propriedade dos bens hipotecados. É aplicável, correspondentemente, o disposto no artigo 29.º [relativo ao penhor de coisas]. 2. A doutrina do parágrafo anterior é extensiva à convenção pela qual o credor seja autorizado a vender particularmente a coisa hipotecada.”.

¹⁶⁴ VAZ SERRA considerava lícito convencionar-se a venda particular no penhor, uma vez reunidos certos requisitos, como veremos *infra* em texto.

¹⁶⁵ Vide *Direito das Obrigações – Parte resumida*, in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 99, ob. cit. (p. 82), documento que testemunha a nova e final proposta que VAZ SERRA formula, ainda no decurso dos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, de uma norma única para a disciplina do pacto comissório. Assim, no artigo 223.º desta (nova) norma (única) epigrafada “Pacto comissório”, propõe a seguinte redacção “1. É nula a convenção pela qual o credor, no caso de não ser pago, adquiriria a propriedade da coisa hipotecada, dada em penhor ou onerada com consignação de rendimentos. 2. A proibição do parágrafo anterior abrange também a convenção pela qual o credor fica com um crédito à transmissão da propriedade da coisa, se não for satisfeito em tempo. 3. A proibição, de que tratam os §§ 1.º e 2.º, tem lugar mesmo que a convenção seja posterior à constituição da garantia, ou até posterior ao vencimento dela, a não ser, neste último caso, que não seja devida a obter ou pretender obter o autor da mesma garantia uma dilação ou outra vantagem. 4. A proibição é aplicável ainda que o credor seja autorizado a vender particularmente a coisa hipotecada ou onerada com consignação de rendimentos”.

processos de reforma de diplomas legais, nem sempre se adoptam as alterações sugeridas pelos estudiosos nomeados para o efeito. Assim aconteceu com o anteprojecto conduzido por VAZ SERRA, desde logo precisamente em alguns aspectos da disciplina legal do pacto comissório¹⁶⁶. O catedrático era *visceralmente* contra esta figura, qualquer que fosse o *nomen iuris* que se lhe atribuísse, quaisquer que fossem os seus efeitos mais ou menos amplos (pacto comissório com eficácia real ou meramente obrigacional¹⁶⁷), qualquer que fosse o momento da previsão (*in continendi, ex intervallo* ou pós-incumprimento, embora neste último caso com a já apontada excepção¹⁶⁸) e qualquer que fosse a configuração que as partes lhe dessem quanto ao preço (pacto comissório *puro* ou pacto *marciano*¹⁶⁹).

Em suma, VAZ SERRA propôs a nulidade do pacto comissório em sede de todas as garantias reais e independentemente de celebração coeva ou posterior à prestação da garantia. E mesmo depois do vencimento da obrigação, como vimos, entendia dever ser nulo o pacto comissório se, da sua estipulação, resultasse a prorrogação do prazo de cumprimento da obrigação garantida, ou esse intento, ou outra vantagem quejanda¹⁷⁰.

De igual modo, manteve a sua posição de firme defensor da nulidade do pacto comissório quer as partes lhe atribuíssem eficácia real de transferência da propriedade do objecto da garantia

¹⁶⁶ A redacção final do artigo 694.º do Código Civil de 1966 não acolheu três importantes aspectos da norma única da proposta final de VAZ SERRA: (i) a extensão expressa da proibição aos pactos comissórios meramente obrigacionais; (ii) a extensão expressa da proibição às convenções de venda particular de bens hipotecados e (iii) a excepção de validade dos pactos comissórios celebrados após o vencimento da obrigação garantida não destinados “*a obter ou pretender obter o autor da mesma garantia uma dilação ou outra vantagem*”. Cfr. texto da proposta final do Autor em *Direito das Obrigações – Parte resumida*, in BMJ, n.º 99, ob. cit., p. 82 e também na nota anterior.

¹⁶⁷ De acordo com a recomendação de VAZ SERRA, o comando normativo relativo ao pacto comissório deveria determinar que “*É nula a convenção pela qual o credor, no caso de não ser pago, adquiriria a propriedade da coisa hipotecada, dada em penhor ou onerada com consignação de rendimentos*” e que “*A proibição (...) abrange também a convenção pela qual o credor fica com um crédito à transmissão da propriedade da coisa, se não for satisfeito em tempo*”. Cfr. do Autor *Direito das Obrigações – Parte resumida*, in BMJ, n.º 99, ob. cit., p. 82 e nota 165.

¹⁶⁸ Sugere VAZ SERRA: “*A proibição [de pacto comissório] (...) tem lugar mesmo que a convenção seja posterior à constituição da garantia, ou até posterior ao vencimento dela, a não ser, neste último caso, que não seja devida a obter ou pretender obter o autor da mesma garantia uma dilação ou outra vantagem*”. Cfr. *Direito das Obrigações – Parte resumida*, in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 99, ob. cit., p. 82 e nota 165.

¹⁶⁹ Embora abandone a ideia na redacção final (*vide* notas 160, 161 e 165), nas suas propostas a respeito do penhor, ao longo dos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, VAZ SERRA afasta liminarmente a possibilidade de admissão do pacto marciano, sugerindo que o teor da norma que vedasse o pacto comissório determinasse também *expressis verbis* que “*A proibição é aplicável ainda que o credor se obrigue a entregar o excedente de valor da coisa sobre o seu crédito, e não obstante mesmo ter a coisa um valor fixo de mercado*”, como podemos ler em *Penhor*; BMJ, n.º 59, ob. cit., p. 148.

¹⁷⁰ É este o sentido da proposta final de VAZ SERRA para o regime do pacto comissório. *Vide* nota 165 e *Direito das Obrigações – Parte resumida*, in BMJ, n.º 99, ob. cit., p. 82.

para o credor (se e assim que incumprida a obrigação, *ipso facto*) quer convencionassem o efeito meramente obrigacional de um crédito a favor do credor de exigir a transmissão da propriedade da coisa dada em garantia¹⁷¹.

Mais, como vimos, e contrariando toda a herança jurídica romanística de admissibilidade do pacto marciano, VAZ SERRA inicialmente sugere que a nossa lei civil não permita sequer este acordo¹⁷², recomendando um teor normativo de expressa invalidade absoluta de qualquer convenção em cujos termos o credor se aproprie do bem que assegura o seu crédito, mesmo no caso de atribuição ao devedor da diferença de valor entre bem e dívida¹⁷³, salvo a inexistência de qualquer vantagem, ou perspectiva de vantagem, com a celebração do pacto, nos termos já referidos.

Das preditas soluções legislativas constantes do projecto final de Código Civil que veio a ser aprovado que não seguiram as soluções apresentadas por VAZ SERRA, no que respeita ao pacto comissório, destaca-se, desde logo, a relativa à sistematização, em que a opção tomada foi claramente diversa da constante do anteprojecto.

A proposta, vimo-lo já¹⁷⁴, era de uma norma única de proibição expressa do pacto comissório nas três garantias reais e o Código acabou por ter, sim, apenas uma norma dedicada ao pacto comissório, mas situada entre as disposições gerais da hipoteca¹⁷⁵, e referindo-se só a esta garantia; sim, aplicável às demais garantias reais, mas *ex vi* de indicação remissiva¹⁷⁶.

O *desalinhamento* com a visão do Professor reflecte-se quer na inclusão da norma sancionatória do pacto comissório no regime da hipoteca¹⁷⁷ quer, e mais vincadamente, na formulação do próprio preceito¹⁷⁸.

Sem embargo, e em bom rigor, parece-nos que o facto de apresentar a sua proposta relativa ao pacto comissório no âmbito do penhor e, quanto à hipoteca, fazer a remissão para o regime daquele, fica seguramente a dever-se à circunstância de temporalmente o doutrinador ter

¹⁷¹ *Idem*.

¹⁷² Embora, vimo-lo já, exclua a invalidade do pacto marciano da proposta final de redacção da norma relativa ao pacto comissório, como se evidencia pelo confronto das *op. cit.* do Autor, *Penhor*, in BMJ, n.º 59, p. 148 e *Direito das Obrigações – Parte resumida*, in BMJ, n.º 99, p. 82. (*Vide* a transcrição das propostas nas notas 161 e 165).

¹⁷³ No proposto regime para o penhor, VAZ SERRA avança com uma redacção para o artigo (29.º) que no § 4.º mantém a cominação de nulidade do pacto comissório “*ainda que o credor se obrigue a entregar o excedente de valor da coisa sobre o seu crédito*”. *Vide* VAZ SERRA, *Penhor*, in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 59, ob. cit., p. 148.

¹⁷⁴ Cfr. nota 165.

¹⁷⁵ Como sabemos, a norma que veio a disciplinar a proibição do pacto comissório é o artigo 694.º que integra a Subsecção I das disposições gerais da disciplina da hipoteca – instituto que ingressa na Secção V do Capítulo VI (Garantias especiais das obrigações) do Livro II (Direito das Obrigações) do Código Civil.

¹⁷⁶ *Vide* os artigos do Código Civil 665.º (consignação de rendimentos); 678.º (penhor) e 753.º (privilégios creditórios).

¹⁷⁷ E não na disciplina do penhor, como VAZ SERRA propunha.

¹⁷⁸ Confronte-se a redacção do artigo 694.º do nosso Código Civil com o texto final proposto por VAZ SERRA, transcrito na nota 165.

primeiro empreendido os estudos referentes ao penhor, no âmbito da preparação da reforma do Código de Seabra e não a razões ideológicas¹⁷⁹.

Por outra banda, sublinhamos e reiteramos que a final, ainda nos labores preparatórios da actual lei civil, VAZ SERRA chegou mesmo a propor um artigo único que abarcasse, de modo expresso, a interdição legal do pacto comissório relativamente às três garantias reais: hipoteca, penhor e consignação de rendimentos¹⁸⁰.

No caminho que o legislador seguiu, parece-nos não existir, no essencial, uma valoração do pacto comissório distinta da proposta no Anteprojecto. A inclusão da norma que proíbe a celebração de tal acordo na disciplina da hipoteca justifica-se pela opção legislativa de tratá-la como *a rainha das garantias reais*¹⁸¹ e, nessa medida, situá-la no eixo central do regime destas garantias especiais, sob o prisma da técnica de sistematização, e gizar no seu regime a moldura normativa de todos os direitos reais de garantia.

As soluções mais *radicais* apresentadas pelo ilustre Professor¹⁸² acabaram por não ser acolhidas no projecto final do Código Civil de 1966, sendo a formulação do artigo 694.º então aprovada muitíssimo próxima daquela que hoje conhecemos¹⁸³⁻¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Neste sentido, ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório...*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁸⁰ É a proposta de VAZ SERRA numa fase mais avançada da reforma do Código Civil de 1867 que em nada altera a sua visão apresentada a propósito (parcelarmente) do penhor e da hipoteca, mas que inova com a sugestão de redacção de apenas uma norma (artigo 223.º) para disciplinar a proibição do pacto comissório relativamente a todas as garantias reais com a formulação transcrita na nota 165.

¹⁸¹ O próprio VAZ SERRA defendia, ao tempo da preparação do actual Código Civil, que a regulamentação da hipoteca era uma questão “*do mais alto interesse público*”. Cfr. na ob. cit. do Autor, *Hipoteca*, in BMJ, n.º 62, p. 6. A importância atribuída à hipoteca corresponde a uma valoração do legislador de 1966 de duas realidades sociais sedimentadas: por um lado, o relevo que culturalmente sempre teve o direito de propriedade para os portugueses e, na óptica legislativa, o aproveitamento deste direito real para organizar o sistema de crédito imobiliário; por outro lado, a segurança que a hipoteca oferece.

Esta pretensa segurança acrescida relativamente ao penhor prende-se com a natureza do seu objecto que permite ao credor certificar-se com facilidade da sua existência e bom estado de conservação e da titularidade do direito do hipotecador. As coisas móveis são muito mais facilmente ocultáveis do que as imóveis e também *mudam de mãos* muito mais rapidamente, pelo que a (presunção de) pertença do direito hipotecado ao autor da garantia pela mera consulta do registo é motivo para o credor se sentir seguro, ao que acresce que o sistema registal lhe dá segurança (conhecimento) da (in)existência de encargos anteriores sobre o bem dado em hipoteca. Cfr. acerca da presunção da titularidade do direito, o artigo 7.º do Código de Registo Predial que estatui que “*O registo definitivo existe e pertence ao titular inscrito*”.

A segurança acrescida que se aponta à hipoteca em comparação com o penhor deve-se ainda a que historicamente os bens imóveis eram mais valiosos do que os móveis, embora hoje em dia já não se possa afirmar o mesmo, mesmo em abstracto.

¹⁸² Como vimos *supra*, VAZ SERRA assumia uma posição frontalmente contrária ao pacto comissório, vertida nas suas sugestões normativas de reforma do Código de Seabra, sendo que das soluções propostas o legislador de 1966 acabou por não receber no Código Civil (i) a inadmissibilidade expressa do pacto marciano, (ii) a proibição taxativa do pacto comissório firmado depois do incumprimento, (iii) a excepção de validade do pacto comissório firmado depois do vencimento da obrigação garantida se não tiver ocorrido o prolongamento (ou intenção de prolongar) do

SECÇÃO II

A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO: FUNDAMENTOS

Breve enquadramento geral

O conhecimento das razões da proibição do pacto comissório é decisivo para a compreensão das soluções que o legislador acolheu¹⁸⁵.

Para a adequada interpretação de um comando normativo não basta a apreensão da letra da lei, pois embora o seu sentido literal nos forneça instrumentos interpretativos importantes, sempre será indispensável a “*tarefa de interligação e valoração, que excede o domínio literal*”¹⁸⁶.

O ofício interpretativo carece, assim, de uma etapa valorativa na qual se situam os elementos lógicos da interpretação e, entre eles, o elemento teleológico¹⁸⁷. E só depois de identificado o elemento teleológico poderá delimitar-se o sentido e o alcance da norma interpretanda¹⁸⁸.

prazo de cumprimento ou vantagem similar e (iv) a extensão da proibição do pacto comissório às convenções com eficácia obrigacional, apesar da exclusão de alguns aspectos da proposta final do Autor (cfr. notas 161 e 165).

Cotejar redacção final proposta por VAZ SERRA (nota 165 e em *Direito das Obrigações*, in BMJ, n.º 99, ob. cit., p. 82) e redacção adoptada para o enunciado do artigo 694.º do Código Civil (*vide* nota seguinte para constatar a ligeira diferença entre a redacção originária de 1966 e a actual).

¹⁸³ Dizia o texto do artigo 694º do Código Civil aprovado em 1966 que “*É nula a convenção, anterior ou posterior à constituição da hipoteca, pela qual o credor fará sua a coisa onerada, no caso de o devedor não cumprir*” e a redacção actual estabelece que “*É nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir*”.

Como podemos ver, relativamente à formulação originária, a presente redacção da norma nada mudou da sua essência, quer na hipótese quer na estatuição. Apenas se reposicionou o sujeito da frase (*a convenção*) e acrescentou a expressão “*mesmo que seja*” por anteposição à oração intercalar “*anterior ou posterior à constituição da hipoteca*”.

¹⁸⁴ Para mais desenvolvimentos sobre as opções do projecto final do Código Civil de 1966, em matéria de Direito das Obrigações, consultar JACINTO FERNANDES RODRIGUES BASTOS, *Das Obrigações em Geral: Segundo o Código Civil de 1966*, vol. IV, Tipografia Guerra, Viseu, 1973.

¹⁸⁵ Na doutrina nacional, *vide*, entre outros, JÚLIO GOMES, *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano*, in «Cadernos de Direito Privado», n.º 8, Outubro-Dezembro, Braga, 2004, pp. 64 e segs..

¹⁸⁶ Nas palavras de OLIVEIRA ASCENSÃO, na sua obra de referência *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 11.ª edição, revista, Almedina, Coimbra, 2001, p. 392.

¹⁸⁷ A doutrina situa entre os elementos lógicos (que permitem, na tarefa interpretativa, ir além da apreensão da literalidade do texto de uma norma): o elemento sistemático, o elemento histórico e o elemento racional ou teleológico. Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 4.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, pp. 181-188 e KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.ª edição, trad. José Lamago, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. 439 e segs..

¹⁸⁸ Segundo a visão magistral de MANUEL DE ANDRADE, como podemos ler em *Ensaio sobre a interpretação das leis*, Arménio Amado – editor sucessor, Coimbra, 1987 (esp. pp. 22 e segs.).

No que ao nosso estudo diz particularmente respeito, a compreensão dos motivos da interdição legal do pacto comissório será o *ponto de apoio*¹⁸⁹ para o exame da (des)actualidade do artigo 694.º CC, da extensão do seu comando, do sentido da sua cominação, do seu âmbito de aplicação e da sua (in)coerência sistémica, ante a convivência com institutos jurídicos próximos¹⁹⁰.

De iure condendo, trata-se da ferramenta necessária para a ponderação em torno do sentido da manutenção da proibição do pacto comissório na extensão que hoje vigora e também acerca do tipo de invalidade com que a lei o fere.

De iure condito, saber por que resistiu o impedimento legal deste acordo, desde o Direito Romano até ao século XXI, afigura-se decisivo para uma adequada interpretação da norma que o sanciona: sentido e âmbito.

De lege ferenda, a compreensão das *rationes* da nulidade constitui a tarefa prévia essencial para se poderem apontar futuras opções legislativas ou, pelo menos, soluções interpretativo-aplicativas nos casos em que o pacto acautele o equilíbrio entre as posições do devedor e do credor.

A doutrina italiana que muito se tem debruçado sobre a figura do acordo comissório mostra-nos que as múltiplas posições acerca da teleologia da sua interdição poderão não ser, em absoluto, incompatíveis entre si, antes representando os diversos níveis sócio-ético-jurídicos próprios da evolução do Direito a par da evolução das diferentes mundividências cristalizadas na positivação que proíbe a celebração do referido pacto¹⁹¹.

1. A tese do devedor necessitado

Das ponderações doutrinárias em torno da figura do pacto comissório e da sua interdição legal, resulta que a tese mais sufragada para a defesa da manutenção da sua invalidade absoluta é a da necessidade de o Direito tutelar o devedor contra o risco de o credor tirar abusivamente partido da sua circunstância de necessidade económica¹⁹²⁻¹⁹³.

¹⁸⁹ Por alusão à célebre frase de Arquimedes “*Dai-me um ponto de apoio e levantarei o mundo*”.

¹⁹⁰ JÚLIO GOMES proclama que as “*respostas às questões em torno do pacto comissório parecem depender, em última análise, da teleologia da proibição do pacto*”, na sua Anotação de um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Janeiro de 2003, publicada sob o título *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório...*, *op. cit.*, p. 64.

¹⁹¹ *Vide*, na profícua doutrina italiana, C. MASSIMO BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Edizioni Scientifiche Italiane (Collana Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell’Università di Camerino), Napoli, 2013, FULVIO GIGLIOTTI, *Il Divieto del Patto Commissorio*, Giuffrè, Milano, pp. 51 e segs. e ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, in *Rivista di diritto civile*, Padova, Anno 36, n. 2 (Marzo-Aprile, 1990), Parte Prima, pp. 219-242.

¹⁹² Desde logo, na doutrina italiana, rica em textos de reflexão sobre o pacto comissório, encontramos Autores de referência entre os difusores da tese do devedor necessitado como *ratio* da proibição da figura, v. g., VINCENZO LOJACONO e ANGELO LUMINOSO (cfr. notas 199 e 202).

Aliás, historicamente, este é o argumento que subjaz ao édito imperial de proibição do pacto comissório assinado por Constantino¹⁹⁴: proteger o devedor do perigo de, falho de recursos, aceder às exigências do credor para a concessão do ansiado crédito e acabar por assegurá-lo com um bem muito mais valioso do que a quantia pecuniária emprestada e, não pagando em tempo, permitir que o credor se locuplete injustificadamente à sua custa, apropriando-se da *res* dada em garantia¹⁹⁵.

Consideramos a tutela do devedor necessitado o argumento mais sólido do elenco de *rationes* que ao longo dos tempos tem sustentado a proibição da *lex commissoria*.

Por um lado, a história evidencia a importância e a *resistência* à erosão do tempo de leis e de doutrinas de combate às práticas negociais opressivas, *juguladoras*¹⁹⁶; por outro, confirma a herança da visão que o Direito tem do devedor como parte mais frágil na relação obrigacional¹⁹⁷⁻¹⁹⁸.

¹⁹³ Entre nós, VAZ SERRA e ALBERTO DOS REIS também se contam entre os doutrinadores que situam o fundamento da proibição do pacto comissório como decorrência da necessidade de tutela do devedor, como melhor se desenvolverá em texto (*vide* também notas 199 e 204).

¹⁹⁴ Segundo o teor do édito, como ensina SANTOS JUSTO, Constantino anuncia aos povos romanos que “*Porquanto entre outros enganos, cresce principalmente a aspereza da lei comissória dos penhores, pareceu bem invalidá-la e para o futuro seja abolida toda a sua recordação*”. Cfr. A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 468 (nota 2367), onde se encontra também o texto original do *Codex* 8, 34 (35, 3).

Cfr. também a tradução do édito imperial de ISABEL ANDRADE DE MATOS, na sua ob. cit. *O Pacto Comissório...*, p. 38, nos seguintes termos: “*Como entre outras disposições capciosas avulta sobretudo a rigidez da lei comissória dos penhores, parece bem invalidá-la (...). Se portanto alguém se vê a braços com um contrato deste género, pode agora respirar com esta disposição*”.

¹⁹⁵ BISCARDI sublinha a intensidade do édito do Imperador Constantino em “*reconfirmar com particular solenidade e rigor a proibição (...) daquelas garantias com eficácia real, relativas à «res oppignerata» muito difundidas no meio provincial, e sobretudo helenístico*”, como podemos ler na reflexão de ARNALDO BISCARDI, *La lex commissoria nel Sistema delle Garanzie Reali*, Studi in onore di Emilio Betti, Giuffrè, Milano, 1962, vol. II, p. 584.

¹⁹⁶ Neste sentido, BISCARDI, interrogando-se sobre o papel histórico do édito de Constantino que proibiu o pacto comissório, refere a importância de tornar claro que ficava vedado a qualquer credor a satisfação do seu crédito pela apropriação da *res oppignerata*, com especial destaque relativamente ao pacto comissório com eficácia real, pois acrescenta o Autor que “*se prestava muito facilmente a operações juguladoras*” (tradução nossa). Cfr. ARNALDO BISCARDI, *La «lex commissoria» nel sistema delle garanzie reali*, op. cit., pp. 584-585.

¹⁹⁷ Neste sentido, VAZ SERRA doutrina que a proibição do pacto comissório “*é já antiga*” e, em nota de rodapé, acrescenta que remonta ao tempo do imperador Constantino, para logo explicar que a “*sua razão de ser está em que tal pacto pode representar um benefício injustificado para o credor (...), sobretudo quando obtido do devedor que, levado pela necessidade, facilmente consentiria nele*” (sublinhado nosso). Cfr. a ob. cit do Autor, *Penhor*, in BMJ, n.º 58, p. 217.

¹⁹⁸ De igual modo, e utilizando uma linguagem particularmente impressiva, LUMINOSO, em reflexão acerca da norma do Código Civil italiano que proíbe o pacto comissório (artigo 2744), afirma que tem por “*genérica finalidade proteger o devedor dos abusos do credor*” (tradução nossa). Cfr. ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, op. cit., p. 233.

Os zeladores deste fundamento entendem, assim, não se tratar apenas de uma premissa do passado, antes do amparo de um dos principais pilares do direito civil: a liberdade negocial¹⁹⁹⁻²⁰⁰. Nesta óptica, o devedor necessitado vê coarctada a sua autonomia da vontade, na perspectiva da obtenção do crédito mediante a contrapartida de satisfazer as condições pretendidas pelo credor. Crê-se não ser inteiramente livre, neste quadro, a decisão do devedor de celebrar o pacto comissório ou, pelo menos, não estar totalmente na sua disponibilidade a regulação convencional do seu interesse como melhor entender.

¹⁹⁹ Desde logo, a fértil doutrina italiana subscreve a tese do devedor necessitado como *ratio* da proibição do pacto comissório.

Assim, LUMINOSO, em *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, *op. cit.*, p. 221, diz que a ilicitude do acordo decorre da “*insidia a que ele expõe o devedor*”.

No mesmo sentido, questionando-se sobre a validade do *lease-back* em face da proibição do pacto comissório, PELOSI defende que também no âmbito daquela figura se pode aplicar a norma que dita a nulidade deste pacto, porque a *ratio legis* do preceito radica no perigo de o credor se valer da necessidade de um empréstimo de dinheiro para obter do devedor um acordo comissório que ele verdadeiramente não quer. Cfr. A. C. PELOSI, «*Sale and lease back*» e *alienazioni a scopo di garanzia*, in *Riv. it. leasing*, 1986, p. 450.

De igual modo, M. SESTA, em *Le garanzie atipiche*, I, Padova, 1988, pp. 21 e segs., partilha dos argumentos de LUMINOSO.

E é ainda à tese do devedor necessitado que se reconduz a *ratio legis* do risco de desproporção entre valor da garantia e obrigação garantida, realçada por Autores como MAURO BUSSANI, em *Il contratto di lease back*, in *Contratto e impresa*, anno II, n.º 2, Cedam, Padova, 1986, pp. 558 e segs., IRA BUGANI, em *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita)*, in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, Gennaio-Febrario 1986, II, pp. 31 e segs. ou C. VIGLI, na sua anotação da decisão da *Cassazione*, 16 aprile 1987, n. 3784, in *Nuova giur. civ.*, 1988, I, pp. 139 e segs..

Também entre nós, esta é a tese dominante.

VAZ SERRA alerta para o perigo de o devedor poder *concordar* com a celebração de um pacto comissório “*levado pela necessidade*”. Cfr. *ob. cit.* do Autor *Penhor*, in *BMJ*, n.º 58, p. 217 e ainda nota 197.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, anotam o artigo 694.º CC, afirmando que a proibição do pacto comissório “*funda-se no prejuízo que (...) pode resultar para o devedor, que seria facilmente convencido, dado o seu estado de necessidade*”. Consultar dos Autores, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª edição, *ob. cit.*, p. 718.

JANUÁRIO GOMES, em *Assunção Fidejussória de Dívida*, *op. cit.*, p. 92, sublinha que “*A ideia dominante entre nós é a de que a proibição do pacto comissório é justificada pela necessidade de proteger o devedor face a eventuais extorsões por parte do credor*”.

De igual modo, JÚLIO GOMES identifica que “*A razão comumente invocada é (...) proteger o devedor do risco de o credor (...) [abusar] da situação de necessidade económica daquele*”, em *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório...*, *op. cit.*, p. 65.

²⁰⁰ A nossa jurisprudência também invoca recorrentemente o argumento da tutela do devedor necessitado e da limitação que essa situação representa para a sua autonomia da vontade. O Acórdão do STJ, de 30 de Janeiro de 2003, comentado por JÚLIO GOMES em *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório...*, *op. cit.*, pp. 63-72, é paradigmático da tendência dos tribunais. É que tanto o sentido que obteve vencimento como os votos de vencido sufragam a mesma *ratio* do artigo 694.º CC. A posição maioritária remete para a opinião de VAZ SERRA, defendendo que com a proibição do pacto comissório a lei “*procura valer à parte aparentemente em estado de debilidade, que pode ser levada a aceitar cláusulas lesivas dos seus interesses*”. De igual modo, esta é a *ratio* apontada nos dois votos de vencido, um sustentando que a justificação da ilicitude do pacto comissório é “*a facilidade de extorquir a cláusula do devedor em estado de necessidade*” e o outro indicando “*a protecção do devedor contra a sua própria fraqueza*”. Consultar texto integral em www.dgsi.pt/jstj, com o n.º de Processo 02B3896.

Apela-se aqui à ideia, muito cara a VAZ SERRA²⁰¹, segundo a qual, no quadro negocial do empréstimo, o devedor se encontra em *estado natural de inferioridade* em relação ao credor²⁰²⁻²⁰³. ALBERTO DOS REIS também se conta entre os irredutíveis da tese da tutela do devedor necessitado, afirmando que para si a proibição do pacto comissório “*é óbvia*”, porquanto “*como o devedor, quando dá um objecto em penhor para conseguir o empréstimo de certa quantia, se encontra, em regra, em «estado de necessidade», a admissão da cláusula – no caso de falta de pagamento o credor fará seu o objecto do penhor – daria lugar a espoliações escandalosas, a locupletamentos clamorosos; o credor, valendo-se da situação aflitiva do devedor, arrancar-lhe-ia uma convenção «leonina», uma convenção que o autorizaria a obter em pagamento um objecto que valesse três, cinco ou dez vezes mais do que a quantia emprestada*”²⁰⁴.

Todavia, a sanção legal cominada para o pacto comissório não parece decorrer da tese da defesa do devedor necessitado. Pelo menos, não unicamente deste argumento ou não apenas do desvalor jurídico ínsito aos vícios da vontade. É que segundo as regras gerais, os negócios jurídicos celebrados em estado de necessidade ou sob coacção moral são, em regra, anuláveis²⁰⁵.

Portanto, cremos, a nulidade cominada no artigo 694.º CC não terá, de seguro, como alicerce dogmático somente este fundamento, porque entre a nulidade e a anulabilidade existe um claro desnível de *gravidade*, tanto do ponto de vista da sanção jurídica que representam como do respectivo regime de arguição e conhecimento em juízo.

Sumarissimamente, relembramos aqui os três aspectos que se nos afiguram mais significativos, neste contexto, na distinção entre nulidade e anulabilidade.

²⁰¹ Vide VAZ SERRA, *Penhor*, in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 58, Lisboa, Julho de 1956, p. 217.

²⁰² Na doutrina italiana encontramos os mais apaixonados advogados desta visão. Cfr. VINCENZO LOJACONO, *Il Patto Commissorio nei Contratti di Garanzia*, Giuffrè Editore, Milano, 1952, p. 39 e também ANGELO LUMINOSO, *La vendita con riscatto (arts. 1.500-1.509)*, in «Commentario al Codice Civile», diretto da Piero Schlesinger, tomo XIII, Giuffrè Editore, Milano, 1987, p. 240 e *Alla ricerca degli arcani confini*, *op. cit.*, pp. 221 e segs..

²⁰³ Entre nós, ISABEL ANDRADE DE MATOS também retoma esta ideia para sublinhar que a importância do argumento da necessidade de tutela do devedor não é meramente histórica. Afirma que “*a exigência de tutela da parte mais débil no contrato, e mais concretamente da sua liberdade negocial, é a explicação tradicionalmente dada para a proibição do pacto comissório*” e logo acrescenta não poder “*deixar de reconhecer a possibilidade de o credor impor a estipulação deste pacto ao devedor*”. Cfr. da Autora, *O Pacto Comissório...*, *op. cit.*, pp. 58-59.

²⁰⁴ Cfr. ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, vol. I, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, pp. 287-288.

²⁰⁵ Cfr. os artigos do Código Civil 255.º e 256.º (negócios celebrados sob coacção moral) e artigo 282.º (negócios usurários).

Em primeiro lugar, a nulidade é consequência de um vício tão grave que o negócio que dela enferma não produz, em regra, quaisquer dos efeitos a que tende²⁰⁶. A anulabilidade, não. Representa a *mera* susceptibilidade de anulação²⁰⁷.

Em segundo lugar, no tocante aos regimes propriamente ditos, enquanto a nulidade pode ser arguida a todo o tempo e por qualquer interessado²⁰⁸, a anulabilidade é apenas invocável pelas pessoas com legitimidade²⁰⁹ e só no prazo de um ano, contado do termos do vício²¹⁰.

Em terceiro lugar, e reforçando a ideia há pouco sublinhada, de graus de gravidade diferentes, só da nulidade os tribunais conhecem *ex officio*²¹¹.

Por que ferirá a lei, então, com nulidade o pacto comissório? É pergunta à qual a tese da protecção do devedor não responde suficientemente, não responde satisfatoriamente.

O relevo histórico desta posição é inegável e assinalamos a actualidade das suas exigências²¹², mas mesmo a tese que articula a necessidade de defesa do devedor com a condenação da usura, afigura-se-nos *curta* para justificar o ferrete da nulidade, pelo que outras *rationes* hão-de concorrer para a explicação da invalidade absoluta do pacto comissório, como veremos.

2. A tese da censurabilidade da usura

Existe uma outra corrente, muito acolhida entre nós²¹³, que proclama a imoralidade do pacto comissório por usura, sendo que o juízo de censura ético-jurídica dirigido aos negócios usurários é identificado como raiz da proibição de tal pacto.

²⁰⁶ Vide, com mais desenvolvimento, ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 3.ª edição revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 1997, p. 671.

²⁰⁷ Para mais desenvolvimentos, consultar ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, *op. cit.*, p. 74.

²⁰⁸ Como resulta da primeira parte do artigo 286.º CC.

²⁰⁹ As pessoas em cujo interesse a lei comina a *anulabilidade* são as únicas com legitimidade para invocá-la, como estabelece a primeira parte, do n.º 1, do artigo 287.º CC.

²¹⁰ Nos termos da segunda parte, do n.º 1, do artigo 287.º CC. (Sem prejuízo, o n.º 2 da mesma norma estabelece que “*Enquanto, porém, o negócio não estiver cumprido, pode a anulabilidade ser aguida, sem dependência de prazo*”).

²¹¹ Segunda parte do artigo 286.º CC (confrontar com o artigo 287.º CC).

²¹² Existirá sempre um perigo real de os devedores aceitarem o acordo comissório por pressão dos credores, funcionando este pacto como *moeda de troca* da concessão dos empréstimos, pelo que se espera que a lei proteja a parte negocial mais débil e forneça mecanismos de controlo da autonomia da vontade e de reequilíbrio prestacional nas relações creditícias.

²¹³ Vide por todos ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 9.ª edição, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 554-555.

A favor de visão tão próxima e efluente da tese do devedor necessitado, colhe o argumento de que a usura constitui vício dos negócios jurídicos em geral²¹⁴ e, esbarrando, embora – como a tese do devedor necessitado, sabemos-lo já –, na dificuldade em explicar por que determina a lei que os negócios usurários são anuláveis ao passo que sanciona com nulidade o pacto comissório, este fundamento é entendido pela doutrina portuguesa como *o grande fundamento da proibição do pacto comissório*²¹⁵.

Sublinham os doutrinadores que apesar da sanção legal menos gravosa para os negócios usurários em geral (anulabilidade) do que para o pacto comissório (nulidade), e apesar também da aplicação das regras próprias da redução negocial a certos tipos de usura, tal como a cláusula penal usurária (artigo 812.º CC) e o mútuo usurário (artigo 1146.º CC), a usura é sempre conduta censurada pelo ordenamento jurídico português^{216, 217}.

Neste sentido, ANTUNES VARELA sublinha: “*o fundamento da proibição do pacto [comissório] identifica-se, 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*”²¹⁸.

Valem aqui as reticências acerca da tese do devedor necessitado, atenta a proximidade argumentativa de ambas as posições. Fosse a *ratio* do artigo 694.º CC absolutamente coincidente com a dos negócios usurários e a sanção legal prevista seria também idêntica. É que os negócios

²¹⁴ Cfr. artigos 282.º e 283.º do Código Civil.

²¹⁵ Vide PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª edição revista e actualizada, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 718, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, na sua reflexão *Contratos Civis. Exposição de motivos*, in BMJ, n.º 83, Lisboa, Fevereiro de 1959, pp. 114 e segs., EDUARDO DOS SANTOS, *Curso de Direitos Reais*, vol. II, *Direitos Reais de Garantia e de Aquisição*, lições policopiadas, Universidade Livre de Lisboa, 1986, p. 72 e VAZ SERRA, *Hipoteca*, *op. cit.*, BMJ, n.º 62, p. 74.

VAZ SERRA, como vimos *supra*, sufraga a tese do devedor necessitado e, como resulta da passagem da obra indicada, encontramos também um alinhamento com a doutrina da usura, pelo que parece existir no seu pensamento o ensaio das teorias hodiernas da *ratio* plural da proibição do pacto comissório, porque se, por um lado, o Professor alista a invalidade deste acordo entre as motivações da censura dos negócios usurários, por outro lado, posiciona-se entre os que olham o devedor como a parte débil da relação creditícia. Daí a afirmação de que a “*razão (...) da proibição do pacto comissório, está no receio de exploração usurária*”, acrescentando, reportando-se à hipoteca, que “*a convenção comissória (...) é perigosa para o hipotecador*”. (Cfr. *op. ult. cit.* do Autor).

Em bom rigor, VAZ SERRA enuncia ainda uma terceira *ratio* para a inadmissibilidade dos acordos comissórios, ao assinalar que destes pode resultar uma transmissão “*por preço inferior ao valor da coisa*”, como melhor veremos *infra*. (Cfr. citação na *op. ult. cit.*).

²¹⁶ Não só pela lei civil, como ficou dito em texto, mas também pela lei penal, prevendo e punindo a usura como crime (artigo 226.º do Código Penal).

²¹⁷ Para mais desenvolvimentos sobre o negócio usurário em geral, vide PEDRO EIRÓ, *Do Negócio Usurário*, Almedina, Coimbra, 1990.

²¹⁸ Cfr. *ob. cit.* do Autor *Das obrigações em Geral*, vol. II, p. 555.

usurários, reitere-se, são meramente susceptíveis de anulação, ao passo que qualquer acordo comissório é sempre nulo e de nenhum efeito²¹⁹⁻²²⁰.

Sob outro prisma, atentemos na evolução histórica da legislação no que toca ao mútuo: desde a absoluta proibição de cobrança de juros para um quadro legal de remuneração segundo taxas legais ou convencionais²²¹, passando pela consagração de um regime remuneratório próprio para os mútuos bancários²²², até à permissão da prática de vencimento de juros sobre juros (anatocismo)²²³, apesar dos limites e desvalor da usura.

Inversamente, não houve quaisquer mudanças relativamente à proibição legal do pacto comissório que permanece vedado em absoluto. Ora, esta circunstância parece apontar no sentido da existência de motivação(ões) do legislador para além de abrigar o devedor de (eventuais) condutas ou exigências usurárias do credor²²⁴.

Na riqueza do pensamento jurídico italiano, ROPPO assinala justamente a necessária existência de outro fundamento que explique por que se fere de nulidade o pacto comissório e se tutela com o regime da anulabilidade quem celebre negócios jurídicos em estado de necessidade²²⁵⁻²²⁶.

²¹⁹ Vide regime da nulidade previsto no artigo 286.º CC.

²²⁰ A nulidade atinge, em regra, apenas o pacto comissório propriamente dito e não o negócio em que ele foi clausulado, de acordo com as regras da *redução negocial* inscritas no artigo 292.º CC e sem prejuízo também da eventual aplicação da disciplina da *conversão* prevista no artigo 293.º CC.

²²¹ A convenção de juros está sujeita aos limites máximos dos negócios usurários (artigo 1146.º CC), com um regime específico para o mútuo bancário, como é dito em texto.

²²² Consultar Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de Maio e, na doutrina, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 627 e segs.

²²³ Cfr. artigo 560.º CC que no seu n.º 1 dispõe que “*Para que os juros vencidos produzam juros é necessária convenção posterior ao vencimento; pode também haver juros de juros, a partir da notificação judicial feita ao devedor para capitalizar os juros vencidos ou proceder ao seu pagamento sob pena de capitalização*”.

²²⁴ Registe-se que antes da entrada em vigor do Código de Seabra, a doutrina identificava o perigo de exposição à usura como raiz da proibição do pacto comissório, mas com o mesmo argumento era considerada lícita a convenção de apropriação do objecto da garantia pelo credor em caso de incumprimento do devedor se no acordo se atribuísse um valor razoável ao bem, porque – segundo os doutrinadores de então – nesta hipótese inexistiria o perigo de exploração usurária do devedor.

Já o Código Civil de 1867, sabemos, veio proibir expressamente o pacto comissório, votando a igual sorte a venda *a retro*, com base na ideia comum de necessidade de amparo legal do devedor perante o risco de exposição às *investidas* usurárias do credor.

Sucede que sabemos também, o Código Civil de 1966 veio permitir e regular expressamente a venda *a retro* (artigos 927.º a 933.º), remetendo para as regras dos vícios negociais gerais a questão da usura.

Todavia, o mesmo diploma manteve intocada a invalidade absoluta do pacto comissório. Ora, também esta opção legislativa aponta no sentido de a ilicitude do pacto comissório radicar em *ratio* diversa ou pelo menos em (mais algum) fundamento paralelo mais amplo do que a tutela do devedor necessitado exposto ao risco de usura.

²²⁵ Cfr. ENZO ROPPO, *Note sopra il divieto del patto commissorio*, in Riv. Notar., 1981, I, pp. 481 e segs..

²²⁶ De igual modo, a nossa lei civil sanciona com *mera* anulabilidade os negócios usurários, no artigo 282.º CC.

Vimos já que muitos doutrinadores transalpinos vêem a tese do devedor necessitado como explicação bastante (ou pelo menos *major*) da proibição do pacto comissório, sendo certa a imersão desta linha de pensamento na ideia geral de desvalor da usura. É que recorrentemente os seus cultores associam a fragilidade negocial do devedor ao benefício excessivo que o credor pode obter com o pacto comissório, com o ingresso automático na sua esfera patrimonial do bem que garante o crédito, se o primeiro não cumprir a obrigação garantida²²⁷.

Na visão que aqui encontramos, de mão dada com o perigo de o devedor celebrar um acordo com a sua liberdade negocial coarctada anda o perigo de o objecto do acordo (comissório) ser, regra geral, muito mais valioso do que a obrigação que ele venha a incumprir. Por outras palavras, como, em regra, o objecto da garantia vale bem mais do que o crédito, o pacto comissório legitimaria o enriquecimento injustificado do credor²²⁸.

Ainda assim, e apesar de nesta posição, à razão decorrente do estado de necessidade, se adicionar o argumento do benefício exagerado e ilegítimo propiciado ao credor como fundamento para a nulidade, a *ratio* do artigo 694.º CC não se basta com tais premissas, segundo cremos.

3. A tese da inderrogabilidade do procedimento judicial

A proibição de autodefesa é o fundamento precípua apresentado como *ratio* do artigo 694.º CC pelos Autores que sustentam que é nulo o pacto comissório, porque admitir um pacto de apropriação pelo credor do bem dado em garantia equivaleria a atribuir-se-lhe o direito de auto-satisfazer o crédito, em violação do princípio da competência privativa do Estado na realização coerciva dos direitos de crédito e na função executiva²²⁹.

Esta corrente doutrinária é recente e tributária da proibição da *vindicta privata*, fundando-se nos princípios da garantia de acesso ao Direito e aos Tribunais – princípios tão importantes que o legislador constitucional os consagrou na Lei Fundamental²³⁰.

²²⁷ Entre nós, como vimos, VAZ SERRA, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, cfr. *op. cit.* na nota 215.

²²⁸ Sancionado pelo artigo 473.º CC.

²²⁹ O que civilizacionalmente representa esta conquista é-nos dito de modo muito eloquente por JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ na sua obra *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, 3.ª edición, Civitas, Madrid, 2001, afirmando na p. 22 que “*La historia de la sustitución de la autodefensa por el proceso ha sido, en definitiva, la historia de la sustitución de la selva por la civilización*”.

²³⁰ É no artigo 20.º (n.º 1) da Constituição da República Portuguesa que se proclama que “*A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos*”.

Na doutrina, consultar GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, na obra de referência dos Autores *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 161 e segs.

Pela mesma razão, o nosso Código de Processo Civil inscreve como seu primeiro comando normativo a proibição de autodefesa e, logo a seguir, a garantia de acesso aos tribunais²³¹⁻²³².

Ao contrário do que sucede entre os juristas portugueses, a doutrina italiana discute vivamente sobre os fundamentos da proibição de pacto comissório. Em Portugal, vimo-lo já, a necessidade de tutela do devedor como parte mais débil dos contratos de concessão de crédito assegurados por garantia real é tranquilamente aceite como *ratio* do artigo 694.º CC. Fruto da acesa discussão que decorre no berço do Direito Romano, é lá que têm surgido as várias linhas de pensamento nesta matéria.

BETTI foi o primeiro a apresentar a nulidade do pacto comissório como corolário do princípio da inderrogabilidade de um procedimento judicial na realização coerciva de um direito de crédito²³³.

Seguiram-se-lhe muitos outros doutrinadores italianos²³⁴ e, na doutrina portuguesa, LEBRE DE FREITAS, por exemplo, é um dos Autores que diz sim a esta tese²³⁵.

Criticamente, diremos que esta posição parece isolar as leis adjectivas em compartimento estanque das regras do direito substantivo, apoucando que é o princípio da inderrogabilidade de procedimento judicial que é (o) tributário das normas substantivas que impõem a defesa do devedor necessitado e a tutela dos restantes credores deste, e não o inverso.

Até a sistematização do princípio da inderrogabilidade do procedimento judicial na lei processual indica não estar ancorada nele a razão de ser da proibição de pacto comissório – inserida na

²³¹ Normas que – tanto na inserção sistemática como na epígrafe e conteúdo – se mantiveram intocadas no novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho.

²³² Assim, o Código de Processo Civil, sob o título “Proibição de autodefesa”, determina no seu artigo 1.º que “*A ninguém é lícito o recurso à força com o fim de realizar ou assegurar o próprio direito, salvo nos casos e dentro dos limites declarados na lei*”, prosseguindo no artigo 2.º, intitulado “Garantia de acesso aos tribunais”, dizendo que “*1 – A protecção jurídica através dos tribunais implica o direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, a pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar. 2 – A todo o direito, exceto quando a lei determine o contrário, corresponde a ação adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da ação*”.

²³³ Cfr. EMÍLIO BETTI, em *Su gli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni*, in «Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni», vol. XXIX, parte II, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1931, pp. 699 e segs.

²³⁴ Esta doutrina conheceu muitos subscritores entre os doutrinadores italianos, dos quais se destaca MICHELE FRAGALI, *Del Mutuo (arts. 1.813-1.822)*, in «Commentario del Codice Civile», a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Libro Quarto – Delle Obbligazioni, 2.ª edizione, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1966, p. 240.

²³⁵ Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais. À luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 62 e segs. *Vide também* JOSÉ LEBRE DE FREITAS/JOÃO REDINHA/RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, p. 2.

disciplina dos direitos reais de garantia e não nas regras da responsabilidade patrimonial do devedor e da execução^{236_237}.

Já o princípio do exercício exclusivo pelo Estado da função executiva, importa sublinhar, comporta excepções, entre as quais, v.g., o penhor de coisas, em cujo regime se estabelece ser “*lícito aos interessados convencionar que a coisa empenhada seja adjudicada ao credor*” (artigo 675.º CC)²³⁸ e que as partes podem convencionar a venda extraprocessual do bem dado em garantia²³⁹.

²³⁶ A doutrina espanhola sublinha esta crítica, entre outros, pela mão de RAMÓN DURÁN RIVACOBA, *La Propiedad en Garantía. Prohibición del Pacto Comisorio*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998, p. 102.

²³⁷ E apesar dos muitos cultores da tese de BETTI, há críticos entre os doutrinadores italianos, como por exemplo CLAUDIO VARRONE, *Il Trasferimento della Proprietà a Scopo di Garanzia*, Napoli, 1968, p. 57.

²³⁸ O princípio do exercício exclusivo pelo Estado da função executiva não se trata, portanto, de um princípio absoluto. Para além da excepção descrita em texto, existem três outras que merecem destaque nesta sede. Em primeiro lugar, e ainda relativamente ao penhor de coisas que se menciona em texto, à possibilidade de convenção da venda extrajudicial da coisa empenhada acresce a possibilidade de pacto de adjudicação do bem ao credor, desde que por valor judicialmente fixado (n.º 2 do artigo 675.º CC). A segunda excepção em que escapa ao Estado a função executiva verifica-se no penhor financeiro, em que a lei prevê a possibilidade de apropriação do objecto da garantia pelo credor no âmbito dos contratos de garantia financeira (artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio). E a terceira excepção é a do instituto da cessão de bens (artigos 831.º a 836.º CC). Ao abrigo desta figura, diz o artigo 831.º, “*Dá-se a cessão de bens aos credores quando estes, ou alguns deles, são encarregados pelo devedor de liquidar o património deste, ou parte dele, e repartir entre si o respectivo produto, para satisfação dos seus créditos*” e eis, então, mais um caso em que a realização coactiva da prestação não opera judicialmente. ALMEIDA COSTA, em *Das Obrigações...*, ob. cit., p. 1012, aponta a este instituto exactamente o aspecto positivo de configurar um meio de os credores realizarem (tentarem realizar) os seus créditos fora dos demorados e dispendiosos trâmites processuais, perspectivando-o como “*um meio de se obter a satisfação dos credores sem necessidade de recurso à execução judicial e à declaração de falência do devedor*”.

Em sentido técnico, não se trata de um contrato real *quoad effectum*, porquanto não opera a transmissão da propriedade dos bens para os credores, antes produz efeitos meramente obrigacionais. Os bens permanecem na esfera jurídica do devedor, embora se limitem os seus poderes sobre os bens em causa, reduzindo-os à fiscalização da actuação dos credores e à exigência de prestação de contas, *ex vi* do artigo 834.º CC.

A caracterização da cessão de bens aos credores é pacífica, ao invés da sua muito discutida natureza jurídica entre os doutrinadores.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA vêem nesta figura a representação de um mecanismo de natureza processual, próxima do mandato, “*embora com caracteres especiais, resultantes da finalidade a que se destina*”. Cfr. vol. II do *Código Civil Anotado* dos Autores, op. cit., p. 116.

Em sentido idêntico na enunciação, MENEZES LEITÃO defende que este instituto “*configura um mandato sem representação com fins de efectivação da responsabilidade patrimonial do devedor sem recurso à execução, onde a extinção da obrigação se opera mediante uma compensação de créditos*”. Cfr. a obra do Autor *A Cessão de Bens aos Credores*, reimpressão, AAFDL, Lisboa, 1997, pp. 39 e segs. (citação retirada da p. 68).

Já PESSOA JORGE e ALMEIDA COSTA reconduzem a cessão de bens aos credores à dação em cumprimento – como diversos outros doutrinadores –, sendo que o primeiro salvaguarda que esta cessão apresenta particularidades relativamente à *datio* e o segundo sublinha como especificidade privativa poder a obrigação extinguir-se através de prestação de facto. Cfr. respectivamente F. PESSOA JORGE, *Direito das Obrigações*, 1.º vol., AAFDL, Lisboa, 1975/76, p. 436 e M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...*, op. cit., p. 1013.

Por outro lado, nunca uma proibição legal, consabidamente, impedirá as partes de adoptarem a conduta que a lei fere. Nunca a proibição expressa do artigo 694.º CC e a determinação de que é nula a estipulação pela qual credor e devedor acordam que o primeiro poderá fazer seu o objecto da garantia se este último incumprir a sua obrigação impedirá, na prática, a celebração de pactos comissórios.

Nesse caso, *quid iuris?* Utilizar o meio processualmente adequado para dirimir o litígio, para reconhecer e fazer valer os direitos dos próprios interessados ou de terceiros prejudicados.

Mais importante, só o tribunal pode declarar nulo um acto^{240,241}. Mas do ponto de vista das consequências práctico-jurídicas desta teoria, não podemos acolhê-la.

Esta tese, no limite, tornaria desnecessária a proibição do pacto, com o argumento de que a tutela judicial é assegurada em qualquer caso.

Esvaziar-se-ia o sentido do artigo 694.º CC se as partes pudessem firmar pactos comissórios e depois recorrer aos tribunais para dirimir os litígios que houvesse em torno dos acordos. E o mesmo vale para terceiros que se sentissem prejudicados com a convenção.

Notórias falhas há, portanto, nesta tese, daí que a rejeitemos *ad limine*. Por um lado, os vários desvios à regra da inderrogabilidade do procedimento judicial para a realização coactiva de créditos revelam não se tratar de princípio absoluto, acabando, indirectamente, por fragilizar a proibição do artigo 694.º CC, na medida em que uma cominação de nulidade não há-de seguramente estar alicerçada num cânone com tantas excepções. E por outro lado, pergunta-se por que não seria o pacto comissório só mais um desvio ao referido princípio? E esta é a pergunta que o argumento em presença deixa sem resposta. Consideramos, assim, que a *ratio* do artigo 694.º CC é outra e bem mais sólida, como veremos.

Diversamente, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2.º vol., reimpressão, AAFDL, Lisboa, 2001, p. 506, sustenta que a figura regulada entre os artigos 831.º e 836.º CC constitui uma verdadeira garantia especial “*conseguida através da transmissão, para os credores garantidos das faculdades de administração e disposição de certos bens, com fins de ressarcimento*”.

²³⁹ É o que dispõe o n.º 1 do artigo 675.º CC com a seguinte formulação: “*Vencida a obrigação, adquire o credor o direito de se pagar pelo produto da venda executiva da coisa empenhada, podendo a venda ser feita extraprocessualmente, se as partes assim o tiverem convencionado*”.

²⁴⁰ Cfr. regras gerais da nulidade e da anulabilidade dos negócios jurídicos, em particular o artigo 286.º CC.

²⁴¹ E, como evidencia FELIÚ REY, se a proibição do pacto comissório assentasse no princípio da inderrogabilidade do procedimento judicial, *in extremis*, nem seria necessário qualquer sancionamento legal, porque sempre os interessados teriam os mecanismos processuais para fazer valer os seus direitos, sempre os interessados teriam o princípio do acesso ao direito e aos tribunais em seu amparo. Cfr. FELIÚ REY, *La Prohibicion del Pacto Comisorio y la Opcion en Garantia*, Editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 82.

4. A tese da subtração de bens à garantia geral

Os cultores do pensamento segundo o qual o pacto comissório sonega bens à garantia geral dos credores, constituída pela universalidade do património do devedor, sublinham que a validade de tal acordo violaria clamorosamente o princípio da *par conditio creditorum*, isto é, a regra da igualdade entre credores (comuns)²⁴².

Enunciada no n.º 1 do artigo 604.º CC, a igualdade dos credores significa que “*Não existindo causas legítimas de preferência, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos débitos*”²⁴³.

O que aqui se propugna é que o pacto comissório, na prática, representa uma causa ilegítima de preferência, considerando que somente as *causas legítimas de preferência* podem afrontar o tratamento igual entre credores (do mesmo devedor) e que estas, nos termos do n.º 2 do artigo 604.º CC, são unicamente as garantias reais e as situações que a lei definir como tal (v.g. privilégios creditórios atribuídos por diplomas avulsos²⁴⁴).

Muito seguida sobretudo na doutrina italiana, por Autores de referência como LOJACONO²⁴⁵, esta tese aponta como argumento para a proibição do pacto comissório o sancionamento que a lei faz de um acordo que oferece um privilegiamento injustificado de um credor em desfavor do poder do titular do direito de propriedade de administrar e dispor dos seus bens, ainda que sujeito passivo de uma relação obrigacional.

²⁴² Vide ANTUNES VARELA, em *Das Obrigações em Geral...*, vol. II, *op. cit.*, p. 431, ensinando que a regra da *par conditio creditorum* “*que a nossa lei expressamente consagra*” determina que “*os credores (comuns), sem distinção entre mais antigos e mais modernos, são (...) tratados em pé de plena igualdade*”. Cfr. também M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações, op. cit.*, pp. 783 e segs.

Na doutrina italiana, consultar ENZO ROPPO, «*Par condicio creditorum*» *sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741, Cod. Civ.*, RDCom., 1981, pp. 305 e segs..

²⁴³ Desenvolvemos *infra* a relação entre a proibição do pacto comissório e o princípio da *par conditio creditorum* no capítulo V.

²⁴⁴ Para mais desenvolvimentos sobre os privilégios creditórios, cfr. SALVADOR DA COSTA, *O Concurso de Credores*, *ob. cit.*, pp. 211 e segs. e MIGUEL LUCAS PIRES, *Dos Privilégios Creditórios: Regime Jurídico e sua Influência no Concurso de Credores*, *ob. cit.* pp. 227 e segs.

²⁴⁵ Cfr. VINCENZO LOJACONO, em *Il patto commissorio nei contratti di garanzia, op. cit.*, pp. 22 e segs. e também outros nomes de relevo como FRANCESCO CARNELUTTI, em *Note sul patto commissorio (Studi di diritto processuale)*, in «*Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*», vol. XIV, parte II, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1916, p. 890 e VIRGILIO ANDRIOLI, *Disciplina intertemporale del patto commissorio e sua applicabilità ai privilegi speciali*, in «*Il Foro Italiano*», LXVII, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1942, pp. 954 e segs..

Uma tal limitação ao direito real por excelência não conhece precedentes no direito português; aliás, a nossa lei estabelece meios próprios para a salvaguarda dos direitos dos credores nos casos de subtracção indevida de bens do património do devedor que representem, nessa medida, uma diminuição da garantia patrimonial.

Entre os mecanismos de conservação da garantia geral dos credores, encontra-se a declaração de nulidade (artigo 605.º CC), a sub-rogação do credor ao devedor (artigos 606.º a 609.º CC), o arresto (artigos 619.º a 622.º CC) e (porventura o mais emblemático) a impugnação pauliana (artigos 610.º a 618.º CC)²⁴⁶, sistematizados no capítulo do nosso Código Civil reservado à garantia geral das obrigações.

Não acolhemos este entendimento, porque não partilhamos da visão do impedimento legal do pacto comissório como instrumento ao serviço dos mecanismos conservatórios da garantia patrimonial dos credores. É que esta percepção seria difícil de compatibilizar com o nosso quadro legal de limitações tão excepcionais do direito de propriedade. Por outro lado, se esta fosse a *ratio* do artigo 694.º CC, ele esvaziar-se-ia de sentido diante de institutos jurídicos concebidos especificamente para tutelar o credor.

Assim, a essência da proibição do pacto comissório, cremos, não é murar a garantia geral das obrigações, porque o nosso ordenamento não proíbe genericamente os actos de disposição patrimonial dos devedores e ainda porque, como existem meios próprios para os credores reagirem em caso de efectiva diminuição patrimonial, o artigo 694.º CC seria perfeitamente inútil ou, pelo menos, redundante, para além de ser absolutamente firme que o preceito tutela a posição passiva (e não a posição activa) da relação obrigacional.

Sem embargo, sempre se dirá que o presente fundamento não nos merece também repúdio. As questões que suscita são perfeitamente válidas, quer a da diminuição da garantia geral que o pacto comissório representa quer a da situação ilegítima de desigualdade em que coloca os demais credores do devedor outorgante.

Cremos, simplesmente, haver *ratio* para além desta *ratio*.

²⁴⁶ Sobre a impugnação pauliana, vide PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, op. cit., pp. 15-45 e M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, op. cit., pp. 795-813 e também *Nótula a propósito da impugnação pauliana*, in «Revista de Legislação e Jurisprudência», ano 132.º, n.º 3903, Outubro, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 165-167.

5. A tese do interesse social na não difusão do pacto comissório

Também na doutrina italiana, surge uma outra linha de pensamento, da autoria de BIANCA²⁴⁷⁻²⁴⁸, situando a *ratio essendi* da proibição do pacto comissório na tutela do interesse geral em evitar a sua celebração *massiva*, uma vez que a figura é propícia a exigências abusivas do credor.

O Autor classifica o pacto comissório como uma alienação em garantia, entendendo tratar-se de venda sob (a) condição suspensiva de o devedor incumprir, razão por que proclama que a venda *a retro* é abrangida pela proibição daquele pacto²⁴⁹⁻²⁵⁰.

Perfilhada na doutrina portuguesa por ANA PRATA²⁵¹, esta tese alerta que a utilização disseminada do pacto comissório esvaziaria de sentido o sistema de garantias e que este se pretende apto a sujeitar o património do devedor à finalidade de assegurar o crédito.

O fundamento em presença emerge da teoria do devedor necessitado e é em combinação com as suas premissas, segundo BIANCA, que se explica a opção do legislador ferir de nulidade o pacto comissório, ao invés de o sancionar menos severamente (com a anulabilidade, por exemplo)²⁵².

Sic, parece-nos tratar-se de um argumento de reforço da tese *clássica*: o interesse social, aqui invocado, em não permitir que o pacto comissório se torne *cláusula de estilo* nos contratos de concessão de crédito, dir-se-á o interesse geral na manutenção de uma certa visão destes negócios, a de que o devedor é a parte mais fraca.

²⁴⁷ Cfr. MASSIMO BIANCA, *Patto commissorio*, in «Novissimo Digesto Italiano», XII, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1976, p. 711-721 e, do mesmo Autor, *Il Divieto del Patto Commissorio*, Giuffrè Editore, Milano, 1957, pp. 215 e segs..

²⁴⁸ Em Itália, esta doutrina foi seguida por UGO CARNEVALI, em *Patto commissorio*, ob. cit., p. 501 e em Espanha por CAPILLA RONCERO, em *La Responsabilidad Patrimonial Universal y el Fortalecimiento de la Protección del Crédito*, Fundacion Universitaria de Jerez, 1989, p. 280 e por FELIÚ REY, em *La prohibicion del Pacto Comisorio...*, op. cit., pp. 87-88.

²⁴⁹ Reza o artigo 2744 do Código Civil italiano (norma que prevê e proíbe o pacto comissório): “*È nullo o pacto pelo qual se convencione que, na falta de pagamento do crédito no prazo acordado, a propriedade da coisa hipotecada ou dada em penhor passa para o credor. O pacto é nulo ainda que seja posterior à constituição da hipoteca ou do penhor*”(tradução nossa).

²⁵⁰ De igual modo, entre nós, VAZ SERRA, aquando da elaboração do Código Civil de 1966, nas propostas que apresentou no âmbito dos trabalhos preparatórios, advogava a proibição da venda *a retro*, afirmando ser-lhe “*aplicável a razão de ser da proibição do pacto comissório*”. O código de Seabra, explica o Autor “*proíbe a venda «a retro», mas, se ela vier a ser autorizada, pode, por meio de uma venda dessa espécie*”, adverte, “*obter-se o resultado prático de um penhor ou hipoteca com pacto comissório*”. Cfr. ob. cit. do Autor *Penhor*, in *BMJ*, n.º 58, p. 220.

²⁵¹ Consultar ANA PRATA, *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 336.

²⁵² Cfr. BIANCA, *Patto commissorio*, op. cit., pp. 716-718.

Em sequência, segundo esta doutrina, o sistema de garantias, como todo unitário, imerge nesta concepção da debilidade negocial do devedor, daí que nele encontremos, entre outros, dois grandes princípios: a protecção do sujeito passivo da relação obrigacional e a não apropriação do objecto da garantia.

Se o pacto comissório não fosse tão severamente punido, tornar-se-ia a regra nos mútuos, com sério prejuízo para a lógica interna do sistema de garantias que passa, por um lado, pela sujeição do património do devedor às responsabilidades obrigacionais deste (garantia geral) e também pela afectação especial de certo bem ao cumprimento de certa obrigação, com ciência de todos os credores (garantias reais).

O pacto comissório incapacita as garantias de assegurarem a realização dos créditos, porque destina prévia e ocultamente um bem à satisfação de um credor, com prejuízo e desconhecimento dos demais, desprotegendo também o devedor que fica à mercê do credor beneficiário do pacto. No fundo, o que aqui se advoga é que só a nulidade tutela eficazmente o devedor, (todos) os credores e a teleologia do sistema de garantias, razão por que a sanção máxima do pacto comissório responde a uma exigência comunitária de não disseminação deste acordo.

Interpretada *cum grano salis*, entendemos que esta posição representa um contributo válido para a busca da *ratio* do artigo 694.º CC. Vale isto por dizer que a tese do risco de difusão do pacto comissório como cláusula de estilo é meritória como complemento da tese do devedor necessitado e se centrada no risco de desproporção entre o valor da garantia e da dívida, porque só neste contexto se pode considerar a existência de um interesse social subjacente à proibição e invalidade absoluta do pacto comissório.

6. As teses compósitas

Sublinhamos que a tese do devedor necessitado é a que mais se evidencia, podendo mesmo considerar-se a tese clássica, e damos também conta que é frequentemente acolhida nas posições doutrinárias que denominamos *teses compósitas*.

E, na verdade, florescem as teses sobre a *ratio* da proibição absoluta do pacto comissório que contêm na sua formulação elementos de diferentes posições dogmáticas.

Desde logo, na doutrina italiana, CONSTANZA²⁵³ iniciou o movimento e a tendência actual de identificação de argumentos válidos nas diversas teorias que explicam a nulidade do pacto comissório. Defende que devem acolher-se todas as *rationes* que se mostrem compatíveis entre si.

²⁵³ Vide M. CONSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia*, *op. cit.*, p. 1024.

Também entre os pensadores do Direito portugueses, conspícuos nomes aderem ao conceito de *ratio* plúrima, partilhando a visão do artigo 694.º CC como preceito que agrega e salvaguarda mais do que um desiderato, mais do que um dos fins enunciados nas teses de *ratio* única.

CALVÃO DA SILVA²⁵⁴ vê na proibição do pacto comissório o corolário compósito das teses do devedor necessitado e da igualdade de credores, tomando por pluralmente subscrita esta posição, ao afirmar que a sanção com que a lei fere o pacto comissório é “*consabidamente*” obreira da “*tutela do devedor, em estado de debilidade ou necessidade, das pressões do credor e também da tutela de terceiros credores («par condicio creditorum»)*”.

Militando na escola transalpina, JANUÁRIO GOMES²⁵⁵ declara-se fiel prosélito da mensagem de CONSTANZA, entendendo que o legislador se apoiou num conjunto de fundamentos, e não numa única *ratio*, para a formulação do artigo 694.º CC, elegendo as teses do devedor necessitado e do interesse social na não difusão do pacto comissório e sublinha que a norma tem subjacente uma razão se ser “*plúrima e complexa, relevando, a um tempo, o propósito de proteger o devedor da (possível) extorsão do credor e a necessidade, que corresponde a um interesse geral do tráfego, de não serem falseadas as «regras do jogo», através da atribuição injustificada de privilégios a alguns credores, em objectivo (...) prejuízo dos demais*”.

De igual modo ISABEL MATOS²⁵⁶ professa-se “*de opinião que a proibição do pacto comissório tem um fundamento composto*”, manifestando a sua opção pelo argumento do estado de necessidade do devedor e do interesse geral na não difusão do pacto comissório como cláusula de estilo, expressando que o impedimento legal “*emerge primacialmente da necessidade de acautelar o devedor perante abusos do credor, mas resulta também do interesse social em evitar a disseminação do pacto*”.

7. Posição adoptada

Numa retrospectiva dos fundamentos analisados, o mais solicitado é o da *tese do devedor necessitado*. A ideia do devedor como parte negocialmente debilitada replica um (pre)conceito impregnado no espírito do legislador que vem desde o édito do imperador Constantino²⁵⁷ que

²⁵⁴ Cf. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros...*, ob. cit., p. 235.

²⁵⁵ Como podemos ler em MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida...*, op. cit., pp. 94.

²⁵⁶ Vide ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório...*, op. cit., p. 73.

²⁵⁷ Vide o teor do édito na nota 111 e mais desenvolvimentos sobre o documento *supra* na análise histórica da figura do pacto comissório.

proibiu o pacto comissório e com ele a premissa da necessidade de protecção do devedor que enforma toda a *tese do devedor necessitado* e a *tese da condenação da usura*, na sua ponderação segundo a qual o dito pacto expõe o devedor ao risco de exigências usurárias por parte do credor, e que ele pode acabar por aceitar dada a sua condição de escassez de recursos que (só) o credor pode colmatar²⁵⁸.

De igual modo, a *ratio* mais antiga é convocada na *tese da diminuição da garantia geral*, porquanto, a par da questão do desrespeito pela regra da *par conditio creditorum*, também se aponta que o pacto comissório deita por terra a arquitectura garantística do sistema de segurança do crédito, assente em dois precípuos pilares: o princípio da protecção do devedor e o da não apropriação do objecto da garantia. O que são estes princípios senão guardiões da *tese do devedor necessitado*?

Quanto à *tese do interesse social na não difusão do pacto comissório*, também ecoa a ideia de inferioridade da posição contratual do devedor, ao defender que a adopção de cláusulas comissórias como cláusulas de estilo prejudica o curso normal do tráfego jurídico, porque esvazia de função as garantias reais e propicia desequilíbrios prestacionais, com injustificado benefício para o credor, uma vez que a garantia é quase sempre bem mais valiosa do que a obrigação garantida. Por que consente o devedor nesta desproporção, dando em garantia um bem que vale muito mais do que o seu débito? Segundo esta posição, porque a sua situação de necessidade o empurra para aceder às exigências do credor.

Do nosso lado, simpatizamos com a posição de princípio das teses mistas, abraçando, a um tempo, a tese do devedor necessitado e uma outra *ratio* decursiva, mas que só vimos tratada autonomamente pela doutrina na explicação da sanção e não tanto na identificação do fundamento da própria razão de ser da proibição.

E essa outra *ratio*, na verdade, parece-nos a determinante razão de ser da proibição do pacto comissório: o desequilíbrio (que propicia) entre valor da garantia e valor da obrigação garantida. Porque este é o grande risco que o devedor corre: oferecer em garantia um bem que valha muito mais do que o *quantum debeatur*, impensadamente. *Id est*, o risco de tomar essa decisão levemente: porque o credor lhe impôs o pacto como condição para a concessão de crédito ou porque tem esperança/ilusão de conseguir pagar²⁵⁹ e, por isso, não mede bem as consequências do seu acto e do próprio cenário de incumprimento.

²⁵⁸ Por isso, como ficou dito *supra*, a doutrina reconhece um certo grau de sobreposição entre a *tese do devedor necessitado* e a *tese do sancionamento da usura*.

²⁵⁹ Cfr. ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, *op. cit.*, p. 221 que nos fala da mui ténue fronteira entre esperança e ilusão.

Parece-nos claro que a proibição tem subjacente o estado de necessidade do devedor e, portanto, a sua debilidade negocial, mas se o legislador só tivesse querido tutelar o devedor e o risco de ter a sua *vontade diminuída*, bastariam os institutos próprios dos vícios da vontade. Por outro lado, nos casos em que se está, de facto, *apenas* perante uma decisão de negócio *pouco ponderada*, a situação não parece suficientemente grave para ditar a nulidade do negócio.

Na nossa visão, a lei faz uma tutela dupla do devedor: protege, sim, a sua posição de fragilidade para negociar as concretas condições do crédito, mas também o coloca a coberto de uma garantia excessiva. É que, ensina a realidade prática, tantas vezes os credores solicitam uma segurança desproporcionalmente mais elevada do que o crédito, ainda mais com a perspectiva de apropriação automática do bem se o devedor não cumprir.

Dir-se-á outrossim que o Direito já disponibiliza ao devedor meios de reacção próprios, como o instituto do enriquecimento sem causa, mas, cremos, a disrupção que o pacto comissório representa no funcionamento do sistema de garantias justifica que a lei o fira com *a sanção das sanções*.

Com o exposto, enunciámos quatro premissas: em primeiro lugar, o contributo da *tese do interesse social na não difusão do pacto comissório*, porque, como aceitamos que o pacto esvazia de função as garantias reais, então, temos de reconhecer que ele configura, de facto, um elemento de anormalidade no tráfego comercial-jurídico. Em segundo lugar, anotar como o pendor disruptivo do pacto comissório se manifesta também no afrontamento ao princípio *par conditio creditorum*. Em terceiro lugar, clarificar que a apontada desproporção entre as prestações do credor e do devedor não significa necessariamente que defendamos, sem mais, a validade do pacto comissório quando a garantia não for gritantemente mais valiosa do que o débito não pago, quer porque a aferição casuística implicaria uma acção do devedor que o legislador não espera dele quer porque as avaliações caso a caso não sanariam as objecções preditas. Um tal caminho só é coerente com a intervenção legislativa no artigo 694.º CC que admita o pacto marciano²⁶⁰. Em quarto lugar, sublinhamos que a nossa posição quanto à *ratio* do artigo 694.º CC coloca a tónica principal da norma no risco de desequilíbrio prestacional, por julgarmos que neste elemento se congregam os argumentos válidos das múltiplas *rationes* que a doutrina tem indicado como explicação da nulidade pacto comissório.

Na verdade, sobretudo os fundamentos do estado de necessidade do devedor, da usura, do interesse social na não difusão do pacto comissório como cláusula de estilo e da diminuição da garantia das obrigações pretendem demonstrar, por um lado, a insuficiência dos demais

²⁶⁰ Como ponderaremos ao longo da nossa reflexão.

institutos jurídicos para proteger o devedor e, por outro, que a clamorosa injustiça que o pacto comissório promove decorre do (risco de) excessivo e injustificado valor da garantia.

O *estado de necessidade do devedor* condu-lo a aceitar as condições impostas pelo credor, acreditando que o seu património não perigará, porque julga ter capacidade para cumprir.

A *usura* (o seu espectro) paira sobre o pacto comissório, porquanto o bem dado em garantia é, em princípio, mais valioso do que o crédito.

O *interesse social na não difusão do pacto comissório como cláusula de estilo* é outra manifestação do risco que este acordo representa para o devedor e, também nesta perspectiva, para o sistema de garantias no seu todo, pois a violação do princípio da não apropriação do objecto da garantia que ele representa desvirtua a função da garantia, desprotege o devedor e gera a absoluta insegurança e incerta na esfera jurídica dos credores.

A *diminuição da garantia das obrigações* aponta outrossim para o perigo de exagerado valor da garantia em relação ao débito como nota do pacto comissório a exigir a sua nulidade, tanto pelo injusto empobrecimento do devedor como pelo injustificado prejuízo que daí resulta para os demais credores deste.

Em sequência, abrimos caminho à admissibilidade do pacto marciano, *de iure condito*, pelas razões enunciadas e também nos demais termos que melhor iremos expondo ao longo desta reflexão.

SECÇÃO III

MODALIDADES DE PACTO COMISSÓRIO

Breve enquadramento

O pacto comissório é um instituto secular que foi sendo classificado, ao longo dos tempos, à luz de diversos critérios²⁶¹. Convocamos as quatro classificações que acrescentam pontos de reflexão ao presente estudo para que a partir delas surjam também os argumentos conclusivos sobre se alguma das modalidades de pacto comissório será admissível à luz do artigo 694.º CC e quais as que integram o âmbito da sua proibição.

²⁶¹ Para mais desenvolvimentos, consultar FELIÚ REY, *La Prohibicion del Pacto Comisorio...*, *op. cit.*, pp. 88 e segs., VINCENZO LOJACONO, *Il Patto Comissorio...*, *op. cit.*, pp. 71 e segs. e RÁMON DURÁN RIVACOBÁ, *La Propriedad en Garantía...*, *op. cit.*, pp. 67 e segs..

1. Quanto à sua relação com as garantias reais

Em função da distinção entre pacto comissório que *de per se* represente garantia não tipificada e as garantias reais legalmente previstas, separa-se, respectivamente, pacto comissório autónomo de pacto em garantia.

O *pacto comissório em garantia* é aquele convencionado no âmbito de uma garantia típica, convenção nos termos da qual o bem dado para assegurar o crédito ingressa automaticamente na esfera do credor se o devedor não cumprir a obrigação que sobre si impende.

Grosso modo, este pacto opera a execução extrajudicial de uma garantia real e é exactamente esta a tipologia que o nosso Código Civil proíbe de modo expresso a propósito da hipoteca e que estende a todas as restantes garantias reais, por remissão²⁶².

Ao invés, o *pacto comissório autónomo* caracteriza-se por não se encontrar associado a uma garantia real, o que dificulta a sua detecção, v.g. quando dissimulado sob o *nomen iuris* de outras figuras jurídicas lícitas²⁶³⁻²⁶⁴⁻²⁶⁵.

Os doutrinadores italianos sublinham a abundância prática com que os sujeitos lançam mão desta modalidade de pacto comissório. Entre eles, ROPPO alerta para a realidade material-jurídica de onde emerge grande número de casos práticos de pactos comissórios autónomos, uma vez que se encontram, em regra, *ocultos*²⁶⁶ na licitude formal de outros negócios jurídicos perfeitamente válidos, habitualmente negócios translativos com função de garantia.

Facilmente se concluirá que o pacto comissório autónomo tanto pode revestir a forma de negócio condicional suspensivo como resolutivo. O pacto residirá num negócio celebrado sob condição suspensiva sempre que as partes estipulem que o credor fará seu um dado bem do devedor se este incumprir a obrigação a que se encontra adstrito. Nos casos de negócio sob

²⁶² A proibição de pacto comissório consagrada no regime da hipoteca (artigo 694.º CC) é extensível à consignação de rendimentos por remissão expressa do artigo 665.º CC, ao penhor por remissão do artigo 678.º CC e aos privilégios creditórios por remissão do artigo 753.º CC.

²⁶³ Na doutrina italiana, Autores como ENZO ROPPO, alertam que a celebração deste tipo de pactos é mais frequente do que se possa imaginar, falando em verdadeiros “*pactos comissórios ocultos*”, em regra, sob a veste de negócios translativos celebrados com finalidade de garantia. Cfr. em GUIDO ALPA/MARIO BESSONE/ENZO ROPPO, «*Rischio Contrattuale e Autonomia Privata*», Jovene Editore, Napoli, 1982, p. 261.

²⁶⁴ Na doutrina italiana, discute-se vivamente se o pacto comissório autónomo é proibido ou não, uma vez que esta modalidade não está vedada por lei *expressis verbis*, embora a corrente maioritária entenda que a proibição do artigo 2744 do Código Civil italiano (a norma que proíbe o pacto comissório e que corresponde ao nosso artigo 694.º CC) abrange os pactos comissórios autónomos. Neste sentido, *verbi gratia* UGO CARNEVALI, *Patto commissorio*, in «Enciclopedia del Diritto», XXXII, Giuffrè Editore, Milano, 1982, p. 502.

²⁶⁵ Também em Espanha entende-se maioritariamente que a proibição de pacto comissório inserta no artigo 1859º do Código Civil é extensiva analogicamente a todas as modalidades negociais que pretendam alcançar o fim vedado pela referida norma. Cfr. entre outros FELIÚ REY, *La Prohibicion...*, *op. cit.*, pp. 134 e segs..

²⁶⁶ Segundo a terminologia de ENZO ROPPO (cfr. nota 263).

condição resolutiva, o bem que assegura o crédito ingressa *ab initio* na esfera patrimonial do credor, repousando o pacto comissório no acordo segundo o qual o bem regressará à titularidade do devedor se este cumprir ou que a transferência de propriedade para o credor será definitiva se o devedor não cumprir.

De iure condito, deve rejeitar-se tanto o pacto comissório em garantia como o pacto autónomo? A resposta não pode deixar de ser afirmativa, sobretudo depois do que dissemos na reflexão acerca da(s) *ratio(nes)* da proibição do artigo 694.º CC.

Aqui convocamos novamente a doutrina italiana para sublinhar a ampla discussão em torno da (i)licitude do pacto comissório autónomo, uma vez que a lei civil de Roma não contempla uma norma expressa que o proíba.

Na verdade, o Código Civil italiano fere o pacto comissório em garantia no artigo 2744 (epigrafado “*Proibição do pacto comissório*”²⁶⁷), norma que se integra na disciplina da responsabilidade patrimonial do devedor. E é precisamente apoiada no argumento da inserção sistemática do preceito que a corrente dominante defende que o que o legislador quis proibir foi o pacto comissório, entendido como qualquer acordo atentatório das regras da responsabilidade patrimonial do devedor pelo inadimplemento das suas obrigações²⁶⁸.

Em Espanha, FELIÚ REY resume a posição dominante na doutrina e na jurisprudência, afirmando que a norma da lei civil que fere de nulidade o pacto comissório (artigo 1859º do Código Civil espanhol²⁶⁹), proibindo o credor de se apropriar dos bens empenhados ou hipotecados, apesar de se reportar, *expressis verbis*, somente ao âmbito das garantias reais, deve considerar-se analogicamente extensiva às demais situações em que seja acordada a transmissão do objecto da garantia para o credor quando o devedor incumprir a obrigação que sobre ele impende²⁷⁰.

O nosso artigo 694.º CC também parece apontar no sentido da proibição do pacto comissório autónomo. E qualquer que seja o entendimento que se perfilhe acerca da *ratio* da norma. Senão vejamos: na óptica da tese do devedor necessitado, qualquer pacto comissório desguarnece claramente a posição contratual (mais frágil) do devedor em relação ao credor. Por banda dos Autores que vislumbram no impedimento legal do pacto comissório a censurabilidade da usura, não poderão deixar de concluir que também os pactos autónomos consubstanciam perigo de exposição do devedor aos abusos do credor. De igual modo, o pensamento que vê no artigo 694.º

²⁶⁷ Tradução nossa do original “*Divieto del patto commissorio*”.

²⁶⁸ *Vide*, por todos, VINCENZO LOJACONO, *Il Patto Commissorio nei Contratti di Garanzia*, ob. cit., p. 71.

²⁶⁹ O artigo 1859º do Código Civil espanhol determina que “*O credor não pode apropriar-se (...) das coisas dadas em penhor ou hipoteca*” – tradução nossa do original que diz “*El acreedor no puede apropiarse (...) las cosas dadas en prenda o hipoteca*”.

²⁷⁰ Cfr. FELIÚ REY, *La Prohibicion del Pacto Comisorio...*, op. cit., pp. 134 e segs..

CC uma manifestação do princípio da inderrogabilidade de procedimento judicial na realização coactiva de prestação sinalizará um inadmissível mecanismo de auto-satisfação do credor em qualquer acordo que lhe permita fazer seu o bem que lhe assegura o crédito. Por outro lado, qualquer convenção comissória autónoma violará o princípio da *par conditio creditorum*, pelo que a tese de que a razão de ser do artigo 694.º CC reside no sancionamento da subtracção de bens à garantia geral das obrigações também apontará a existência de uma diminuição ilícita do acervo patrimonial do devedor em estipulação comissória firmada fora do âmbito das garantias reais. Finalmente, os defensores do interesse social em evitar a disseminação dos pactos comissórios não-de identificar igual risco de utilização deste pacto como *cláusula de estilo* tanto no pacto comissório em garantia como no pacto comissório autónomo, razão por que não deixarão de considerar aplicável a estatuição do artigo 694.º CC a ambas as modalidades.

Sic, como a posição do credor, num quadro negocial de concessão de crédito, é a mesma tanto no pacto comissório em garantia como no pacto autónomo, deve estender-se a proscrição legal a quaisquer convenções de natureza comissória, porque se mantêm as razões de inadmissibilidade da estipulação de apropriação do objecto da garantia pelo credor se não cumprir o devedor a sua obrigação, atento o risco de ceder às exigências daquele e o perigo de desequilíbrio negocial, pela possibilidade de o bem que assegura o crédito apresentar um valor superior ao *quantum debeat*.

2. Quanto ao preço de transmissão do objecto da garantia

Deste prisma, existe uma nítida linha de fronteira entre pacto comissório desequilibrado e pacto *marciano*^{271_272_273}.

²⁷¹ A (singular e curiosa) denominação do *pacto marciano* nasceu do facto de este acordo ter ficado conhecido pelo nome do autor de um parecer jurídico emitido a seu respeito. Com efeito, a denominação «*pacto marciano*» deriva da circunstância de um acordo submetido à apreciação do jurisconsulto romano Marciano ter passado a ser designado pelo nome do autor do referido parecer, emitido a respeito da seguinte questão: poderia o credor fazer seu o objecto do penhor ou da hipoteca no caso de o devedor não pagar? A resposta dada pelo jurisconsulto romano (Marciano) a quem a pergunta foi colocada, a propósito de um concreto caso, foi sim. Sim, desde que por justo preço, pronunciou-se Marciano, com a seguinte formulação: “*Pode assim fazer-se a entrega do penhor e da hipoteca, de modo que, se dentro de certo período de tempo o dinheiro não for pago, o comprador tomar posse da coisa por um justo preço então avaliado: neste caso parece ser uma venda condicional, e assim os divinos Severo e António decidiram por rescrito*” – tradução nossa do original em latim que diz “*Potest ita fieri pignoris datio hypotecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestidandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio, et ita divinus Severus et Antonius rescripserunt*” (*Corpus Iuris Civilis*, Digesto 20, 1, 16, 9).

No pacto comissório desequilibrado, o bem dado em garantia ingressa *sic et simpliciter* no património do credor se o devedor incumprir, podendo ser de valor bastante superior ao montante da dívida não paga. O efeito translativo é independente do valor da garantia que assegura o crédito, pelo que não pode deixar de considerar-se vedado *ex vi* do artigo 694.º CC ante a possibilidade de locupletamento injustificado do credor à custa do devedor.

O *pacto marciano* opera a transmissão do bem dado em garantia para o credor uma vez incumprida a obrigação do devedor, *ipso facto*, mas por *preço justo* e esta é a nota distintiva relativamente ao pacto comissório desequilibrado. Razão por que o *pacto marciano* é também designado por *pacto comissório equilibrado*.

No pacto comissório *desequilibrado*, a apropriação do objecto da garantia pelo credor, acontece desde que aconteça o incumprimento do devedor, independentemente da equivalência ou desequilíbrio entre os valores do bem e da dívida, sendo que na maioria das situações, o credor, perante um devedor falto de crédito, só aceitará como garantia um bem claramente mais valioso do que o *quantum debeatur*.

No *pacto marciano*, estipula-se que havendo inadimplemento, querendo o credor usar a prerrogativa de fazer seu o *quid* da garantia, fica obrigado a entregar ao devedor a diferença positiva de valor entre o bem dado em garantia (que fez seu) e o montante da dívida²⁷⁴. Na hipótese de diferença negativa, o devedor fica parcialmente exonerado e permanece obrigado a pagar o valor não *coberto* pelo (valor do) objecto da garantia. Por outras palavras, se o bem

Marciano, o jurisconsulto com cujo nome o pacto marciano foi *baptizado*, integra o núcleo dos sete jurisconsultos clássicos (juntamente com Iavolenus, Iulianus, Africanus, Pomponius, Q. Cervidius Scaevola e Marcellus) e foi contemporâneo de Paulo e Ulpiano. (Para uma leitura mais contextualizada, cfr. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum). I Introdução. Fontes*, 4.ª edição, Coimbra, 1984, p. 458).

²⁷² Não é sequer (pelo menos, não totalmente) pacífica a qualificação do *pacto marciano* como simples modalidade do pacto comissório.

Desde logo, em Itália, este é um dos aspectos em torno da *lex commissoria* que (também) muito se discute, assinalando-se correntes de pensamento defendendo tratar-se de figuras jurídicas distintas (cfr. nota seguinte).

E, em bom rigor, diante do pacto marciano, é fortemente abalado o argumento do perigo de desproporção entre o valor da garantia e do crédito que se aponta como (um dos) pilar(es) da proscrição legal do pacto comissório nas legislações modernas de inspiração continental. É que nos termos de um *pacto marciano*, o credor, fazendo seu o objecto da garantia em caso de inadimplemento do devedor, fica obrigado a entregar a este último o excedente de valor entre o bem e o montante da dívida não paga. (voltaremos a esta questão mais desenvolvidamente *infra* em texto, no capítulo seguinte).

²⁷³ Na verdade, entre os doutrinadores italianos, encontramos Autores que proclamam uma clara distinção conceptual entre pacto comissório e pacto marciano, v.g. NICOLA CIPRIANI, em *Patto Commissorio e Patto Marciano. Proporzionalità e Legittimità delle Garanzie*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2000, pp. 12 e segs..

²⁷⁴ Favoráveis à admissibilidade legal desta modalidade de pacto comissório encontramos, na doutrina italiana, VINCENZO LOJACONO, *Il Patto Commissorio...*, *op. cit.*, p. 71 e, na doutrina espanhola, RAMÓN DURÁN RIVACOBA, *La Propriedad en Garantía...*, *op. cit.*, p. 71.

que o credor fez seu for mais valioso do que o valor da obrigação, o credor tem de entregar o excedente ao devedor; mas se o bem que as partes convencionaram transferir para o credor no cenário de incumprimento do devedor for menos valioso do que o montante total da dívida, o devedor apenas se libera na medida da realização do crédito pela entrega do bem ao credor, permanecendo obrigado perante este a pagar-lhe o restante não liquidado com o (valor do) bem. A menos, claro, que o credor exonere o devedor do vínculo obrigacional, considerando-se *pago* com bem em causa.

A determinação do *preço justo* torna a avaliação do bem dado em garantia o ponto axial do pacto marciano. Os Autores que defendem a validade desta convenção sublinham a importância deste procedimento e o perigo de avaliação precipitada e subjectiva; no fundo, alertam para o risco de se estipular a transmissão do bem para o credor por preço injusto²⁷⁵.

Muitos doutrinadores entendem que a garantia de determinação de *preço justo* depende sobretudo da posteridade da avaliação relativamente ao incumprimento da obrigação para que se afira a (possível) desvalorização sofrida pelo bem desde a constituição da garantia até ao inadimplemento obrigacional²⁷⁶.

Creemos em nada desacautelar a posição do devedor a determinação do valor do objecto da garantia coeva com a sua prestação, desde que a avaliação seja ratificada ou rectificada se a obrigação não for cumprida, com idoneidade, objectividade e isenção.

Destarte, igual ou superiormente importante ao *quando* da avaliação é a sua autoria e os critérios por que se rege. Se o bem for avaliado pelas partes, deve terceiro idóneo e independente validar o preço estipulado. Se o valor for determinado ou determinável segundo critérios fixados convencionalmente, de igual modo, deve a razoabilidade dos mesmos ser atestada com justiça e independência, por pessoa ou entidade imparcial. Se tramitada judicialmente, a avaliação tem de ser mais célere e menos onerosa do que a execução judicial da garantia.

Se realizada extraprocessualmente, deve a lei regular os precisos termos desta avaliação, uma vez que se processará totalmente à margem dos mecanismos de controlo judiciais quer de tutela do devedor quer de tutela dos demais credores deste devedor.

O ingresso do bem que garante o crédito na esfera jurídica do credor garantido, por preço justo, determinado ou determinável em simultâneo com a prestação da garantia, confirmado ou corrigido em momento ulterior ao incumprimento, por terceiro idóneo e independente, não parece incompatível com a proibição do artigo 694.º CC. Vale isto por dizer da admissibilidade do pacto marciano no ordenamento jurídico português.

²⁷⁵ Vide por todos VINCENZO LOJACONO, *Il Patto Commissorio...*, *op.cit.*, p. 74.

²⁷⁶ Entre estes Autores situa-se VINCENZO LOJACONO (cfr. nota anterior).

E avolumam-se as vozes dos apoiantes da validade do pacto marciano, sobretudo em Itália. A maioria dos doutrinadores italianos defende que a proibição do pacto comissório não se estende ao pacto marciano²⁷⁷. Aqueles que questionam a validade dos negócios de alienação fiduciária em garantia cedem perante a obrigação de o credor entregar ao devedor o excedente do valor do bem que fez seu em relação ao montante da dívida²⁷⁸. Na doutrina que identifica o fundamento da nulidade do pacto comissório no interesse social de evitar a prática da sua celebração como cláusula de estilo entende-se que o pacto marciano será válido sempre que se mostre acautelado judicialmente o equilíbrio de posições contratuais na concreta determinação do valor do objecto da garantia²⁷⁹. Em Espanha, os pensadores do Direito vêem na comutatividade que o pacto marciano encerra o argumento decisivo para que seja admitido, embora não coincidam na resposta à questão de saber se *de iure condito* se pode considerar válido tal acordo²⁸⁰.

Entre nós, as opiniões dividem-se, embora, mais recentemente, pareça ganhar consistência um argumentário em torno da questão da *ratio* do artigo 694.º da lei civil portuguesa que aponta para uma interpretação normativa consentânea com a admissibilidade legal do pacto marciano. Historicamente, não deixa de ser interessante sublinhar que no tempo das Ordenações, à luz do entendimento dominante, o pacto marciano era considerado válido, por não usurário. Em sentido contrário, mais recentemente, nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, VAZ SERRA mostra-se frontalmente contrário à validade de qualquer modalidade de pacto comissório, ainda que o bem se transfira para a esfera patrimonial do credor por justo preço e ainda que apresente valor fixado em mercado, entendendo dever ser proibido também o pacto marciano pela persistência do risco de usura, “*visto subsistir o perigo do pacto comissório: o credor apropriar-se-ia de uma coisa, que o empenhador não quererá vender-lhe nessas condições, se não fosse a dificuldade económica em que se encontrava*”²⁸¹.

²⁷⁷ Entre os quais VINCENZO LOJACONO, *Il Patto Commissorio...*, *op. cit.*, pp. 79 e segs., MICHELE FRAGALI, *Del Mutuo...*, *op. cit.*, pp. 255 e segs. e ENZO ROPPO, *Note sopra il divieto...*, *op. cit.*, p. 264.

²⁷⁸ Cfr. FRANCO ANELLI, *L’Alienazione in Funzione...*, *op. cit.*, p. 453.

²⁷⁹ Cfr. MASSIMO BIANCA, *Patto commissorio...*, *op. cit.*, p. 718 e *Il Divieto del Patto...*, *op. cit.*, pp. 175 e segs..

²⁸⁰ RAMÓN DURÁN RIVACOBÁ responde afirmativamente em *La Propiedad en Garantía...*, *op. cit.*, p. 72 bem como NURIA BOUZA VIDAL em *Las Garantías Mobiliarias en el Comercio Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 75.

Contudo, FELIÚ REY e L. FERNANDO REGLERO CAMPOS não vão tão longe, como podemos ler (respectivamente) em *La Prohibición del Pacto...*, *op. cit.*, pp. 138-139 e em *Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio*, in «Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil», tomo II «Garantías Reales», vol. 1, «Garantías Mobiliarias», Coordinación de Ubaldo Nieto Carol y Miguel Muñoz Cervera, Civitas, Madrid, 1996, pp. 434-435.

²⁸¹ Como podemos ler em VAZ SERRA, *Penhor*, in BMJ, n.º 58, *op. cit.*, p. 219, embora, na redacção final proposta para a norma reguladora da proibição do pacto comissório *deixe cair* este entendimento, como podemos ler na nota 165 e na ob. cit. do mesmo Autor *Direito das Obrigações...*, in BMJ, n.º 99, p. 82.

Porém, do lado do *sim* ao pacto marciano, encontramos actualmente já vários Autores de referência, entre os quais JANUÁRIO GOMES, para quem tal pacto deve admitir-se, porque introduz o desejável equilíbrio nas posições e prestações contratuais de devedor e credor, afastando-o, portanto, da “*venda comissória*”, isto é, “*aquela em que a função de garantia se traduz numa «vantagem injustificada» para o credor*”²⁸², REMÉDIO MARQUES que a respeito do contrato de *lease-back* exprime opinião que aponta no sentido de igual critério, sustentando que “*a inserção (...) de cláusulas contratuais consagradoras do designado «pacto marciano» pode salvar a maioria dos negócios de locação financeira restitutiva*”²⁸³ e JÚLIO GOMES que embora não assuma abertamente posição nesta matéria, se bem interpretámos o seu pensamento, parece defender a licitude do pacto marciano, desde que o bem que o credor fará seu seja avaliado após o incumprimento da obrigação e em observância de regras que garantam imparcialidade e objectividade²⁸⁴.

Arredado o perigo de exploração do devedor pelo credor, caberá ainda na proibição de pacto comissório a celebração de um pacto marciano?

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA entendem que se está vencida a obrigação, poderão as partes livremente convencionar a venda do *quid* da garantia ao credor, “*por qualquer preço*

²⁸² Vide MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida...*, op. cit., p. 96.

²⁸³ Posição que REMÉDIO MARQUES expressa no seu escrito *Locação financeira restitutiva (sale and lease-back) e a proibição dos pactos comissórios – Negócio fiduciário, mútuo e acção executiva*, in «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», vol. LXXVII, Coimbra, 2001, p. 607.

²⁸⁴ JÚLIO GOMES verte este seu entendimento em comentário ao Acórdão do STJ de 30 de Janeiro de 2003 (cujo texto integral se encontra disponível em www.dgsi.pt/jstj com o n.º de Processo 02B3896) em *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório...*, op. cit., pp. 57-72. Segundo o aresto, “*1 – Verifica-se a figura do pacto comissório num caso em que uma empresa, representada pelo seu presidente do conselho de administração, celebrou com o autor um «contrato-promessa de compra e venda», onde se declara que, se o A. optar, e o puder fazer, pela compra, o preço será pago com a cobrança de letras que titulavam mútuo na mesma ocasião celebrado entre o A. como mutuante e o mesmo presidente do conselho de administração (agora a título individual) como mutuário, tudo indicando que o empréstimo se destinou ao giro da sociedade, então em dificuldades. 2 – Declarou-se então que a sociedade prometera vender o mesmo terreno a um outro, esperando-se restituir a quantia mutuada mediante o preço da compra feita por esse terceiro, só podendo o A. optar pela compra caso tal se não verificasse.*” Há dois votos de vencido, com base no entendimento de que o devedor dos autos não se encontrava numa posição negocial débil e pelo facto de o contrato-promessa conter uma cláusula que obrigava o promitente-adquirente a entregar ao promitente-vendedor o excesso de valor da coisa relativamente ao valor do mútuo, se optasse pela execução específica do contrato-promessa. Porém, a decisão declara nulo o contrato-promessa celebrado entre a sociedade e o seu *chairman*, por subsunção da factualidade à proibição do pacto comissório *ex vi* do artigo 694.º CC, decidindo os senhores Conselheiros pela subsistência do contrato de mútuo. JÚLIO GOMES concorda com a decisão, parecendo querer situar o seu ponto de vista num território favorável à admissibilidade do pacto marciano, considerando que no caso *sub iudice* não estava em causa um veraz pacto marciano pelo facto de não terem as partes convencionado “*um mecanismo neutro e objectivo de avaliação do valor do bem no momento do incumprimento*” (p. 71).

”desde que “*se faça o encontro de contas*”, sublinhando que “*por sua própria natureza, o pacto comissório só se compreende quando anterior ao vencimento do crédito*”²⁸⁵.

A hipótese descrita, ou seja, o caso já verificado de o devedor incumprir, cairia no âmbito da *datio in solutum*, prevista no artigo 837.º CC como causa legítima de extinção da obrigação além do adimplemento²⁸⁶.

3. Quanto ao momento da celebração

A classificação tripartida do pacto comissório em função do momento em que é celebrado diz respeito à hipótese de (i) poder ser convencionado em simultâneo com a prestação da garantia, (ii) no período que medeia entre a constituição da garantia e o vencimento da obrigação ou (iii) já depois de vencida a obrigação.

Denomina-se *in continenti* o pacto comissório com celebração coincidente com a constituição da garantia e, ainda que conste de documento diverso do contrato de garantia, unanimemente se considera ferido da nulidade prescrita na lei, por se entender que este é o momento em que o devedor mais exposto está ao *perigo* de sofrer abusos por parte do credor, em que maior é a probabilidade de o credor exigir que o devedor lhe ofereça em garantia bens exageradamente valiosos como contrapartida da concessão de crédito.

Mais discutida é a validade do pacto comissório *ex intervallo*, dado que é celebrado no lapso temporal entre constituição da garantia e vencimento da obrigação.

Por banda da doutrina francesa, a corrente dominante, acolhe a posição jurisprudencial maioritária e defende dever admitir-se este acordo, atenta a inexistência, neste momento negocial, sustentam, de desequilíbrio das posições contratuais ou de fragilidade negocial do devedor, uma vez que este obteve já o crédito por que ansiava. Acresce ainda um argumento de interpretação literal da norma do Código Civil francês, porque ela proíbe apenas, de modo expresso, o pacto comissório (como cláusula) constante do contrato de penhor²⁸⁷.

²⁸⁵ Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, op. cit., vol. I, p. 718.

²⁸⁶ Embora não deixemos de sublinhar a proximidade de soluções a que conduzem a dação em cumprimento e o pacto comissório (efeito translativo do bem e solutório da obrigação, sem avaliação da correspondência entre valor do bem e valor do crédito).

²⁸⁷ Vide MICHEL GRIMALDI, *Rapport français*, in «Les Garanties de Financement (Journées portugaises)», Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Tome XLVII, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, Paris, 1986, p. 165. Também sublinham a posição doutrinária e jurisprudencial francesas os Autores italianos MAURO BUSSANI, *Il Problema del Patto Commissorio*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000, pp. 125 e segs. e NICOLA CIPRIANI, *Patto Commissorio...*, op. cit., p. 256.

Em sentido oposto, nas doutrinas espanhola²⁸⁸ e alemã²⁸⁹, a maioria dos Autores rejeita o pacto comissório *ex intervallo*, crendo que a fragilidade do devedor subsiste mesmo após a concessão do crédito ou a constituição da garantia, pela possível necessidade de renegociar esse mesmo crédito ou de celebrar outros negócios jurídicos com o mesmo credor.

Entre nós, VAZ SERRA também esgrime este argumento, por referência precisamente à lei civil alemã, explicando que “*O Código alemão só proíbe o pacto comissório anterior ao vencimento do penhor (§ 1.229.º), podendo, porém, o posterior ser nulo nos termos gerais, em especial no caso de usura (§ 138.º). Parece que deve proibir-se também o pacto posterior à constituição do penhor (...), pois pode acontecer que «o devedor, achando-se em graves dificuldades económicas, se sujeite, para obter uma dilação, à estipulação do pacto»*”²⁹⁰. Em idêntico sentido, abundam posições na doutrina italiana²⁹¹.

Vale a pena perguntar pelo destino dos pactos comissórios *ex intervallo* que em concreto se revelem equilibrados e não exploratórios da posição de necessidade do devedor. Penderá a resposta para a subsunção à figura do pacto marciano?

Em Portugal, o certo é que *de iure condito*, o Código Civil proíbe *expressis verbis* os pactos comissórios *ex intervallo*, determinando o artigo 694.º CC clarissimamente que “*É nula (...) a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir*”, “*mesmo que seja (...) posterior à constituição da hipoteca*”²⁹²⁻²⁹³.

Quanto ao pacto comissório celebrado após o vencimento da obrigação garantida, entende a doutrina que a *ratio legis* do sancionamento de tal acordo impõe a sua proibição, ainda que celebrado em momento ulterior ao vencimento da obrigação.

²⁸⁸ Como podemos ler em DOMINGO IRURZUN GOICOA, *La clausula resolutoria...*, *op. cit.*, p. 43, embora haja Autores que entendem dever considerar-se válido o pacto comissório *ex intervallo*, como L. FERNANDO REGLERO CAMPOS, *Ejecución de las garantías...*, *op. cit.*, p. 434.

²⁸⁹ Consultar MARTIN WOLFF, *Derecho de Cosas*, vol. II, *Gravámenes*, 8.ª revisão, in «Tratado de Derecho Civil», tomo III, LUDWIG ENNECCERUS/THEODOR KIPP/MARTIN WOLFF, traducción de la 32.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ y JOSÉ ALGUER, Bosch, Barcelona, 1937, pp. 255 e segs..

²⁹⁰ Cf. VAZ SERRA, *Penhor...*, *op. cit.*, in BMJ, n.º 58, p. 218.

²⁹¹ *Verbi gratia*, VINCENZO LOJACONO, *Il Patto Commissorio...*, *op. cit.*, p. 50 e MASSIMO BIANCA, *Il Divieto...*, *op. cit.*, pp. 207-208.

²⁹² Proibição prevista *expressis verbis* para a hipoteca, mas que se aplica a todas as demais garantias reais, por remissão dos artigos do Código Civil 665.º (consignação de rendimentos), 678.º (penhor) e 753.º (privilégios creditórios).

²⁹³ Também o Código Civil italiano proscreve expressamente o pacto comissório *ex intervallo* (artigos 1963.º e 2744.º).

VAZ SERRA, sabemo-lo já, absolutamente contra qualquer modalidade de pacto comissório, proclama que mesmo depois de vencida a obrigação “*ainda então pode o empenhador, para obter uma dilação ou outra vantagem, sujeitar-se ao pacto*”²⁹⁴.

De igual modo, ANTUNES VARELA doutrina a incompatibilidade com o ordenamento jurídico português do pacto comissório pós-vencimento da obrigação garantida, anotando que “*O fundamento da proibição do pacto identifica-se, 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 em geral (artigo 282.º)*” e à pergunta sobre o âmbito de aplicação do artigo 694.º CC responde que “*Para ser coerente com o pensamento do legislador e garantir a liberdade de decisão que a lei pretende preservar, o intérprete não pode deixar de estender o campo de aplicação da proibição às próprias cláusulas subseqüentes ao vencimento, que permitissem ao credor extorquir o consentimento do devedor para uma operação prejudicial para este, com a ameaça de recurso às vias judiciais para execução da dívida*”, concluindo que “*O credor pode só ter concedido a dilação do prazo pedido pelo devedor mediante a inserção do pacto comissório posterior ao vencimento da obrigação. E só o espectro dessa suspeição repugna ao espírito da lei*”²⁹⁵.

À questão de saber se a *ratio* do artigo 694.º CC abarca ainda os casos em que for convencionado o pacto comissório depois de vencida a obrigação, mas sem dilação para o cumprimento, a melhor doutrina responde que aí será de admitir a validade de tal pacto²⁹⁶.

Rodeando a sua posição de um sem fim de cautelas que o situam entre os pensadores mais firmes na defesa da proibição do pacto comissório, VAZ SERRA afirma que o pacto de transmissão do objecto da garantia para o credor posterior ao vencimento da obrigação, se o devedor não obteve qualquer dilação ou outro benefício nas condições do cumprimento, e “*só quando assim (...) seja, parece de autorizar*”²⁹⁷.

Com pensamento muito próximo, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA anotam: “*sendo convencionada uma moratória ou dilação, não pode duvidar-se de que o caso cai sob a alçada do artigo 694.º, visto que o cumprimento da obrigação é protelado para um momento posterior. Não sendo, porém, convencionada a dilação, nada impede que o devedor «venda» ao credor, por qualquer preço, a coisa hipotecada e se faça o encontro de contas*”, resumindo a sua

²⁹⁴ Cfr. VAZ SERRA, *Penhor, op. cit.*, in BMJ, n.º 58, p. 219, em que o Autor, no entanto, finaliza dizendo que “*Só quando assim não seja [só quando o empenhador se sujeite ao pacto comissório não para obter uma dilação ou outra vantagem], parece de autorizar*”.

²⁹⁵ Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, ob. cit., p. 555.

²⁹⁶ Neste sentido, VAZ SERRA em *Penhor, op. cit.*, in BMJ, n.º 58, p. 219 e PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA no seu *Código Civil Anotado*, vol. I, *op. cit.*, p. 718, parecem aderir ao pensamento daquele.

²⁹⁷ Cfr. VAZ SERRA, *Penhor, op. cit.*, in BMJ, n.º 58, p. 219.

posição, dizendo que “*Por sua própria natureza, o pacto comissório só se compreende quando anterior ao vencimento do crédito (para o caso de não cumprir)*”²⁹⁸.

Estar-se-á, nos casos de cláusula comissória firmada após o vencimento da obrigação, no domínio da dação em cumprimento, prevista, permitida e regulada por lei (artigos 837.º a 839.º CC)? Julgamos que sim.

Na verdade, *de iure constituto*, nada obsta que a *datio in solutum* tenha por objecto o próprio bem dado em garantia do cumprimento da obrigação. Nada obsta à satisfação do crédito por transmissão do *quid* da garantia para a esfera patrimonial do credor, extinguindo-se a obrigação, por acordo entre credor e devedor, através de uma dação em cumprimento.

Porém, a mesma doutrina entende tratar-se de institutos com âmbitos de aplicação distintos, uma vez que a dação em cumprimento representa um acto de vontade autónomo, não condicional e independente da garantia prestada a favor do credor.

Com efeito, defende ANTUNES VARELA, retomando o pensamento de VAZ SERRA²⁹⁹, que o que veda a licitude do pacto comissório é o facto de a convenção de transmissão do bem que assegura crédito (anterior ou simultânea à constituição da garantia ou depois de prestada a garantia mas antes de vencida a obrigação) ser firmada sob a condição suspensiva de o devedor incumprir³⁰⁰.

4. Quanto à eficácia

Relativamente à eficácia, o pacto comissório pode classificar-se como real ou obrigacional.

No pacto comissório real, incumprindo o devedor, a propriedade do *quid* da garantia transfere-se automaticamente para o credor.

É elucidativa a formulação com que ANA PRATA aborda a questão: “*o pacto comissório traduz-se na alienação do bem dado em garantia sob condição suspensiva do incumprimento (ou sob condição resolutiva do cumprimento), sendo, conseqüentemente, os seus efeitos reais desencadeados automaticamente pela verificação do inadimplemento (ou destruídos pelo cumprimento)*”³⁰¹.

Se o devedor apenas assumir a obrigação de transferir para o credor a propriedade da coisa dada em garantia, o pacto comissório é meramente obrigacional. Nesta modalidade, o credor adquire

²⁹⁸ Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado...*, vol. I, *op. cit.*, p. 718.

²⁹⁹ Vide antepenúltima nota.

³⁰⁰ Recordamos a afirmação de ANTUNES VARELA, segundo quem “*O credor pode só ter concedido a dilação do prazo pedido pelo devedor mediante a inserção do pacto comissório posterior ao vencimento da obrigação. E só o espectro dessa suspeição repugna ao espírito da lei*” (cfr. do Autor a emblemática obra *Das Obrigações em Geral*, vol. II, *ob. cit.*, p. 555).

³⁰¹ Cf. ANA PRATA, *O Contrato-promessa...*, *ob. cit.*, pp. 337-338.

só direito de crédito à transmissão da propriedade do bem dado em garantia, identificando ANA PRATA aqui uma figura contratual com notas características do contrato-promessa, isto é, de acordo que “*consubstancia (...) uma promessa de alienação, também ela condicionada suspensiva ou resolutivamente ao incumprimento ou ao cumprimento da dívida garantida*”. Figura em que o credor, como no contrato-promessa de compra e venda “*promissário da alienação, [poderia] em caso de recusa de cumprimento da promessa pelo devedor-promitente socorrer-se do instrumento da execução específica «ex vi» do artigo 830.º, obtendo dessa forma os efeitos que a lei visa proibir no artigo 694.º*”³⁰².

Dúvidas não se suscitam quanto à proibição, à luz do nosso quadro legal, do pacto comissório real, *ex vi* do comando expresso do artigo 694.º CC.

A discussão pode gerar-se em torno da validade ou ilicitude do pacto comissório obrigacional, porque a transmissão da propriedade exige uma segunda declaração de vontade por parte do devedor, agora em momento posterior ao seu inadimplemento.

Sendo certo que admitir o pacto comissório obrigacional seria dizer sim outrossim ao pacto comissório real, porquanto a validade daquele abriria caminho ao reconhecimento do direito de o credor exigir do devedor a transferência da propriedade do bem dado em garantia – e este fim é, de seguro, o efeito que o pacto comissório real opera.

Eis a raiz dos doutos pensamentos de PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA³⁰³ bem como do de EDUARDO DOS SANTOS³⁰⁴. E é este o *perigo* para o qual alerta VAZ SERRA, quando loquazmente sublinha que “*Não só o pacto comissório «real», como o meramente obrigacional (com este o credor, não sendo satisfeito em tempo, tem um crédito à transmissão da propriedade da coisa), são proibidos, pois também a este último é aplicável a razão de ser da proibição [do artigo 694.º CC]*”³⁰⁵.

Mais uma vez o *perigo* desta figura é a (auto-)satisfação do crédito em moldes injustificadamente vantajosos para o credor.

Sic, é relevante sopesar a (i)licitude do pacto comissório obrigacional não condicionado à hipótese de o devedor não cumprir e/ou à hipótese de conferir ao credor o direito de crédito à transmissão da propriedade do objecto da garantia quer o devedor cumpra quer incumpra³⁰⁶.

³⁰² Para um conhecimento mais profundo desta figura, consultar ANA PRATA, *O Contrato-promessa...*, ob. cit., p. 340.

³⁰³ Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, ob. cit., p. 718.

³⁰⁴ Cfr. EDUARDO DOS SANTOS, *Curso de Direitos Reais...*, vol. II, p. 72.

³⁰⁵ É o que podemos ler em VAZ SERRA, *Penhor...*, op. cit., in BMJ, n.º 58, p. 218.

³⁰⁶ É o entendimento de VAZ SERRA que apesar de tão acérrimo defensor da proibição do pacto comissório, rotula “*válido o pacto por que se reconheça ao credor um crédito à transmissão da propriedade, se esse pacto não*

Na esteira da posição de VAZ SERRA³⁰⁷ que propugna a validade de um tal pacto, perfila-se o entendimento vertido num Acórdão do STJ³⁰⁸ que sentencia que “*Não é pacto comissório – fazer o credor sua a coisa empenhada sem avaliação do tribunal –, proibido por lei, o credor adquirir o objecto porque o dono lho aliena, em satisfação da sua obrigação, e ainda que para o caso de incumprimento desta (uma cláusula a estabelecer poder adquiri-la não confere direito à coisa empenhada em virtude de o réu não cumprir as obrigações garantidas pelo penhor)*”.

tiver relação com a não-satisfação do credor; isto é, se aquele crédito compreender, não apenas a hipótese de o credor não ser satisfeito em tempo, como a de o ser” – cfr. *Penhor*, op. cit., BMJ, n.º 58, p. 218.

³⁰⁷ Vide as duas anotações anteriores.

³⁰⁸ Consultar o Acórdão do STJ de 2 de Julho de 1998, cujo sumário se encontra disponível em www.dgsi.pt/jstj, sob o n.º convencional JSTJ00039483.

CAPÍTULO II

O PACTO COMISSÓRIO E O PACTO MARCIANO

1. Afinidades e diferenças

As raízes do pacto comissório, vimo-lo já, situam-se no Direito Romano e a doutrina tem-se debruçado sobre esta figura sobretudo a propósito da sua evolução histórica, com vista a identificar que função desempenhava no contexto do seu nascimento e disseminação e que razões conduziram à sua proibição (por édito do imperador Constantino de cerca do ano 324 d.C.)³⁰⁹⁻³¹⁰.

Sem prejuízo do reconhecimento da importância de uma análise extensa acerca da funcionalidade deste pacto, escasseia o confronto com o sentido estrutural que assumiu no Direito Romano, ainda que mais recentemente alguma doutrina defenda que a abordagem desta questão requer que se remeta para segundo plano a reflexão em torno da(s) *ratio(ones)* da sua interdição legal, julgando mais acertado descortinar o âmbito e limites da proibição do pacto comissório pelo confronto com outras figuras, de certa forma próximas, como a dação em cumprimento ou a venda *a retro*, por exemplo³¹¹.

Numa perspectiva de cotejo entre o pacto comissório e o pacto marciano, dir-se-á, *prima facie*, que constituem convenções acessórias de garantias reais que operam a transferência do bem dado em garantia para a esfera jurídica do credor seu beneficiário, em termos definitivos, e de modo automático, uma vez verificado o incumprimento da obrigação garantida.

A doutrina, porém, assinala uma diferença fundamental entre as duas figuras que se situa na circunstância de o pacto comissório produzir a extinção da obrigação garantida com a

³⁰⁹ Para mais desenvolvimentos, consultar C. MASSIMO BIANCA, *Il Divieto...*, *op. cit.*, pp. 85 e segs. e VINCENZO LOJACONO, *Il Patto Commissorio...*, *op. cit.*, pp. 1 e segs.. Sobre a incerteza da data precisa do édito do imperador Constantino, *vide* nota 110.

³¹⁰ O édito de Constantino consta do *Corpus Iuris Civilis*, in C. Th. 3, 2, 1, onde se evidencia que a razão primordial que conduziu à proibição do pacto comissório foi a consideração de representar um excessivo prejuízo para o devedor, como diz o texto originário: “*commissoriae cautiones dicuntur, in quibus debitor creditori suo rem ipsi oppigneratam ad tempus vendere per necessitatem conscriptam cautione promittit*”. (Cfr. também texto do édito na nota 111)

³¹¹ Posição que podemos encontrar, v.g., no pensamento de ANGELO LUMINOSO, na sua ob. cit. *Alla ricerca degli arcani confini...*, p. 233.

transmissão da propriedade, *ipso facto*, diversamente do pacto marciano que gera apenas a avaliação do objecto da garantia e a imputação do seu valor à satisfação do crédito incumprido, sendo certo também que ao contrário dos efeitos do pacto comissório, em que a aquisição do bem que garante o crédito extingue a obrigação independentemente do valor do objecto da garantia, no pacto marciano, regista-se uma outra consequência que deriva da avaliação do objecto da garantia, traduzida no (eventual) direito do devedor a que lhe seja restituído o excesso de valor, se a garantia for superiormente valiosa em relação ao crédito incumprido, o denominado direito ao *superfluum* e, de modo inverso, se o valor for inferior, a obrigação extingue-se apenas parcialmente, isto é, na exacta medida do valor do bem transmitido ao credor *ex vi* do pacto marciano.

Em Itália, onde as duas convenções se encontram amplamente estudadas e discutidas, quer na doutrina quer na jurisprudência, a apontada nota distintiva é identificada como a razão por que corresponde ao pacto comissório a expressa proibição legal e a cominação de nulidade e ao pacto marciano a lei não se refere sequer, sendo reputado lícito pela jurisprudência e pela doutrina dominante³¹².

Num certo sentido, o destino das duas figuras (a) parece intimamente ligado desde o início. É que o pacto cuja denominação se atribui ao próprio nome do jurisconsulto Severi Elio Marciano³¹³ que pela primeira vez se pronunciou sobre esta figura³¹⁴⁻³¹⁵ começou a difundir-se

³¹² Do lado da jurisprudência, apesar da escassez de sentenças judiciais especificamente referentes à figura do pacto marciano, os tribunais italianos exprimem comumente um juízo de validade acerca deste pacto, como resulta dos seguintes arestos: Cass., de 21/7/1956, n. 2828, *in Foro it.*, 1956, I, c. 11 e segs.; Cass., de 16/10/1995, n. 10805, *in Contratti*, 1996, pp. 28 e segs.; Trib. Monza, de 24/5/1988, *in Foro it.*, 1989, I, c. 1271 e segs. e Trib. Vicenza, de 12/7/1988, *in Riv. not.*, 1989, II, pp. 890 e segs..

E o mesmo se diga quanto à perspectiva doutrinal, como podemos constatar em VINCENZO LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, *op. cit.*, pp. 71 e segs., C. MASSIMO BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, *ob. cit.*, pp. 202 e segs., NICOLA CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, *op. cit.*, pp. 12 e segs., I. BUGANI, *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita)*, *op. cit.*, pp. 31 e segs., ANGELO LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, *op. cit.*, pp. 242 e segs., *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, *op. cit.*, pp. 219 e segs., FRANCESCO REALMONTE, *Le garanzie immobiliari*, *in Jus*, 1986, pp. 16 e segs., *Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, *in Foro it.*, I, 1989, c. 1440 e segs., M. IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio*, *in Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990, *ad vocem*, pp. 6 e segs. e ANDREA SASSI, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, pp. 287 e segs..

³¹³ Vide RICCARDO ORESTANO, *Marciano Elio*, *in Noviss. dig. It.*, X, Torino, 1964, p. 254.

³¹⁴ Curiosamente, no texto originário da consulta dirigida a Marciano, a questão colocada a este jurisconsulto de Roma prendia-se com a validade ou invalidade de um pacto comissório.

³¹⁵ A consulta que deu origem à denominação *pactio marciano* correspondeu a um primeiro esboço da figura e a uma peça jurídica ulteriormente inserta no Digesto. Cfr. D. 20, 1, 16, 9 (Marc. 1. S. Ad form. hyp.): “*Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certus tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem, iusto pretio tunc aestiandam; hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio*”.

apenas depois de Constantino proibir a celebração do pacto comissório, por um édito datado de (aproximadamente) 324 d. C.³¹⁶.

Desde então, os juízos subsuntivos que se dirigem a estas duas figuras têm ditado o seu destino relativamente à sua (in)admissibilidade legal. Com efeito, o pacto comissório começou invariavelmente a ser reputado como ilícito, ao contrário do pacto marciano, sem que se possam, porém, assinalar soluções de continuidade *de iure condito*, relativamente a este último, isto é, soluções que postulem esta dicotomia da invalidade do pacto comissório e da validade do pacto marciano, sendo certo, todavia, que aquele foi expressamente vedado em todas as codificações erigidas a partir do Direito Romano, mesmo nas legislações mais modernas.

Na verdade, os Autores³¹⁷ que procederam à análise evolutiva da figura anotam que desde que Justiniano *acolheu* a proibição do pacto comissório não mais os legisladores sucessivos se afastaram desta opção, tendo chegado por herança também aos códigos modernos.

Contudo, BISCARDI, *v.g.*, não deixa de assinalar que o próprio *Digesto* consagra interpolações relativas à proibição do pacto comissório, entre as quais destaca aquela que admite uma aquisição feita pelo credor se por «*iustum pretium tunc aestimandam*». Quer com isto o Autor demonstrar que a preocupação do legislador era a questão do (des)equilíbrio do valor do bem com o da dívida (daí a alusão ao *justo preço*) e, nessa medida, a explicação da admissibilidade do pacto marciano³¹⁸.

Por todas estas razões, na doutrina italiana, permaneceu o interesse em torno destas duas convenções até hoje, apesar de, consabidamente, a análise do pacto marciano surgir normalmente por *arrastamento* do exame do pacto comissório, porque a proximidade das figuras impõe que no estudo de uma se tenha (quase) necessariamente de examinar a outra.

Neste sentido, facilmente se explica que a qualificação dogmática do pacto marciano como lícito radique na visão tradicional quanto à *ratio* da nulidade do pacto comissório, não podendo deixar de se sublinhar a existência de linhas de pensamento diverso³¹⁹.

³¹⁶ No texto do édito imperial, pode ler-se “*Quoniam inter alias capitones precipue 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 depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa iubemus recipere quod dederunt*” (Cfr. C. Th., 3, 2, 1). *Vide* tradução na nota 111.

³¹⁷ *Vide*, por todos, ARNALDO BISCARDI, *La «lex comissoria»...*, *op. cit.*, pp. 575 e segs..

³¹⁸ Cfr. ARNALDO BISCARDI, *La «lex comissoria»...*, *op. cit.*, p. 585.

³¹⁹ Ao arpejo da posição tradicional, vejam-se as posições de Autores como G. F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, pp. 58 e segs.; L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni general*, in *Cod. civ. Commentario diretto da Schlesinger*, Artt. 2740-2744, Milano, 1991, p. 243; G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, pp. 47 e segs.; F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, *op. cit.*, pp. 130 e segs. e V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1437, nota 26.

2. Papel na crise das garantias reais

A reflexão acerca da proibição do pacto comissório tem ressurgido no actual contexto de crise que o sistema tradicional de garantias reais atravessa e muito vincadamente perante a constatação (emergente da realidade material-jurídica) da sua inadequação (ou pelo menos clara insuficiência) na função de segurança do crédito.

As garantias reais *tradicionais*, sobretudo penhor e hipoteca, apresentam como principal obstáculo à defesa dos interesses dos credores os seus limites estruturais, que na verdade lhes retiram alguma *utilidade*³²⁰.

Do prisma dos devedores empresariais, os bens de que podem dispor para garantir as suas dívidas correspondem, na maior parte dos casos, aos bens utilizados e necessários na própria actividade produtiva e que ou não são hipotecáveis ou, na prática, dificilmente podem ser objecto de garantia segundo o esquema tradicional do penhor com desapossamento. Sobre este tipo de bens, as empresas só poderão constituir garantias sem desapossamento.

Em sequência, e diante da rigidez da estrutura das garantias reais e das limitações práticas quanto aos bens *disponíveis* para dar em garantia, assiste-se a um fenómeno crescente de exercício da autonomia privada especialmente profícuo na criação de novos modelos negociais no campo dos negócios jurídicos com escopo de garantia³²¹, com a construção de uma multiplicidade de estruturas contratuais mais flexíveis do que as garantias reais e, portanto, mais facilmente adaptáveis às necessidades e exigências hodiernas de credores e devedores³²². Tal desiderato tem sido perseguido com recurso a modelos negociais totalmente novos – como as *garantias rotativas* e as diversas modalidades de *garantias mobiliárias sem desapossamento*³²³ – bem como têm sido firmados contratos de garantia tradicionais *enriquecidos* com elementos negociais

³²⁰ Vide, a este propósito, G. TUCCI, *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Milano, 1974, pp. 194 e segs.; G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993, p. 16; A. GISUTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, in Tratt. di dir. civ. e comm. da Cicu e Messineo, XVII, 3, Milano, 1998, pp. 6 e segs..

³²¹ Cfr. a análise apresentada quer relativamente à Europa quer relativamente à realidade norte-americana por G. TUCCI, *Garanzia. Diritto comparato e straniero*, in Enc. giur. Treccani, XIV, Roma, 1989, *ad vocem*, pp. 2 e segs..

³²² Cfr. o elenco das (impropriamente designadas) garantias *atípicas* mais utilizadas em Itália no estudo de L. BARBIERA, *Le garanzie atipiche e innominate nel sistema del codice civile del 1942*, in Banca borsa tit. cred., 1992, I, pp. 727 e segs..

³²³ Vide, por todos, E. GABRIELLI, *Sulle garanzie rotative*, Napoli, 1998, *passim*; *Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari*, in Riv. critica dir. priv., 1995, pp. 643 e segs.; M. BUSSANI, *Il modello italiano delle garanzie reali*, in Contr. impr., 1997, pp. 263 e segs., G. B. BRUNI, *La garanzia "flutuante" nell'esperienza giuridica inglese e italiana*, in Banca borsa tit. cred., 1986, I, pp. 692 e segs..

novos, dotados de maior flexibilidade – a venda com reserva de propriedade e a alienação em garantia, por exemplo³²⁴.

Nesta medida, importa começar por estudar e conhecer com precisão os *essentialia* e os exactos limites da (própria) figura do pacto comissório e, *ad continuum*, realizar um exercício reflexivo-valorativo orientado pelos pontos mais significativos do argumentário das doutrinas mais recentes que admitem a licitude de figuras que produzem efeitos jurídicos muito próximos dos daquele pacto.

³²⁴ A reserva de propriedade e a alienação fiduciária em garantia são os mecanismos jurídicos mais utilizados actualmente nas economias europeia e estaduniense como instrumentos de garantia de crédito – cfr. a análise transfronteiriça levada a cabo por G. TUCCI na sua obra *Garanzia. Diritto comparato e straniero*, ob. cit., pp. 6 e segs.. No que respeita à venda com reserva de propriedade, os elementos negociais de referência são fornecidos pelo quadro legal alemão e pelos ordenamentos jurídicos do denominado sistema de *common law*, onde o *Eigentumsvorbehalt* e a *reservation of title* (respectivamente) assumiram na prática uma assinalável variedade de configurações de tal modo que são hoje considerados mecanismos especialmente vocacionados ao favorecimento do tráfego jurídico e comercial.

Nos ordenamentos jurídicos apontados, um aspecto particular que explica o recrudescimento dos mencionados esquemas negociais é a definição e recorte das margens de operatividade dos *novos* contratos de garantia em sede jurisprudencial, o que está a tornar, na prática, desnecessária a intervenção do legislador.

Diversamente, em França, por exemplo, o legislador, apercebendo-se da *janela de oportunidade* da utilização dos *novos* instrumentos de garantia, *preferiu* intervir e consagrou como letra de lei o esquema negocial da reserva de propriedade de inspiração germânica (cfr. *Loi* de 12 de Maio de 1980, n. 80-335).

Sobre o desenvolvimento de tais instrumentos negociais no direito alemão, cfr. R. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, I, *Der einfache Eigentumsvorbehalt*, Heidelberg, 1963, pp. 201 e segs. e II, *Die einfache Sicherungsübertragung*, Heidelberg, 1965, pp. 2 e segs..

A respeito da importação do mecanismo para o direito francês, vide J. GHESTIN, *Riflessioni di un civilista francese sulla clausola di riserva di proprietà in diritto comparato*, in L. VACCA (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparistica*, II, Milano, 1991, pp. 781 e segs..

De igual modo, assinala-se a adequação da transmissão fiduciária da propriedade às exigências empresariais na perspectiva do acesso ao crédito e ao financiamento. Também nesta sede se sublinha o importante papel desempenhado pela jurisprudência alemã que num período de crise no acesso ao crédito, avançou com um possível instrumento jurídico de facilitação do tráfego negocial ao desenhar conceptualmente a figura da transferência de propriedade em garantia (*Sicherungsübereignung*).

Estes instrumentos que se afiguram em múltiplos aspectos similares, distinguindo-se apenas, aqui e ali, pelo grau de flexibilidade, são recorrentes nos sistemas de *common law*, pensemos, por exemplo, na *mortgage* ou no *trust receipt*.

Inversamente, nos sistemas de tipo continental (como o nosso), em torno destas novas figuras suscitam-se as dúvidas decorrentes exactamente da proibição do pacto comissório.

Os tribunais italianos, de modo particular, alertam claramente para as limitações que a proibição do pacto comissório estabelece aos modelos negociais que operam transferência de propriedade com escopo de garantia, sendo certo também que alguma doutrina não deixa de atribuir a uma interpretação excessivamente *apertis verbis* de tal interdição a razão da *pobreza* actual do panorama das garantias mobiliárias (cfr., por todos, G. TUCCI, *Garanzia. Diritto comparato e straniero*, op. cit., p. 7).

O ordenamento jurídico português, como sabemos, permite e prevê expressamente a venda com reserva de propriedade (artigo 409.º CC), mas quanto à alienação fiduciária em garantia a sua admissibilidade é polémica, por se considerar que atenta contra a proibição do pacto comissório e existe apenas um diploma avulso que a consagra: a lei dos contratos de garantia financeira (Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio).

Ponderar-se-á também a possibilidade de reconhecer no pacto marciano instrumento jurídico idóneo *mitigador* da violação da proibição do pacto comissório. E, se sim, em que casos.

Aliás, sabemos já que o pacto marciano, como figura autónoma, surgiu a partir do pacto comissório. E que foi designado com o nome do consultor a quem foi colocada uma questão em torno de um caso concreto de pacto comissório. Estas circunstâncias indiciam que o pacto marciano é uma *variação*³²⁵ do pacto comissório e corroboram a prática dos romanos de utilizarem figuras já reconhecidas pelo Direito, introduzindo-lhes ajustes e variações, em função e à medida das suas necessidades e interesses.

Assim, começamos por recordar as raízes da figura do pacto comissório no Direito Romano, sendo certo que com o presente estudo se pretende ir além das numerosas e laboriosas obras sobre o seu percurso histórico e levar a cabo uma reflexão em torno da função do pacto comissório para se poder identificar quais dos seus elementos conduziram a que um édito de Constantino o proibisse³²⁶⁻³²⁷.

3. Natureza jurídica e função (ões) do pacto comissório

Como vimos assinalando, os mais extensos e ricos contributos acerca da figura do pacto comissório chegam-nos pela mão da doutrina italiana que desde há muito reflecte e discute os problemas que este acordo suscita. E uma das questões em torno da qual os pensadores do Direito mais têm divergido ao longo dos tempos é a sua natureza jurídica.

Na óptica de uma determinada corrente ideológica, o pacto comissório reconduzir-se-ia a uma compra e venda suspensivamente condicionada nos seus efeitos ao inadimplemento do devedor³²⁸⁻³²⁹.

³²⁵ A terminologia *variação* usada em texto não quer significar qualquer (pre-)juízo dogmático sobre a questão da classificação do pacto marciano como tipo autónomo ou como modalidade do pacto comissório, mas, por ora, apenas descrever a sua génese.

³²⁶ Nesta análise, tomamos por referência as obras valiosas de C. M. BIANCA, *Il divieto...*, *op. cit.*, pp. 85 e segs., V. LOJACONO, *Il patto commissorio...*, *ob. cit.*, pp. 1 e segs. e NICOLA CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità dele garanzie*, *op. cit.*, pp. 34 e segs..

³²⁷ O édito do imperador, datado de cerca do ano 324 d. C., presente no *Corpus Iuris Civilis*, proíbe expressamente a celebração de pactos comissórios, determinando que “*commissoriae cautiones dicuntur, in quibus debitor creditori suo rem ipsi oppigneratam ad tempus vendere per necessitatem conscriptam cautione promittit*”. E a *interpretatio* que acompanha o édito claramente aponta como razão para a proibição dos pactos comissórios o excessivo prejuízo que deles habitualmente resulta(va) para os devedores.

³²⁸ Neste sentido, veja-se a opinião de G. MIRABELLI, *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, I, Torino, 1889, p. 598, *apud* NICOLA CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, *ob. cit.*, p. 48; M. MARTORANA, *Del patto commissorio nel mutuo ipotecario*, nota a Cass. Regno, 9 giugno 1925, in *La Corte di*

Esta visão sustenta que o devedor, com a celebração do pacto, vende ao credor, sob condição, o bem hipotecado ou empenhado (a seu favor), por certo preço, igual ao montante do débito. Porém, a tese predita apresenta um argumentário facilmente exposto a críticas, questionando-se, desde logo, se o *preço* da compra e venda seria, na verdade, representado pela extinção da obrigação garantida³³⁰. É que tal solução empurra o pacto comissório para fora do esquema negocial da compra e venda, podendo integrar, no máximo, o mecanismo operativo da *datio in solutum*³³¹, embora não se possam assinalar na *lex commissoria* a presença de todos os caracteres essenciais da dação em cumprimento³³².

cassazione, 1925, c. 1305; A. BUTERA, *Il patto commissorio nel mutuo ipotecario*, App. Venezia, 5 settembre 1916, in Riv. dir. comm., 1916, II, p. 888 e segs.; L. ROSSI, *Pegno civile*, in Digesto ital., XVIII, Torino, rist. 1928, pp. 1232 e segs..

³²⁹ Por seu lado, BIANCA sublinha que a questão da qualificação do pacto comissório como uma compra e venda condicionada não carece de particular demonstração, afirmando mesmo que não mais é “*stata fatta oggetto di particolari dimostrazioni*”, atendendo ao escasso relevo atribuído ao problema da qualificação jurídica de uma convenção afectada por nulidade absoluta (tradução nossa do original “*scarso rilievo attribuito al problema della qualificazione giuridica di una convenzione colpita da nullità radicale*”). Cfr. citações retiradas da obra de M. BIANCA, *Il divieto...*, *op. cit.*, p. 105.

³³⁰ Pelo menos no plano teórico, poderia outrossim sustentar-se a existência de uma compensação entre obrigações: a obrigação de pagar o preço e a obrigação garantida; embora, tal conclusão se afigure consabidamente *forçada*. Neste sentido, cfr., por exemplo, NICOLA CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, *ob. cit.*, p. 56.

³³¹ Vide M. BIANCA, *Il divieto...*, *op. cit.*, p. 105.

³³² É que a dação em cumprimento (disciplinada no artigo 837.º CC) consiste na possibilidade de o devedor se liberar da obrigação que sobre ele impende, mediante a realização de prestação diversa da originariamente devida “*se o credor der o seu assentimento*”.

Atendendo à proximidade da redacção da norma apontada relativamente à correspondente do Código Civil italiano (artigo 1197), também aqui têm perfeito cabimento as observações dos doutrinadores italianos, especialmente o pensamento de BIANCA que como principal diferença entre a *lex commissoria* e a *datio in solutum*, marginalizando a questão da estrutura real desta última, aponta o facto de aqui, ao contrário do que se verifica no pacto, a escolha de prestar coisa diversa competir ao devedor, funcionando o consentimento do credor apenas como condição de eficácia do negócio. Cfr. MASSIMO BIANCA, *Il divieto...*, *op. cit.*, p. 107.

Por outro lado, como sublinham outros Autores, na dação em cumprimento, inexistem sequer meios coercitivos ao dispor do credor. Vide, por exemplo, a este propósito ENZO ROPPO, *Note sopra il divieto di patto commissorio*, *op. cit.*, p. 403.

Aliás, como sublinha NICOLA CIPRIANI, a dação em cumprimento *sobreviveu honrosamente*, mesmo ao crivo jurisprudencial mais recente, contando-se entre os pouquíssimos negócios admitidos por lei com efeito translativo e liberatório, porque sempre considerada estranha aos esquemas negociais do pacto comissório.

Sem prejuízo, no plano funcional, não podem deixar de assinalar-se fortes semelhanças entre a *datio* e a *lex commissoria*. Na verdade, ambas as figuras, na sequência de uma situação de incumprimento (da prestação devida) pelo devedor, operam a transmissão de um bem para o credor e o ingresso deste bem na esfera do credor exonera o devedor da obrigação inicial.

Contudo, Autores como LUMINOSO logo sublinham que o que verdadeiramente distingue as duas *fattispecies* é que na dação em cumprimento o devedor não é *conduzido a cair na tentação* de aceitar a transmissão do bem em condições mais onerosas do que aquelas que correspondem ao cumprimento da obrigação que assume na relação creditícia, *na esperança* (e, muitas vezes na *ilusão*) de conseguir reverter a sua situação económica pessoal e,

Descartada esta possibilidade, alguma doutrina indagou ainda acerca da proximidade entre os pactos comissórios e as obrigações facultativas e rotativas³³³. E, no mesmo ensejo, os pensadores do Direito italiano, a um tempo, sublinham a semelhança estrutural entre o pacto comissório e a cláusula penal, logo vincando fundamentadamente as diferenças entre as duas figuras³³⁴. Do ponto de vista estrutural, a cláusula penal e o pacto comissório aproximam-se, uma vez que em ambos os casos, perante uma situação de incumprimento, é desencadeado um determinado efeito em prejuízo do devedor e (na exacta medida) em benefício do credor. Aliás, esta similitude levou mesmo uma parte do pensamento jurídico a excluir como objecto possível da cláusula penal a transferência de dado bem para o credor, convocando como fundamento desta posição a interdição legal dos pactos comissórios³³⁵⁻³³⁶.

Em Itália, na verdade, a discussão é pertinente, uma vez que a norma do Código Civil que prevê este mecanismo (artigo 1382) diz expressamente que as partes podem acordar no direito a “*uma determinada prestação*”.

Inversamente, o legislador português tomou posição clara nesta matéria e consagrou apenas a possibilidade de a cláusula penal apresentar como objecto um valor pecuniário, estabelecendo o artigo 810.º CC: “*as partes podem fixar por acordo o montante da indemnização exigível*”.

Cremos que meritoriamente a nossa opção legislativa foi no sentido da melhor doutrina, evitando, assim, a discussão que se trava em Itália nos casos em que as partes convencionam como objecto da cláusula penal o ingresso de um determinado bem na esfera jurídica do contraente não inadimplente.

portanto, nunca chegar a *perder* o bem. Cfr. ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, *op. cit.*, pp. 219 e segs..

Há ainda uma corrente doutrinária que qualifica o pacto comissório como *datio in solutum* condicionada, onde se inclui L. RAAPE, *Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung*, Berlim, 1913, pp. 16 e segs..

³³³ MASSIMO BIANCA, na sua obra *Il divieto...*, *op. cit.*, pp. 108 e segs. realiza o exercício de confronto entre o pacto comissório e as obrigações facultativas e rotativas concluindo pela inexistência de argumentos sustentadores de tal hipótese.

³³⁴ Entre eles, MASSIMO BIANCA, em *Il divieto*, *ob. cit.*, pp. 110 e segs..

³³⁵ Neste sentido, A. MARINI, *La clausola penale*, Napoli, 1984, p. 130; E. GABRIELLI, *Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1984, pp. 906 e segs. e MASSIMO BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, Milano, 1994, pp. 235 e segs..

Para estes Autores, a cláusula penal apenas pode ter por objecto dinheiro ou outra coisa fungível, sob pena de desvirtuamento da sua função típica. Por outras palavras, será ilícita uma cláusula penal cujo objecto consista na transmissão de um determinado bem do devedor para o credor.

³³⁶ Sustentando posição contrária, encontramos A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, pp. 218 e segs. que entende suficiente o carácter patrimonial da prestação objecto da cláusula penal, sublinhando que esta pode consistir, por exemplo, na transferência de um direito.

3.1 Função translativa

Aspecto em que a doutrina (italiana) coincide é na inclusão do pacto comissório e do pacto marciano na categoria dos contratos de alienação, excluindo-se, *sic*, também de debate o efeito translativo que operam.

Contudo, a concordância de posições dogmáticas reporta-se unicamente ao resultado da análise de ambas as convenções quanto à sua eficácia. Já no plano funcional, defrontam-se duas teses: de um lado, a posição mais sufragada que atribui ao pacto comissório funcionalidade de garantia³³⁷ e do outro, a tese segundo a qual o pacto comissório se qualifica como uma convenção condicional que pode aceder, a um tempo, à categoria da venda em garantia e das garantias reais³³⁸.

Sob o prisma da primeira, a segurança do crédito que o pacto comissório oferece apresenta um nível que pode mesmo equiparar-se à tutela legal resultante dos direitos reais de garantias por excelência: o penhor e a hipoteca. A partir desta premissa, extraem os doutrinadores a conclusão que o pacto comissório, na medida em que determina a transferência da propriedade de certo bem para o credor no caso de não cumprimento da obrigação do devedor, ingressa plenamente no grupo das alienações com escopo de garantia³³⁹. E defendem a aplicação de igual raciocínio e solução quanto ao pacto marciano³⁴⁰.

Esta visão gera uma dicotomia entre pacto comissório e garantias reais e, conseqüentemente, uma sobreposição entre os conceitos de pacto comissório e venda em garantia, resultante da identificação dos efeitos jurídicos que esta última opera com aqueles que se apontam ao pacto comissório autónomo.

Na perspectiva da segunda tese, nos casos em que no âmbito da prestação de uma garantia real, as partes convencionem um pacto comissório, dever-se-ia distinguir, de um lado, a garantia e, de outro, o pacto a ela adicionado que lhe confere a função de garantia, *reservando-se* uma

³³⁷ Entre os defensores mais ilustres desta tese, encontra-se MASSIMO BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, ob. cit., pp. 114 e segs..

³³⁸ Neste sentido, LEO RAAPE, in *Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung*, ob. cit., pp. 65 e segs. e FRANCO ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, ob. cit., pp. 429 e segs..

³³⁹ Neste sentido, MASSIMO BIANCA, *Il divieto...*, op. cit., p. 136, G. F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza*, op. cit., pp. 29 e segs., M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, ob. cit., p. 125, F. REALMONTE, *Le garanzie immobiliari*, op. cit., pp. 20 e segs., U. CARNEVALI, *Patto commissorio*, op. cit., p. 505, A. LUMINOSO, *La vendita con riscatto*, ob. cit., p. 231 e M. CONSTANZA, *Sulle alienazione in garanzia*, ob. cit., pp. 1821 e segs..

³⁴⁰ Como podemos ler em G. F. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza*, op. cit., p. 29, M. BUSSANI, *Patto commissorio, proprietà e mercato*, ob. cit., p. 120, F. REALMONTE, *Le garanzie immobiliari*, op. cit., p. 22 e V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, op. cit., c. 1437.

funcionalidade ulterior de cumprimento (satisfação do crédito). E mais se defende que esta visão tanto se aplica à hipoteca e ao penhor como aos contratos de alienação com escopo de garantia.

A esta posição logo se contrapõe que ela aponta para uma inaceitável diversidade estrutural e funcional do pacto comissório, dependendo de surgir como convenção acessória de uma garantia real ou de uma venda em garantia. É que no primeiro caso, a cláusula comissória teria o duplo efeito de transferência da propriedade do bem e de irreversibilidade desse efeito translativo, como consequência jurídica da extinção da obrigação (incumprida do devedor) e satisfação do direito do credor, isto é, efeito solutório. Na segunda hipótese, os efeitos do pacto comissório seriam mais limitados, na medida em que o efeito translativo é alcançado por meio da alienação em garantia e, portanto, ao pacto *resta* apenas o efeito de extinção da obrigação.

A este propósito e explanando a opinião de RAAPE, conclui BIANCA que na “*falta de uma relação típica de garantia, o pacto comissório torna-se uma cláusula da alienação característica da própria figura do pacto comissório e que nos efeitos (...) exclui uma relação de acessoriedade relativamente aos vínculos típicos de garantia*”³⁴¹.

Tal conclusão, como vimos, é de rejeitar, porque, embora surja também um efeito de satisfação do crédito, ele é secundário, porque decorrente da atribuição de um bem condicionada ao incumprimento de uma obrigação, o que surge de imediato e *ab initio* é um vínculo de garantia a favor do credor³⁴².

Criticando a construção de RAAPE³⁴³, BIANCA considera que o doutrinador é *constrangido* a qualificar o pacto comissório como dação em cumprimento condicionada ao inadimplemento, entendendo que contradiz a ideia de função exclusiva de satisfação do crédito que atribui ao pacto, porque não pode deixar de ser decisiva a consideração de que o vínculo de garantia criado a favor do credor nasce do próprio direito, atribuído pelo pacto comissório, de aquisição (eventual) de determinado bem para satisfação da obrigação incumprida³⁴⁴.

Assim, e apesar do confronto entre as preditas posições, é pacífico que o pacto comissório desempenha uma função de satisfação do credor. O que se afigura problemático é atribuir-se-lhe uma função liberatória, uma vez que a sua inclusão entre as garantias reais, embora compatível com a função de satisfação do crédito, o efeito translativo da propriedade do bem objecto da garantia não é permitido por lei e a sua subsunção na categoria das vendas em garantia reduz o pacto comissório à função liberatória, pois o efeito translativo opera *ex contractu* com a alienação.

³⁴¹ Cfr. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 139.

³⁴² Como sublinha MASSIMO BIANCA na sua ob. cit. *Il divieto...*, p. 139.

³⁴³ Vide L. RAAPE, *Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung*, ob. cit., p. 60.

³⁴⁴ Como podemos ler em MASSIMO BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., p. 140.

3.2 Função de garantia

Do que ficou dito, a investigação acerca da natureza do pacto comissório e do pacto marciano apela às suas funções de garantia do crédito e de extinção da obrigação, pelo que se impõe uma clarificação dogmática destes conceitos e outrossim sobre a relação entre elas.

Parece que a alternativa se situa entre o escopo de segurança do direito do credor e a liberação do devedor, em conjunto com a inclusão (ou não) de ambos os pactos no elenco dos esquemas negociais de alienação em garantia.

Uma resposta afirmativa aponta no sentido de que o pacto comissório é nulo não por ser uma alienação com escopo de garantia, mas sim pelo desvalor dos interesses que persegue e realiza. Uma resposta negativa inclui o pacto comissório e o pacto marciano na categoria das alienações liberatórias e reclama a sua distinção conceptual nos casos em que sejam apostos a negócios de venda em garantia. E, de igual modo, a ilicitude do pacto comissório advém do tipo de interesses que põe em marcha.

Circunscrevendo a reflexão, como cumpre, ao apuramento dos caracteres específicos e distintivos da função de garantia e da função liberatória, ela revelará qual a ligação entre ambas e quais elementos privativos de cada uma se encontram no recorte do pacto comissório e do pacto marciano.

Importa previamente vincar algumas precisões de ordem terminológica, a começar pelo conceito de *responsabilidade patrimonial* para esclarecer que hoje a doutrina considera instrumento de tutela da posição do credor destinado a operar somente perante o inadimplemento do devedor, isto é, permanecendo como elemento externo à obrigação³⁴⁵.

Neste sentido, é totalmente pacífica a identificação da responsabilidade patrimonial com o conceito de *garantia geral das obrigações*, no sentido de afectação do património do devedor à realização do crédito, por um lado, e, por outro, de indicação da existência de um complexo de poderes que o credor pode exercer para conservar, manter e não (ver) diminuir esta sua garantia. Alguma doutrina reputa mesmo a garantia genérica como lado activo da responsabilidade patrimonial consubstanciado num conjunto de situações jurídicas subjectivas activas que facultam ao credor o recurso a mecanismos de direito substantivo (como a perda do benefício

³⁴⁵ A doutrina civilística há muito abandonou a tese alemã do início do século passado do *Schuld und Haftung*, de acordo com a qual a responsabilidade patrimonial constituía elemento estrutural da obrigação. Cfr. O. SCHEIBER, *Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik*, I, Leipzig, 1914 e O. GIERKE, *Schuld und Haftung im ältern deutschen Recht – insbesondere die Form der Schuld und Haftungsgeschäfte*, Breslau, 1924. Para uma visão (já) crítica, vide C. GANGI, *Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco*, in Riv. it. scienze giur., 1916, pp. 225 e segs. e, do mesmo Autor, *Debito e responsabilità. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca*, in Studi Sassaesi, 1921, pp. 178 e segs..

do prazo do devedor) e de direito adjectivo (como as acções de subrogação e de impugnação) em ordem à preservação da (sua) garantia³⁴⁶.

Menor uniformidade no pensamento doutrinal há no recorte do conceito de garantia e, em particular, na possibilidade de autonomizar uma ideia de unidade funcional entre a garantia geral das obrigações e as garantias especiais bem como entre as garantias pessoais e as garantias reais.

De um ponto de vista analítico, a diversidade na construção dogmática da identidade funcional da figura da garantia apresenta uma utilidade prática não despicienda, de que é exemplo a doutrina à luz da qual existe uma identidade funcional entre garantia geral e garantias especiais, uma vez que perspectiva a figura da garantia como “*estrutura jurídica que no âmbito do poder de agressão do credor sobre os bens do devedor assegura a eficácia, conservando uma situação e permitindo o exercício frutuoso do poder de pressão*”, defendendo que a possibilidade de “*conservação pode abranger tanto o património do devedor, como complexo de bens, individualizado e não abstractamente considerado, como os bens singulares; o primeiro caso configura a garantia geral das obrigações e o segundo as garantias especiais, mas é evidente a identidade funcional de cada um dos tipos de garantias*”³⁴⁷⁻³⁴⁸. Por outro lado, ainda segundo a mesma doutrina, a atribuição à garantia da função conservatória e de ligação com o poder de agressão sobre os bens (não sobre património) conduz conceptualmente à exclusão da categoria dos negócios com função de garantia das garantias pessoais, porque estas limitam-se a adicionar à obrigação garantida uma outra obrigação³⁴⁹⁻³⁵⁰.

Inversamente, os Autores que colocam no centro da análise da garantia, não a sua função meramente conservatória do património do devedor, mas sim a sua idoneidade para realizar “*uma agilização em maior grau da viabilidade da expectativa do credor*”, recuperam, por um lado, a unidade funcional entre garantias pessoais e garantias reais, não podendo, por outro lado, afirmar a estranheza da garantia geral das obrigações ao conceito de garantia em sentido técnico³⁵¹.

³⁴⁶ Verbi gratia, L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale*, op. cit., pp. 15 e segs. e M. FRAGALI, *Garanzia e diritti di garanzia*, in Enc. dir., XVIII, Milano, 1969, p. 451.

³⁴⁷ Citações de L. BARBIERA, *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971, p. 50.

³⁴⁸ Concordando, F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, op. cit., pp. 63 e segs..

³⁴⁹ É o que nos diz L. BARBIERA, na sua ob. cit. *Garanzia del credito...*, pp. 42 e segs..

³⁵⁰ Neste ponto particular, MASTROPAOLO discorda desta corrente doutrinária, entendendo que também as garantias pessoais se reconduzem à categoria das garantias em sentido técnico. Cfr. F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, op. cit., p. 66.

³⁵¹ Cfr. M. FRAGALI, *Garanzia e diritti di garanzia*, ob. cit., pp. 451 e segs..

Assim, a busca de um conceito unitário de garantia deverá limitar-se à identificação de elementos de pendor abrangente, por forma a abarcar tanto a garantia geral como as garantias especiais. Mas, afirmando, como MASTROPAOLO, que “*uma obrigação é constantemente acompanhada da garantia, para relatar de forma abrangente o conjunto do património do devedor e das garantias pessoais e reais*”³⁵², se, por um lado, podemos compreender, sob o prisma de um conceito unitário de garantia, tanto a garantia geral como as garantias especiais e, dentro destas, tanto as reais como as pessoais, por outro lado, devemos admitir que uma tal definição se afigura tão ampla que pode resultar numa conceptualização vaga e incapaz de receber todos os elementos caracterizadores dos fenómenos singulares da garantia³⁵³.

Antes de mais, parece pacífica a ideia de identidade substancial entre os conceitos de responsabilidade patrimonial e garantia geral, uma vez que ambos comportam o sentido de sujeição dos bens do devedor a uma possível agressão por parte do credor que não seja pago e de titularidade, também por parte deste, de poderes e situações jurídicas subjectivas que lhe permitem pugnar pela preservação da integridade do património do devedor contra actos e omissões que incidam sobre a consistência dos bens sujeitos à agressão do titular do direito de crédito³⁵⁴.

Aliás, numa perspectiva puramente terminológica, surge a afirmação de acordo com a qual a garantia geral das obrigações e a responsabilidade patrimonial representam um mesmo fenómeno jurídico, com a única diferença de a primeira se reportar ao ponto de vista do credor e a última ao devedor³⁵⁵.

Entre outros elementos, a responsabilidade patrimonial caracteriza-se pela acessoriedade relativamente à relação obrigacional, ainda que permaneça externa à sua estrutura, o que vale por dizer que não é, pois, configurável uma relação obrigacional que *prescinda* da responsabilidade patrimonial do devedor e, portanto, da garantia geral para o credor.

³⁵² Como podemos ler em . F. MASTROPAOLO, *I contratti autonomi di garanzia*, op. cit., p. 66.

³⁵³ Também G. TUCCI, em *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, VIII, Torino, 1992, pp. 590 e segs., por um lado, inclui no conceito de garantia os elementos que concorrem à satisfação dos interesses do credor, mas, por outro, parece no entanto querer limitá-lo ao sentido técnico de garantia e só às garantias reais e pessoais.

M. GIORGIANNI assinala um conceito unitário da função de garantia, expondo o seu pensamento a partir da descrição da ligação existente entre responsabilidade patrimonial e garantia, defendendo que se consubstancia no modo particular com que ambas permitem ao credor alcançar uma determinada quantia pecuniária através da expropriação forçada dos bens do devedor. Na opinião do Autor, este ponto de vista evidencia a afirmação de que tanto as garantias reais como as garantias pessoais possibilitam o mesmo efeito. Cfr. M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, Milano, 1968, pp. 173 e segs..

³⁵⁴ *Vide* M. GIORGIANNI, *L'obbligazione*, ob. cit., p. 157.

³⁵⁵ É o que nos diz L. BARBIERA, em *Responsabilità patrimoniale*, ob. cit., p. 24.

E é precisamente este elemento que nos parece que diferencia de modo decisivo a garantia geral das garantias especiais: a presença das garantias especiais é, aliás, meramente eventual. Pode, quando muito, depender da fonte da obrigação, quando a lei refere a presença de um privilégio, por exemplo, mas não pode considerar-se *in re ipsa*.

Neste sentido, afigura-se compartilhável a ideia de que a garantia, em sentido técnico, constitui um elemento ulterior, em relação à normal composição de interesses e à normal disposição de poderes e sujeições jurídicas resultantes da simples existência da relação obrigacional³⁵⁶.

Resulta que a função de garantia, em sentido técnico, não pode considerar-se característica de todos os instrumentos que concorrem à satisfação do credor, mas somente daqueles que se afiguram idóneos para reforçar a expectativa de realização do crédito, por adição de certos elementos em momento ulterior àquele em que a lei reconhece a presença de uma relação obrigacional³⁵⁷. Bem se explica, *hic sensu*, a qualificação de *subsidiárias* atribuída amiúde às garantias.

Neste *prima*, pode indicar-se a função de garantia, por um lado, aos instrumentos que destinam determinados bens à satisfação de um crédito, atribuindo ao credor a titularidade de uma situação subjectiva de natureza real através da qual dispõe também de um direito de preempção relativamente aos demais credores; por outro lado, a função de garantia pode vislumbrar-se nos instrumentos que estendam a responsabilidade patrimonial e a garantia geral pelo adimplemento de certa obrigação a outros sujeitos para além do devedor – que é o que ocorre nas garantias pessoais³⁵⁸.

3.3 Função solutória

Ademais da função de garantia, o pacto comissório cumpre também uma função solutória, de satisfação do interesse do credor interpenetrada pela extinção da obrigação do devedor³⁵⁹.

³⁵⁶ Como afirmam M. FRAGALI, *Garanzia*, *op. cit.*, p. 453, G. TUCCI, *Garanzia. Diritto comparato e straniero*, *op. cit.*, p. 1 e A. SASSI, *Garanzia del credito*, *ob. cit.*, pp. 35 e segs..

³⁵⁷ Razão por que não pode reconhecer-se que desempenha uma função de garantia o pacto por meio do qual o devedor se vincule perante o credor a não dispor de um determinado bem no qual habita. Neste sentido, E. M. MASTROPAOLO, *Autonomia contrattuale e patto di non alienazione di specifici beni a fini di garanzia nel contratto di mutuo*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, pp. 74 e segs., sublinhando também este Autor que uma tal cláusula não seria oponível a terceiros de boa fé nem aos credores concorrentes, sendo ainda que não parece que confira alguma tutela adicional relativamente aos instrumentos de conservação da garantia patrimonial.

³⁵⁸ Neste sentido, entre outros, F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 9.^a ed., Milano, 1958, pp. 88 e segs. e D. RUBINO, *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*, in *Tratt. dir. civ. e comm. diretto da Cicu e Messineo*, XIX, Milano, 1956, pp. 4 segs..

³⁵⁹ A função solutória corresponde, nas palavras de BARBIERA, à “*satisfação do interesse final subjacente ao lado activo da relação obrigacional, independentemente da coexistência no facto solutório de um acto de cumprimento da obrigação*”. Cfr. na *ob. cit.* do Autor *Garanzia del credito*, p. 178.

Significa, portanto, que a função de garantia e a função solutória são perfeitamente distintas, pese embora a autonomia não repudiar a estreita relação que as liga.

Na verdade, a reflexão em torno da figura do pacto comissório exige o exame da relação entre as suas funções de garantia e solutória³⁶⁰, porquanto os instrumentos de que uma e outra se socorrem servem o mesmo fim de satisfação do interesse final da relação obrigacional, com particular relevo para a realização dos direitos do credor.

Não obstante, encontramos, entre uma e outra função, dissemelhanças de natureza estrutural e funcional³⁶¹ que importa analisar.

Como sabemos, os instrumentos de garantia criam uma relação acessória à relação obrigacional, mas não extinguem a obrigação nem tão pouco promovem o desaparecimento da responsabilidade patrimonial, como resulta claramente do artigo 601.º CC.

Ao contrário, os instrumentos solutórios, quando operam os seus efeitos, extinguem sempre a obrigação (pelo menos parcialmente) e impedem, em consequência, o funcionamento dos mecanismos da responsabilidade patrimonial do devedor³⁶².

Sem prejuízo do que ficou dito, sublinhe-se que o legislador conferiu aos instrumentos de garantia características próprias dos mecanismos de segurança de satisfação do credor; características, nessa medida, típicas da função solutória, o que se explica com a necessidade de as garantias se mostrarem realmente capazes de cumprir a sua função de reforço do crédito.

Assim, a ligação que se perfila entre as funções de garantia e solutória não pode enunciar-se como circunscrita a uma certa conexão funcional entre os elementos que mantenham a sua

³⁶⁰ Também nós optamos pela designação *função solutória*, porquanto a celebração de um pacto comissório nasce indubitavelmente da vontade de extinguir a obrigação emergente da relação creditícia a que se reporta. Podemos, assim, falar em *intenção solutória*, no sentido em que entre os efeitos do referido acordo conta-se a extinção da obrigação do devedor, sem que tenha havido cumprimento, *proprio sensu*, mas permitindo os seus mecanismos a liberação do obrigado. Razão por que entendemos adequada a terminologia *função solutória* para expressar a consequência advinda do pacto comissório de extinção da obrigação que impedia sobre o seu declarante.

Vide na doutrina portuguesa, a respeito de outros institutos, a alusão ao efeito solutório, nos escritos de ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, *op. cit.*, vol. I, pp. 524-525, CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 302 ANA PRATA, *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 651 e M. J. ALMEIDA COSTA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1985, p. 175.

³⁶¹ Neste sentido, A. SASSI, *Garanzia del credito*, *ob. cit.*, pp. 67 e segs..

³⁶² Na doutrina italiana, encontramos esta visão expressa, por exemplo, por SASSI que se reporta ao afastamento da responsabilidade patrimonial e à extinção da obrigação que os instrumentos solutórios operam por contraponto com os instrumentos de garantia, por referência ao artigo 2740 do Código Civil italiano que sob o título *responsabilidade patrimonial* determina que “*O devedor responde pelo cumprimento das obrigações com todos os seus bens presentes e futuros*”, acrescentando que “*As limitações da responsabilidade não são admitidas se não nos casos previstos na lei*” – (tradução nossa). Para mais desenvolvimentos, consultar A. SASSI, *Garanzia del credito*, *op. cit.*, pp. 70 e segs..

individualidade, deve, sim, anotar-se que os engenhos solutórios estão contidos nos mecanismos de garantia, sem contudo se prescindir da identificação conceptual dos dois momentos de actuação dos instrumentos de segurança do crédito (garantia e cumprimento), e sem perder de vista outrossim que enquanto às garantias reais é ínsita a função de cumprimento, tipos negociais há, tendentes à satisfação do crédito, em que a função solutória prescinde da função de garantia – como a dação em cumprimento e a cessão de bens aos credores³⁶³.

Não se trata, porém, da única visão acerca da relação entre os preditos elementos, sendo que para outra parte da doutrina existe uma separação vincada entre ferramentas solutórias e de garantia, repudiando a ideia de que aquelas estão incluídas nestas³⁶⁴.

E, na verdade, é argumentativamente mais rica e preferível esta posição, porquanto, embora seja inegável que na disciplina das garantias reais se prevêem mecanismos solutórios, para reforço da sua função estritamente conservatória, parece excessivo concluir-se que os engenhos solutórios são elementos essenciais da função de garantia e parte integrante desta.

Afigura-se, sim, importante apontar estreita conexão e interdependência na ligação existente entre função de garantia e função solutória. Claro que a função de garantia carece sempre de instrumentos solutórios para poder realizar o seu fim último que é a satisfação do interesse do credor, mas tal apenas implica a afirmação de que o legislador, para assegurar a realização dos créditos, utiliza combinadamente mecanismos de garantia e solutórios³⁶⁵.

Nas garantias reais, o vínculo do bem dado em garantia à realização do crédito pode, de facto, conduzir à satisfação do credor por meio de uma série de possíveis engenhos solutórios, quer aqueles que se encontram legalmente previstos (venda judicial) quer aqueles que as partes definam por acordo (venda extraprocessual ou adjudicação³⁶⁶).

Ora, acontece que nos casos de instrumentos solutórios convencionais, a estipulação entre as partes tanto pode ser alcançada uma vez verificado o incumprimento (v.g. cessão de bens aos credores e *datio in solutum*) como pode ser anterior (o que sucederá nos pactos comissório e marciano).

³⁶³ Regulados no nosso Código Civil pelos artigos 837.º a 840.º (dação em cumprimento) e 831.º a 836.º (cessão de bens aos credores).

³⁶⁴ Neste sentido, L. BARBIERA, *Garanzia del credito*, ob. cit., pp. 102 e segs., em que o Autor sublinha que à função de garantia o que se *pede* é um efeito conservatório do património que responde pela obrigação, tratando-se, portanto, do seu efeito essencial, ao qual se junta, em momento sucessivo, um elemento ulterior que executa a função *solutória*.

³⁶⁵ No sentido de os elementos que asseguram a efectiva satisfação do credor serem *estranhos* aos instrumentos próprios da função de garantia, veja-se F. MESSINEO, *Manuale...*, III, ob. cit., pp. 72 e segs..

³⁶⁶ Respectivamente, segunda parte do n.º 1 e n.º 2 do artigo 675.º CC.

Surge neste ponto a oportunidade de separar conceptualmente garantia e cumprimento, sublinhando-se com esta afirmação que constituem dois momentos perfeitamente distintos, o que resulta de modo bem claro nas *fattispecies* que comportam instrumentos solutórios independentes dos mecanismos (com função) de garantia.

Vale isto por dizer que o efeito solutório pode ocorrer sem pre-existência da garantia.

E tal pode ocorrer tanto nos tipos legais como nos tipos convencionais de engenhos solutórios: como exemplo de mecanismo de cumprimento legal que não necessita de instrumento de garantia prévio encontramos, desde logo, a venda judicial – que o credor pode promover, intentando a competente acção executiva, da qual pode lançar mão independentemente de ser beneficiário de uma garantia real. No rol dos instrumentos solutórios de natureza convencional, vemos que as partes podem perfeitamente, por acordo, estipular uma *cessio bonorum* ou uma dação em cumprimento, sem que exista garantia real prévia³⁶⁷.

Assinala-se, *sic*, a presença de mecanismos aptos a garantir a efectiva satisfação do credor que operam os seus efeitos nos mesmos termos, quer relativamente a bens onerados com uma garantia real quer quanto a bens sobre os quais não recaia qualquer garantia³⁶⁸.

Sem prejuízo, reitera-se o desalinhamento da doutrina que indentifica os elementos solutórios como momentos meramente eventuais da *fattispecies* crédito garantido, porquanto, vimo-lo já, a garantia cumpre a sua função, de modo integral, independentemente de o devedor cumprir a obrigação pontualmente ou da necessidade de actuação de um mecanismo solutório predeterminado.

O que não significa que seja totalmente indeferente estar-se em presença de mecanismos de cumprimento legais ou convencionais, porque nem sempre os seus efeitos coincidem. Desde logo, porque a prévia definição do instrumento à disposição do credor pode ter a vantagem de este poder fazê-lo actuar sem a (necessidade de) colaboração do devedor, se a opção recair num engenho solutório que opere automaticamente, de forma não dependente da vontade do devedor, só condicionado ao inadimplemento, como será o caso do pacto comissório e do pacto marciano, mas também, por exemplo, da venda *a retro*.

A própria história das garantias tem sido pontoada por tentativas de inclusão na sua disciplina contratual de mecanismos de cumprimento o mais automáticos possível, com características que permitam prescindir da cooperação do obrigado para realizar o interesse do credor e que operem

³⁶⁷ Por outras palavras, a existência ou inexistência de garantia real prévia é absolutamente inócua para a possibilidade de utilização de certos mecanismos solutórios, como os indicados em texto – para os respectivos regimes, *vide* nota 363.

³⁶⁸ Para uma leitura mais desenvolvida sobre os esquemas negociais referidos em texto, cfr. M. SPINELLI e L. BARBIERA na sua obra *I negozi di destinazione alla liquidazione*, Napoli, 1999, especialmente pp. 119 e segs..

o efeito de satisfação do crédito³⁶⁹, ontologicamente resistentes a possíveis *interferências* de terceiros³⁷⁰.

E note-se que os esquemas negociais criados no âmbito da autonomia das partes com função de garantia tendem a duas finalidades essenciais: por um lado, contornar os limites das garantias *típicas*, como no caso do penhor sem desapossamento e, de outra banda, conceber instrumentos de cumprimento mais rápidos e mais eficazes do que os previstos na lei³⁷¹.

Tradicionalmente, atendendo à estrutura típica dos negócios jurídicos de garantia, no momento da sua celebração, o controlo legal é relativamente brando e a *malha* um tanto larga, porque o legislador crê que é suficiente proceder a um controlo mais apertado no momento da satisfação do credor. O que se explica se se tiver em conta os interesses das partes no momento da garantia e no momento do cumprimento.

Na pendência da relação obrigacional, o credor tem *apenas* interesse em que o património do devedor não se depaupere a ponto de fazer perigar o cumprimento, *bastando-se* com a realização daquele interesse através dos mecanismos de conservação patrimonial ou, de forma mais segura, com a constituição de uma garantia real; já o devedor, por seu lado, nesta fase, tem interesse em que a possibilidade de disposição dos seus bens seja o menos limitada possível e que estes fiquem, o mínimo possível, sujeitos a ónus e encargos.

Neste quadro de divergência de interesses, o ordenamento jurídico põe à disposição do credor instrumentos de controlo da liberdade negocial do devedor (como a subrogação ou a impugnação

³⁶⁹ Neste sentido, cfr. A. SASSI, *Garanzia del credito*, *op. cit.*, p. 59.

³⁷⁰ Fenómeno crescente para o qual G. GRISI chama a atenção, na sua obra *Il deposito in funzione di garanzia*, Milano, 1999, p. 14, salientando que “*é próprio deste tipo de automatismo (...) para imprimir aos esquemas [negociais] uma conotação particular e colocá-los numa zona de fronteira entre a «solutio» e a garantia»* (tradução nossa).

³⁷¹ Esta tendência encontra campo particularmente fértil na evolução das garantias pessoais, por intermédio dos instrumentos criados pela autonomia privada, sabendo que não estão sujeitas ao princípio da tipicidade (ao contrário das garantias reais – artigo 1306.º CC). A prática evidencia a predisposição dos particulares para utilizarem instrumentos *solutórios* praticamente automáticos, isto é, limitativos da dedução de oposição por terceiros garantes.

Neste contexto, destaca-se a garantia autónoma e, muito particularmente, os contratos com cláusula *on first demand* ou à primeira solicitação. Para mais desenvolvimentos, consultar, entre nós, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, *ob. cit.*, pp. 763-764, MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, *op. cit.*, p. 153, M. JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida...*, *ob. cit.*, pp. 722 e segs., PEDRO ROMANO MARTINEZ, «*Garantias Bancárias*», in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles, vol. II, 2, p. 280, MÓNICA JARDIM, *A Garantia Autónoma*, *op. cit.*, pp. 51 e segs., I. GALVÃO TELLES, *Garantia bancária autónoma*, *op. cit.*, p. 288 e CALVÃO DA SILVA, *Garantias acessórias e garantias autónomas*, in Estudos de Direito Comercial (pareceres), Almedina, Coimbra, 1996, p. 353 e, na doutrina italiana, entre outros, A. CALDERALE, *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Bari, 1989, pp. 180 e segs. e F. MASTROPALO, *Il contratto autonomo di garanzia*, *op. cit.*, pp. 115 e segs..

pauliana³⁷²), atribuindo ao devedor liberdade contratual para criação de esquemas negociais atípicos que vão ao encontro das suas exigências (como as denominadas *garantias rotativas*³⁷³). Mas, apesar deste aparente *equilíbrio* que a lei promove, o certo é que a disciplina legal, *a montante*, isto é, em sede de constituição de garantias, configura um quadro normativo de tutela da posição do credor³⁷⁴.

No entanto, se no momento seguinte ocorre o inadimplemento definitivo do devedor e, portanto, se se passa da fase da garantia à do cumprimento coactivo do crédito, o quadro de interesses altera-se profundamente, pois ao interesse do devedor em não sofrer pressões, contrapõe-se o do credor em obter o máximo de vantagem possível do não pagamento voluntário. Neste momento, o ordenamento jurídico preocupa-se em salvaguardar a relação de correspondência entre o montante da dívida e o valor do bem com o qual o credor vai realizar o seu crédito.

Na verdade, é aqui que a lei *abandona* a perspectiva de tutela de cada um dos credores, singularmente considerados, e passa a proteger os demais credores do devedor inadimplente, através dos ditames do princípio *par conditio creditorum*, procurando, em simultâneo, reequilibrar as posições do devedor e do credor, através da proibição do pacto comissório.

Em sequência, não podemos comungar da ideia segundo a qual a função de garantia se encontra tão estreitamente ligada à de cumprimento que acaba por *absorvê-la*, porque, sabendo que na vida da relação obrigacional garantida, a (simples) vigência (pendência) da garantia e a realização do crédito traduzem momentos conceptual, funcional e estruturalmente tão distintos, esta diversidade será ponto fulcral na abordagem do problema da identificação da função e natureza dos pactos comissório e marciano e não elo de consumpção ou absorção.

3.4 Que função?

Do que vem sendo dito, parece pacífica a identificação de uma função translativa no pacto comissório e no pacto marciano e, portanto, a questão de fundo reside em saber onde situá-los entre as alternativas de escopo de garantia ou de cumprimento.

Aprioristicamente, podemos afastar a hipótese de atribuir ao pacto comissório uma finalidade de segurança do crédito que inclui um elemento solutório, porquanto, das reflexões que fomos

³⁷² Reguladas no Código Civil (respectivamente) pelos artigos 606.º a 609.º e 610.º a 618.º.

³⁷³ Vide sobre a figura E. GABRIELLI, *Le garanzie rotative*, ob. cit., *passim* e G. B. BRUNI, *La garanzia "fluttuante" nell'esperienza giuridica inglese e italiana*, ob. cit., pp. 692 e segs..

³⁷⁴ Com uma perspectiva reflexiva sobre o possível privilegiamento ou excesso de tutela legal da posição do credor, consultar G. TUCCI, *Il legislatore degli anni novanta e il paradosso dei privilegi (dall'art. 46 del Testo Unico in materia bancaria al nuovo art. 37 novies, introdotto dalla Merloni ter)*, in *Giur. it.* 1999, pp. 1985 e segs..

vertendo em texto, resulta com clareza bastante a dissemelhança e independência entre a função de garantia e a função de cumprimento.

Sic, entre função exclusiva de garantia ou de cumprimento, e ponderando o efeito extintivo que a *lex commissoria* opera relativamente à obrigação garantida, inclinamo-nos para a finalidade solutória, porque, na verdade, é indiscutível que o pacto comissório cumpre o propósito de extinção do vínculo obrigacional que liga o devedor ao credor.

Este prisma é incompatível, sublinhe-se, com a posição tradicional de recondução do pacto comissório ao tipo negocial da venda em garantia, pois, considerando os elementos solutórios autónomos, como vimos, em relação aos mecanismos de garantia, tendendo, embora, a operar efeitos próximos dos destes, mas em momento sucessivo e eventual, afigura-se atendível a posição que sustenta que o pacto comissório mais não é do que cláusula inserta em negócios jurídicos com função de garantia, mas que se distinguem dela e dela são causalmente autónomos³⁷⁵.

Entre os negócios com escopo de garantia, tanto podemos encontrar a hipoteca ou o penhor, como uma alienação em garantia, como outros esquemas negociais mais complexos, lícitos, típicos ou atípicos, em que as partes funcionalizem um ou mais tipos contratuais à realização do seu desígnio de segurança do crédito.

Vincadamente, existe uma diferença substancial entre os efeitos de uma alienação com escopo de garantia e de uma alienação com fim solutório. O pacto comissório apostado a uma garantia típica opera uma alienação solutória, porque, em virtude da produção dos seus efeitos típicos, o bem onerado é transferido para a esfera jurídica do credor, sem que possa o devedor ter a expectativa legítima ou possa razoavelmente equacionar a (re)titularidade em termos tais que mereçam a tutela do Direito ou que, *hic sensu*, limitem, de qualquer modo, os poderes do credor sobre o bem adquirido, sendo certo que a transmissão extingue a obrigação³⁷⁶.

Equivale isto a dizer que o pacto comissório, mesmo se clausulado numa venda com fim de garantia, mantém invariavelmente os seus efeitos essenciais. É que se nestes casos de alienação

³⁷⁵ Consultar F. ANELLI, *L'alienazione*, ob. cit., pp. 303 e segs., em que o Autor, partindo da posição tradicional, demonstra a necessidade de superação do equívoco em que a doutrina e a jurisprudência persistem, ao identificar o pacto comissório autónomo com uma alienação com escopo de garantia, porque, como explica, é possível a existência e manutenção de cada uma das convenções, *de per si*.

Na verdade, uma venda em garantia pode ser celebrada válida e eficazmente sem que seja clausulado o (mecanismo solutório do) pacto comissório. Pelo contrário, conclui ANELLI, para se estar perante um pacto comissório, é necessário uma opção/declaração expressa das partes contratuais nesse sentido.

Aliás, os ordenamentos jurídicos que admitem a alienação em garantia distanciam claramente esta figura da *fattispecie* pacto comissório e esta diferenciação positiva sustenta a congruência normativa da coabitação entre a licitude da primeira e a proibição da segunda.

³⁷⁶ Encontramos a rejeição da ideia de identidade do pacto comissório com os negócios jurídicos de garantia mesmo em Autores que defendem uma acepção de garantia que compreende um momento solutório, como é o caso C. M. PRATIS, *Sub Art. 2744, in Comm. del cod. civ., Utet, Libro VI, I, Torino, 1976, pp. 91 e segs.*

o efeito translativo ocorre *ex contractu* de compra e venda (alínea a) do artigo 879.º CC) e não por força do pacto, note-se que é o pacto que opera uma importante alteração nas características da titularidade do direito adquirido pelo credor: reforça-a, na exacta medida em que reduz a possibilidade de reacquirição por parte do devedor e altera a titularidade do credor alienatário de temporária³⁷⁷ para temporalmente indefinida³⁷⁸.

Não se afigura, assim, defensável a qualificação do pacto comissório e do pacto marciano como alienações em garantia se não se perder de vista que este tipo negocial exige sempre a presença de uma garantia obtida mediante um evento translativo, enquanto a função a que tendem aqueles pactos, vimo-lo já, pode realizar-se perfeitamente através de um esquema negocial que não preveja um efeito translativo imediato³⁷⁹.

E o mesmo se diga se se considerar também os casos típicos em que há a constituição de um direito real de garantia, mas não o evento translativo destinado a operar na fase fisiológica da relação obrigacional, dado que tal evento (efeito) é, quando muito, previsto e destinado a operar apenas quando (e se) acontecer a fase patológica da relação obrigacional.

De igual modo, sublinhe-se, é ainda possível a celebração de um pacto comissório autónomo (e) sem qualquer instrumento negocial de garantia subjacente que vincule o bem em causa à (ainda que sucessiva e eventual) função solutória. E, nestes casos, não se pode identificar qualquer

³⁷⁷ Típica das alienações em garantia.

³⁷⁸ Neste sentido, P. PERLINGIERI, na sua obra *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2.ª ed., Napoli, 1991, pp. 283 e segs., defende que a titularidade é destinada a exprimir-se através de um esquema que não corresponde necessariamente àquele que caracteriza a situação subjectiva. De modo particular, afirma “*a temporariedade ou não da titularidade não se identifica com a provisoriedade ou perpetuidade da situação subjectiva à qual a titularidade se refere. Esta última, entendida como ligação entre sujeitos e situação, pode ser transitória mesmo quando diga respeito a uma situação tendencialmente indefinida no tempo*” (tradução nossa de uma citação retirada da p. 288 da ob. cit.).

³⁷⁹ ROPPO, em *La responsabilità patrimoniale del debitore*, op. cit., pp. 567 e segs., reportando-se a casos comuns de transferência do bem precedente e posterior ao inadimplemento, defende que “*o que é decisivo é que a transmissão se realize (ocorra ou se consolide) no caso de incumprimento, e portanto desempenhe uma função de garantia. Quando tal acontece, o negócio que a preveja deve ser incluído na classe das alienações em garantia.*” (tradução nossa de um excerto da página 567 da ob. cit.).

Questionamos se pacto comissório e alienação em garantia poderão, na verdade, considerar-se *fattispecies* equiparáveis.

Relativamente às transmissões de bens para o credor anteriores ao incumprimento, cumprem, sem dúvida, uma função de garantia, porque se destinam a reforçar a expectativa de satisfação do credor, o que, por si só, não extingue, no todo ou sequer em parte, a obrigação a que o devedor se encontra adstrito. Somente verificado o inadimplemento, (e) em virtude do pacto comissório, se realiza a função solutória que comporta uma diminuição das pretensões do devedor inadimplente a recuperar a propriedade do bem. Já uma transmissão que ocorra apenas na sequência do incumprimento, cumpre desde o início uma (eventual mas) exclusiva função de pagamento, e não de garantia, tanto que se (a transmissão) se realizar, ela extingue a obrigação. Sem prejuízo, tal não significa que inexistia nesta hipótese um negócio com escopo de garantia: ele pode estar presente, mas o que importa reter é que a função de garantia não é realizada através do evento translativo, derivando antes do (simples) vínculo obrigacional.

reforço da expectativa de satisfação do credor³⁸⁰⁻³⁸¹; devendo, sim, reconhecer-se a estipulação convencional de um mecanismo de pagamento³⁸².

O que vem sendo dito encaminha-nos para o reconhecimento da função solutória como aquela que assinala a presença dos pactos comissório e marciano³⁸³, se bem que em grau diverso: no

³⁸⁰ Em E. ROPPO, *Note sopra il divieto...*, op. cit., p. 411, encontramos uma impressiva abordagem doutrinária da hipótese descrita em texto, de pacto comissório não relacionado com um negócio de garantia, em que o Autor toma por exemplo uma cláusula de um contrato, do qual emana um crédito a favor de uma das partes, estabelecendo que em caso de incumprimento, um determinado bem do devedor será transferido para a esfera jurídica do credor, a título de propriedade, sem porém se constituir um penhor ou uma hipoteca sobre o mesmo.

Nesta situação, se é indubitável a presença de um pacto comissório, é igualmente notório que o clausulado não cumpre qualquer função de garantia, desde logo, porque se o devedor dispuser, *medio tempore*, do bem que por acordo com o credor foi destinado ao pagamento, o credor não possui qualquer instrumento de tutela em relação ao terceiro adquirente.

³⁸¹ C. M. BIANCA, em *Il divieto...*, ob. cit., pp. 180 e segs., também discorre sobre uma hipótese que sufraga a ideia vertida em texto, referindo-se aos casos de pacto comissório obrigacional em que o bem não se encontra onerado com uma garantia, não hesitando, a um tempo, na afirmação de que se trata de situações de veraz utilização do pacto comissório e que apesar de o devedor ficar, por força do pacto, impedido de dispor do bem, se dele dispuser, o acto será válido e terá como única consequência a perda do benefício do prazo, *ex vi* do artigo 1186 do Código Civil italiano (artigo 780.º do nosso Código Civil).

³⁸² Sobre este ponto, L. BARBIERA, na sua ob. cit. *Garanzia del credito*, pp. 252 e segs., também repudia a subsunção do pacto comissório na categoria das transmissões com escopo de garantia.

³⁸³ Encontramos no pensamento de SASSI uma reflexão especialmente centrada na questão da alternativa entre função de garantia e função solutória do pacto comissório, tomando como ponto de partida a opinião expressa por F. ANELLI em *L'alienazione in funzione di garanzia*, op. cit..

Na sua ob. cit. *Garanzia del credito*, pp. 197 e segs., SASSI rebate a ideia de dicotomia entre alienação com escopo de garantia (ou, mais amplamente, negócio de garantia) e pacto comissório, enunciada por ANELLI e a consequente atribuição de função exclusivamente solutória à *lex commissoria*. O Autor apoia a sua posição na premissa segundo a qual “na óptica do legislador o pacto comissório insere-se num complexo esquema negocial, formado por três negócios funcionalmente ligados, individualizáveis em contrato de financiamento, negócio de garantia e pacto comissório” (tradução nossa de um trecho retirado da p. 197 da obra indicada).

SASSI defende que a figura do pacto comissório pressupõe a existência anterior ou coeva de uma obrigação que não se extingue, porque, por defeito, o cumprimento desta obrigação não seria mais possível, uma vez que não teria causa, e o pacto comissório configuraria uma *datio in solutum*. Apoiado nesta ideia, sustenta que no contexto descrito, o pacto comissório não pode cumprir uma função solutória propriamente dita, em presença da qual se realiza a satisfação directa do credor e a extinção automática da relação obrigacional.

Sic, a negação da função solutória do pacto comissório surge nesta visão como corolário da incompatibilidade de tal efeito com a extinção imediata da obrigação que o pacto opera.

Este raciocínio de SASSI, contudo, não parece ponderar devidamente que a função solutória da convenção comissória é apenas eventual, isto é, no contexto do núcleo negocial complexo em que o pacto comissório surge, em que os seus efeitos jurídico-económicos são destinados a operar somente (se e) depois de ocorrer o inadimplemento. Enquanto o negócio com função de garantia (quando existe) cumpre, em qualquer cenário, o seu fim, o mesmo não acontece com os negócios com função solutória. E, portanto, é neste cenário de eventualidade de o devedor não cumprir que o negócio solutório, quando opera, extingue, na verdade, de modo automático e imediato, a obrigação. Mas se o devedor cumprir a sua obrigação pontualmente, já o pacto comissório não realiza a sua função, já o negócio solutório não opera os seus efeitos, ao contrário do negócio de garantia que realiza sempre o seu fim de reforçar a segurança da satisfação do crédito, independentemente do cumprimento ou incumprimento por parte do devedor.

pacto comissório, as partes predeterminam convencionalmente a congruência entre valor do débito e valor do bem e com um pacto marciano, as partes postecipam a avaliação do bem para o momento de actuação do mecanismo solutório.

Nestes termos, a consequência fundamental da solução proposta é que a presença de um pacto comissório autónomo não implica necessariamente a nulidade de todo o tipo negocial adoptado pelas partes. Importa divisar o mecanismo solutório da alienação (ou negócio) com função de garantia adoptado, pois a nulidade do artigo 694.º CC sancionará, *em princípio*³⁸⁴, apenas o engenho solutório e não o instrumento de garantia que *de per si* permanecerá plenamente válido e eficaz³⁸⁵. Aliás, parte da doutrina entende que com o pacto comissório autónomo, os sujeitos expressam simplesmente uma vontade de realização do fim de garantia, apesar de, para tanto, lançarem mão de uma estrutura negocial anómala, porque, na verdade, por norma, nada estipulam acerca da fase solutória, emergindo a sua disciplina em sede interpretativa³⁸⁶.

Se forem exactas as linhas de pensamento que apontam no sentido de a função de garantia poder, em termos conceptuais, separar-se totalmente da função solutória, então, o recorte dogmático desta última surgirá do labor interpretativo, sem perder de vista o sentido funcional do esquema negocial adoptado pelas partes, considerado no seu todo.

3.5 A nulidade como sanção do desequilíbrio e o pacto marciano

Vimos já que a *ratio* da proibição do pacto comissório vale tanto para um acordo comissório autónomo como para uma cláusula comissória aposta a garantia real, porque o desvalor jurídico resulta do juízo de censura que o ordenamento dirige à predisposição de um instrumento solutório, alternativo ao cumprimento, propício a abusos em prejuízo do devedor; razão por que é aplicável a ambas as hipóteses³⁸⁷.

³⁸⁴ *Em princípio*, como ensina MOTA PINTO, na sua ob. cit. *Teoria Geral do Direito civil*, pp. 624 e segs., segundo as regras gerais da redução dos negócios jurídicos, a invalidade limitar-se-á à parte do negócio “*que briga com uma disposição legal*” e, portanto, aplicar-se-á a regra *utile per inutile non vitiatur*, segundo o critério da *vontade hipotética ou conjectural das partes*, nos termos do qual se indaga sobre “*aquilo que as partes teriam querido provavelmente, se soubessem que o negócio se opunha parcialmente a alguma disposição legal e não pudessem realizá-lo em termos de ser válido na sua integridade*”. Se, operado este juízo, se concluir que apesar da zona inválida, os sujeitos teriam celebrado o negócio na parte restante, então, deve proceder-se à redução do negócio, como determina o artigo 292.º CC.

³⁸⁵ Neste sentido, F. ANELLI, *L’alienazione in funzione di garanzia*, op. cit., pp. 429 e segs. e NICOLA CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano...*, ob. cit., pp. 121 e segs.. Cfr. também a nota anterior.

³⁸⁶ Entre estes Autores, conta-se NICOLA CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano...*, ob. cit., pp. 157 e segs..

³⁸⁷ Sobre este ponto, NICOLA CIPRIANI sublinha que o argumento permanece válido mesmo para a parte da doutrina que defende que a proibição do pacto comissório decorre da tutela da *par conditio creditorum*, como

Também a letra da norma do artigo 694.º CC é clara na determinação da nulidade da “*convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir*”, sem distinguir entre uma estipulação referente a um bem hipotecado ou empenhado e um acordo relativo a coisa que não responda especificamente pela dívida³⁸⁸.

A censura ao pacto comissório dirige-se à transferência da propriedade de um bem do devedor para a titularidade do credor, com a consequente extinção da obrigação daquele perante este, porque a transmissão ocorre sem que a coisa seja avaliada. A lei não repele qualquer estipulação convencional por força da qual certo bem ingresse na esfera jurídica do titular do crédito como forma de cumprimento. Se assim não se entender, muito dificilmente se explica a admissibilidade de figuras como a *datio in solutum* e, até mais amplamente, a previsão legal das designadas *causas de extinção das obrigações além do cumprimento* (artigos 837.º a 873.º CC).

O que enforma o desvalor jurídico do pacto comissório é o desequilíbrio que ele permite entre o valor da dívida não paga e o valor do bem com o qual o credor satisfaz o seu crédito e não a *fattispecie de per si* considerada, isto é, não (n)os seus *essentialia*.

Em sequência, julgamos digna de acolhimento a linha de pensamento que defende a admissibilidade do pacto marciano, arredando o juízo de ilicitude (generalizadamente) dirigido aos tipos negociais que extinguem a obrigação em resultado da transmissão da propriedade e identificando a desproporção entre o *quantum debeatur* e o valor da coisa transmitida ao credor como o *efeito* que a proibição do pacto comissório visa impedir.

O que está em causa na proibição é um efeito mediato, uma consequência da actuação automática dos mecanismos do pacto comissório (também) no que respeita à avaliação do bem transmitido. O desnível entre o valor da dívida e o valor do bem não configura, entendemos, um *essentialia* do pacto comissório nem se trata outrossim de um seu efeito jurídico típico, imediato, próprio, decorrente da sua estrutura funcional-operativa e que as partes não possam *afastar* sem descaracterizar a figura. Corresponde a um efeito que em teoria tanto pode prejudicar como favorecer o devedor e que não se verifica sempre e inelutavelmente: é eventual (o bem poderá ou não valer mais do que o crédito com ele satisfeito) e reprimível com o accionamento do instituto do enriquecimento sem causa (artigos 473.º a 482.º CC).

Ora, de seguro, o pacto marciano coloca o devedor a coberto deste (risco de) enriquecimento indevido do credor à sua custa, por via da aquisição, por mero efeito do contrato (*lex commissoria*), de bem exorbitantemente mais valioso do que o montante que o devedor não lhe

podemos ler na ob. cit do Autor *Patto commissorio e patto marciano...*, ob. cit., p. 168.

³⁸⁸ Como dissemos *supra*, a melhor doutrina entende que o alcance da proibição do artigo 694.º CC é extensível aos denominados pactos comissórios autónomos.

pagou, porquanto nasce do próprio pacto marciano a obrigação de o credor entregar ao obrigado o (eventual) *superfluum* de valor da coisa por si adquirida, *ex contractu*, em vez da prestação devida.

E é este o elemento que distingue o pacto marciano do pacto comissório e que justifica o juízo de licitude que entendemos que se lhe deve dirigir, por reconhecimento do equilíbrio prestacional que ele imprime aos acordos firmados entre credor e devedor, por força dos quais determinada coisa ingressa no património do primeiro, no caso de este último não realizar a prestação a que se encontra adstrito, como meio alternativo de realização do crédito e consequentemente como mecanismo extintivo da obrigação.

E, não obstante a possibilidade de o devedor poder invocar o mecanismo legal do enriquecimento sem causa (artigos 473.º e seguintes CC) para obter do credor o excesso de valor com que se locupletou, corrigindo, *sic*, o desequilíbrio permitido pelo pacto comissório, a necessidade de recurso à via judicial para fazer actuar a figura, na prática, retira-lhe importância, ao mesmo tempo que a nulidade com que o ordenamento jurídico fere o pacto comissório a enfraquece, no plano teórico.

Seguramente, o devedor tem interesse em que o bem dado em garantia seja apreçado por não menos do que o seu real valor, mas pode outrossim ter um interesse não despreciando em que o credor se considere pago com (a aquisição de) um determinado bem, se ele incumprir a sua obrigação.

O pacto comissório, sabemo-lo já, manifestamente expõe o devedor ao perigo de o bem que extingue a obrigação ser subavaliado, razão por que é proibido, mas, na prática, a venda judicial do bem não é isenta de igual risco, como veremos *infra*.

O pacto marciano, ao proteger o devedor de eventuais abusos por parte do credor, abriga-o da hipótese de venda do bem por vil preço³⁸⁹ e, a um tempo, realiza a finalidade digna de tutela que justifica a nulidade da *lex commissoria* e que constitui a *ratio* da norma sancionatória (artigo 694.º CC).

Sob este prisma, entendemos pertinente reflectir sobre a possibilidade de funcionamento do mecanismo da conversão dos negócios jurídicos nulos (ou anulados), prevista no artigo 293.º CC, e, por esta via, convular a *fattispecie* pacto comissório em pacto marciano, uma vez que ambos contêm as mesmas formalidades e a mesma substância (exigências da primeira parte do preceito), nos casos em que se mostrem reunidos os demais requisitos da norma, o mesmo

³⁸⁹ Neste sentido, UGO CARNEVALI, *Patto commissorio*, *op. cit.*, p. 505 e NICOLA CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano...*, *ob. cit.*, pp. 168 e segs..

é dizer “*quando o fim prosseguido pelas partes permita supor que elas o teriam querido [ao negócio convertido], se tivessem previsto a invalidade*”³⁹⁰.

Contudo, e considerando o tamanho do salto doutrinário que representa a hipótese enunciada, importa, antes de mais, analisar os pressupostos da conversão, um por um, para, no momento seguinte, podermos responder à questão da aplicabilidade do instituto em causa nos casos em que o negócio nulo seja um pacto comissório.

De modo particular, interessa ao nosso estudo indagar da possibilidade de conversão do pacto comissório em pacto marciano, como ponto fulcral da reflexão em torno do posicionamento, que aqui sufragamos, do pacto marciano enquanto *alternativa lícita* ao pacto comissório.

Destarte, aderindo à visão segundo a qual o pacto marciano é válido, a primeira pergunta a colocar é se persegue interesse prático idêntico ao que as partes pretendem realizar com o negócio nulo (pacto comissório).

Formulando a mesma interrogação, existe uma corrente de pensamento que equaciona a hipótese de convular o pacto comissório numa garantia real, contudo, não nos parece uma possibilidade atendível, uma vez que é notória a diversidade estrutural e funcional entre estas figuras³⁹¹.

Com efeito, a pergunta há-de ser sempre a mesma, porque ela decorre directamente das exigências legais para que possa ocorrer uma conversão (artigo 293.º CC³⁹²), mas o percurso hermenêutico divergirá, consoante a qualificação do pacto comissório da qual se parte.

³⁹⁰ Uma parte da doutrina italiana tem-se debruçado sobre esta hipótese, sendo que o artigo 1424 do Código Civil italiano apresenta uma formulação muitíssimo próxima do artigo 293.º da nossa lei civil. Em tradução nossa daquele preceito, diremos que ele estatui que “*O contrato nulo pode produzir os efeitos de um contrato diverso, do qual contenha os requisitos de substância e de forma, se, tendo em conta o fim perseguido pelas partes, deva considerar-se que elas o teriam querido se tivessem conhecido a nulidade*”. Entre os doutrinadores, Autores há que se quedam por suscitar a questão, como A. SASSI, na sua ob. cit. *Garanzia del credito*, pp. 420 e segs.; outros reflectem sobre os diversos obstáculos legais, hermenêuticos e dogmáticos, como N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano...*, ob. cit., pp. 170 e segs. e outros tomam posição sobre a matéria, como V. ANDRIOLI que se pronuncia no sentido da aplicabilidade da conversão ao pacto comissório, em *Divieto del patto commissorio*, ob. cit., p. 54.

³⁹¹ Entre os Autores que rejeitam esta tese, encontra-se A. SASSI que na sua ob. cit. *Garanzia del credito*, p. 421, explica porquê, justificando que dificilmente se consegue “*encontrar no pacto comissório elementos das outras formas de garantia real*”, concretizando que em confronto com o penhor, falta ao pacto comissório, desde logo, o desapossamento e que em relação à hipoteca os requisitos de eficácia são totalmente distintos, fruto da necessária inscrição registal desta garantia real como condição para a produção dos seus efeitos.

Mais do que as disparidades quanto aos elementos estruturais, acrescenta o mesmo Autor, não são próximos os interesses que as partes têm em vista com a celebração de um acordo comissório e com a constituição de uma garantia real. Pese embora que num e noutra caso o objectivo seja reforçar a expectativa do credor de realização do seu crédito, os instrumentos de satisfação deste são “*totalmente distintos e incompatíveis*”.

³⁹² E artigo 1424 do Código Civil italiano.

Assim, a hipótese de um pacto comissório se convular em garantia real é tributária da tese de categorização daquele como alienação com escopo de garantia³⁹³ e o cenário de poder converter-se em pacto marciano flui da visão do pacto comissório como alienação com fim solutório³⁹⁴. O caminho hermenêutico que vai ao encontro da hipótese de conversão do pacto comissório em pacto marciano afigura-se pérvio, considerando a identidade estrutural e funcional entre as duas figuras.

Desde logo, facilmente se reconhece proximidade entre o interesse que o pacto marciano realiza e o fim que as partes procuram com um acordo comissório de reforçar a segurança do crédito. Por outro lado, esta conversão também parece responder à exigência de justiça e de (observância do princípio da) boa fé³⁹⁵ que doutrinariamente se considera essencial para se equacionar uma conversão.

Contudo, este percurso apresenta um obstáculo que resulta directamente da lei. É que o artigo 293.º CC determina que um negócio nulo pode converter-se num outro válido, desde que ambos contenham os mesmos *essentialia* formais e substanciais e que o fim que se pretendia realizar através do negócio inválido “*permita supor*” que as partes teriam querido o negócio convertido “*se tivessem previsto a invalidade*”³⁹⁶.

Ora, a proibição do pacto comissório decorre de norma legal imperativa e, nesse sentido, desde logo o enunciado do artigo 6.º CC não *permite* aos particulares deixarem de prever a ilicitude de tal pacto, pois “*a ignorância ou má interpretação da lei não justifica a falta do seu cumprimento nem isenta as pessoas das sanções nela estabelecidas*”³⁹⁷.

Esta questão suscita o problema da (in)admissibilidade da conversão dos negócios ilícitos que muito se discute entre os doutrinadores.

³⁹³ Neste sentido, vide A. SASSI, *Garanzia del credito*, op. cit., p. 214.

³⁹⁴ Embora circunscrita ao pacto comissório autónomo, é esta a possibilidade subscrita por G. GITTI, como podemos ler em *Divieto del patto commissorio, frode alla lege, «sale and lease back»*, in «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», anno XLVII, n.º 2, Giugno, Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 489 e segs., em que o Autor, ao abordar o problema da eventual nulidade do (esquema negocial de) *lease-back*, sublinha que com a opção de invalidade absoluta há o risco de se criar mais problemas ao devedor do que aqueles que se (lhe) resolvem, razão por que propõe uma solução menos gravosa, de recurso aos mecanismos da conversão, defendendo que deste modo “*passa a existir (...) um ajustamento do equilibrio contratural que remedeia a ausência no específico contrato de «lease back» de um pacto marciano*” (tradução nossa de um excerto da p. 489 da ob. cit. do Autor).

³⁹⁵ No sentido da identificação da boa fé como fundamento do instituto da conversão, vide G. DE NOVA, *Conversione. I) Conversione del negozio nullo*, in Enc. giur., Treccani, IX, Roma, 1988, ad vocem, pp. 2 e segs., L. BIGLIAZZI GERI, *Conversione dell'atto giuridico*, in Enc. dir., X, Milano, 1962, pp. 528 e segs..

³⁹⁶ Corresponde, *mutatis mutandis*, às exigências também do artigo 1424 do Código Civil italiano, como vimos *supra* na nota 390.

³⁹⁷ É este o texto integral da norma do artigo 6.º do Código Civil.

Em Itália, onde sabemos da fecundidade das discussões doutrinárias e do contributo das decisões judiciais sobre as matérias em análise, assinala-se uma certa orientação jurisprudencial que rejeita a possibilidade de fazer actuar o mecanismo da conversão de um negócio nulo quando a nulidade se deva a ilicitude³⁹⁸, o que ocorrerá no caso do pacto comissório, embora este entendimento não conheça apoio na doutrina dominante.

Por seu lado, entre os pensadores do Direito, à luz do predito critério da (nulidade por) ilicitude, há uma corrente que defende a inadmissibilidade da conversão para as situações de negócios (nulos) ilícitos, mas apenas para os casos de ilicitude quanto ao fim³⁹⁹ e, mesmo assim, ressaltando as situações em que o conteúdo (ilícito) da prestação negocial possa ser substituído sem que o interesse das partes seja sacrificado⁴⁰⁰.

Encontramos uma doutrina muito dividida nesta matéria entre aqueles que alertam para o obstáculo que resulta da própria letra da lei, por causa da referência à ilicitude do fim prosseguido pelas partes⁴⁰¹, e os defensores da possibilidade conversão de um pacto comissório (pelo menos no caso do pacto comissório autónomo) num pacto marciano⁴⁰².

Convocando as reflexões que se foram vertendo, de seguro, a afirmação da coincidência dos *essentialia negotii* entre pactos comissório e marciano, juntamente com a realização do fim solutório que ambos servem, como aspectos que demandam a análise metodológica do regime da proibição do primeiro (ilícito), na óptica de ponderação da hipótese de conversão no segundo (lícito).

3.6 O pacto marciano como subtipo do pacto comissório?

A *ratio* da proibição do pacto comissório é uma peça-chave na resposta à pergunta sobre a classificação tipológica do pacto marciano como *subtipo* do tipo pacto comissório ou como

³⁹⁸ Neste sentido, veja-se, exemplificativamente, a seguinte decisão: Cass. 12 novembre 1983, n. 6729, *in Foro it.*, Rep. 1983, *voce Agenzia*, I, n. 27.

³⁹⁹ Corrente onde se inclui G. DE NOVA, *Conversione*, *op. cit.*, *passim*.

⁴⁰⁰ Neste sentido, G. DE NOVA, *in* R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, *in* Tratt. di dir. civ. diretto da Sacco, II, Torino, 1993, p. 507.

⁴⁰¹ Onde se inclui, por exemplo, N. CIPRIANI, como resulta da posição demonstrada em *Patto commissorio e patto marciano...*, *op. cit.*, pp. 167 e segs..

⁴⁰² G. GITTI inclui-se entre estes Autores, defendendo em *Divieto del patto commissorio*, *op. cit.*, pp. 489 e segs. que a nulidade do pacto comissório autónomo não deriva da violação directa da lei (artigo 2744 do Código Civil italiano que corresponde ao artigo 694.º da nossa lei civil), mas sim de fraude à lei e que a *fraus legis* representa uma situação de ilegalidade, e não de ilicitude, pelo que é perfeitamente admissível, conclui o Autor, a conversão de um pacto comissório autónomo em pacto marciano, pois o artigo 1424 do Código Civil italiano (artigo 293.º CC) veda apenas a conversão aos casos de negócios que sejam nulos por serem ilícitos e não aos que sejam nulos porque ilegais.

tipo perfeitamente autónomo deste. A própria doutrina divide-se na identificação do pacto em causa nos casos de previsão legal de apropriação pelo credor do objecto da garantia. De facto, como melhor veremos *infra* no penhor financeiro, o diploma legal dos contratos de garantia financeira⁴⁰³, consagra a faculdade de credor e devedor convencionarem que diante do não cumprimento deste último, poder aquele fazer sua a coisa dada em penhor. A qualificação deste pacto não é pacífica por causa de uma obrigação que a lei cria na esfera jurídica do credor: a obrigação de ele restituir ao devedor a “*diferença entre o valor do objecto da garantia e o montante das obrigações financeiras garantidas*”⁴⁰⁴. Em face desta obrigação, é inquestionável que a modalidade de acordo de apropriação que o diploma prevê é o pacto marciano. Neste ponto, os entendimentos convergem. O que os doutrinadores já não partilham é a visão classificatória de tal pacto, dividindo-se entre os que reconduzem o pacto marciano a uma modalidade da tipologia pacto comissório e os que o qualificam como tipo autónomo.

E o pomo da discórdia situa-se na obrigação de restituição do *superfluum*, característica do pacto marciano e inexistente no pacto comissório, e que há-de decidir o processo classificatório, consoante se repute essencial ou não a referida obrigação. Vale isto por dizer que a classificação do pacto marciano depende dos elementos essenciais do pacto comissório.

Destarte, se se entender que a ausência de obrigação de restituição não é um *essentialia* do pacto comissório, o pacto marciano será um seu subtipo. Se se incluir a falta de tal obrigação entre as notas essenciais do pacto comissório, o pacto marciano será um tipo autónomo distinto deste. E o elemento distintivo será exactamente a sujeição do credor à obrigação de entregar ao devedor o (eventual) excesso de valor do objecto da garantia em relação ao montante do débito que este não *honrou*.

A enunciada interdependência entre a identificação dos *essentialia* do pacto comissório e a *ratio* da sua proibição exprime-se no maior ou menor grau a atribuir ao fundamento da *necessidade de tutela legal do devedor necessitado*. Quem adere à tese da protecção do devedor para explicar a proibição do pacto comissório está conceptualmente mais próximo e mais permeável à ideia de que a inexistência de obrigação de restituição integra os *essentialia* do pacto comissório, porque, nesta perspectiva, é a ausência de controlo do valor da garantia que expõe o devedor ao perigo de abusos por parte do credor. E o mesmo se diga da *ratio* da censurabilidade da usura que assinala como comum a prática de os credores exigirem bens muito mais valiosos do que o crédito que concedem.

⁴⁰³ Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio.

⁴⁰⁴ Nos termos do n.º 2 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio.

Para os cultores das teses da subtração de bens à garantia geral e do interesse social na não difusão do pacto comissório já não será elemento essencial identificador do pacto comissório a ausência de obrigação de restituição do *superfluum*, porque, sob estes prismas, a lei repele o pacto comissório para que não haja desvirtuamento do sistema de garantias reais e dos seus mecanismos de funcionamento. Na mesma linha, embora da perspectiva das leis adjectivas, quem propugna que o pacto comissório é nulo em obediência ao princípio da inderrogabilidade do procedimento judicial na realização coactiva das obrigações também não considerará essencial à distinção entre pacto comissório e pacto marciano a ausência ou presença da obrigação de o credor restituir ao devedor o valor da garantia que exceda o débito incumprido.

Sendo certo que a *vexata quaestio* da (in)existência de fronteira tipológica entre *pacto comissório* e *pacto marciano* é claramente tributária dessorra controvérsia dogmática da dicotomia invalidade do primeiro/licitude do segundo. Da herança do Direito Romano, recebemos, como dissemos já, a premissa da admissibilidade do pacto comissório por *iusto pretio*⁴⁰⁵, isto é, a validade do pacto marciano. Hoje não pacífica⁴⁰⁶, mas que aqui sufragamos.

Retomando o exame da influência da *ratio* do artigo 694.º CC, e sabendo que hoje a tendência da melhor doutrina é de apontar *rationes* compósitas para explicar a proibição legal do pacto comissório, as fronteiras entre os fundamentos esbateram-se necessariamente. Razão por que na discussão a propósito do pacto de apropriação que a lei dos contratos de garantia financeira prevê, o argumento que separa os Autores é simplesmente se a previsão do diploma avulso configura ou não veraz excepção ao princípio geral da proibição do pacto comissório. Quem responde afirmativamente, classifica o pacto marciano como espécie do tipo pacto comissório. Quem responde não, entende precisamente o inverso, *id est*, entende que o pacto marciano é um tipo autónomo e totalmente distinto do pacto comissório e que a lei dos contratos de garantia financeira, ao possibilitar às partes a estipulação de um pacto marciano, não está a consagrar qualquer desvio ao princípio geral que enforma o artigo 694.º CC.

A tese de acordo com a qual só uma convenção de apropriação sem previsão de mecanismos de equilíbrio prestacional é um pacto comissório granjeia a simpatia de nomes de relevo como ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE⁴⁰⁷, PESTANA DE VASCONCELOS⁴⁰⁸,

⁴⁰⁵ Como Marciano verte no citado parecer que deu nome ao pacto marciano (cfr. nota 271). *Vide* também sobre o acolhimento deste entendimento no Digesto (nota 315).

⁴⁰⁶ Como ISABEL DE MATOS sublinha na sua ob. cit. *O Pacto Comissório...*, p. 157.

⁴⁰⁷ Consultar de PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, ob. cit., p. 186.

⁴⁰⁸ Como afirma LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS na sua ob. cit. *A Cessão de Créditos...*, p. 472.

MACEDO DA GRAÇA⁴⁰⁹, ALEXANDRE JARDIM⁴¹⁰ e HUGO RAMOS ALVES⁴¹¹, posição que por *repudiar*, entendendo desnecessária, a interpretação teleológica do artigo 694.º CC designamos *tese literalista*⁴¹².

O entendimento à luz do qual um acordo de apropriação pelo credor em caso de incumprimento do devedor é sempre um pacto comissório, seja ou não equilibrado ou com qualquer outra especificidade concreta é perfilhada por eminentes juristas entre os quais CALVÃO DA SILVA⁴¹³, MENEZES CORDEIRO⁴¹⁴, ENGRÁCIA ANTUNES⁴¹⁵, SOARES DA FONSECA⁴¹⁶, SANTOS JUSTO⁴¹⁷, VIEIRA CURA⁴¹⁸ e ISABEL MATOS⁴¹⁹, e por se tratar de uma visão que apela à interpretação teleológica do artigo 694.º CC e à razão de ser da proibição do pacto comissório como princípio geral denominamos *tese actualista*, à qual declaramos aderir.

A nossa posição de inclusão do pacto marciano no tipo pacto comissório decorre do entendimento da possibilidade de coabitação plena de (certos) tipos com os seus subtipos e parte da destrição entre tipo legal – o pacto comissório – e tipo dogmático – onde se inclui o pacto marciano.

Na verdade, como vimos no exame dos vários critérios classificatórios, o pacto comissório, do ponto de vista do *preço da aquisição*, pode ser *puro* ou *desequilibrado* (se o valor do objecto da garantia for bastante superior ao do crédito) ou *equilibrado* (se houver congruência entre aqueles valores), também designado dogmaticamente por *pacto marciano*.

⁴⁰⁹ Vide DIOGO MACEDO DA GRAÇA, *Os Contratos de Garantia Financeira*, op. cit., p. 62.

⁴¹⁰ Posição que ALEXANDRE JARDIM manifesta no seu escrito «*Acordos de garantia financeira: O Respeito Regime Jurídico face ao Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, Algumas Questões*», em Revista da Banca, n.º 62, Julho/Dezembro, 2006, p. 155.

⁴¹¹ Cfr. HUGO RAMOS ALVES em *Do Penhor*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 281.

⁴¹² Aliás, entre os cultores desta tese notamos um certo zigzag argumentativo. MACEDO DA GRAÇA, por exemplo, por um lado, diz que discorda que o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 “*tenha legitimado a figura do pacto comissório*”, “*cujas proibição nem sequer é afastada*”; por outro lado, afirma que o diploma prevê uma convenção “*que se consubstancia na modalidade pacto marciano e não na definição de um pacto comissório «strictu sensu»*”. Ou seja, começa por excluir o pacto marciano do tipo pacto comissório, mas depois acaba por se lhe referir como “*modalidade*”, como figura que só não cabe na noção estrita de pacto comissório. Ora pece-nos que o que identifica um tipo é exactamente o conjunto de notas essenciais nucleares, isto é, o elenco de caracteres ao qual se possam reconduzir as suas várias espécies, modalidades, como por exemplo a venda *a retro* que apesar de ter notas específicas privativas não deixa, em termos classificatórios, de ser uma compra e venda.

⁴¹³ Como podemos ler CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, op. cit., p. 235.

⁴¹⁴ Vide MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, ob. cit., p. 745.

⁴¹⁵ Destaca ENGRÁCIA ANTUNES em *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 541.

⁴¹⁶ TIAGO SOARES DA FONSECA toma posição em *O Penhor de Acções*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 119.

⁴¹⁷ Expressa SANTOS JUSTO, em *Direitos Reais*, ob. cit., p. 497.

⁴¹⁸ Como afirma peremptoriamente VIEIRA CURA na p. 211 do seu escrito *A «fidúcia» romana e a alienação fiduciária em garantia do direito actual* – Separata de «O sistema contratual romano: de Roma ao direito actual», Edição Especial da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.

⁴¹⁹ Largamente fundamentada a posição que ISABEL DE MATOS toma no seu estudo *O Pacto Comissório...*, op. cit., pp. 155-157.

Desta esquemática (re)apresentação do pacto marciano e da sua relação com o pacto comissório, ressaltam as duas notas que sublinhámos: (i) que o pacto comissório não assume uma forma única, antes redesenha os seus contornos em função de critérios específicos (eficácia, tempo, preço...) e (ii) que corresponde a um tipo legal, descrito no artigo 694.º CC⁴²⁰, em contraponto com o pacto marciano que é um tipo de natureza dogmática, configurando uma categoria que existe só da(na) análise doutrinária dos *essentialia* do pacto comissório, legalmente inominada e atípica, *hic sensu*.

Tomando por referência, por exemplo, o tipo *compra e venda*, assistimos a uma manifestação do fenómeno de coexistência do tipo com os subtipos, como é o caso da venda *a retro* (artigo 927.º CC) ou da venda com reserva de propriedade (artigo 409.º CC)⁴²¹.

Sem embargo, daqui ressalta que os subtipos podem perfeitamente ladear com o tipo respectivo, adquirindo autonomia classificatória em função de uma nota caracterizadora específica sem que possam dizer-se formas menores nem especiais daquele, mas sim partes nele contidas à luz de um determinado parâmetro.

Sic, a venda *a retro* é verdadeiramente uma compra e venda, porque reúne todos elementos essenciais deste tipo (artigos 874.º e 879.º, CC), com a especificidade do direito potestativo do vendedor de resolver o contrato dentro de certo prazo (artigos 927.º e 929.º, CC).

De igual modo, entendemos que o *pacto marciano* é verdadeiramente um *pacto comissório*, porque reúne todos os *essentialia* deste (artigo 694.º CC), com a particularidade (da certeza) de a aquisição do bem pelo credor se realizar por *preço justo*.

Vejam os quais são os *essentialia* do pacto comissório. A figura é proibida, como sabemos, pelo artigo 694.º CC que (necessariamente) a define para identificar o tipo negocial que fere de nulidade. Por outras palavras, é do preceito indicado que se extraem os elementos caracterizadores do pacto comissório.

O texto da norma anuncia que *é nula a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir*. Temos, assim, que o pacto comissório é um (i) acordo de vontades (ii) entre o credor e o garante (iii) de transferência para o credor da propriedade da coisa onerada (iv), de modo automático, (v) verificado o incumprimento do devedor.

Ora, o pacto marciano cabe inteiramente nesta definição, talqualmente a venda *a retro* se ajusta perfeitamente à noção de compra e venda. A nota própria do pacto marciano é a obrigação de o

⁴²⁰ Sendo que “*as figuras típicas não se definem*”, doutrina MENEZES CORDEIRO, “*descrevem-se pelos traços essenciais do seu conteúdo*”. Cfr. ob cit. do Autor, *Manual de Direito Bancário*, p. 732.

⁴²¹ Com a diferença de aqui os subtipos serem tipos legais e não meramente dogmáticos, mas o exemplo do tipo compra e venda em convivência com os seus vários subtipos é válido para a nossa análise do tipo pacto comissório e das suas várias modalidades, entre as quais o pacto marciano.

credor entregar ao devedor o eventual excesso de valor da coisa onerada relativamente à dívida não paga. O elemento específico da venda *a retro* é o direito potestativo que o alienante adquire por acordo com o adquirente de resolver o contrato. O que vale por dizer que do pacto marciano nasce uma obrigação (*eventual*) na esfera do credor e da venda *a retro* nasce um direito na esfera jurídica do vendedor que ele pode *eventual* e *inelutavelmente* impor ao comprador.

De seguro, tanto num caso como no outro, as figuras em causa assumem autonomia conceptual – e legal neste último – à luz de um certo critério: preço e resolução contratual, respectivamente. Na verdade, como resulta da lei (artigo 927.º CC), o que há de específico na venda *a retro* é a faculdade de o vendedor poder resolver potestativa e infundadamente o contrato de compra e venda. Trata-se, portanto, de um elemento que altera substancialmente a fisionomia típica da compra e venda, porquanto a resolução contratual opera habitualmente de forma vinculada a um fundamento legal ou convencional e, neste caso, o acordo entre as partes permite exactamente prescindir de qualquer fundamento para operar a extinção do negócio. E a presença desta nota não conduz à afirmação de se tratar de um tipo autónomo.

De igual modo, o pacto marciano assume singularidade relativamente ao pacto comissório apenas à luz do critério *preço da transmissão*, porque nos preditos *essentialia* constata-se uma absoluta ontologia identitária. Quem poderá afirmar que o pacto marciano não corresponde integralmente à noção legal de pacto comissório do artigo 694.º CC? É ou não um acordo de vontades entre credor e devedor (garante) de transmissão para aquele da propriedade da coisa onerada, automaticamente, uma vez verificado o incumprimento deste? O pacto marciano só é especial relativamente ao pacto comissório do ponto de vista do critério do preço por que o credor adquire o bem e o preço não integra o elenco das notas tipológicas do artigo 694.º CC. Sob o prisma do *preço da transmissão*, como vimos na análise das espécies de pacto comissório, a fronteira é entre pactos comissórios *desequilibrados* e *equilibrados*. Os primeiros correspondem a pactos em que *in casu* se vem a constatar um desproporcional excesso de valor do bem de que o credor se apropriou em relação ao montante do seu crédito. Os segundos, aos quais a doutrina, desde o Direito Romano, denomina *pactos marcianos*, são aqueles em que o credor faz sua a coisa para (auto-)satisfação do crédito, por justo preço, (porque) são aqueles em cujos termos se a coisa transmitida ao credor apresentar um valor superior ao débito que o devedor não cumpriu, o credor entregará essa diferença ao transmitente. A classificação *equilibrado* deriva da circunstância de a apropriação ocorrer por justo preço. *Rectius*, resulta da certeza de que a apropriação ocorre por justo preço. E exprime que a (in)congruência/ (des)equilíbrio entre o valor do bem e o valor do crédito é indeterminável no momento da estipulação do pacto, excepto se se tratar de um bem com valor fixo de mercado. E a ideia de que o credor habitualmente exige uma coisa desmesuradamente mais valiosa do que o seu

crédito é, a nosso ver, por um lado, um preconceito sem apoio legal e, por outro, reporta-se a um elemento do negócio (preço) só possível de aferir se e quando verificada a condição convencional incumprimento. Donde, a obrigação que o credor assume de entregar ao devedor o *superfluum* constitui inequivocamente uma obrigação eventual, na medida em que apenas surge se *in casu* o bem valer mais do que o crédito. Ora, o credor do pacto comissório ou do pacto marciano também fica(ria) sujeito à obrigação de restituição, *ope legis*⁴²², nos quadros do princípio geral do enriquecimento sem causa, em cujos termos diz o artigo 473.º CC que *aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou*⁴²³⁻⁴²⁴. Razão por que a referida nota não transmuta o pacto marciano

⁴²² Assumindo aqui o papel de devedor e, inversamente, o devedor d(n)o pacto comissório ou marciano passa a credor nos quadros do enriquecimento sem causa.

Como ensina ANTUNES VARELA, na sua ob. cit. de referência *Das Obrigações em Geral*, pp. 484 e segs., o *enriquecimento sem causa* é verdadeiramente uma fonte de obrigações. Dos casos de enriquecimento injusto nasce a obrigação de restituição do *quantum* do locupletamento à custa alheia. Fica, *naturaliter*, adstrito a esta obrigação a pessoa que injustamente enriqueceu à custa daquela outra que sofreu o empobrecimento sem causa capaz de o justificar.

Sobre a figura, consultar F. LEONE, *L'azione generale di arricchimento in diritto moderno*, Napoli, 1915, G. ANDREOLI, *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940, R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto: contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*, Unione tipografico-editrice torinese, 1959, L. BARBIERA, *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964, A. TRABUCCHI, *Arricchimento senza causa*, Comm. cod. civ. diretto da Scialoja e Branca, arts. 2041.º e segs., Bologna-Roma, 1981 e P. GALLO, *Arricchimento senza causa*, Padova, 1990. Entre nós, VAZ SERRA, *Enriquecimento sem causa*, in BMJ, n.º 81, pp. 5-245; RLJ, ano 102.º, pp. 377 a 379 e ano 114.º, pp. 23-24; PEREIRA COELHO, *O enriquecimento e o dano*, in RDES, ano XV, pp. 315-369 e ano XVI, pp. 1-53 e em separata e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, na ob. cit. *Código Civil Anotado*, pp. 454 e segs..

⁴²³ Importa sublinhar que o instituto do *enriquecimento sem causa* é de aplicação subsidiária, pelo que a sua utilização se circunscreve às situações em que a lei não faculte ao empobrecido “*outro meio de ser indemnizado ou restituído*” (artigo 474.º CC).

⁴²⁴ As raízes do enriquecimento sem causa situam-se no Direito Romano e remontam, pelo menos, à proclamação vertida no parecer de Pompónio (para bibliografia sobre este jurisconsulto, vide nota 271), sublinhando a justiça, por apelo ao direito natural, de ninguém poder locupletar-se em detrimento e à custa do prejuízo de outrem, como podemos ler no *Digesto*, Livro 50, Tit. XVII, n.º 206 (“*iure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiore*”).

Apesar da discussão entre os jusromanistas acerca do enriquecimento sem causa e das acções correspondentes, é pacífico o entendimento de que a partir de Justiniano passou a aceitar-se generalizadamente o princípio que lhe subjaz – cfr. SILVIO PEROZZI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Firenze, Barbèra, 1908, vol. II, § 179, pp. 285 e segs.. Já então o Direito sinalizava situações de enriquecimento regidas por normas próprias, como, por exemplo, a *condictio causa data causa non secuta*, a *condictio in debiti* (pagamento de dívida inexistente, por erro), a *condictio ob turpem* (locupletamento por causa imoral ou torpe) e a *condictio in iustam causam* (por causa reprovada por lei). Havia outrossim a *condictio sine causa*, aplicável ao enriquecimento sem causa, no sentido de atribuição patrimonial com vista a algo inexistente ou impossível (*Digesto*, Livro II, Tit. 4, 5 e 7). Cfr. ainda VAZ SERRA, *Enriquecimento sem causa*, BMJ, n.º 81, RLJ, Anos 102.º (pp. 377-379) e 104.º (pp. 23-24), FRANCISCO PEREIRA COELHO, *O enriquecimento e o dano*, in RDES, Ano XV, pp. 315-369 e JÚLIO GOMES, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Edição Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998.

numa espécie autónoma do pacto comissório. A *acção* do elemento distintivo ocorre só quando se verificar que há desequilíbrio de valores entre o bem adquirido pelo credor e a dívida não paga. Por outra banda, ainda que as partes convençionem um pacto comissório *simples*, ou seja, sem a salvaguarda do *encontro de contas* do pacto marciano, sempre o devedor pode accionar os mecanismos do predito enriquecimento sem causa e, por via dele, obter o mesmo resultado de um pacto marciano. No cenário de excesso de valor da coisa sobre o crédito estão, em princípio, reunidos os requisitos daquele instituto, porque (i) existe enriquecimento (ii) que não tem causa justificativa, (iii) à custa do empobrecimento de quem pede a restituição e (iv) não facultando a lei ao empobrecido outro meio para ser indemnizado ou restituído. Acresce – e este é o argumento decisivo – que se o valor do bem e do crédito forem equivalentes, já a questão se não põe, *id est*, a questão da *fronteira* entre pactos comissório e marciano. Porquê? Porque, como dissemos, e reiteramos, só há distinção entre um e outro do estrito ponto de vista do *preço da aquisição* e, nessa medida, a obrigação de restituição do *superfluum* pode nem sequer nascer se o valor do bem e do crédito forem idênticos.

Percorrendo os elementos essenciais do tipo *pacto comissório*, concluímos, então, pela pacífica coabitação com os seus *subtipos*, entre os quais o pacto marciano.

E a *ratio* perfilhada para fundamentar o artigo 694.º CC pode outrossim influir na classificação tipológica do pacto marciano. Assim, se se aderir à tese do devedor necessitado, a opção será por considerá-lo um subtipo do pacto comissório, pois as exigências de tutela do devedor coincidem quer no repúdio do tipo quer na admissibilidade do subtipo. Neste sentido, e por apelo às origens das figuras, pensemos que o Direito Romano tanto proibiu o pacto comissório, com o édito imperial de Constantino⁴²⁵, como o considerou válido numa situação de apropriação por *justo preço*, isto é, considerou válido o pacto marciano⁴²⁶. De igual modo, se se entender o princípio *par conditio creditorum* como razão de ser do artigo 694.º CC, dir-se-á que o pacto marciano é um subtipo do tipo pacto comissório, pois a afronta que possa representar à diminuição da garantia patrimonial é a mesma em ambos os acordos.

Mas quanto a este ponto, importa clarificar que estamos aqui a partir da premissa da *validade do pacto marciano* em contraponto com a *invalidade do pacto comissório*. Ainda assim, e apesar da não unanimidade doutrinal desta dicotomia⁴²⁷, não significa que os cultores da *tese literalista* não admitam a licitude do pacto marciano. Bem pelo contrário, relativamente ao penhor financeiro, vimos, os Autores pronunciam-se a uma só voz no sentido da boa opção em transpor para o ordenamento jurídico interno a possibilidade de convenção de apropriação do

⁴²⁵ Vide nota 194.

⁴²⁶ Cfr. notas 116 e 271.

⁴²⁷ Como podemos ler em ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório...*, ob. cit., pp. 83 e segs..

objecto de garantia, tanto *literalistas* como *actualistas*, nos termos em que o legislador nacional o fez.

Entre nós, é precisamente em torno do penhor financeiro que a discussão se trava. E a discussão diz apenas respeito à justificação para o legislador ter permitido regime tão distinto do penhor civil e até do penhor mercantil. Para os que não *querem* admitir que a lei dos contratos de garantia financeira prevê uma excepção ao princípio geral da proibição do pacto comissório, o pacto marciano *tem de* ser um tipo autónomo do pacto comissório – ou, de contrário, cairia no âmbito do artigo 694.º CC. Já para os pensadores do Direito que *assumem* o desvio à nulidade do pacto comissório, o pacto marciano *pode* perfeitamente reconduzir-se à categoria classificatória do pacto comissório e, não obstante, ser lícito, porque os fundamentos da ilicitude deste não se verificam na modalidade *equilibrada* – acolhendo-se, *sic*, a visão romanista do *mau* pacto comissório e do *bom* pacto marciano. Não se tratando, reiteramos, de posição unânime⁴²⁸, corresponde à ampla maioria das posições doutrinárias, sobretudo dos Autores italianos. Itália é, de facto, o país onde mais aberta e vivamente se continua a debater tal matéria, produzindo o pensamento jurídico transalpino, portanto, muito importante acervo dogmático neste domínio. Ora, bebemos dos Autores italianos a ideia de que o destino a que se vota o pacto marciano está directamente relacionado com o olhar que se lança sobre a *ratio essendi* da proibição do pacto comissório⁴²⁹. Significa isto que quem situar a justificação da nulidade desta convenção no fundamento da necessidade de abrigo legal do devedor e, mais amplamente, na exposição ao perigo de exigências abusivas do credor tenderá a excluir o convénio marciano do âmbito de aplicação do artigo 694.º CC. Nessa linha, quem justifica a censura do pacto comissório como uma sanção legal para o desequilíbrio do conteúdo das prestações negociais que ele propicia tende a aceitar a validade do pacto marciano, porque ele contém um mecanismo de reequilíbrio económico⁴³⁰ que o distingue do pacto comissório *simples* e que explica que o pacto marciano também seja denominado por *pacto comissório equilibrado*.

Da nossa parte, dissemo-lo já claramente, somos de entendimento de que o pacto marciano configura um *subtipo* do tipo pacto comissório e não um tipo autónomo deste. E subscrevemos o entendimento segundo o qual é válido. E, ademais do argumento relativo à *ratio* da norma

⁴²⁸ Entre as vozes contrárias à licitude do pacto marciano, encontramos as de G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, *op. cit.*, pp. 70 e segs., L. BARBIERA, *Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali*, *op. cit.*, p. 243, V. MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, *op. cit.*, I, c. 1437, nota 26, F. GIGLIOTTI, *Patto commissorio autonomo*, *op. cit.*, pp. 130 e segs., G. MINNITI, *Patto marciano*, *ob. cit.*, pp. 58 e segs..

⁴²⁹ Neste sentido, *vide* NICOLA CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, *ob. cit.*, p. 14.

⁴³⁰ Cfr., entre outros, F. ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, *ob. cit.*, pp. 445 e segs..

do artigo 694.º CC, identificamos um argumento histórico, dois literais e um referente aos trabalhos preparatórios do nosso Código Civil de 1966.

Historicamente, não será de mais vincar que a figura do pacto marciano surgiu de um parecer solicitado a um juriconsulto romano a respeito de um caso concreto de convenção comissória. Já depois do édito imperial de abolição do pacto comissório, é submetida a apreciação uma situação prática de convenção *inter partes* de que a garantia se transferiria para o credor, automaticamente, se o devedor não cumprisse a sua obrigação. E Marciano pronunciou-se pela validade da “*entrega do penhor e da hipoteca*”, se o devedor incumprir, podendo “*o comprador tomar posse da coisa por um justo preço então avaliado*”⁴³¹. O que evidencia, por um lado, que o repúdio não se dirigia, *ab initio*, à figura do pacto comissório *proprio sensu*, mas ao desequilíbrio prestacional que ele podia conter. Por outras palavras, o repúdio do pacto comissório dirigiu-se, desde o início da sua proibição, ao *enriquecimento injusto e injustificado* que ele poderia propiciar ao credor.

Julgamos militar a favor da *nossa* tese de inclusão do pacto marciano na *fattispecie* pacto comissório, outrossim um elemento emergente do texto do artigo 694.º CC. Este preceito, como sabemos, corresponde à norma que proíbe o pacto comissório, tratando-se da única referência legal à *lex commissoria*. Assim sendo, nela hão-de encontrar-se os *essentialia* do tipo em causa. E os Autores que proclamam que o pacto marciano constitui tipo autónomo do acordo comissório sustentam a sua posição em que a obrigação de restituir o *superfluum* do credor característica da convenção marciana é o elemento que a afasta e autonomiza do acordo proibido pelo artigo 694.º CC. Mas da leitura do preceito, ressalta a inexistência de um mecanismo de salvaguarda para as situações de pacto marciano. *Id est*, se o legislador entendesse que o pacto comissório é *fattispecie* autónoma do pacto marciano, no texto do artigo 694.º CC teria excepcionado os casos em que o credor se obrigasse a entregar ao devedor o excedente de valor do objecto da garantia sobre o seu crédito. E também não se diga que foi, ao contrário, uma tomada de posição indicativa de a nulidade abarcar as hipóteses de convenção marciana, porque não foi esse o legado do Direito Romano e não é esse o pensamento dominante da jurisprudência e da doutrina de referência.

Do diploma do penhor financeiro – o diploma que fez surgir a discussão na nossa doutrina –, emerge outrossim um segundo argumento literal no sentido da (*nossa*) *tese actualista*. No preâmbulo da lei em causa⁴³², é o próprio legislador quem proclama que uma das suas “*novidades mais significativas*” “*corresponde à aceitação do pacto comissório, em desvio*

⁴³¹ Vide nota 271.

⁴³² O Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio.

da regra consagrada no artigo 694.º do Código Civil”. E importa sublinhar que sendo um diploma legal de transposição de uma Directiva Comunitária⁴³³, era concedida a prerrogativa de *opt-out*, isto é, de possibilidade de não acolhimento na legislação nacional da admissibilidade da convenção comissória. Confirmando, cremos, esta opção legislativa, o título inicial do artigo 11.º era *pacto comissório*, sendo que o conteúdo era/é, afinal, de previsão de pacto marciano, aspecto que aponta reforçadamente para a ideia de que este constitui subtipo daquele.

Também os trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966 se revelam precioso apoio doutrinário para a *tese actualista*. É que VAZ SERRA, o insigne coordenador desta tarefa e, em particular, enquanto Autor das propostas de redacção das normas relativas às garantias reais, durante o seu labor, propõe a proibição expressa do pacto marciano no preceito de impedimento legal do pacto comissório⁴³⁴. Esta posição aponta, de modo claro, para a visão do doutrinador de inclusão do pacto marciano no tipo do pacto comissório.

Todavia, o legislador não acolheu a proposta na redacção final do Código Civil. Porquê? Haverá nesta opção um posicionamento ideológico de não reprovação do pacto marciano? Porventura, até porque o próprio Autor abandona a fórmula de proibição do pacto marciano na proposta final⁴³⁵, mas o certo é que o legislador podia ter plasmado na lei civil a sanção do pacto marciano e, não o tendo feito, se tivesse querido significar que se trata de um tipo autónomo, tê-lo-ia excluído *expressis verbis* do âmbito do artigo 694.º CC.

Assim, atendendo às raízes históricas do pacto marciano bem como aos elementos fornecidos pelos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966 e pelo enunciado linguístico do artigo 694.º CC e do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, parece preferível a classificação como *subtipo* do pacto comissório. O pacto marciano nasceu, dogmático-conceptualmente, de um caso concreto de pacto comissório e foi qualificado como tal, mas válido, porque, *in casu*, não legitimador de enriquecimento injusto do credor. Ou seja, a nota *preço justo da aquisição* é que permitiu a diferenciação de *nomen iuris* entre o pacto comissório e o pacto marciano. A ligação tipológica umbilical deste àquele é de tal forma que VAZ SERRA chegou a defender,

⁴³³ A Directiva n.º 2002/47/CE, do Parlamento e do Conselho, de 6 de Junho.

⁴³⁴ Como podemos ler em VAZ SERRA, *Penhor*, BMJ, n.º 58, p. 219, doutrinando que a proibição do pacto comissório “*parece dever ter lugar ainda que o credor se obrigue a entregar o excedente de valor da coisa sobre o seu crédito (...), e não obstante mesmo ter a coisa um valor fixo de mercado, visto subsistir o perigo do pacto comissório: o credor apropriar-se-ia de uma coisa, que o empenhador não quereria vender-lhe nessas condições, se não fosse a dificuldade económica em que se encontrava*”. E é o que resulta também do artigo 29.º da proposta de articulado para o penhor de coisas em que VAZ SERRA formula um preceito de proibição do pacto comissório com uma redacção, determinando que “*A proibição é aplicável ainda que o credor se obrigue a entregar o excedente de valor da coisa sobre o seu crédito, e não obstante mesmo ter a coisa um valor fixo de mercado*” – cfr. VAZ SERRA, *Penhor*, in BMJ, n.º 59, ob. cit., p. 148.

⁴³⁵ Vide nota 165.

como vimos, que a actual lei civil deveria sancionar expressamente também o pacto comissório *equilibrado*. O legislador de 1966 assim não entendeu, porventura por acolher a ideia romanista do *mau pacto comissório* em oposição ao *bom pacto marciano* e, na verdade, na opção de não afastamento expresso do pacto marciano do campo de aplicação do artigo 694.º CC não pode deixar de se assinalar a opção de não autonomização tipológica, cabendo ao intérprete, tal como ao jurisconsulto Marciano, casuisticamente avaliar os acordos comissórios. E do ponto de vista da coerência do sistema legal, se o nosso legislador perfilhasse a *tese literalista*, por que teria anunciado no preâmbulo da lei dos contratos de garantia financeira (o citado Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio) que o diploma consagrava uma excepção ao artigo 694.º CC quando afinal o modelo de pacto comissório previsto é o pacto marciano? É que se fossem tipos autónomos a norma em causa não teria (originariamente) o título de pacto comissório e não haveria razão para, na exposição de motivos, se destacar e justificar a opção do desvio ao *princípio geral da proibição de apropriação do objecto das garantias reais*.

CAPÍTULO III

O PACTO COMISSÓRIO E AS GARANTIAS

SECÇÃO I

O PACTO COMISSÓRIO

E AS GARANTIAS REAIS: PENHOR E HIPOTECA

1. A garantia geral das obrigações

Determina o artigo 601.º do nosso Código Civil que “*Pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios*”.

Vale por dizer que *ex vi* do comando normativo transcrito, a garantia geral das obrigações é constituída pela universalidade do património do devedor. A expressão *responsabilidade patrimonial*, comumente utilizada por referência à estreita relação entre a obrigação (do devedor) e os bens (também do devedor) que por ela respondem⁴³⁶, deriva da própria formulação do preceito transcrito, na sua referência a que são os bens do devedor que *respondem* pelo cumprimento e que, nesse sentido, a responsabilidade deste é de natureza estritamente patrimonial.

Em primeiro lugar, é o devedor o responsável pelo adimplemento das suas obrigações, na qualidade de sujeito jurídico capaz e com vontade de realizar a prestação que lhe cumpre e, só depois, responderão todos os seus bens⁴³⁷.

⁴³⁶ Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral...*, vol. II, ob. cit., p. 422.

⁴³⁷ O rigor técnico impõe necessariamente rigor terminológico e, relativamente ao emprego do conceito de *garantia*, nem sempre é utilizado com exactidão, porque *garantia*, em sentido próprio, corresponde apenas às situações de reforço da expectativa do credor na satisfação do seu crédito.

Neste sentido, assinala-se a intervenção doutrinária de M. FRAGALI que na sua ob. cit. *Garanzia (dir. Priv.)*, p. 449, alerta para a indicação de *garantia geral das obrigações* por referência frequente a situações que não se reconduzem ao preciso âmbito do conceito, por existir na literatura jurídica uma cultura de noção de *garantia das obrigações* mais ampla do que a *garantia patrimonial genérica* comporta.

Este Autor, no entanto, apresenta uma visão demasiado estreita de *garantia geral*, mais consentânea, na verdade, com a categoria de *garantias especiais*, defendendo que *garantia, proprio sensu*, existe apenas nos casos em que o

Desenhada a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação nestes termos, isto é, em termos tais que a própria lei aponta o património do devedor como seu objecto, *ex vi legis*, emerge a índole exclusivamente patrimonial da responsabilidade do devedor pelo cumprimento das suas obrigações⁴³⁸.

Contudo, esta regra segundo a qual todos os bens do devedor garantem a obrigação comporta quatro excepções: duas resultantes directamente da lei e outras duas convencionais, derivativas de (possíveis) estipulações convencionais que a lei autoriza⁴³⁹.

A primeira excepção resulta *a contrario sensu* da passagem do artigo 601.º CC que fixa a responsabilidade de todos os bens do devedor “*susceptíveis de penhora*”⁴⁴⁰, de onde se retira que os bens que não podem ser penhorados não respondem pelas obrigações deste.

credor fica numa posição privilegiada relativamente aos demais credores e já não acantonado ao princípio da *par conditio creditorum*.

⁴³⁸ Como explica EMÍLIO BETTI, em *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953, pp. 135 e segs., esta nota relativa ao cariz unicamente patrimonial da responsabilidade do devedor pelo cumprimento das suas obrigações representa uma importante conquista do Direito dos povos civilizados.

⁴³⁹ Ou, na terminologia de ALMEIDA COSTA, *limitações legais e limitações convencionais*, como podemos ler em M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações...*, op. cit., pp. 785 a 787: “a regra geral da responsabilidade ilimitada do devedor comporta excepções. Há casos de responsabilidade limitada a certos bens, que resultam da lei, de convenção das partes ou da determinação de terceiro. Observe-se que se trata aqui de limitação da garantia patrimonial, isto é, dos bens sobre que pode incidir a execução, e não propriamente de limitação da responsabilidade civil do devedor, no sentido em que esta constitui fonte de obrigações. São dois planos ou significados diversos em que se utiliza o termo responsabilidade.

A «limitação legal» da responsabilidade a alguns bens do devedor encontra-se mesmo prevista no art. 601.º. Nele se salvaguardam «os regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios».

Entende-se por «património autónomo» ou «separado» aquele que tem dívidas próprias. A lei admite diversas situações de autonomia patrimonial, que tanto pode ser total ou completa, como parcial ou incompleta.(...)

Passemos à limitação convencional. Neste conceito tanto se incluem a limitação da garantia patrimonial por acordo entre o credor e o devedor como a que resulta da determinação de terceiro.

O art. 602.º sanciona o acordo em que o credor e o devedor restrinjam a responsabilidade deste a alguns bens, exceptuando-se as matérias subtraídas à disponibilidade das partes. Mas é claro que não se autorizam as partes a isentar de execução todo o património do devedor (...).

Por seu turno, o art. 603.º admite que nas disposições a título gratuito – e tão-só nestas – se aponha uma cláusula de exclusão da responsabilidade dos bens doados ou deixados pelas dívidas do beneficiário. Contudo, semelhante cláusula tem alcance limitado: apenas obsta à penhora de tais bens por dívidas anteriores à liberalidade; e ainda quanto a estas – tratando-se de imóveis ou de móveis sujeitos a registo – somente desde que a respectiva cláusula seja registada antes do registo de alguma penhora que recaia sobre os referidos bens.”.

⁴⁴⁰ A penhora corresponde à apreensão judicial de bens do devedor-executado. Para uma visão doutrinária do conceito de penhora, vide FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *Curso de Processo de Execução*, 13.ª edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 197 que explica que a penhora consiste no desapossamento de bens do devedor, traduzindo-se no acto que retira esses bens da sua disponibilidade material e que os subtrai ao seu património, do prisma da respectiva disponibilidade jurídica. Cfr. ainda JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva à Luz do Código de Processo Civil de 2013*, 6.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 231-232 que ao explicar que a penhora corresponde à apreensão judicial de bens do executado, reputa-a “*acto judicial fundamental do processo de execução para pagamento de quantia certa*” e mesmo “*acto executivo por excelência*”. E percebe-se porquê.

O elenco dos bens impenhoráveis encontra-se na lei processual civil, embora não seja exaustivo⁴⁴¹, porque na determinação do que são bens *susceptíveis de penhora*, há um certo *pingue-pongue* entre a lei substantiva e a lei adjectiva.

Com efeito, o artigo 735.º do Código de Processo Civil crisma a regra de balizamento da responsabilidade patrimonial enunciada no Código Civil, dispondo no seu n.º 1 que “*Estão sujeitos à execução todos os bens do devedor susceptíveis de penhora*”, mas acaba por reenviar para o Código Civil a determinação do conceito de responsabilidade patrimonial, estabelecendo que o património que pode ser executado pelo credor compreende os bens penhoráveis que “*nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida exequenda*”.

Por outro lado, também o próprio conceito que a lei processual apresenta de *impenhorabilidade* tem as suas raízes no direito substantivo, nas noções substantivas de *inalienabilidade* e *intransmissibilidade*, no sentido em que algumas das espécies de bens que o Código de Processo Civil determina como não susceptíveis de penhora são designadas por referência a uma classificação que deriva de conceitos enunciados e sistematizados na lei civil⁴⁴².

A segunda excepção legal consta do segundo segmento do citado artigo 601.º CC, na ressalva de que o objecto da garantia geral das obrigações do devedor é constituído por todos os seus bens “*sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios*”. Esta limitação respeita aos denominados *patrimónios autónomos* que são, como sabemos, patrimónios especialmente destinados a determinado fim, são patrimónios que têm dívidas próprias, respeitantes à sua finalidade particular, pelas quais respondem, respondendo (justamente) apenas por tais dívidas⁴⁴³⁻⁴⁴⁴.

É que com a penhora são individualizados e apreendidos os bens que se destinam aos fins da execução (satisfação do crédito), preparando-se com ela o acto de desapropriação e prevenindo-se que os bens sejam sonogados, deteriorados ou alienados (individualização).

A propósito da discussão doutrinária sobre se a penhora pode qualificar-se ou não como direito real de garantia, vide notas 1433 e 1434.

⁴⁴¹ Os bens e os direitos impenhoráveis constam do Código de Processo Civil: artigos 735.º (delimitação do objecto da execução); 736.º (bens absoluta ou totalmente impenhoráveis); 737.º (bens relativamente impenhoráveis); 738.º (bens parcialmente penhoráveis) e 739.º (impenhorabilidade de quantias pecuniárias ou depósitos bancários). Na verdade, a lista de bens e direitos insusceptíveis de penhora vai para além do elenco constante do Código de Processo Civil. A título exemplificativo, o Código dos Direitos de Autor determina que as obras inéditas ou incompletas também não são penhoráveis (artigo 50.º).

⁴⁴² Na verdade, a primeira espécie de bens absolutamente impenhoráveis que o artigo 736.º do Código de Processo Civil refere é a das “*coisas ou direitos inalienáveis*” [alínea a)], conceito que se encontra apenas enunciado no direito substantivo e de que são exemplo o *direito de uso e habitação* (artigo 1488.º do Código Civil) e o *direito à herança da pessoa viva* (artigo 2028.º, n.º 2 do Código Civil).

⁴⁴³ Os exemplos mais significativos de património autónomo são a herança e os bens comuns do casal.

⁴⁴⁴ Diz ANTUNES VARELA: “*A própria designação do instituto – «património» (separado) – revela que se trata de uma situação inteiramente distinta dos «direitos reais de garantia». Enquanto o direito real de garantia*

Trata-se de situações em que da massa unitária de bens que constitui a universalidade patrimonial de uma pessoa singular ou colectiva, a lei retira uma parcela que sujeita especialmente a um determinado fim.

Esta afectação especial traduz-se, *sic*, na responsabilidade deste bloco de bens unicamente pelas dívidas respeitantes àquela afectação.

A possibilidade de limitações ao princípio da universalidade patrimonial decorre do entendimento de a garantia patrimonial não corresponder verdadeiramente a uma exigência de ordem pública ou interesse social.

Nada impede que os sujeitos das relações obrigacionais convençionem circunscrever a certos bens a responsabilidade do obrigado, no caso de este não cumprir voluntariamente a sua obrigação, porque o credor sabe de antemão quais os bens que reforçam a sua expectativa de satisfação do crédito.

De igual modo, não colide com o interesse social que o autor de uma liberalidade possa subtrair o objecto da doação ou legado da massa geral dos bens do devedor relativamente a créditos preexistentes, uma vez que os titulares desses créditos, ao tempo da nascimento da obrigação ou da constituição de uma garantia real, não tinham a expectativa de que os bens legados ou doados (no futuro) reforçassem a garantia de realização dos seus créditos.

As outras duas excepções à garantia geral patrimonial correspondem às denominadas “*cláusulas de irresponsabilização de determinados bens*”⁴⁴⁵.

A lei autoriza que o credor e o devedor limitem a responsabilidade deste a algum ou alguns dos seus bens, sempre ressalvada a “*matéria subtraída à disponibilidade das partes*”, como determina o artigo 602.º CC⁴⁴⁶.

Facilmente se compreende que não esteja na disponibilidade dos sujeitos prescindir, por exemplo, de créditos irrenunciáveis⁴⁴⁷, talqualmente, em princípio, de obrigações nascidas *ex vi legis*⁴⁴⁸⁻⁴⁴⁹⁻⁴⁵⁰.

confere a certo credor o direito de se pagar, com preferência sobre os outros, à custa de coisas determinadas, o «património autónomo» compreende uma «massa de bens» sujeita a um regime especial de responsabilidade, em benefício de múltiplos credores”, in Das Obrigações..., vol. II, ob. cit., p. 424 (nota 1).

⁴⁴⁵ Na formulação com que nos ensina ANTUNES VARELA, em *Das Obrigações...*, vol. II, ob. cit., pp. 427-432, onde podemos aprofundar esta matéria.

⁴⁴⁶ É o seguinte o texto integral do artigo 602.º do Código Civil: “*Salvo quando se trate de matéria subtraída à disponibilidade das partes, é possível, por convenção entre elas, limitar a responsabilidade do devedor a alguns dos seus bens no caso de a obrigação não ser voluntariamente cumprida*”.

⁴⁴⁷ Um dos exemplos de crédito irrenunciável é o crédito a alimentos previsto no artigo 2008.º do Código Civil.

⁴⁴⁸ Entre as obrigações que nascem diretamente da lei, situam-se a *obrigação de alimentos* e a *obrigação de indemnização*.

⁴⁴⁹ Enunciando um princípio geral, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA ensinam no seu *Código Civil Anotado*, ob. cit., p. 619, em comentário ao artigo 602.º da lei civil, que “*Estão subtraídas à disponibilidade das*

Por estipulação de terceiro, também é possível excluir-se certos bens do devedor de responsabilidade pelo cumprimento das suas obrigações.

Com efeito, pode o autor de liberalidade declarar que os bens objecto de deixa ou doação não garantam obrigações do seu beneficiário, anteriores ao negócio gratuito.

Trata-se da possibilidade, vertida no artigo 603.º do Código Civil, de inclusão de cláusula nas transmissões gratuitas de bens, determinando o afastamento dos bens deixados ou doados da responsabilidade pelas dívidas do beneficiário anteriores ao acto de liberalidade: a denominada *cláusula de irresponsabilização*.

Tal cláusula é oponível aos titulares de créditos anteriores à deixa ou doação por não afrontar qualquer norma de interesse social. De vínculos obrigacionais prévios não nascem expectativas dignas de tutela de os credores contarem com os bens objecto de liberalidades futuras para reforço dos seus créditos.

No caso de bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, já a lei exige uma dupla condição: que a dívida seja anterior à liberalidade e que a cláusula de exclusão de responsabilidade seja registada anteriormente ao registo da penhora dos bens em causa (n.º 1 do artigo 603.º CC).

Sempre que a doação ou deixa recair sobre bens não sujeitos a registo, a cláusula de irresponsabilização dos bens pode opor-se aos credores que titulem um direito de crédito anterior ao negócio *donatio causa* (n.º 2 do artigo 603.º CC)⁴⁵¹.

partes todas as obrigações impostas por normas de interesse e ordem pública” e concluem afirmando: “*Assim se devem considerar todos os créditos irrenunciáveis, como o crédito a alimentos (cfr. art. 2008.º)*”.

⁴⁵⁰ Mais ensina ANTUNES VARELA, em *Das Obrigações...*, vol. II, ob. cit., p. 427 que “*Dentro do campo das relações obrigacionais disponíveis (nomeadamente das obrigações «ex contractu», a limitação da responsabilidade a uma parte do património do devedor há-de naturalmente, para ser válida, corresponder a um interesse sério e justificado das partes. Deve, por um lado, especificar os bens sobre que recai a garantia, de acordo com o próprio texto da lei. E deve a limitação corresponder, por outro lado, a uma real necessidade ou conveniência do devedor, compatível com a coercibilidade do vínculo obrigacional, visto às partes não ser lícito criar obrigações naturais (deveres de prestar destituídos de real coercibilidade) fora dos termos em que a lei prevê a sua existência e implantação*”.

⁴⁵¹ Existe ainda um outro regime de irresponsabilidade relativo aos bens fideicomitidos.

Previsto no artigo 2292.º do Código Civil, trata-se de um regime legal que determina que “*Os credores pessoais do fiduciário não têm o direito de se pagar pelos bens sujeitos ao fideicomisso, mas tão-somente pelos seus frutos*”.

O fideicomisso ou substituição fideicomissária constitui “*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*” (artigo 2286.º do Código Civil).

Ao abrigo deste instituto, o autor de uma herança, por testamento, institui uma pessoa como seu herdeiro, encarregando este herdeiro – a quem a lei chama fiduciário – de preservar os bens que integram a herança ou legado de tal modo que, à morte do fiduciário, esses mesmos bens ingressem no património de outra pessoa que assume a denominação legal de fideicomissário ou beneficiário da substituição, por força da estipulação testamentária.

Sujeitos os bens que o fiduciário recebe por esta via ao encargo de conservação para transmissão a favor de outra pessoa (o fideicomissário), ficam estes bens hereditários apartados da responsabilidade patrimonial por quaisquer dívidas do fiduciário, anteriores ou posteriores à abertura da herança.

Assim, e salvaguardadas as preditas limitações, sublinha-se a existência de um princípio geral de responsabilidade patrimonial do devedor que dita que o património do devedor constitui a garantia geral das (suas) obrigações, sob duas perspectivas.

Por um lado, em princípio, a massa de bens (penhoráveis) que compõe o património do devedor funciona como garantia geral das obrigações deste, isto é, responde pelas suas dívidas, no caso de não cumprimento voluntário: (garantia) geral como mecanismo genérico que assegura ao credor a realização coactiva do seu direito de crédito.

Sob o prisma da regra da *par conditio creditorum*, o universo patrimonial do devedor representa a garantia comum a todos os seus credores e, portanto, (garantia) geral também nesta acepção. Este princípio da igualdade dos credores comuns vem enunciado no n.º 1 do artigo 604.º do Código Civil, em cujos termos “*os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos débitos*”, ressalvada a existência de causas legítimas de preferência.

Assim, os credores a quem não assista um direito de preferência sobre os demais, gozam do direito de ser pagos à custa do património do devedor, em condições de igualdade ou, em caso de insuficiência patrimonial do devedor, pelo menos em regime de proporcionalidade entre si. O princípio *par conditio creditorum* traça a fronteira entre os direitos de crédito e os direitos reais. Enquanto os direitos reais prevalecem entre si segundo a antiguidade da sua constituição, por força da regra *prior in tempore potior in iure*; nos direitos de crédito, não há prevalência de uns sobre os outros, excepto “*existindo causas legítimas de preferência*”, como determina o citado n.º 1 do artigo 604.º do Código Civil.

Em consequência, o princípio *par conditio creditorum* conhece os desvios legalmente previstos, entre os quais se identificam as garantias reais, de acordo com o preceituado no n.º 2 do mesmo artigo 604.º CC que dispõe que “*São causas legítimas de preferência, além de outras admitidas na lei, a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, o privilégio e o direito de retenção*”. Assim, nos termos da separação enunciada neste normativo, entre os créditos comuns e os créditos preferenciais ou privilegiados, pode haver fundamento legal para que a um ou mais credores assista o direito de pagamento prioritário sobre os titulares de créditos comuns (no caso de possuírem um crédito privilegiado ou preferencial).

Já os titulares de créditos comuns verão o seu crédito integralmente realizado (só) se o património do devedor for suficiente para pagar todas as dívidas deste.

Os bens fideicomitidos, enquanto o fiduciário for vivo, também não respondem por quaisquer dívidas do fideicomissário (artigo 2294.º do Código Civil), pois a herança só lhe é devolvida depois da morte daquele seu antecessor na substituição fideicomissária (n.º 1 do artigo 2293.º do Código Civil).

Na insuficiência de bens, a lei ordena que o pagamento se faça *proporcionalmente*, ou seja, dividindo o valor obtido com a excussão do património do devedor entre todos os credores, em função do valor do seu crédito, por rateio, critério em que se expressa a regra da *par conditio creditorum*⁴⁵².

Neste contexto, o pacto comissório parece representar um claro afronto a tal princípio, ao atribuir a determinado credor o direito de satisfazer o seu crédito de modo privilegiado à custa de certo bem do devedor, com prejuízo para os demais credores deste.

Pela sua própria natureza, a convenção comissória, ao conferir ao credor seu beneficiário a faculdade de apropriação de um dado bem do sujeito passivo da relação obrigacional, compreende, na sua essência, a criação de uma *causa de preferência* sobre o bem objecto do acordo.

Ora, como esta *causa de preferência* não está prevista na lei, será inválida, porque corresponde a uma *causa ilegítima de preferência* e será nula por romper com uma norma de natureza imperativa: o artigo 604.º CC.

Tal não significa, naturalmente, que a lei não permita a constituição de quaisquer outras garantias para além das legalmente tipificadas. Desde logo, sob a égide da liberdade contratual, podem os sujeitos jurídicos criar garantias fora do elenco legal, desde que observados os limites que a lei coloca à própria autonomia privada.

Um desses limites decorre exactamente das *causas legítimas de preferência* que o n.º 2 do artigo 604.º CC enuncia e com o qual o legislador pretende reprimir a constituição de direitos de satisfação privilegiada sobre bens que integrem a garantia geral das obrigações do devedor. Ora, o pacto comissório não observa este limite, pois consubstancia um tratamento de privilégio a um determinado credor para além dos casos em que a lei prevê o rompimento da regra da igualdade entre credores.

Por outro lado, ao abrigo do pacto comissório, o efeito translativo opera apenas quando e se verificado o incumprimento por parte do devedor, o que levanta um outro problema: representa uma subtracção de bens do património do devedor sem que os outros credores deste mesmo devedor possam ter conhecimento da eventualidade de diminuição patrimonial, ao contrário do que sucede com as *causas legítimas de preferência*, desde logo, com as garantias reais.

⁴⁵² Como ensina ANTUNES VARELA, em *Das Obrigações em Geral...*, vol. II, *op. cit.*, p. 431, segundo a regra da *par conditio creditorum* “que a nossa lei expressamente consagra”, “*Todos os credores (comuns), sem distinção entre mais antigos e mais modernos, são assim tratados em pé de plena igualdade*”. Cfr. também M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 783 e segs.

Na doutrina italiana, consultar ENZO ROPPO, «*Par condicio creditorum*» *sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all'art. 2741*, *ob. cit.*, pp. 305 e segs..

Pelas razões aduzidas, o pacto comissório viola o princípio da *par conditio creditorum* do artigo 604.º CC, ao conceber um novo direito creditício de (auto)satisfação privilegiada pela apropriação de um bem objecto de acordo entre devedor e credor.

2. As garantias especiais das obrigações

Para solidificar a “*consistência económico-jurídica do vínculo obrigacional*”⁴⁵³, pode o crédito ser assegurado por garantias especiais que reforçam apenas o direito do credor seu beneficiário e que actuam como *suplemento* da garantia geral, comum a todos os credores, oferecida pelo património do devedor.

Destarte, paralelamente à garantia geral, podem as partes estipular a prestação de garantias especiais a favor de determinado credor, podendo estas incidir sobre bens do devedor ou até mesmo de terceiro⁴⁵⁴.

Qualquer garantia constitui sempre uma perspectiva mais segura da expectativa de realização do crédito, nascida do dever de prestar que impende sobre o devedor, sendo que as garantias especiais asseguram-na de modo particular.

As garantias especiais pessoais – de que são exemplo a fiança, o aval, o mandato de crédito e a garantia autónoma – representam um acréscimo de garantia constituído pelo património de um terceiro que passa a responder também pelo cumprimento da obrigação do devedor para além do património do próprio obrigado.

As garantias especiais reais – o penhor, a hipoteca, a consignação de rendimentos e a caução – podem ser prestadas quer pelo devedor quer por terceiro e representam a afectação especial de certo bem à satisfação do crédito de um determinado credor.

Conferindo, de igual modo, prerrogativas específicas ao credor seu beneficiário, assinala-se ainda a existência do direito de retenção e dos privilégios creditórios que recaem sobre certos bens, habitualmente do obrigado.

A garantia geral acompanha o vínculo obrigacional desde o nascimento até à morte (extinção), ao passo que as garantias especiais asseguram a satisfação do crédito apenas a partir da altura em que são constituídas.

⁴⁵³ Como afirma ANTUNES VARELA em *Das Obrigações em Geral...*, vol. II, *op. cit.*, p. 420.

⁴⁵⁴ Nas palavras de ALMEIDA COSTA, “*Não contentes com a simples garantia geral, traduzida no património do devedor e comum a todos os credores, podem as partes estabelecer uma garantia específica, tendo por objecto a responsabilização de outro ou outros patrimónios pelo cumprimento da obrigação, ou atribuindo ao credor determinados direitos sobre certos bens do próprio devedor ou de terceiro*”. Cfr. M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, p. 819.

Tradicionalmente, a classificação das garantias especiais divide-se em garantias pessoais se incidem sobre (todo) o património de outra pessoa que se obriga para além do devedor e garantias reais se atribuem ao credor seu beneficiário preferência na satisfação do seu crédito, pelo preço ou rendimento do bem objecto da garantia, relativamente aos credores comuns⁴⁵⁵⁻⁴⁵⁶. Sumarizando, as garantias pessoais operam uma expansão de garantias patrimoniais, juntando ao universo de bens do devedor o património de um terceiro que também passa a assumir a posição de obrigado perante o titular da garantia, desde o momento em que presta a garantia. As garantias reais destinam especialmente um dado bem do devedor ou de terceiro à satisfação de certo credor, a partir do nascimento da relação de garantia. Compreende-se, *sic*, que a norma proscritora do pacto comissório surja inserida na disciplina das garantias reais, uma vez que a lei proíbe a apropriação pelo credor de determinado bem objecto de garantia (“*a coisa onerada*”, segundo a formulação do artigo 694.º do Código Civil), em caso de incumprimento da obrigação, e é exactamente este efeito jurídico que por definição e essência corresponde ao pacto comissório.

2.1 Enquadramento da análise subsequente

O crédito constitui um dos principais dinamizadores económicos⁴⁵⁷, pelo que mantém actualidade e interesse a reflexão sobre as insuficiências do sistema de garantias tradicional.

E a realidade coloca em destaque a rigidez das garantias reais, com um fluxo crescente de contratos de concessão de crédito e de financiamento e (respectivos) contratos de garantia, por um lado, mas, a jusante do incumprimento, o credor titular da garantia só pode obter a realização do seu crédito executando a garantia de que é beneficiário.

Por outra banda, considerando que a velocidade das trocas comerciais transfronteiriças esbarra hoje frequentemente na diversidade de regimes jurídicos de país para país, sobretudo em relação

⁴⁵⁵ Sobre esta matéria das garantias especiais, *vide* ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral...*, vol. II, ob. cit., pp. 471 e segs., LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. II, ob. cit., pp. 281 e segs., M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações, op. cit.*, pp. 817 e segs. e PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento...*, ob. cit., pp. 71 e segs..

⁴⁵⁶ Entre nós, é pacífica esta subdivisão das garantias especiais em pessoais e reais, sendo certo que na doutrina internacional surgem já vozes a defender uma nova classificação. É o caso de PIERRE CROQ que entende dever criar-se uma terceira categoria para as garantias fiduciárias (“*propriétés-sûretés*”), como podemos ler em *Propriété et Garantie*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1995, pp. 262 e segs..

⁴⁵⁷ Para uma visão mais profunda desta ideia, *vide* EDUARDO DOS SANTOS, *Curso de Direitos Reais...*, vol. II, ob. cit., pp. 4 e segs..

aos direitos reais de garantia, registam-se importantes movimentos de reflexão doutrinários e legiferantes no sentido da sua homogeneização europeia⁴⁵⁸.

Assim, a diversidade de procedimentos de execução que a lei prevê para as diferentes garantias reais deve constituir o eixo central da ponderação acerca do sentido e alcance actuais da proibição do pacto comissório, *de iure condito* e *de iure condendo*.

Pela relevância e importância prática material, a nossa análise focar-se-á no penhor e na hipoteca.

2.2 Penhor

O penhor corresponde à garantia que atribui ao credor o direito de se pagar pelo valor de determinado bem móvel, créditos ou outros direitos empenhados pelo devedor ou por terceiro, com preferência sobre os demais credores, como determina o artigo 666.º do Código Civil⁴⁵⁹.

No fundo, como decorre da própria noção legal, o penhor é uma garantia que incide sobre bens ou direitos não hipotecáveis⁴⁶⁰, apresentando uma disciplina muito dispersa, apesar de a lei civil nos fornecer o regime de referência geral⁴⁶¹.

O próprio Código Civil reconhece a existência de regimes especiais de penhor e consagra, nesta matéria, *expressis verbis*, o princípio *lei especial afasta lei geral*, no enunciado do artigo 668.^º⁴⁶², circunscrevendo o âmbito de aplicação da sua disciplina às modalidades de penhor que não sigam um regime privativo.

Paradigmaticamente, note-se que o penhor de coisas obedece não só aos ditames dos artigos 666.º a 678.º CC que regulam o penhor civil, mas ainda a preceitos relativos ao penhor mercantil (artigos 397.º a 402.º do Código Comercial).

⁴⁵⁸ Referindo-se a esta questão, vide RUI PINTO DUARTE na sua obra *Curso de Direitos Reais*, Principia, Cascais, 2002, p. 205.

⁴⁵⁹ Sobre esta matéria, cfr. VAZ SERRA, *Penhor*, BMJ, n.º 58, ob. cit., pp. 17 e segs., HUGO RAMOS ALVES, *Do Penhor*, ob. cit., pp. 53 e segs., ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, ob. cit., pp. 526 e segs., M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, op. cit., pp. 858 e segs., RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, ob. cit., pp. 219 e segs., EDUARDO DOS SANTOS, *Curso de Direitos Reais...*, vol. II, ob. cit., pp. 157 e segs., LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, 4.ª edição, revista e actualizada, Quid Iuris? Sociedade Editora, Lisboa, 2003, pp. 148 e segs., PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA FONTE, *Garantias de Cumprimento*, op. cit., pp. 170 e segs. e LUÍS M. T. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 166 e segs..

⁴⁶⁰ É o que nos diz o citado artigo 666.º do Código Civil “*certa coisa móvel (...) créditos ou outros direitos não susceptíveis de hipoteca*” (sublinhado nosso).

⁴⁶¹ Cfr. LUÍS M. T. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, op. cit., p. 166.

⁴⁶² Sob a epígrafe *Regimes especiais*, o artigo 668.º do Código Civil diz que “*As disposições desta secção não prejudicam os regimes especiais estabelecidos por lei para certas modalidades de penhor*”.

Por outro lado, o penhor de direitos também não se rege apenas pela disciplina consagrada na lei civil (artigos 679.º a 685.º CC), desde logo nos preditos casos em que o penhor tenha natureza mercantil e ainda nas hipóteses de penhor de participações sociais (artigos 23.º, n.ºs 3 e 4, 233.º, 235.º, 325.º e 328.º do Código das Sociedades Comerciais).

Também em legislação extravagante é regulado o penhor, em diplomas relativos ao penhor bancário (Decretos-Leis n.ºs 29 833, de 17 de Agosto de 1939 e 32032, de 22 de Maio de 1942), penhor a favor de prestamistas (Decreto-Lei n.º 365/99, de 17 de Setembro) e, recentemente, o penhor financeiro (Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio).

Ao nosso estudo interessa convocar fundamentalmente os aspectos do(s) regime(s) do penhor relacionados com a proibição do pacto comissório. Como veremos adiante, o credor pignoratício adquire direitos que não se reconhecem ao credor hipotecário, nascidos dos direitos e deveres das partes emergentes de um contrato de penhor que impõem um exame das especificidades da disciplina desta garantia.

Referimo-nos, por exemplo, à possibilidade de venda extraprocessual do bem empenhado que o artigo 675.º (n.º 2) do Código Civil permite e que inexistente na hipoteca bem como a excepção de admissibilidade do pacto comissório no âmbito dos *contratos de garantia financeira* (artigo 11.º do citado Decreto-Lei n.º 105/2004).

Por outra banda, atendendo ao prejuízo que pode representar para o autor da garantia a entrega do objecto do penhor, encontram-se previstos na nossa lei casos de penhor sem desapossamento⁴⁶³, aspecto decisivo na constituição de garantia sobre um bem não hipotecável, desde logo nos empréstimos e financiamentos (bancários) em contexto empresarial.

Finalmente, importa analisar o regime específico do penhor mercantil⁴⁶⁴ e do penhor financeiro⁴⁶⁵ e o papel desempenhado pelos seus particulares modos de execução, na tendência hodierna de criação de *garantias reais atípicas* como exercício da autonomia privada ao serviço da superação da insuficiência do sistema tradicional de execução de garantias quando não (mesmo) ao serviço da celebração encoberta do pacto comissório.

⁴⁶³ Para uma leitura mais abrangente acerca do penhor sem entrega do bem empenhado, *vide* INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *O penhor sem entrega no Direito Luso-Brasileiro*, Braga: Scientia & Ars Editorial – Separata da revista Scientia Iuridica, n.º 4, 199, consultado no sítio www.revistas.usp.br, pp. 8 a 31.

⁴⁶⁴ Cfr. artigos 397.º a 402.º do Código Comercial.

⁴⁶⁵ Introduzido no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, em transposição da Directiva Comunitária n.º 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Junho.

Modalidades de penhor e sua execução

2.2.1 Penhor de coisas

Estabelece a nossa lei como princípio que o penhor constitui um negócio real *quoad constitutuionem*, porquanto a entrega ao credor daquilo que se empenha é elemento constitutivo da própria garantia.

Com efeito, determina o artigo 669.º do Código Civil, no seu n.º 1 que “*O penhor só produz efeitos pela entrega da coisa empenhada, ou de documento que confira a exclusividade da disponibilidade dela, ao credor ou a terceiro*”.

A publicidade inerente à entrega da coisa empenhada ao credor preenche a necessidade de protecção do credor pignoratício bem como dos direitos de terceiro, explicando outrossim por que o desapossamento é condição de eficácia do penhor⁴⁶⁶.

Destarte, fica o credor pignoratício salvaguardado, porque com a coisa empenhada em seu poder evita que esta seja objecto de outros negócios jurídicos, como se de coisa livre de ónus e encargos se tratasse.

Quaisquer terceiros eventualmente interessados em celebrar com o autor do penhor negócios jurídicos ficam assim também a saber que o bem em causa se encontra onerado.

E como resulta da norma transcrita, o objecto do penhor tanto pode ser entregue ao beneficiário da garantia como a terceiro.

As regras específicas do penhor de coisas estão previstas entre os artigos 669.º e 678.º do Código Civil, remetendo expressamente este último para certas normas da hipoteca, entre as quais o artigo 694.º CC que proíbe o pacto comissório.

Em sequência, será nulo o acordo que permita ao credor apropriar-se da coisa que lhe foi dada em penhor, em caso de incumprimento do devedor, na interpretação conjugada dos artigos 678.º e 694.º do Código Civil.

Então, perante o inadimplemento do devedor, o titular de um direito de crédito assegurado por penhor – tal como na hipoteca – terá de executar a garantia e promover a venda da coisa empenhada para satisfazer o seu crédito com o produto da venda executiva.

É a este procedimento que se refere a primeira parte do n.º 1 do artigo 675.º do Código Civil, de onde decorre que uma vez “*Vencida a obrigação, adquire o credor o direito de pagar pelo produto da venda executiva da coisa empenhada*”.

⁴⁶⁶ A este respeito, entende MENEZES CORDEIRO ocorrer aqui “*um fenómeno de publicidade possessória constitutiva*”, em *Tratado de Direito Civil – Parte Geral*, tomo I, Almedina, Coimbra, 1999, p. 259.

Contudo, no penhor de coisas, e paralelamente à venda promovida em juízo, a nossa lei consagra a possibilidade de realização da venda fora dos tribunais, nos termos do enunciado na segunda parte do n.º 1 do artigo 675.º CC: “*podendo a venda ser feita extraprocessualmente, se as partes assim o tiverem convencionado*”.

Neste âmbito, podem autor da garantia e credor pignoratício celebrar um acordo que atribua a este⁴⁶⁷ a faculdade de vender extrajudicialmente o objecto do penhor.

E o n.º 2 do mesmo artigo 675.º permite até a estipulação convencional de adjudicação do objecto da garantia ao credor pignoratício, desde que por valor determinado judicialmente, referindo de modo expreso que “*É lícito aos interessados convencionar que a coisa empenhada seja adjudicada ao credor pelo valor que o tribunal fixar*”.

Para além desta modalidade de venda extraprocessual que é privativa do penhor⁴⁶⁸, existe ainda no âmbito desta garantia a possibilidade de se promover a venda antecipada do seu objecto, reunidos dois pressupostos: risco de perda ou deterioração da coisa e autorização judicial prévia. Com efeito, sob a epígrafe “*Venda antecipada*”, determina o n.º 1 do artigo 674.º CC que “*Sempre que haja receio fundado de que a coisa empenhada se perca ou deteriore, tem o credor, bem como o autor do penhor, a faculdade de proceder à venda antecipada da coisa, mediante prévia autorização judicial*”.

Aspecto a reter é o facto de a venda antecipada tanto poder ser realizada (sempre depois de obtida a competente autorização judicial) pelo credor pignoratício como pelo próprio autor do penhor, o que se justifica pelo manifesto interesse também deste último em que não perca valor o bem que ele deu como garantia do cumprimento da obrigação.

Por outro lado, note-se ainda que, no caso de venda antecipada requerida pelo credor pignoratício, o empenhador pode impedi-la se, para tanto, oferecer *garantia real idónea* alternativa, como estabelece o n.º 3 do artigo 674.º CC.

Relativamente ao produto da venda antecipada, estipula a lei que “*fica o credor com os direitos que lhe cabiam em relação à coisa vendida, podendo o tribunal, no entanto, ordenar que o preço seja depositado*”, no n.º 2 do artigo 674.º CC.

⁴⁶⁷ Unicamente ao credor pignoratício é concedida a faculdade de promover a venda extraprocessual da coisa empenhada, porque a primeira parte do preceito em referência (n.º 1 do artigo 675.º do Código Civil) diz “*adquire o credor o direito de*”. Ao contrário do que se verifica em relação à venda antecipada, como é mencionado em texto, em que também o autor do penhor pode requerer judicialmente autorização para a venda (artigo 674.º, n.º 1 do Código Civil).

⁴⁶⁸ Inexistente na hipoteca.

A venda antecipada ocorre, por natureza e definição, antes de a obrigação se vencer, discutindo-se se, de igual modo, a venda extraprocessual pode preceder o vencimento⁴⁶⁹.

Execução

2.2.1.1 Venda judicial

A penúltima reforma do Código de Processo Civil revogou um processo que existia na vigência do diploma anterior designado *processo especial da venda e adjudicação do penhor*⁴⁷⁰. Compreendia uma fase declarativa e uma fase executiva, tinha tramitação específica e representava o mecanismo adjectivo ao dispor do credor que apresentasse penhor constituído a seu favor, tendente à realização célere do seu crédito.

O Código de Processo Civil de 1996 (entrou em vigor em 1 de Janeiro de 1997) abandonou este processo especial quer pela intenção do legislador de homogeneizar a tramitação judicial da execução das garantias quer pela sua inutilidade superveniente, considerando a opção legislativa da reforma da lei processual civil de 1996 de estender o elenco dos títulos executivos⁴⁷¹.

Na verdade, o legislador considerou que o alargamento do conceito de título executivo a documentos particulares comprovativos da existência de obrigações pecuniárias garantidas por penhor prejudicava (tornando, *hic sensu*, inútil) a existência da fase declarativa prévia à acção executiva, como estava previsto no referido *processo especial da venda e adjudicação do penhor*⁴⁷²⁻⁴⁷³.

⁴⁶⁹ Entre os doutrinadores que respondem afirmativamente, ALMEIDA COSTA e ISABEL ANDRADE DE MATOS.

ALMEIDA COSTA entende que nada na lei impede que a venda fora dos tribunais (prevista na segunda parte, do n.º 1, do artigo 675.º do Código Civil) “*se faça antes do vencimento da obrigação garantida, se as partes assim o convencionarem ou se o dono da coisa empenhada autorizar o credor pignoratício a fazê-lo*”. (Cfr. do Autor, *Penhor. Ilicitude na Guarda da Coisa Penhorada. Venda Antecipada*, in «Colectânea de Jurisprudência», ano X, tomo II, 1985, p. 25.)

ISABEL ANDRADE DE MATOS, no seu estudo *O Pacto Comissório...*, *op. cit.*, p. 117, nota 218, defende que “*a convenção que preveja a possibilidade de a venda antecipada do penhor ser feita extrajudicialmente (hoje extraprocessualmente) deverá enunciar, de forma clara e objectiva, os requisitos a que a mesma fica sujeita, designadamente no que se refere à avaliação do bem empenhado*”.

⁴⁷⁰ Consultar ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, vol. I, *ob. cit.*, pp. 294 e segs..

⁴⁷¹ Esta alteração corresponde a uma das inúmeras alterações introduzidas pela profunda reforma da lei processual civil de 1996. Para mais desenvolvimentos, consultar, entre outros, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa, Lex, 1997, *passim*.

⁴⁷² *Vide* penúltima nota.

⁴⁷³ Sendo certo que Autores como ALBERTO DOS REIS entendiam que o credor pignoratício, já ao tempo do Código de Processo Civil anterior ao de 1996, podia não recorrer ao referido *processo especial de venda judicial*

Assim, munido de título executivo (a partir de 1996, reputando-se como tal, *verbi gratia*, uma declaração confessória de dívida), poderia um credor pignoratício intentar directamente a acção para executar a garantia que titulava, a exemplo da possibilidade já antes prevista para o beneficiário da hipoteca e da consignação de rendimentos.

Porém, actualmente, e na sequência da mais recente reforma do Código de Processo Civil, foram suprimidos do catálogo dos títulos executivos os documentos particulares, assinados pelo devedor, constitutivos ou que importam o reconhecimento de obrigações pecuniárias (artigo 703.º)⁴⁷⁴ e, em resultado, desde 1 de Setembro de 2013, apenas podem servir de base à execução quatro tipos de documentos: decisões judiciais condenatórias; documentos exarados ou autenticados por notário ou outro profissional com competência para tanto (*v.g.* advogado)⁴⁷⁵; títulos de crédito e os (outros) documentos a que a lei atribua força executiva.

Possuindo, então, o credor um título exequível, sob o prisma processual, o meio adequado para a realização do seu crédito é a *acção executiva para pagamento de quantia certa*, regulada no artigo 724.º e seguintes do CPC.

À luz das regras adjectivas vigentes, que se mantêm inalteradas, neste ponto, desde a reforma de 1996, os credores titulares de um crédito pecuniário assegurado por qualquer das aludidas garantias reais hão-de propor o referido tipo de acção para realizarem o seu direito a ser pagos. Quanto ao modo de satisfação do direito do credor exequente no âmbito do processo executivo, ocorre através do produto da venda do objecto da garantia real, o que para o credor pignoratício implica a venda executiva de coisa que lhe foi dada em penhor.

de penhor e, em alternativa, lançar mão do processo comum de execução para pagamento de quantia certa.

Porém, não era este o entendimento do STJ, proclamando os juízes conselheiros que o *processo especial* era o único meio processualmente adequado para o beneficiário de um penhor obter a satisfação do seu crédito.

Sobre a polémica, fala-nos o próprio Professor ALBERTO DOS REIS na sua ob. cit. *Processos Especiais...*, vol. I, ob. cit., pp. 292 e 293.

⁴⁷⁴ A *Exposição de Motivos* da Proposta de Lei do novo Código de Processo Civil, a Proposta de Lei n.º 113/XII, de 22 de Novembro de 2012, justifica a eliminação dos documentos particulares do elenco dos títulos executivos com a prossecução de dois objectivos: (i) a diminuição do número de acções executivas e (ii) a criação de medidas de agilização do processo executivo.

⁴⁷⁵ Nos termos do artigo 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março (na redacção actual dada pelo Decreto-Lei n.º 250/2012, de 23 de Novembro) que regula a competência para a autenticação de documentos.

A venda executiva conhece diversas modalidades: até à *reforma* da acção executiva de 2013, a venda, por norma, era judicial, ocorria nas próprias instalações do tribunal⁴⁷⁶, era presidida pelo juiz do processo e realizada segundo a modalidade de propostas em carta fechada⁴⁷⁷⁻⁴⁷⁸⁻⁴⁷⁹. As alterações introduzidas no Código de Processo Civil em 2013 não se podem qualificar como verdadeiramente reformadoras, porque de acordo com as normas adjectivas hoje vigentes, e tal como até aqui (nos termos do n.º 1 do artigo 886.º-A do *velho* CPC), a decisão da modalidade de venda, sempre que “*a lei não disponha diversamente*”, compete ao agente de execução (artigo 812.º CPC).

E, quanto às modalidades de venda executiva, propriamente ditas, são as mesmas do Código anterior, tendo havido, sim, e apenas, a indicação de preferência pelas modalidades que contribuíssem para a *desmaterialização* do processo, sendo que legislador aponta, agora, para a *venda através de leilão electrónico* como modalidade *dilecta* (artigo 837.º CPC).

Aliás, quer para os bens móveis quer para os bens imóveis, portanto os bens empenhados, mas também os bens hipotecados, são agora vendidos, de preferência, por método de licitações *on-line*, segundo a interpretação conjugada dos artigos 811.º, 816.º, 830.º, 831.º, 832.º, 834.º, 836.º e 837.º da actual lei de processo civil.

Façamos um périplo pelas normas indicadas: o Código de Processo Civil, a respeito da venda em sede executiva, primeiro, elenca taxativamente as modalidades existentes (artigo 811.º). Seguidamente, atribui ao agente de execução competência para a decisão relativa à escolha da modalidade da venda (artigo 812.º), nos termos preditos, e depois de auscultar os interessados, isto é, “*quando a lei não disponha diversamente*” e uma vez “*ouvidos o exequente, o executado e os credores com garantia sobre os bens a vender*”(n.º 1).

⁴⁷⁶ Cfr. artigo 889.º, n.º 3 do (*velho*) CPC.

⁴⁷⁷ Cfr. artigo 889.º, n.º 1 do (*velho*) CPC.

Quanto aos móveis, a venda mediante propostas em carta fechada também era obrigatória para a venda de estabelecimentos comerciais com valor superior a 500 UC, nos termos do n.º 1 do artigo 901.º do mesmo diploma. Nos restantes casos de coisas móveis, a venda deveria realizar-se em *depósito público* ou *equiparado*, se os bens tivessem sido para aí removidos (artigo 907.º-A, n.º 1); caso contrário, a venda far-se-ia de acordo com uma das modalidades previstas nas sete alíneas o artigo 886.º, respectivamente: *mediante propostas em carta fechada, em bolsas de capitais ou de mercadorias, directa a pessoas ou entidades que tenham o direito a adquirir os bens, por negociação particular, em estabelecimento de leilões, em depósito público ou equiparado, em leilão electrónico*.

⁴⁷⁸ Apenas nos casos legalmente previstos, era possível a venda extrajudicial, quer a venda em bolsa (artigo 902.º *velho* CPC), quer a venda directa (artigo 903.º *velho* CPC), por negociação particular (artigo 904.º *velho* CPC) ou em estabelecimento de leilão (artigo 906.º *velho* CPC).

⁴⁷⁹ Consultar RUI PINTO, *A Acção Executiva Depois da Reforma*, JVS, Lisboa, 2004, pp. 190-191 e REMÉDIO MARQUES, *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 201 e segs..

Na regulamentação de cada modalidade de venda, o legislador prevê os requisitos respectivos de tal modo que a escolha fica limitada em função do tipo de garantia e/ou do tipo de bem.

Confirmando a ideia de concepção da venda em leilão electrónico como modalidade-regra, o artigo 837.º CPC determina expressamente que “*a venda de bens imóveis e móveis penhorados é feita preferencialmente*⁴⁸⁰ *em leilão electrónico*”.

As duas excepções dirigem-se unicamente a instrumentos financeiros⁴⁸¹ e mercadorias com cotação em mercado regulamentado, que são vendidos no respectivo mercado (artigo 830.º CPC⁴⁸²) e a bens que tenham de ser objecto de venda directa: os que devem ser entregues, *ex vi legis*, a certa entidade e os que tenham sido objecto de prévia promessa de venda com eficácia real que são vendidos directamente ao promitente comprador, se pretender exercer o direito de execução específica (artigo 831.º CPC⁴⁸³).

Relativamente às coisas móveis, a lei favorece as modalidades de venda mais céleres⁴⁸⁴, daí a previsão legal de certas especificidades relativas à natureza dos bens na venda directa (artigo 831.º CPC), por negociação particular (artigo 832.º CPC), em estabelecimentos de leilão (artigo 834.º CPC), em mercados regulamentados (artigo 830.º CPC), em depósito público (artigo 836.º CPC), e por leilão electrónico (artigo 837.º CPC).

Sem prejuízo, o processo da execução para pagamento de quantia certa é comum, independentemente da garantia que se executa, o que significa que é extensível ao penhor o que ficar dito a propósito da venda de bens hipotecados, pelo que regressamos às modalidades de venda na análise da execução da hipoteca, impondo-se agora assinalar o que de privativo a venda de bens empenhados apresenta.

⁴⁸⁰ Sublinhado nosso.

⁴⁸¹ A enumeração legal dos instrumentos financeiros consta dos artigos 1.º, alínea g) e 2.º do Código dos Valores Mobiliários (CVM) e do n.º 3 do artigo 199.º-A do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (RGICSF).

O conceito de instrumento financeiro é um conceito difícil de teorizar, embora da enumeração legal apontada possamos dizer que se trata de posições jurídicas resultantes, em regra, de um contrato, de natureza patrimonial, com significativa álea e que desempenham uma função financeira directa (de financiamento do emitente ou investimento do aplicador) ou indirecta (de cobertura de risco ou especulação).

⁴⁸² O preceito refere-se a instrumentos financeiros e a mercadorias com cotação em mercado regulamentado e, como resulta do texto da norma, “*São vendidos em mercados regulamentados os instrumentos financeiros e as mercadorias que neles tenham cotação*”(artigo 830.º do CPC).

⁴⁸³ Texto do artigo 831.º do CPC: “*Se os bens houverem, por lei, de ser entregues a determinada entidade, ou tiverem sido prometidos vender, com eficácia real, a quem queira exercer o direito de execução específica, a venda é-lhe feita directamente*”.

⁴⁸⁴ Se bem que na execução da hipoteca, como veremos, a modalidade-regra, na venda de imóveis, parece continuar a ser a *venda mediante propostas em carta fechada*, nos termos do n.º 1 do artigo 816.º do CPC, porque apesar de o n.º 1 do artigo 837.º CPC indicar como preferencial a *venda em leilão electrónico*, esta modalidade ainda não está operacional, como sublinhamos em texto.

Se o penhor tiver por objecto instrumentos financeiros ou mercadorias cotadas em mercado regulamentado (no mercado de matérias-primas ou no mercado de capitais, por exemplo), vimos já, a venda realiza-se nesses mercados, porque o artigo 830.º do CPC estipula que “*São vendidos em mercados regulamentados os instrumentos financeiros e as mercadorias que neles tenham cotação*”.

A venda por negociação particular é a opção nas situações elencadas no artigo 832.º do CPC – analisadas mais detalhadamente na execução da hipoteca – que correspondem, em termos sumários, aos casos em que o exequente ou o executado proponham um comprador ou um preço aceite pelos demais interessados; na frustração da venda por propostas em carta fechada ou em leilão electrónico; havendo urgência na venda (reconhecida judicialmente); estando em causa bens de valor diminuto e ainda quando a natureza do bem o aconselhar, uma vez frustrada a venda em depósito público, por falta de proponentes ou de aceitação das propostas.

A venda realiza-se em estabelecimento de leilão, para além dos casos em que for a modalidade proposta pelo exequente, pelo executado ou pelo credor garantido, sem oposição de nenhum dos restantes, nos termos da alínea a), do n.º 1, do artigo 834.º do CPC, também se estiver em causa a venda de coisa móvel e o agente de execução a considerar, atendendo às características do bem em causa, a modalidade preferível em relação à venda por negociação particular, na sequência de frustração da venda em depósito público, decorrente da inexistência de proponentes ou proposta aceite, como determina a alínea b), do n.º 1, do mesmo artigo 834.º CPC.

A venda em depósito público é apontada pela lei por exclusão de partes, isto é, apenas quando nenhuma das restantes modalidades de venda seja aplicável, ordenando o artigo 836.º do CPC que “*São vendidos em depósito público ou equiparado os bens que tenham sido para aí removidos e não devam ser vendidos por outra forma*”.

A lei prefere, sabemo-lo já, a modalidade da venda em leilão electrónico (artigo 837.º CPC), pelo que se pergunta se será esta a solução mais adequada no equilíbrio desejável entre interesses do devedor-executado e do credor-exequente.

Por banda do credor, há o desejo de celeridade na excussão patrimonial e na obtenção de preço bastante para satisfazer o seu crédito.

Do lado do devedor, embora se possa assinalar outrossim o interesse em que a venda executiva se processe num tempo curto, do ponto de vista da defesa da sua posição jurídica, há a expectativa legítima do alcance de um preço justo e, em decorrência, uma aspiração a que a venda seja concluída pelo valor mais elevado possível.

A venda por meio de leilão electrónico, regulamentada pela Portaria n.º 282/2013, de 29 de Agosto, entre os artigos 20.º e 26.º, é definida pela lei como “*modalidade de venda de bens penhorados, que se processa em plataforma electrónica acessível na Internet, concebida especificamente para permitir a licitação dos bens a vender em processo de execução*” (artigo 20.º).

Na prática, ao tempo desta nossa reflexão, o predito mecanismo de venda executiva ainda não funciona, mas as expectativas são elevadas quanto à celeridade que possa imprimir nesta fase final (e) crucial do processo executivo.

A esperada rapidez poderá, de certa forma, compensar a desvantagem da delonga que sempre se aponta como inconveniente da venda judicial⁴⁸⁵, indo ao encontro do direito do credor de realizar o valor do penhor e do seu interesse em que esse valor se realize com o máximo de brevidade possível.

Sob o prisma do devedor, mais do que a presteza na venda executiva, importa que ela garanta a obtenção de justo preço do bem vendido e, para tanto, a publicidade e a determinação do valor base afiguram-se-nos decisivos.

Estes aspectos parecem ter sido suficientemente acautelados pela lei, se bem que o legislador mais não fez do que tomar por referência as regras, já existentes, de publicidade para a venda mediante propostas em carta fechada e ordenar a sua aplicação à venda em leilão electrónico (artigo 817.º do CPC, por remissão expressa do artigo 837.º, n.º 2 do CPC e do artigo 19.º da referida Portaria n.º 282/2013⁴⁸⁶). O que significa que a data e horário do início do leilão têm de ser divulgados com a antecedência de, pelo menos, 10 dias, pelo agente de execução, por meio de um anúncio publicado em página informática de livre acesso e, no caso de venda de prédios urbanos, através da afixação de um edital na porta do imóvel.

Sem prejuízo, estabelece ainda o citado artigo 817.º CPC, no n.º 2, que o agente de execução ou os interessados no respectivo processo executivo podem tomar a iniciativa de lançar mão de outros meios de divulgação da venda, para além dos legalmente impostos (no n.º 1).

Quanto ao preço, julgamos outrossim que o legislador foi cuidadoso nas regras da venda em leilão electrónico, por forma a garantir um preço justo, *rectius*, o mais justo possível, atendendo à circunstância particular das vendas judiciais, sendo certo que, também nesta matéria, se limitou a inalterar as regras do Código de Processo Civil anterior.

Neste sentido, a lei determina um valor de referência abaixo do qual não permite que a venda se realize que corresponde a 85% do valor dos bens em causa, perpetuando a percentagem prevista no n.º 2 do artigo 889.º do *velho* CPC. Mas já não prevê qualquer valor mínimo para a venda por negociação particular (artigo 833.º CPC), ficando, neste caso, totalmente desguarnecidos os interesses do devedor, o que anotaremos na hipoteca.

⁴⁸⁵ Neste sentido, já VAZ SERRA, nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, escreve que a venda extrajudicial “*tem a vantagem de evitar os incómodos, despesas e delongas da venda judicial*”. Cfr. do Autor, *Penhor*; BMJ n.º 58, ob. cit., p. 241.

⁴⁸⁶ A Portaria n.º 282/2013, de 29 de Agosto, como já havia sido referido *supra*, em texto, é o diploma que regulamenta os termos da venda em leilão electrónico.

Como vimos, nos termos do artigo 837.º, n.º 2, do CPC, há uma remissão legal expressa da venda em leilão electrónico para a venda por propostas em carta fechada, em matéria de publicidade. Ora, das regras referentes à divulgação da venda (artigo 817.º CPC), faz parte o teor obrigatório dos respectivos anúncios, devendo estes, entre outros dados, mencionar (n.º 3 do artigo 817.º CPC) “o valor a anunciar para a venda, apurado nos termos do n.º 2 do artigo anterior”, sendo que a norma para a qual se remete dispõe que o “valor a anunciar para a venda é igual a 85% do valor base dos bens” (artigo 816.º, n.º 2, CPC).

O conceito de *valor base* é densificado nas disposições gerais da venda executiva, pela norma, já citada, que atribui ao agente de execução, como regra, a competência para escolher a modalidade de venda: artigo 812.º CPC.

Em termos esquemáticos, o preceito em causa começa por definir o modo de determinação do *valor base* dos bens imóveis, fixando como critério o mais elevado de dois indicativos: valor patrimonial tributário, resultante de avaliação realizada nos últimos seis anos ou valor de mercado, como enuncia o n.º 3 do preceito (artigo 812.º CPC). No tocante a bens móveis, o n.º 4 da norma estabelece que o *valor base* é encontrado a partir do valor de mercado.

Já para a determinação do que seja o *valor de mercado*, a lei estatui que o agente de execução, a quem cabe processualmente a tarefa de fixação do *valor base* dos bens a vender, como decorre do artigo 812.º CPC, “pode promover as diligências necessárias”, a pedido dos interessados na venda ou *motu proprio*, nos termos do n.º 5 daquele preceito, talqualmente previa o n.º 5 do artigo 886.º-A do CPC anterior.

Parece-nos *elementar* a possibilidade que a *nova* lei manteve de poderem os directamente interessados na venda executiva solicitar a realização de providências para a determinação da *cotação* dos bens a vender, porque *sic* tanto o credor-exequente como o devedor-executado vêem tutelados os seus anseios, interesses processuais e expectativas saídas das respectivas posições na relação obrigacional subjacente.

Parece-nos avisado e garantístico, nesse sentido, que o legislador tenha conservado intocada a sujeição a escrutínio judicial da decisão do agente de execução, quanto à determinação da modalidade de venda e do valor base dos bens, com a qual não concordem o exequente, o executado ou qualquer credor reclamante, sendo que desta decisão do tribunal não cabe recurso (artigo 812.º, n.º 7 CPC, replicando o *velho* 886.º-A, n.º 7).

Indo ao encontro das exigências que a doutrina, há muito, reputa como fundamentais para a venda do penhor cumprir os “chamados «requisitos de legalidade»”⁴⁸⁷ e, mais do que isso, vincando a preocupação do legislador em disponibilizar *válvulas de segurança*, quer para o

⁴⁸⁷ Cfr. VAZ SERRA *Penhor*, BMJ, n.º 58, ob. cit., pp. 243 e segs..

credor quer para o devedor, apesar da política de desjudicialização da acção executiva⁴⁸⁸⁻⁴⁸⁹, ao nosso estudo cumpre destacar ainda a expressa determinação legal de não aceitação das licitações abaixo do *valor base* de venda dos bens, sem prejuízo das dúvidas que temos acerca da eficácia destas cautelas, porque, na prática, todo o processo de venda em sede executiva é, por si só, factor depreciativo do(s) bem(ns), ao que acresce, reiteramos, inexistir um valor mínimo na venda por negociação particular (artigo 833.º CPC).

Mas, pelo menos, o diploma regulamentador da acção executiva – a Portaria n.º 282/2013, de 29 de Agosto – determina que no âmbito da venda em leilão electrónico, não possam ser considerados, para efeitos de licitação, lanços de montante inferior ao *valor base* (artigo 23.º, n.º 2)⁴⁹⁰, e recuperando, aqui, a boa opção do legislador do CPC pretérito para a venda por propostas em carta fechada⁴⁹¹.

Esta dupla previsão legal, de um lado, quanto ao modo de determinação do valor dos bens a vender no processo executivo e, por outro, relativa à garantia da obtenção de preço razoável,

⁴⁸⁸ No preâmbulo do *primeiro* diploma legal de reforma da acção executiva deste século, o Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, afirma-se que a “*excessiva jurisdicionalização e rigidez*” do “*esquema dos actos executivos*” “*tem obstado à satisfação, em prazo razoável, dos direitos do exequente*” e que os “*atrasos do processo de execução têm-se (...) traduzido em verdadeira denegação de justiça*”. As várias alterações nele introduzidas reforçam esta linha programática, como resulta das redacções dadas pela Rectificação n.º 5-C/2003, de 30 de Abril e pelo Decreto-Lei n.º 199/2003, de 10 de Setembro.

Em idêntico sentido, a reforma do processo civil de 2013 prossegue o caminho de agilização da acção executiva, como proclama o texto preambular da Lei n.º 41/2013, de 26 de Junho (que aprovou o novo Código de Processo Civil) e como se sublinha no entroito da Portaria n.º 282/2013, de 29 de Agosto (diploma que regulamenta diversos aspectos da acção executiva), referindo-se à reforma da lei processual como tendo trazido “*simplificação de algumas matérias no âmbito da acção executiva (...) com vista à agilização da tramitação*” da mesma e situando-a “*em linha com a simplificação e agilização que se pretende operar em matéria de acção executiva, por via da aplicação do novo Código de Processo Civil*”.

Entre os aspectos que a citada Portaria regulamenta, destacamos a “*forma como o Banco de Portugal disponibiliza (...) ao agente de execução, a informação relativa às instituições legalmente autorizadas a receber depósitos em que o executado detenha conta aberta quer o procedimento electrónico de penhora dos depósitos bancários de que o executado seja titular*”.

E mais o legislador destaca, proclamando: “*Sublinhe-se a opção do legislador de dispensar a necessidade de despacho judicial prévio para efeitos de penhora de depósitos bancários, agora prevista no artigo 780.º do novo Código de Processo Civil. Em consonância com esta alteração legislativa, a presente portaria simplifica a comunicação de informação das instituições bancárias aos agentes de execução e a penhora de depósitos bancários, desjudicializando o processo e tornando-o mais ligeiro e eficaz*”. (Sublinhado nosso)

⁴⁸⁹ Para mais desenvolvimentos em torno da questão da desjudicialização da acção executiva, consultar RUI PINTO, *A acção executiva depois da reforma*, ob. cit., sobretudo pp. 289 e segs. e PAULA COSTA E SILVA, *A reforma da acção executiva*, 3.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 124 e segs..

⁴⁹⁰ A exemplo do que o legislador estabelece para a *venda mediante propostas em carta fechada* (artigo 821.º, n.º 3 do CPC).

⁴⁹¹ O legislador do *velho* CPC já previa os mecanismos de segurança enunciados em texto no n.º 3 do artigo 894.º.

acolhe a exigência de *moderação da venda* que VAZ SERRA⁴⁹² integra no seu desenho do regime do penhor, embora não estejamos seguros que tenha sido uma opção consciente do legislador.

A determinação legal de fixação do valor mínimo de venda executiva dos bens proximamente ao seu valor comercial bem como a imposição de não aceitação de propostas de compra abaixo daquele montante militam no sentido da venda apenas dos bens empenhados “*precisos para satisfação do crédito*”⁴⁹³ e, em consequência, do repúdio legal da venda por preço vil.

Todavia, e apesar de nos reportarmos, como devemos, à disciplina legal actualmente vigente, reiteramos que todos os mecanismos de segurança de obtenção de preço razoável na venda executiva vêm do *velho* regime.

De facto, o Código de Processo Civil anterior⁴⁹⁴ previa no n.º 3 do artigo 886.º-A que o valor base de venda dos bens se processasse em termos totalmente coincidentes com os actuais. A lei adjectiva atribuía já ao agente de execução a decisão sobre a modalidade e também sobre o valor base da venda, salvo quando houvesse uma disposição legal em contrário (n.ºs 1 e 2 da norma) e, relativamente aos bens imóveis, estabelecia no n.º 3 do citado preceito que o valor base equivaleria ao mais elevado entre: “*valor patrimonial tributário, nos termos de avaliação efectuada há menos de seis anos*” – alínea a) e “*valor de mercado*” – alínea b).

Inexistem, assim, quaisquer diferenças entre os ditames da lei processual anterior e da actual, como resulta do confronto do artigo 812.º do *novo* CPC com o 886.º-A do *velho* diploma⁴⁹⁵.

Para os bens móveis, quer ao abrigo do anterior quer do actual Código de Processo Civil, o método de apuramento do valor base parte do valor de mercado (n.º 4 do artigo 886.º-A do *velho* CPC e n.º 4 do artigo 812.º do *novo* CPC). No que toca ao *valor a anunciar para a venda*, propriamente dito, também não houve qualquer evolução positiva na salvaguarda legal de obtenção de preço razoável na venda executiva, porquanto a passagem daquele valor de 70% do valor base do bem para 85% ocorreu ainda na vigência da lei processual antiga⁴⁹⁶, pelo que a percentagem apontada pelo artigo 816.º, n.º 2 do *novo* CPC, é herdeira já do *quantum* percentual indicado pelo 889.º, n.º 2 do *velho* CPC.

Em jeito de balanço deste breve cotejo entre pretérito e actual regime de processo de venda executiva, vemos que do anterior regime transitou um aspecto claramente positivo e que

⁴⁹² Cfr. VAZ SERRA, *Penhor*, BMJ, n.º 58, ob. cit., *passim*, de modo particular quanto à venda executiva do penhor, consultar pp. 243 e segs..

⁴⁹³ Parafrazeando, uma vez mais, VAZ SERRA, na sua ob. cit. *Penhor*, BMJ, n.º 58, p. 243.

⁴⁹⁴ A partir da redacção dada pela Lei n.º 60/2012, de 9 de Novembro.

⁴⁹⁵ Na última redacção ou a partir da redacção dada pela Lei n.º 60/2012, de 9 de Novembro.

⁴⁹⁶ De acordo com uma alteração introduzida pela citada Lei n.º 60/2012, de 9 de Novembro.

das alterações trazidas pelo *novo* CPC pode vir a resultar eventualmente um segundo, mas lamentamos que não se tenha ido mais longe num terceiro aspecto.

Em primeiro lugar, a bondade, embora *elementar*, da imposição de escolha do mais elevado entre valor patrimonial tributário e valor de mercado.

Por outro lado se, na prática, se vier a comprovar o bom funcionamento do leilão electrónico, a introdução/regulamentação desta modalidade de venda, favorecerá a celeridade dos processos executivos e é certo que a celeridade processual serve os interesses do credor-exequente e também os do devedor-executado.

Como terceira nota, e em jeito de lamento, ainda que seja uma mensagem de apreciação dos bens que a lei passa aos potenciais compradores ao fixar em 85% do *valor de base* o *valor a anunciar para a venda* executiva, o legislador de 2013 poderia-deveria ter içado o valor inicial de licitação, porque os interesses das partes serão tanto mais acautelados quanto mais elevado for o valor que se conseguir nas vendas executivas. Ora, sabendo que as propostas de compra, na prática, tenderão a aproximar-se do valor mínimo (*valor de base*), não se compreende por que se limitou o legislador do *novo* CPC a manter o critério do antigo regime. E não se diga que foi para precaver que muitas vendas ficassem desertas, porque, por um lado é um cenário que mesmo com o limite dos 85% ocorre não raras vezes; por outro lado, é um cenário que a lei prevê e para o qual tem *resposta*.

Com efeito, esta *resposta*, configura verdadeiramente, em nosso entender, um factor disruptivo dos instrumentos de segurança que a lei oferece ao executado, dado que não consegue abrigá-lo do *espectro* da venda judicial como venda por preço vil, não conseguindo, por isso, assegurar(-lhe) que os bens serão vendidos por preço aceitável. É que à pergunta sobre o que acontece quando não houver propostas ou licitações que correspondam ao valor (mínimo) anunciado para a venda, a lei, nos termos das alíneas d) e f) do artigo 832.º do CPC, responde que a “*venda é feita por negociação particular*”. Ora, aqui reside precisamente o *perigo* para o devedor-executado, porque nesta modalidade de venda, inexistem quaisquer mecanismos de garantia de obtenção, ou sequer promoção, de *preço justo*, pois não há *mínimo legal*.

Pelo contrário, a realidade mostra que ocorrem com frequência práticas de *compradores profissionais* de bens em vendas executivas, açorados por *bons negócios*, e que acabam por adquirir os bens pagando um mero *óbolo*.

Ao arrepio do que VAZ SERRA propunha para o recorte da disciplina do penhor, na reforma do Código de Seabra, a nossa lei processual civil veda a possibilidade de realização de sucessivas vendas por leilão ou mediante propostas em carta fechada⁴⁹⁷.

⁴⁹⁷ Na verdade, VAZ SERRA, na sua ob. cit. *Penhor*, in BMJ, n.º 58, ob. cit., p. 246, defende que a lei deve(ria) permitir a realização de hastas subsequentes a outra(s) frustrada(s).

Vale isto por dizer que à luz do quadro normativo vigente, se os bens não forem vendidos em (primeiros) leilão ou abertura de propostas em carta fechada, em seguida, (alíneas d) e f) do artigo 832.º CPC), a venda realiza-se por negociação particular, sabendo que neste tipo de venda, *ex vi legis*, não se seguem as formalidades das modalidades frustradas, desde logo, *não há valor mínimo para a venda* – mostra o artigo 833.º do CPC.

As *hastas sucessivas* ofereceriam às partes a vantagem de o bem dado à execução não ser vendido à pressa em negociação particular. Segundas vendas por licitação ou por proposta em carta fechada barrariam ainda a mensagem de *estado de necessidade* tão associada às vendas judiciais e que promovem o oportunismo dos seus participantes.

Da cadência processual enunciada resulta uma inequívoca diminuição das garantias para o devedor-executado que habitualmente a doutrina avista na venda judicial e que a faz parecer mais protectora do que uma venda extrajudicial. Mas apenas em tese⁴⁹⁸.

O Autor refere-se à venda judicial em hasta pública como a modalidade que abriga o devedor (executado) da venda dos bens dados em garantia (*rectius*, empenhados, porque a sua posição surge a respeito da disciplina do penhor), alertando, todavia, para o problema, muito comum na realidade prática, de não obtenção de preço razoável numa primeira hasta, explicando que “*pode acontecer que, na primeira hasta, não se ofereça preço aceitável, devendo, por isso, admitir-se a possibilidade de «outras hastas»*”.

Aliás, prossegue o Professor, sublinhando, para fundamentar a sua posição, que “*no direito alemão, escreve-se, «em virtude de um crédito de 1000 marcos, levo à hasta um penhor e, se ninguém oferece mais de 800 marcos, faço com que a hasta se encerre sem resultado, que procuro algum tempo depois mediante uma nova hasta; só se oferecem então até 700 marcos e neste preço adjudica-se ao melhor licitante. Em tal caso, está-se em presença de uma alienação do penhor conforme a direito e o meu crédito só está satisfeito na importância de 700 marcos»*”.

Mais aponta o sentido idêntico da legislação espanhola, em que o “*Código espanhol dispõe (art.º 1.872.º) que, se na primeira hasta não foi alienado o penhor, pode celebrar-se uma segunda com iguais formalidades e, se também não der resultado, pode o credor fazer-se dono do penhor, caso em que é obrigado a dar carta de pagamento da totalidade do crédito*”.

E conclui, reforçando a defesa da possibilidade de realização de mais do que uma hasta pública, com a afirmação de que “*parece nada obstar a que o credor promova as hastas que entender até darem pela coisa um preço que lhe convenha*”.

Ora, a venda em leilão electrónico pode reputar-se sucedânea da hasta pública e a venda por propostas em carta fechada obedece aos mesmos requisitos de publicidade e, apesar de não haver licitações entre os proponentes, o critério legal de adjudicação ao preço mais elevado, também aproxima as três figuras, de tal modo que podemos considerar válidas as reflexões a propósito da hasta pública relativamente ao leilão electrónico e a propostas em carta fechada.

Vemos, *sic*, com francas reservas o caminho que o nosso legislador acabou por seguir, quando razões de agilidade processual parecem acabar por derrubar os mecanismos de garantia do *preço aceitável*, porque não prevê a possibilidade realização de segundo leilão ou venda por propostas em carta fechada no caso de frustração dos primeiros, determinando, ao invés, que a venda, nesses casos, se realize por negociação particular (como referido em texto) e porque, na disciplina legal desta modalidade de venda, não se consagram mecanismos de segurança contra os *preços vis*.

⁴⁹⁸ Vide nota anterior.

2.2.1.2 Venda extrajudicial

A venda do penhor fora dos tribunais apresenta, desde logo, vantagens em termos de tempo e custo: maior celeridade e menores despesas com o respectivo processo.

Contudo, em confronto com a venda tramitada judicialmente, poderá não apresentar o mesmo nível garantístico para o autor do penhor, segundo a doutrina, quer no que respeita ao preço por que o bem é vendido⁴⁹⁹ quer no que toca à conformidade entre o montante da dívida (não paga) e o valor de venda do bem.

Por outro lado, no penhor com desapossamento, há o risco de o credor, na prática, vender o bem antes do vencimento da obrigação, fora dos casos em que a lei admite a possibilidade de *venda antecipada* e que são apenas as situações em que “*haja receio fundado de que a coisa empenhada se perca ou deteriore*” e sempre “*mediante prévia autorização judicial*” (n.º 1 do artigo 674.º CC).

E, verificado o cenário de o credor vender ilegitimamente o objecto do penhor, só pela via judicial o autor da garantia poderá reclamar uma indemnização pelos prejuízos sofridos, com todos os encargos, delongas, incertezas e transtornos daí decorrentes.

No penhor sem entrega da coisa ao credor pignoratício, é o (terceiro) adquirente do bem empenhado que corre o risco de ter de propor uma acção judicial para *entrega de coisa certa* se o devedor voluntariamente não entregar o bem empenhado, *v. g.*, porque entretanto o vendeu.

A redacção da norma do Código Civil que regula a execução do penhor (artigo 675.º), até à Reforma da acção executiva de 2003⁵⁰⁰, determinava que a venda da coisa dada em garantia podia “*ser feita extrajudicialmente, se as partes assim o tivessem convencionado*” e, considerando que o texto da lei se referia à venda *extrajudicial*, questionava-se se a interpretação da norma deveria ser no sentido de a venda extrajudicial ter de decorrer dentro de um processo executivo ou se poderia o credor vender o bem particularmente.

A discussão era tanto mais pertinente quanto, ao tempo, a própria lei de processo civil previa como modalidades distintas de venda executiva no processo executivo a venda judicial e a extrajudicial⁵⁰¹. O legislador civil parecia apontar no sentido da venda extrajudicial, mas a questão não era pacífica.

⁴⁹⁹ Sobre esta questão e neste sentido, *vide* VAZ SERRA, *Penhor*, BMJ, n.º 58, ob. cit., pp. 241 e segs..

⁵⁰⁰ A Reforma da acção executiva operada pelo Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março alterou a redacção do n.º 1 do artigo 675.º Código Civil e onde se lia “*venda extrajudicial*” passou a constar “*venda extraprocessual*” (redacção actual).

⁵⁰¹ De acordo com os ensinamentos de ALBERTO DOS REIS, o que diferenciava a venda judicial da extrajudicial era que a primeira se processava em juízo, ao passo que a segunda decorria fora dos tribunais. Era este o sentido da formulação “*venda extrajudicial*”.

A favor da primeira interpretação, ou seja, de inadmissibilidade da venda particular, convocavam-se argumentos de VAZ SERRA e seus trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, em que o doutrinador propunha que esta modalidade de venda fosse admitida apenas com observância de bem apertados requisitos⁵⁰².

Este prisma defende que a validade de convenção de venda extrajudicial, celebrada aquando da constituição do penhor, teria de ser rodeada das maiores cautelas por parte do legislador, porque existem neste momento negocial idênticos perigos àqueles que a proibição do pacto comissório acautela. É que no momento da prestação da garantia, está o devedor diminuído negocialmente pelo *estado de necessidade* em que se encontra até lhe ser concedido o crédito pretendido, podendo sentir-se *coagido* a autorizar a venda extrajudicial por exigência do credor.

No sentido de a venda extrajudicial ter obrigatoriamente de tramitar no âmbito de um processo judicial, são aduzidas outras duas razões.

Por um lado, a inexistência, nas vendas particulares, de mecanismos de segurança de conclusão do negócio por preço (o mais possível) próximo do valor real do bem, sendo que o credor pode *contentar-se* em conseguir o montante (preço) suficiente para realizar o seu crédito.

Por outro lado, seria incompreensível e incoerente, do ponto de vista da técnica legislativa, a lei civil e a lei processual civil empregarem o mesmo enunciado linguístico (*venda extrajudicial*) querendo referir-se a institutos jurídicos distintos. Seria consentânea, pois, também com o argumento sistemático da interpretação, a leitura de que o legislador civil pretendia ver aplicado à venda extrajudicial o processo judicial previsto no Código de Processo Civil para esta modalidade de venda executiva.

Nas palavras do Autor, tanto uma como outra correspondiam a “*vendas judiciais, porque (...) consequência de processo judicial*”. Cfr. ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, vol. 2.º, *op. cit.*, p. 320.

⁵⁰² Eis o que sustenta VAZ SERRA como proposta de articulado para a previsão legal de *venda extrajudicial*: “1. *A venda do penhor pode ser feita extrajudicialmente pelo credor quando assim se tenha convencionado. O facto de o credor ter um título executivo contra o proprietário não impede que recorra à via extrajudicial, se autorizada.* 2. *O credor, vendendo, procede em seu próprio nome, não como representante do empenhador ou do proprietário da coisa empenhada. Se vender com a designação de penhor, responde pelos vícios da coisa e pelos vícios do direito, salvo provando que sem culpa os ignorava, caso em que essa responsabilidade caberá ao empenhador. Se vender sem a designação de penhor, responde pelos vícios como qualquer outro vendedor.* 3. *A venda só é legalmente regular: a) Se existir um válido direito de penhor, subsistente na data da venda; b) Se o penhor estiver vencido; c) Se o credor, tendo vários penhores, vender sómente os precisos para satisfação do crédito, sendo, caso contrário, ilegais todas as alienações, se feitas ao mesmo tempo, e as posteriores à satisfação do crédito, se efectuadas sucessivamente. Pode estipular-se que o credor deve vender mais penhores do que os precisos ou que pode vendê-los, se a outra parte nisso tiver interesse ou, não o tendo, o tiver o credor, sério e merecedor de tutela; d) Se a venda se fizer em hasta pública, tornando-se público o lugar e data dela, com indicação geral do penhor, e por meio de um funcionário judicial ou de estabelecimento de leilões, designados pelo juiz. Podem licitar mesmo o credor, o proprietário, o empenhador e o devedor; mas não os que vendem ou os seus auxiliares”* (sublinhado nosso). Cfr. VAZ SERRA, *Penhor*, BMJ, n.º 59, *ob. cit.*, pp. 151-153.

Também o direito vigente nos ordenamentos mais próximos do nosso depõe a favor desta posição, uma vez que em países como a França está vedada a venda extrajudicial do penhor⁵⁰³ e em (alguns) outros países onde é permitida, como Espanha, tal modalidade só é admitida em casos muito específicos definidos na lei e se observadas apertadas formalidades ou então, como no Brasil, a jurisprudência tem declarado a invalidade de vendas extrajudiciais realizadas pelo credor quando o preço fixado se situa consideravelmente abaixo do valor do bem ou nas situações em que haja comportamento indiciariamente fraudulento⁵⁰⁴.

Em Portugal, propugnando pela interpretação do n.º 1 do artigo 675.º do Código Civil no sentido da admissibilidade de venda extrajudicial que o credor promova à margem de processo judicial, sempre se dirá que o legislador de 1966 acabou por não aderir à proposta de VAZ SERRA, no que respeita a esta matéria.

Aliás, na doutrina, era já relativamente pacífica a ideia de poder o credor pignoratício vender extraprocessualmente o bem empenhado. O próprio ALBERTO DOS REIS, com a *auctoritas* das suas posições, em comentário ao regime do *processo especial de venda e adjudicação do penhor*, diz: “*não nos interessa a convenção de venda extrajudicial; é a que acompanha sempre os empréstimos feitos pelas chamadas «casas de penhores»*”⁵⁰⁵.

Ora, esta afirmação já apontava no sentido da desnecessidade de recurso ao processo (judicial) especial de venda e adjudicação do penhor (previsto na lei processual vigente até 1961) se as partes convencionassem a venda extrajudicial.

No mesmo sentido, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA afirmam que tomando em linha de conta que “*a venda da coisa empenhada pode ser feita extrajudicialmente, se as partes assim o tiverem convencionado*”, “*vencida a obrigação, fica o credor com o direito de se pagar pelo produto da venda da coisa empenhada, não sendo necessário, para o efeito, a obtenção prévia da penhora da coisa*”⁵⁰⁶⁻⁵⁰⁷.

⁵⁰³ A legislação francesa proíbe a convenção que faculte ao credor pignoratício a possibilidade de realizar a venda *amigável* do bem empenhado (*clause de voie parée*), ficando ele, assim, sujeito às regras comuns da execução das garantias reais que impõem o recurso à via judicial. Sobre a *clause de voie parée*, consultar GEORGES RIPERT/LOUIS VOGEL/RENÉ ROBLOT, *Traité de Droit Commercial*, LGDJ, 2001 p. 716 e MAURO BUSSANI, *Il Problema del Patto Commissorio*, ob. cit., pp. 57 e segs..

⁵⁰⁴ Acerca da posição jurisprudencial brasileira, vide OLIVIA RAPOSO DA SILVA TELLES, *Rapport brésilien*, in «Les Garanties de Financement (Journées portugaises)», Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Tome XLVII, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, Paris, 1996, pp. 99 e segs..

⁵⁰⁵ Vide ALBERTO DOS REIS, *Processos Especiais*, vol. I, op. cit., p. 288.

⁵⁰⁶ Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, ob. cit., p. 694.

⁵⁰⁷ Sobre a venda (inicialmente designada) extrajudicial, pronunciavam-se os mesmos Autores dizendo que “*dá menos garantias do que a venda judicial, mas evita as despesas e delongas do processo*”, em PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, ob. cit., p. 695.

Também RIBEIRO MENDES era de opinião que “o credor que disponha de garantia real contratualmente constituída pelo devedor tem sempre de recorrer aos tribunais para conseguir executar o objecto da garantia, salvo no que toca ao penhor. Neste último caso, a lei admite que, por convenção das partes, se autoriza a venda extrajudicial”⁵⁰⁸.

Para RUI PINTO DUARTE, a letra da lei não oferece dúvidas que “as partes podem convencionar a execução extrajudicial, mas não que o credor faça sua a coisa extrajudicialmente”⁵⁰⁹.

Entre os direitos resultantes do n.º 1 do artigo 675.º do Código Civil, identificava FAZENDA MARTINS, para o credor garantido por penhor de valores mobiliários, direito “à venda extrajudicial dos valores empenhados (não no sentido da venda extrajudicial num processo executivo, mas no sentido de venda sem processo)”⁵¹⁰.

ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE também afirmam que o regime do penhor consagra situações específicas em que se excepciona o recurso obrigatório à via judicial para a execução da garantia, entre as quais “A lei permite (artigo 675.º do Código Civil) que, em vez de se proceder à venda judicial, desde que as partes assim tenham acordado, o credor (...) proceda à venda extrajudicial do objecto empenhado (artigo 675.º, n.º 1 do Código Civil). Esta (...) faculdade é, aliás, frequentemente convencionada como forma de evitar as desvantagens da venda judicial”⁵¹¹.

A Reforma da acção executiva de 2003⁵¹² alterou a redacção do artigo 675.º do Código Civil, substituindo a formulação “venda extrajudicial” por “venda extraprocessual”.

Desta forma, o legislador deixou claro que o sentido da norma é que a venda que ali se prevê (que as partes podem convencionar) realiza-se fora dos tribunais, fora, portanto, de qualquer processo judicial.

A circunstância de a denominação “venda extraprocessual” ter sucedido a “venda extrajudicial” ocorreu outrossim por uma questão de coerência de enunciado linguístico da lei civil com a lei processual civil.

Na verdade, anteriormente à Reforma de 2003⁵¹³, o Código de Processo Civil, distinguia a venda judicial da venda extrajudicial, correndo aquela termos perante um juiz e a segunda não, embora se processassem ambas no âmbito de um processo judicial.

⁵⁰⁸ Cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES, *O processo executivo e a economia*, ob. cit., p. 56.

⁵⁰⁹ Consultar RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, ob. cit., p. 224.

⁵¹⁰ Vide JOSÉ PEDRO FAZENDA MARTINS, *Direitos reais de gozo e garantia sobre valores mobiliários*, in «Direito dos Valores Mobiliários», Lex, Lisboa, 1997, p. 112.

⁵¹¹ Consultar PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, ob. cit., p. 175.

⁵¹² Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março.

⁵¹³ Vide nota anterior.

Com o desaparecimento da distinção, o procedimento de venda executiva passou a “*ser sempre levado a cabo pela mesma entidade, no caso, o agente de execução*”⁵¹⁴⁻⁵¹⁵.

Ora, manter a formulação “*venda extrajudicial*”, no Código Civil, numa altura em que a distinção entre judicial e extrajudicial desaparecera já das próprias regras processuais poderia desviar a atenção dessa alteração significativa, numa reforma empreendida exactamente com o propósito da “*desjudicialização da venda executiva*”⁵¹⁶⁻⁵¹⁷ e, por outro lado, poderia perpetuar a discussão sobre se a venda do bem dado em penhor que o n.º 1 do artigo 675.º do Código Civil permitia que as partes acordassem que decorresse fora dos tribunais teria, ainda assim, que tramitar no âmbito de um processo judicial ou não.

Quanto à questão do preço da venda, sentindo-se o devedor prejudicado pelo credor, sempre poderá recorrer às vias judiciais para fazer valer os seus direitos, sendo que não ficam precludidos ou sequer diminuídos pela opção de venda extraprocessual. Processualmente, não há modalidade de venda que prefigure veraz mecanismo actuante na tutela do interesse do obrigado relativamente ao *quantum* do produto da venda⁵¹⁸, anotámos já.

Mas num sistema garantístico, como o nosso, o risco que o devedor corre poderia-deveria ser reduzido com a regulação dos trâmites da venda extraprocessual.

Aliás, afigura-se-nos de uma certa incoerência com a proibição do pacto comissório que a lei deixe totalmente na disponibilidade das partes a estipulação (ou silêncio) em relação aos exactos

⁵¹⁴ Como explica RUI PINTO em *Penhora, Venda e Pagamento*, Lex, 2003, p. 83.

⁵¹⁵ Como consta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março, a reforma da acção executiva, “*sem romper a sua ligação aos tribunais, atribuiu a agentes de execução a iniciativa e a prática dos actos necessários à realização da função executiva, a fim de libertar o juiz das tarefas processuais que não envolvem uma função jurisdicional e os funcionários judiciais de tarefas a praticar fora do tribunal*”.

⁵¹⁶ Nas palavras de RUI PINTO, em *Penhora, Venda e Pagamento...*, *op. cit.*, p. 83.

⁵¹⁷ Tendo o legislador avançado para a Reforma do processo executivo crendo que a “*excessiva jurisdicionalização e rigidez, tem obstado à satisfação, em prazo razoável, dos direitos do exequente*”, como consta do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março.

⁵¹⁸ Aliás, na prática, sabemos que há muitos *compradores profissionais* em vendas executivas judiciais que esperam adquirir os bens por preço vil.

É o que afirma com clareza ARMINDO RIBEIRO MENDES na sua obra *O processo executivo e a economia*, *ob. cit.*, p. 61, alertando que “*a solução de a licitação se fazer no tribunal, desenrolando-se perante o juiz, é economicamente ineficaz, nomeadamente porque se tende a reduzir o número de potenciais adquirentes, confinando-os a uma rede de profissionais que se organizam frequentemente em associações de facto – o conhecidíssimo cambão – eliminando a concorrência na formação destes preços de mercado. Em alguns casos, o mercado de hastas públicas opera em níveis sucessivos, sendo o primeiro ostensivo e os outros «clandestinos»: existem conluios dificilmente detectáveis entre os licitantes, sendo o bem arrematado por um preço baixo, por consenso entre os «concorrentes», logo se seguindo uma segunda licitação fora do tribunal, em que o preço real acaba por ser determinado, através de novas «licitações» clandestinas, ficando assim defraudados os interesses do Estado (quer no plano da Administração da justiça, quer no plano fiscal), do exequente, dos credores reclamantes e do próprio executado*”.

termos a observar na venda extraprocessual, designadamente em matéria de avaliação do objecto do penhor, ficando, assim, o devedor totalmente desprotegido e exposto às exigências do credor, restando-lhe apenas os instrumentos de tutela dos vícios gerais dos negócios jurídicos⁵¹⁹⁻⁵²⁰⁻⁵²¹.

Em linha com o direito constituído de ordenamentos que admitem a venda extraprocessual, o legislador português deveria sujeitar o credor pignoratício ao cumprimento de certas formalidades procedimentais para realizar a venda do objecto do penhor fora dos tribunais: desde logo, a imposição de avaliação do bem e a aferição da justiça do preço de venda, por terceiro idóneo e imparcial.

Mais julgamos que seria adequada a criação legal da obrigação de o credor entregar ao devedor o remanescente do preço que se situe para além do valor do crédito, nos casos em que o bem empenhado seja vendido por valor superior ao montante da dívida.

Sem prejuízo, sempre se dirá que a venda judicial não afiança, por si só, um maior acautelamento dos interesses do devedor.

Ademais das ponderosas vantagens relativas à celeridade e economia que a venda extrajudicial representa, nada garante que a execução do penhor no âmbito de um processo judicial alcance melhor preço ou sequer preço justo, como sublinhámos.

Somente através de regulamentação da venda poderá o legislador evitar o perigo de vendas por preço vil, propiciadas, por exemplo, pela ausência de critérios de avaliação do bem empenhado, pela falta de regras para a determinação/(in)validação do preço e dos demais termos e condições do negócio.

Naturalmente que as partes poderão estipular detalhadamente o modo como se processará a venda extrajudicial, se o devedor incumprir e se o credor optar por esta via de execução da garantia,

⁵¹⁹ Designadamente o regime dos vícios da vontade (artigos 240.º e seguintes CC), negócios usurários (artigos 280.º e seguintes CC) e enriquecimento sem causa (artigos 473.º e seguintes CC).

⁵²⁰ VAZ SERRA alerta para o perigo do silêncio da lei relativamente aos termos da venda extraprocessual, afirmando que “*pelo motivo por que se não permite o pacto comissório, há certos requisitos que não devem poder ser afastados ou transformados em simples requisitos com a mera consequência do dever de indemnização: tais são o de que a coisa deve ser vendida em hasta pública (ou pelo meio que a substituir), o de que o lugar e a data da hasta devem ser publicamente anunciados, o de que as coisas com preço de bolsa ou mercado devem ser vendidas pelo preço corrente*”, como podemos ler na ob. cit. do Autor *Penhor*, BMJ, n.º 58, p. 287.

⁵²¹ E não será de mais recordar que a posição firme de VAZ SERRA quanto à execução das garantias fora dos tribunais – por coerência e em homenagem à proibição de pacto comissório que entendia dever manter-se –, defendendo que a admitir-se a *venda privada*, deveria ser apenas em circunstâncias muito específicas, e que os seus termos deveriam ser regulados por lei de modo exaustivo, e com a observância de requisitos muito apertados – como resulta da sua enunciação ensaiada nas palavras transcritas na nota anterior – e que “*Estes requisitos são de tal modo importantes para o empenhador que (...) se correria perigo análogo ao que a proibição do pacto comissório se destina a conjurar*” – cfr. última anotação.

uma vez que ela só é legalmente admissível se os sujeitos “*assim o tiverem convencionado*” (parte final do n.º 1 do artigo 675.º CC).

Mas vejamos: pairam ou não de novo, nesta convenção, os mesmos *perigos* que o legislador pretende acautelar com a proibição do pacto comissório? Ficando o convénio de execução extrajudicial do penhor à mercê da *livre* vontade das partes, há ou não o risco de o credor pressionar o devedor a consentir na sua estipulação e nos termos que lhe aprouver?

Este simples *espectro* deveria ter repugnado ao espírito da lei ao ponto de ter sentido necessidade de consagrar requisitos mínimos para os acordos de venda do bem empenhado à margem de processo judicial⁵²².

Desde logo, devia sujeitar-se a validade de uma tal venda à avaliação do penhor segundo critérios objectivos, de mercado ou por louvado idóneo e independente – o que se conseguia fácil e adequadamente com indicação de que a venda far-se-ia *pelo valor que o tribunal fixar*, como a lei estatui no n.º 2 do artigo 675.º CC para a adjudicação. Bem como deveria o credor ficar obrigado, *ope legis*, a devolver o eventual *superfluum* entre o preço da alienação e o montante do crédito.

Julgamos que um bom exemplo é o procedimento da execução do penhor financeiro previsto pela lei dos contratos de garantia financeira.

Destarte, os requisitos de que o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio faz depender a validade do pacto de execução da garantia vão ao encontro dos alertas da melhor doutrina acerca das modalidades de venda de penhores fora dos tribunais.

Apesar de o diploma em causa contemplar uma verdadeira excepção à proibição do pacto comissório, ao permitir que o credor pignoratício faça seu o objecto do penhor financeiro, o certo é que nem por isso descuida a posição do devedor, numa vertente tripla.

Em primeiro lugar, a execução da garantia por venda ou apropriação só pode ter lugar mediante convenção entre as partes, nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 11.º, tal como exige, aliás, o n.º 1 do artigo 675.º CC para a venda extrajudicial.

Mais se exige, na alínea b) do mesmo n.º 1 do artigo 11.º, que as partes alcancem outrossim acordo sobre a avaliação do penhor, e sem que tal acordo possa prejudicar “*qualquer obrigação legal de proceder à realização ou avaliação da garantia (...) de acordo com critérios comerciais razoáveis*” (*ex vi* do n.º 3).

⁵²² VAZ SERRA alerta para os perigos da *venda privada*, afirmando ter grandes reservas quanto à sua bondade, sobretudo se os seus termos forem regulados convencionalmente, pois “*Estes requisitos são de tal modo importantes para o empenhador que, se fosse permitido aquele pacto [de venda privada], se correria o perigo análogo ao que a proibição do pacto comissório se destina a conjurar.*” – cfr. VAZ SERRA, *Penhor*, BMJ, n.º 58, ob. cit., p. 287.

E, por último, o diploma dos contratos de garantia financeira determina ainda 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*” (n.º 2 do citado artigo 11.º).

Pelas razões elencadas, entendemos que esta lei tutela mais eficazmente a posição do devedor pignoratício do que a própria lei civil, sobretudo (i) com a exigência de estipulação dos critérios de avaliação do objecto da garantia, (ii) com a salvaguarda adicional da prevalência das obrigações legais de aferição de valor do bem segundo normas comerciais razoáveis e ainda (iii) com a criação, *ope legis*, da obrigação de o credor devolver ao empenhador o eventual excesso de valor do bem relativamente ao seu crédito, isto é, com a previsão de um pacto marciano e não de um pacto comissório *puro* ou desequilibrado⁵²³.

O Código Civil parece até apresentar alguma incoerência interna, uma vez que a interdição do pacto comissório convive (necessariamente mal, julgamos) com um pacto firmado sob a égide do n.º 1 do artigo 675.º, em que as partes podem perfeitamente não prever os critérios de avaliação do bem dado em penhor, em que o credor se pode limitar a obter como preço de venda o montante do seu crédito⁵²⁴ ou, no extremo oposto, em que se pode locupletar com o excedente⁵²⁵.

E, na verdade, na prática, tudo isto pode acontecer, e na maior parte das vezes acontecerá, sobretudo a não previsão dos critérios de avaliação do penhor, podendo o legislador ter regulamentado mais garantisticamente os termos da opção de venda extrajudicial do penhor se tivesse definido critérios objectivos quer para a avaliação quer para o preço de venda mínimo do bem empenhado^{526_527_528_529_530}.

⁵²³ Sobre as diferenças entre o pacto comissório e o pacto marciano, consultar *supra* o que ficou dito a respeito das *modalidades do pacto comissório quanto ao preço da transmissão do bem dado em garantia*, na secção III do capítulo I e ainda o capítulo II inteiramente dedicado ao cotejo entre os dois pactos.

⁵²⁴ Apresentando o bem em causa um valor manifestamente superior à dívida, como sucederá na maior parte das situações práticas.

⁵²⁵ Neste sentido VAZ SERRA, *Penhor*, in BMJ, n.º 58, *op. cit.*, pp. 238 e segs..

⁵²⁶ Autores há que se referem à convenção de venda extrajudicial do penhor, prevista no artigo 675.º, n.º 1 do Código Civil, como se, na prática, as partes ali estipulassem os termos em que este modo de execução da garantia se deve processar. É o caso de PAULO CUNHA ao afirmar que “*nesse caso há que cumprir a cláusula do contrato que regula a venda extra-judicial*”, em *Da garantia nas obrigações*, II, Lisboa, 1938-1939, p. 217. Mas o certo é que a lei não impõe que as partes definam convencionalmente as regras a que a venda extrajudicial do bem empenhado deve obedecer. O artigo 675.º do Código Civil apenas determina que uma válida opção do credor pignoratício por esta modalidade de execução do penhor exige que as partes a tenham convencionado como possibilidade.

⁵²⁷ No sentido de que em comparação com a execução judicial, a venda extrajudicial desapoia o devedor pignoratício, HUGO ALVES, sublinhando embora os ganhos de tempo e economia de meios que apresenta, conclui que “*Não obstante, cumpre não olvidar que esta modalidade de venda pode não oferecer todas as garantias*”

É claro o desvio que representa a previsão legal de execução do penhor por meio de venda extrajudicial, consagrada na segunda parte do n.º 1 do artigo 675.º CC, à regra geral enunciada na primeira parte da norma de o credor “*se pagar pelo produto da venda executiva da coisa empenhada*”. Este desvio justifica-se pela assinalável vantagem de obviar à delonga e custos da venda realizada no âmbito de um processo judicial e, apesar de *escapar* ao controlo do tribunal, a tutela legal da posição do devedor faz-se com o requisito da estipulação convencional.

Julgamos que o sentido da exigência de um acordo entre o credor e o devedor pignoratícios, prevendo a possibilidade de o primeiro optar pela venda extrajudicial do penhor, aponta para que sejam válidos apenas os pactos anteriores ao vencimento da obrigação garantida.

“*Vencida a obrigação*”, começa por dizer o n.º 1 do artigo 675.º CC, o credor adquire o direito de realizar o seu crédito com o resultado da venda executiva do objecto do penhor, prevendo a norma que a venda possa ser extrajudicial “*se as partes assim o tiverem convencionado*”.

A interpretação do preceito, cremos, em coerência com o espírito da lei e em face da norma imperativa que veda a celebração do pacto comissório (artigo 694.º CC), não pode admitir convenção firmada depois de vencida a obrigação, verificado já o incumprimento do devedor, pois em situação de veraz incapacidade de realizar a prestação a que está obrigado, pode o devedor facilmente ceder à pressão do credor para acordar na venda fora dos tribunais, venda que se pode revelar enormemente vantajosa para o credor se o penhor apresentar um valor superior ao do seu crédito: eis um dos riscos que a proibição do pacto comissório pretende afastar para que se não constranja a liberdade negocial do devedor nem se vicie a sua vontade. E, nessa medida, só deve admitir-se convenção de execução do penhor à margem dos tribunais

colocadas à disposição das partes no âmbito de uma venda efectuada no processo”. Cfr. HUGO RAMOS ALVES, *Do Penhor, op. cit.*, pp. 179-180.

⁵²⁸ Sob outro prisma, ANTUNES VARELA e PIRES DE LIMA assinalam a proximidade entre a previsão legal da venda extrajudicial do penhor e os limites impostos pela proibição do pacto comissório, numa visão do artigo 675.º (n.º 1) CC como limiar da violação do artigo 694.º CC. *Vide* dos Autores *Código Civil Anotado*, vol. I, ob. cit., p. 695.

⁵²⁹ ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE apontam benefícios à venda extrajudicial como modo de execução do penhor, dizendo tratar-se de uma “*faculdade (...) frequentemente convencionada como forma de evitar as desvantagens da venda judicial*”, ressaltando que “*Para além desta situação específica, no nosso sistema jurídico está proibido o pacto comissório*”, como podemos ler na ob. cit. dos Autores *Garantias de Cumprimento*, ob. cit., pp. 175-176.

⁵³⁰ MENEZES LEITÃO, ainda mais assertivamente, reputa a possibilidade inscrita no n.º 1 do artigo 675.º CC de *atenuação* da proibição do pacto comissório. Expondo o seu pensamento sobre a matéria, o Autor começa por enunciar que a “*regra é (...) a venda processual do penhor*”, depois acrescenta ser “*mesmo proibido o pacto comissório (...), o que se encontra em conformidade com a proibição da livre apropriação do objecto das garantias reais*” e conclui que “*No caso do penhor, esta regra é, o entanto, atenuada pelo facto de se permitir por convenção a venda extraprocessual*”, como podemos ler em LUÍS M. T. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações, op. cit.*, p. 172.

que haja sido celebrada pelas partes antes do momento em que o devedor é chamado a realizar a prestação. E, na verdade, a doutrina entende pacificamente que o acordo previsto na segunda parte do n.º 1 do artigo 675.º CC, para ser válido, há-de ter sido formalizado já quando a obrigação garantida se vencer⁵³¹⁻⁵³²⁻⁵³³.

Quanto ao exacto momento, subscrevemos que a validade da convenção depende da anterioridade relativamente à fase em que a questão da execução se coloca, isto é, o vencimento da obrigação, sendo certo que defendemos que o tempo próprio para a sua estipulação se situa no lapso entre a constituição da garantia e a altura em que o devedor deve cumprir⁵³⁴.

Mais entendemos que o n.º 1 (segundo segmento) do artigo 675.º CC não deve ser lido no sentido de que o acordo de venda extraprocessual tenha de ser firmado juntamente com o penhor. Não aponta nessa direcção o argumento literal, pois o preceito começa por dizer “*vencida a obrigação*”, o que significa que toda a estatuição se refere a este cenário, ou seja, à fase em que a obrigação se venceu, pelo que a execução extraprocessual também deve entender-se como reportada àquela circunstância de facto, juntamente com a verificação “*se as partes assim o tiverem convencionado*”. Os argumentos extraliterais também não apoiam aquela interpretação. A *ratio legis*, vimo-lo, inscreve-se no propósito de imprimir celeridade nos mecanismos de satisfação do crédito, sem perder de vista, naturalmente, os limites da lei e, em concreto, quanto ao nosso sistema de garantias, a proibição absoluta do pacto comissório e o princípio geral da não apropriação livre do objecto das garantias reais.

Historicamente não descortinamos razões em que possa alicerçar-se tão radical leitura do artigo 675.º CC, na medida em que o edifício normativo das garantias muito se molda em torno da protecção do devedor, sendo que a sua posição não fica mais tutelada com a interpretação segundo a qual o pacto com o credor para ele poder vender extraprocessualmente o bem empenhado tem

⁵³¹ ALMEIDA COSTA expõe que o pacto de execução extraprocessual do penhor tem de ser firmado ao mesmo tempo que a garantia e limita as hipóteses de venda extraprocessual “*se as partes assim o convencionaram à data da constituição do penhor*”. Cfr. em M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 867.

⁵³² De igual modo, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, em anotação ao próprio artigo 675.º CC, defendem que a “*convenção deve ser contemporânea da constituição do penhor*”, como se lê na ob. cit. dos Autores *Código Civil Anotado*, vol. I, p. 695.

⁵³³ Também ISABEL ANDRADE DE MATOS não hesita em afirmar que “*é certo que o credor só poderá proceder à venda extraprocessual (...) desde que tal tenha sido estipulado aquando da constituição da garantia*”. Cfr. citação contida na sua ob. cit. *O Pacto Comissório...*, p. 127.

⁵³⁴ Assim, isto é, enfatizando *apenas* que a venda extraprocessual do penhor deve ser acordada antes do vencimento da obrigação, cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, em *Garantias de Cumprimento*, ob. cit., p. 175, em que os Autores defendem que é possível a venda extraprocessual do objecto empenhado “*desde que as partes assim tenham acordado*” e LUÍS MENEZES LEITÃO, em *Garantias das Obrigações*, op. cit., p. 171, descrevendo a hipótese em causa com a simples menção “*se as partes assim o tiverem convencionado*”.

de ser contemporâneo da prestação da garantia, até porque, querendo o credor beneficiar desta prerrogativa e demandando-a como condição para a concessão do crédito, facilmente o devedor diz sim à sua formalização.

O momento da constituição da garantia não é de menor debilidade para o devedor do que o intervalo de tempo entre a concessão do crédito e a data de vencimento da obrigação. Pelo contrário, sob o estrito prisma do *estado de necessidade*, pode o sujeito falho de recursos ceder à pressão para concordar num pacto de venda fora dos tribunais como contrapartida da concessão do crédito⁵³⁵.

Sic, na pendência da garantia, defendemos, as partes da relação creditícia poderão validamente estipular a faculdade de o credor executar o penhor por venda à margem de um processo judicial. Defendemos também não dever admitir-se convenção *ex intervallo* obtida em troca de dilação ou outra vantagem no cumprimento⁵³⁶.

Outra questão que pode suscitar-se em torno deste acordo é saber se ele só é validamente aceite se for expresso ou ainda se for tácito. Os artigos 217.º e seguintes do Código Civil evidenciam que a declaração negocial constitui um componente indispensável do negócio jurídico, a tal ponto que sem aquela inexisteste este. A existência material do negócio jurídico depende, portanto, da emissão da(s) declaração(ões) negocial(is), podendo o seu conteúdo fixar-se livremente, no exercício da liberdade contratual de que as partes gozam, *dentro dos limites da lei*, como enuncia o artigo 405.º CC.

No que respeita à forma que a declaração negocial deve revestir, vigora também uma regra de liberdade, aclamada pelo artigo 217.º CC, a que a doutrina se refere como *princípio da liberdade declarativa* e que determina que a declaração negocial tanto pode ser tácita como expressa. Casos há em que a própria lei exige que seja expressa, v.g. numa *renúncia à hipoteca* (artigo 731.º, n.º 1 CC) e há situações em que claramente admite uma declaração tácita, como para *renúncia à prescrição* (artigo 302.º, n.º 2 CC).

⁵³⁵ É o que candidamente acaba por afirmar ISABEL ANDRADE DE MATOS, ao defender que “*certamente não será difícil ao credor levar o devedor a consentir convencionar essa modalidade de venda*”. Cfr. ob. cit. da Autora *O Pacto Comissório...*, p. 127.

O que significa que até entre os Autores que defendem que a convenção tem de ser celebrada ao mesmo tempo que a garantia se julga que este não é um momento de menor debilidade para o devedor.

⁵³⁶ Posição que desenhámos na esteira dos valiosos ensinamentos de VAZ SERRA quando, em exame à lei civil alemã que permite o pacto comissório posterior ao vencimento da obrigação garantida, defende que também neste momento deve repelir-se tal pacto, “*pois pode acontecer que «o devedor, achando-se em graves dificuldades económicas, se sujeite, para obter uma dilação, à estipulação do pacto»; e este fundamento é aplicável mesmo após o vencimento do penhor; porque ainda então pode o empenhador, para obter uma dilação ou outra vantagem, sujeitar-se ao pacto. Só quando assim não seja, parece de autorizar*”. Cfr. VAZ SERRA, *Penhor*, in BMJ, n.º 58, ob. cit., pp. 218-219.

Importa, agora, indagar sobre os elementos diferenciadores entre um e outro tipo declarativo para, então, podermos responder à interrogação a respeito do acordo de execução extraprocessual do penhor.

É a própria lei que nos fornece o critério distintivo entre a declaração expressa e a declaração tácita, formulando a distinção ao estabelecer que a primeira é aquela que é “*feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade*” e a segunda aquela que “*se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelam*”. Mais acrescentando o mesmo artigo 217.º CC, no seu n.º 2, que o “*carácter formal da declaração não impede que ela seja emitida tacitamente, desde que a forma tenha sido observada quanto aos factos de que a declaração se deduz*”.

O critério legalmente proposto é o da teoria subjectiva⁵³⁷, nos termos da qual a declaração expressa resulta directamente de verbalização, de pronúncia escrita ou outro modo de comunicação explícito da vontade e a tácita encerra um conteúdo directo a partir do qual se depreende um outro, colateralmente, marginalmente.

O sentido a extrair da declaração tácita convoca o critério da *impressão do declaratório* que rege a interpretação dos negócios jurídicos (artigo 236.º CC), na medida em que basta que o conteúdo declarativo que emerge *a latere* dos factos concludentes se retire deles *com toda a probabilidade*⁵³⁸.

Assim, para se estar perante uma declaração tácita, nada impede que o declarante não saiba propriamente que certos actos seus equivalem a declaração negocial, desde que o seu comportamento concludente, do ponto de vista do declaratório médio, *com toda a probabilidade*, exprima determinado sentido negocial.

Quanto à convenção de venda extraprocessual do penhor, não nos parece de admitir que ela possa inferir-se de uma (outra) declaração expressa ou de comportamento do credor e do devedor que *com toda a probabilidade* seja revelador da sua vontade no sentido daquele acordo⁵³⁹.

Vejamos: começando pela análise do regime do penhor, constatamos que se trata de um negócio consensual, isto é, a sua validade não depende da observância de requisitos de forma (artigo 669.º CC) e as regras relativas à sua execução e extinção também não contemplam qualquer

⁵³⁷ Como ensina MOTA PINTO em *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pp. 424 e segs..

⁵³⁸ Isto é, na eloquência de MOTA PINTO, a “*«inequívocidade dos factos concludentes» não exige que a dedução, no sentido do auto-regulamento tacitamente expresso, seja forçosa ou necessária, bastando que, conforme os usos do ambiente social, ela possa ter lugar «com toda a probabilidade»*”. Cfr. ob. cit. do Autor *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 425.

⁵³⁹ Defendendo claramente a exigência de convenção expressa para a venda extraprocessual do penhor e também para a adjudicação, CUNHA GONÇALVES, *Comentário do Código Comercial Português*, Coimbra Editora, 1916, vol. II, p. 467.

desvio à liberdade de forma (artigos 674.º, 675.º e 677.º, CC). Mas mesmo quanto aos negócios formais, como vimos, o n.º 2 do artigo 217.º CC prevê que possam realizar-se por declaração tácita, desde que os *factos concludentes* cumpram as formalidades *ad substantiam*. Queremos com isto dizer que se o penhor fosse um negócio formal também não estaria afastada, em tese, a hipótese de celebração tácita. Ora, podendo um penhor constituir-se e extinguir-se sem exigências formais, pareceria nada obstar a que se pudesse também executar fora dos tribunais ao abrigo de um acordo tácito nesse sentido.

Já no que respeita à sua execução, a lei exige acordo entre as partes para que a venda do penhor possa realizar-se extraprocessualmente, como impõe a parte final do n.º 1 do artigo 675.º CC. Outro aspecto essencial é que este acordo, entende a doutrina maioritária à qual aderimos, só será válido se anterior ao vencimento da obrigação que o penhor garante. Depois do incumprimento, este convénio não pode passar no crivo da (*ratio* da) proibição do pacto comissório, devendo, por isso, considerar-se nulo por violação do artigo 694.º CC.

O penhor, como negócio meramente consensual, da constituição até à extinção, poderia executar-se fora dos tribunais se inexistissem outras razões a aconselhar o teor expresso das declarações do empenhador e do credor. Todavia, entendemos que a convenção de venda extraprocessual da garantia há-de ser expressa, porque apesar de para negócios formais a lei admitir a possibilidade de a respectiva declaração negocial ser emitida não expressamente (artigo 217.º, n.º 2, CC), os princípios que enformam o nosso sistema de garantias reais impõem uma leitura mais apertada das especificidades do penhor.

A previsão legal de declaração tácita para os negócios formais evidencia que o declarante não fica menos protegido por se extrair a sua vontade negocial a partir de uma (outra) declaração expressa ou de determinado comportamento concludente, porque, como vimos, a dedução da vontade não manifestada directamente só opera se verificado o apertado requisito legal de a vontade tácita resultar *com toda a probabilidade dos factos que a revelam*, e, ensina a melhor doutrina, segundo o rigoroso critério da *teoria da impressão do destinatário*.

Que razões *aconselham*, então, a inadmissibilidade de convenção tácita para o acordo de execução extraprocessual do penhor? Desde logo, a preocupação em que tal despreteja o devedor, e que não fica arredada, cremos, com os termos (gerais) em que o artigo 217.º CC opera, ao que acrescem duas outras razões não menos importantes: em primeiro lugar, considerando que a extracção de vontade negocial tácita constitui tarefa interpretativa, o declarante tem a salvaguarda e segurança, é certo, do escrutínio judicial dos *factos concludentes*, isto é, no caso de discordar do sentido que o declaratório retirou das suas declarações/comportamentos ou até da própria existência dos *factos concludentes*, será o tribunal a aferir a presença destes factos e, se decidir que há declaração tácita, será o tribunal também a precisar o respectivo sentido

negocial, de acordo com os estreitos requisitos que vimos. Contudo, em especial no penhor com desapossamento, o empenhador corre o risco real de o credor promover a venda sem seu conhecimento⁵⁴⁰, pelo que se pretender *reagir*, por não ter dado o seu acordo nesse sentido, ou julgar não ter dado, terá de recorrer à via judicial, o que, por si só, já representa um ónus que entendemos não se lhe dever imputar, ao que acresce que, ainda que o faça, poder já não reverter a venda, o que reputamos excessiva e inaceitavelmente oneroso para ele.

Com efeito, em relação ao primeiro argumento, convocamos aqui a razão que a doutrina esgrime para justificar a nulidade do pacto comissório, em face da possibilidade de o devedor poder reagir contra as exigências do credor, designadamente pelo desvalor dos negócios usurários e vícios da vontade: a necessidade de recurso aos tribunais. Também nos requisitos formais do acordo de venda extraprocessual do penhor entendemos que a exigência de declaração expressa é mais protectora do devedor, porque confere maior grau de certeza jurídica e porque representa a posição que menos comprime os fundamentos da proibição do pacto comissório, por conferir maior protecção e maior segurança jurídica ao lado passivo da relação creditícia, por lhe atribuir menos ónus e por dificultar possíveis actos de livre apropriação do objecto da garantia. Sem prejuízo, sempre se dirá que a venda à margem dos tribunais sem convenção representará uma violação da proibição do pacto comissório, pelo que será nula *ex vi* do artigo 694.º CC e a nulidade, sem dúvida, tutela mais fortemente a posição do devedor do que a aludida anulabilidade da usura e da viciação da vontade, desde logo quanto aos prazos de invocação, à legitimidade de arguição e aos poderes de cognição oficiosa de vícios dos negócios jurídicos⁵⁴¹⁻⁵⁴²⁻⁵⁴³.

⁵⁴⁰ No penhor mercantil, é necessário o credor notificar o devedor previamente, nos termos do artigo 401.º CCom.

⁵⁴¹ Confrontar os artigos 286.º e 287.º CC. A nulidade pode ser arguida sem dependência de prazo, por qualquer interessado e pode ser declarada *ex officio* pelo tribunal. A anulabilidade só pode ser invocada até um ano após a cessação do vício que a gerou (a todo o tempo só nos casos em que o negócio em causa ainda não estiver concluído), não é conhecida officiosamente pelo tribunal e só tem legitimidade para a sua arguição quem a lei pretende proteger com a sua previsão.

⁵⁴² O credor pode, contando ou *apostando* na inacção do devedor, sentir-se tentado a promover a venda do penhor fora dos tribunais, independentemente de haver ou não acordo com o devedor que o permita. E se, relativamente a bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, existe a protecção concedida pelo artigo 291.º CC, já quanto às coisas móveis não sujeitas a registo, não haverá qualquer protecção do empenhador do ponto de vista da oponibilidade do vício a terceiro, com a agravante da elevada velocidade a que acontecem as transacções comerciais meramente consensuais.

⁵⁴³ Dogmaticamente, identifica-se o *princípio da proibição da livre apropriação do objecto das garantias reais*, a par do *princípio da protecção do devedor*, como um dos mais importantes de todo o edifício normativo das garantias reais que alicerçam a *incontornável* proibição do pacto comissório (artigo 694.º CC). A este propósito, vide LUÍS M. T. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, *op. cit.*, p. 172 e nota 548.

Por outro lado, se a lei, para certos casos, claramente exige declaração negocial expressa, por que não verteu essa exigência no artigo 675.º CC? É que uma das situações em que a lei demanda uma declaração expressa encontra-se mesmo na disciplina das garantias reais: a *renúncia à hipoteca* (artigo 731.º CC). Aqui, de seguro, o factor coerência normativa ditou a opção do legislador, relacionado com a questão da inscrição no registo, desde logo, porque a eficácia da hipoteca depende de registo (artigo 687.º CC). As alterações aos termos em que a hipoteca foi registada na caderneta predial do imóvel em causa, em congruência, carecem de suporte documental inequívoco. A este argumento acresce um outro, relacionado agora com a protecção da posição do credor e com os demais credores. A protecção do devedor que (tanto) se sublinha no sistema de garantias não significa que a lei *desapoie* o credor. Pelo contrário, o propósito da lei é sempre promover o equilíbrio entre as posições negociais deste e daquele. Ora, a renúncia à hipoteca é, exactamente, uma das situações que solicitam especial atenção ao lado do credor. A exigência de declaração expressa decorre da segurança jurídica que a lei quer atribuir-lhe, considerando os efeitos da *perda* da hipoteca: o credor hipotecário que *renuncie* à sua garantia real perde o privilégio de ser pago *com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo* (artigo 686.º, n.º 1, CC), ou seja, perde a sua condição de credor preferencial e, mesmo que posteriormente venha a (poder) registar novamente a hipoteca a seu favor⁵⁴⁴, fica prejudicado se houver hipotecas já registadas, pois prevalecem por ordem de *antiguidade* e, quanto aos demais credores, a regra *par conditio creditorum* exige que a lei lhes não envie sinais contraditórios relativamente à segurança do seu crédito. Assim, se os demais credores forem credores comuns, diante de uma renúncia à hipoteca, eles podem, por exemplo, não solicitar garantia real ao devedor, por entenderem que o seu acervo patrimonial é bastante para responder pelas suas dívidas, agora que certo bem já não está afecto especialmente perante um credor/dívida⁵⁴⁵. Do ponto de vista dos outros credores hipotecários, as consequências são evidentes, porque *sobem* um grau hipotecário com o *desaparecimento* de hipoteca anterior (registada há mais tempo)⁵⁴⁶ e, portanto, necessitam de certeza jurídica sobre se certo credor renunciou ou não à sua hipoteca⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ O cancelamento da inscrição registal da hipoteca faz com que o (re)nascimento da garantia tenha efeitos *apenas desde a data da nova inscrição* (artigo 732.º CC).

⁵⁴⁵ E o mesmo se diga quanto a outro(s) credor(es) hipotecário(s), uma vez que podem reunir ou não as condições legais para exigir o reforço da garantia (artigo 701.º CC) e, de um modo geral, o reforço da segurança do seu crédito (artigo 626.º CC), consoante haja ou não renúncia à hipoteca (por parte de outro credor).

⁵⁴⁶ Referimo-nos à regra *prior in tempore potior in iure* que o artigo 686.º, n.º 1, CC também enuncia na parte final da sua formulação, quando menciona a “*prioridade de registo*”.

⁵⁴⁷ Valem aqui os argumentos expedidos na penúltima nota.

Pelo exposto, julgamos que na segunda parte do n.º 1 do artigo 675.º CC o legislador *disse menos do que queria*, apoiando-nos nos argumentos teleológico e sistemático para afirmar a interpretação do referido preceito como se a formulação legal contivesse, a final, o advérbio *expressamente*. É que a *protecção do devedor necessitado* justifica a restrição da convenção de venda extrajudicial do penhor às convenções expressas, porque com a permissão de declaração tácita, o devedor fica mais desprotegido e bem assim os demais credores, como vimos, pelo que cremos que a intenção do legislador ao criar as especificidades da execução do penhor só se realiza com o sentido limitativo enunciado, apesar de o não ter manifestado no texto da norma, como fez no preceito da renúncia da hipoteca (artigo 731.º CC). As preditas razões de certeza e segurança jurídica e os princípios da protecção do devedor e da proibição da livre apropriação do objecto da garantia real, reiteramos, alicerçam a nossa posição.

A amplitude interpretativa a que se pode prestar a declaração tácita não é compaginável com o complexo normativo das garantias reais assente na proibição do pacto comissório.

As reflexões acerca da convenção de venda extraprocessual do penhor e a posição assumida reforça-se ainda mais perante os termos da previsão legal de adjudicação do penhor ao credor, em que nada é dito também em relação à *liberdade declarativa*, como veremos em seguida.

2.2.1.3 Adjudicação

O artigo 675.º CC prevê, no n.º 2, a faculdade de as partes acordarem que o penhor seja adjudicado directamente ao credor seu beneficiário.

Com efeito, o preceito estabelece que “*É lícito aos interessados convencionar que a coisa empenhada seja entregue ao credor pelo valor que o tribunal fixar*” (sublinhado nosso).

Nestes termos, a determinação judicial do valor do bem empenhado e a adjudicação por esse valor constituem os requisitos de licitude do acordo das partes em adjudicar o objecto do penhor ao credor, se o devedor não cumprir.

Acautela-se, assim, o risco de subestimar o bem com prejuízo do devedor e de utilização desta convenção como forma de contornar a proibição do pacto comissório. Na verdade, a exigência legal de que o valor do penhor seja fixado judicialmente prende-se com a preocupação do legislador em proteger o devedor dos perigos a que o expõe a convenção comissória.

Os requisitos a que a lei sujeita a validade de um pacto de adjudicação do bem empenhado ao credor são uma virtuosa manifestação do princípio da protecção do devedor que sustenta o edifício legal das garantias reais.

Se o legislador não exigisse o controlo, por entidade idónea, do valor atribuído ao penhor, o credor poderia forçar o devedor a aceitar um louvado que aquele indicasse ou até mesmo que ao

bem empenhado fosse atribuído um valor ao tempo da constituição da garantia e, nesse cenário, o risco de subavaliação, em proveito do credor, não seria sindicável nem controlável.

Sublinha-se a bondade desta solução legal, pois apesar de a adjudicação (como vimos na venda extraprocessual), segundo uma parte importante da doutrina⁵⁴⁸, se situar no limiar da proibição do pacto comissório, o legislador soube aqui, a um tempo, tutelar os interesses do devedor e acautelar devidamente os *perigos* a que o sujeitaria, em tese, a adjudicação do penhor ao credor⁵⁴⁹. Sob um prisma diverso, o regime substantivo do penhor apenas permite, importa anotar, que o bem seja adjudicado ao credor se houver convénio das partes (n.º 2 do artigo 675.º CC), o que convoca de novo as debatidas questões do tempo e forma deste pacto.

Do ponto de vista da forma, cremos serem perfeitamente válidas aqui as considerações tecidas a respeito da venda extraprocessual, para as quais se remete, mantendo a posição aí adoptada. Ainda assim, defendemos que há na adjudicação um argumento que reforça o nosso entendimento.

Inalteradamente, dizemos que o acordo de adjudicação deve ser firmado por convenção expressa e, aqui, mais do que a alegação de que o devedor fica mais desprotegido com uma convenção tácita, a trave-mestra da defesa da ilicitude de uma declaração negocial indirecta é o requisito da fixação judicial do valor pelo qual o penhor é adjudicado ao credor. O mesmo é dizer que a lei põe neste acordo uma importância tal para tutelar o devedor que exige que o *preço* da adjudicação seja determinado pelo tribunal. Se não houver convenção de adjudicação (ou de venda extraprocessual), e o devedor incumprir, o credor tem de lançar mão de uma acção executiva para aí vender o objecto do penhor e realizar o seu crédito com o preço. E, vimos *supra*, a venda judicial pode não ser a garantia de melhor preço, porque não há hastas sucessivas e não havendo propostas que preencham os 85% do valor base, segue-se para a venda por negociação particular e, então, sim, nada na lei impede a venda por preço vil. Então, não poderá ser até, em abstracto, mais adverso para o devedor sujeitar-se à álea da venda executiva? Então, por que

⁵⁴⁸ Neste sentido, por exemplo, LUÍS M. T. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, *op. cit.*, p. 172 que expõe o seu pensamento a este respeito, dizendo que “*A regra é (...) a venda processual do penhor; sendo mesmo proibido o pacto comissório (art. 694.º, aplicável por força do art. 678.º), o que se encontra em conformidade com a proibição da livre apropriação do objecto das garantias reais. No caso do penhor, esta regra é, o entanto, atenuada pelo facto de se permitir por convenção a venda extraprocessual ou mesmo a adjudicação, mediante prévia avaliação judicial*”.

⁵⁴⁹ De igual modo, HUGO RAMOS ALVES, em *Do Penhor*, *op. cit.*, pp. 181-182, abordando a possibilidade de adjudicação do penhor ao credor pignoratício, afirma que “*o legislador exige como requisito de licitude da convenção de adjudicação da coisa empenhada ao credor que a avaliação seja feita em tribunal e que o bem seja atribuído ao credor pelo valor que o tribunal fixar. Trata-se, pois, de procurar evitar o torneamento da proibição do pacto comissório, já que se a avaliação fosse feita pelo próprio credor ou por qualquer pessoa por si escolhida, o devedor ficaria sujeito aos perigos e inconvenientes que a proibição do pacto comissório visa acautelar*”. (Sublinhado nosso)

não pode o acordo de adjudicação resultar de declaração negocial tácita? Por razões dogmáticas e pelas (já enunciadas, a respeito da convenção de venda extraprocessual) razões interpretativas da norma em causa. Sublinhamos novamente o quão excepcionais são as formas privativas de execução do penhor em face da proibição do pacto comissório, daí que o legislador, em coerência com a *ratio legis* do artigo 694.º CC e com o seu próprio pensamento aí vertido e subjacente a todo o sistema de garantias reais, não há-de ter querido que o credor se legitime *facilmente* para realizar o seu crédito à margem de um processo executivo, vendendo o penhor fora do tribunal ou ficando com ele para si pelo valor que judicialmente se determine.

Somos, *sic*, desfavoráveis à licitude de pactos tácitos de aquisição adjudicatória do penhor, isto é, pactos extraídos de comportamentos do devedor que *com toda a probabilidade* os revelam.

Do ponto de vista do tempo do convénio, defendemos que o argumento literal é aqui tão decisivo como na venda extraprocessual, pelo simples, mas significativo facto de o verbo (*convencionar*) se encontrar no tempo verbal infinitivo. Enquanto o n.º 1 do artigo 675.º CC usa o verbo no futuro composto do conjuntivo (*se tiverem convencionado*) no n.º 2 emprega-se no infinitivo (*convencionar*) e esta diferença clama que o n.º 2 seja interpretado fundamentalmente à luz da *ratio legis*, porque a letra da lei permite um sentido que cremos ser o avisado. A norma diz nuamente que *é lícito aos interessados convencionar*, parecendo, com esta formulação, remeter para a simples exigência de um acordo, independentemente de celebrado antes ou depois de a obrigação garantida se vencer.

E o que dizer do elemento sistemático da interpretação? Na verdade, o comando normativo que prevê o acordo adjudicatório, integra o preceito regulador da execução do penhor, pelo que o n.º 2 do artigo 675.º CC não pode ser lido desligadamente do n.º 1. E o n.º 1 do artigo 675.º CC, na previsão, de modo claro, caracteriza a situação de facto a que se reporta por referência ao momento em que já está *vencida a obrigação*, pelo que as estatuições, tanto relativamente à venda extraprocessual (segunda parte do no n.º 1) como à adjudicação (n.º 2) têm por base a verificação daquele quadro: o vencimento da obrigação. Ora, na primeira figura, a lei tem o cuidado de verter no enunciado linguístico a ideia de passado, usando o verbo *convencionar* no participípio (*convencionado*), indicando, assim, querer apenas permitir pactos de venda extraprocessual que já estejam firmados quando se vencer a obrigação. Por seu lado, na adjudicação, a formulação empregue pela lei conjuga o verbo no infinitivo, o que indica, julgamos, a licitude de se *convencionar* a adjudicação do penhor já *vencida a obrigação*. Se o legislador tivesse querido limitar o pacto adjudicatório a momento anterior ao vencimento da obrigação teria conjugado o verbo num tempo que transmitisse a ideia de passado, como fez na venda extrajudicial, dizendo, por exemplo, *é lícito aos interessados terem convencionado* ou *é lícito que os interessados tenham convencionado*. Entendemos que se o tempo verbal

escolhido usasse o predicado no particípio passado, então, sim, circunscrever-se-ia a validade da convenção prevista no n.º 2 do artigo 675.º CC à anterioridade do (in)cumprimento. Outrossim a interpretação do preceito ponderando a vontade do legislador aconselha esta amplitude temporal, dado que o devedor, perante o facto consumado de não ter sido capaz de realizar a prestação a que estava adstrito, pode ceder facilmente à pressão do credor para pactuar com ele a adjudicação do bem que lhe deu em penhor, mas não advirá qualquer prejuízo para ele se (a)ceder à vontade do credor, porque a adjudicação é “*pelo valor que o tribunal fixar*”, para além de serem sempre, naturalmente, ilegítimos e ilegais quaisquer constrangimentos à (sua) liberdade negocial.

Portanto, o *princípio da protecção do devedor necessitado*, norte do regime legal das garantias reais, não se comprime nas convenções adjudicatórias celebradas depois de vencida a obrigação. Como sublinhámos, não há riscos para o devedor, em convencionar com o credor a adjudicação do penhor, mesmo depois de a obrigação se vencer. Aliás, julgamos que este nosso entendimento vai ao encontro da disciplina da adjudicação (legitimidade, modo e tempo), pelo que importa analisar como se processa esta forma de realização do crédito.

O regime encontra-se previsto nos artigos 799.º a 802.º do CPC, ou seja, ocorre no âmbito de um processo judicial executivo.

Na verdade, para que um bem seja adjudicado ao credor pignoratício este tem de primeiro intentar uma acção executiva e, depois, no âmbito desta, apresentar um requerimento deduzindo a sua pretensão, a que a própria lei designa *requerimento para adjudicação* (artigo 799.º CPC) ou tem, pelo menos, de apresentar o referido requerimento numa acção executiva já em curso, na qualidade de credor reclamante com garantia sobre os bens em causa, como veremos já.

A adjudicação de bens empenhados desencadeia-se e ocorre necessariamente no âmbito de uma acção executiva para pagamento de quantia certa, onde o credor pignoratício formula uma proposta de *compra* dos bens penhorados (veja-se como o n.º 3 do artigo 799.º CPC determina que o credor “*deve indicar o preço que oferece*”). E, quanto a esta proposta, notam-se dois aspectos decisivos, relativamente ao seu objecto e ao seu autor. Por um lado, como se exceptua na segunda parte, do n.º 1, do artigo 799.º CPC, a proposta não pode incidir sobre bens que hajam de ser vendidos em mercados regulamentados, o mesmo é dizer sobre instrumentos financeiros e mercadorias cotadas naqueles mercados, e também não pode dirigir-se a bens que devam ser executados por venda directa, ou seja, bens que *ex vi legis* devam ser entregues a determinada entidade ou que tenham sido objecto de promessa de venda com eficácia real a promissário que pretenda exercer direito de execução específica. Por outro lado, além do exequente (credor pignoratício), os credores reclamantes com garantia real sobre os bens em causa também podem requerer a adjudicação, nos termos do n.º 2 do artigo 799.º CPC.

No tocante ao valor pelo qual se adjudicam os bens, a lei promove que o preço final seja o mais elevado possível, acolhendo, *hic sensu*, os interesses do devedor-executado ao determinar (i) que o preço oferecido não pode ser inferior a 85% do valor base dos bens (n.º 3 do artigo 799.º CPC⁵⁵⁰) e (ii) que se o requerimento de adjudicação for posterior ao anúncio da venda por propostas em carta fechada, esta segue os seus termos, sendo que a pretensão do credor pignoratício (requerente) só é considerada se não houver propostas de valor mais elevado (artigo 799.º, n.º 4, CPC).

O próprio requerimento de adjudicação é publicitado nos exactos termos da venda mediante propostas em carta fechada (artigo 817.º CPC), com a indicação do preço que o requerente oferece, como dispõe o artigo 800.º CPC, no seu n.º 1. No n.º 2, ordena-se que sejam notificados sobre a data, horário e sítio da abertura das propostas o executado, as pessoas que não tendo requerido a adjudicação, reuniam condições legais para tal e os titulares de direito de preferência, com eficácia real, na venda dos bens em causa. E o n.º 3 estabelece que a abertura das propostas só tem lugar perante o juiz no caso de adjudicação de imóveis ou de estabelecimento comercial⁵⁵¹, se ele assim determinar (nos termos previstos no artigo 829.º CPC) e que, nas demais situações – maior parte dos bens empenhados –, as funções reservadas ao juiz na venda de imóveis são da competência do agente de execução, o que significa que tudo se processa em idênticos termos aos da venda por propostas em carta fechada, conforme remissão legal expressa nesse sentido⁵⁵².

O requerimento de adjudicação do credor pignoratício é considerado nos seguintes moldes: se não houver mais propostas nem ninguém a querer exercer direito de preferência, aceita-se o preço oferecido por aquele e os bens são-lhe adjudicados por esse valor (artigo 801.º, n.º 1 CPC), mas se houver ofertas mais valiosas, segue-se a tramitação da venda mediante propostas

⁵⁵⁰ A exemplo do que a lei estipula para a venda mediante propostas em carta fechada (artigo 821.º, n.º 3 CPC) e por leilão electrónico (artigo 23.º, n.º 2 da Portaria n.º 282/2013, de 29 de Agosto).

⁵⁵¹ Para uma visão aprofundada sobre o conceito de *estabelecimento comercial*, consultar COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 252, que o define, em sentido objectivo, como “*unidade jurídica fundada em organização de meios que constitui um instrumento de exercício relativamente estável e autónomo de uma actividade comercial*”, BARBOSA DE MAGALHÃES, *Do Estabelecimento Comercial: estudo de Direito Privado*, Edições Ática, 1951, p. 13: “*conjunto ou complexo de coisas corpóreas e incorpóreas organizado para o exercício do comércio por determinada pessoa singular ou colectiva*”, FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. I, Universidade de Coimbra, 1965, Policopiado, p. 201: “*complexo de organização comercial do comerciante*” e MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, *op. cit.*, p. 288: “*conjunto de coisas corpóreas e incorpóreas devidamente organizadas para a prática do comércio (...) corresponde «grosso modo» a uma ideia de empresa, sem o elemento humano e de direcção*”.

⁵⁵² É o seguinte o teor do n.º 3 do artigo 800.º CPC: “*A abertura das propostas tem lugar perante o juiz, se se tratar de bem imóvel, ou, tratando-se de estabelecimento comercial, se o juiz o determinar; nos termos do artigo 829.º; nos restantes casos, o agente de execução desempenha as funções reservadas ao juiz na venda do imóvel, aplicando-se, devidamente adaptadas, as normas da venda por propostas em carta fechada*”.

em carta fechada (n.º 2 do mesmo artigo 801.º) e, nesse caso, depois de observadas as regras relativas à abertura das propostas (artigo 820.º CPC, n.º 1) e eventual licitação ou sorteio, no caso de ofertas iguais (artigo 820.º CPC, n.ºs 2 e 3), as propostas são apreciadas por executado, exequente e credores presentes, sendo os bens vendidos pelo mais alto valor oferecido se (i) nenhum interessado tiver comparecido e (ii) se este valor for não inferior a 85% do valor base (artigo 821.º, n.ºs 1 e 3 CPC). Se não houver acordo entre os interessados, a escolha da proposta faz-se segundo a orientação do voto dos credores presentes que representem a maioria dos créditos (artigo 821.º, n.º 2, CPC).

Desta breve descrição, resulta que a forma como a lei adjectiva regula a adjudicação enfraquece o carácter de *excepção* que as normas substantivas lhe imprimem, uma vez que (i) ocorre no âmbito de um processo judicial (executivo) e que, (ii) em muitos pontos, se aproxima da venda mediante propostas em carta fechada. Por outras palavras, a lei substantiva prevê a adjudicação como *desvio* ao regime-regra da execução das garantias reais, e, na prática, do exame da sua regulamentação processual ressalta o quão rente, e até enxertada e decalcada, é da modalidade habitual prevista para a venda judicial: a venda por propostas em carta fechada.

Sob o prisma do devedor, a adjudicação não apresenta propriamente nem vantagens nem inconvenientes, pois, sem prejuízo de a celeridade poder configurar também um seu interesse, a lei verte aqui os mesmos cuidados da modalidade-regra na venda judicial, quanto ao *preço base* e obtenção de valor o mais elevado possível. Aliás, como sublinhámos, os seus termos legais remetem em numerosos aspectos para a venda mediante propostas em carta fechada.

Por banda do credor, identificam-se dois benefícios eventuais, diríamos, muito relativos: a celeridade parece poder resultar, apenas em tese, pois a tramitação necessária da adjudicação no âmbito de uma acção executiva frustra seguramente as expectativas de rapidez na satisfação do crédito. O que pode representar alguma utilidade é a dispensa de *outro* título executivo, porque a convenção de adjudicação, se reunir os pressupostos dos documentos que podem servir de base à execução, permite ao credor intentar directamente a acção executiva e requerer aí lhe seja entregue o objecto do penhor ou, em execução já pendente, deduzir igual pretensão, como credor reclamante (artigo 799.º, n.º 2, CPC). Os pressupostos de que a lei faz depender a exequibilidade de documentos são que (i) deles derive a constituição ou reconhecimento de obrigação e que (ii) sejam redigidos ou autenticados por notário ou outra entidade ou profissional legalmente competente para o feito (como um advogado, por exemplo⁵⁵³), de acordo com a alínea b), do n.º 1, do artigo 703.º CPC. Mas também este aspecto, enquanto vantagem, é relativo, porque a

⁵⁵³ Os profissionais e entidades com competência para exarar ou autenticar documentos são os previstos no artigo 38.º (artigo único) do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Maio.

lei de processo abre a porta do requerimento de adjudicação a qualquer credor assegurado por garantia real, ou seja, por um lado não exige que o requerente se encontre munido de qualquer acordo com o devedor e, por outro, até estende esta hipótese aos credores hipotecários, como decorre claramente do artigo 799.º CPC.

A *certeza* da adjudicação do bem empenhado privilegiaria a posição de um credor pignoratício munido de pacto de *entrega* do penhor, ainda que *pelo valor que o tribunal fixar* (n.º 2 do artigo 675.º CC). E não seria chocante que no processo executivo houvesse vantagens para o credor, uma vez que é destinado à satisfação efectiva dos direitos de crédito, razão por que o seu regime, assenta, entre outros, no *princípio favor creditoris*, como anota a doutrina⁵⁵⁴.

Mas será *certo* que *pelo valor que o tribunal fixar* a coisa empenhada é, de facto, adjudicada ao credor que tenha um acordo nesse sentido? Das regras processuais, como vimos, não decorre a *segurança* de tal resultado.

É que o bem só é *garantidamente* adjudicado ao credor que o requeira, em dois cenários. Por um lado, se, como dispõe o n.º 1 do artigo 801.º CPC, “*não aparecer qualquer proposta e ninguém se apresentar a exercer o direito de preferência*”, porque, se houver mais ofertas, o n.º 2 do preceito estatui que “*havendo proposta de maior preço, observa-se o disposto nos artigos 820.º e 821.º*”, isto é, procede-se como na abertura de propostas da venda por propostas em carta fechada. O segundo cenário é se o requerimento de adjudicação do credor tiver sido apresentado depois da publicitação da venda por propostas em carta fechada e esta ficar deserta, porque, à luz do n.º 3 do mesmo artigo 801.º, “*logo se adjudicam os bens ao requerente*”.

Dito de outro modo, os bens só são *mesmo* entregues ao credor que reúna as condições do artigo 675.º, n.º 2 CC se ele for o único proponente para a aquisição adjudicatória e, até nesta hipótese, só se também não houver preferente querendo exercer o seu direito (n.º 1 do artigo 801.º CPC). De contrário, ou seja, se outras ofertas *concorrerem* com a daquele credor, a adjudicação segue, vimo-lo, os termos da venda mediante propostas em carta fechada, o que significa que o credor vê reduzidas as suas possibilidades de lograr a aquisição adjudicatória.

Neste contexto, o bem empenhado com a concordância do devedor em ser adjudicado ao credor pignoratício, por valor judicialmente fixado, só é, *de certeza*, adquirido por ele, num par de hipóteses. Em primeiro lugar, se for exequente e presenciar a abertura das propostas e manifestar logo aí vontade de adquirir e ganhar a licitação com o proponente de valor mais elevado ou, na ausência deste, cobrindo a oferta dele (artigo 820.º, n.º 5, CPC). Em segundo

⁵⁵⁴ Vide, por todos, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Acção Executiva Singular*, Lex, 1998, p. 171 e *Aspectos Gerais da Reforma da Acção Executiva*, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 4 (2003), pp. 3-25. O Autor refere que vincadamente desde a Reforma da Acção Executiva de 2003 temos um “*modelo de acção executiva orientado para a satisfação efectiva do crédito exequendo*”, como se lê na ult. ob. cit., p. 43.

lugar, se o credor for um dos proponentes das ofertas (igualmente) mais valiosas e vencer a licitação, estando todos estes proponentes presentes (n.º 2 do artigo 820.º CPC) ou superando as demais propostas, se for o único a comparecer à abertura das propostas (primeiro segmento do n.º 3 do artigo 820.º CPC) ou tiver a fortuna de ser escolhido em sorteio a realizar se nenhum comparecer ou se nenhum quiser ultrapassar as propostas alheias (segunda parte, do n.º 3, do artigo 820.º CPC).

Como terceiro grande quadro, o credor do n.º 2 do artigo 675.º CC, na fase de deliberação sobre as propostas, regulada pelo artigo 821.º CPC, pode adquirir o penhor por adjudicação, depois da abertura, licitação ou sorteio a que houver lugar, em três circunstâncias: (i) se for autor da oferta mais alta, na ausência de exequente, executado e credores proponentes, porque, de acordo com a estatuição do n.º 1 do artigo 821.º CPC, “*considera-se aceite a proposta de maior preço*”; (ii) se colher o voto dos credores que, entre os presentes, representem a maioria dos créditos sobre os bens em causa, nos termos do n.º 2 daquela norma ou (iii) se o juízo unânime dos interessados presentes for favorável à sua oferta, como flui, *a contrario sensu*, do mesmo n.º 2 do artigo 821.º CPC.

Isto dito, o que ressalta é que a prerrogativa que a lei substantiva atribui ao credor pignoratício nos termos do n.º 2 do artigo 675.º CC reveste-se de uma utilidade praticamente nula, pois, do ponto de vista processual, a lei não prevê qualquer meio para fazer valer específica e adequadamente a convenção de adjudicação.

A adjudicação a que a lei substantiva se reporta é solutória, corresponde à aquisição dos bens empenhados a favor do credor que a tenha acordado com o devedor com a finalidade de satisfazer, através dela, o seu crédito. No fundo, aproxima-se da dação em cumprimento, atendendo à presença necessária de declaração de vontade negocial do devedor e, sobretudo, aos efeitos translativo e solutório que ambas as figuras operam. Todavia, a qualidade de *privilegiado entre os privilegiados* (pela titularidade de direito real de garantia) que o legislador do n.º 2 do artigo 675.º CC quis dar ao credor pignoratício perde-se no labirinto da acção executiva, *redu-lo* à simples condição de exequente ou credor reclamante e torna-o, aos olhos do legislador adjectivo, *só mais um*.

Perfeitamente incompreensível e, por que não dizê-lo, incongruente, é a inutilidade prática do artigo 675.º, n.º 2 CC, também no seu pendor de norma privativa do penhor, em face das regras adjectivas que prevêm *expressis verbis* que quaisquer bens penhorados podem ser adjudicados: empenhados e hipotecados, móveis e imóveis. As duas únicas excepções de bens que processualmente não são susceptíveis de adjudicação são os que têm de ser vendidos em mercado regulamentado e por venda directa (artigo 799.º, n.º 1 CPC). O que significa que o credor hipotecário pode também, do ponto de vista processual, requerer a adjudicação

do objecto da hipoteca que tem a seu favor. Então, em que consiste a especificidade que o legislador substantivo incluiu na disciplina do penhor (artigo 675.º CC), inexistente, desde logo, na hipoteca⁵⁵⁵? Aliás, o pacto adjudicatório no âmbito da hipoteca, do ponto de vista substantivo, é inadmissível e nulo, por ilicitude, por violação da proibição do pacto comissório (artigo 694.º CC). A hipoteca tem sempre de ser executada judicialmente, não há qualquer excepção ou desvio a esta regra, por via legal ou convencional, e essa é exactamente a razão por que manifestamos estranheza perante o regime processual da adjudicação.

O regime de execução (de garantias) configura um núcleo normativo do sistema jurídico e, como tal, exige-se-lhe que encerre coerência e unidade sistemática. Lei substantiva e adjectiva têm de compor um corpo uno de sentido. As suas normas hão-de considerar o conjunto do sistema legal, a moldura legal que formam, dentro da qual articuladamente as regras têm de harmonizar-se entre si.

Assim, propomos que o legislador processual crie um mecanismo que dê pleno sentido à previsão do n.º 2 do artigo 675.º CC. Aliás, a carência que assinalamos de meio processual próprio para o credor pignoratício poder fazer valer a convenção adjudicatória parece-nos exigência decorrente da própria intenção do legislador, ao criar a figura do referido acordo, de disponibilizar, ao credor pignoratício, um regime de execução privativo da sua garantia, um regime de execução só previsto, portanto, para o penhor e não existente nem sequer admissível para as demais garantias reais.

Do exame da lei de processo civil, parece-nos que ela, de facto, não contempla um mecanismo próprio para regulamentar o caso apontado do n.º 2 do artigo 675.º CC, mas contém um instrumento que, embora não regendo especificamente a situação em apreço, vale a pena olhar de perto, pois julgamos preencher os requisitos para se considerar aplicável *in casu*.

O meio processual a que nos referimos é o *processo de determinação judicial da prestação ou do preço*, regulado no artigo 1004.º CPC, entre os *processos de suprimento* (artigos 1000.º a 1005.º, CPC) e dentro do grande capítulo dos *processos de jurisdição voluntária* (artigos 986.º e seguintes, CPC).

Entendemos verificarem-se aqui os pressupostos para integrar a lacuna, entendemos que a situação descrita configura uma lacuna da lei e que a norma adjectiva apontada regula um caso que pode considerar-se análogo ao caso omissio.

Enuncia o artigo 10.º do Código Civil, no seu n.º 1, que as situações não previstas na lei são reguladas à luz da *norma aplicável aos casos análogos*. E os casos em que se considera haver

⁵⁵⁵ E nas demais garantias reais, como podemos constatar nos respectivos regimes (artigos 656.º e seguintes CC).

analogia são, nos termos do n.º 2, os não especificamente regulados por lei a que se apliquem as motivações da disciplina de um outro legalmente previsto e regido.

A doutrina designa esta analogia entre dois casos como *analogia legis*⁵⁵⁶, em que é mister a existência de uma norma legal concreta para se aplicar ao caso omissis análogo.

A situação em análise fará parte da categoria de lacunas em que BAPTISTA MACHADO identifica o *recurso à analogia incidental*, justificado por se ter encontrado uma norma disciplinadora de situações análogas⁵⁵⁷. O que não significa que seja *analogia menor*, apenas não *logicamente necessária*⁵⁵⁸.

Aliás, vimos já os termos em que no processo executivo se disciplina a (efectivação da) adjudicação⁵⁵⁹, mas, precisamente aí, identificámos uma incoerência normativa a demandar a regulamentação específica do pacto adjudicatório previsto no n.º 2 do artigo 675.º CC. Ora, na ausência desta regulamentação específica, diante de uma norma que rege caso análogo, justifica-se o preenchimento da lacuna identificada, aplicando-se a norma encontrada por *analogia legis*.

Na norma *encontrada*, o artigo 1004.º CPC, cumpre delimitar o âmbito de aplicação e extrair as razões explicativas da sua convocação para o caso omissis. E, começando pela norma seguinte, damos conta que a própria lei abre ostensivamente a porta à aplicação analógica do artigo 1004.º, ao (e)anunciar que ele, *mutatis mutandis*, é aplicável aos casos análogos⁵⁶⁰. O que aponta no sentido de o próprio legislador entender aprioristicamente que, para além das situações incluídas na previsão do artigo 1004.º CPC, o processo judicial que ele consagra pode/há-de ser útil para casos ali não especificamente mencionados. O legislador emite, assim, uma espécie de aviso, antecipando que o âmbito objectivo de aplicação do preceito é muito mais amplo do que os limites traçados *expressis verbis*.

O artigo 1004.º CPC estabelece que a parte que pretenda que o tribunal determine o conteúdo de prestação ou preço formula um requerimento nesse sentido, nele indicando o que julgue adequado e a justificação para o teor da sua pretensão. A pergunta que se impõe é saber a que casos é a estatuição directamente aplicável: aos dos artigos 400.º, n.º 2 e 883.º do Código Civil, responde o preceito na primeira parte do seu n.º 1. E que casos são estes? São, respectivamente,

⁵⁵⁶ Vide, por todos, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, ob. cit., pp. 192 e segs..

⁵⁵⁷ Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, ob. cit., p. 202.

⁵⁵⁸ *Idem*.

⁵⁵⁹ Vide *supra* a descrição dos termos em que processa a adjudicação, na análise da figura e, mais concretamente, no périplo pelos artigos 799.º e seguintes CPC.

⁵⁶⁰ É o seguinte o texto do artigo 1005.º CPC: “O disposto no artigo anterior é aplicável, com as necessárias adaptações, à divisão judicial de ganhos e perdas nos termos do artigo 933.º do Código Civil e aos casos análogos”.

aqueles em que as partes de uma relação obrigacional não fixam (de todo ou tempestivamente) a prestação a que o devedor fica adstrito e de indeterminação e indeterminabilidade do preço em contrato de compra e venda. O artigo 1005.º CPC estende o *processo de determinação judicial da prestação ou do preço* também aos casos em que haja convenção de divisão de ganhos e perdas por terceiro sem que este a tenha feito (ou podido fazer) em tempo (artigo 993.º CC) e, já o dissemos, aos casos análogos.

Partindo das três hipóteses expressamente previstas na lei, e do ponto de vista substantivo, vemos que em todas há uma prestação sem conteúdo⁵⁶¹ e, embora, na adjudicação, inexistia, *ab initio*, uma obrigação a impender sobre o credor pignoratório, valendo o bem empenhado mais do que o *quantum debeatur*, nasce na sua esfera, *ope legis*, a obrigação de restituir o *superfluum* ao devedor, por imperativo das regras do enriquecimento sem causa (artigo 473.º CC). E, portanto, a exigência de determinação judicial do valor do *quid* empenhado, como requisito de licitude do acordo de adjudicação, tem por função avaliar o penhor e, em sequência, aferir do (des)equilíbrio entre as prestações do credor e do devedor. *In casu*, a prestação é eventual, porque é de natureza condicional a obrigação que lhe subjaz e, nessa medida, de um conteúdo impossível de determinar aquando da celebração do pacto a que alude o n.º 2 do artigo 675.º CC⁵⁶².

Comumente, nas hipóteses previstas nos artigos 1004.º e 1005.º CPC impõe-se o recurso à via judicial para fixar o conteúdo da prestação por não ter sido fixado pelas partes. E é também o que ocorre na convenção de adjudicação do penhor, nos termos do n.º 2 do artigo 675.º CC que a avizinha na conformação do vínculo obrigacional subjacente, sobretudo da previsão relativa ao n.º 2 do artigo 400.º CC.

Confrontando a adjudicação com a divisão de ganhos e perdas deferida a terceiro (artigo 993.º CC, prevista no artigo 1005.º CPC), sobressai uma questão coincidente de idoneidade (para a determinação do conteúdo de uma prestação), muito presente em todo o regime das garantias e em que se apoia boa parte da doutrina, ainda hoje, para justificar a proibição do pacto comissório. Sobretudo sob o prisma da necessidade de tutela legal do *devedor necessitado* e da censura dos

⁵⁶¹ Sabendo que o conteúdo de uma prestação, à luz do artigo 398.º CC, pode ser livremente fixado pelas partes, não carecendo de carácter pecuniário. A formulação integral da norma é a seguinte: “1 – As partes podem fixar livremente, dentro dos limites da lei, o conteúdo positivo ou negativo da prestação. 2 – A prestação não necessita de ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de protecção legal”.

⁵⁶² Claro que no plano dos princípios, outra (muito mais importante) razão há para que o penhor não possa validamente ser avaliado fora dos tribunais e prende-se com a proibição do pacto comissório que seria inaceitavelmente afrontada se se permitisse que credor e devedor definissem convencionalmente o valor do bem dado em garantia.

Sem prejuízo, do ponto de vista estritamente obrigacional, a explicação vertida em texto reflecte a realidade creditícia da figura da convenção de adjudicação do penhor, enquanto modo de execução desta garantia.

negócios usurários, o credor é tido como inidóneo para avaliar a garantia constituída a seu favor. Problema da (in)idoneidade que constitui cimento agregador dos princípios da não apropriação livre do objecto da garantia real e da protecção do devedor.

Adjudicação e *determinação judicial do preço* prevista no artigo 1004.º CPC (artigo 883.º CC) partilham um elemento classificatório e dois *essentialia*: quanto à classificação, aquela e o contrato de compra e venda constituem aquisições derivadas e quanto às notas essenciais, ambos os negócios têm efeitos translativo e solutório.

Na verdade, são relevantes os pontos de contacto entre a adjudicação e o contrato de compra e venda, evidenciando a proximidade das razões justificativas para considerarmos a aplicabilidade à adjudicação da norma processual que rege o mecanismo de determinação judicial do preço.

Vejamos: ambos os negócios são aquisições, porque transmitem direitos da esfera jurídica de um dos contraentes para a de outro. Na adjudicação do penhor, o direito que incide sobre o objecto da garantia transfere-se, por mero efeito do contrato, do empenhador para o credor e, na compra e venda, consabidamente, o direito real por excelência, é transmitido pelo alienante para o adquirente, *ex contractu* (alínea a) do artigo 879.º CC). E correspondem a aquisições derivadas, isto é, fundadas em direito anterior do transmitente (autor da garantia e vendedor) que se transfere para o novo titular (titular do direito de crédito e comprador) integralmente.

Ambos negócios translativos, porque operam a transmissão de um direito a partir do património de um contraente (devedor e vendedor) com o respectivo ingresso na esfera patrimonial do outro contraente (credor pignoratício e comprador). Tratam-se também de negócios solutórios, na medida em que operam a extinção de obrigações e, outrossim em ambos os casos, o efeito solutório decorre e depende do efeito translativo. É que o devedor só se libera com a transmissão do penhor e o vendedor com a transferência do direito de propriedade.

Por banda do comprador e do credor pignoratício, o preço é o elemento decisivo para a extinção da (sua) obrigação. Na compra e venda, quem adquire cumpre a sua obrigação com o pagamento do preço (alínea c) do artigo 879.º CC). No caso do titular do direito de crédito, o nascimento (ou não) da sua obrigação depende do preço que o tribunal fixar para a adjudicação. É que, dissemo-lo já, se o penhor que o credor adquiriu por adjudicação tiver um valor superior ao *quantum* do seu crédito, ele tem de restituir a diferença ao devedor e a (sua) obrigação de restituição só se extingue com esse pagamento. Por outras palavras, esta nova obrigação tem por fonte a própria lei: enriquecimento sem causa (artigo 473.º CC). O que significa que o preço, na adjudicação do penhor, pode desencadear a inversão das posições negociais iniciais. Se a nova relação obrigacional nascer, quem era credor da relação creditícia subjacente reposiciona-se como devedor da obrigação de restituição do *superfluum*; o antes devedor pignoratício converte-se depois em credor desta obrigação.

Sumarissimamente, podemos dizer que a adjudicação prevista no n.º 2 do artigo 675.º CC é uma aquisição *sem preço*, situando-a, estruturalmente e em termos classificatórios, na mesma categoria da compra e venda.

Partilham origem convencional do vínculo obrigacional, fonte legal da obrigação de entrega da coisa e pagamento do preço, efeito translativo e efeito solutório. Divergem apenas na presença de uma relação creditícia que inexistente na compra e venda, ou, quando existe, não é um elemento essencial do negócio e no modo de fixação do preço, obrigatoriamente determinado pelo tribunal no caso da adjudicação do penhor (parte final do n.º 2 do artigo 675.º CC) e supletivamente determinado pelo tribunal na hipótese de insuficiência das regras que as partes convencionaram na compra e venda (artigo 883.º, n.º 1 CC, *in fine*). Sublinhe-se ainda que na compra e venda o preço é um dos *essentialia negotii* (artigo 874.º CC), ao contrário da adjudicação do penhor, em que até é vedado às partes determiná-lo, pois, recordemos, só é lícito credor e devedor acordarem na execução do penhor através da adjudicação do bem empenhado se for *pelo valor que o tribunal fixar*.

Ora, nos casos em que no âmbito de um contrato de compra e venda se requer judicialmente a determinação do preço, defendemos a vizinhança com os casos de avaliação do penhor feita pelos tribunais e que justifica que se lhes aplique, por analogia, o processo de suprimento previsto no artigo 1004.º CPC.

Razões identitárias relativas à classificação, estrutura e efeitos dos dois negócios em causa favorecem a nossa posição e também a intenção da lei de criar um instrumento célere e privilegiado de execução do penhor em que radica a previsão da figura descrita no n.º 2 do artigo 675.º CC. Se o credor tiver celebrado com o empenhador um pacto de adjudicação e usar a via executiva para lhe ser entregue o penhor, depara com um processo demorado, dispendioso e, como vimos, nem sempre com *certeza* de ficar com o bem. O processo previsto no artigo 1004.º CPC começa com um requerimento da *parte que pretenda a determinação pelo tribunal* e logo indica o preço pretendido e justifica o valor (n.º 1). É citada a parte contrária para responder *no prazo de 10 dias* (n.º 2). Volvido este prazo, o juiz decide, *com resposta ou sem ela* (n.º 3).

Entre o processo executivo e o processo de determinação de preço há um abismo no que respeita à simplicidade e celeridade de tramitação. E, do ponto de vista da *ratio legis* do artigo 675.º, n.º 2 CC, é também evidente que este processo de suprimento, na ausência de meio processual próprio, cumpre muito melhor a especificidade e privilegiamento que o legislador substantivo quis atribuir à posição do credor pignoratício.

Reforçamos dogmaticamente a nossa posição de defesa da aplicabilidade do artigo 1004.º CPC ao caso do artigo 675.º, n.º 2 CC, porque com a via executiva a vontade do legislador substantivo,

no sentido de agilizar a realização do crédito do credor pignoratício, não encontra tradução nas regras da adjudicação em sede de acção executiva, crendo nós que este regime ficou aquém da possibilidade que o legislador quis conceder com a figura da convenção de adjudicação do penhor. Aliás, a doutrina anota nesta forma de execução do penhor uma excepção à regra da execução por venda judicial, uma *atenuação da proibição do pacto comissório*⁵⁶³, sendo que o processo executivo não cumpre esta querida excepcionalidade e é esta constatação que nos conduz à identificação de uma lacuna.

Lacunas teleológicas são as lacunas da lei mais relevantes, aquelas que se determinam à luz da *ratio legis* de uma norma ou do fim do respectivo corpo normativo⁵⁶⁴. Neste tipo, as lacunas qualificam-se como *latentes* ou *patentes*, conforme exista ou não regra a convocar para a resolução do caso em que se identifica a incoerência da lei.

A lacuna relativa ao n.º 2 do artigo 675.º CC será, assim, *teleológica latente* e a solicitar integração por banda das normas adjectivas, considerando a situação do credor pignoratício beneficiário de um acordo de adjudicação do penhor regulamentada pelo procedimento de adjudicação dentro da acção executiva (artigos 799.º e seguintes CPC), mas sopesando também que a regulamentação prevista não reflecte o sentido e finalidade da lei e do legislador substantivo ao criar uma (sub)categoria valorativamente relevante para a execução do penhor, cuja especificidade *exige* disposição própria.

Do que ficou dito, reiteramos, razões de coerência sistemático-normativa explicam a *descoberta* da referida lacuna e justificam a sua integração com recurso à analogia. Outrossim o princípio da justiça relativa aconselha, *in casu*, na ausência de norma específica, a aplicação do artigo 1004.º CPC à hipótese do artigo 675.º, n.º 2 CC, pela particular semelhança entre uma compra e venda sem preço e uma convenção de adjudicação de penhor.

Assim, propomos que o artigo 1004.º CPC seja alterado, incluindo-se, no n.º 1, a menção expressa ao n.º 2 do artigo 675.º CC⁵⁶⁵ ou que a alteração seja introduzida no artigo 1005.º CPC e a *determinação judicial em outros casos* passe a prever expressamente a norma substantiva indicada.

⁵⁶³ Cfr. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, *op. cit.*, p. 172.

No mesmo sentido, *vide* ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório...*, *op. cit.*, p. 131, PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, *ob. cit.*, pp. 175-176, HUGO RAMOS ALVES, *Do Penhor*, *op. cit.*, pp. 181-182 e, em anotação ao artigo 675.º CC, ANTUNES VARELA/PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, vol. I, *ob. cit.*, p. 695.

⁵⁶⁴ Como ensina BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, *op. cit.*, pp. 194-197.

⁵⁶⁵ Na hipótese de alteração do artigo 1004.º CPC proposta em texto, deverá a epígrafe do preceito ser reformulada, nos seguintes termos: *determinação judicial da prestação, do valor do penhor ou do preço*.

Até à regulamentação de um processo judicial específico para o credor pignoratício (beneficiário de convenção de adjudicação do penhor) poder requerer a fixação do valor da garantia, propomos a aplicação analógica do artigo 1004.º CPC.

E possa o caminho apontado humildemente agitar o direito judiciário e os juristas, respondendo ao apelo dos insignes pensadores do Direito para não nos limitarmos a seguir pelos trilhos das soluções jurídicas já assentes⁵⁶⁶.

2.2.1.4 Pacto de anticrese

O credor pignoratício pode ainda ir sendo pago sem, no entanto, ter de executar a coisa empenhada se celebrar, com o autor da garantia, um penhor com pacto de anticrese, o que corresponde à possibilidade prevista no artigo 672.º CC⁵⁶⁷, em cujos termos, pode o credor ver parceladamente pago o capital (crédito) e os juros, pelo recebimento dos frutos da coisa empenhada.

À semelhança do que ocorre na consignação de rendimentos, no penhor com pacto de anticrese, a dívida vai sendo amortizada e a satisfação que o credor obtém do seu crédito, ainda que parcelar e parcial, acontece sem executar o penhor.

Mais se mantêm a par com esta solução supletiva do artigo 672.º CC todos os (outros) direitos do credor pignoratício, designadamente o direito de promover a execução da garantia em caso de inadimplemento do devedor bem como a sua posição privilegiada em relação aos credores comuns e ainda a faculdade de executar outros bens do devedor, se os bens empenhados forem insuficientes para a realização integral do crédito (artigos 735.º, n.º 3 e 752, n.º 1, CPC)⁵⁶⁸⁻⁵⁶⁹.

O artigo 672.º CC confere, pois, ao credor pignoratício um verdadeiro direito de fruição ao permitir-lhe arrecadar os frutos da coisa empenhada e ao possibilitar-lhe, no silêncio das partes, compensar com o seu crédito a obrigação de restituição (dos frutos) ao empenhador (n.º 1).

⁵⁶⁶ Do papel (pro)activo que o jurista deve ter na conformação da realidade social à luz da ideia de Direito falamos, magistralmente, CASTANHEIRA NEVES, na sua reflexão *O Papel do Jurista no Nosso Tempo*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 44 (1968), pp. 83-142.

⁵⁶⁷ Estabelece o artigo 672.º do Código Civil sob a epígrafe “*Frutos da coisa empenhada*” que “1 – Os frutos da coisa empenhada serão encontrados nas despesas feitas com ela e nos juros vencidos, devendo o excesso, na falta de convenção em contrário, ser abatido no capital que for devido. 2 – Havendo lugar à restituição de frutos, não se consideram estes, salvo convenção em contrário, abrangidos pelo penhor”.

⁵⁶⁸ Nas palavras de ISABEL ANDRADE DE MATOS, esta solução “*significa que o credor vai sendo pago com os frutos percebidos da coisa empenhada, verificando-se uma amortização progressiva da dívida*”. Cfr. citação em *O Pacto Comissório...*, op. cit., p. 131.

⁵⁶⁹ No mesmo sentido, ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE assinalam como “*a dívida vai sendo progressivamente amortizada e o credor é pago, ainda que parcialmente, sem executar a coisa*”, como podemos ler na ob. cit. dos Autores *Garantias de Cumprimento*, ob. cit., p. 174.

É que se o credor pignoratício tiver de devolver os frutos ao autor da garantia, não se têm estes por objecto do penhor, “*salvo convenção em contrário*” (n.º 2).

Esta possibilidade de estabelecer um pacto anticrético como acessório do contrato de penhor contém a função prática relevante de permitir que o credor vá conseguindo uma amortização gradual da dívida que o devedor tem para com ele.

2.2.2 Penhor de direitos

A disciplina do penhor de direitos situa-se entre os artigos 679.º e 685.º do Código Civil e, logo a partir do texto da primeira norma, resulta que o regime do penhor de coisas se aplica supletivamente ao penhor de direitos, dizendo o artigo 679.º que “*São extensivas ao penhor de direitos, com as necessárias adaptações, as disposições da subsecção anterior [penhor de coisas], em tudo o que não seja contrariado pela natureza especial desse penhor ou pelo preceituado nos artigos subsequentes*”.

Os comandos normativos da lei civil referentes ao penhor de direitos aplicam-se outrossim aos títulos de crédito cujo penhor se encontra disciplinado na lei comercial (artigo 399.º do Código Comercial).

Por outro lado, a lei circunscreve os direitos empenháveis aos direitos que recaiam sobre bens móveis e transmissíveis, *ex vi* do artigo 680.º CC que, sob a epígrafe “*Objecto*”, estatui que “*Só é admitido penhor de direitos quando estes tenham por objecto coisas móveis e suscetíveis de transmissão*”⁵⁷⁰.

Assim, poderão hipotecar-se, por exemplo, direito do condómino, direito de usufruto de imóveis ou direito de superfície, mas não poderão ser objecto de penhor, *ex vi* da restrição inscrita no citado artigo 680.º CC.

A limitação que o artigo 680.º CC impõe quanto ao objecto dos direitos empenháveis significa que um direito, para se poder empenhar, só pode ter por objecto uma coisa móvel e transmissível. Vale isto por dizer que esta limitação legal de objecto diz apenas respeito ao objecto dos direitos sobre os quais pode constituir-se penhor e este objecto não se confunde com o objecto da garantia do direito do credor.

Sic, o direito que o penhor assegura pode ter por objecto um imóvel, por exemplo, o direito de crédito de um promitente-comprador de uma casa pode ser garantido por um penhor, este penhor

⁵⁷⁰ Para mais desenvolvimentos, consultar VAZ SERRA, *Penhor*, BMJ, n.º 59, ob. cit., pp. 177 e segs., ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, ob. cit., pp. 543 e segs., M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 869 e segs. e EDUARDO DOS SANTOS, *Curso de Direitos Reais...*, op. cit., pp 176 e segs..

é que só pode recair sobre direitos que tenham por objecto coisas móveis e transmissíveis. O que significa que o direito do promitente-adquirente de um imóvel pode ser garantido por um penhor de jóias, mas este direito do empenhador só pode recair sobre jóias ou outras coisas móveis e transmissíveis.

O que a norma do artigo 680.º CC não permite é que o direito do credor seja garantido por um penhor que tenha por objecto, *verbi gratia*, o direito de crédito de um promitente-comprador de um imóvel⁵⁷¹.

Como doutrina ANTUNES VARELA, “*Nada obsta, com efeito, a que um direito de crédito tendo por objecto coisa «móvel» (uma «jóia», uma «raridade bibliográfica», um conjunto valioso de selos) seja «garantido» por uma «hipoteca» sobre determinado imóvel*”, mas “*Por força da limitação imposta pelo artigo 680.º, não pode constituir objecto de penhor o direito a uma prestação de facto (quer se trate de prestação negativa, quer se trate de prestação positiva), nem o direito a um quinhão hereditário do qual façam parte bens imóveis*”⁵⁷².

Alguma doutrina, a propósito do penhor de direitos, identifica até uma tendência dogmática para incluí-lo nas garantias especiais sobre direitos e não entre os direitos reais de garantia⁵⁷³.

A especificidade do penhor de direitos reside, na verdade, no objecto sobre o qual recai a garantia que é um direito e não uma realidade corpórea, como no penhor de coisas, mas sim uma realidade apenas com existência jurídica. O crédito, como bem económico, pode ser objecto de negócios jurídicos e, nessa medida, onerado⁵⁷⁴.

Na prática, nos contratos de concessão de crédito e de financiamento, os direitos de crédito são cada vez mais importantes no tráfego comercial jurídico, daí o ressurgimento da utilização de uma figura clássica como o penhor, hoje em dia sobretudo na modalidade de penhor de direitos, num tempo de desmaterialização da economia que faz (sobretudo) do penhor de créditos a garantia mais utilizada em relações creditícias nacionais e transfronteiriças⁵⁷⁵.

Quanto aos requisitos formais, o penhor de direitos obedece às mesmas exigências de forma e publicidade para ser constituído que os direitos empenhados para serem transmitidos, *ex vi* do n.º 1 do artigo 681.º CC.

⁵⁷¹ Sobre esta temática, consultar ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, *op. cit.*, pp. 543-544.

⁵⁷² Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, *ob. cit.*, p. 544.

⁵⁷³ Neste sentido, *vide* HUGO RAMOS ALVES, *Do Penhor*, *op. cit.*, p. 139, PEDRO ROMANO MARTINEZ/ PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, *ob. cit.*, p. 181 (nota 439) e LUÍS M. T. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, *op. cit.*, p. 249.

⁵⁷⁴ Ensina CALVÃO DA SILVA em *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 26.

⁵⁷⁵ Cfr. HUGO RAMOS ALVES, *Do Penhor*, *op. cit.*, pp. 140-141.

A razão de ser desta regra radica na circunstância de a constituição de um penhor implicar sempre, em abstracto, a possibilidade de alienação do objecto da garantia, pois se o devedor incumprir a sua obrigação, o credor executará o penhor e, satisfazendo o seu crédito por venda realizada judicial ou extrajudicialmente ou por adjudicação do objecto empenhado (artigos 675.º CC e 401.º CCom), opera-se sempre uma transmissão.

Quanto à eficácia da garantia, manda o n.º 2 do artigo 681.º do CC que no penhor de direitos sobre créditos, a produção de efeitos, mesmo *inter partes*, ocorre só depois da notificação ou aceitação do devedor. Como no penhor de créditos não há *traditio* do objecto da garantia (que assegura a publicidade do acto no penhor de coisas), a lei considera que só com a notificação do penhor ao devedor se obtém o mesmo grau de publicidade em relação a terceiros.

O cotejo com o regime da cessão de créditos é inevitável bem como a conclusão de que é mais exigente o regime de eficácia do penhor de créditos, sem prejuízo da aplicação de muitas normas da cessão de créditos ao penhor de direitos (artigos 577.º e seguintes CC). Mas o regime do penhor de direitos é mais exigente, dizíamos, pois enquanto os efeitos da cessão de créditos se produzem imediatamente *inter partes* e só em relação a terceiros a eficácia depende da notificação ou conhecimento do devedor (artigo 583.º, n.º 1 CC), no penhor de créditos, os efeitos produzem-se, em regra, apenas depois da notificação ou aceitação do devedor (artigo 681.º, n.º 2, CC, primeira parte). Em regra, porque há dois casos em que a eficácia do penhor de créditos não se encontra subordinada à notificação ou aceitação do devedor: no penhor de registo obrigatório⁵⁷⁶, em que a produção de efeitos depende só da inscrição no registo (n.º 2, segunda parte, do artigo 681.º CC) e no caso de cessão de crédito (artigo 681.º, n.º 3 CC).

Nos créditos sujeitos a registo, compreende-se que o registo seja o requisito de eficácia do penhor, entre os quais se assinala o penhor de créditos garantidos por consignação de rendimentos de imóveis e o penhor de créditos hipotecários (artigo 2.º, n.º 1, alínea o) do Código do Registo Predial).

A outra excepção à regra (da subordinação da eficácia do penhor de crédito à notificação ou aceitação do devedor) reporta-se à norma do artigo 583.º, n.º 2 CC, relativa à cessão de créditos, em que o n.º 3 do artigo 681.º CC, por remissão expressa, determina que se aplique ao penhor de créditos. Nos termos conjugados destes dois preceitos, será, assim, inoponível ao credor pignoratício qualquer pagamento que o devedor faça ao empenhador e qualquer negócio jurídico

⁵⁷⁶ Nos termos da al. o) do n.º 1 do artigo 2.º do Código do registo Predial, estão sujeitos a registo “o penhor (...) de créditos garantidos por hipoteca ou consignação de rendimentos (...)”.

relativo ao crédito celebrado entre estes anteriormente à notificação ou ao registo, provando-se que o devedor conhecia o penhor⁵⁷⁷.

Percorridos os traços gerais do regime do penhor de direitos, importa analisar as especificidades da sua execução.

2.2.2.1 Execução

Ao penhor de direitos, dita o artigo 679.º CC que se apliquem as regras do penhor de coisas, onde se inclui a proibição de pacto comissório (artigo 694.º CC, por remissão do artigo 678.º), pelo que incumprindo o devedor, o credor pignoratício não poderá fazer seu o crédito empenhado.

Por outro lado, o artigo 683.º CC estabelece que “*O credor pignoratício é obrigado a praticar os atos indispensáveis à conservação do direito empenhado e a cobrar juros e mais prestações acessórias compreendidas na garantia*”⁵⁷⁸ e o n.º 1 do artigo 685.º CC dispõe ainda que “*deve cobrar o crédito empenhado logo que este se torne exigível*”.

Assim, à luz do preceito transcrito, o credor que tenha a seu favor um penhor de créditos, deve proceder à cobrança do seu crédito assim que este seja exigível, o que pode acontecer antes do vencimento do próprio penhor.

Note-se que relativamente ao créditos que titule não impende sobre o beneficiário do penhor um dever, *proprio sensu*, de cobrar o seu crédito logo que o mesmo se torne exigível, mas em relação ao crédito que foi empenhado a seu favor já existe, sim, uma obrigação legal de proceder à sua cobrança assim que ele se vença, *ex vi* do disposto no n.º 1 do artigo 685.º CC.

A lei permite ao credor pignoratício correr *todos* os riscos com o seu crédito: insolvência do devedor, perecimento do objecto da obrigação, prescrição, entre outros; inversamente, a lei não lhe reconhece o direito de sujeitar o autor do penhor (constituído a seu favor) ao risco de interpelação extemporânea ou inexistente e, por isso, obriga-o a cobrar os créditos empenhados assim que se tornem exigíveis.

Como o vencimento e a cobrança do crédito empenhado pode ocorrer previamente ao vencimento do penhor, uma vez realizado o crédito dado em penhor, a garantia do credor pignoratício passa a ter por objecto a coisa prestada em satisfação do crédito cobrado. Este fenómeno jurídico

⁵⁷⁷ Concluindo ANTUNES VARELA, em *Das Obrigações em Geral*, vol. II, ob. cit., p. 546, dizendo que este regime excepcional do n.º 3 do artigo 681.º do Código Civil é “*Sinal de que o conhecimento efectivo da existência do penhor por parte do devedor pode bem suprir a falta de notificação e de aceitação*”.

⁵⁷⁸ Na sequência do princípio geral enunciado no artigo 671.º, alínea a) do Código Civil segundo o qual o credor pignoratício deve “*guardar e administrar como um proprietário diligente a coisa empenhada, respondendo pela sua existência e conservação*”.

de *sub-rogação real* resulta da determinação inscrita no artigo 685 .º CC (n.º 1, segundo segmento)⁵⁷⁹.

A razão desta previsão legal é a conciliação tutelada dos interesses do credor pignoratício com os do autor do penhor (que titula o crédito dado em penhor). Por um lado, a lei não poderia expor o credor pignoratício ao risco de *desaparecimento* do objecto do penhor, entregando a cobrança do crédito empenhado ao autor do penhor. Por outro lado, não poderia deixar de atribuir a faculdade de cobrar o crédito empenhado ao credor pignoratício ou sujeitaria o titular do crédito dado em penhor ao risco de não ser cobrado o seu crédito.

Cobrado o crédito objecto do penhor, o direito do credor beneficiário da garantia passa a recair sobre o que foi prestado para satisfazer o crédito empenhado-cobrado⁵⁸⁰.

Esta solução legal parece, aliás, em uníssono com a solução natural. Em decorrência do princípio da sub-rogação real, não há qualquer prejuízo ou benefício injustificado para credor ou devedor. O credor pignoratício vê o objecto da garantia de que dispõe ser substituído, *ope legis*, pelo objecto da realização do crédito do empenhador (que ele cobrou) e não fica em situação de vantagem nem de desfavorecimento, porque o objecto da prestação devida no âmbito do crédito empenhado vai desempenhar a função de garantia do próprio crédito cobrado e pelo mesmo valor. A sub-rogação real também não beneficia nem prejudica o autor do penhor, porque se fosse ele a cobrar o seu crédito, destinaria, em princípio, naturalmente, o objecto da prestação que lhe era devida à realização do seu débito que se extinguiria com a permuta, isto é, com o pagamento, pelo que não se vislumbra qualquer desamparo legal da posição jurídica do devedor com este caso de actuação do fenómeno da sub-rogação real.

Diversamente, se o crédito dado em penhor tiver por objecto prestação em dinheiro ou outra coisa fungível, manda o n.º 2 do mesmo artigo 685.º CC que o devedor desse crédito tem obrigatoriamente de realizar a prestação a que está obrigado conjuntamente perante os dois credores: o credor pignoratício e o credor do crédito empenhado e que, inexistindo acordo entre os dois credores, pode o devedor do crédito empenhado consignar em depósito o objecto da prestação a que estava obrigado.

A formulação legal assim o determina, dizendo que “*Se (...) o crédito tiver por objecto a prestação de dinheiro ou de outra coisa fungível, o devedor não pode fazê-la senão aos dois*”

⁵⁷⁹ Nas palavras de ANTUNES VARELA, “*O penhor que até aí tinha por objecto uma «coisa incorpórea», uma coisa ideal, um direito subjectivo, passa a incidir sobre a coisa «material», a «res mobilis», as mais das vezes o «dinheiro» que era objecto da prestação devedora*”. Cfr. ob. cit. de referência do Autor *Das Obrigações em Geral*, vol. II, ob. cit., p. 547.

⁵⁸⁰ Ensina VAZ SERRA que a solução encerra “*uma sub-rogação, sucedendo a coisa ao crédito como objecto do penhor: «res succedit in locum nominis»*”, como podemos ler nos estudos publicados na sequência dos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, na sua ob. cit. *Penhor*, BMJ, n.º 59, p. 212.

credores conjuntamente”, acrescentando que “*na falta de acordo entre os interessados, tem o obrigado a faculdade de usar da consignação em depósito*” (citado artigo 685.º, n.º 2).

Trata-se de uma hipótese que na prática pode ocorrer com muita frequência, correspondendo a todos os casos em que a obrigação consista numa prestação em dinheiro (ou outra coisa fungível) e, porque nestes casos o credor pignoratício pode fazer desaparecer o objecto da prestação devida sem deixar rasto, a lei entendeu demasiadamente oneroso sujeitar o empenhador do crédito a esse risco.

A fungibilidade e a volatilidade do objecto da prestação devida ao autor do penhor do crédito (cobrado pelo credor beneficiário deste penhor) explica o sentido da previsão legal e justifica também que a lei imponha ao devedor do crédito empenhado que não pode realizar a prestação “*senão aos dois credores conjuntamente*”, isto é, a lei manda que o devedor do crédito oferecido em penhor, para cumprir, só pode realizar a prestação a que está obrigado se o fizer conjuntamente ao *seu* credor (que é o autor do penhor) e ao credor pignoratício (que é o beneficiário do penhor). Este comando normativo tem ainda um outro alcance: não permite ao credor pignoratício cobrar o crédito empenhado que tenha por objecto uma prestação pecuniária (ou outro bem de natureza fungível).

E, sob outro prisma de interpretação da norma legal, quanto às dúvidas que possam suscitar-se nos casos em que credor pignoratício e devedor do crédito empenhado sejam a mesma pessoa, acolhe-se o entendimento segundo o qual “*a disciplina do citado n.º 2 do artigo 685.º do Código Civil só tem relevância prática quando o credor for um terceiro*”⁵⁸¹.

Em decorrência do dever de cobrança do crédito empenhado que a lei faz impender sobre o beneficiário do penhor de créditos, o n.º 4 do artigo 685.º CC determina que o titular do crédito objecto do penhor só pode receber a prestação do seu crédito se o credor pignoratício der o seu consentimento. Nesse caso, porque o credor pignoratício prescinde, por livre vontade, do objecto da garantia do seu crédito, o penhor perde o seu mecanismo operativo, fica sem objecto e, portanto, o corolário lógico é que a lei considere extinto o próprio penhor⁵⁸².

⁵⁸¹ Como proclamam PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, na sua *op. cit. Garantias de Cumprimento*, pp. 184-185.

⁵⁸² Existe nesta cominação da parte final do n.º 4 do artigo 685.º do Código Civil um certo afloramento dos requisitos gerais relativos ao objecto negocial. Na verdade, estabelece o artigo 280.º do Código Civil que o negócio jurídico que tenha um objecto física ou legalmente impossível é nulo. Ora, ao prestar consentimento para que o titular do crédito empenhado possa aceitar o cumprimento da prestação que lhe é devida, o credor pignoratício esvazia completamente de objecto o penhor que tinha a seu favor. Esta garantia torna-se, assim, um negócio jurídico com um objecto legalmente impossível, portanto, nulo e de nenhum efeito, à luz das regras gerais da validade negocial. A solução legal da extinção do penhor não deixa, então, de operar um efeito jurídico equivalente à nulidade.

2.2.3 Penhor mercantil

O penhor mercantil encontra-se regulado no Código Comercial, definindo-o o artigo 397.º daquele diploma nos seguintes termos: “*Para que o penhor seja considerado mercantil é mister que a dívida que se cauciona proceda de ato comercial*”.

O penhor será mercantil se idêntica estirpe tiver a dívida garantida e será civil essa for a génese da obrigação que garante⁵⁸³. Em princípio, a qualidade de comerciantes (ou não) dos contraentes não será decisiva. O que dita a natureza do penhor é a natureza (necessariamente) comercial da actividade que gerou a dívida, ou seja, da actividade subjacente ao contrato (de penhor)⁵⁸⁴, de tal modo que se a dívida que se assegura com o penhor proceder de acto de comércio (artigo 2.º CCom)⁵⁸⁵, o penhor terá natureza mercantil⁵⁸⁶⁻⁵⁸⁷.

A figura recorta-se pela disciplina estabelecida no Código Comercial, nos artigos 397.º a 402.º, mas também, supletivamente, pelas regras gerais do penhor civil, vertida nos artigos 666.º a 685.º CC e ainda pelo regime dos *subtipos* de penhor mercantil, a que nos referiremos *infra*⁵⁸⁸. Do regime privativo do penhor mercantil, fazem parte duas previsões que evidenciam constituir uma modalidade com uma disciplina distinta do penhor civil, desde logo relativamente à entrega da coisa empenhada, em que, contrariamente à regra do penhor civil (artigo 669.º CC), no penhor mercantil de coisas, a lei comercial dispensa a *traditio* material e atribui valor jurídico

⁵⁸³ Sobre esta matéria, *vide* PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento, op. cit.*, pp. 177 e segs. e CUNHA GONÇALVES, *Comentário do Código Comercial Português*, vol. II, Empresa Editora José Bastos, Lisboa, 1916, pp. 459 e segs..

⁵⁸⁴ A exemplo de outros contratos previstos na lei comercial, como o empréstimo (artigo 396.º CCom) ou o depósito (artigo 403.º CCom).

⁵⁸⁵ Mais amplamente, sobre a classificação dos actos de comércio, e, em particular, sobre a conceptualização de actos subjectivamente comerciais e objectivamente comerciais, consultar JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, nas suas lições *Curso de Direito Comercial*, vol. I, ob. cit., pp. 43 e segs..

⁵⁸⁶ Exemplificando, com o caso descrito por ENGRÁCIA ANTUNES, em *Direito dos Contratos Comerciais*: “*penhor para caucionar dívida civil de comerciante não possuirá natureza comercial, já sendo comercial um penhor concluído entre particulares para garantir dívida emergente de acto comercial esporádico ou ocasional praticado por qualquer deles*”.

⁵⁸⁷ Sublinhe-se que o acto comercial tanto pode sê-lo objectivamente como subjectivamente, à luz do disposto na segunda parte, do n.º 2 do artigo 2.º CCom, pelo que a imensa maioria dos penhores prestados por comerciantes revestirão natureza mercantil, porquanto a dívida que caucinam derivará, quase sempre, de um acto comercial (objectiva ou subjectivamente). *Vide* também penúltima nota.

⁵⁸⁸ Entre os mais importantes *subtipos* de penhor mercantil, estão o penhor de estabelecimento e o penhor de EIRL (este regido pelo Decreto-Lei n.º 248/86, de 25 de Agosto, no artigo 21.º, n.º 2), penhor de participações sociais (artigo 23.º, n.ºs 3 e 4 CSC), penhor cambiário (artigo 19.º da LULL), penhor de valores mobiliários (artigos 81.º e 103.º CVM), penhor em garantia de créditos bancários (Decretos-Leis n.ºs 29 833, de 17 de Agosto de 1939 e 32 032, de 22 de Maio de 1942) e o penhor financeiro (Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio).

à entrega simbólica. A validade não depende do desapossamento⁵⁸⁹, sendo suficiente entregar declarações ou documentos que atestem a titularidade, característica emergente de duas previsões normativas: possibilidade de entrega a terceiro (“*Pode convencionar-se a entrega do penhor mercantil a terceira pessoa*”, segundo o corpo do artigo 398.º CCom) e também a possibilidade de ser feita uma entrega simbólica (nos termos descritos e previstos no § único do mesmo artigo 398.º)⁵⁹⁰.

De igual modo, nos contratos de créditos bancários, o penhor constituído como garantia produz efeitos, *inter partes* e *erga omnes*, sem a entrega do bem empenhado, pelo autor da garantia, ao credor ou a terceiro. É o que resulta do Decreto n.º 29 833, de 17 de Agosto de 1939 que determina ainda a qualificação do empenhador como possuidor em nome alheio, para protecção do credor pignoratício, tipificando como crime de furto a alienação, modificação ou desvio do objecto da garantia sem autorização escrita do credor e ainda a constituição de um novo penhor sobre o mesmo bem sem menção expressa na nova garantia da existência de penhor anterior (vale aqui plenamente a regra *prior in tempore potior in iure*, nos termos do artigo 1.º do apontado diploma e, portanto, terá preferência o penhor com data mais antiga)⁵⁹¹⁻⁵⁹²⁻⁵⁹³.

No penhor mercantil de direitos, a regra geral inscrita no n.º 1 do artigo 681.º CC tem de conjugar-se com a disposição especial da lei comercial relativa ao penhor em títulos de crédito

⁵⁸⁹ Vide mais amplamente a matéria do penhor sem desapossamento, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, «O Penhor sem Entrega no Direito Luso-Brasileiro», ob. cit., pp. 199 e segs. e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, op. cit., pp. 177 e segs..

⁵⁹⁰ Em geral, sobre as garantias mobiliárias sem desapossamento, consultar BOUZA VIDAL, *Las Garantías Mobiliarias en el Comercio Internacional*, ob. cit., pp. 79 e segs..

⁵⁹¹ Vide CHRISTIAN GAVALDA/JEAN STOUFFLET, *Droit Bancaire*, Litec, Paris, 1992, p. 315, em que os Autores afirmam que as instituições bancárias, na prática, são um dos grandes beneficiários (da modalidade) do penhor sem desapossamento.

Na verdade, o penhor em garantia de créditos bancários é possível sem desapossamento, à luz do disposto nos Decretos-Leis n.ºs 29 833, de 17 de Agosto de 1939 e 32 032, de 22 de Maio de 1942, como melhor veremos *infra* em texto.

⁵⁹² Também no penhor agrícola é possível a constituição da garantia sem desapossamento, nos termos conjugados dos artigos 397.º e segs. do Código Comercial e dos Decretos-Leis n.ºs 29 833, de 17 de Agosto de 1939 e 32 032, de 22 de Maio de 1942.

De igual modo, o penhor em garantia de créditos bancários é possível sem desapossamento, à luz do disposto nos Decretos-Leis n.ºs 29 833, de 17 de Agosto de 1939 e 32 032, de 22 de Maio de 1942, como melhor veremos *infra* em texto.

⁵⁹³ Aliás, em comentário ao artigo 668.º CC (que salvaguarda, *expressis verbis*, a prevalência de regimes de penhor estabelecidos em legislação especial sobre o regime geral do Código Civil), PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, na sua op. cit. de referência *Código Civil Antotado*, vol. I, pp. 686-687, sublinham como “*são muitas as disposições especiais sobre penhor, sobretudo pelo que respeita à dispensa de entrega da coisa*” e indicam uma extensa lista de diplomas avulsos.

(artigo 399.º CCom) e demais disposições a aplicar no caso de penhor de acções (artigo 23.º, n.º 3 CSC) e obrigações (artigo 81.º, n.º 1 e 103.º CVM).

A apontada regra geral exige que o penhor de direitos seja constituído observando os requisitos de forma e de publicidade obrigatórios para se transmitir esses direitos (a empenhar).

Assim, nos casos em que o penhor mercantil tenha por objecto títulos de crédito (modalidade prevista no artigo 399.º CCom⁵⁹⁴), o que se empenha são os créditos que o título de crédito representa e estar-se-á, *hic sensu*, perante um penhor de direitos, v.g. quando se constitua um penhor sobre letras, acções ou obrigações.

O penhor de letras constitui-se por endosso, com a menção “valor em garantia”, “valor em penhor” ou outra semelhante que expresse a ideia de garantia, como determina o artigo 19.º da Lei Uniforme Relativa às Letras e Livranças⁵⁹⁵.

A constituição de um penhor de acções e obrigações difere em função da natureza escritural ou titulada dos valores mobiliários, *ex vi* dos artigos 81.º⁵⁹⁶ e 103.º⁵⁹⁷ do Código dos Valores Mobiliários.

⁵⁹⁴ RUI PINTO DUARTE diz que o artigo 399.º do Código Comercial se encontra tacitamente revogado por legislação posterior especial referente a letras, acções e obrigações, como se lê na p. 225 do seu manual *Curso de Direitos Reais*, ob. cit..

MENEZES LEITÃO, de igual modo, afirma que a “*disposição encontra-se, no entanto, derrogada por disposições posteriores, já que o penhor de letras é actualmente regulado pelo art. 19.º da LULL, o penhor de participações sociais pelo artigo 23.º, n.ºs 3 e 4 CSC e o penhor sobre valores mobiliários pelos arts. 81.º e 103.º CVM*”. Cfr. LUÍS M. T. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, op. cit., pp. 177-178.

⁵⁹⁵ É o seguinte o texto do artigo do 19.º da Lei Uniforme das Letras e Livranças: “*Quando o endosso contém a menção «valor em garantia» ou «valor em penhor» ou qualquer outra menção que implique uma caução, o portador pode exercer todos os direitos emergentes da letra, mas um endosso feito por ele só vale como endosso de procuração. Os co-obrigados não podem invocar contra o portador as excepções fundadas nas relações pessoais deles com o endossante, a menos que o portador, ao receber a letra, tenha procedido conscientemente em detrimento do devedor*”.

⁵⁹⁶ O artigo 81.º do Código dos Valores Mobiliários, sob a epígrafe “Penhor” estabelece que “*1 – O penhor de valores mobiliários constitui-se 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. 2 – O penhor pode ser constituído por registo em conta do credor pignoratício, quando o direito de voto lhe tiver sido atribuído. 3 – A entidade registadora onde está aberta a conta dos valores mobiliários empenhados não pode efectuar a transferência desses valores para conta aberta em outra entidade registadora, sem prévia comunicação ao credor pignoratício. 4 – Salvo convenção em contrário, os direitos inerentes aos valores mobiliários empenhados são exercidos pelo titular dos valores mobiliários empenhados. 5 – O disposto nos n.ºs 1 a 3 é aplicável, com as devidas adaptações à constituição do usufruto e de quaisquer outras situações jurídicas que onerem os valores mobiliários*”.

⁵⁹⁷ A norma do artigo 103.º do Código dos Valores Mobiliários determina que “*A constituição, modificação ou extinção de usufruto, de penhor ou de quaisquer situações jurídicas que onerem valores mobiliários titulados é feita nos termos correspondentes aos estabelecidos para a transmissão da titularidade dos valores mobiliários*”.

Nestes termos, o penhor que incida sobre valores mobiliários escriturais constitui-se por registo em conta e para empenhar valores mobiliários titulados basta obedecer às regras relativas à constituição, modificação e extinção destes.

Assim, basta proceder à entrega do título (ao credor ou a depositário por este indicado) no caso de *penhor de valores mobiliários titulados ao portador não depositados* e, nos casos em que o credor pignoratício indique que o título deve ser entregue a um depositário junto do qual o mesmo título já se encontra depositado (*penhor de valores mobiliários titulados ao portador depositados*), o penhor constitui-se por registo em conta do beneficiário da garantia e os seus efeitos produzem-se a partir da data do requerimento do registo – artigo 101.^{o598} do Código dos Valores Mobiliários. Penhor de valores mobiliários titulados nominativos, segundo o artigo 102.^{o599} do Código dos Valores Mobiliários, constitui-se por endosso e registo.

Como vimos, o penhor mercantil apresenta a grande vantagem de poder ser constituído sem entrega da coisa empenhada. Situação vantajosa para o devedor, desde logo, porque mantém o uso da coisa, mas também para o credor, uma vez que não lhe incumbe o dever de guardar, manter e administrar o objecto do penhor, apesar de correr o risco de sonegação ou venda da segurança do seu crédito⁶⁰⁰.

⁵⁹⁸ Quanto à transmissão de valores mobiliários titulados ao portador, estabelece o artigo 101.^o do Código dos Valores Mobiliários que “1 – Os valores mobiliários titulados ao portador transmitem-se por entrega do título ao adquirente ou ao depositário por ele indicado. 2 – Se os títulos já estiverem depositados junto do depositário indicado pelo adquirente, a transmissão efectua-se por registo na conta deste, com efeitos a partir da data do requerimento do registo. 3 – Em caso de transmissão por morte, o registo referido no número anterior é feito com base nos documentos comprovativos do direito à sucessão.”

⁵⁹⁹ Relativamente à transmissão de valores mobiliários titulados, determina o artigo 102.^o do Código dos Valores Mobiliários que “1 – Os valores mobiliários titulados nominativos transmitem-se por declaração de transmissão, escrita no título, a favor do transmissário, seguida de registo junto do emitente ou junto de intermediário financeiro que o represente. 2 – A declaração de transmissão entre vivos é efectuada: a) Pelo depositário, nos valores mobiliários em depósito não centralizado, que lavra igualmente o registo na conta do transmissário; b) Pelo funcionário judicial competente, quando a transmissão dos valores mobiliários resulte de sentença ou de venda judicial; c) Pelo transmitente, em qualquer outra situação. 3 – A declaração de transmissão por morte do titular é efectuada: a) Havendo partilha judicial, nos termos da alínea b) do número anterior; b) Nos restantes casos, pelo cabeça-de-casal ou pelo notário que lavrou a escritura de partilha. 4 – Tem legitimidade para requerer o registo junto do emitente qualquer das entidades referidas nos n.ºs 2 e 3. 5 – A transmissão produz efeitos a partir da data do requerimento de registo junto do emitente. 6 – Os registos junto do emitente, relativos aos títulos nominativos, são gratuitos. 7 – O emitente não pode, para qualquer efeito, opor ao interessado a falta de realização de um registo que devesse ter efectuado nos termos dos números anteriores.”

⁶⁰⁰ Encontramos na doutrina Autores que salientam a importância das *novas* modalidades de penhor mercantil, atendendo à difícil conciliação entre a estrutura rígida dos direitos reais (mormente quanto aos formalismos relativos à sua constituição, modificação e extinção) e a intensidade e rapidez das relações comerciais. É o caso de OLIVENCIA RUIZ que destaca que as modalidades hodiernas do penhor mercantil sem desapossamento traduzem uma certa *desincorporação* da garantia relativamente ao seu objecto, assumindo-se como um mecanismo de segurança de crédito com existência somente jurídica, sem incidência material, factual, a tal ponto que a natureza real das garantias se traduz, muitas vezes, numa *ficção jurídica*. Cfr. OLIVENCIA RUIZ, «Introducción al Estudio

No penhor mercantil, dispensa-se a entrega efectiva, o desapossamento, bastando a entrega simbólica, razão por que os tribunais superiores, há muito, unanimemente, declaram a desnecessidade de desapossamento do bem empenhado⁶⁰¹ e, nessa medida, a possibilidade de ficar o empenhador fiel depositário do objecto da garantia (que permanecerá na sua posse)⁶⁰². Quanto aos requisitos formais de constituição do penhor mercantil, têm aqui plena aplicação as regras gerais de validade dos negócios jurídicos da lei civil, pelo que inexistindo no regime do penhor norma específica semelhante ao artigo 712.º CC, prevendo expressamente a possibilidade de constituição da hipoteca voluntária quer por contrato quer por declaração unilateral, pergunta-se se poderá o penhor ser constituído por negócio unilateral. E apesar da excepcionalidade do regime dos negócios unilaterais a resposta é afirmativa. Sabemos já da validade e eficácia das garantias pessoais constituídas unilateralmente, nada obstando, então, diz-nos o Supremo Tribunal de Justiça, à validade e eficácia do penhor mercantil a sua constituição por declaração unilateral do empenhador⁶⁰³.

De natureza mercantil será também o penhor que incida sobre o direito ao trespasse e arrendamento de um estabelecimento comercial. De facto, se a garantia tiver por objecto o direito ao trespasse de estabelecimento e o direito ao arrendamento do locado onde ele funciona, o que é dado em penhor é o estabelecimento enquanto universalidade (unidade) jurídica. Neste caso, empenha-se o direito de propriedade do autor da garantia sobre o complexo organizado de bens e serviços destinado ao exercício do comércio⁶⁰⁴.

O penhor sobre direito ao trespasse e arrendamento de estabelecimento é mercantil, pelo que é perfeitamente válido continuando o seu dono com a posse do mesmo, embora em nome alheio, como detentor e na qualidade de fiel depositário (com os deveres de custódia próprios da figura⁶⁰⁵).

Aliás, a possibilidade de o penhor ficar em poder de terceiro encontra-se expressamente consagrada no artigo 398.º CCom e constitui mais uma das especificidades do penhor mercantil.

de las Garantías Mobiliarias en el Derecho Mercantil», *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, Tomo II, *Garantías Reales*, Volume I, *Garantías Mobiliarias*, organizado por Nieto Carol e Muñoz Cervera, Madrid, 1996, pp. 52 e segs..

⁶⁰¹ Cfr. Acórdão do STJ de 23 de Abril de 1992 (relator Ricardo da Velha), *in* BMJ, n.º 416 (1992), pp. 664-670 e acórdãos indicados na nota seguinte.

⁶⁰² *Vide* Acórdão do STJ de 26 de Junho de 1953 (relator Jaime Tomé), *in* BMJ, n.º 37 (1953), pp. 423-426 e, do mesmo relator, Acórdão do STJ de 25 de Janeiro de 1955, *in* BMJ, n.º 47 (1955), pp. 480-482.

⁶⁰³ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1997, *in* «Colectânea de Jurisprudência (Supremo Tribunal de Justiça)», V (1997), Tomo II, p. 148.

⁶⁰⁴ *Vide* várias propostas doutrinárias de aproximação ao conceito de *estabelecimento comercial* na nota 551.

⁶⁰⁵ Os deveres gerais do depositário constam dos artigos 1187.º e segs. CC e, em especial para o credor pignoratício, os constantes no artigo 671.º CC que se aplicam, com as necessárias adaptações, ao devedor-empenhador, no caso de penhor sem desapossamento.

Nessa hipótese, assiste ao credor pignoratício o direito de sequela que é decorrente dos direitos que esta garantia lhe confere e, nessa medida, a circunstância de, v.g., o estabelecimento comercial estar em poder de terceiro, não afasta o direito de reivindicação do credor⁶⁰⁶.

Quanto à eficácia, o penhor mercantil produz efeitos plenos, *erga omnes*, bastando, para tanto, que *se prove por escrito*, como dispõe o artigo 400.º CCom, em assinalável distanciamento da regra geral do n.º 1 do artigo 669.º CC que faz depender a eficácia da garantia da *traditio* do penhor ou da entrega de documento que confira a exclusiva disponibilidade da coisa empenhada. Com efeito, estoutra norma específica do penhor mercantil dispensa a observância de qualquer forma especial para que seja eficaz *inter partes*, determinando que apenas “*em relação a terceiros*” e “*por quantia excedente a duzentos mil réis*” se exige, mas “*basta que se prove por escrito*”. Vale isto por dizer que os efeitos pignoratícios do penhor mercantil se produzem com a mera ostentação do documento onde se reduziu a escrito a prestação da garantia e ainda que o *escrito* não represente nem atribua disponibilidade privativa do penhor⁶⁰⁷.

O penhor mercantil pode ainda revestir, entre outras, as modalidades de penhor de títulos de mercadorias ou de aplicações financeiras, em função do seu objecto. No penhor sobre aplicações financeiras, a garantia incide sobre o direito de crédito do titular da aplicação junto de uma instituição de crédito (por exemplo, um depósito bancário).

Como se executa o penhor mercantil é a matéria que se segue.

2.2.3.1 Execução

Subsidiário do regime do penhor civil, o penhor mercantil pode ser executado judicial ou extrajudicialmente (se as partes convencionarem esta última possibilidade), nos exactos termos do artigo 675.º CC, isto é, o credor pode realizar a venda extraprocessual do bem empenhado ou pagar-se com o próprio objecto do penhor pelo valor que judicialmente for determinado, como vimos *supra* no penhor civil.

No que respeita às normas privativas do penhor mercantil, nos casos em que deve ser executado, por falta de pagamento, através de venda, existe a possibilidade de ser realizada por intermédio

⁶⁰⁶ Vide Acórdão do STJ de 29 de Novembro de 2001, in CJ, Ano XI, T. III, p. 125.

⁶⁰⁷ ENGRÁCIA ANTUNES, em *Direito dos Contratos Comerciais*, ob. cit., p. 375 (nota 661) suscita uma dúvida pertinentíssima (sem resposta) sobre a forma como devemos ler hoje a quantia *duzentos mil réis* fixada no artigo 400.º CCom como o valor a partir do qual a eficácia do penhor entre comerciantes em relação a terceiros depende *que se prove por escrito*, porque o legislador não procedeu à actualização em face da moeda com curso legal entre nós até agora (nem em escudos nem em euros). E fica ainda sem resposta a questão dos requisitos de eficácia e regime probatório do penhor mercantil que caucione uma dívida com *quantum* incerto, por exemplo, no caso de penhor para assegurar o pagamento do saldo (final) de uma conta-corrente.

de corretor, desde que se notifique o devedor, como consagra o artigo 401.º CCom, estabelecendo que “*Devendo proceder-se à venda do penhor mercantil por falta de pagamento, poderá esta efectuar-se por meio de corretor, notificado o devedor*”.

A previsão expressa de intermediação da venda através de corretor elege como situações a que o preceito se reporta o penhor mercantil de títulos de crédito, de valores mobiliários⁶⁰⁸ ou de mercadorias com cotação em mercados regulamentados.

A interpretação do artigo 401.º CCom, à luz das regras gerais do penhor civil – como se impõe uma vez que o regime do penhor mercantil é subsidiário do regime do penhor civil –, tem gerado ampla discussão doutrinária. A questão gira em torno de saber se a venda por intermédio de um corretor pode apenas ocorrer quando haja convenção de venda extrajudicial (artigo 675.º, n.º 1, CC, segunda parte) ou se é também aplicável às situações em que o penhor mercantil seja executado segundo a comum venda judicial.

Entre os Autores que entendem que a norma da lei comercial se limita a apontar uma forma possível para se proceder à venda, tanto à venda judicial como à venda extrajudicial, situa-se PINTO DUARTE para o qual não resulta do teor do artigo 401.º CCom “*só por si, autorizar a venda extrajudicial, mas apenas (...) indicar uma modalidade possível de venda, mesmo na execução judicial*”⁶⁰⁹.

CUNHA GONÇALVES, aliás, pioneiro neste entendimento segundo o qual, perante o incumprimento de uma obrigação comercial garantida por penhor de títulos de crédito, valores mobiliários ou outros com cotação bolsista, a venda por intermédio de corretor, uma vez notificado o devedor, será uma opção válida em ambos os cenários: quer na venda judicial quer na venda extrajudicial (sempre que o credor puder vender extraprocessualmente o penhor, isto é, sempre que as partes o tenham convencionado, nos termos da segunda parte do artigo 675.º, n.º 1, CC). De acordo com esta interpretação, na venda judicial, tem plena aplicação o artigo 401.º CCom; na venda extrajudicial, a aplicação fica dependente de as partes terem convencionado a faculdade de o credor pignoratício proceder à venda extraprocessual da garantia, ou seja, fica dependente do preenchimento do requisito de validade desta modalidade de execução do penhor (civil), constante no segundo segmento do citado n.º 1 do artigo 675.º CC.

⁶⁰⁸ Estabelece o artigo 1.º do Código dos Valores Mobiliários que “*São valores mobiliários, além de outros que a lei como tal qualifique: a) As acções; b) As obrigações; c) Os títulos de participação; d) As unidades de participação em instituições de investimento colectivo; e) Os warrants autónomos; f) Os direitos destacados dos valores mobiliários referidos nas alíneas a) a d), desde que o destaque abranja toda a emissão ou série ou esteja previsto o acto de emissão; g) Outros documentos representativos de situações jurídicas homogéneas, desde que sejam susceptíveis de transmissão em mercado.*”

⁶⁰⁹ Cfr. RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais...*, ob. cit., pp. 225-226.

O mesmo Autor realça que dispõem dos mesmos direitos o titular de um penhor mercantil e o credor num penhor civil, ante o incumprimento da obrigação garantida, podendo ambos: executar o penhor por via judicial (artigo 675.º, n.º 1, CC, primeira parte) ou vender extrajudicialmente o objecto da garantia (se tal tiver sido acordado com o autor do penhor, nos termos da segunda do n.º 1 do referido artigo 675.º) ou mesmo ficar com o bem para si pelo valor que o tribunal fixar, se as partes assim o convencionarem (à luz da previsão do n.º 2 do artigo 675.º CC)⁶¹⁰.

Diversamente, FAZENDA MARTINS entende que o artigo 401.º CCom permite que o objecto do penhor mercantil seja vendido com intervenção de corretor, extrajudicialmente e independentemente de pacto das partes nesse sentido⁶¹¹.

Segundo esta visão⁶¹², a especificidade do regime do penhor mercantil residiria precisamente na possibilidade de execução da garantia de forma mais eficiente e breve, facultando-se o mecanismo de venda extrajudicial, sem necessidade de observância dos requisitos do artigo 675.º CC.

De igual modo, SALVADOR DA COSTA, destaca que a particularidade do regime do penhor mercantil é a prerrogativa de o credor pignoratício poder vender o bem empenhado (se for título de crédito, valor mobiliário ou outro cotado em bolsa de valores ou de mercadorias), através de um corretor, além de poder executar o penhor utilizando os mecanismos que o Código Civil lhe atribui⁶¹³.

Em homenagem aos interesses dignos de tutela jurídica em que se funda a proibição do pacto comissório e em coerência com esta interdição legal, preferimos posição que tenha em linha de

⁶¹⁰ CUNHA GONÇALVES, em *Comentário do Código Comercial Português*, vol. II, ob. cit., p. 467, defende que o credor pignoratício civil ou mercantil têm o direito “*de fazer vender judicialmente o penhor ou, havendo convenção expressa, de o vender extrajudicialmente ou ficar com ele pela avaliação convencionada ou feita de comum acordo*”, in *Comentário do Código Comercial Português*, op. cit., p. 467.. Importa sublinhar que o Autor sustenta que o bem empenhado pode, sem mais, ser adjudicado ao credor pignoratício “*pela avaliação convencionada ou feita de comum acordo*”, não sendo esta posição acompanhada pela doutrina que alerta para a semelhança entre os perigos de tal convenção e os do pacto comissório para o devedor, sobretudo se celebrada antes do vencimento da obrigação.

⁶¹¹ Vide JOSÉ PEDRO FAZENDA MARTINS, *Direitos reais de gozo e garantia sobre valores mobiliários*, ob. cit., pp. 112-113.

⁶¹² Visão que também TIAGO SOARES DA FONSECA parece acompanhar – cfr. *O Penhor de Acções*, ob. cit., p. 113.

⁶¹³ Como SALVADOR DA COSTA afirma em *O Concurso de Credores*, op. cit., p. 82: “*o credor pode implementar a venda do objecto mediato do contrato de penhor através de corretor, naturalmente se se tratar de títulos de crédito ou de bens transaccionáveis nas bolsas de valores ou de mercadorias. Mas a lei não exclui que, havendo acordo, o credor faça vender extrajudicialmente o objecto do penhor nos termos do n.º 1 do artigo 675.º do Cód. Civil, ou em acção executiva, ou antecipadamente através do processo especial a que se refere o art. 1013.º do Cód. Proc. Civil*”.

conta os interesses do devedor, não permitindo, por exemplo, que o bem empenhado possa ser vendido à margem de um processo executivo sem o seu consentimento (expresso).

Acolhemos, assim, a interpretação do artigo 401.º CCom no sentido de permitir a venda do penhor por meio de corretor apenas quando a venda extrajudicial tenha sido estipulada pelas partes, nos termos previstos no n.º 1 do artigo 675.º CC.

2.2.4 Penhor de aplicações financeiras

O penhor de aplicações financeiras corresponde a uma garantia real muito usada como segurança dos créditos de instituições bancárias e que pode recair sobre aplicações financeiras, como sucede em tantos casos, o que significa que este *subtipo* de penhor pode ser um penhor de direitos.

A *praxis* negocial bancária tem contribuído para a criação de novos tipos sociais em matéria de garantias das obrigações, em que o credor (banco) procura, anelante, o melhor de dois mundos: a segurança das garantias reais e a *maleabilidade* das garantias pessoais⁶¹⁴⁻⁶¹⁵.

No caso de assumir a modalidade de penhor de direitos, o seu regime é o previsto nos artigos 679.º e seguintes CC, como vimos *supra*.

Se o devedor dá em penhor (as) aplicações que possui junto da própria instituição bancária credora, os benefícios são evidentes para ambas as partes: o credor goza da solidez de uma garantia real, a que acresce a disponibilidade de que dispõe sobre o objecto do penhor, e o devedor vê intocada a rentabilidade do investimento que oferece em penhor e tem a segurança de saber que o credor só poderá mobilizar o penhor antes do vencimento da aplicação no caso de inadimplemento da sua parte⁶¹⁶.

⁶¹⁴ A respeito desta temática, GINO GORLA/PIETRO ZANELLI, em *Del Pegno. Delle Ipoteche. Art. 2784-2899*, 4.ª edição, Zanichelli e Foro Italiano, Bolonha e Roma, 1992, pp. 1 e segs., apontam para a criação extra-legislativa de um *penhor bancário*.

⁶¹⁵ Perante esta prática de *penhor bancário* como nova modalidade de penhor, MARÍA CRUZ MORENO entende que se trata de uma prática lícita, mas que configura um penhor irregular, como melhor se pode ler em *La Prenda Irregular*, Madrid, 1995, pp. 87 e segs. e 156 e segs..

⁶¹⁶ Para mais desenvolvimentos sobre a figura do penhor de depósitos bancários e demais aplicações financeiras, vide GIACOMO MOLLE, *I Contratti Bancari*, 4.º edição, Milão, 1981, pp. 229 e segs. e 321 e segs., JOSÉ MANUEL FÍNEZ RATÓN, *Garantías sobre Cuentas y Depósitos Bancarios. La Prenda de Créditos*, Barcelona, 1994, pp. 21 e segs., DOMINIQUE LECHIEN, «Les Mécanismes de Sûretés Réelles sur Instruments Financiers Placés en Compte», *Le Nouveau Droit des Garanties sur Instruments Financiers* (coordenação Michèle Grégoire), Bruxelas, 2006, pp. 2 e segs. e DOMINIQUE LEGEAIS, *Sûretés et Garanties du Crédit*, 5.ª edição, LGDJ, Paris, 2006, pp. 333 e segs..

Esta modalidade de penhor pressupõe, *naturaliter*, existência de depósito junto do banco credor que para ser dado em penhor revestirá, em termos contratuais, a forma de um (também convencionado⁶¹⁷) *produto bancário*.

A exigência de um depósito bancário, que depois é dado em garantia pelo devedor-depositante, flexibiliza a posição jurídica do depositário, como futuro credor, porque independentemente do entendimento dogmático a respeito da natureza jurídica do depósito⁶¹⁸ bancário⁶¹⁹, certo é que, por via do depósito, a propriedade do dinheiro depositado é transferida para o banco depositante, *ex vi* do artigo 1144.º CC que estatui que as “*coisas mutuadas tornam-se propriedade do mutuário pelo facto da entrega*”. Ora, esta norma refere-se ao *mútuo*, mas mesmo para os Autores que defendem que o depósito bancário não corresponde a um *mútuo*, mas sim a um *depósito irregular*, a transmissão da propriedade do dinheiro depositado ocorre de igual modo, porque o preceito transcrito também se aplica ao depósito irregular, por remissão do artigo 1206.º CC.

É-nos mais próximo o entendimento do depósito bancário como depósito irregular⁶²⁰ que tem por objecto dinheiro, portanto “*tem por objecto coisas fungíveis*”, como o próprio artigo 1205.º CC estabelece na noção legal de depósito irregular.

Uma vez transferida para o banco depositário a propriedade do dinheiro objecto do (contrato de) depósito, nasce na esfera jurídica do depositante um direito de crédito ao reembolso do valor depositado e é este direito de crédito que depositante-devedor dá em garantia ao credor-depositário e que para ele representa a segurança da relação que (já) tem com a coisa, característica das figuras fiduciárias, em adição ao seu valor e segurança própria das garantias reais.

O penhor de um depósito bancário equivale ao penhor de um direito de crédito. E o que se identifica como privativo da figura do penhor de aplicações financeiras é a disponibilidade apriorística que o credor tem sobre o *quid* do direito que o devedor lhe vai oferecer em garantia⁶²¹.

⁶¹⁷ Entre depositante (cliente bancário) e depositário (banco).

⁶¹⁸ O contrato de depósito, diz-nos o artigo 1185.º CC que é o “*contrato pelo qual uma das partes entrega à outra uma coisa, móvel ou imóvel, para que a guarde e restitua quando for exigida*”.

⁶¹⁹ Acerca da polémica sobre a natureza jurídica do depósito bancário, *vide* PAULA PONCES CAMANHO, *Do Contrato de Depósito Bancário*, Coimbra, 1998, pp. 145 e segs. e LACERDA BARATA, «Contrato de Depósito Bancário», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, volume, II, *Direito Bancário*, Coimbra, 2002, pp. 41 e segs..

⁶²⁰ Em linha com PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, *op. cit.*, vol. II, p. 863, CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, *ob. cit.*, p. 349, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, p. 572 e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações – Contratos em Especial*, vol. III, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 496.

⁶²¹ Sobre a perspectiva do penhor de aplicações financeiras como *penhor irregular*, *vide* MARÍA CRUZ MORENO, *La Prenda Irregular*, *op. cit.*, pp. 87 e segs. e GIACOMO MOLLE, *I Contratti bancari*, *ob. cit.*, pp.

Assim, um penhor sobre aplicações financeiras pode ter por objecto um simples depósito à ordem ou a prazo e não só, *proprio sensu*, aplicações em produtos financeiros.

É no nosso entendimento que a hipótese descrita configura, inegavelmente, um penhor. Todavia, a este respeito, cumpre assinalar o sentido convulso de um Acórdão da Relação do Porto, de 3 de Outubro de 1996⁶²², que faz uma leitura totalmente inesperada do quadro contratual, qualificando um (o) *penhor de conta bancária* como *fiança*. A situação factual *sub iudice* era a de um crédito que um banco tinha sobre uma sociedade que foi garantido por um depósito de que os sócios eram solidariamente co-titulares. E o documento de constituição da garantia mencionava que os depósitos em causa seriam “*garantia do cumprimento da obrigação ao banco*” de qualquer valor que a este fosse devida pela sociedade (devedora), e que “*havendo lugar à execução*”, se autorizava o banco (credor) a dispor “*da referida conta de depósito as importâncias necessárias para o pagamento das responsabilidades asseguradas*”. Perante a questão da classificação da garantia prestada nos termos de documento subscrito pelos sócios dadores da garantia, óbice incontornável se apresenta, segundo o aresto⁶²³, para se poder qualificar a garantia como penhor, traduzido na disponibilidade exclusiva que não resulta do documento de prestação da garantia e que seria necessário que “*pertencesse em exclusivo*” ao banco credor “*sobre o montante do depósito*”, na qualidade de beneficiário da garantia. A decisão sustenta que este requisito não se verifica, pois do documento “*emerge claro que a função da garantia prestada no caso sujeito é a de assegurar o cumprimento da obrigação principal*” que seria “*obrigação de pagamento ao banco de qualquer quantia «assumida»*” e que “*essa é a função típica da fiança: o fiador compromete-se a pagar a dívida de outrem*”, existindo, por banda do fiador, “*uma responsabilidade pessoal pelo cumprimento de uma obrigação alheia*”. Não nos parece defensável, *in casu*, a subsunção à fiança, mais ainda a não subsunção da factualidade ao penhor, pois como se encontra preenchido o elemento essencial das garantias reais, a destinação de determinado bem à satisfação de um direito de crédito, o elenco deste tipo de garantias não seria de excluir liminarmente. Por outro lado, o facto de ter sido terceiro a prestar a garantia também não conduz à exclusão das garantias reais, e não de certeza à exclusão do penhor, que seria a garantia a sopesar, na medida em que logo na noção legal, a lei indica que tanto pode empenhar o devedor como terceiro (artigo 666.º, n.º 1, CC, *in fine*). Por outro lado ainda, como pode um pacto de execução da garantia significar, sem mais, que

359 e segs..

⁶²² Texto disponível in CJ, XXI (1996), tomo IV, p. 213 e segs..

⁶²³ A que pertencem os excertos transcritos em texto.

o empenhador está a assumir fidejussoriamente a dívida?⁶²⁴ É que o acordo evidencia até que o objecto da garantia (depósito bancário) estava já em poder do seu beneficiário (banco)⁶²⁵, e este facto rompe, se dúvidas houvesse, o paradigma da fiança que se equacionasse existir aqui. E que dizer do comando normativo da disciplina do penhor nos termos do qual se dispõe que é “*havido como penhor o depósito a que se refere o n.º 1 do artigo 623.º*” (artigo 666.º, n.º 2 CC), isto é, o depósito que o dador de garantia realize “*por meio de depósito de dinheiro*” (n.º 1 do artigo 623.º CC)⁶²⁶? A questão decidenda parece-nos, *sic*, claramente, um caso de penhor⁶²⁷ e o pendor pignoratício é sublinhado particularmente pela circunstância de o objecto da garantia estar à disposição do credor seu beneficiário, típica da relação pignoratícia⁶²⁸ e não da fiança firmada nos termos do artigo 602.º CC, isto é, fiança limitada a certos bens⁶²⁹. Em argumentação final, e pese embora a adesão ao sentido decisório do aresto de uma parte da doutrina⁶³⁰⁻⁶³¹, assinalamos também que o caso *sub iudice* é qualificável como penhor mercantil e, como vimos *supra*, os seus efeitos produzem-se pela simples exibição do documento que traduz por escrito a prestação da garantia, mesmo que dele não resulte a disponibilidade exclusiva do penhor. Dito de outro modo, apesar de o argumento versar directamente sobre eficácia e regime probatório, dele decorre que o penhor pode não atribuir disponibilidade exclusiva do *quid* ao credor e a Relação apoiou a sua fundamentação vincadamente no facto de o depósito empenhado não ter ficado apenas à disposição do credor garantido. Ora, o argumento é precisamente o oposto: típico do penhor de depósito bancário é o objecto da satisfação do crédito estar já à disposição do credor no momento da prestação da garantia. Já na fiança, o garante não coloca à disposição do credor o mecanismo de realização do crédito, assume, sim, o cumprimento da obrigação do devedor, declara-se responsável pela obrigação do devedor.

⁶²⁴ MENEZES CORDEIRO proclama esta visão do penhor de conta bancária como uma fiança e *resolve* a questão da assunção de dívida, dizendo que a configuração deste tipo de penhor como fiança tem “*implícita, uma cláusula de principal pagador*”, em *Manual de Direito Bancário*, *op. cit.*, p. 728.

⁶²⁵ Na verdade, a subtracção da disponibilidade ao empenhador cumpre a função precípua do penhor, pelo que o penhor irregular considera-se constituído com a *traditio* ou qualquer outra forma (simbólica como um documento de teor) que retire ao dador da garantia o poder de dispor do objecto da garantia. Neste sentido, HUGO RAMOS ALVES, *Do Penhor*, *op. cit.*, pp. 192 e segs..

⁶²⁶ É que o próprio depósito de dinheiro (coisa fungível) realiza mediatamente a função do penhor de retirar ao dador da garantia o poder de disposição sobre o *quid* empenhado.

⁶²⁷ Neste sentido, JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida...*, *op. cit.*, pp. 48 e segs..

⁶²⁸ *Vide* antepenúltima nota.

⁶²⁹ *Vide* penúltima nota.

⁶³⁰ MENEZES CORDEIRO saúda o sentido decisório do Acórdão, afirmando o Autor no seu *Manual de Direito Bancário*, *op. cit.*, p. 728 (nota 1828) que ele veio acolher a sua posição.

⁶³¹ MENEZES CORDEIRO entende que “*o denominado «penhor» de conta bancária não é um verdadeiro penhor(...); trata-se, antes duma garantia pessoal dobrada pela autorização de debitar, na conta garante, determinadas importâncias*”. Cfr. *ob. cit.* do Autor *Manual de Direito Bancário*, p. 728.

Na prática bancária, constituindo-se penhor sobre um depósito, no caso de o devedor depositante incumprir a obrigação garantida pelo depósito, o credor depositário satisfaz o seu crédito com o saldo dado em penhor, através da compensação (artigo 847.º, n.º 1 CC)⁶³²⁻⁶³³.

A compensação que se autoriza o banco-credor a operar só é permitida se as partes contraentes do acordo de utilização de depósito bancário forem “*reciprocamente credor e devedor*”, como exige o artigo 847.º, n.º 1 CC.

Na verdade, a validade desta *praxis* bancária não pode afirmar-se sem se dilucidar dois aspectos do enquadramento legal da compensação e do penhor.

A compensação bancária como sinónimo de o banco-credor-depositário acordar com o devedor-depositante poder fazer seu um depósito bancário que este ofereceu àquele em penhor, no caso de ele incumprir, será um acordo nulo por corresponder a um pacto comissório que o artigo 694.º do Código Civil expressamente proíbe? Em sentido favorável a uma tal convenção, pode esgrimir-se o argumento de que esta prática bancária se encontra a coberto do regime geral da compensação, lícita, porque (se) operacionalizada nos termos previstos nos artigos 847.º e seguintes CC. Sob outro prisma, sempre esta prática se pode considerar válida, no caso concreto da compensação bancária, se se entender que não tem aplicação aqui o (fundamento do) artigo 694.º CC, porquanto a fungibilidade das prestações e o valor certo e objectivamente determinável da obrigação garantida e do *quid* empenhado (ambos de natureza pecuniária) afastam o *perigo* que a proibição do pacto comissório visa prevenir: locupletamento do credor à custa do devedor, por subavaliação do objecto da garantia⁶³⁴.

A *vexata questio* da licitude da prática de compensação bancária requer ainda que se reflecta sobre a solução legal para os casos de devedor em inadimplemento perante credor que não seja o credor-banco-depositário. Nestas situações, estatui o n.º 2 do artigo 685.º CC que o devedor

⁶³² A respeito da compensação no âmbito do penhor de aplicações financeiras, consultar PAULA PONCES CAMANHO, *Do Contrato de Depósito Bancário*, *op. cit.*, pp. 213 e segs. e «Contrato de Depósito Bancário. Descoberto em Conta. Direito do Banco que paga o Cheque não Provisionado. Conta Solidária (Comentário ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12 de Maio de 1998)», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, volume II, *Direito Bancário*, Coimbra, 2002, pp. 110 e segs.. Para uma posição mais restritiva, *vide* MENEZES CORDEIRO, que na sua obra *Manual de Direito Bancário*, *op. cit.*, pp. 553-563, defende poder o banco-credor-depositário compensar os seus créditos com o saldo de uma conta solidária, ainda que a dívida seja exclusivamente de um dos seus titulares, mas entendendo que já não poderá fazê-lo numa situação de conta conjunta.

⁶³³ A hipótese em presença suscita dúvidas relativamente à sua qualificação. Há Autores que situam a questão entre o penhor de créditos ou a fiança, como podemos ler em JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida...*, *op. cit.*, pp. 48 e segs.. Pertinente é também o confronto analítico entre a figura da compensação e o pacto comissório, como podemos aprofundar em ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório...*, *op. cit.*, pp. 177 e segs..

⁶³⁴ *Vide* MARÍA CRUZ MORENO em *La Prenda Irregular*, *op. cit.*, pp. 157 e segs. para uma leitura sobre a problemática do relacionamento entre penhor bancário (penhor dito *irregular*) e pacto comissório.

de um crédito oferecido em penhor que “*tiver por objecto a prestação de dinheiro ou de outra coisa fungível*” não poderá cumprir senão perante os “*dois credores conjuntamente*”: situação em que o credor pignoratício-banco-depositário é impedido de se pagar pelo valor do crédito empenhado.

No que diz respeito especificamente ao penhor de aplicações financeiras, a favor da tese da configuração como uma compensação convencional de realização do crédito do credor-banco-depositário pelo valor de depósito bancário empenhado pelo devedor-depositante inadimplente, e não pacto comissório, há que ponderar ainda a circunstância de credor e devedor serem reciprocamente devedor e credor de prestações fungíveis. Dito por outras palavras, no âmbito da relação creditícia subjacente, a obrigação garantida pelo penhor faz impender sobre o devedor (cliente bancário) o dever de ele pagar ao credor (banco) uma certa quantia pecuniária (valor do mútuo ou financiamento); por banda do contrato de depósito, devedor é o banco-depositário e está obrigado, no termo do prazo convencionado, a entregar ao credor-depositante (cliente bancário) também determinada quantia pecuniária (valor do depósito).

Nestes termos, em sede de penhor de aplicações financeiras a favor do banco depositário, este banco e cliente depositante são credor e devedor um do outro, e de prestações fungíveis, do mesmo género, qualidade e quantidade, razão por que se entende estar arredado o risco de o credor subavaliar a coisa dada em garantia, porque o bem empenhado consiste numa quantia em dinheiro.

Para uma parte da doutrina, este é argumento bastante para defender que não se justifica a aplicação da proibição do pacto comissório⁶³⁵. Mas há Autores que apresentam fundamentação diversa⁶³⁶, anotando, como argumento de defesa do credor-pignoratício-banco-depositário para

⁶³⁵ Entre os quais se encontra MENEZES CORDEIRO que à pergunta sobre a aplicabilidade do artigo 694.º CC ao penhor de conta bancária diz que a “*resposta é negativa*”, explicando que uma vez que um “*depósito bancário tem um valor objectivo indiscutível, dado pelo seu montante. Logo, não há perigo de o credor garante enriquecer à custa do dono do bem empenhado*”. Vide ob. cit. do Autor *Manual de Direito Bancário*, p. 728.

⁶³⁶ Se bem compreendemos a posição de ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE, na ob. cit. *Garantias de Cumprimento*, pp. 184-185, propendem para a defesa de que a situação descrita de pagamento do banco utilizando o depósito empenhado é lícita, por corresponder a uma compensação, sendo certo que também entendem que “*não se verifica uma das razões justificativas da proibição do pacto comissório e que consiste na subavaliação do bem empenhado, pois o penhor recai sobre uma quantia monetária*”.

A nossa jurisprudência apenas acolhe a tese da compensação. Paradigmaticamente o Acórdão do STJ de 7 de Maio de 2009 (relator Helder Roque) afirma que “*acontecendo o não cumprimento da obrigação pelo devedor, o credor pode fazer seu o depósito bancário empenhado, no sentido de se cobrar pelo valor deste, não com base na existência de um pacto comissório, atendendo à sua manifesta nulidade, mas antes pela via da compensação*” e acrescenta: “*a compensação convencional bancária, de que possam resultar créditos do banqueiro sobre o seu cliente, é compatível com a possibilidade de o banco cobrar as importâncias que lhe sejam devidas, em quaisquer contas de que o mutuário ou os garantidos sejam titulares, únicos ou no regime de solidariedade, fazendo seu o depósito bancário empenhado*”. Cfr. o texto integral em www.dgsi.pt/jstj.

se poder pagar, se o devedor-cliente-bancário-depositante incumprir, com o valor do depósito que este deu em penhor, a verificação dos requisitos que o Código Civil exige para se operar uma compensação (artigos 847.º e seguintes CC). Apesar de ambas as posições conduzirem e validarem o mesmo resultado prático, elegemos a *frontalidade* daquela, aconselhando a *nossa consciência jurídica* a não convocar o artigo 694.º CC para o penhor em apreço, pelas razões aduzidas e pela circunstância de o objecto do penhor ser já propriedade do credor ao tempo da prestação da garantia e independente do incumprimento da obrigação garantida⁶³⁷⁻⁶³⁸.

De iure condito, há outra realidade a ter em conta em toda esta reflexão e que diz respeito à novidade introduzida no nosso ordenamento jurídico pelo Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio que na transposição de uma Directiva comunitária, acolheu no Direito português a figura do penhor de aplicações financeiras na modalidade de penhor financeiro, no âmbito dos contratos de garantia financeira. A mudança que o diploma consagra é tão significativa que representa uma verdadeira excepção ao princípio geral da proibição do pacto comissório⁶³⁹. É que a redacção originária do seu artigo 11.º apresentava mesmo como epígrafe “Pacto comissório” e a sua estatuição permitia que o credor se apropriasse dos instrumentos financeiros empenhados, em caso de inadimplemento do devedor. Esta formulação foi alterada pelo Decreto-Lei n.º 85/2011, de 29 de Junho e a epígrafe do preceito referido mudou para “Execução dos acordos de penhor financeiro”, mas manteve a possibilidade de acordo entre o dador e o beneficiário da garantia no sentido de poder o credor pignoratício satisfazer o seu crédito “fazendo seu o objecto da garantia, mediante venda ou apropriação, quer compensando o seu valor, quer aplicando-o para liquidação das obrigações financeiras garantidas”. Ainda que, como na versão inicial, o n.º 2 do preceito clarifique que apenas admite *pacto comissório equilibrado*, isto é, apenas admite *pacto marciano*⁶⁴⁰⁻⁶⁴¹, obrigando o credor a entregar ao devedor o remanescente do

⁶³⁷ Na verdade, sublinhamos novamente que o penhor de aplicações financeiras configura um penhor irregular e este pressupõe a existência de um (contrato de) depósito bancário que, por sua vez, como vimos também, é um depósito irregular. Por outras palavras, o penhor em causa tem subjacente um depósito, uma transferência prévia de propriedade do objecto do penhor para o credor (depositário).

⁶³⁸ Nesta linha, HUGO RAMOS ALVES, em *Do Penhor*, ob. cit., p. 222, sustenta que o acordo em que empenhador autorize credor a dispor do depósito se ele incumprir não é de natureza comissória, porque “*não estamos perante um pacto que subordine a passagem da propriedade da coisa empenhada ao incumprimento da obrigação garantida*”. E identifica “*uma união de contratos, em função da justaposição do contrato de penhor irregular e do contrato de depósito*” (sublinhado nosso). Cf. *op. cit.* do Autor *Do Penhor*, p. 228.

⁶³⁹ Em sentido contrário, como melhor veremos *infra*, em texto, entre outros Autores, DIOGO MACEDO GRAÇA, *Os Contratos de Garantia Financeira*, ob. cit., pp. 62 e segs..

⁶⁴⁰ Acerca da diferença entre pacto comissório e pacto marciano, consultar JÚLIO GOMES, «Sobre o Âmbito da Proibição do Pacto Comissório, o Pacto Comissório Autónomo e o pacto Marciano», *op. cit.*, pp. 63 e segs., SOARES DA FONSECA, *O Penhor de Acções*, *op. cit.*, p. 119 e ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório...*, *op. cit.*, pp. 56 e segs..

⁶⁴¹ *Vide* também, *supra*, o nosso capítulo II dedicado ao cotejo do pacto comissório com o pacto marciano.

valor do bem empenhado relativamente ao valor da dívida, na verdade, a lei permite e prevê que credor e devedor possam licitamente convencionar a faculdade de aquele fazer seu o objecto da garantia, como melhor veremos em seguida.

Regressando ao penhor de aplicações financeiras em geral, esta garantia pode também configurar-se numa relação trilateral, em que o devedor dá em penhor um depósito que realiza junto de certa instituição bancária a favor de um credor, terceiro em relação ao banco no qual se efectuou o depósito. Aqui, o banco assume a posição jurídica de fiel depositário da coisa empenhada (depósito bancário) e o penhor constitui-se por meio da realização do depósito neste banco.

A análise aqui expedida centralizou-se nas hipóteses de relação cruzada de cliente bancário e banco como credores e devedores um do outro por corresponder às hipóteses práticas em que a validade da compensação se suscita e aos aspectos que aproximam a hipótese configurada do pacto comissório.

2.2.5 Penhor em garantia de créditos de estabelecimentos bancários

Importa distinguir o penhor de conta bancária do penhor em garantia de créditos de estabelecimentos bancários, regido pelos Decretos-Leis n.ºs 29 833, de 17 de Agosto de 1939 e 32 032, de 22 de Maio de 1942⁶⁴².

O primeiro, como vimos, corresponde à garantia que tem por objecto um depósito ou outra aplicação financeira que o empenhador possua junto de uma instituição bancária.

Este último é o penhor que se constitui para garantir um crédito de uma instituição bancária que pode tanto ter por objecto um depósito bancário, uma aplicação financeira como qualquer bem ou direito empenhável, nos termos do n.º 1 do artigo 666.º CC.

A particularidade que então aqui se assinala é a dispensa da *traditio*, à luz do artigo 1.º do apontado Decreto-Lei n.º 29 833, nos termos do qual “*o penhor que for constituído em garantia de créditos de estabelecimentos bancários autorizados produzirá efeitos, quer entre as partes, quer em relação a terceiros, sem necessidade de o dono do objecto empenhado fazer entrega dele ao credor ou a outrem*”.

Para segurança do credor pignoratício, o mesmo preceito, no seu § 1.º, ordena que o empenhador passe a deter o objecto como mero possuidor em nome alheio e manda sujeitá-lo às penas de furto se alienar, destruir ou desencaminhar o penhor. Na prática daquele crime incorrerá também se constuir novos penhores sobre o mesmo *quid*, sem que no contrato de penhor conste

⁶⁴² O texto original e integral destes diplomas encontra-se disponível em www.dre.tretas.org.

expressamente a existência de garantia anterior. E, ainda que haja menção categórica nesse sentido, determina o citado § 1.º, *prior in tempore potior in iure*.

A dispensa absoluta do desapossamento no penhor bancário acontece às mãos do aludido Decreto-Lei n.º 32 032, de 22 de Maio de 1942 que num artigo único admite a celebração, por simples documento particular, dos contratos de penhor a favor de estabelecimentos bancários, com eficácia *erga omnes* e “ainda que o dono do objecto empenhado não seja comerciante”.

Assim, no penhor bancário, a desnecessidade de tradição da coisa encontra-se prevista na lei, com os benefícios claros daí resultantes para o devedor que pode continuar a usar a coisa e para o credor que não fica sujeito ao dever de custódia, tutelando-se outrossim o *perigo* de o penhor permanecer à disposição do devedor, com as sanções penais referidas.

Apesar da agilidade introduzida pela lei de 1942, ressalva-se o disposto no artigo 3.º do Decreto-Lei de 1939 que determina a manutenção do regime próprio do penhor de créditos, de títulos de crédito, de quotas e de coisas imateriais que “*mesmo quando dado em garantia de operações bancárias, continuará submetido ao regime até agora em vigor*” (artigos 398.º e 399.º CCom). Como nota final, sublinhamos a crítica que uma parte da doutrina dirige ao nosso quadro legal por não prever qualquer forma de publicidade do penhor sem desapossamento, por não tutelar convenientemente a posição dos restantes credores e dos terceiros potenciais compradores do penhor⁶⁴³, pese embora a tipificação criminal de certos comportamentos do empenhador.

2.2.6 Penhor financeiro

Em transposição da Directiva n.º 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho⁶⁴⁴, o Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, introduziu no ordenamento jurídico português o tipo contratual legal do contrato de garantia financeira, novo entre nós, e, com ele, um tipo de penhor também novo: o penhor financeiro⁶⁴⁵.

⁶⁴³ Neste sentido, VAZ SERRA que na sua ob. cit. *Penhor*, BMJ, n.º 58, p. 55 defende que “*o desapossamento do empenhador ou, pelo menos, um registo são indispensáveis para o penhor*”, RUI PINTO DUARTE, em *Mobilidade dos Bens e Garantia dos Credores*, in *Separata da Revista da Banca*, n.º 15, Julho/Setembro, 1990, p. 115, adverte que no “*nosso direito, não é prevista qualquer forma de publicidade deste penhor sem desapossamento, o que se nos afigura criticável, por ser fonte de múltiplas surpresas, tanto para os restantes credores, como para os eventuais adquirentes da coisa*” e IGNACIO SERRANO GARCIA, em *La Hipoteca de Establecimiento Mercantil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado e Editorial de Derecho Financiero, 1972, p. 50, sublinha as vantagens do penhor sem desapossamento, ressaltando que são “*precisos para poder suprimir la exigencia de tradición, la organización de una publicidade registral y el uso notorio de los bienes*”.

⁶⁴⁴ O texto integral da Directiva n.º 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho pode ser consultado nas páginas 43 a 50 do Jornal Oficial das Comunidades Europeias L-168, de 27 de Junho de 2002.

⁶⁴⁵ Sobre o Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, consultar CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros – Direito Europeu e Português*, tomo I, *Parte Geral*, ob. cit., pp. 217 e segs., DIOGO MACEDO DA GRAÇA,

Não fora a especialidade trazida pelo diploma legal apontado e teríamos no penhor financeiro um penhor comum, regido nos termos dos artigos 666.º e seguintes CC; *rectius*, um penhor de direitos, à luz do artigo 679.º CC, porque o seu objecto não é coisa corpórea, mas sim bens imateriais, como *numerário* (mas não no sentido de papel-moeda, como veremos) e *instrumentos financeiros*, que o seu titular especialmente destina a garantir uma sua obrigação.

Assim, o regime civil do penhor é a disciplina supletiva, sendo que o penhor financeiro da garantia prestada no âmbito dos contratos de garantia financeira advém da natureza da obrigação garantida.

Dentro dos acordos de garantia financeira, o legislador português deu particular desenvolvimento à disciplina das modalidades de garantia só previstas para aqueles contratos: a alienação fiduciária em garantia e o penhor financeiro.

A alienação fiduciária em garantia⁶⁴⁶ representou uma absoluta inovação legislativa no direito português e o penhor financeiro, como enunciámos, também é uma figura nova entre nós.

O penhor financeiro que este diploma consagra constitui uma garantia mobiliária, logo subsumível ao penhor de coisas e de direitos já velhos conhecidos do nosso sistema de garantias, sendo que o penhor financeiro afigura-se-nos como garantia mobiliária com novos e importantes efeitos na esfera jurídica do credor pignoratício, podendo este dispor da coisa empenhada e até apropriar-se dela no caso de incumprimento do devedor e aqui radia a novidade que o penhor financeiro apresenta ao sistema jurídico português, de modo especial, ao sistema de garantias⁶⁴⁷.

O Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio cria e regula um penhor que pode assumir três modalidades: penhor financeiro *simples*, com direito de disposição e com pacto comissório.

Este diploma cumpriu a obrigação de transposição da citada Directiva⁶⁴⁸, representando ela própria parte integrante de um movimento legislativo internacional que pretende dar resposta à questão da incerteza jurídica das garantias financeiras prestadas no âmbito de transacções

Os Contratos de Garantia Financeira, ob. cit., *passim* e TIAGO SOARES DA FONSECA, *O Penhor de Acções*, *op. cit.*, pp. 106 e segs..

⁶⁴⁶ Sobre a polémica questão da (in)admissibilidade da alienação em garantia, *vide*, por todos, DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Alienação em garantia*, in Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal, *op. cit.*, pp. 10 e segs..

⁶⁴⁷ O nosso sistema de (execução de) garantias é edificado sobre a proibição de apropriação livre do objecto da garantia real, traduzido, como sabemos, no princípio geral da proibição do pacto comissório do artigo 694.º CC.

⁶⁴⁸ Sobre a Directiva n.º 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho, consultar GUY MORTON, *Modernization of UE financial law: the directive on financial collateral arrangements*, in “European banking & Financial law Journal – EUREDIA”, n.º 1, Bruylant, Brussels, 2003, pp. 11-39 e FREDERICO CALLEGARO, *Contratti di garanzia finanziaria: previsioni della direttiva Ce*, in “Commercio Internazionale”, n.º 20, Milano, 2003, pp. 5 a 13.

comerciais plurilocalizadas, por causa da heterogeneidade dos regimes de garantias mobiliárias de país para país⁶⁴⁹⁻⁶⁵⁰.

A rapidez com que as transacções acontecem nos mercados mobiliários juntamente com o seu elevado número, o enorme fluxo financeiro e a escala global destes negócios *reclamam* uma moldura legal internacional homogénea em matéria de garantias das obrigações por forma a que a segurança da realização dos créditos deixe de ser um factor a ponderar na decisão de conclusão dos negócios.

A citada Directiva comunitária situa-se nesta tentativa de resposta às dificuldades dos mercados financeiros, caracterizados por *praxis* de busca de máxima eficiência e segurança jurídica com menor custo possível.

Nos considerandos da Directiva, pode ler-se que é propósito do diploma criar um “*regime comunitário aplicável aos valores mobiliários e aos montantes pecuniários nas aquisições com cauções de títulos e nas transferências de titularidade*” que “*contribuirá para a integração e o funcionamento ao menor custo do mercado financeiro, bem como para a estabilidade do sistema financeiro da Comunidade, o que promoverá a livre prestação de serviços financeiros*”⁶⁵¹.

O diploma enquadra-se num movimento amplo de consagração legal das denominadas *técnicas de atenuação de risco de crédito (credit risk mitigation techniques*⁶⁵²) para o mercado de instrumentos financeiros. Estas técnicas têm vindo a assumir importância crescente e, dentro delas, os acordos de garantia financeira (*financial collateral arrangements*) que a Directiva prevê especificamente.

⁶⁴⁹ Neste movimento legislativo, inclui-se a Convenção da Haia de 13 de Dezembro de 2002 e a Convenção do UNIDROIT sobre normas de harmonização de instrumentos financeiros detidos por intermediário, o UNIDROIT *Project on Harmonised Substantive Rules Regarding Securities with an Intermediary* e a Directiva n.º 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho. A Directiva, no entanto, corresponde ao único diploma que já é uma lei em vigor. A Convenção da Haia e a Convenção do UNIDROIT permanecem ainda como projectos de leis.

⁶⁵⁰ Na perspectiva da transposição da Directiva n.º 2002/47/CE para o direito italiano, *vide* FILIPPO BAGGIO/GIUSEPPE REBECCA, *Il Pegno di Strumenti Finanziari, di Azioni e Quote*, Cosa & Come, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pp. 159 e segs..

Para uma leitura da Directiva na óptica do direito luxemburguês, francês e belga, consultar FRANÇOIS T’KINT/WERNER DERIJCKE, *La Directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière au regard des principes généraux du droit des sûretés*, in «European Banking & Financial Law Journal – EUREDIA», n.º 1, Bruylant, Brussels, 2003, pp. 41-57.

⁶⁵¹ Cfr nota 644.

⁶⁵² Nestas *técnicas de atenuação do risco de crédito*, incluem-se as garantias especiais típicas (reais e pessoais), os contratos de transferência de risco de crédito (total ou parcial) e os contratos (ou cláusulas contratuais) que operam uma redução ou afastamento completo do risco de não satisfação do crédito (acordos de compensação, *close-out netting*, *sale and repurchase agreements*, *securities lending*).

Para mais desenvolvimentos sobre o tema, consultar ALESSANDRO VALERIO CUCCIONE, *I Contratti di Garanzia Finanziaria*, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n.º 307, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 22 e segs..

O legislador comunitário realizou a sua intervenção em duas frentes: em primeiro lugar, com a previsão de regras de direito internacional privado e consagração do critério legal para determinar a localização dos direitos que incidem sobre os instrumentos financeiros em caso de conflito de leis nacionais aplicáveis. Em segundo lugar, introduziu alterações também nos próprios ordenamentos jurídicos internos, tencionando implementar um sistema simplificado, comum a todos os Estados-Membros, relativo a modos de constituição e execução de garantias financeiras.

Os mecanismos previstos neste diploma imprimem agilidade no regime de prestação de garantias em contratos financeiros, particularmente nas fases constitutiva e executiva. Na constituição das garantias financeiras, são afastadas as exigências de forma, registo e publicidade. E, na fase executiva, prevê-se a possibilidade de apropriação do objecto da garantia pelo credor seu beneficiário, em caso de incumprimento do devedor.

Ademais, no enalço de um regime de garantias internacional simples e uniforme, o legislador comunitário ordena, como enunciámos, alterações na legislação interna dos Estados-Membros: desde a inaplicabilidade de certas regras específicas da insolvência até à redefinição do elenco dos direitos do devedor autor da garantia e do credor seu beneficiário.

Nesta linha, a Directiva acolheu ainda como letra de lei algumas práticas que se foram afirmando como tipos sociais entre os sujeitos dos negócios financeiros, onde se situa a consagração legal do direito de *reutilização* do objecto da garantia por parte do detentor (a chamada *rehypothecation*), a integração da garantia relativamente às flutuações da cotação do título onerado ou da obrigação garantida depois da comparação entre cotações de mercado e a substituição dos títulos empenhados pelo devedor⁶⁵³.

A simplificação decorrente da homogeneização legislativa é assinalável e o seu contributo para a realização do princípio da certeza jurídica, de modo especialmente importante nos contratos financeiros internacionais, tornando simples, seguro e eficaz a prestação de garantias no âmbito destes contratos, de acordo com as novas regras, cuja uniformização nos países da União Europeia permite(irá) superar os obstáculos resultantes das especificidades das regras nacionais internas.

⁶⁵³ As práticas descritas encontram-se já vertidas em modelos contratuais como o GMSLA (*Global Master Securities Lending Agreement*) e o EMA (*European Master Agreement for Financial Transaction*), este último elaborado pela Federação Bancária da União Europeia. Cfr. F. SARTORI, “I contratti di garanzia finanziaria nel d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170: prime riflessioni”, in *Atti del Convegno Il Pegno e le Garanzie Finanziarie*, Milano, 2005 (texto disponível em www.dirittobancario.it), p. 1. Para consultar o texto integral da Directiva, vide a indicação constante da nota 644.

No círculo das transacções comerciais internacionais, reclama-se, há muito, um regime jurídico comum de garantias financeiras para negócios com *laços* obrigacionais e contratuais multinacionalmente localizados⁶⁵⁴.

A referida Directiva comunitária deu um importante passo em frente e concebeu a garantia financeira como modalidade de garantia que permite constituição, reconhecimento e execução em qualquer Estado-Membro da União Europeia.

O legislador persegue quatro grandes objectivos com este diploma: (i) criar um regime especial para as garantias financeiras, determinando os requisitos formais de constituição, prevendo as modalidades de execução e definindo as exigências de validade de determinadas cláusulas, como cláusulas respeitantes ao direito de disposição ou compensação; (ii) criar mecanismos de protecção dos contratos financeiros para os casos de insolvência⁶⁵⁵; (iii) reconhecer a validade e a eficácia dos contratos de garantia financeira internacionais que tenham a garantia financeira como objecto e (iv) simplificar formalidades dos procedimentos de estipulação, constituição e execução dos contratos de garantia financeira.

2.2.6.1 Contrato de garantia financeira

Não encontramos no Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio a noção de contrato de garantia financeira, devendo extrair-se a sua definição dos *essentialia negotii* que vêm enunciados no artigos 2.º a 7.º.

⁶⁵⁴ Acerca das dificuldades sentidas na prática, veja-se o relatório da Internacional Swaps and Derivatives Association, Inc., *Collateral Arrangements in the European Financial Markets – The Need for National Law Reform*, March, 2000, onde na página 3 se retratam da seguinte forma os mais importantes impedimentos legais com que os operadores dos mercados financeiros internacionais têm de lidar (consultar www.isda.org/C_and_a/pdf/NeedLawReform.pdf): “cumbersome and impractical rules in many jurisdictions for creating, «perfecting», maintaining and enforcing a pledge of other form of security interest in securities or cash transferred as collateral («pledge collateral»)”, “legal restrictions on the use of pledge collateral by a holder of that collateral, including the possibility that any such use of the collateral endangers the security interest”, “uncertainty regarding the enforceability of title transfer based collateral arrangements («title transfer collateral»), including the possibility of the arrangement being recharacterised as a form of security interest (that is, as pledge collateral)”, “uncertainty under existing conflict of laws rules as to the substantive law that applies to a collateral arrangement for purposes of creation, perfection, maintenance and enforcement of the arrangement, including the possibility that the laws of different jurisdictions could apply for different purposes and the possibility of conflict and inconsistency amongst those jurisdictions as to which law applies”, “vulnerability of title transfer collateral arrangements to the rights of third parties, such as assignees and attaching creditors of the collateral giver”, “in the case of collateral arrangements subject to daily adjustment on a market-to-market basis, uncertainty as to the enforceability of «top-up» deliveries of collateral due to preference and similar insolvency rules”.

⁶⁵⁵ A este respeito, vide CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, ob. cit., pp. 241 e segs..

A doutrina, todavia, realizou já esta tarefa de desenhar os contornos da figura a partir dos traços que a lei fornece acerca do seu conteúdo. Para CALVÃO DA SILVA “*são contratos de garantias especiais das obrigações, em regra celebrados entre sujeitos financeiros para reforço preferencial do direito do credor ao cumprimento de obrigações financeiras do devedor sobre instrumentos financeiros*”⁶⁵⁶. MENEZES CORDEIRO define garantia financeira como “*uma garantia real, sob a forma de penhor, de fidúcia ou de reporte, concluída entre uma instituição de crédito ou entidade para o efeito equiparada e uma pessoa colectiva, destinada a assegurar obrigações pecuniárias ou instrumentos financeiros, que recaiam sobre «numerário» e que as partes tenham decidido submeter a um regime financeiro especial, legalmente previsto*”⁶⁵⁷⁻⁶⁵⁸. Importa, então, prosseguir, analisando o articulado do Decreto-Lei n.º 105/2004 para a partir dele podermos assimilar o que representa, o que regula e o que de novo apresenta ao ordenamento jurídico português.

Começando pelo âmbito de aplicação, correspondem apenas à definição legal de contratos de garantia financeira aqueles em que se encontrem reunidos todos os requisitos enunciados nos artigos 3.º a 7.º do citado diploma⁶⁵⁹. O contrato de garantia financeira identifica-se em função de certos elementos caracterizadores que as apontadas normas enunciam e que dizem respeito aos sujeitos, ao objecto da garantia, à necessidade de desapossamento do penhor e aos requisitos probatórios.

Relativamente aos sujeitos, uma das partes contratuais tem de integrar necessariamente uma das categorias indicadas no artigo 3.º.

Assim, o devedor ou o credor terão de ser “*a) Entidades públicas, incluindo os organismos do sector público do Estado responsáveis pela gestão da dívida pública ou que intervenham nesse domínio e os autorizados a deter contas de clientes; b) Banco de Portugal, outros bancos centrais, Banco Central Europeu, Fundo Monetário Internacional, Banco de Pagamentos Internacionais, bancos multilaterais de desenvolvimento nos termos referidos no Aviso do Banco de Portugal n.º 5/2007 e Banco Europeu de Investimento; c) Instituições sujeitas a supervisão*

⁶⁵⁶ Cfr. CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, ob. cit., p. 219.

⁶⁵⁷ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, op. cit., p. 732.

⁶⁵⁸ Vide também, com muito interesse dogmático, DIOGO MACEDO GRAÇA, *Os Contratos de Garantia Financeira*, op. cit., passim, ALEXANDRE JARDIM, «*Acordos de garantia financeira: o respectivo regime jurídico face ao Decreto-Lei 105/2004*», in *Revista da Banca*, ob. cit., pp. 141-169, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, «*Os contratos de garantia financeira – o dealbar do direito europeu das garantias*», in *Estudos em Honra do Professor Doutor José Oliveira Ascensão*, (coordenação dos Professores Doutores António Menezes Cordeiro, Pedro Pais de Vasconcelos e Paula Costa e Silva), vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1275-1305 e MARGARIDA COSTA ANDRADE, «*O penhor financeiro com direito de disposição de valores mobiliários*», in *ROA*, ano 70 (2010), pp. 351-393.

⁶⁵⁹ Os artigos sem indicação de diploma, nesta secção, pertencem ao Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio.

prudencial, incluindo: i) 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; ii) 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; iii) Instituições financeiras, tal como definidas no n.º 4 do artigo 13.º do Regime Geral das Instituições de crédito e Sociedades Financeiras; iv) Empresas de seguros, tal como definidas na alínea b) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 94-B/98, de 17 de Abril; v) Organismos de investimento colectivo, tal como definidos no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 252/2003, de 17 de Outubro; vi) Entidades gestoras de organismos de investimento colectivo, tal como definidos no n.º 1 do artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 252/2003, de 17 de Outubro; d) Uma contraparte central, um agente de liquidação ou uma câmara de compensação, tal como definidos, respectivamente nas alíneas e), f) e g) do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 221/2000, de 9 de Setembro, no que aos sistemas de pagamento diz respeito, e no artigo 268.º do Código dos Valores Mobiliários, incluindo instituições similares regulamentadas no âmbito da legislação nacional que operem nos mercados de futuros e opções, nos mercados de instrumentos financeiros derivados não abrangidos pela referida legislação e nos mercados de natureza monetária; e) Uma pessoa que não seja pessoa singular, que actue na qualidade de fiduciário ou de representante por conta de uma ou mais pessoas, incluindo quaisquer detentores de obrigações ou de outras formas de títulos de dívida, ou qualquer instituição tal como definida nas alíneas a) a d); f) Pessoas colectivas, desde que a outra parte no contrato pertença a uma das categorias referidas nas alíneas a) a d)”.’

Desta enumeração dos sujeitos que podem ser autores ou beneficiários de um acordo de garantia financeira, resultam alguns aspectos importantes.

Desde logo, o preceito exclui as pessoas singulares, pelo que não poderão celebrar um acordo de natureza financeira, *rectius*, contrato a ser regido pelo Decreto-Lei n.º 105/2004, com as especificidades nele previstas, por exemplo, quanto à execução do penhor. Vale isto por dizer que entre pessoas singulares ou entre uma pessoa singular e um dos sujeitos constantes na lista transcrita não poderá (validamente) ser firmado um acordo de garantia financeira em que se conceda ao credor pignoratício o direito de disposição e apropriação do penhor, sob pena de nulidade, por violação da proibição do pacto comissório (artigo 694.º CC), em relação à qual o diploma consagra, como veremos, um regime excepcional.

Diversamente, quanto às entidades públicas, qualquer uma, *prima facie*, pode ser contraente num acordo desta índole, como resulta da alínea a) do artigo 3.º que é aparentemente tão ampla que permite que quaisquer “*Entidades públicas*” sejam sujeitos contratuais de acordos de garantia financeira. Todas as entidades de natureza pública, uma vez que o legislador não distingue quais,

pois a norma é meramente exemplificativa com a sua formulação “*as 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*”⁶⁶⁰.

Por outro lado, também qualquer pessoa colectiva pode firmar contratos de garantia financeira, desde que o outro contraente seja uma entidade prevista nas alíneas a) a d) do artigo 3.º: uma entidade pública, uma instituição bancária ou outra instituição de crédito, financeira ou pessoa colectiva sujeita a supervisão prudencial.

Em matéria de âmbito subjectivo, a Directiva concedia aos legisladores nacionais margem de liberdade para incluir ou não (*opt in/opt out*) as pessoas colectivas não financeiras na lista de entidades consideradas para efeitos de qualificação dos contratos como de garantia financeira. O legislador português, apesar da possibilidade de escolha, optou por incluir as pessoas colectivas não sujeitas a supervisão prudencial na última alínea do artigo 3.º, não exercendo assim o seu *direito de opt-out*⁶⁶¹.

Esta opção legislativa de considerar as pessoas colectivas não financeiras como sujeitos contratuais aos quais se aplica o Decreto-Lei n.º 105/2004 representa uma ampliação significativa do campo de aplicação do diploma e, portanto, do número de casos práticos sujeitos ao seu regime⁶⁶².

E a diferença que esta lei produz traduz-se, *sic et simpliciter*, no facto de reger, por exemplo, todos os casos em que uma pessoa colectiva num contrato de concessão de crédito ou financiamento celebrado com uma instituição bancária ofereça como garantia um penhor sobre um depósito ou outra aplicação financeira que detenha nessa instituição.

Os casos que correspondam ao exemplo apresentado, ficam sujeitos à disciplina do Decreto-Lei n.º 105/2004. E formulando o raciocínio pela negativa, porventura até de uma forma mais impressiva, note-se que nas situações de celebração de um contrato de empréstimo ou financiamento bancário em que o devedor assegure o crédito com um depósito ou outra aplicação financeira, só não se aplica a referida lei se uma das partes for pessoa singular e, sublinha-se, por imperativo da própria Directiva comunitária.

Na verdade, esta restrição expressa de não aplicação do regime dos contratos de garantia financeira às pessoas singulares decorre de imposição da legislação comunitária e justifica-se pelo facto de o legislador entender que as pessoas singulares se encontram mais desprotegidas, quer pelo

⁶⁶⁰ Sublinhado nosso.

⁶⁶¹ Apenas a Áustria exerceu o direito de *opt-out*, sendo certo que não houve uniformidade nos diplomas de transposição dos demais Estados-Membros em matéria de definição do âmbito subjectivo dos contratos de garantia financeira, como melhor se pode consultar *in Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – Relatório de Avaliação Sobre a Directiva 2002/47/CE Relativa aos Acordos de Garantia Financeira*, pp. 9-10.

⁶⁶² CALVÃO DA SILVA destaca o propósito do legislador português em “*atrair empresas com dimensão significativa como investidores nos mercados financeiros*”. Cfr. *op. cit.* do Autor *Banca, Bolsa e Seguros*, p. 221.

risco de falta de acesso a toda a informação relevante quer pelo risco de inexacta percepção das consequências de aplicação deste regime, mormente em relação às regras de disposição do objecto da garantia e à possibilidade de execução imediata, automática e fora dos tribunais⁶⁶³.

A Directiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho, vedando *expressis verbis* aos legisladores nacionais a possibilidade de previsão de aplicação do regime dos contratos de garantia financeira às pessoas singulares, coloca estes sujeitos num nível de protecção semelhante ao das leis de consumo⁶⁶⁴⁻⁶⁶⁵.

A qualidade do sujeito será muitas vezes decisiva na qualificação do contrato em causa, nos casos em que a obrigação garantida e a garantia tiverem o mesmo objecto.

Com efeito, no âmbito do mútuo bancário, aplica-se o regime do penhor financeiro se uma sociedade comercial der em penhor um depósito que titula na instituição bancária credora, mas já não se o mutuário for uma pessoa singular, casos em que a execução da garantia se regerá pelas regras do penhor do Código Civil e (porventura) do Código Comercial, se, v.g., o devedor for comerciante e tiver contraído o empréstimo no exercício da sua actividade⁶⁶⁶.

À luz do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, o segundo pressuposto para que se aplique o regime do penhor financeiro é relativo ao tipo de obrigação garantida, exigindo a norma que se tratem de obrigações cuja prestação se realize pelo pagamento em *numerário* ou pela entrega de *instrumentos financeiros*. E o artigo 5.º, n.º 1 inclui também os *créditos sobre terceiros* como objecto possível das garantias financeiras.

Determina o artigo 4.º que “*Para efeitos do presente diploma, entende-se por obrigações financeiras garantidas quaisquer obrigações abrangidas por um contrato de garantia financeira cuja prestação consista numa liquidação em numerário ou na entrega de instrumentos financeiros*”⁶⁶⁷.

⁶⁶³ Sublinham a necessidade especial de protecção legal dos particulares, ISABEL DE MATOS, em *O Pacto Comissório...*, *op. cit.*, p. 145 (nota 274) e DIOGO MACEDO GRAÇA, *Os Contratos de Garantia Financeira*, *op. cit.*, p. 27.

⁶⁶⁴ Reforçando esta ideia, o n.º 2 do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 determina também de modo expresso a prevalência da disciplina específica dos *contratos de crédito ao consumidor*.

⁶⁶⁵ A opção de exclusão das pessoas singulares como sujeitos destes contratos prende-se ainda com o facto de o legislador entender que os sujeitos particulares – as suas actividades – não têm um peso significativo na (ins) estabilidade do sistema financeiro, ou seja, não representam *risco sistémico*. Vide FILIPPO SARTORI, «*I contratti di garanzia finanziaria...*», *ob. cit.*, p. 7.

⁶⁶⁶ Vide a noção de actos subjectivamente e objectivamente comerciais dos artigos 2.º e 13.º do Código Comercial.

Ver também o que ficou dito *supra* a respeito da classificação do penhor como mercantil.

Para mais desenvolvimentos sobre toda esta temática, consultar as lições de COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, *op. cit.*, pp. 43 e segs..

⁶⁶⁷ A Directiva 2002/47/CE, na alínea f), do n.º 1, do artigo 2.º, delimita o tipo de obrigações que podem ser asseguradas através de *garantia financeira*, enunciando: “*i) obrigações presentes ou com prazo certo, efectivas,*

E o artigo seguinte enuncia o terceiro pressuposto, densificando conceito de *numerário*, *instrumentos financeiros* e *créditos sobre terceiros* para efeitos do regime que o diploma institui. Concretiza, então, o artigo 5.º qual o objecto possível da obrigação garantida, dispondo que “1 – O presente diploma é aplicável às garantias financeiras que tenham por objecto: a) «Numerário», entendido como o saldo disponível de uma conta bancária, denominada em qualquer moeda, ou créditos similares que confiram direito à restituição de dinheiro, tais como depósitos no mercado monetário; b) «Instrumentos financeiros», entendidos como valores mobiliários, instrumentos do mercado monetário e créditos ou direitos relativos a quaisquer dos instrumentos financeiros referidos⁶⁶⁸⁻⁶⁶⁹; c) «Créditos sobre terceiros», entendidos como tal os créditos pecuniários decorrentes de um acordo mediante o qual uma instituição de crédito concede um crédito sob a forma de empréstimo. 2 – Ficam excluídos do âmbito do presente diploma, as garantias que tenham por objecto créditos sobre terceiros em que o prestador ou o beneficiário da garantia não seja uma das entidades referidas na alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º, e o crédito seja concedido a: a) Consumidores, nos termos da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho, alterada pela Lei n.º 85/98, de 16 de Dezembro e pelo Decreto-Lei n.º 67/2003, de 8 de Abril; ou b) Microempresas ou pequenas empresas, conforme definidas na Recomendação n.º 2003/361/CE, da Comissão Europeia, de 6 de Maio, relativa à definição de microempresas, pequenas e médias empresas”.

Numerário compreende saldos bancários ou créditos similares, excluindo, portanto o *papel-moeda*⁶⁷⁰.

condicionais ou futuras, incluindo as obrigações decorrentes de um acordo principal ou de um instrumento semelhante; ii) obrigações em relação ao beneficiário da garantia, a cargo de uma pessoa que não o prestador da garantia; iii) obrigações ocasionais, de uma determinada categoria ou tipo”. A boa opção do nosso legislador em não verter esta formulação no diploma de transposição resume-se a uma opção de *não redundância* com o regime comum do penhor.

⁶⁶⁸ A propósito do conceito de valor mobiliário, instrumento do mercado monetário e instrumento financeiro, vide RENATO GONÇALVES, *Nótulas comparatísticas sobre os conceitos de valor mobiliário, instrumento de mercado monetário e instrumento financeiro na DMIF e no Código dos Valores Mobiliários*, in «Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários», n.º 19, Dezembro, 2004, pp. 96 e segs..

⁶⁶⁹ A Directiva também continha aqui a hipótese de *opt-out*, atribuindo aos Estados-Membros, na alínea b), do n.º 4, do artigo 1.º, a possibilidade de “excluir do âmbito de aplicação da directiva a garantia financeira que consista em acções próprias do prestador de garantia, em acções em empresas associadas na acepção da Directiva 83/349/CEE do Conselho, de 13 de Junho de 1983, relativa às contas consolidadas, e em acções em empresas cujo objecto exclusivo consista em ser titular de meios de produção essenciais para a actividade empresarial do prestador de garantia ou de bens imóveis”. Nós optámos por não usar esta cláusula de salvaguarda, a exemplo dos demais Estados-Membros, excepto a Dinamarca e a Alemanha, sendo que o legislador alemão utilizou-a só parcialmente ao não aceitar como *garantia financeira* uma caução que tenha por objecto acções próprias do dador da garantia ou acções que ele detenha em empresas associadas nos termos da Directiva 83/349/CEE. (*Relatório da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu – Relatório de Avaliação Sobre a Directiva 2002/47/CE Relativa aos Acordos de Garantia Financeira*, pp. 9-10).

⁶⁷⁰ Segundo o considerando dezoito da Directiva 2002/47/CE em articulação com os artigos 2.º, n.º 1, alínea d) do mesmo diploma e com o, transcrito em texto, 5.º, n.º 1, alínea a) do Decreto-Lei n.º 105/2004.

Nos *instrumentos financeiros*, a lei inclui os valores mobiliários, à luz do conceito do artigo 1.º CVM, os instrumentos de mercado monetário e outros créditos ou direitos a eles relativos⁶⁷¹.

Os *créditos sobre terceiros* ficam, para este efeito, limitados aos créditos pecuniários emergentes de empréstimos concedidos por instituições de crédito⁶⁷².

Como resulta do n.º 2 do transcrito artigo 5.º, a lei exclui do conceito de *créditos sobre terceiros* quando os *terceiros* sejam consumidores e micro ou pequenas empresas, se o dador ou o beneficiário do penhor não for um sujeito dos contratos de garantia financeira, isto é, uma das entidades da alínea b), do n.º 1, do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 105/2004.

Regressando ao artigo 4.º, dele resulta quais as obrigações que podem ser asseguradas através de um contrato de garantia financeira, limitando o regime do Decreto-Lei n.º 105/2004 só às obrigações que se realizem com liquidação em numerário ou entrega de instrumentos financeiros.

Anota CALVÃO DA SILVA que podem ser “«*futuras ou condicionais*»” e “«*do próprio garante ou de terceiro*», de acordo com as regras gerais do direito português que dispensaram – e bem – a transposição dos n.ºs i), ii) e iii) da al. f) do n.º 1 do artigo 2.º da Directiva 2002/47/CE”⁶⁷³.

Para que se aplique o regime do penhor financeiro instituído entre nós pelo diploma em análise, vimos já, (i) uma das partes no contrato tem de corresponder a uma das entidades elencadas no artigo 3.º; (ii) o objecto da garantia financeira prestada só pode ser numerário, instrumentos financeiros ou créditos sobre terceiros; (iii) quanto ao tipo de obrigação que pode ser garantida por contrato de garantia financeira, admite-se apenas que seja uma obrigação realizada por pagamento em numerário ou entrega de instrumentos financeiros; (iv) o penhor tem de ser, em princípio, com desapossamento, isto é, penhor configurado como contrato real *quoad constitutionem* e (v) o contrato de garantia financeira e a garantia financeira têm de constar de documento escrito.

O contrato de garantia financeira define-se em função dos *essentialia* que os artigos 3.º a 7.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 enunciam e que podemos sumarizar em quatro grandes aspectos: sujeitos contratuais, objecto das garantias, desapossamento e regime probatório. Vejamos os dois últimos requisitos.

Começamos por referir que a lei dos contratos de garantia financeira e o seu regime privativo quanto à natureza real ou consensual do contrato e às formalidades *ad probationem* são aplicáveis unicamente à garantia que é prestada, o que vale por dizer, de acordo com a formulação do

⁶⁷¹ Em sintonia com as normas dos artigos 2.º, n.º 1, alínea e) da Directiva 2002/47/CE e do 5.º, n.º 1, alínea b) do Decreto-Lei n.º 105/2004.

⁶⁷² Como resulta dos artigos 2.º, n.º 1, alínea o) da Directiva 2002/47/CE e 5.º, n.º 1, alínea c) do Decreto-Lei n.º 105/2004.

⁶⁷³ Cfr. CALVÃO DA SILVA *Banca, Bolsa e Seguros*, ob. cit., p. 223.

artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, à “*garantia financeira cujo objecto*⁶⁷⁴ *tenha sido entregue, transferido, registado ou que de outro modo se encontre na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia ou de uma pessoa que actue em nome deste, incluindo a comosse ou o controlo conjunto com o proprietário*”.

Em regra, o contrato de garantia financeira é real *quoad constitutionem* e, portanto, a garantia financeira só será válida e eficazmente prestada com a *traditio* ou outra forma de desapossamento que signifique a subtracção da disponibilidade do objecto da garantia financeira do empenhador

⁶⁷⁴ Recordamos o que ficou dito em texto: a garantia financeira prestada (só) pode ter por objecto numerário, instrumentos financeiros e créditos sobre terceiros, nos termos do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 105/2004. *Vide* também notas 670, 671 e 672.

Quanto aos *créditos sobre terceiros*, importa ter sempre presente, como sublinhámos em texto, que o diploma em causa não será aplicável sempre que os *terceiros* sejam consumidores (micro ou pequenas empresas), em linha com a orientação contemporânea de os legisladores reputarem os consumidores como parte negocialmente mais frágil. A necessidade de especial protecção destes sujeitos vem já sendo reclamada pela doutrina há mais de uma década, como podemos ler, v.g., no escrito de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO *Tendências modernas na protecção contratual da parte vulnerável nos serviços bancários e financeiros*, in «Revista de Direito Bancário», edição especial, Anais do 1.º Simpósio Internacional de Direito Bancário, Instituto Brasileiro de Direito Bancário, ano I, n.º 1, vol. 2, São Paulo, 1998, pp. 692-708, em que o Autor afirma claramente que em relação aos serviços financeiros “*não será ousado concluir que a «parte vulnerável» é o consumidor*” (p. 693), destacando a importância da “*multiplicação dos «deveres de informação»*”, como sendo, entre as “*medidas de protecção do consumidor de serviços financeiros*” a que “*ocupa o primeiro posto*” (p. 707). Num plano mais abrangente da relação bancária, no seu todo considerada, PINTO MONTEIRO refere-se à “*«relação de negócios» que se estabelece entre, o banqueiro e o cliente, em regra a partir da abertura de conta*” como uma “*relação de «confiança» entre as partes que justifica o cumprimento contínuo de particulares deveres de «informação e esclarecimento», especialmente a cargo do primeiro e em benefício do segundo, dado o acentuado «desnível de informação» entre ambos*” (p. 707). Ideia que o doutrinador retoma na sua reflexão *A resposta do ordenamento jurídico português à contratação bancária pelo consumidor*, in RLJ, Ano 143.º, Julho/Agosto 2014, reiterando a importância dos deveres de informação que incumbem à entidade bancária. Na p. 383, sublinhamos a convocação do *princípio da auto-responsabilização* e a solução a que ele conduz. Ensina PINTO MONTEIRO que “*perante a dificuldade que se depara aos bancos de virem a provar terem tomado as medidas adequadas e idóneas para que o aderente conheça e compreenda o sentido e alcance das cláusulas do contrato a que se submete, é prática corrente entregarem os bancos uma «declaração», que os clientes assinam, onde se afirma terem cumprido os deveres de informação a que estão adstritos, ao mesmo tempo que os clientes declaram conhecer e compreender o sentido e o alcance do contrato que subscrevem, os riscos a que se submetem, etc.*”. E à pergunta sobre o real valor destas declarações, o Professor responde que “*o seu valor não é absoluto*”, explicando que “*uma declaração dessas, por si só, pode não chegar como meio de prova de que os deveres de informação a que o banco está adstrito foram adequadamente cumpridos. Mas também não pode ficar-se indiferente a ela, como se não existisse*”. E que no seu entendimento, a existência de uma tal declaração “*«inverte», em princípio, o ónus da prova*”, ou seja, “*terá de ser o cliente (...) «a ter de vir a provar o contrário do que afirma nessa declaração»*”, mas, salvaguarda, “*que se deve ser «prudente» nesta matéria, devendo ser-se especialmente cauteloso se, por exemplo, o declarante afirma ter conhecido e compreendido perfeitamente expressões de elevada sofisticação e rigor técnico, que pressupõem, além do mais, uma importante formação económico-financeira, quando a formação dele [cliente bancário] não passou da instrução primária... A não ser, porventura, que o declarante tenha larga experiência e/ou se tenha feito acompanhar de alguém com essa formação e que o tenha esclarecido devidamente*”. Concluindo que é “*sempre indispensável, pois, uma especial atenção pelo «caso concreto»*”.

com a correspectiva passagem para o beneficiário da garantia, ainda que em comosse ou controlo conjunto do autor e do beneficiário da garantia.

Por um lado, o autor do penhor tem de *entregar efectivamente* a posse do objecto da garantia ao credor, à semelhança do regime do penhor civil (artigo 669º CC) e do penhor mercantil (no sentido em que prevê entrega *simbólica* no artigo 398.º CCom⁶⁷⁵).

Por outro lado, o prestador da garantia financeira pode ser dispensado da *entrega* se (i) for uma instituição de crédito; (ii) celebrar o contrato no âmbito de uma operação de cedência de liquidez; (iii) a garantia recair em crédito sobre terceiro e (iv) for prestada a favor do banco central. É o que se preceitua no n.º 3 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, instituindo-se o *princípio da consensualidade para a transferência da posse do penhor*, em cujos termos há transmissão “*para o beneficiário da garantia por mero efeito do contrato*” e que corresponde ao regime que já assinalámos no penhor em garantia de créditos de instituições bancárias (em que há dispensa total de desapossamento, nos termos do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 29 833, de 17 de Agosto de 1939 e do artigo único do Decreto-Lei n.º 32 032, de 22 de Maio de 1942)⁶⁷⁶.

Para uma parte da doutrina⁶⁷⁷, o desapossamento no penhor financeiro é condição de validade e de eficácia, o que significará que os contratos de garantia financeira são reais *quoad constitutionem*⁶⁷⁸. Para outra parte, já o desapossamento constitui *mera* condição de eficácia⁶⁷⁹,

⁶⁷⁵ Com a seguinte diferença: enquanto a lei comercial prevê que o penhor mercantil possa ser entregue a *terceira pessoa* (corpo do artigo 398.º CCom), o diploma dos contratos de garantia financeira apenas permite que o penhor seja entregue ao beneficiário da garantia ou ao seu *representante* (n.º 2 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 105/2004).

⁶⁷⁶ Para mais desenvolvimentos, CALVÃO DA SILVA *Banca, Bolsa e Seguros*, ob. cit., pp. 223 e segs..

⁶⁷⁷ Neste sentido, CALVÃO DA SILVA *Banca, Bolsa e Seguros*, ob. cit., p. 224 (com a ressalva do penhor consensual previsto no n.º 3 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 para os casos das “*garantias financeiras que tenham por objecto créditos sobre terceiros prestadas ao Banco Central pelas instituições de crédito no âmbito das operações de liquidez*”), MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, ob. cit., pp. 739-740, ALEXANDRE JARDIM, «*Acordos de garantia financeira...*», ob. cit., p. 147, DIOGO MACEDO GRAÇA, *Os Contratos de Garantia Financeira*, op. cit., p. 37 e MARGARIDA COSTA ANDRADE, «*O penhor financeiro...*», op. cit., p. 360.

⁶⁷⁸ MARGARIDA COSTA ANDRADE, em «*O penhor financeiro...*», ob. cit., p. 361, qualifica os contratos de garantia financeira como “*reais quanto aos efeitos e quanto à constituição*” e, mais adiante, na esteira de Autores italianos, refere que no penhor financeiro, o desapossamento é “*entendido na sua acepção funcional, ou seja, o que releva é que a disponibilidade do bem seja subtraída ao devedor, ao mesmo tempo que se dá publicidade à garantia*”. Cfr. *apud* F. SARTORI, «*I contratti di garanzia finanziaria...*», ob. cit., p. 9 e LORENZO BENEDITI, «*Il pegno nel d. Euro e in quello sulle garanzie finanziarie (spossessamento, rotatività)*», disponível em www3.unicatt.it/unicattolica, p. 11.

⁶⁷⁹ Nesta corrente doutrinária, inclui-se ISABEL DE MATOS, *O Pacto Comissório...*, op. cit., p. 146 que afirma que o requisito da “*obrigatoriedade de prestação efectiva do objecto da garantia ao respectivo beneficiário (...)* respeita à eficácia do contrato de garantia financeira, à sua produção de efeitos”.

entendendo que a entrega não é um elemento formativo do próprio contrato, tratando-se, de um elemento, sim, necessário para que o contrato produza os efeitos a que tende.

Proclama o legislador comunitário⁶⁸⁰ que “*a fim de limitar as formalidades administrativas a cumprir pelas partes que utilizam a garantia financeira (...) a única condição de validade susceptível de ser imposta pelo direito nacional relativamente à garantia financeira deve ser a entrega, a transferência, a detenção, o registo ou a designação dos títulos fornecidos a título dessa garantia por forma a que estejam na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia*”. A lei nacional, no artigo 6.º, dispõe que “*1 – O presente diploma é aplicável às garantias financeiras cujo objecto seja efectivamente prestado. 2 – Considera-se prestada a garantia financeira cujo objecto tenha sido entregue, transferido, registado ou que de outro modo se encontre na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia ou de uma pessoa que actue em nome deste, incluindo a composses ou o controlo conjunto com o proprietário*”.

Ora, da leitura do preceito transcrito resulta claramente que o requisito da *entrega* pode não se traduzir numa *entrega efectiva*. O importante é que, mesmo que *simbólico*, o desapossamento do devedor represente a sua *privação* do objecto do penhor e, correspectivamente, da colocação deste à *disposição* do credor beneficiário da garantia. Razão por que acolhemos a visão segundo a qual, em regra⁶⁸¹, o desapossamento é um elemento essencial à constituição do penhor financeiro. E as motivações para que o penhor de coisas seja um contrato real *quoad constitutionem* actuam, aqui robustecidamente⁶⁸², pela amplitude de direitos que a garantia financeira pode envolver, como o uso e disposição (artigos 9.º e 10.º do Decreto-Lei n.º 105/2004) ou a apropriação (artigo 11.º do mesmo diploma) e pela publicidade do acto de desapossamento (ainda que simbólico). Também pela importância, aponta ALEXANDRE JARDIM, como “*meio instrumental necessário para assegurar o correcto exercício dos poderes (...) do credor*”⁶⁸³ e ainda, assinala CALVÃO DA SILVA, para “*maior segurança dos interesses do credor e acautelamento dos terceiros de boa fé*”, porquanto o desapossamento contribui para “*dificultar ou impedir plúrima utilização efectiva do objecto da garantia financeira pelo mesmo prestador*”⁶⁸⁴.

⁶⁸⁰ Considerando nono da Directiva 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho.

⁶⁸¹ Vimos já que a excepção é a hipótese descrita no n.º 3 do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 105/2004.

⁶⁸² Actuam “*de modo reforçado*”, parafraseando MENEZES CORDEIRO, como podemos ler no seu *Manual de Direito Bancário*, *op. cit.*, p. 740, em que justifica a sua afirmação com o facto de a garantia financeira abranger o penhor e a fidúcia e de (poder) dar ao credor *direito de uso e disposição* da garantia financeira, o que requer necessariamente *entrega* da coisa.

⁶⁸³ Pese embora, diz o Autor, “*o carácter financeiro do penhor financeiro, que à partida levaria à adopção de uma solução mais flexível e mais adaptada às exigências típicas do comércio bancário e financeiro*”. Cfr. ALEXANDRE JARDIM, «*Acordos de garantia financeira...*», *ob. cit.*, p. 147.

⁶⁸⁴ Cfr. CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, *ob. cit.*, p. 224.

O último pressuposto de aplicação do regime do penhor financeiro é de natureza formal, impondo o artigo 7.º que tanto o contrato de garantia financeira como a própria garantia financeira “*sejam susceptíveis de prova por documento escrito*”. A melhor doutrina classifica esta exigência como formalidade *ad probationem*⁶⁸⁵, no sentido em que a norma citada não estabelece directamente a sujeição à forma escrita, apesar da formulação legal não absolutamente clara.

Analisando o sentido do enunciado linguístico do preceito, dele resulta que a exigência de forma se prende *apenas* com uma questão de prova, pois a menção ao documento escrito surge na perspectiva deste enquanto meio de prova do contrato e da garantia: “*O presente diploma é aplicável aos contratos de garantia financeira e às garantias financeiras cuja celebração e prestação sejam susceptíveis de prova por documento escrito ou de forma juridicamente equivalente*”; em linha com o regime do penhor mercantil (artigo 400.º CCom). Mais tendo em conta que, por definição doutrinária, formalidade *ad probationem* é a que pode suprir-se por outros meios de prova, por exemplo, por confissão expressa (judicial ou extrajudicial) por escrito (artigo 364.º, n.º 2 CC).

Acresce que o artigo seguinte, embora ressalvando o disposto no artigo 7.º, refere que as exigências formais não são condição de validade dos contratos de garantia financeira ou das garantias financeiras, dizendo expressamente: “*Sem prejuízo do disposto nos artigos 6.º e 7.º, a validade, a eficácia ou a admissibilidade como provas de um contrato de garantia financeira e da prestação de uma garantia financeira não dependem de qualquer acto formal*” (artigo 8.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 105/2004).

Ora, a formulação transcrita reforça a tese de que as imposições de forma do artigo 7.º são meramente *ad probationem*.

Embora com um enunciado complexo e confuso, a interpretação que aqui se acolhe aponta que o contrato e a garantia devem ser celebrados por escrito ou por via equivalente.

O n.º 2 do artigo 7.º concretiza “*O registo em suporte electrónico ou em outro suporte duradouro equivalente cumpre a exigência de prova por documento escrito ou de forma juridicamente equivalente à forma escrita*”.

Do preceito, embora prolixo, resulta que um contrato de garantia financeira deve ser celebrado por escrito ou por modo equivalente⁶⁸⁶.

⁶⁸⁵ Neste sentido, por todos, vide CALVÃO DA SILVA *Banca, Bolsa e Seguros*, ob. cit., p. 227, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, op. cit., p. 740 e DIOGO MACEDO GRAÇA, *Os Contratos de Garantia Financeira*, op. cit., p. 39.

⁶⁸⁶ É eloquente a formulação de MENEZES CORDEIRO a este respeito: “*Atalhando por alguma complexidade de formulação, podemos adiantar as conclusões a retirar do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, em consonância com o artigo 3.º da Directriz n.º 2002/47: – o contrato de garantia financeira deve ser celebrado por escrito ou equivalente (i.e.: com suporte electrónico ou outro suporte duradouro); – o «desapossamento» deve poder ser provado também*

Assim, a utilização da garantia financeira, mesmo *créditos sobre terceiros*, só depende de registo ou notificação do devedor como mera formalidade *ad probationem*, isto é, como (meio de) prova da existência da garantia em relação ao devedor e a terceiros, como determina o n.º 3 do artigo 8.º. Ao contrário do penhor de créditos, sabemos, que “*só produz os seus efeitos*”, quer entre as partes quer em relação a terceiros, “*desde que seja notificado ao respectivo devedor, ou desde que este o aceite*” e, se se tratar de um penhor sujeito a registo, só “*produz os seus efeitos a partir do registo*”, como dispõe o n.º 2 do artigo 681.º CC.

O Decreto-Lei n.º 192/2012, de 23 de Agosto, ao realizar a mais recente alteração ao Decreto-Lei n.º 105/2004, introduziu um regime probatório mais favorável. Nas preditas operações financeiras de liquidez, em que as instituições de crédito celebram contratos de garantia financeira com o BCE, em que a garantia prestada corresponde a *créditos sobre terceiros*, um preceito criado por aquele diploma legal, o n.º 4 do artigo 8.º, veio, por um lado, dispensar a garantia de registo ou notificação ao devedor e, por outro, conferir-lhe prevalência sobre outros direitos que recaiam sobre o seu objecto, “*ainda que registados ou notificados ao devedor em data posterior à constituição do penhor financeiro*”. Criou-se um regime *favor creditoris*⁶⁸⁷, em que o banco central goza, em plenitude, do princípio *prior in tempore potior in iure*, isto é, sem a excepção à regra da prioridade do registo do n.º 3 do mesmo artigo 8.º⁶⁸⁸.

Inter partes, a existência e prestação desta garantia financeira que tenha por objecto créditos sobre terceiros pode ser provada por inclusão destes créditos em *lista de créditos apresentada por escrito ou de forma juridicamente equivalente* ao credor beneficiário, segundo a faculdade prevista na alínea c), do n.º 4, do artigo 7.º.

Esta lista fará, então, prova apenas entre partes, garante e garantido, e já não contra o devedor e terceiros. Contra o devedor ou terceiros, só, mais uma vez, em regime especialmente favorável ao BCE, nas *supra* descritas garantias financeiras de créditos sobre terceiros, prestadas por instituições de crédito em operações de liquidez. Aqui “*a inclusão numa lista de créditos apresentada ao beneficiário da garantia por escrito, ou de forma juridicamente equivalente à forma escrita, é suficiente para identificar o crédito sobre terceiros e fazer prova da prestação*

por escrito ou equivalente. (...) admitir contratos de garantia financeira não escritos, mas cuja prova fosse escrita iria abrir as portas a dívidas: onde estaria o consenso de ambas as partes, já que o mesmo não teria sido escrito? Como interpretar as suas cláusulas? Uma ligeira interpretação correctiva leva-nos, assim, a proclamar que a garantia financeira deve ser prestada por escrito ou por via equivalente: declaração electrónica ou em suporte equivalente e, «maxime»: por conversa telefónica gravada”. Cfr. Manual de Direito Bancário, ob. cit., pp. 740-741.

⁶⁸⁷ Assim ensina CALVÃO DA SILVA nas suas *lições* (sobre) *Banca, Bolsa e Seguros*, ob. cit., pp. 225-226.

⁶⁸⁸ E da regra geral sobre cessão de créditos *a várias pessoas* inscrita no artigo 584.º CC, à luz da qual “*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*”.

da garantia, quer entre as partes quer em relação aos devedores ou a terceiros”, nos termos do n.º 5⁶⁸⁹ do artigo 7.º.

Quanto aos requisitos do documento escrito ou suporte equiparável, de acordo com o n.º 3 do artigo 7.º, é mister que dele resulte a identificação do objecto da garantia⁶⁹⁰.

E no âmbito da identificação do objecto da garantia, nota-se a distinção que a lei faz entre penhor financeiro e alienação fiduciária, nas garantias financeiras que incidam sobre numerário. No penhor financeiro, determina a alínea a), do n.º 4, do artigo 7.º⁶⁹¹ que basta “*registo na conta do prestador*” para identificar o objecto da garantia, mas na alienação fiduciária em garantia, é necessário “*o registo do crédito na conta do beneficiário*”⁶⁹².

Há este desnível de exigências, pois o penhor financeiro é uma garantia e as garantias, por definição, mantêm a propriedade do seu objecto na titularidade do prestador, não se justificando que a lei seja tão *exigente* como nos negócios translativos que por definição operam a transferência da propriedade do seu objecto para o adquirente. A alienação fiduciária em garantia é um negócio translativo e como tal dele resulta transmissão da propriedade do seu objecto para o adquirente que é o credor: embora seja um contrato com fim de garantia, é uma *alienação*, é uma *transmissão*.

E esta diferença encontra-se bem expressa logo no início do Decreto-Lei n.º 105/2004, no texto do n.º 2 do artigo 2.º que ao enunciar dois tipos de contratos de garantia financeira, aponta a transmissão da propriedade do objecto da garantia como elemento distintivo, proclamando que “*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*” (sublinhado nosso).

⁶⁸⁹ CALVÃO DA SILVA explica que terá havido uma gralha no Decreto-Lei n.º 192/2012, de 23 de Agosto e que o preceito que ali é identificado como *novo* n.º 4 do artigo 7.º (do Decreto-Lei n.º 105/2004), na verdade é *novo*, sim, mas é o n.º 5. Ou seja, o diploma de 2012 que introduziu alterações à lei dos contratos de garantia financeira aditou ao artigo 7.º um n.º 5 e não alterou o n.º 4 que se deve considerar plenamente em vigor (com a redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 85/2011, de 29 de Junho).

⁶⁹⁰ É o seguinte o texto do n.º 3 do artigo 7.º “*A prova da prestação da garantia financeira deve permitir identificar o objecto correspondente*”.

⁶⁹¹ *Vide* penúltima nota.

⁶⁹² Esta formulação do n.º 4 do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 corresponde a uma interpretação da Directiva 2002/47/CE não unânime.

Fazendo uma leitura da Directiva coincidente com o legislador português, *vide* FILIPPO ANNUNZIATA, «*Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie*», BBTC, 2, 2003, p. 206.

Em sentido diverso, Autores como FRANÇOIS T’KINT e WERNER DERIJCKE entendem que a Directiva exige sempre documento escrito quer para a celebração do contrato de garantia financeira quer para a constituição da garantia financeira, como podemos ler em *La Directive 2002/47/CE concernant...*, *op. cit.*, p. 48.

Ademais desta distinção, ambos, para se qualificarem como contratos de garantia financeira, hão-de, *grosso modo*, reunir idênticos pressupostos quanto a sujeitos, objecto, desapossamento e prova.

O que os separa é a localização do objecto da garantia financeira: no penhor financeiro, o direito de propriedade permanece na esfera jurídica do autor da garantia, mas se as partes tiverem acordado na transmissão daquele direito para o credor beneficiário da garantia isso significa que convencionaram (e será) uma alienação fiduciária em garantia.

Quid iuris se o contrato não apresentar algum dos elementos definidores dos acordos de garantia financeira? Estar-se-á diante de um outro tipo contratual, pelo que para aferir da sua validade e proceder ao seu correcto enquadramento legal, será necessário analisá-lo à luz das regras gerais (da constituição) das garantias reais, desde logo, o princípio do *numerus clausus*, vertido no artigo 1306.º CC, ordenando que as limitações ao direito real por excelência ou a criação de *figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei*, terão natureza meramente obrigacional⁶⁹³.

Sob outro prisma, o princípio do *favor negotii* deixa, todavia, aberto o caminho para a aplicação das regras do artigo 293.º CC⁶⁹⁴, *id est*, para a conversão do concreto negócio jurídico firmado pelos sujeitos em outro negócio de garantia. Se os sujeitos tiverem celebrado, *verbi gratia*, um contrato de garantia com transferência da propriedade do objecto para o credor, não será pacífico o juízo sobre a sua validade, pela configuração como *venda em garantia* que a nossa lei civil parece não admitir⁶⁹⁵⁻⁶⁹⁶.

⁶⁹³ E mesmo a modalidade de alienação fiduciária em garantia prevista no Decreto-Lei n.º 105/2004 suscita problemas de congruência com o enunciado princípio do *numerus clausus* do artigo 1306.º CC, porque, *ictu oculi*, parece criar-se com esta figura uma garantia real *atípica*.

Na doutrina italiana, em torno desta questão, encontramos duas correntes: uma que assinala a incompatibilidade da *garantia financeira atípica* com o *numerus clausus* dos direitos reais, em que se inclui, v.g., FILIPPO SARTORI, «*I contratti di garanzia finanziaria...*, *op. cit.*, p. 4 e outra que entende a consagração da figura em causa como um mecanismo legal de admissibilidade de novas práticas de garantias financeiras, em que o legislador interno mostra querer competir, em igualdade de condições, com a agilidade do sistema de *common law* – neste sentido, ANDREA ROZZI/FERDINANDO BRUNO, «*La collateralizzazione degli strumenti finanziari derivati OTC ('over the count') in Italia*», Le Società, 2007, pp. 1233-1234.

⁶⁹⁴ Cfr. ANTUNES VARELA/PIRES DE LIMA, *Código Civil Anotado*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, 2.ª edição, pp. 98 e segs..

⁶⁹⁵ Sobre a problemática, e sustentando a admissibilidade da alienação em garantia no Direito português, 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, *passim*. Cfr. também sobre o tema PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, *ob. cit.*, pp. 263 e segs..

⁶⁹⁶ CALVÃO DA SILVA defende a validade da venda em garantia com promessa de revenda, e sem recurso às regras da conversão para transformar o negócio “«*em contrato de hipoteca ou penhor*» *sufragados por acórdão do Supremo Tribunal de Justiça*” de 16 de Março de 2011. Cfr. *ob. cit.* do Autor *Banca, Bolsa e Seguros*, p. 229 e *Contratos coligados, venda em garantia e promessa de revenda*, in RLJ, Ano 133, pp. 66 e segs..

Já na (comum) hipótese de penhor prestado a favor de banco, constituído sobre unidades de participação num fundo de investimento, em que se encontram reunidos todos os requisitos do Decreto-Lei n.º 105/2004, excepto os sujeitos, porque o dador da garantia é pessoa singular, não se aplica aquele diploma, não se trata de um *penhor financeiro*, mas aplicam-se as regras do penhor sobre aplicações financeiras ou sobre valores mobiliários. Trata-se de um penhor de direitos e, como tal, reger-se-á pela lei comercial ou civil, consoante a dívida garantida provenha ou não de acto de comércio, como vimos *supra*⁶⁹⁷.

2.2.6.2 Utilização do penhor financeiro

O penhor financeiro representa uma garantia que se caracteriza pelo desapossamento do seu objecto a favor do credor sem que a entrega opere a transmissão da propriedade do bem empenhado para o beneficiário da garantia.

Dito deste modo, o penhor financeiro aproxima-se do penhor comum, assumindo a sua índole financeira, como aliás determina o diploma que rege esta modalidade de penhor, apenas por força da categoria dos sujeitos deste contrato, do objecto da obrigação garantida (de cariz financeiro), do objecto do penhor (de natureza financeira) e da vontade das partes que se manifeste no sentido da adesão a uma das modalidades de acordos de garantia financeira legalmente previstas com os aspectos distintivos do Decreto-Lei n.º 105/2004.

No penhor financeiro, existe um penhor de direitos, porque sendo o seu objecto (artigo 5.º) *numerário* (alínea a) do n.º 1), *instrumentos financeiros* (alínea b) do n.º 1) e *créditos sobre terceiros* (alínea c) do n.º 1 e n.º 2) ele representa a afectação de direitos, titulados pelo devedor, a um fim de garantia. Destarte, o penhor financeiro não incide sobre bens corpóreos como o penhor de coisas, mas sobre bens incorpóreos, pelo que, ademais das especificidades do Decreto-Lei n.º 105/2004, o seu regime supletivo é sempre o do penhor civil, consagrado nos artigos 666.º e seguintes CC (de modo particular os artigos 679.º e seguintes) e, se garantir dívida decorrente de acto comercial, o regime do penhor mercantil (artigos 397.º a 401.º CCom).

E uma das especificidades do penhor financeiro é a possibilidade de autor e beneficiário da garantia convencionarem atribuir a este último o direito de disposição sobre o bem empenhado (artigo 9.º).

⁶⁹⁷ No penhor mercantil, com as especificidades do CCom (399.º e 400.º), mas sempre, como pano de fundo, o regime do penhor civil de direitos do CC (artigos 679.º e seguintes), do CSC (artigo 23.º, n.ºs 3 e 4, para o penhor de participações sociais), do CVM (artigos 81.º e 103.º, para o penhor de valores mobiliários) e dos Decretos-Leis n.ºs 29 833, de 17 de Agosto de 1939 e 32 032, de 22 de Maio de 1942 (para o penhor em garantia de créditos bancários, *id est*, de garantia dos próprios bancos).

O Decreto-Lei n.º 105/2004 prevê três modalidades de penhor financeiro: simples, com cláusula de direito de disposição e com cláusula comissória (artigo 2.º).

A primeira modalidade não oferece dúvidas quanto ao regime aplicável, seguindo a disciplina geral do penhor.

O penhor financeiro com pacto comissório representa uma das mais relevantes inovações que este diploma introduz no nosso ordenamento jurídico, por configurar exceção à proibição geral do pacto comissório que o Código Civil proclama no artigo 694.º (extensível ao penhor por remissão expressa do artigo 678.º), elevada à categoria de princípio geral do sistema de garantias reais da ordem jurídica portuguesa.

Quanto à segunda modalidade de penhor financeiro, encontra-se prevista no artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, em cujos termos se admite que as partes, no contrato de garantia, possam convencionar o direito de o credor pignoratício dispor do bem empenhado (n.º 1).

Este direito de disposição confere ao beneficiário do penhor financeiro “*os poderes de alienar ou onerar o objecto da garantia prestada, nos termos previstos no contrato, como se fosse seu proprietário*”, explica e conclui o n.º 2 do referido artigo 9.º⁶⁹⁸.

A Directiva transposta pelo diploma do penhor financeiro não previa a possibilidade de *opt-out* relativamente ao direito de disposição, considerando que este seria um instrumento fundamental para a prossecução do objectivo principal do diploma de promover um aumento de liquidez no mercado financeiro comunitário⁶⁹⁹.

Com esta faculdade, o credor-financiador terá maior flexibilidade na realização das suas próprias aplicações financeiras internas, dispondo de mais fundos para poder obter financiamento para si em condições menos onerosas e o devedor-financiado usufruirá, em cadeia, de financiamento também com custos mais baixos⁷⁰⁰.

Este direito de disposição, como resulta do citado preceito, depende da verificação de dois requisitos. Não assiste ao credor o direito de dispor do bem empenhado automaticamente na sequência da constituição de um penhor financeiro a seu favor. O n.º 1 do artigo 9.º exige

⁶⁹⁸ Este direito de disposição é internacionalmente designado por *horizontal right of use* para se distinguir do *vertical right of use* que corresponde ao direito de disposição atribuído ao depositário de valores mobiliários. A doutrina considera que a atribuição do *vertical right of use* sinaliza a constituição de uma relação fiduciária entre o proprietário e o depositário. Para mais desenvolvimentos, consultar *Report na “Right of Use” for Collateral Takers and Custodians*, 2003, AA. VV., www.ideas.repec.org/p/wpa/wuwple/0308001.html.

⁶⁹⁹ Objectivo que o nosso legislador outrossim assume e expõe no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, dizendo claramente que o direito de disposição atribuído ao credor por convenção das partes visa “*aumentar a liquidez dos respectivos mercados*”.

⁷⁰⁰ Para mais desenvolvimentos em torno desta ideia, vide REMO TAROLLI, “*Le garanzie finanziarie: il diritto di utilizzazione dell’oggetto dela garanzia*”, in *Giurisprudenza Commerciale*, n.º 6, 2005, I, p. 873.

uma convenção *inter partes* nesse sentido. O direito de disposição tem necessariamente de ser objecto de um acordo específico entre autor e beneficiário da garantia com a modalidade de penhor financeiro que as partes estipulam⁷⁰¹ e os termos do seu exercício⁷⁰².

E, tratando-se de penhor financeiro sobre valores mobiliários, o exercício do direito de disposição depende ainda de “*menção no respectivo registo em conta*”, nos valores mobiliários escriturais e de “*menção na conta de depósito*”, para os valores mobiliários titulados (n.º 3 do artigo 9.º). Na falta destas menções, o pacto do direito de disposição é ineficaz, não podendo o credor dispor dos valores mobiliários empenhados a seu favor, mas subsiste a validade e eficácia da garantia. Se o credor exercer o mencionado *direito de disposição*, como determina o n.º 1 do artigo 10.º, cumpre-lhe até à data do cumprimento da obrigação garantida, e se o devedor cumprir: restituir-lhe objecto equivalente ao objecto originariamente dado em penhor, de acordo com a alínea a) ou, alternativamente, e desde que tal tenha sido contratualmente estipulado, entregar ao empenhador um valor pecuniário que corresponda ao valor do objecto da garantia ao tempo do vencimento da obrigação de restituição, “*nos termos acordados pelas partes e segundo critérios comerciais razoáveis*”, nos termos da alínea b) ou ainda, nos casos em que “*o contrato de penhor financeiro o preveja*”, poderá o credor proceder à compensação da sua obrigação de restituição com o valor das obrigações garantidas, sendo o crédito do autor do penhor “*avaliado nos termos da alínea anterior*”, à luz da alínea c), isto é, “*nos termos acordados pelas partes e segundo critérios comerciais razoáveis*”.

Nos casos em que o contrato de penhor financeiro nada disser, o credor pignoratício que exercer o direito de disposição do bem empenhado, fica adstrito à obrigação de restituição ao empenhador de objecto equivalente àquele de que dispôs.

Execução

2.2.6.3 Redacção inicial do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio

A disciplina da execução do penhor financeiro apresenta uma distância assinalável relativamente aos meios de execução das demais garantias reais e também ao regime de execução do penhor civil e mercantil.

⁷⁰¹ Esta convenção não é necessária, *naturaliter*, no penhor financeiro simples.

⁷⁰² Aqui acolhemos a posição segundo a qual é válida uma convenção de penhor financeiro em que se estipule direito de disposição e também um pacto comissório. Cfr. MARGARIDA COSTA ANDRADE, «*O penhor financeiro...*», *op. cit.*, p. 383 e segs..

O artigo 11.º da versão originária do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio tinha como epígrafe “*Pacto comissório*” e o título dizia tudo acerca da “*inovação relevantíssima*”⁷⁰³ que ele introduziu no ordenamento jurídico português: a permissão do pacto comissório!

Um pacto comissório, como sabemos, habilita o credor a fazer seu o bem dado em garantia, no caso de o devedor não cumprir a obrigação que sobre ele impende. Por força do pacto comissório, pode apropriar-se o credor do bem que assegura especialmente o seu crédito, diante do não cumprimento do devedor. É expressamente proibido um tal acordo no nosso sistema jurídico, sob pena de nulidade, nos termos do artigo 694.º CC, norma relativa à hipoteca, extensível ao penhor *ex vi* do artigo 678.º.

A proibição do pacto comissório decorre da preocupação da lei em afastar o contrato de garantia do âmbito dos negócios usurários, atendendo ao que diz a experiência comum: em regra, o valor do bem oferecido em garantia é bastante superior ao montante da dívida. Esta proscrição legal que resiste desde o século IV⁷⁰⁴ assenta outrossim na ideia, vinda da realidade fáctica, de que o devedor tende a prestar garantia com a convicção⁷⁰⁵ de que vai recuperar o objecto da garantia, porque crê que vai cumprir, razão por que pode facilmente constituir uma garantia real sobre um bem com um valor desproporcionalmente acima da sua dívida.

A extensão do impedimento legal do pacto comissório ao penhor radica, de igual modo, neste argumentário de tutela do devedor necessitado e imponderado⁷⁰⁶, sem prejuízo da concorrência dos demais fundamentos que a doutrina identifica na *ratio legis*⁷⁰⁷ do artigo 694.º CC de alguns Autores de referência considerarem hoje que a motivação da proibição é *plúrima e complexa*⁷⁰⁸. No penhor financeiro, o legislador considerou que as premissas da inadmissibilidade absoluta do pacto comissório não colhiam totalmente.

Curiosamente, o n.º 3 do artigo 4.º da Directiva que o diploma nacional do penhor financeiro transpôs conferia aos legisladores nacionais direito de *opt-out* relativamente à admissão do pacto comissório, mas o nosso legislador entendeu justificado afastar-se da proibição do

⁷⁰³ Nas palavras que CALVÃO DA SILVA emprega a este propósito em *Banca, Bolsa e Seguros*, ob. cit., p. 235.

⁷⁰⁴ Foi um édito do imperador Constantino datado do ano 324 (aprox.) que proibiu o pacto comissório. Cfr. *supra* nota 327.

⁷⁰⁵ Convicção ou *ilusão*, como loquazmente afirma ANGELO LUMINOSO, em *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, op. cit., pp. 219 e segs..

⁷⁰⁶ Neste sentido, VAZ SERRA e todo o seu pensamento vertido nas suas propostas para o regime do penhor aquando dos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, como vimos já e recolhido em *Penhor*, BMJ, n.ºs 58 e 59, ob. cit., especialmente pp. 217 e segs. e 148 e segs. (respectivamente).

⁷⁰⁷ Como vimos *supra* o capítulo I, secção II.

⁷⁰⁸ Neste sentido, por exemplo, JANUÁRIO GOMES, na esteira de CONSTANZA, na sua ob. cit. *Assunção Fidejussória de Dívida...*, p. 94. (Cfr. também *supra* capítulo I, secção II)

regime geral e permitir que as partes possam convencionar a apropriação, pelo credor, do bem empenhado, se o devedor incumprir, considerando que no âmbito das garantias financeiras (i) o objecto contratual corresponde a um bem com um valor objectivo determinado ou determinável em mercado e (ii) que como se trata de um bem fungível é, portanto, substituível por outro do mesmo género, qualidade e quantidade⁷⁰⁹, razões que baixam o perigo de locupletamento injustificado do credor.

A redacção inicial do n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 dispunha que era lícito ao credor pignoratício fazer seus os instrumentos financeiros empenhados se houvesse acordo das partes nesse sentido e acordo também relativamente à avaliação do penhor.

Creemos que as razões que presidiram a este desvio da regra geral do artigo 694.º CC reflectem uma visão das partes contratuais dos contratos de garantia financeira como entidades mais ponderadas, conscientes e informadas do que a generalidade dos sujeitos jurídicos. É que por banda dos possíveis credores, só podem assumir esta posição jurídica contratual entidades sujeitas a supervisão prudencial e como os devedores têm necessariamente de ser pessoas colectivas⁷¹⁰, julgamos ser circunstância bastante para que as pessoas singulares que as representem reflectam, reúnam informação e se aconselhem antes da tomada de decisões, até porque, à excepção das sociedades unipessoais⁷¹¹, as pessoas colectivas são compostas por mais do que uma pessoa (singular ou colectiva)⁷¹².

Ademais, sopesou o legislador o facto de, quer a obrigação garantida quer a garantia prestada, terem por objecto bens com valor objectivo determinado(ável) em mercado e prestações de natureza fungível o que elimina, em princípio, o risco de o credor subavaliar o objecto do penhor.

A admissibilidade legal do pacto comissório no penhor financeiro, para além de pressupor necessariamente a verificação dos preditos requisitos legais de validade, enunciados no n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, *id est*, acordo das partes quanto à estipulação do pacto e ainda quanto à avaliação do objecto do penhor, exige também que o pacto seja protector da posição do devedor, no sentido em que *obriga* ao equilíbrio das prestações contratuais. Como? Na verdade, o diploma que disciplina o penhor financeiro, para obstar ao enriquecimento injustificado do credor à custa do devedor, só admite os pactos comissórios *equilibrados*, ou

⁷⁰⁹ Nos termos do artigo 207.º do Código Civil, “São fungíveis as coisas que se determinam pelo seu género, qualidade e quantidade, quando constituam objeto de relações jurídicas”.

⁷¹⁰ Vimos *supra* como o artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 exclui a possibilidade de as pessoas singulares poderem ser sujeitos dos contratos de garantia financeira.

⁷¹¹ Artigos 270.º-A a 270.º-G, CSC.

⁷¹² Sobre os tipos de pessoas colectivas, *vide* artigos 157.º e seguintes CC e, em particular, sobre os tipos de sociedades comerciais, cfr. artigos 197.º e seguintes CSC.

seja, *mitiga* o pacto comissório com o *pacto marciano*, fazendo impender sobre o credor a obrigação de entregar ao devedor o acréscimo de valor do bem empenhado relativamente ao valor da dívida (n.º 2 do artigo 11.º).

Aliás, na doutrina há cada vez mais vozes a afirmar que o Decreto-Lei n.º 105/2004 não consagra verdadeiramente o pacto comissório, mas sim o pacto marciano⁷¹³⁻⁷¹⁴.

A Directiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho contemplava a regulamentação das modalidades de execução da garantia, apesar de o legislador português não o ter feito. Nos casos de penhor sobre instrumentos financeiros, previa-se a venda ou apropriação, realizando-se a compensação do valor conseguido com o valor da dívida ou aplicando o valor obtido na liquidação das obrigações garantidas. No penhor de numerário, o diploma comunitário dava ao credor pignoratício a faculdade de realizar a compensação do seu crédito com as obrigações garantidas ou de utilização deste para proceder ao respectivo pagamento.

No diploma de transposição da Directiva, o nosso legislador optou por estabelecer no citado artigo 11.º apenas a possibilidade de apropriação do objecto do penhor (pelo credor pignoratício), atendendo a que as demais previsões da legislação comunitária seriam redundantes com as regras do nosso regime geral do penhor. É que tanto a modalidade de venda por estipulação convencional (prevista na Directiva para os instrumentos financeiros) quer a compensação

⁷¹³ Neste sentido, DIOGO MACEDO DA GRAÇA, em *Os Contratos de Garantia Financeira*, *op. cit.*, p. 62, afirma que “*o que aqui temos é a consagração do pacto marciano no âmbito do penhor financeiro e não o reconhecimento de uma abertura do nosso ordenamento jurídico a um verdadeiro pacto comissório, cuja proibição nem sequer é afastada*”; ALEXANDRE JARDIM, «*Acordos de garantia financeira...*», *ob. cit.*, p. 155, também defende que o que o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 “*permite é a estipulação (...) de um pacto marciano (...) e este não constitui um pacto comissório*”; PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de Créditos...*, *op. cit.*, p. 634, entende, de igual modo, que “*não há aqui qualquer excepção à proibição do pacto comissório, que se mantém intocada; consagrou-se a este propósito foi o pacto marciano*”.

⁷¹⁴ Em sentido contrário, defendendo que o diploma do penhor financeiro admite o pacto comissório, CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, *op. cit.*, p. 235, proclama que o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 trouxe ao nosso ordenamento jurídico “*uma inovação relevantíssima («a apropriação» como auto-tutela satisfativa), porquanto o regime geral é o da proibição do pacto comissório no art. 694.º do Código Civil, «ex vi» do art. 678.º*”, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, *ob. cit.*, p. 745, expressa que no penhor financeiro o legislador *rompeu* com o artigo 694.º CC, ao afirmar que “*a proibição dos pactos comissórios (...) foi considerada injustificada*” até porque na Directiva 2002/47/CE (transposta pelo Decreto-Lei n.º 105/2004) se “*permitiu que o legislador português mantivesse a proibição tradicional. Todavia (...) não foi feito uso dessa possibilidade*” e SOARES DA FONSECA, *O Penhor de Acções*, *op. cit.*, p. 119.

(modalidade de execução consagrada na Directiva para o penhor de numerário) se encontram já previstas no nosso Código Civil⁷¹⁵⁻⁷¹⁶.

A nossa lei civil já prevê o vencimento antecipado, ou *close out netting* do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, onde se contempla a faculdade de as partes convencionarem o vencimento antecipado da obrigação de restituição, à qual se encontra adstrito o beneficiário da garantia, bem como o cumprimento por compensação, no caso de verificação de facto que despolete a execução da garantia, dispõe o n.º 1. E com o teor deste preceito, ficam dissipadas as dúvidas quanto à aplicação das regras gerais do incumprimento ao penhor financeiro, porque ele faz a sua reprodução, à qual se junta a densificação do n.º 2 da norma, nos termos da qual a lei considera “*facto que desencadeie a execução*” “*o não cumprimento do contrato ou qualquer facto a que as partes atribuam efeito análogo*”. As partes poderão, então, incluir no contrato uma *cláusula resolutiva expressa* descrevendo a que evento(s) convencionam atribuir efeito análogo ao inadimplemento e cuja verificação desencadeie, contratual ou legalmente, o direito de o credor executar a garantia ou de fazer seu o respectivo objecto. *Ex vi legis*, em qualquer obrigação, o devedor perderá o *benefício do prazo*, à luz do disposto no artigo 780.º CC, se (i) *se tornar insolvente*; (ii) *diminuírem as garantias do crédito* ou (iii) *não forem prestadas as garantias prometidas*. Nas hipóteses descritas, pode o credor exigir (n.º 1) *o cumprimento imediato da obrigação* ou (n.º 2) *a substituição ou reforço das garantias, se estas sofrerem diminuição*. De modo particular no penhor, a alínea c) do artigo 670.º CC atribui ao credor o direito de exigir que a garantia seja substituída ou reforçada *ou o cumprimento imediato da obrigação*, se a coisa empenhada se tornar insuficiente para assegurar o crédito ou perecer, *nos termos fixados para a garantia hipotecária* (artigo 701.º CC).

Regressando ao artigo 11.º, note-se que a faculdade de apropriação do objecto da garantia, pelo credor pignoratício, em caso de incumprimento do devedor, nesta redacção inicial, foi prevista apenas para o penhor constituído sobre instrumentos financeiros, o que se explica pelo fito legislativo de trazer celeridade e agilidade ao sistema de execução das garantias dos acordos de garantia financeira.

Tendo presente que os requisitos da apropriação são a estipulação convencional de tal modalidade de execução e ainda o acordo das partes relativamente à avaliação dos instrumentos financeiros

⁷¹⁵ É esta a razão expressamente invocada no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, quando se refere como finalidade do diploma “*introduzir as disposições que assumem especialidades ou representam excepções face ao regime comum que vigora, nomeadamente, para o penhor e para outros contratos de garantia*”.

⁷¹⁶ A venda extraprocessual do penhor é possível por convenção das partes, como sabemos, nos termos da segunda parte do n.º 1 do artigo 675.º CC e a compensação é uma causa geral de extinção das obrigações além do cumprimento, permitida pela nossa lei civil nos termos dos artigos 847.º a 856.º.

empenhados (n.º 1), facilmente se percebe a desnecessidade de previsão de tal método de execução do penhor quando a garantia recaia sobre numerário, sabendo que o diploma de 2004 não incluiu os *créditos sobre terceiros* como objecto da garantia prestada.

Recaindo o penhor sobre determinada quantia pecuniária, significa que o valor do objecto da garantia se encontra aprioristicamente determinado, é certo, e conhecido, *ab initio*, por credor e devedor. *Apraçado* desta forma o bem empenhado, a sua avaliação está sempre feita, e, portanto, neste caso, a execução do penhor opera por compensação ou utilização do (valor do) objecto da garantia para liquidar as obrigações garantidas.

Razões atendíveis, portanto, conduziram o legislador português a não exercer o seu direito de *opt-out* relativamente à modalidade de execução do penhor por apropriação da coisa empenhada. Sublinhamos mais uma vez que a Directiva comunitária permitia *expressis verbis* a não inclusão da figura da *execução por apropriação da garantia* nos diplomas de transposição de Estados-Membros da União Europeia que à data da publicação da Directiva (27 de Junho de 2002) apresentassem um quadro legal interno de proibição do pacto comissório.

Assim, considerando a existência da norma do artigo 694.º CC, Portugal poderia claramente ter feito o *opt-out* e a nossa longa tradição jurídica de manutenção do impedimento legal absoluto de um acordo comissório, já desde o direito romano, porventura apontaria nesse sentido.

Por outro lado, a consagração de *desvios* à proibição de pacto comissório poderia abalar as fundações do modelo garantístico do nosso sistema de execução de garantias, na sua matriz tutelar do devedor e do interesse social.

Ainda assim, o legislador nacional entendeu injustificado o afastamento do pacto comissório em sede de relações contratuais financeiras, olhando à premência do contributo legal na criação de instrumentos eficientes e ágeis de execução de garantias, sabendo, por um lado, que o tempo dos negócios financeiros (hoje à escala internacional) não caberia já dentro do tempo do nosso sistema tradicional de execução de garantias⁷¹⁷ e que, por outro lado (e este terá sido o argumento decisivo), os perigos que a proibição do pacto comissório visa acautelar se encontram diluídos pelo facto de o objecto dos contratos de garantia financeira ser numerário ou outro valor de natureza fungível e, portanto, um objecto com um valor conhecido pelas partes desde a celebração de contrato de garantia ou, pelo menos, determinável por método simples e objectivo.

⁷¹⁷ A este argumento refere-se o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, nos seguintes termos: o “*«direito de apropriação» visa dar resposta à necessidade de existência de mecanismos de execução das garantias sobre activos financeiros que, não pressupondo necessariamente a venda destes, permitam ver reduzidos os riscos decorrentes da potencial desvalorização do bem*”.

Quanto à protecção dos interesses do devedor e de terceiros, entendeu o legislador ficaram suficientemente tutelados com a previsão de apertados requisitos para que o credor pignoratício possa apropriar-se do objecto do penhor financeiro.

Desde logo, com a determinação da alínea a), do n.º 1, do artigo 11.º de que o mecanismo de apropriação só é válido se as partes o tiverem fixado convencionalmente e se houver outrossim “*acordo das partes relativamente à avaliação dos instrumentos financeiros*”, nos termos da alínea b).

O enunciado linguístico do preceito não é claro quanto aos termos da estipulação convencional relativamente à avaliação do objecto do penhor, pelo que, para se interpretar o que pretendeu o legislador dizer e quais as exigências dali decorrentes para a afirmação da validade da apropriação, importa percorrer os n.ºs 2 e 3 do mesmo artigo 11.º.

O n.º 2 estabelece que o pacto comissório celebrado pelas partes tem de revestir a modalidade de *pacto marciano*. *Ope legis*, fica o credor obrigado a devolver ao empenhador o eventual acréscimo de valor obtido com o objecto da garantia em relação ao valor da obrigação por ele garantida.

Este preceito confirma a intenção do legislador em considerar válida a apropriação que acautele os interesses do devedor, com a previsão de um acordo referente à avaliação do objecto da garantia prevendo um método justo para apreçar o bem que este deu em penhor.

O n.º 3 reforça a ideia enunciada, determinando que o acordo das partes relativo à avaliação do penhor (alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º) não pode prejudicar qualquer obrigação legal de realizar ou avaliar a garantia e de calcular as obrigações garantidas segundo critérios comerciais razoáveis.

Da leitura conjugada das normas, resulta, *sic*, que a posição do devedor fica salvaguardada na execução por apropriação ao considerar válida esta forma de (auto-)realização do crédito só quando do próprio pacto entre o credor e o devedor resultar o equilíbrio das prestações contratuais. E um acordo equilibrado deve conter critérios objetivos e claros para avaliar o penhor, fixação de prazo para o efeito, boa fé na estipulação dos critérios e indicação do valor da obrigação garantida como montante máximo de que o credor se pode apropriar. E sempre sem embargo da obrigação legal de avaliar o penhor e quantificar a obrigação garantida “*de acordo com critérios comerciais razoáveis*”, nos termos do n.º 3 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º105/2004 (artigo 4.º, n.º 6 da Directiva n.º 2002/47/CE).

Como mecanismo adicional de tutela do autor da garantia e de terceiros credores deste devedor, estes poderão sempre recorrer aos tribunais para que fiscalizem se foi observada a exigência legal da razoabilidade dos critérios comerciais de avaliação (artigo 11.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 105/2004).

No penhor financeiro, assinalamos ainda a protecção que resulta para os demais credores e para o devedor com o desapossamento e a publicidade decorrente do registo, porque, como vimos *supra*, a lei dos contratos de garantia financeira só é aplicável à “*garantia financeira cujo objecto tenha sido entregue, transferido, registado ou que de outro modo se encontre na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia ou de uma pessoa que actue em nome deste, incluindo a comosse ou o controlo conjunto com o proprietário*”, de acordo com o ditame do artigo 6.º do Decreto-Lei n.º 105/2004.

O diploma do penhor financeiro realiza, assim, o equilíbrio entre a tutela do devedor e de terceiros e o propósito perseguido com a admissão legal do pacto comissório de evitar a desvalorização do objecto da garantia. O legislador considerou que nos contratos de garantia financeira a delonga dos formalismos de execução do penhor poderia abalar o curso normal da actividade financeira, porque tanto as modalidades de execução do penhor previstas no artigo 675.º CC (venda judicial, extraprocessual e adjudicação) como o mecanismo previsto pelo artigo 401.º CCom (venda por intermediação de corretor) pressupõem necessariamente a venda do bem empenhado, ou, pelo menos, a fixação judicial do valor pelo qual o penhor pode ser adjudicado ao credor (n.º 2 do artigo 675.º CC), pelo que com estas opções morosas, o risco de depreciação das garantias prestadas é real. E o legislador, querendo limitar o máximo possível este perigo, entendeu que o regime privativo do penhor, previsto nas normas citadas, não seria bastante para promover transacções comerciais internacionais e decidiu abrir uma excepção à norma imperativa do artigo 694.º CC, admitindo o pacto comissório no penhor financeiro, permitindo às partes convencionar a execução da garantia por apropriação directa pelo credor do bem oferecido em penhor, sem venda prévia judicial (artigo 675.º CC, n.º 1, primeira parte) ou extraprocessual (artigo 675.º CC, n.º 1, segunda parte e artigo 401.º CCom).

Por outras palavras, apesar de o nosso regime geral do penhor conter já especificidades que tornam mais ágil a sua execução comparativamente com as demais garantias reais⁷¹⁸, mormente a hipoteca, a consagração legal da validade do pacto comissório em sede de penhor financeiro, dá ao credor a possibilidade de executar a garantia sem estar sujeito às exigências procedimentais das outras modalidades de penhor, designadamente sem ter de notificar previamente o autor da garantia da intenção de executar o penhor (como impõe o artigo 401.º CCom se o credor pretender vender o penhor mercantil por intermédio de um corretor), como *expressis verbis* diz o n.º 2 do artigo 8.º do Decreto-Lei n.º 105/2004: “*Sem prejuízo do acordado pelas partes,*

⁷¹⁸ Artigos 675.º do Código Civil e 401.º do Código Comercial em comparação, desde logo com o regime da hipoteca (artigos 686.º a 732.º do Código Civil) que não prevê nem admite, por exemplo, a venda extrajudicial prevista no penhor (artigos 675.º, n.º 1, segunda parte do Código Civil e 401.º do Código Comercial) ou tão-pouco a adjudicação do bem ao credor pignoratício (artigo 675.º, n.º 2 do Código Civil).

a execução da garantia pelo beneficiário não está sujeita a nenhum requisito, nomeadamente a notificação prévia ao prestador da garantia da intenção de proceder à execução” (sublinhado nosso).

Assim, e sem prejuízo do que em concreto o autor e o beneficiário da garantia convencionem, o regime do penhor financeiro liberta o credor da necessidade de observar certos requisitos para realizar o seu crédito por execução do penhor.

Sem embargo ainda do convencionado pelas partes quanto ao modo de realização da avaliação do penhor, o certo é que o efeito jurídico que o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 opera é exactamente aquele que a proibição do pacto comissório repele: que a propriedade do objecto da garantia se transmita para o credor se o devedor incumprir, *ipso facto*.

Atenta a natureza dos bens em causa e a circunstância de muitas vezes o valor do objecto da garantia financeira ser conhecido das partes aquando da constituição do penhor, pode perguntar-se se será válida a fixação do valor do bem empenhado no próprio pacto comissório, no próprio pacto de execução do penhor e a lei parece responder em sentido negativo, porque, por um lado, resulta da alínea b) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 11.º que a avaliação dos instrumentos financeiros só pode realizar-se depois do vencimento da obrigação e, sob outra perspectiva, a admissibilidade de avaliação do bem empenhado logo no acto de prestação da garantia seria incoerente com a previsão de pacto marciano do n.º 2 do artigo 11.º, pois a obrigação de restituição que impende sobre o credor só se vence depois de vencida a obrigação garantida. Acresce que só é possível aferir o valor real do objecto da garantia, isto é, o *quantum* que o credor obtém, de facto, com a sua apropriação, quando a garantia for executada, ou seja, só depois de vencida a obrigação que a garantia assegura.

Dissemo-lo já: das modalidades que o pacto comissório pode assumir, o Decreto-Lei n.º 105/2004 consagra o pacto marciano⁷¹⁹, isto é, o pacto comissório equilibrado do ponto de vista das prestações contratuais, em que à faculdade de apropriação do bem empenhado conferida ao credor, a lei contrapõe a obrigação de este restituir ao devedor o *superfluum*, o que significa que para que o beneficiário do penhor financeiro possa fazer seu, validamente, o objecto da garantia se o devedor incumprir, é necessário (i) que exista acordo das partes nesse sentido (alínea a) do n.º 1 do artigo 11.º); (ii) que o acordo preveja os termos da avaliação do bem empenhado (alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º); (iii) que o acordo preveja critérios de avaliação objectivos e razoáveis

⁷¹⁹ Embora não seja pacífica a classificação do *pacto marciano* como modalidade do *pacto comissório*. Autores há que entendem que o *pacto marciano* apresenta *essentialia* que permitem classificá-lo como figura jurídica (próxima mas) autónoma do *pacto comissório*, como vimos melhor *supra*.

Aliás, a corrente que sustenta que o Decreto-Lei n.º 105/2004 não admite o pacto comissório, mas sim o pacto marciano, considera-os necessariamente *fattispecies* distintas. *Vide* notas 713 e 714.

(n.º 3 do artigo 11.º) e (iv) que o credor fique obrigado a entregar ao devedor o valor que o bem empenhado tiver eventualmente a mais (*superfluum*) relativamente ao valor da dívida (n.º 2 do artigo 11.º).

Perante este *desvio* ao sistema tradicional de execução das garantias reais e até em relação às especificidades do regime do penhor civil e mercantil, coloca-se a questão de saber se a apropriação que a lei consagrou para o penhor financeiro representa uma verdadeira excepção à proibição geral do pacto comissório e se este mecanismo de execução de garantia faz precluir algum dos direitos que assistem ao devedor pignoratório.

Quanto a saber se o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 cria uma verdadeira excepção à regra da nulidade do pacto comissório do artigo 694.º do Código Civil a nossa resposta é sim. Neste sentido, CALVÃO DA SILVA afirma peremptoriamente que o que o artigo 11.º da lei dos contratos de garantia financeira representa é “*uma inovação relevantíssima, porquanto o regime geral é o da proibição do pacto comissório no art. 694.º do Código Civil, «ex vi» do art. 678.*”⁷²⁰.

De igual modo, MENEZES CORDEIRO entende que o artigo 11.º é um caso verdadeiramente excepcional da proibição do pacto comissório, mais apontando que para o legislador do penhor financeiro “*essa proibição foi considerada injustificada*”, até porque o “*artigo 4.º/3 da Directriz*⁷²¹ *permitiu que o legislador português mantivesse a proibição tradicional. Todavia (...) não foi feito uso dessa possibilidade*”⁷²².

E Autores, como ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE, embora defendam que a figura permitida pelo artigo 11.º é o *pacto marciano*, não deixam de sublinhar que apesar de o equilíbrio prestacional a diferenciar do *pacto comissório*, o pacto marciano é também uma modalidade de auto-satisfação do crédito⁷²³.

Por outro lado, o próprio preâmbulo do Decreto-Lei n.º 105/2004 alude à consagração do pacto comissório como excepção ao regime da lei civil e destaca que entre as *novidades* trazidas por este diploma, uma das “*mais significativas (...) respeita (...) ao contrato de penhor financeiro e corresponde à aceitação de pacto comissório, em desvio da regra consagrada no artigo 694.º do Código Civil. Com efeito (...) permite-se excepcionalmente que o beneficiário execute a garantia*

⁷²⁰ Cfr. CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, op. cit., p. 235.

⁷²¹ Referência à Directiva 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho (que o Decreto-Lei n.º 105/2004 transpôs para o ordenamento jurídico português).

⁷²² Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, ob. cit., p. 745.

⁷²³ Escrevem PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, em *Garantias de Cumprimento...*, op. cit., p. 186, a respeito do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004: “*ainda que a situação em análise não corresponda verdadeiramente a um pacto comissório, mas antes a um pacto marciano, dela resulta que, perante o incumprimento do devedor, confere-se ao credor o direito de se apropriar de bens daquele*”.

por apropriação do objecto desta, ficando obrigado a restituir o montante correspondente à diferença entre o valor do objecto da garantia e o montante da dívida”.

No que toca ao recorte legal do pacto comissório na *modalidade* de pacto marciano, não corresponde, cremos, a uma tomada de posição sobre a discussão doutrinária em torno do âmbito da proibição do artigo 694.º CC e, em particular, *de iure condito*, quanto à (i)licitude do *pacto comissório equilibrado*, isto é, à (i)licitude do *pacto marciano*.

A opção legislativa pelo pacto marciano, parece, sim, corresponder a uma decisão do legislador, um tanto insciente um tanto salomónica. É que não percebemos qualquer opção ontológica quanto à natureza do pacto marciano, como tipo contratual. Embora não criticamente, pareceu-nos que o legislador, por um lado, não ponderou sequer a opção doutrinária de inclusão do pacto marciano no *tipo* pacto comissório e que porventura desconsiderou a classificação do pacto marciano como figura dogmática, *de per si*.

De seguro, o legislador partiu, *sic et simpliciter*, da ideia de que qualquer convenção de auto-satisfação do crédito é um pacto comissório. E não é, de todo, uma ideia errada! Pelo menos, do ponto de vista prático-jurídico, porque, na verdade, o acordo previsto no n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 o que permite é que o credor possa fazer seu o objecto do penhor se o devedor incumprir. Os efeitos jurídicos são, na verdade, os do pacto comissório: (i) transferência da propriedade da coisa dada em garantia para a esfera do credor, automaticamente, em (con)sequência do incumprimento do devedor e (ii) extinção da obrigação.

E apesar de o n.º 2 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 impor o equilíbrio prestacional que o pacto comissório, em regra, não contém, o certo é que a convenção do n.º 1 é um acordo de apropriação do objecto da garantia, expressamente proibido pelo artigo 694.º CC, sabemos já. A obrigação de o credor devolver ao devedor a eventual diferença de valor entre o penhor e o crédito, consagrada no n.º 2 do artigo 11.º, não afasta os *essentialia* do pacto comissório: aquisição do objecto da garantia pelo credor, em virtude do incumprimento do devedor e liberação do obrigado por esta via. Numa palavra, por força deste acordo, os efeitos translativo e solutório operam se o devedor não realizar a prestação a que está astrito e operam *ipso facto*. E o *pacto marciano* imprime no *pacto comissório* equilíbrio entre as prestações do devedor e do credor, porque adstringe o credor à obrigação de restituição do *superfluum* ao autor da garantia. O *pacto marciano* afasta um dos perigos que a proibição do *pacto comissório* se propõe repelir: o enriquecimento injustificado do credor à custa do devedor. Todavia, sabemos também como é *plúrima e complexa* a razão de ser do artigo 694.º CC e que se mantém a proibição do pacto comissório como densificação do princípio geral da não apropriação livre do objecto das garantias reais, como tutela do devedor (negocialmente enfraquecido pela sua situação de necessidade económica quando solicita o empréstimo ao credor), como sanção (máxima)

da usura e comportamentos usurários, como protecção da liberdade contratual (sobretudo do devedor que pode *ceder* à pressão do credor para aceitar as suas condições para a concessão do crédito) e como protecção também dos demais credores do devedor (à luz e em homenagem do princípio *par conditio creditorum*).

Do exposto, e sem prejuízo das *boas* especificidades do *pacto marciano*, ele é, na essência, um *pacto comissório* que se encontra vedado *ex vi legis*, pelo que a figura que o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 introduziu no ordenamento jurídico português não pode deixar de considerar-se “*uma inovação relevantíssima*”⁷²⁴ e uma excepção ao artigo 694.º CC.

Segundo os Autores que defendem que o artigo 11.º não é uma excepção ao artigo 694.º CC, a fronteira parece tão simples de traçar como separar, conceptualmente, o (*bom*) *pacto marciano* do (*mau*) *pacto comissório*.

Mas o próprio legislador civil não entendeu que fosse assim tão simples. De contrário, não teria julgado necessário proibir, em absoluto, o pacto comissório ou, pelo menos, não teria julgado necessário proibir todas as suas modalidades. Desde logo, teria admitido o *pacto marciano*⁷²⁵.

Se o *bom pacto comissório* do artigo 11.º não fosse, afinal, pacto comissório, mas *pacto marciano*, por que não defender a interpretação abrogante do próprio artigo 694.º CC? É que o instituto do enriquecimento sem causa sempre obstará a que o credor se locupletasse injustificadamente à custa do devedor, nos termos dos artigos 473.º e seguintes do Código Civil.

Quanto à questão de saber se o regime do penhor financeiro prejudica os direitos do devedor, a resposta não pode deixar de ser não.

O Decreto-Lei n.º 105/2004 protege claramente o devedor, razão por que exige que a apropriação do objecto da garantia (para ser lícita) seja precedida de acordo entre as partes (alínea a) do n.º 1 do artigo 11.º), que o acordo determine os critérios de avaliação do bem empenhado (alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º), que esses critérios não afrontem os ditames da boa fé (artigo 11.º, n.º 3) e que, se o objecto da garantia for mais valioso do que o crédito do credor, este devolva ao devedor o acréscimo de valor (artigo 11.º, n.º 2).

Mas, *quid iuris* se o credor incumprir os termos convencionados para a determinação do valor da coisa empenhada? Ou a obrigação de entregar o *superfluum* ao devedor? Na hipótese de inadimplemento da obrigação do credor, valem para o devedor (como para o credor) as regras

⁷²⁴ Nas palavras de CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros...*, *op. cit.*, p. 235.

⁷²⁵ Neste sentido, CALVÃO DA SILVA, a propósito da obrigação do credor de restituição do *superfluum* ao autor da garantia, inscrita no n.º 2 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, aponta que “«*Naturalier*», o credor pignoratício está obrigado a restituir ao autor do penhor o montante correspondente à diferença entre o valor do objecto da garantia e o montante das obrigações financeiras garantidas (...) sob pena de beneficiar de enriquecimento sem causa justificativa”, na sua ob. cit. *Banca, Bolsa e Seguros...*, *op. cit.*, p. 236.

gerais da lei civil do cumprimento e incumprimento contratual e as regras gerais dos negócios jurídicos, pelo que, na situação descrita, o devedor pode recorrer à via judicial para exigir do credor o cumprimento coercivo da obrigação que sobre ele impende, tanto mais que tal conduta configurará enriquecimento injustificado.

No caso de o credor não observar o acordado relativamente aos critérios de avaliação do objecto da garantia, o devedor poderá sempre suscitar o controlo judicial posterior da (in) observância do parâmetro legal de medição do valor do penhor segundo *critérios comerciais razoáveis*⁷²⁶.

2.2.6.4 Alteração introduzida no Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio pelo Decreto-Lei n.º 85/2011, de 29 de Junho

O Decreto-Lei n.º 85/2011, de 29 de Junho que alterou a redacção inicial do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio apresenta globalmente duas grandes mudanças legislativas: por um lado, amplificação do objecto das garantias financeiras (alteração do artigo 5.º) e, por outro, reformulação da norma da execução do penhor financeiro (alteração do artigo 11.º). E se estas alterações parecem apontar no sentido de um regime ainda mais abrangente, este diploma representa precisamente o contrário, ou seja, uma *inversão* no sentido apontado pelo legislador de 2004.

Apesar de o Decreto-Lei n.º 85/2011, em transposição da Directiva n.º 2009/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Maio, permitir que a garantia financeira prestada possa corresponder a *créditos sobre terceiros* (alínea c) do n.º 1 do artigo 5.º), para além de *numerário e instrumentos financeiros*, esta extensão do elenco de activos sobre os quais pode incidir um contrato de garantia financeira representa verdadeiro alargamento do objecto apenas para as instituições de crédito, pois estes créditos, *ex vi legis*, são somente “*entendidos como tal os créditos pecuniários decorrentes de um acordo mediante o qual uma instituição de crédito concede um empréstimo sob a forma de empréstimo*”. E ficam expressamente excluídas as “*garantias que tenham por objecto créditos sobre terceiros em que o prestador ou o beneficiário da garantia não seja uma das entidades referidas na alínea b) do n.º 1 do artigo 3.º*” e o crédito

⁷²⁶ Neste sentido, vide a posição de CALVÃO DA SILVA: “*permite-se o controlo «a posteriori» pelos tribunais em nome da protecção do garante e de terceiros (cfr. considerando n.º 17 da Directiva 2002/47/CE)*” “*pela imposição do recurso aos critérios comerciais razoáveis para a determinação do valor do objecto da garantia [n.º 3 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004]*”, como podemos ler na ob. amplamente cit. do Autor *Banca, Bolsa e Seguros*, p. 234.

concedido a consumidores “*nos termos da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho*” ou a micro ou pequenas empresas como “*definidas na Recomendação n.º 2003/361/CE, da Comissão Europeia, de 6 de Maio*”.

Temos dúvidas se, na prática, a ampliação do tipo de activos que podem ser prestados como *garantia financeira* beneficiou particulares e empresas nas condições dos contratos de concessão de crédito pelos bancos, como o Decreto-Lei n.º 85/2011 se propunha.

Quanto às alterações introduzidas no artigo 11.º, indiciam vontade do legislador em recuar relativamente à auto-anunciada excepção ao artigo 694.º CC do diploma de 2004, apesar de o preâmbulo do Decreto-Lei n.º 85/2011 nem sequer mencionar a alteração produzida no preceito. Na verdade, no artigo 11.º houve alterações importantes, a começar pela epígrafe. Onde, como título da norma, o Decreto-Lei n.º 105/2004 dizia “*Pacto comissório*”, com o Decreto-Lei n.º 85/2011 passou a “*Execução dos acordos de penhor financeiro*”.

O *reco* que notámos emerge da seguinte diferença: a lei de 2004 permitia ao credor pignoratício fazer seu o objecto do penhor financeiro prestado (ao tempo, instrumentos financeiros e numerário⁷²⁷) e, a partir de 2011, permitindo, de igual modo, ao credor fazer seu o objecto da garantia financeira⁷²⁸, tentou, no entanto, *suavizar* o conceito, densificando-o com a explicação adicional de que o credor faz seu o penhor “*mediante venda ou apropriação, quer compensando o seu valor quer aplicando-o para liquidação das obrigações financeiras garantidas*”. Ora, o que questionamos é se a nova redacção do n.º 1 do artigo 11.º representa o abandono da admissão legal do pacto comissório. E a resposta é negativa, por quatro grandes razões.

Em primeiro lugar, o legislador mantém a estatuição nos termos da qual “*no penhor financeiro, o beneficiário da garantia pode proceder à sua execução, fazendo seu*” o objecto da garantia prestada, o que significa que o credor continua a poder convencionar com o empenhador a auto-satisfação do seu crédito por aquisição automática do penhor no caso de o devedor não cumprir. Mantém-se a validade de *convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir*, correspondendo ao acordo que o artigo 694.º CC proíbe absoluta e expressamente.

Em segundo lugar, note-se como a nova formulação do artigo 11.º, logo a seguir à expressão *fazendo seu*, concretiza *mediante venda ou apropriação*, o que confirma a manutenção do regime

⁷²⁷ Sendo que em relação ao *numerário*, a execução opera por compensação, como explicámos em texto *supra*, o que explica que o texto originário do artigo 11.º referir só os *instrumentos financeiros*.

⁷²⁸ O Decreto-Lei n.º 85/2011, como ficou dito em texto, juntou ao rol de garantias financeiras que podem ser prestadas no âmbito de um contrato de garantia financeira os *créditos sobre terceiros*, tendo acrescentado (um)a alínea c) ao n.º 1 do artigo 5.º do Directo-Lei n.º 105/2004.

excepcional da “«*apropriação*» como *auto-tutela satisfativa*”⁷²⁹ e a consagração da venda privada, apesar de estar prevista nas modalidades específicas de execução do penhor, o certo é que os artigos 675.º CC e 401.º CCom são normas imperativas e não comportam, portanto, afastamento por vontade das partes que as formas de execução sem venda representam⁷³⁰.

A alusão à compensação não se trata de novidade alguma, porque, como sabemos, nos termos dos artigos 847.º e seguintes do nosso Código Civil, é possível extinguir uma obrigação compensando-a com outra. E esta é a terceira razão por que a actual redacção do artigo 11.º configura a mera aparência de não excepcionalidade ao princípio geral do artigo 694.º CC.

Como quarto fundamento, diremos que a alusão à faculdade de o credor poder fazer seu o penhor, *aplicando-o para liquidar as obrigações financeiras garantidas*, não passa de uma referência redundante e perifrástica ao efeito solutório da execução do penhor e, nessa medida, nada acrescenta de novo, porque tanto a execução do penhor civil e mercantil, em todas as modalidades previstas na sua disciplina geral, como o (próprio) pacto comissório operam a liberação do devedor. A menção à extinção da obrigação garantida é um elemento *praticamente* neutro nesta reflexão, pois cremos que a indicação de aplicação do penhor para liquidação das obrigações que ele garante pode também entender-se como (mais) um sinal de que o legislador está ciente que a execução por apropriação que permite no artigo 11.º é excepcional relativamente às regras gerais de execução do penhor, e mesmo quanto às modalidades privativas de venda extrajudicial e adjudicação (artigo 675.º CC e 401.º CCom).

Assim, mantemos a nossa posição quanto à excepcionalidade do artigo 11.º e que o preceito admite o pacto comissório, nos termos ali descritos, justificando-se a alteração da epígrafe, porventura, atendendo a que são elencadas outras modalidades de execução do penhor financeiro⁷³¹, além da apropriação.

2.2.6.5 Alteração introduzida no Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio pelo Decreto-Lei n.º 192/2012, de 23 de Agosto

A actual redacção da lei dos contratos de garantia financeira foi-nos dada pelo Decreto-Lei n.º 192/2012, de 23 de Agosto que *grosso modo* regulou a forma de prestação da nova garantia financeira, *créditos sobre terceiros*, ao introduzir o já assinalado regime *favor creditoris* e esta disciplina de favor do BCE estende-se outrossim à execução do penhor.

⁷²⁹ Expressão de CALVÃO DA SILVA na sua ob. cit. *Banca, Bolsa e Seguros*, p. 235.

⁷³⁰ Neste sentido, CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros, op. cit.*, p. 236.

⁷³¹ A venda e a compensação, como enunciámos em texto.

Sic, o n.º 4 que o diploma de 2012 adiciona ao artigo 11.º ordena que na execução do penhor financeiro de créditos sobre terceiros a favor do banco central, constituído pelas instituições de crédito em operações de liquidez, “*as garantias do crédito empenhado transferem-se por efeito da lei para o beneficiário da garantia*” (em harmonia com a regra geral da cessão de créditos do n.º 1 do artigo 582.º CC), mas “*não dependendo de registo, ainda que as garantias se encontrem registadas*”, dispõe a alínea a), e da leitura das alíneas b) e c) resulta que se o BCE exigir da instituição de crédito que prestou a garantia, *id est*, se a constituir mandatária para que “*pratique em seu nome e representação todos os atos que se revelem adequados à boa gestão dos créditos e das respectivas garantias*”, a eficácia da execução do penhor em relação ao devedor do crédito empenhado (devedor cedido) não depende da sua notificação.

O artigo 11.º não sofre qualquer outra alteração e, importa sublinhar, as mudanças introduzidas pelos diplomas de 2011 e de 2012 não trouxeram mudanças à admissibilidade da *convenção de execução do penhor financeiro por apropriação do objecto da garantia*, isto é, manteve-se inalterado que as partes podem livremente convencionar um pacto comissório equilibrado, o mesmo é dizer um pacto marciano.

E, de facto, este diploma confirma o entendimento de que a nulidade do pacto comissório é a sanção do possível desequilíbrio que ele protencia entre as posições negociais das partes e não uma censura à *fattispecie* em si mesma⁷³²: a função de garantia não merece censura, a função solutória pode representar o interesse do devedor em liberar-se da obrigação com a transmissão da propriedade do objecto da garantia, desde que avaliado segundo o preço real do bem.

2.3 Hipoteca

Como estabelece o artigo 686.º CC, “*A hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo*”⁷³³.

⁷³² Neste sentido, v.g., NICOLA CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, ob. cit., pp. 167 e segs..

⁷³³ Para um estudo aprofundado desta figura, consultar, por todos, entre nós, VAZ SERRA, *Hipoteca*, in BMJ, n.º 62, 1957, pp. 5-356, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, ob. cit., pp. 549 e segs., ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, op. cit., pp. 873 e segs., LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, ob. cit., pp. 150 e segs., EDUARDO DOS SANTOS, *Curso de Direitos Reais...*, vol. II, ob. cit., pp. 3 e segs. e PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento...*, op. cit., pp. 186 e segs..

A menção *hipoteca* pode utilizar-se num duplo sentido: por referência à garantia real, no sentido do próprio direito real de garantia ou também em alusão ao contrato através do qual se constitui a garantia em causa.

A hipoteca pode constituir-se através de negócio jurídico unilateral⁷³⁴ ou bilateral⁷³⁵, sendo que na maior parte das vezes nasce de um contrato. O contrato tanto pode ser firmado entre o credor e o devedor como entre o credor e (o) terceiro titular do direito sobre o bem que se dá em hipoteca.

Da formulação legal transcrita, resulta que a hipoteca é uma garantia que incide sobre certo bem imóvel ou equiparado, à custa de cujo valor, no caso de o devedor não cumprir, o seu beneficiário poderá realizar o respectivo crédito com preferência sobre os credores comuns e sobre os credores que não gozem de privilégio especial ou de registo de hipoteca anterior ao seu. O objecto da hipoteca corresponde aos bens registáveis, nos termos das regras do registo predial e do registo de bens móveis⁷³⁶⁻⁷³⁷. Mas não é já rigoroso afirmar-se que são susceptíveis de hipoteca os bens imóveis e os móveis sujeitos a registo, inculcando, assim, a ideia de coincidência entre objecto da hipoteca (artigo 688.º CC) e o da consignação de rendimentos (artigo 656.º, n.º 1, CC), porque sobre títulos de crédito nominativos, por exemplo, pode constituir-se consignação de rendimentos, mas não uma hipoteca.

Por outro lado, nem todos os bens imóveis são hipotecáveis, como é o caso dos imóveis que se não podem separar para ser objecto autónomo de hipoteca. Veja-se que no elenco das coisas de natureza imóvel, no n.º 1 do artigo 204.º CC, encontramos inscritas as águas e as árvores (alíneas b) e c), respectivamente), mas não são hipotecáveis *de per se*, precisamente por não serem autonomizáveis do prédio a que pertencem⁷³⁸. Aliás, note-se que os bens indicados na

⁷³⁴ O testamento conta-se entre os negócios jurídicos unilaterais através dos quais pode constituir-se uma hipoteca, nos termos do artigo 714.º CC.

⁷³⁵ Conforme dispõe o artigo 712.º CC.

⁷³⁶ Cfr., respectivamente, Código do Registo Predial e Código do Registo de Bens Móveis, sendo este último um diploma ainda não em vigor, mas que serve como suporte doutrinário de referência nestas matérias. *De iure condito*, sabemos que a lei prevê a constituição de hipotecas sobre certos bens móveis: veículos automóveis (Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro), navios (artigo 584.º CCom) e aeronaves (artigos 205.º e 206.º do Regulamento de Navegação Aérea).

⁷³⁷ O Código do Registo de Bens Móveis foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 277/95, de 25 de Outubro (e alterado pelo Decreto-Lei n.º 311-A/95, de 21 de Novembro), mas a sua vigência ficou condicionada à respectiva regulamentação que ainda não foi produzida e, portanto, esta omissão da publicação do diploma regulamentar demanda que se considerem e apliquem as normas inscritas no Decreto-Lei n.º 54/75, de 12 de Fevereiro. (*Vide* também nota anterior)

⁷³⁸ Como resulta da exposição mais vasta e profunda de MENEZES LEITÃO, em *Garantia das Obrigações*, *op. cit.*, p. 221.

alínea c) da norma – árvores, arbustos e frutos naturais – são imóveis, diz a lei, só “*enquanto estiverem ligados ao solo*”.

Assim, quando uma hipoteca recaia sobre um prédio rústico onde haja árvores ou curso de água, o direito real de garantia incide tanto sobre o solo como sobre estes elementos (que são também bens imóveis), mas o inverso já a lei não permite, *id est*, a lei não permite que se hipotequem árvores ou águas situadas num determinado prédio sem se constituir a mesma garantia real sobre este.

Neste ponto relativo à extensão da hipoteca, assinala-se a excepção legal da hipoteca de fábricas, em que a garantia, para além do imóvel, abrange também certos bens móveis que não fazem parte integrante do edifício. Trata-se da situação prevista pelo n.º 2 do artigo 691.º CC⁷³⁹, em cujos termos a hipoteca de fábrica considera-se estendida aos maquinismos e demais equipamentos móveis afectos à laboração fabril, desde que sejam inventariados no título constitutivo da hipoteca⁷⁴⁰.

Existe uma certa proximidade da hipoteca de fábrica com o penhor de estabelecimento, porque ambas as garantias têm um objecto colectivo, embora com uma diferença digna de nota: na hipoteca, a extensão da garantia ao conjunto dos bens móveis depende de inventário destes no documento de constituição; ao contrário do penhor, em cuja disciplina se não inscreve tal exigência, como vimos *supra*⁷⁴¹.

Talqualmente no penhor⁷⁴², de acordo com o n.º 2 do artigo 686.º CC, “*a obrigação garantida pela hipoteca pode ser futura ou condicional*”. Apesar de a hipoteca se caracterizar (como as demais garantias especiais) por ser um *direito acessório do crédito garantido*, a acessoriedade não obsta a garantia de uma obrigação futura ou condicional⁷⁴³. A acessoriedade, como sucede no penhor (artigo 676.º CC), também não impede que a hipoteca se transmita para assegurar outra obrigação do devedor ou para garantir outro credor que já tenha hipoteca sobre os mesmos bens, de acordo com os artigos 727.º a 729.º CC⁷⁴⁴.

⁷³⁹ E do artigo 96.º, n.º 1, alínea b) do Código do Registo Predial.

⁷⁴⁰ O texto da norma do n.º 2 do artigo 691.º do Código Civil é o seguinte: “*Na hipoteca de fábricas, consideram-se abrangidos pela garantia os maquinismos e demais móveis inventariados no título constitutivo, mesmo que não sejam parte integrante dos respectivos imóveis*”.

⁷⁴¹ Vide capítulo III, secção I (2.2).

⁷⁴² Artigo 666.º, n.º 3, CC.

⁷⁴³ Aliás, no caso da hipoteca legal são mesmo obrigações futuras, em regra, aquelas que a lei pretende garantir, como veremos *infra*.

⁷⁴⁴ É certo que a hipoteca, como direito acessório do crédito, transmite-se, em regra, com o próprio crédito que ela assegura. Mas a *transmissão* regulada nos artigos 727.º, 728.º e 729.º CC (notada em texto) não corresponde a esta transmissão decorrente da acessoriedade da própria hipoteca, não corresponde à ideia de, por arrastamento do crédito por si garantido, a hipoteca acompanha o crédito de que é (um direito) acessório. A *transmissão* disciplinada nos preceitos indicados corresponde às (duas) formas autónomas de transmissão da hipoteca: por um lado, os artigos 727.º e 728.º CC permitem que um credor possa transmitir a *sua* garantia a favor de um credor comum

Oriunda do Direito Romano, a hipoteca, inicialmente, distinguia-se do penhor só pela desnecessidade de *traditio rei*⁷⁴⁵. Qualquer das garantias podia, portanto, ter por objecto coisas móveis ou imóveis, explicando-se que a *hypotheca* tenha surgido para ultrapassar as desvantagens e os prejuízos advenientes da *traditio* do penhor (*pignus datum*)⁷⁴⁶. As figuras da *hypotheca* (*pignus conventum*) e do *pignus* eram tão semelhantes que o jurisconsulto MARCIANO⁷⁴⁷ afirmava que só diferiam no nome⁷⁴⁸.

E, na verdade, ainda hoje, a doutrina anota a proximidade entre o penhor e a hipoteca⁷⁴⁹. Apesar disso, apresentam importantes diferenças, entre as quais, à luz dos aspectos que importam ao nosso estudo, sumarizamos três: o objecto, o registo e o desapossamento.

Quanto ao objecto, como vimos, a hipoteca incide sobre bens imóveis ou móveis equiparáveis, nos termos dos artigos 688.º a 691.º CC⁷⁵⁰⁻⁷⁵¹; o penhor recai sobre bens móveis e, por exclusão de partes, sobre créditos e outros direitos não susceptíveis de hipoteca, como anuncia o n.º 1 do artigo 666.º CC⁷⁵²⁻⁷⁵³.

do mesmo devedor (denominada *sub-hipoteca* ou *hipoteca da hipoteca*); por outro lado, o artigo 729.º CC rege a transmissão que um credor hipotecário pode realizar a favor de outro credor hipotecário, ou seja, verdadeiramente uma *cessão de grau hipotecário*.

⁷⁴⁵ Para mais desenvolvimentos, vide SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, ob. cit., pp. 474-476 e *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)*, ob. cit., pp. 19-29.

⁷⁴⁶ EUDARDO DOS SANTOS explica que “a hipoteca surgiu, no direito romano, precisamente para obviar aos inconvenientes que derivavam da entrega da coisa onerada, nomeadamente das coisas afectas à cultura dos «fundos»”, em *Curso de Direitos Reais...*, vol. II, ob. cit., p. 5.

⁷⁴⁷ Cfr. *supra* o papel dos (sete) jurisconsultos do Direito Romano no capítulo (II) de cotejo entre o pacto comissório e o pacto marciano.

⁷⁴⁸ Cfr. MARCIANO, *Corpus Iuris Civilis – Digesto 20, 1, 5 § 1*.

⁷⁴⁹ Exemplificativamente, ALMEIDA COSTA afirma verificar-se “que a hipoteca constitui uma garantia por assim dizer vizinha do penhor”. Cfr., do Autor, *Direito das Obrigações*, op. cit., p. 874.

⁷⁵⁰ Discute-se hoje se outros bens móveis registáveis, para além dos automóveis, aeronaves e navios, serão também susceptíveis de hipoteca. O exemplo mais visível é o dos direitos de propriedade industrial sujeitos a inscrição registal. Todavia, parece-nos que avisadamente se tem respondido negativamente, porque a lei não os equipara aos bens imóveis, como se exige nos termos da alínea f) do n.º 1 do artigo 688.º CC.

⁷⁵¹ Em Espanha, a *Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento* consagra a hipoteca sobre bens móveis. Cfr. LUIS DIÉZ-PICAZO/ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de derecho civil*, vol. III, 6.ª Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1997, p. 560.

Diversamente, a lei civil francesa ainda hoje mantém a hipoteca circunscrita às coisas imóveis, determinando *expressis verbis* o artigo 2119.º do *Code Civile* que “os móveis não podem ser hipotecados” (tradução nossa do original “*les meubles n’ont pas de suite par hypothèque*”). Apenas se admite como excepção a hipoteca constituída sobre barcos, navios e aeronaves, mas já não sobre veículos automóveis. Razão por que a doutrina francesa reputa ainda a hipoteca como um direito tendencialmente imobiliário, com GABRIEL MARTY e PIERRE RAYNAUD, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Paris, Sirey, 1971, p. 94.

No direito alemão, a hipoteca permanece como instituição fundamentalmente identificada com os direitos imobiliários, só se admitindo, nessa medida, a constituição desta garantia real sobre coisas imóveis.

⁷⁵² Na verdade, tradicionalmente o penhor incidia sobre bens móveis (e implicava a *traditio*) e a hipoteca sobre imóveis (e não havia entrega ao credor). Mas hoje, vimos, esta fronteira não é mais a linha de referência na

O valor do registo afasta também as duas garantias reais, sabendo que o penhor, em regra, vimo-lo *supra*, não depende de registo e, nos casos em que depende, é apenas condição de eficácia em relação a terceiros⁷⁵⁴, mas já na hipoteca – vê-lo-emos melhor em seguida – o registo é condição de eficácia, mesmo *inter partes* (artigo 687.º CC), ou até de existência jurídica (artigos 704.º e 710.º CC).

No nosso actual sistema normativo, a eficácia da hipoteca voluntária depende de registo, mesmo *inter partes*⁷⁵⁵⁻⁷⁵⁶. Na hipoteca legal e judicial, o registo é mesmo elemento constitutivo⁷⁵⁷.

Num primeiro momento, este mecanismo registal era circunscrito a bens imóveis, razão por que se classificava a hipoteca como a garantia real que incidia sobre este tipo de bens e o penhor como a garantia sobre móveis.

Não é hoje tecnicamente rigoroso, ou tão-só possível, distinguir penhor de hipoteca pela natureza mobiliária ou imobiliária do seu objecto nem pelo desapossamento ou não do objecto da garantia. Na verdade, antes da criação do sistema de registo predial organizado, a não entrega da coisa hipotecada não permitia publicitar o ónus que sobre ela impendia, com eventual prejuízo do

distinção das duas garantias reais, porquanto se admite hipoteca sobre coisas móveis equiparadas às imóveis, como automóveis, aeronaves e navios.

⁷⁵³ No Código de Seabra, sim, a hipoteca era construída em torno da ideia de ter por objecto apenas “*bens imobiliários*” (artigo 889.º). Todavia, e ainda na vigência deste diploma, foi sendo produzida legislação avulsa estendendo a hipoteca a determinadas coisas móveis. Assim, o Código Comercial previu a hipotecabilidade dos navios no seu artigo 584.º, o Decreto-Lei n.º 47.952, de 22 de Setembro de 1967 consagrou a hipoteca de automóveis e o Decreto n.º 20.062, de 30 de Julho de 1931 determinou que as aeronaves também podem ser objecto de hipoteca. E não podemos afirmar que o Código Civil de 1966 tenha *abandonado* totalmente a edificação da figura da hipoteca a partir da ideia de recondução do seu objecto ao conceito de coisas imóveis. Da leitura do artigo 688.º, especialmente da alínea f) do n.º 1, perpassa de certo modo aquela construção dogmática e, de facto, a realidade mostra que a hipoteca imobiliária representa a larguíssima e esmagadora maioria dos casos de recurso a esta garantia.

Sobre a evolução histórica da distinção entre penhor e hipoteca, *vide* I. GALVÃO TELLES, “*O penhor sem entrega no direito luso-brasileiro*”, *ob. cit.*, pp. 199 e segs..

⁷⁵⁴ Cfr. artigos 4.º e 5.º do Código de Registo Predial. (O n.º 4 do artigo 5.º apresenta o conceito de *terceiros para efeitos de registo*).

⁷⁵⁵ Cfr. artigo 687.º do Código Civil, em cujos termos “*A hipoteca deve ser registada, sob pena de não produzir efeitos, mesmo em relação às partes*”.

⁷⁵⁶ A eficácia da hipoteca depender de registo mesmo entre as partes é vantajosa para o credor que assim adquire, entre outros, o direito de executar os bens hipotecados directamente no património de terceiro que eventualmente os tenha adquirido (*direito de sequela*), para além da vantagem, como sabemos, de ser pago com preferência sobre os demais credores que não tenham direito mais forte ou igual mais antigo (*direito de preferência*), nos termos do n.º 1 do artigo 686.º CC. (*Vide* também sobre a prerrogativa do credor hipotecário de executar os bens hipotecados no património de terceiro adquirente *infra* o regime da hipoteca judicial e a nota 798).

⁷⁵⁷ Cfr. respectivamente artigos 704.º e 710.º CC. Note-se como a hipoteca legal é definida pelo artigo 704.º CC: “*As hipotecas legais resultam imediatamente da lei, sem dependência da vontade das partes, e podem constituir-se desde que exista a obrigação a que servem de segurança*” e que a norma do artigo 710.º CC – que determina o conceito de hipoteca judicial – tem por epígrafe “*Constituição*”, dizendo que “*A sentença que condenar o devedor à realização de uma prestação em dinheiro ou outra coisa fungível é título bastante para o registo de hipoteca sobre quaisquer bens do obrigado, mesmo que não haja transitado em jugado*”.

credor seu beneficiário bem como de futuros credores e de terceiros, o que acabou por gerar uma incerteza e insegurança tais que só com a criação do sistema de registo se pôde dar pública notícia (segurança jurídica) de que determinado bem se encontra onerado, protegendo, assim, interesses de terceiros e do próprio titular da hipoteca⁷⁵⁸.

A diferença de regime explica-se, então, por duas ordens de razões: o não desapossamento da hipoteca não desacautela os direitos dos interessados (devedor, credor garantido, demais credores e terceiros), pois a exigência de registo da hipoteca torna juridicamente certa a titularidade do direito de execução do bem onerado e não permite a ocultação do ónus que recai sobre o bem hipotecado e, por outro lado, a natureza imóvel da maior parte dos bens hipotecáveis dificultaria/impossibilitaria a sua ocultação. No penhor, inversamente, sabemos-lo já, a *traditio* é, em regra, requisito *ad substantiam*, porque a maior parte dos bens móveis não constam de um sistema de registo organizado e a mobilidade propiciaria a sonegação.

Regressando ao objecto da hipoteca, a lei no artigo 688.º CC elenca quais os bens e os direitos hipotecáveis, indicando-os nas seis alíneas do seu n.º 1: “a) *Os prédios rústicos e urbanos; b) O domínio urbano e o domínio útil dos bens enfitêuticos*⁷⁵⁹; c) *O direito de superfície; d) O direito resultante de concessões em bens do domínio público, observadas as disposições legais respeitantes à transmissão dos direitos concedidos; e) O usufruto das coisas e direitos constantes das alíneas anteriores; f) As coisas móveis que, para este efeito, sejam por lei equiparadas às imóveis*”.

Deste elenco (taxativo), não consta o direito real de habitação periódica e a doutrina tem-se dividido quanto à sua hipotecabilidade. O pensamento dominante propende, hoje, para considerar admissível a constituição de hipoteca sobre tal direito⁷⁶⁰, embora não seja posição pacífica⁷⁶¹⁻⁷⁶².

⁷⁵⁸ O primeiro sistema de registo português data de 1836.

⁷⁵⁹ Esta alínea b) do artigo 688.º do Código Civil encontra-se tacitamente revogada, uma vez que a figura da enfiteuse foi eliminada do ordenamento jurídico português pelo Decreto-Lei n.º 195-A/76, de 16 de Março, pelo Decreto-Lei n.º 546/76, de 19 de Julho e pelo Decreto-Lei n.º 233/76, de 2 de Abril.

⁷⁶⁰ Neste sentido, ISABEL PEREIRA MENDES, *Direito Real de Habitação Periódica*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 42 e segs., JACINTO DUARTE, *O direito real de habitação periódica. Ónus e encargos hipotecários*, in «Boletim da Associação Portuguesa de Notários» (suplemento da «Revista do Notariado»), n.º 160, 1988, Lisboa, pp. 462 e segs. e ANTÓNIO LUÍS VEIGA, *Propriedade horizontal e direito real de habitação periódica*, in «Revista da Banca», n.º 8, pp. 130 e segs. e, do mesmo Autor, *Direitos de habitação periódica («Time-sharing»)*, in «Revista da Banca», n.º 10, p. 97.

⁷⁶¹ ALMEIDA COSTA é um dos Autores que se opõe à ideia da hipotecabilidade do direito real de habitação periódica, como podemos ler na sua ob. cit. *Direito das Obrigações*, p. 878.

⁷⁶² Sabemos que todos os tipos legais de direitos reais menores são considerados *iura in re alia*, no sentido de direitos reais que incidem sobre um *quid* que (ao mesmo tempo) é objecto de direito de propriedade titulado por uma pessoa que não o titular do direito real menor. É o que sucede no usufruto, no uso e habitação, no direito de superfície e nas servidões prediais, *id est*, desfasamento entre a titularidade destes direitos reais e a do direito de propriedade. E

no direito real de habitação periódica a lei também dissocia o seu titular do proprietário da *unidade de alojamento* em causa e, portanto, encontra-se verificado o pressuposto da não coincidência da titularidade do direito real menor com a do direito real máximo, o que nos habilita a qualificar o direito real de habitação periódica como direito limitado, como direito real em concurso, pois, com o direito de propriedade sobre a mesma coisa, como *ius in re alia*. Do que se trata é de *direitos reais*, de direitos sobre coisas, e não de *direitos sobre direitos*. E no direito real de habitação periódica vemos como nele se confirma tratar-se de um direito real, porque não *concorre* com a propriedade *abstractamente* considerada, isto é, não *concorre* com a propriedade enquanto direito, mas (*concorre*) sim relativamente ao *quid* sobre o qual versam os dois direitos. São os direitos que têm o mesmo objecto e não um dos direitos que tem o outro por objecto. A *res corpórea* é que é susceptível de ser objecto de direitos reais, e não o direito onerado. Eis a razão por que se diz que os *direitos menores* são *direitos sobre coisa alheia* e não *direitos sobre direitos alheios*.

Ora, a discussão dogmática em torno da hipotecabilidade ou não do direito real de habitação periódica (*vide* duas últimas notas) deriva da própria visão acerca das questões enunciadas (o conceito de direito real menor, as teorias do desmembramento e da oneração quanto à sua constituição, a interpretação do princípio da tipicidade) e a resposta à pergunta levantada pela discussão é, cremos, tributária do pensamento sobre o objecto da própria hipoteca: se a coisa se o direito de propriedade, sendo certo não podermos perder de vista ainda o que o legislador diz no diploma que regula aquele direito de habitação.

Começando por este ponto, o próprio Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto, no seu artigo 21.º, descreve o conteúdo do direito real de habitação periódica em termos coincidentes com os que o legislador civil usa para definir o direito de habitação. Vejamos: no citado artigo 21.º, a lei confere ao titular do direito de habitação periódica as faculdades de “*habitar a unidade de alojamento*” (alínea a)) e de “*usar as instalações e equipamentos de uso comum do empreendimento e beneficiar dos serviços prestados pelo titular do empreendimento*” (alínea b)); o artigo 1484.º CC apresenta o direito de habitação como “*faculdade de [o seu titular] se servir de certa coisa alheia*” (n.º 1), por referência a “*casas de morada*” (n.º 2), ressaltando do próprio enunciado linguístico a vizinhança entre aquela *nova* figura e estoura secular. Em termos de noção legal, existe, pois, identidade. Já do ponto de vista da disciplina normativa, há maior proximidade com o usufruto, o que não diminui a predita identidade com o direito de habitação nem a enunciada cercania do usufruto. É que a própria noção legal de direito de habitação é tributária do conceito de usufruto que a lei apresenta: “*direito de gozar temporária e plenamente uma coisa ou direito alheio*” (artigo 1439.º CC) – e que corresponde à definição do jurisconsulto romano PAULUS (cfr. A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais, op. cit.*, p. 355). A proximidade entre direito de habitação e usufruto ressalta também da circunstância de a lei mandar aplicar àquele as regras deste relativas à constituição e extinção (artigo 1485.º CC) bem como “*as disposições que regulam o usufruto, quando forem conformes à [sua] natureza*” (artigo 1490.º CC). Acresce que um dos pouquíssimos aspectos em que o regime do direito de habitação se afasta do do usufruto respeita à onerabilidade (*rectius*, à transmissibilidade) do direito, mas (re)abeira o direito de habitação periódica do usufruto: é que o morador usuário não pode onerar o seu direito “*por qualquer modo*”, como estatui o artigo 1488.º CC, mas já o usufrutuário pode oferecer o seu direito em garantia, de acordo com o artigo 1444.º, n.º 1, CC) e da mesma faculdade goza o titular do direito de habitação periódica, nos termos do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 275/93.

Sic, diremos que o conteúdo do direito real de habitação periódica coincide com o do direito de habitação, porque têm em *comum* o objecto prédios urbanos destinados a habitação e que aos dois se assinala também comumente a natureza jurídica de direitos reais de gozo e o regime normativo cunhado por importantes notas do usufruto: a faculdade de oneração do direito real de habitação periódica é (uma opção legislativa) de clara permeabilidade às regras do usufruto e o direito de habitação é amplamente regido pela disciplina do usufruto (artigos 1485.º e 1490.º CC). No tocante à (ins)transmissibilidade/onerabilidade, este gozo indirecto que a lei veda (ao usuário e) ao morador usuário (artigo 1488.º CC) deriva da limitação que a lei coloca à própria fruição, e da qual logo se dá nota na definição legal de direito de (uso e) habitação como poder de fruição limitado, na terminologia legal, pela “*medida das necessidades, quer do titular, quer da sua família*” (segundo segmento do n.º 1 do artigo 1484.º CC), sendo estas as limitações que fazem do direito de (uso e) habitação um *minus* ou um *aliud* em relação ao direito de usufruto (cfr. PUGLIESE *apud* PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 546) e que se justificam porque, apesar de serem ambos direitos *intuitu personae* (“o usufruto não pode

exceder a vida do usufrutuário”, estatui o artigo 1443.º CC), o direito de habitação “*é um direito pessoalíssimo*”, na expressão vivaz de SANTOS JUSTO (cfr. do Autor *Direitos Reais, op. cit.*, p. 390).

Assim, o usufrutuário e o titular do direito de habitação periódica podem comumente constituir garantia real sobre o seu direito (artigos 1444.º CC e 12.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 275/93) e, em ambos, o titular do *direito real maior* não pode fazê-lo: o proprietário pleno não pode hipotecar (apenas) o direito de usufruto (só o usufrutuário pode hipotecar este direito, porque só é hipotecável usufruto constituído a favor de pessoa diversa do nu-proprietário, ou seja, só é hipotecável o denominado usufruto formal ou autónomo – *vide infra* notas 774 a 778) e o “*proprietário das unidades de alojamento sujeitas ao regime de direitos reais de habitação periódica não pode constituir outros direitos reais sobre as mesmas*” (n.º 1 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 275/93, excepto constituição de propriedade horizontal, como se ressalva no n.º 2 da norma).

Dispondo, então, o titulares dos *direitos reais menores* deste poder privativo, pergunta-se que garantia real podem prestar. O usufruto é hipotecável, diz-nos inequivocamente o artigo 688.º CC, na alínea e) do seu n.º 1. E o direito real de habitação periódica também, segundo cremos. E a razão por que defendemos a hipotecabilidade deste direito funda-se em dois argumentos precípuos: por um lado, a identidade com o usufruto – quanto à natureza jurídica, conteúdo e regime normativo – demanda a aplicação analógica da alínea e) do n.º 1 do artigo 688.º CC e, por outra banda, afigura-se-nos que a norma reguladora da extensão da hipoteca também vai ao encontro da mesma solução. É que a alínea a) do n.º 1 do artigo 691.º CC diz que a hipoteca abrange “*as coisas imóveis referidas nas alíneas c) a e) do n.º 1 do artigo 204.º*” e, numa das alíneas para onde a lei remete, a previsão é de direitos inerentes a prédios urbanos. Com efeito, a alínea d) do n.º 1 do artigo 204.º CC inclui no conceito de coisa imóvel os “*direitos inerentes aos imóveis referidos nas alíneas anteriores*”, sendo que nessas alíneas anteriores se descrevem os prédios urbanos (alínea a) do n.º 1 do artigo 204.º CC). O que significa que a hipoteca, *vi legis*, abrange os direitos inerentes a prédios urbanos e não podemos não incluir neste conceito os direitos reais de habitação periódica, em resultado da interpretação conjugada do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto com os citados artigos 691.º, n.º 1, alínea a) e 204.º, n.º 1, alínea d) do Código Civil.

Recapitulando, entendemos que o direito real de habitação periódica é hipotecável, porque é um direito análogo ao usufruto. Destarte, naquele encontramos todas as características deste: (i) direito real de gozo (confere poder de fruição sobre a coisa); (ii) não exclusivo (demanda a existência de outro direito real sobre a coisa); (iii) limitado (proíbe a alteração da forma ou da substância da coisa e obriga a respeitar o fim a que se destina); (iv) temporário (no máximo, vitalício) e (v) sobre coisa alheia (sobre *coisa*, à luz do princípio da coisificação que nos diz que os *direitos reais* devem incidir sobre *res* – como ensina ORLANDO DE CARVALHO em *Direito das coisas (do direito das coisas em geral)*, Centelha Promoção do Livro, SARL, Coimbra, 1977, p. 189 –, sendo que a *coisa*, no caso dos direitos em apreço, tem de ser *alheia*, porque essa é a característica de todos os *direitos reais menores* – serem *iura in re alia*). Apoiados nesta identidade de *essentialia* do direito real de habitação periódica e do usufruto, defendemos que o direito de habitação periódica cabe na previsão da alínea d) do n.º 1 do artigo 688.º CC, ou seja, cabe na previsão legal de hipotecabilidade do usufruto. Visão que a alínea a) do n.º 1 do artigo 691.º CC, julgamos, confirma ao dizer que a hipoteca abrange os direitos inerentes aos prédios urbanos, se considerarmos, como aqui se defende, que o poder de onerar o direito de habitação periódica constitui um direito inerente aos prédios urbanos sujeitos ao regime legal deste direito real, por outras palavras, o poder de onerar o direito real de habitação periódica constitui um direito inerente aos prédios urbanos cujos proprietários submeteram ao regime do Decreto-Lei n.º 275/93 – e reiteramos que a lei subtrai da esfera jurídica dos proprietários destes prédios a faculdade de oneração (artigo 2.º, n.º 1 do Decreto-Lei indicado). A lei, aliás, (mais) atribui *expressis verbis* (e só) ao titular do direito de habitação periódica o poder de (transmitir e) onerar este direito (artigo 12.º, n.º 1 do mesmo diploma). Há, aqui, portanto, plena harmonia, da posição jurídica do titular do direito de habitação periódica com a do usufrutuário: o usufrutuário pode dar em hipoteca o usufruto, mas já o proprietário pleno não pode hipotecar isoladamente o direito de usufruto, talqualmente ao titular do direito real de habitação periódica a lei confere a prerrogativa de oneração do seu direito, ao passo que o proprietário da unidade de alojamento não poderá fazê-lo, porque, *ex vi legis* – e sem prejuízo de poder ter submetido o prédio ao regime da propriedade horizontal –, para além do direito real de habitação periódica, ele “*não pode constituir outros direitos reais*” sobre as unidades de alojamento em causa.

No fundo, a norma transcrita densifica a indicação um tanto genérica do artigo 686.º CC que antecipa como objecto da hipoteca “*coisas imóveis ou equiparadas*”. Começa por referir a hipotecabilidade dos prédios rústicos e urbanos, cumprindo aqui anotar que poderão ser dados em garantia na sua extensão máxima, de acordo com as respectivas noções legais, isto é, de acordo com o estabelecido no n.º 2 do artigo 204.º CC que nos diz que prédio rústico é “*uma parte delimitada do solo e as construções nele existentes que não tenham autonomia económica*” e que no conceito de prédio urbano cabe “*qualquer edifício incorporado no solo, com os terrenos que lhe sirvam de logradouro*”. À possibilidade de imóveis poderem ser dados em hipoteca em toda a sua extensão (com os limites do artigo 1344.º CC) adiciona-se a faculdade do *menos*, isto é, de a hipoteca poder abranger só uma parte dos prédios, uma parte da extensão máxima que a lei permite. De igual modo, o proprietário singular pode dar em hipoteca uma quota ideal do imóvel⁷⁶³. Quota de coisa ou direito comum também pode hipotecar-se, excepto a meação dos bens comuns do casal e a quota em herança indivisa, como resulta dos termos conjugados do n.º 1 do artigo 689.º CC e do artigo 690.º CC, se bem que a exclusão do artigo 690.º CC aplica-se apenas à parte meeira e à parte alíquota da herança, podendo livremente constituir-se hipoteca sobre os concretos bens que as integram, com a declaração negocial para tanto de todos os interessados⁷⁶⁴ (o cônjuge meeiro⁷⁶⁵⁻⁷⁶⁶ e todos os herdeiros⁷⁶⁷).

⁷⁶³ À luz dos ensinamentos que VAZ SERRA explana na ob. cit. *Hipoteca*, BMJ, n.º 62, p. 85.

⁷⁶⁴ Percebe-se porquê. O *quid* de que os dois cônjuges ou todos os herdeiros dispõem em conjunto constitui uma realidade jurídica diversa daquela que cada um titula *de per si* e em separado: meação e quota ideal, respectivamente.

⁷⁶⁵ Ordena o artigo 1682.º-A do CC que a alienação e oneração dos imóveis que integram o património comum do casal carecem “*do consentimento de ambos os cônjuges*”. Neste caso, não é válida a argumentação de que a alienação ou oneração pelos cônjuges de bens comuns pode dividir-se juridicamente em dois actos, como se cada um estivesse a dispor apenas da sua *quota* nos bens que integram os bens comuns. Não. Na comunhão conjugal inexistente juridicamente a figura da *quota*, de tal modo que a doutrina assinala a vizinhança da propriedade conjugal com a propriedade colectiva ou *de mão comum*, como se lhe chama no direito alemão, em que a contitularidade dos direitos assume uma significação jurídica distinta da compropriedade. Os bens do património conjugal pertencem a ambos os membros do casal, sendo (ambos) titulares de *um mesmo e um só* direito, não sendo possível aqui proceder nem tão-só *idealmente* à divisão das suas posições jurídicas em quotas. Razão por que nenhum dos cônjuges poderá, isolado, dispor de uma (*sua*) *quota* nem no património conjugal nem nos bens que concretamente o integram. Assim, no caso da hipoteca, e o mesmo vale para o penhor (artigo 1682.º CC), um dos membros do casal não pode hipotecar a sua meação nos bens comuns nem a sua meação em determinado(s) bem(ns) comuns (artigos 690.º e 1682.º-A, CC). Sublinhe-se ainda que nos casos (de separação de bens ou de bens móveis administrados por um dos cônjuges) em que um dos cônjuges tem legitimidade para dispor sozinho dos bens comuns, ele (só) disporá da totalidade dos bens em causa, não podendo dispor de uma *quota conjugal* sobre eles (artigo 1682.º, n.º 2, CC). Claro que, podendo dispor de todos os bens comuns, pode dispor só de uma parte deles e, podendo dispor do *todo*, também pode dispor de *parte (a maiori ad minus)*, isto é, pode dispor de metade, um terço, três quartos..., pode dispor de uma fracção desses bens, mas não por qualquer (cor)relação com a sua participação na comunhão conjugal; antes porque o seu poder de disposição é total.

⁷⁶⁶ Vide, por todos, os ensinamentos magistrais de FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Curso de Direito de Família*, volume I – *Introdução e Direito Matrimonial*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 122 e segs..

⁷⁶⁷ Na *universitas* do património hereditário, consabidamente, cada um dos herdeiros titula o direito a um *quinhão* ou quota de que pode dispor individualmente, dentro dos limites que o artigo 2124.º CC estabelece, *id*

O n.º 2 do mesmo artigo 688.º CC prevê ainda que “*podem ser hipotecadas separadamente*” “*as partes de um prédio susceptíveis de propriedade autónoma*”, desde que “*sem perda da sua natureza imobiliária*”.

Podem também hipotecar-se certos bens móveis, nos termos da alínea f) do n.º 1 do artigo 688.º CC, constituindo-se (a assim designada) hipoteca mobiliária, ou seja, uma hipoteca que incide sobre bens móveis sujeitos a registo, “*coisas móveis (...), para este efeito, (...) por lei equiparadas a imóveis*”: veículos automóveis, navios e aeronaves⁷⁶⁸⁻⁷⁶⁹.

Mesmo para os bens móveis, na hipoteca, dissemo-lo já, inexistente *traditio* e apesar de no penhor, em regra, ser condição de eficácia ou validade, a lei também prevê a possibilidade de se empenhar uma coisa sem que saia da posse do autor do penhor, o que evidencia que o desapossamento não pode ser chamado a distinguir a hipoteca do penhor, porque nem sequer aqui é sempre requisito da constituição da garantia⁷⁷⁰.

est, no caso da alienação, ela fica sujeita às regras próprias “*do negócio jurídico que lhe der causa*”, exceptuando “*o preceituado nos artigos seguintes*”. E um dos casos em que os herdeiros podem, de facto, dispor, por si só, do seu *quinhão hereditário* é na hipótese de o quererem vender, facultando-lhes o artigo 2126.º CC essa possibilidade e, para tanto, basta que sigam as exigências de forma da alienação. Porém, em relação aos concretos bens que integram a herança, já não titulam os herdeiros uma *quota* de que possam dispor individualmente. *Sic*, quanto aos bens que fazem parte do património hereditário, não titulam os herdeiros qualquer direito próprio (enquanto a herança estiver indivisa, *naturaliter*). O que vale por dizer que quanto ao património hereditário, mandam as regras inscritas no n.º 1 do artigo 2091.º CC que “*os direitos relativos à herança só podem ser exercidos conjuntamente por todos os herdeiros*”. Este princípio geral encontra densificação *expressa* na disciplina da hipoteca, na estatuição do artigo 690.º CC, ao excluir do âmbito da *hipotecabilidade* os quinhões hereditários (quando determina que “*não pode ser hipotecada (...) a quota de herança indivisa*”). Talqualmente na comunhão conjugal (*vide* penúltima nota), na comunhão hereditária, só os herdeiros todos, em conjunto, podem hipotecar, onerar (alienar, dispor em geral) quaisquer bens da herança. Aprendemos com OLIVEIRA ASCENSÃO que os direitos da herança são dos herdeiros e que o seu exercício se rege pelas normas da compropriedade, na medida da limitação de poderem ser exercidos “*só (...) conjuntamente por todos os herdeiros*” (citado artigo 690.º CC) – consultar, do Autor, *Direito Civil – Sucessões*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, pp. 417 e segs.. Em sequência, na *disposição e oneração de quota*, o preceituado para o comproprietário no artigo 1408.º CC vale para o herdeiro de herança indivisa, como resulta do próprio 2127.º CC, pelo que se um dos herdeiros, individualmente, hipotecar (onerar, alienar, dispuser em geral) de certo(s) bem(ns) da herança, a lei considera que é uma disposição de bem alheio, como diz no n.º 2 do referido artigo 1408.º CC. O co-herdeiro ao onerar (hipotecar, por exemplo) certo bem (ou certa parte) da herança, dispõe não só do seu direito sobre o património hereditário, mas também dos direitos sobre este titulados pelos demais herdeiros e é precisamente no que toca aos direitos destes que se considera haver uma disposição de coisa alheia. Assim, a limitação predita resultante dos artigos 690.º e 2091.º da nossa lei civil *mais não é* do que consequência e consagração legal expressa do princípio romanista *nemo plus iuris in alium transfere potest quam ipse habet*.

⁷⁶⁸ A lei, para efeitos de registo, equiparou expressamente a imóveis estes bens móveis (os automóveis, por força do Decreto-Lei n.º 47 952 de 22 de Setembro de 1967, os navios, como resulta do artigo 584.º do Código Comercial e as aeronaves, nos termos do Decreto n.º 20 062, de 30 de Julho de 1931).

⁷⁶⁹ *Vide* a respeito da hipoteca mobiliária e do penhor sem desapossamento, ISABEL PEREIRA MENDES, *Hipoteca Mobiliária e Penhor sem Entrega das Coisas*, ob. cit., *passim*.

⁷⁷⁰ Cfr. nota anterior e *supra* o que ficou dito em texto a respeito do penhor no capítulo III, secção I (2.2).

Em sequência, a doutrina considera a sujeição ou não a registo como o elemento que melhor diferencia a hipoteca do penhor⁷⁷¹: a hipoteca será a garantia real em presença quando recaia sobre bens (móveis e imóveis)⁷⁷² de registo obrigatório ou um penhor se incidir sobre bens não sujeitos a registo – pese embora o facto de o penhor também poder incidir sobre alguns bens sujeitos a registo⁷⁷³.

Da análise ainda do n.º 1 do artigo 688.º CC, resulta que a hipoteca não incide só sobre o direito de propriedade, podendo recair sobre outros direitos reais que tenham por objecto *res* imóveis ou móveis hipotecáveis, como o direito de superfície ou o usufruto, nos termos das alíneas c) e e), respectivamente. Assim, por exemplo, se é o usufrutuário quem constitui a hipoteca, a garantia onera unicamente o direito de usufruto e não o direito de propriedade de raiz que incide sobre o mesmo bem⁷⁷⁴. Vale por dizer que a hipoteca se reflecte diferentemente consoante o direito que o autor da garantia titula, porque é sobre ele que a hipoteca vai incidir. Retomando o exemplo, a situação inversa também se verifica, *id est*, se for o titular da nua-propriedade a hipotecar o seu direito, e houver um usufruto constituído a favor de outra pessoa, apenas a propriedade de raiz fica onerada.

O que ficou dito é válido unicamente se a hipoteca for constituída quando o direito de propriedade estiver já onerado com um direito de usufruto, o que significa que quando a hipoteca é prestada pelo proprietário pleno, a garantia incide sobre o direito de propriedade na sua máxima extensão e, nessa medida, se o autor da hipoteca-proprietário pleno, após hipotecar, vier a constituir usufruto a favor de outra pessoa, a hipoteca mantém-se inalterada bem como o objecto dos direitos do credor hipotecário e passa a abranger a nua-propriedade e o direito de usufruto.

⁷⁷¹ No sentido de que este é o critério que melhor serve na tarefa de distinguir hipoteca de penhor, PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, na ob. cit. *Garantias de Cumprimento*, pp. 190-191 e MENEZES CORDEIRO, em *Direitos Reais...*, ob. cit., p. 758.

⁷⁷² A doutrina divide-se sobre se a hipoteca é constituída sobre os próprios bens ou sobre os direitos relativos a esses bens. Autores como, por exemplo, PAULO CUNHA entendem recair a hipoteca sobre os direitos inerentes ao seu objecto (*apud* ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório...*, op. cit., p. 105); inversamente, *verbi gratia*, MENEZES CORDEIRO (*Direitos Reais*, reimpressão, Lex, Lisboa, 1993, p. 759), ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE (*Garantias de Cumprimento*, ob. cit., pp. 168 e 192) defendem incidir a hipoteca sobre a própria coisa.

⁷⁷³ Como é o caso das participações sociais. A alínea f) do n.º 1 do artigo 3.º do Código do Registo Comercial que estabelece que “1 – *Estão sujeitos a registo os seguintes factos relativos às sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial: (...) f) A constituição e a transmissão de usufruto, o penhor, o arresto, arrolamento e penhora de quotas ou direitos sobre elas e ainda quaisquer outros actos ou providências que afectem a sua livre disposição*”.

⁷⁷⁴ Aqui se acompanha de perto a posição manifestada por MENEZES CORDEIRO, na sua obra *Direitos Reais*, Lex, 1993, p. 759, segundo o qual a coisa fica hipotecada “*nos limites do usufruto*”.

Pela mesma razão, o nu-proprietário pode hipotecar isoladamente o seu direito sobre a raiz bem como o proprietário pleno pode hipotecar só a nua-propriedade⁷⁷⁵, mas já não poderá constituir hipoteca circunscrita ao usufruto⁷⁷⁶⁻⁷⁷⁷⁻⁷⁷⁸.

Dito de outro modo, ao proprietário pleno é vedada a possibilidade de hipotecar (só) o usufruto, pois faltaria nesse caso “o ponto de referência da duração do usufruto dado pela vida do usufrutuário”⁷⁷⁹.

Sob outro prisma, considerando que o direito de propriedade é divisível, uma vez constituída uma hipoteca sobre a propriedade plena, a garantia seguirá o seu objecto e repercutir-se-á nos ónus que sobre ele se criarem posteriormente, porque a posição jurídica do credor hipotecário não pode sair prejudicada pela incerteza⁷⁸⁰. A posição jurídica deste permanecerá intocada desde a constituição até à extinção da garantia real.

Como garantia real que é, a hipoteca tem de ter por objecto uma coisa determinada⁷⁸¹ e, nessa medida, será nula uma hipoteca que incida sobre todos os bens do devedor ou de terceiro sem

⁷⁷⁵ É o que ensina VAZ SERRA, em *Hipoteca*, BMJ, n.º 62, ob. cit., pp. 101-102, explicando a razão de ser da solução, evidenciando que tal como o proprietário “pode alienar com reserva de usufruto, pode ter vantagem em hipotecar apenas a nua-propriedade, reservando para si o usufruto, por exemplo, porque quer assegurar-se de que não perderá o usufruto do seu prédio, senão em último caso, visto que a execução terá de começar pelos bens hipotecados e, portanto, pela nua-propriedade”. E mais argumenta que “este desejo é, em princípio, legítimo”. Por outro lado, anota ainda que “desde que a hipoteca de que se trata pode corresponder a um interesse legítimo do proprietário, não importa que o direito de usufruto não surja imediatamente como direito independente em toda a sua plenitude: surge com os limites que a hipoteca justifica, pois só esta determina a separação dos dois direitos (usufruto e nua-propriedade)”. “O efeito mede-se pela causa”, razão por que é “de consagrar a faculdade de o proprietário pleno hipotecar a nua-propriedade. Mas (...) não se admite que hipoteque o usufruto”.

⁷⁷⁶ Solução propugnada por VAZ SERRA para o Código Civil de 1966, clarificando que “o usufruto hipotecável é o chamado usufruto «formal», quer dizer, o usufruto já constituído à data da hipoteca”. Cfr. ob. cit. do Autor *Hipoteca*, BMJ, n.º 62, p. 103.

⁷⁷⁷ A razão de ser da limitação da hipoteca ao usufruto formal, e *hic sensu* ao usufrutuário, glosa VAZ SERRA, numa “razão fundamental”: “como o usufruto tem uma duração dependente da vida do usufrutuário, não poderia saber-se, no caso da hipoteca do usufruto pelo proprietário, qual a vida que deveria ter-se em conta para determinar a duração de tal usufruto”. Numa palavra, “só no momento em que, na execução, o usufruto fosse vendido se ficaria conhecendo o usufrutuário e, por isso, seria impossível calcular antes o encargo que pela hipoteca se constituiria”. Cfr. citações retiradas da *op. cit.* do doutrinador *Hipoteca*, BMJ, n.º 62, p. 103 e também última nota.

⁷⁷⁸ VAZ SERRA completa o pensamento transcrito nas duas notas anteriores, dizendo que “seria arbitrário mandar atender à vida de qualquer pessoa, antes de se conhecer o verdadeiro usufrutuário”, portanto, “para evitar dúvidas de interpretação [da norma que veio a ser o artigo 690.º CC], esclarece-se (...) que hipotecável é só o usufruto formal ou autónomo”. Cfr. *op. cit.* do Autor, *Hipoteca*, BMJ, n.º 62, pp. 103-104.

⁷⁷⁹ Como afirma ANTUNES VARELA na sua ob. cit. *Das Obrigações em Geral*, vol. II, p. 554.

⁷⁸⁰ Vide PEDRO ROMANO MARTINEZ, «Venda Executiva – Alguns Aspectos das Alterações Legislativas Introduzidas na Nova Versão do Código de Processo Civil», *Aspectos do Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997», pp. 330 e segs..

⁷⁸¹ Ou um conjunto determinado de coisas, como vimos *supra* a propósito da hipoteca de fábrica previsto no artigo 691.º, n.º 2, CC.

especificação e identificação no respectivo título constitutivo, como determina o artigo 716.º CC.

Do registo hão-de constar os bens que a hipoteca abrange como também o montante do crédito garantido para conhecimento de terceiros, ou seja, por exigências de publicidade. Sendo certo que a hipoteca é uma garantia real de créditos, crédito que uma hipoteca garante tem de ser pecuniário.

Assim, se a hipoteca serve para garantir um crédito originariamente não pecuniário, este crédito, no mínimo, tem de poder converter-se num crédito de natureza pecuniária, constituindo-se, nesse caso, hipoteca para garantia de crédito (pecuniário) futuro⁷⁸².

Por outro lado, uma vez que tem de constar do registo o montante do crédito garantido, para conhecimento de terceiros, com enunciámos, não pode a hipoteca garantir quantia indeterminada, não validamente. Sendo que na prática a constituição de hipoteca para assegurar rendas ou outras prestações sucessivas ou periódicas ocorre com frequência. Nestes casos, a hipoteca não será nula se indicar o valor máximo do crédito garantido ou se do título constitutivo constar que a hipoteca garante, por exemplo, o pagamento de uma renda mensal de valor “y” durante “x” anos. Com a indicação do valor previsível ou máximo que onera o bem hipotecado, os terceiros podem saber qual o montante-limite por que responde o bem. A hipoteca assim constituída corresponde à denominada *hipoteca de máximo*, cuja função é assegurar créditos futuros ou sujeitos a condição, em que o *quantum* se apresenta, então, indeterminado no momento da constituição da garantia⁷⁸³.

Na *hipoteca de máximo*, cumpre precisar alguns aspectos importantes. Os juros não podem inscrever-se além do capital garantido, de tal modo que se o crédito vencer juros, têm de estar computados no *capital máximo garantido*. Em segundo lugar, importa sublinhar que a *hipoteca de máximo* garante apenas, dentro do montante máximo indicado, o valor do crédito que o credor titule em cada momento. Note-se outrossim que a *hipoteca de máximo* pode converter-se, a todo o tempo, em *hipoteca corrente*. E que do título constitutivo da hipoteca não tem de constar qual a origem do crédito. O que significa que mesmo que o credor constitua uma hipoteca para garantia de um *crédito de valor fixo*, a hipoteca há-de ser sempre uma *hipoteca de máximo*, porque no registo indica-se sempre o crédito máximo (montante pecuniário) garantido pela hipoteca.

⁷⁸² Como ocorrerá, por exemplo, nas hipotecas judiciais. Cfr. *infra*.

⁷⁸³ Explica VAZ SERRA que à *hipoteca de máximo* cabe “*garantir créditos condicionais ou futuros, cujo montante está por determinar, e que derivam de «relações obrigatórias duradouras»*”, como pode ler-se na sua *op. cit. Hipoteca*, BMJ, n.º 62, ob. cit., p. 60. O Autor explica ainda o potencial da *hipoteca de máximo*, herdada e assim denominada pelo direito alemão (*Maximalhypothek* ou *Höchstbetragshypothek*) para garantia de créditos de conta-corrente ou de empréstimos para compra de prédios para construção.

A hipoteca de um bem em garantia de certo crédito não é impedimento de segunda hipoteca e assim sucessivamente, estatui o artigo 713.º CC, explicitando que nesses casos “*extinta uma das hipotecas, ficam os bens a garantir, na sua totalidade, as restantes dívidas hipotecárias*”.

Recaindo a hipoteca necessariamente sobre bens certos e determinados, consideram-se abrangidas pela garantia as partes componentes da coisa-objecto que a integrem, que sejam partes integrantes dos bens em causa. Nos imóveis, de acordo com as regras gerais, os bens móveis neles incorporados são deles parte integrante, pelo que se um bem móvel for incorporado numa coisa imóvel depois de ter sido sobre ela constituída hipoteca, a hipoteca passa a recair também sobre esse bem móvel.

Quanto aos acessórios do crédito, dispõe o n.º 1 do artigo 693.º CC que a hipoteca assegura somente aqueles que “*constem do registo*”⁷⁸⁴, mas no que respeita aos juros, especifica o n.º 2 da norma, “*a hipoteca nunca abrange*” mais do que três anos de juros, e “*não obstante convenção em contrário*”. Por isso, o credor não terá direito aos juros que se vençam depois deste prazo ser ultrapassado, salvo se registar nova hipoteca, ao abrigo da faculdade que o n.º 3 do preceito expressamente lhe concede “*em relação a juros em dívida*”.

Estas prerrogativas que a lei atribui ao credor hipotecário não são, no entanto, sinónimo de desprotecção do devedor. A hipoteca – o sistema de segurança dos créditos no seu todo – é consabidamente garantístico e, em resultado, alicerçado em princípios gerais como o da proibição do pacto comissório (artigo 694.º CC) e das convenções de inalienabilidade ou onerabilidade dos bens hipotecados (artigo 695.º CC). Sem prejuízo, podem as partes livremente estipular que a ocorrência de determinados factos importa o vencimento imediato da obrigação garantida, como a lei salvaguarda na parte final do artigo 695.º CC. Estes factos que importam que o crédito hipotecário se vença “*logo*” hão-de corresponder a um dos eventos previstos na norma: alienação ou oneração dos bens. No preceito nota-se um certo grau de densificação das regras da perda do benefício do prazo (artigo 780.º CC), em cujos termos há vencimento imediato da obrigação se ocorrer insolvência do devedor, não prestação de garantias prometidas ou deterioração culposa das efectivamente prestadas. A este princípio geral afigura-se-nos, na verdade, que veio beber a sua essência o artigo 695.º CC, porque apesar de o preceito exigir acordo *inter partes* para que o crédito hipotecário se vença no caso de os bens hipotecados serem alienados ou onerados, é comum a *ratio* de segurança do crédito e de protecção do credor contra o risco de esvaziamento das garantias. Um pouco mais adiante, a lei prevê ainda outra hipótese de vencimento antecipado: a de o devedor não segurar a coisa hipotecada, violando um compromisso assumido perante o credor nesse sentido (artigo 702.º CC). Neste cenário,

⁷⁸⁴ Em sintonia com o previsto no artigo 96.º, n.º 2 do Código de Registo Predial.

ao beneficiário da hipoteca assiste o direito de “reclamar (...) o imediato cumprimento da obrigação”, “em lugar do seguro”(n.º 2).

Outra faculdade de que o credor hipotecário goza é de exigir o reforço ou substituição da garantia (artigo 701.º, n.º 1, CC) se a coisa hipotecada perecer (por causa não imputável ao credor) ou se a garantia se tornar insuficiente para assegurar a realização do crédito. Mais prevê a lei se o devedor não reforçar ou substituir a hipoteca⁷⁸⁵ que o credor tem o direito de “exigir o imediato cumprimento da obrigação”. Se a obrigação em causa for uma obrigação futura, ao credor assiste o direito de “registar hipoteca sobre outros bens do devedor”⁷⁸⁶⁻⁷⁸⁷.

Sendo certa a proximidade do regime da hipoteca com o do penhor – em que existe também a faculdade de o credor exigir substituição ou reforço da garantia e remissão expressa para os poderes do credor hipotecário (alínea c) do artigo 670.º CC) e para as demais normas garantísticas da hipoteca (artigo 678.º CC) –, cumpre notar que esta garantia, ainda hoje, é vista como a *garantia das garantias*. Do ponto de vista normativo, não há razões para tal elogio, uma

⁷⁸⁵ A lei estabelece a cominação do direito de o credor exigir o cumprimento da obrigação se o devedor não proceder ao reforço ou substituição da garantia “nos termos declarados na lei de processo”, diz o primeiro segmento do n.º 1 do artigo 701.º CC. Cumpre anotar que a menção aos *termos da lei de processual* tinha por referência o *processo especial do reforço e substituição das garantias especiais das obrigações*, previsto nos artigos 991.º a 994.º do *velho* Código de Processo Civil. O certo é que a reforma de 2013 do diploma eliminou este processo especial (e outros), afirmando-se na *exposição de motivos* que “*atualmente, já não se justificam*”. Discordamos de tal opção legislativa, porque a existência de um processo especial, em princípio, garantiria maior celeridade no cumprimento da pretensão/direito do credor de ver reforçada ou substituída a garantia do seu crédito. E manifestamos estranheza relativamente à razão apontada para que o referido processo especial tenha sido eliminado. Num tempo de crescente volatilidade dos bens, exigia-se do legislador a atitude diametralmente oposta, ou seja, exigia-se-lhe a criação de mecanismos mais eficazes e de providências ainda mais adequadas à efectiva realização dos créditos. Em face, sobretudo, da inegável *entropia* do processo executivo. A inexistência de um processo especial tendente ao reforço e substituição da garantia é hoje *facto consumado*, pelo que o credor que reúna condições para formular tal exigência (artigo 701.º CC) terá de se socorrer dos meios processuais comuns, *id est*, primeiro, terá de propor uma acção declarativa de condenação peticionando a prestação de facto em causa (reforço/substituição da garantia), nos termos do artigo 10.º, n.º 3, alínea b) do CPC e, obtido vencimento, avançará para a fase executiva. *In casu*, a execução é para prestação de facto (artigos 868.º e seguintes, CPC) e corre no próprio processo, porque fundada em sentença judicial (artigos 550.º e 626.º, CPC).

⁷⁸⁶ Aos direitos que a lei atribui ao credor de exigir o reforço ou substituição da hipoteca, nos termos descritos em texto, não obsta o facto de a garantia “*ter sido constituída por terceiro*”, diz artigo 701.º CC, no n.º 2. Neste caso, mesmo que o devedor tenha sido alheio à hipoteca, se houver culpa do seu autor na diminuição da garantia, o credor pode “*exigir deste a substituição ou o reforço*”, ficando o terceiro sujeito, “*em lugar do devedor*”, às consequências do vencimento antecipado da dívida ou do registo de hipoteca sobre outros bens, por iniciativa exclusiva do credor, tratando-se de obrigação futura (*vide* nota seguinte). Como diz o n.º 2 do artigo 701.º CC, este terceiro fica “*sujeito à cominação do número anterior*”.

⁷⁸⁷ Nesta hipótese, considera-se provisório por natureza o registo “*da hipoteca a que se refere o artigo 701.º do Código Civil, antes de passada em julgado a sentença que julgue procedente o pedido*”, de acordo com a alínea m) do n.º 1 do artigo 92.º do Código de Registo Predial.

vez que inexistem prerrogativas do credor hipotecário que a lei não faculte também ao credor pignoratício⁷⁸⁸. O que justifica este olhar é uma concepção, um tanto anacrônica, dos imóveis como sendo bens mais valiosos do que os móveis, daí efluindo até hoje a atribuição de especial importância à hipoteca.

O certo é que a hipoteca é muito mais rígida do que o penhor e também não é a *rainha das garantias reais*, porque nem sempre prevalece. Vejamos: prevalece se um outro direito real de garantia conflitar com o direito do credor hipotecário, relativamente a bem móvel incorporado no imóvel já hipotecado a seu favor. Sim, aqui o direito do beneficiário da hipoteca prevalece considerando, por um lado, que a coisa móvel perde autonomia jurídica ao ser incorporada num imóvel, porque passa a parte integrante deste (*ex vi* da alínea e), do n.º 1, do artigo 204.º, CC) e que a hipoteca, por outro lado, com a incorporação do bem móvel no imóvel hipotecado, passa a recair também sobre primeiro, como determina o artigo 691.º, n.º 1, alínea a), CC⁷⁸⁹.

Contudo, em concorrência com os demais direitos reais de garantia, a hipoteca nem sempre prevalece. Se houver várias hipotecas sobre um mesmo bem, tem prioridade a que estiver registada há mais tempo, em obediência ao n.º 1 do artigo 686.º CC (*in fine*)⁷⁹⁰. Quando exista conflito entre hipoteca e privilégio creditório imobiliário, a hipoteca cede perante este, *ex vi* do artigo 751.º CC. Quando exista concurso entre hipoteca e direito de retenção, o crédito de quem goze de direito de retenção fica graduado antes do crédito do beneficiário da hipoteca, como determina o artigo 759.º CC. E relativamente a estas duas garantias que prevalecem sobre a hipoteca, aponta-se uma agravante da incerteza a que fica sujeito o credor hipotecário: é que nem os privilégios creditórios nem o direito de retenção são registáveis, pelo que não há forma de ele saber da sua existência.

⁷⁸⁸ Mas o inverso já acontece. Isto é, aos credores pignoratícios a lei atribui faculdades de que os credores hipotecários não dispõem. Referimo-nos às formas convencionais de execução do penhor previstas no artigo 675.º CC: venda extraprocessual (n.º 1) e adjudicação dos bens ao credor (n.º 2) e também à venda antecipada (artigo 674.º CC).

⁷⁸⁹ O exemplo impressionante que apresentam ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE é o seguinte: “Imagine-se que um elevador, vendido com cláusula de reserva de propriedade, foi instalado num prédio hipotecado. Na medida em que a hipoteca passa a abranger os bens móveis incorporados na coisa hipotecada e aqueles perdem autonomia jurídica com a integração, o conflito deve solucionar-se a favor do credor hipotecário” (cfr. dos Autores citados, *Garantias de Cumprimento*, op. cit., p. 193).

⁷⁹⁰ À luz da regra *prior in tempore potior in iure*, inscrita no n.º 1 do artigo 6.º CRPred. Todavia, este princípio sofre uma exceção precisamente nas hipotecas, porque em relação a inscrições registais hipotecárias realizadas no mesmo dia, “concorrem entre si na proporção dos respectivos créditos”, determina o n.º 2 do mesmo artigo 6.º, deixando, portanto, de funcionar o critério da prioridade “pelo número de ordem das apresentações”.

2.3.1 Espécies de hipoteca

“As hipotecas são legais, judiciais ou voluntárias”, anuncia o artigo 703.º CC, e a sua espécie é determinada em função da origem.

Explica o preceito seguinte que as hipotecas legais correspondem às que “*resultam imediatamente da lei, sem dependência da vontade das partes*”. O que significa que nestas hipotecas o registo é constitutivo e não apenas mera condição de eficácia, como na hipoteca voluntária⁷⁹¹, segundo diz o artigo 704.º CC, na referência a que as hipotecas legais “*podem constituir-se desde que exista a obrigação a que servem de segurança*”. É a própria lei a fonte da garantia e os credores da obrigação que determina a existência deste tipo de hipoteca podem constituí-la unilateralmente (registo a seu favor)⁷⁹².

O artigo 705.º CC indica taxativamente que “*Os credores que têm hipoteca legal são: a) O Estado e as autarquias locais, sobre os bens cujos rendimentos estão sujeitos à contribuição predial, para garantia do pagamento desta contribuição; b) O Estado e demais pessoas coletivas públicas, sobre os bens dos encarregados da gestão de fundos públicos, para garantia do cumprimento das obrigações por que se tornem responsáveis; c) O menor, o interdito e o inabilitado, sobre os bens do tutor, curador e administrador legal, para assegurar as responsabilidades que nestas qualidades vierem a assumir; d) O credor por alimentos; e) O co-herdeiro, sobre os bens adjudicados ao devedor de tornas, para garantir o pagamento destas; f) O legatário de dinheiro ou outra coisa fungível, sobre os bens sujeitos ao encargo do legado ou, na sua falta, sobre os bens que os herdeiros responsáveis houverem do testador*”.

O artigo 707.º CC, no seu n.º 1, faculta ao devedor a possibilidade de requerer judicialmente a substituição da hipoteca legal por outra caução. E no n.º 2 consagra outra hipótese de substituição: quando não haja bens hipotecáveis do devedor bastantes para assegurar a realização do crédito, assiste ao credor o direito de exigir a prestação de outra garantia, à luz das regras do artigo 625.º CC (que regula a *falta de prestação de caução*). A lei afasta esta prerrogativa do credor, como diz na parte final do mesmo preceito “*nos casos de hipotecas destinadas a garantir o pagamento das tornas ou do legado de dinheiro ou outra coisa fungível*”.

⁷⁹¹ Cfr. artigo 50.º CRPred.

⁷⁹² VAZ SERRA doutrina em *Hipoteca*, *op. cit.*, BMJ, n.º 62, p. 252, que a lei, ao criar hipotecas legais, “*funda-se na necessidade de garantir determinados credores (...) que não poderiam obter o consentimento do devedor para uma hipoteca convencional ou só o poderiam obter com dificuldade ou sacrificando a natural delicadeza existente nas relações entre credor e devedor*”.

Ao abrigo de uma hipoteca legal podem hipotecar-se quaisquer bens do devedor, como diz o artigo 708.º CC, “*sem prejuízo do direito de redução*” e “*quando não forem especificados por lei ou no título respetivo os bens sujeitos à garantia*”⁷⁹³⁻⁷⁹⁴.

A importância prática da hipoteca legal, para além da predita questão da desnecessidade de colaboração do dono dos bens para se poder sobre eles constituir uma hipoteca, prende-se outrossim com o facto de, em regra, ela garantir obrigações futuras. A constituição da hipoteca antes mesmo de existir a obrigação confere uma vantagem importante ao credor que dela beneficie, porque, assim, os credores de hipotecas legais, *id est*, o menor, o interdito, o inabilitado, o credor de prestação de alimentos...⁷⁹⁵ têm à sua disposição título bastante (lei) para inscrever no registo, o mesmo é dizer para constituir hipoteca a seu favor antes de os devedores incorrerem na obrigação de realizar qualquer prestação. Devidamente constituída a hipoteca, se os devedores incumprirem a sua obrigação, este credor hipotecário legal tem preferência sobre os demais credores, relativamente aos bens hipotecados, desde a data do registo da garantia e não só desde o surgimento da obrigação. Esta vantagem prática pode ser ainda maior se houver outros credores hipotecários com uma hipoteca registada (constituída) depois da hipoteca legal. O credor poderia perder graus hipotecários se apenas pudesse registar a sua hipoteca depois do incumprimento da obrigação.

Assim, a regra da prioridade do registo explica como a vantagem da hipoteca legal decorre precisamente do facto de poder ser constituída antes de a obrigação se vencer, sabendo que a preferência se conta desde a data do registo da hipoteca e que *in casu* pode registar-se (constituir-se) logo que o sujeito reúna os pressupostos do artigo 705.º CC.

Hipotecas judiciais são as que derivam directamente de sentença judicial. A sua inscrição registal é constitutiva⁷⁹⁶ (como nas hipotecas judiciais), dispondo o artigo 710.º CC, sob a epígrafe “*Constituição*” que “*a sentença que condenar o devedor à realização de uma prestação em dinheiro ou outra coisa fungível é título bastante para o registo da hipoteca sobre quaisquer bens do obrigado, mesmo que não haja transitado em julgado*” (n.º 1)⁷⁹⁷⁻⁷⁹⁸. Decisão judicial

⁷⁹³ Casos de estipulação legal são os das alíneas a), e) e f) do artigo 705.º CC.

⁷⁹⁴ A designação convencional ocorre com frequência na hipótese da alínea d) do artigo 705.º CC.

⁷⁹⁵ E os demais credores a quem a lei atribui uma hipoteca legal constantes do artigo 705.º CC.

⁷⁹⁶ Não é a decisão judicial o acto constitutivo da hipoteca, mas fundamento (e pressuposto) ou título da inscrição registal. O registo, sim, é o acto constitutivo da hipoteca judicial: artigo 50.º CRPred.

⁷⁹⁷ O ordenamento jurídico português apenas conheceu a figura das hipotecas judiciais com o Código de Processo Civil de 1961 (artigo 676.º), tendo sido consagradas, mais tarde, no Código Civil de 1966. MANUEL DE ANDRADE, nas suas *Noções Elementares de Processo Civil*, reimpressão, Coimbra Editora, 1993, ensina que a criação das hipotecas judiciais surgiu com o propósito de “*segurança do crédito do autor [da acção judicial respectiva]*”, constituindo “*uma espécie de penhora antecipada, ou de arresto (...) com a diferença de que o devedor conserva o uso, a administração e a fruição dos respectivos bens*” (pp. 337-338).

⁷⁹⁸ Sobre a figura da hipoteca judicial, vide JOSÉ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1952, pp. 200 e segs..

condenatória do devedor a prestação de facto ou entrega de coisa só confere ao credor o direito a constituir hipoteca “*havendo conversão da prestação numa indemnização pecuniária*”, diz o n.º 3 do mesmo artigo 710.º CC⁷⁹⁹⁻⁸⁰⁰.

As sentenças proferidas por tribunais estrangeiros, ademais da exigência de revisão e confirmação em Portugal, como estabelece o artigo 711.º CC (primeira parte), só poderão “*titular o registo da hipoteca judicial, na medida em que a lei do país onde foram proferidas lhes reconheça igual valor*” (parte final do preceito).

Da hipoteca judicial não resulta particular vantagem para a posição deste credor relativamente aos comuns direitos dos credores hipotecários. Sem embargo, assinalamos três benefícios: em primeiro lugar, o credor obtém título bastante para hipotecar bens do devedor independentemente da vontade deste; por outro lado, passa a ser um credor preferencial (artigo 604.º, n.º 2, CC) e pode ainda reagir contra os actos de diminuição da sua garantia com os instrumentos que a lei consagra para a hipoteca⁸⁰¹, sem necessidade de lançar mão dos (não tão eficazes) meios de conservação da garantia patrimonial (artigos 605.º e seguintes do CC)⁸⁰².

A terceira espécie de hipoteca é a hipoteca voluntária que “*é a que nasce de contrato ou declaração unilateral*”, nos termos do artigo 712.º CC.

Como resulta da formulação legal, a garantia é constituída pelo próprio negócio jurídico unilateral ou bilateral (“*nasce de*”) e, quanto ao registo, valem aqui as regras gerais, ou seja, o registo é condição de eficácia em relação a terceiros e também *inter partes*, como diz o artigo 687.º CC, a “*hipoteca deve ser registada, sob pena de não produzir efeitos, mesmo em relação às partes*”.

Do elenco das espécies de hipotecas, na óptica da relação entre a hipoteca e o pacto comissório, a mais importante para a nossa análise é a hipoteca voluntária, sobretudo pela sua importância prática e outrossim pela sua origem convencional, constituindo o pacto comissório, também ele, uma convenção.

Quanto à natureza convencional do pacto comissório, talqualmente a lei o define (proíbe) no artigo 694.º CC, vimos⁸⁰³ que a doutrina dominante defende a aplicabilidade desta norma – que

⁷⁹⁹ Como dissemos em texto *supra*, do registo tem de constar o valor pecuniário do crédito que a hipoteca garante.

⁸⁰⁰ E o registo será *provisório por natureza* até que a sentença judicial condenatória transite em julgado, como se determina na alínea l) do n.º 1 do artigo 92.º do Código do Registo Predial.

⁸⁰¹ Como o direito a exigir reforço ou substituição da garantia (artigo 701.º CC), descrito *supra* em texto.

⁸⁰² Como, por exemplo, a impugnação pauliana (artigos 610.º a 618.º CC), se o devedor vender os bens onerados com a hipoteca judicial. Neste caso, o credor poderá executar directamente no património do terceiro adquirente (talqualmente o credor beneficiário de uma hipoteca voluntária).

⁸⁰³ *Vide* capítulo I, secção III (1.).

sanciona o pacto comissório firmado no âmbito de um contrato de garantia – outrossim ao designado *pacto comissório autónomo*, isto é, ao pacto comissório que tem por objecto um bem não vinculado por garantia⁸⁰⁴.

Por outro lado, sublinha-se a relevância da inserção sistemática do artigo 694.º CC no elenco das disposições gerais da disciplina da hipoteca, pois significa que a norma sancionatória da *lex commissoria* tanto vale para a hipoteca voluntária como para as hipotecas judicial e legal. Na realidade material jurídica, para além de muito desconhecimento a respeito da hipoteca legal e da hipoteca judicial, a frequência com que se constituem hipotecas voluntárias é muitíssimo superior, razão por que o problema da tentativa de os sujeitos criarem mecanismos tendentes a ultrapassar as entropias do sistema tradicional de execução das garantias coloca-se sobretudo a propósito da hipoteca que as partes constituem por acordo.

2.3.2 O pacto comissório e a hipoteca

O legislador português consagrou expressamente a nulidade do pacto comissório entre as regras disciplinadoras da hipoteca (artigo 694.º CC), proibindo que nos contratos de garantia se aponha cláusula vertendo tal pacto.

Estando, assim, vedado ao credor apropriar-se do bem hipotecado a seu favor, não lhe resta senão o *ius distrahendi*, ou seja, executar a garantia de que é titular, verificado o inadimplemento do devedor.

A forma como se processa a execução da garantia é decisiva quanto ao maior ou menor grau de eficácia que o credor obtém na realização do seu crédito. Tendo evoluído historicamente e sendo diferente entre ordens jurídicas, a execução de garantias pode realizar-se de três modos: (i) por meio de venda particular, (ii) por venda extrajudicial, de acordo com determinados preceitos fixados antecipadamente e perante autoridade (embora) não judicial ou (iii) no âmbito de um processo judicial (venda judicial)⁸⁰⁵.

Vem do Direito Romano a primeira modalidade, sendo possível, ao tempo, o credor hipotecário realizar extrajudicialmente a venda do bem dado em garantia, sendo-lhe ainda reconhecida

⁸⁰⁴ Neste sentido, por todos, FULVIO GIGLIOTTI, *Il divieto del patto commissorio*, *op. cit.*, pp. 177 e segs..

⁸⁰⁵ Relativamente aos vários procedimentos de execução, VAZ SERRA sublinha a sua importância e proximidade com a questão da proibição do pacto comissório, a tal ponto que no seu anteprojecto sobre a hipoteca, no âmbito dos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, defende que a venda particular se reconduz irremediavelmente ao pacto comissório, não devendo, pois, ser permitida. Segundo o doutrinador, a venda particular pode encerrar os exactos perigos de exploração usurária do devedor que se apontam à *lex commissoria*, ao que acresce o risco de, através de venda particular, o objecto da hipoteca poder ser alienado por um preço substancialmente inferior ao valor venal real. Cfr. VAZ SERRA, *Hipoteca*, *op. cit.*, BMJ, n.º 62, pp. 73-74.

a faculdade de lançar mão da *actio hypothecaria*, a acção para reivindicar a entrega da *res* hipotecada perante o possuidor desta⁸⁰⁶.

Hodiernamente, o direito anglo-saxónico permite que o credor execute fora dos tribunais a *mortgage* que corresponde à garantia mais próxima, em termos conceptuais, da nossa⁸⁰⁷ hipoteca. A execução da *mortgage* pode realizar-se por venda extraprocessual, mas também por apropriação do objecto da garantia, sendo a apropriação um direito reconhecido ao credor, uma vez verificado incumprimento do devedor (*foreclosure right*). O credor pode fazer valer o direito de *foreclosure* judicialmente, através de uma *foreclosure action* para obter uma sentença que ordene que lhe seja entregue o objecto da *mortgage* que titula (*foreclosure order*). É lícito ainda que o direito de apropriação do credor resulte de acordo – coetâneo da prestação da *mortgage* – estabelecido entre o credor e o autor da garantia (*foreclosure agreement*)⁸⁰⁸.

No nosso quadro legal, a execução da hipoteca é necessariamente judicial e não pode dispensar, em caso algum, a execução judicial: a proibição do pacto comissório (artigo 694.º CC) assim o impõe⁸⁰⁹.

Contemplando a possibilidade de execução da hipoteca à margem de um processo judicial, encontramos o direito espanhol que permite a venda do bem hipotecado fora dos tribunais. Neste tipo de execução, realiza-se a venda observando as regras convencionadas de antemão entre as partes e que corre perante uma autoridade, ou seja, a venda é extrajudicial, mas não à margem de um processo com critérios determinados aquando da constituição da garantia⁸¹⁰⁻⁸¹¹ e não também sem que o respeito por essas regras seja controlado por uma autoridade (normalmente, um notário).

No nosso ordenamento jurídico, inexistente esta modalidade de execução da hipoteca – embora o Parlamento português tenha aprovado uma lei de autorização legislativa⁸¹² (nunca utilizada quanto à matéria), para poder o Governo legislar no sentido de “*atribuir competência aos*

⁸⁰⁶ Como melhor explica EDUARDO DOS SANTOS em *Direitos Reais...*, vol. II, ob. cit., p. 71.

⁸⁰⁷ Referimo-nos à hipoteca dos sistemas jurídicos da *civil law*.

⁸⁰⁸ Para mais desenvolvimentos, ver NICOLA CIPRIANI, *Patto Commissorio e Patto Marciano...*, op. cit., pp. 233 e segs..

⁸⁰⁹ Vide também nota 805.

⁸¹⁰ Na verdade, o artigo 129.º da *Ley Hipotecaria* admite a previsão na escritura de constituição da hipoteca da possibilidade de o credor lançar mão de específico procedimento extrajudicial de execução da garantia, regulado nesta lei e que corre perante um notário.

⁸¹¹ Consultar UBALDO NIETO CAROL, *La ejecución hipotecaria. El procedimiento judicial sumario y la ejecución extrajudicial*, in «Tratado de Garantías en la Contractación Mercantil», tomo II, «Garantías Reales», vol. 1, «Garantías Mobiliarias», Coordinación de Ubaldo Nieto Carol y Miguel Muñoz Cervera, Civitas, Madrid, 1996, pp. 561 e segs. e ÁNGEL CARRASCO PERERA/ENCARNA CORDERO LOBATO/MANUEL JESUS MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de Garantía...*, op. cit., pp. 713 e segs..

⁸¹² Lei n.º 23/2002, de 21 de Agosto.

conservadores de registo predial para efectuar a venda de imóveis nas conservatórias, por meio de propostas em carta fechada, bem como para deferir a consignação dos respectivos rendimentos”.

Em linha com esta lei, no primeiro anteprojecto da reforma do processo executivo, propunha-se um processo especial para a execução da hipoteca em que o bem hipotecado seria vendido nos moldes citados, correndo o processo os seus termos na conservatória de registo predial do lugar do bem.

Este processo, de clara inspiração no referido modelo espanhol, acabou, contudo, por não integrar o segundo anteprojecto nem o Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março que aprovou a Reforma da acção executiva.

Um modelo de execução da hipoteca extrajudicial seria absolutamente bem-vindo e poderia agilizar a realização do crédito, sublinhando-se que o procedimento indicado pelo anteprojecto e os poderes concedidos na citada autorização legislativa não permitiam que a venda fosse realizada directamente pelo credor, a título particular, em respeito, estamos certos, à proibição do pacto comissório. O modelo de venda extrajudicial ali proposto obedeceria a um determinado procedimento executivo, mas um processo que correria os seus termos perante o conservador do registo predial do lugar da situação do bem hipotecado e não perante um juiz, *rectius*, não no âmbito de um processo judicial, como continua a ser. Um (este) mecanismo de venda extraprocessual de bens hipotecados traria importantes ganhos de tempo na realização do crédito sem desacautelar a transparência e o controlo de legalidade, ou seja, sem que a lei deixasse desprotegidos devedor, terceiros de boa fé e demais credores do devedor.

A permanência da impossibilidade de venda directa pelo credor vinca a preocupação do legislador em abrigar o devedor de abusos por parte do credor. Se este pudesse vender directamente o bem dado em garantia, sem controlo judicial, facultar-se-lhe-ia o mecanismo de enriquecimento injusto e indevido, à custa do devedor⁸¹³. E este é outrossim o manifesto propósito da proibição do pacto comissório⁸¹⁴.

Na verdade, o fundamento da decisão de não introduzir no ordenamento jurídico português um mecanismo de venda extrajudicial das hipotecas coincide com as mais fortes premissas do

⁸¹³ Anota HENRIQUE MESQUITA que o propósito do legislador é “*resguardar o devedor contra os abusos a que poderia dar origem a alienação do objecto da garantia, se ao credor fosse permitido realizá-la directamente*”. Cfr em M. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 77, nota 65.

⁸¹⁴ Neste sentido, em clara alusão ao pacto comissório, sublinha HENRIQUE MESQUITA que “*com o mesmo objectivo (proteger o devedor) se proíbe, como é sabido, a convenção que atribua ao credor o direito de fazer sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir*”, como podemos ler na sua *op. cit. Obrigações Reais e Ónus Reais*, p. 77, nota 65.

argumentário da proibição do pacto comissório: a tutela do devedor necessitado e o interesse social em obstar à utilização do pacto comissório como cláusula de estilo.

Inexistindo, então, no direito português qualquer processo de execução de hipoteca fora dos tribunais, o credor hipotecário, no caso de o devedor incumprir, tem obrigatoriamente de intentar a competente acção judicial para obter a satisfação do seu crédito.

A acção judicial competente será a acção executiva (logo num primeiro momento) ou (primeiramente) uma acção declarativa de condenação e só depois a acção executiva – depois de o credor obter sentença favorável transitada em julgado e o recurso tiver efeito suspensivo⁸¹⁵ –, conforme o credor disponha ou não de título executivo, nos termos dos artigos 703.º a 708.º CPC. Sumarizando: o credor hipotecário só pode executar a garantia de que beneficia pela via judicial. A via judicial é a acção executiva, mas o credor nem sempre pode, sem mais, intentar uma acção executiva, sem primeiro obter vencimento na competente acção declarativa. O que sucederá no caso de o credor não dispor dos documentos que a lei processual admite como os (únicos) que podem servir de base à acção executiva: os denominados títulos executivos⁸¹⁶. O meio processualmente adequado, quando o credor não possui um título executivo, é a acção declarativa de condenação que deverá propor contra o devedor, peticionando que ele seja condenado no cumprimento da obrigação. E só após vencimento na acção condenatória⁸¹⁷, pode intentar a acção executiva e aí promover a venda judicial do bem hipotecado, pagando-se com o respectivo valor. Inversamente, se o credor dispuser de título executivo⁸¹⁸, pode, desde logo, lançar mão da acção executiva e assim executar mais celeremente a hipoteca que assegura o seu crédito.

Estabelece o artigo 817.º CC que “*Não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, tem o credor o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor*”, princípio geral que vale por dizer que a execução constitui o meio comum de realização da prestação a que tem direito o credor.

⁸¹⁵ Cfr. artigo 704.º CPC.

⁸¹⁶ Como determina o artigo 703.º CPC: “*A execução apenas podem servir de base: a) As sentenças condenatórias; b) Os documentos exarados ou autenticados, por notário ou por outras entidades ou profissionais com competência para tal, que importem constituição ou reconhecimento de qualquer obrigação; c) Os títulos de crédito, ainda que meros quirógrafos, desde que, neste caso, os factos constitutivos da relação subjacente constem do próprio documento ou sejam alegados no requerimento executivo; d) Os documentos a que, por disposição especial, seja atribuída força executiva*”.

⁸¹⁷ E, salvo se recurso interposto tiver efeito meramente devolutivo, transitada em julgado a sentença condenatória, *ex vi* do n.º 1 do artigo 704.º CPC.

⁸¹⁸ Título executivo que obterá com a sentença proferida na acção declarativa de condenação por si proposta contra o devedor: a sentença condenatória constituirá o próprio título executivo, nos termos da alínea a) do artigo 703.º CPC. (*Vide* também penúltima nota).

A indispensabilidade de procedimento judicial para execução da hipoteca resulta, em termos conjugados, da própria proibição do pacto comissório, do princípio geral agora enunciado e da inexistência de previsão legal de um mecanismo de venda extraprocessual de coisa hipotecada⁸¹⁹⁻⁸²⁰.

Quanto à venda (propriamente dita) de *res* hipotecadas, estando em causa um bem imóvel, pode ser realizada segundo uma de quatro modalidades: *venda mediante propostas em carta fechada* (artigos 816.º a 829.º CPC); *venda directa* (artigos 831.º e 832.º CPC); *venda por negociação particular* (artigo 833.º CPC) e *venda em estabelecimento de leilão* (artigo 834.º CPC).

Actualmente, como dita o n.º 1 do artigo 812.º CPC, a determinação da modalidade de venda cabe ao agente de execução, salvo disposição legal em contrário, e após audição das partes e demais credores com crédito assegurado por garantia real.

A opção pela *venda mediante propostas em carta fechada* está prevista, como procedimento geral, isto é, como diz a lei, quando os imóveis “*não hajam de ser vendidos de outra forma*” (artigo 816.º, n.º 1, I parte, CPC).

Já a *venda directa* tem lugar quando, *ex vi lege*, os bens houverem de ser entregues a determinada entidade ou a promitente comprador que queira a execução específica da promessa, no caso de bens que tenham sido objecto de promessa de alienação com eficácia real (artigo 831.º CPC)⁸²¹. A *venda por negociação particular* será a alternativa que se perfila, como determinam as várias alíneas do artigo 832.º CPC: quando exequente ou executado proponham comprador ou preço aceite pela parte contrária e demais credores, nos termos das alíneas a) e b); se houver urgência na venda reconhecida judicialmente, diz a alínea c); no caso de frustração da venda mediante propostas em carta fechada, por ausência de proponentes ou não aceitação das propostas ou por falta de depósito do preço, segundo a alínea d); também se se frustrar a venda em leilão electrónico por não haver proponentes, inscreve-se na alínea f)⁸²² e quando o valor do bem for inferior a quatro unidades de conta processuais, à luz da alínea g)⁸²³.

⁸¹⁹ Ao invés do consagrado a respeito do penhor (cfr. artigo 675.º, n.º 2 CC), como tratámos em texto *supra*.

⁸²⁰ Não se percebe claramente o porquê deste diferente tratamento entre bens hipotecáveis e não hipotecáveis. É que, de um ponto de vista económico-social, não é hoje correcta a ideia tradicional de mais elevado valor dos bens imóveis relativamente às coisas móveis, que poderia justificar a venda extraprocessual (mais ágil do que a judicial) permitida quanto aos bens empenhados e não já na hipoteca. A este respeito, criticamente, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *A Acção Executiva Singular*, ob. cit., p. 232.

⁸²¹ A eficácia real da promessa depende de “*declaração expressa e inscrição no registo*”, dispõe o artigo 413.º CC.

⁸²² A ausência de referência à alínea e) do artigo 832.º do Código de Processo Civil prende-se com o facto de ela não se aplicar a bens imóveis.

⁸²³ O valor actual da unidade de conta é de 102€, válida para o triénio 2013-2015, nos termos da Lei do Orçamento do Estado para 2013 (Lei n.º 66-B/2012, de 31 de Dezembro de 2012).

A *venda em estabelecimento de leilão* realiza-se nos casos em que seja esta a modalidade proposta pelo exequente ou pelo executado ou por um credor reclamante nos autos da respectiva acção executiva que seja titular de uma garantia real sobre o bem em causa, se nenhum dos outros possíveis requerentes se opuser, ressalva-se na parte final da alínea a), do n.º 1 do artigo 834.º CPC.

Sic, o nosso quadro legal apenas permite a venda judicial do objecto da hipoteca, opção não alheia à proibição do pacto comissório. A doutrina de referência classifica a proibição do pacto comissório como princípio geral da disciplina da hipoteca⁸²⁴.

O artigo 694.º CC impõe ao credor que tem a seu favor uma hipoteca a execução judicial da garantia, ao impedi-lo de fazer seu o bem que lhe assegura o crédito, pagando-se com a (apropriação da) coisa onerada. A opção do nosso legislador, de apenas permitir a venda judicial de bem hipotecado, parece-nos estar relacionada com uma visão do preceito de acordo com a qual o que se pretende evitar é o aproveitamento do credor da situação de debilidade do devedor e não tanto, pura e simplesmente, a aquisição por aquele da coisa onerada, daí o acolhimento legal da posição de VAZ SERRA⁸²⁵, reticente a qualquer tipo de execução de hipoteca em desvio à venda judicial, pelo receio de desconformidade entre o montante do crédito e o preço de venda da coisa hipotecada e do risco de promoção de vantagem injustificada para o credor em que o *superfluum* se traduziria se este pudesse promover a venda do bem particularmente.

2.3.3 A hipoteca e o artigo 675.º do Código Civil

Vimos, a respeito do penhor, como a doutrina entende que a convenção de venda extraprocessual e de adjudicação se situam *no limite da proibição do pacto comissório*⁸²⁶. Mas o certo é que a inexistência de modalidades de execução da hipoteca à margem de um processo judicial representa um entrave à concessão de crédito e financiamento garantidos por hipoteca, pois a morosidade das acções executivas, associada aos encargos judiciais para o credor-exequente e à hipótese de venda do bem que responde pelo cumprimento por valor inferior ao da dívida exequenda são factores de *risco* que o credor pondera e reflecte nos termos e condições da concessão dos empréstimos e que, nessa medida, acabam por dificultar ao devedor o acesso ao

⁸²⁴ Ensina ANTUNES VARELA que “entre os princípios gerais aplicáveis às hipotecas, destacam-se, pelo seu interesse teórico e importância prática, a proibição do pacto comissório” *Das Obrigações em Geral*, vol. II, ob. cit., p. 554.

⁸²⁵ Cfr. nota 805.

⁸²⁶ *Vide* capítulo III, secção I (2.2).

crédito, sendo que quando consegue aceder-lhe é à custa de um acréscimo de oneração da sua posição negocial.

Diante do incumprimento do devedor, a proibição do pacto comissório e a total ausência de modalidades extrajudiciais de execução da hipoteca empurram o credor para a venda judicial, porque é o único instrumento que a lei lhe faculta para realizar o seu crédito e exercitar a sua causa de preferência no pagamento.

E o problema radica aqui, a montante, no *risco*, e por que não dizê-lo, na incerteza jurídica que o credor tem de ponderar quando decide se atribui o querido crédito ao devedor e, se sim, em que termos e condições. Ora, o facto de correr por conta do credor, ademais do risco de incumprimento próprio das relações obrigacionais, o risco de não realização integral do crédito por via executiva, não pode deixar de se reflectir no grau de oneração da posição negocial do devedor. É que o credor hipotecário⁸²⁷ sabe que as vendas judiciais são muitas vezes concluídas por preço vil e, portanto, quando o património do devedor se esgota com a execução da hipoteca⁸²⁸, não logrando, por essa via, a realização integral do crédito, ele sofre um prejuízo, sofre verdadeiramente um empobrecimento.

Mais, mesmo que a venda ocorra pelo preço (mínimo) a que a lei sujeita a venda por propostas em carta fechada (artigo 821.º, n.º 3, CPC), leilão electrónico (artigo 23.º, n.º 2 da Portaria n.º 282/2013, de 29 de Agosto) ou adjudicação (artigo 799.º, n.º 3, CPC), isto é, mesmo que o preço seja pelo menos 85% do valor-base do bem, o certo é que esse valor pode não ser bastante para pagar integralmente o *quantum* que o executado ficou a dever ao credor.

Ora, o tráfego comercial-jurídico não se compadece com este grau de *álea* e a insegurança quanto à efectiva satisfação do crédito demanda o reforço dos mecanismos de garantia das obrigações.

A constituição de hipoteca cumpre, sim, este postulado, mas também não é *garantia* de pagamento integral, apesar de também não poder entender-se como limite ou medida da responsabilidade do devedor. Não é essa a função da hipoteca⁸²⁹, dissemo-lo já. Mas tendo o credor de recorrer

⁸²⁷ O argumento vale para os demais credores preferenciais e comuns, mas quanto ao credor hipotecário é mais evidente, porque tem a desvantagem relativamente ao credor pignoratício de não poder vender extraprocessualmente a garantia e a sua legítima expectativa de realizar o crédito coactivamente pela via judicial-executiva também se pode frustrar por insuficiência do valor do bem que executa e que estava especialmente afecto ao pagamento do seu crédito, sendo que a hipoteca tem exactamente como função reforçar e privilegiar o crédito por ela garantido, de tal modo que – ressalvados os privilégios imobiliários especiais e o direito de retenção (artigo 759.º, n.º 2, CC), como dissemos já *supra* em texto – o bem hipotecado há-de responder prioritariamente pela dívida que assegura (artigo 686.º, n.º 1, CC). Cfr. PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, p. 43.

⁸²⁸ Entenda-se todo o património penhorável (artigos 736.º e seguintes, CPC).

⁸²⁹ E demais garantias reais (*vide* penúltima nota e cfr. PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, *op. cit.*, p. 43)

à via executiva, a venda judicial, cremos, também não tutela adequadamente a sua posição, desde logo porque sempre que não haja propostas de compra dos bens executados (ou propostas legalmente aceitáveis⁸³⁰, nos termos do artigo 821.º, n.º 3, CPC⁸³¹) na venda judicial (que em regra é mediante propostas em carta fechada⁸³²), as alternativas processuais para defesa da posição do credor-exequente não constituem realmente alternativas, no sentido de mecanismos idóneos para “*requerer as providências adequadas à realização coativa de uma obrigação que lhe é devida*”, como anuncia o artigo 10.º CPC ao definir o que são acções executivas.

Os meios que o credor pode accionar, diríamos, são *males menores*. É que à frustração da venda executiva por preço razoável, o credor pode *reagir* de três formas: sujeitar-se ao preço conseguido e suportar o prejuízo daí resultante no descrito cenário de preço abaixo da dívida exequenda⁸³³; requerer que o bem lhe seja adjudicado (artigos 799.º a 802.º, CPC) ou se a execução da hipoteca não esgotar todo o património do devedor (todo o que responde pelas suas dívidas), executar os outros bens não abrangidos pela hipoteca.

⁸³⁰ O que processualmente tem o mesmo efeito jurídico de frustração da venda. A ausência de proponentes ou a falta de (possibilidade legal de) aceitação das propostas (artigo 821.º, n.º 3, CPC) abre caminho à opção pela venda particular, como determinam os artigos 822.º, n.º 2 e o 832.º, alínea d) do CPC.

⁸³¹ Isto é, propostas de valor inferior a 85% do valor-base da venda judicial determinado segundo os critérios dos n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 812.º CPC (85% do mais elevado dos seguintes valores: valor patrimonial tributário fixado por avaliação com menos de seis anos ou valor de mercado), como vimos *supra* na tramitação da venda judicial (2.2.1.1).

⁸³² Na prática, como vimos já a propósito das modalidades de venda judicial (2.2.1.1), em regra, a venda judicial dos bens hipotecados é realizada por propostas em carta fechada, pois é a modalidade que a lei designa para os bens imóveis sempre “*que não hajam de ser vendidos de outra forma*” (artigo 816.º, n.º 1, CPC). Ora, sucede que do elenco das restantes modalidades, a venda particular afigurar-se-ia como alternativa *interessante*. Mas a norma que a regulamenta (artigo 832.º CPC) afasta-a como possível *primeira opção* na maior parte das situações, porque dispõe que para além das situações de frustração da venda por propostas ou licitação ou de bens de valor diminuto a venda particular só é possível se o comprador ou o preço propostos por uma das partes for aceite pela parte contrária e pelos demais credores do devedor ou em caso de *urgência na realização da venda* reconhecida judicialmente. Em termos práticos, um acordo de todos os interessados é difícilimo de alcançar e o conceito de *urgência* afigura-se-nos demasiadamente genérico, pelo que o credor ficará à mercê do entendimento do juiz da causa que decidirá de modo absolutamente discricionário, porque a lei não fornece critérios densificadores do conceito indeterminado *urgência na realização da venda*. E não se diga que os elementos constantes do artigo 814.º CPC são suficientes para que o requerente (exequente ou executado) possa ter *certeza jurídica* de deferimento do pedido de venda antecipada dos bens, pois o que a norma diz é que o juiz “*pode*” autorizá-la “*quando estes não possam ou não devam conservar-se, por estarem sujeitos a deterioração ou depreciação ou quando haja manifesta vantagem na antecipação da venda*”. Sublinhamos que o preceito estabelece que o juiz pode autorizar, o que significa que a decisão fica inteiramente sujeita à sua livre apreciação do que seja o *risco de deterioração* e, mais abstractamente ainda, da *manifesta vantagem* na venda antecipada.

⁸³³ Sendo que este cenário tanto pode verificar-se na hipótese de *sucesso* como na hipótese de *frustração* da venda através de propostas em carta fechada ou leilão. De facto, mesmo que haja propostas legalmente aceitáveis, ou seja, não inferiores a 85% do valor-base de venda dos bens (artigo 821.º, n.º 3, CPC) e a venda se conclua segundo as regras das modalidades-regra, o preço obtido pode representar uma diferença negativa em relação ao montante da dívida que o devedor não pagou.

No primeiro cenário, a execução é declarada extinta, e apesar de não ter sido paga a totalidade da dívida, a falta de (mais) património penhorável, faz com que o prejuízo seja processualmente e judicialmente inelutável.

Se o bem que se executa for vendido por preço abaixo do valor do crédito ou – preferindo o credor que lhe seja adjudicado⁸³⁴ – se lhe for entregue por valor aquém do montante que o devedor lhe não pagou (artigo 801.º CPC)⁸³⁵, assiste-lhe o direito de prosseguimento dos autos de execução contra o património restante, mas só poderá fazê-lo depois de concluído o processo executivo do bem hipotecado (artigos 752.º, n.º 1 e 797.º, do CPC)⁸³⁶ e com outro senão: é que nesta execução *renovada* ou *proseguida*, o credor hipotecário passa a ser um mero credor comum; por outras palavras, fica sujeito ao princípio *par conditio creditorum*. Vale por dizer que se a garantia geral das obrigações do devedor for insuficiente “*para integral satisfação dos débitos*”, à luz da regra da igualdade de tratamento dos credores comuns, ele só terá direito a ser pago “*proporcionalmente*” (artigo 604.º, n.º 1, CC).

É nossa convicção, portanto, que o credor hipotecário está ainda menos protegido pela lei do que o credor pignoratício. Na verdade, este último, apesar de exposto ao risco e vicissitudes da não realização integral do crédito pela venda/adjudicação do objecto da garantia real, tal

⁸³⁴ O credor-exequente (ou qualquer credor reclamante com garantia real) pode requerer que lhe sejam adjudicados os bens que se executam (artigo 799.º, n.ºs 1 e 2, CPC), não podendo oferecer, tal como na venda por propostas em carta fechada ou licitação, menos do que 85% do valor-base de venda (n.º 3 do mesmo preceito) e sendo certo que se estiver já anunciada a venda segundo aquelas modalidades, ela não se susta e a adjudicação ao credor só acontece se for ele a oferecer o melhor preço, como regem os artigos 801.º e 802.º, CPC (e como vimos *supra* em texto, a respeito da efectivação do pacto de adjudicação do penhor do n.º 2 do artigo 675.º do CC e também das modalidades de venda executiva). Aqui acompanhamos o entendimento de que a lei de processo configura a adjudicação como uma venda executiva de LEBRE DE FREITAS, em *A Acção Executiva/Depois da reforma da reforma*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 330.

Cumpramos ainda sublinhar que a apontada remissão legal que encontramos na adjudicação para as regras da venda por propostas em carta fechada tem, naturalmente, como fito proteger o devedor executado, o próprio credor exequente e demais credores, garantindo-se assim que o bem não é adjudicado por um valor inferior ao que seria obtido com a sua venda. Cfr. neste sentido ALBERTO DOS REIS *apud* FERNANDO AMÂNCIO FERREIRA, *Curso de Processo de Execução*, 7.ª edição revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2004, p. 314.

⁸³⁵ Sendo que com a adjudicação o credor pode também não realizar o seu crédito, pois, como dissemos na nota anterior, o bem é adjudicado por valor fixado segundo as regras da venda por propostas em carta fechada, o que significa que mesmo com a *entrega* do bem executado o credor pode perfeitamente não *ser pago* na íntegra. Por outras palavras, o bem que adquire em adjudicação pode não valer a soma que o devedor lhe ficou a dever (dívida exequenda). Por um lado, o bem pode, de facto, não ter valor bastante para satisfazer integralmente o crédito (dívida exequenda). Por outro lado, o *valor do bem adjudicado* é aferido pelo *valor a anunciar para a venda judicial*, nem mais nem menos (artigo 801.º, n.º 1, CPC).

⁸³⁶ Embora o possa fazer na mesma acção executiva, só a *final* o exequente-credor hipotecário pode requerer o prosseguimento dos autos *contra* os bens do devedor não hipotecados, isto é, só depois de executado o objecto da garantia real, o mesmo é dizer só depois de *comprovada* a insuficiência do (valor do) bem hipotecado para satisfazer o crédito (dívida exequenda), como resulta da interpretação conjugada dos artigos 797.º e 752.º, n.º 1, ambos do CPC.

como está o beneficiário de uma hipoteca, o certo é que dispõe das prerrogativas do regime do penhor que é mais flexível do que o da hipoteca. E a razão é o artigo 675.º CC. Esta norma, privativa do penhor, faculta ao credor a possibilidade de convencionar com o devedor a venda extraprocessual (n.º 1, segunda parte) ou a adjudicação (n.º 2) do bem empenhado. Como ao credor hipotecário a lei não concede estas faculdades, ele não dispõe de mecanismo (mais célere ou sequer) alternativo à execução judicial da sua garantia.

A convenção de adjudicação entre credor e devedor pignoratício⁸³⁷ que encontramos na lei substantiva, dissemo-lo já, é de certa forma inútil se considerarmos que na própria regulamentação da acção executiva a lei de processo a todos os exequentes e credores reclamantes com garantia real concede o direito de requerer que lhes seja(m) adjudicado(s) o(s) bem(ns) dado(s) à execução (artigo 799.º, n.ºs 1 e 2, CPC). O que significa que em relação ao n.º 2 do artigo 675.º do CC ele só representa uma vantagem de celeridade na realização do crédito se se lhe aplicar o *processo especial de determinação judicial da prestação ou do preço* (artigo 1004.º do CPC), como defendemos *supra*⁸³⁸, porque, nesse cenário, salvaguarda-se o interesse do credor na rápida satisfação do seu crédito e o do devedor de obtenção de preço razoável⁸³⁹.

Quanto à venda extraprocessual, nos moldes em que está consagrada no artigo 675.º da lei civil para o penhor⁸⁴⁰, não garante um preço mínimo nem exige sequer que a negociação do bem comece em certo *valor-base* e esta liberdade que a lei permite às partes de atribuir convencionalmente ao credor o direito de vender o objecto da garantia fora dos tribunais, pode significar *vender por qualquer preço* e, portanto, pode até prejudicar e descautelar os interesses do devedor dignos de tutela do Direito⁸⁴¹ e os legítimos interesses dos outros credores. A venda particular prevista no artigo 832.º CPC, apesar de não ser, em regra, a primeira escolha entre as modalidades de venda judicial, como vimos⁸⁴², é a opção que se perfila no caso de haver urgência na realização da venda (alínea c) do artigo 832.º e artigo 814.º, CPC) ou frustração da venda mediante propostas em carta fechada (como resulta da alínea d) do artigo 832.º e do n.º 2 do artigo 822.º, CPC).

⁸³⁷ Cfr. *supra* em texto nas modalidades de execução do penhor.

⁸³⁸ *Idem*.

⁸³⁹ Sendo que o interesse do devedor de obtenção de preço razoável, esse sim, já se encontra tutelado pela lei substantiva, pois a convenção de adjudicação só é válida se o credor adquirir o bem “*pelo valor que o tribunal fixar*” (parte final do n.º 2 do artigo 675.º, CC).

⁸⁴⁰ No segundo segmento do n.º 1. Cfr. também *supra* em texto nas modalidades de execução do penhor.

⁸⁴¹ Desde logo evitar o enriquecimento injustificado (do credor, do comprador particular...) à sua custa (artigo 473.º CC) e a exploração da sua situação de necessidade (artigo 282.º CC).

⁸⁴² Cfr. *supra* em texto as modalidades de venda executiva.

Quanto à primeira hipótese, já sublinhámos como poderia ser mecanismo para o credor imprimir celeridade na execução, mas a indeterminação do conceito de *urgência na venda* frustra este horizonte, sem prejuízo de a lei densificar a ideia no artigo 814.º CPC⁸⁴³.

Já a frustração da venda por propostas em carta fechada, na prática, pode ocorrer facilmente (sobretudo se o exequente ou os credores reclamantes não pretenderem ser pagos com a adjudicação do bem).

O caminho, nestes cenários, é o da venda por negociação particular. Esta modalidade, apesar de incluída na categoria de venda judicial e, *hic sensu*, parecer (e dever ser) mais garantística⁸⁴⁴, pode, não raro, concluir-se por valor abaixo do preço mínimo legal (o *valor a anunciar para a venda*, de acordo com o artigo 816.º, n.º 2, CPC) que a lei fixa em 85% do valor do bem, do designado *valor-base* (artigo 812.º, n.ºs 3 a 5, CPC). Tal acontece, desde logo, havendo acordo de todos os interessados em aceitar proposta inferior, como prevê o artigo 832.º do CPC, nas alíneas a) e b). Mas mais, *quid iuris* se não se encontrar particularmente potencial comprador que ofereça sequer os 85% do *valor-base* e não houver acordo entre o devedor, o credor e os demais interessados quanto ao preço oferecido? De seguro, a venda não pode *eternizar-se* e a ausência de preço razoável também não pode ser um obstáculo inultrapassável à realização da justiça procurada pelo credor por via da acção executiva, no sentido em que não é exigível ao credor que espere indefinidamente por bom preço para realizar o seu crédito com o produto da venda, pelo que o bem dado à execução pode ser vendido por baixo preço, apesar de poder haver claro prejuízo para todos os interessados, mormente se o preço obtido não satisfizer na íntegra a dívida exequenda, sublinhando-se a lesão dos interesses do devedor que a lei tanto quer proteger com a imposição da via judicial para executar a hipoteca. A perversidade do sistema é tal que as normas substantivas permanecem rígidas e imutadas, com a disciplina da hipoteca a não prever qualquer forma de execução fora dos tribunais (artigo 686.º CC), vigiada de perto pela proibição do pacto comissório (artigo 694.º CC) e com o nobilíssimo propósito de amparo do devedor, mas as regras adjectivas permitem que a venda judicial se realize afinal *por qualquer preço*, porque não impõe preço mínimo a respeitar na venda por negociação particular. Tempos houve, e não muito distantes, em que o legislador impunha que o despacho que ordenasse esta modalidade de venda fixasse o *preço mínimo* por que se poderia realizar⁸⁴⁵, e esse valor mínimo

⁸⁴³ Vide nota 832.

⁸⁴⁴ Porque a venda judicial, a execução necessariamente judicial da hipoteca, dissemo-lo já, deriva da visão segundo a qual fora dos tribunais o credor poder subvalorizar a garantia e vender o bem em causa a qualquer preço (*vide* também nota 805).

⁸⁴⁵ O artigo 905.º do *velho* CPC, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 329-A/95, de 12 de Dezembro, determinava no n.º 1 que “*no despacho que ordene a venda por negociação particular designar-se-á a pessoa que fica incumbida de a efectuar e o preço mínimo por que pode ser realizada*”. Mas a reforma de 2003 suprimiu a

obrigatório, sim, guarnece a posição do devedor (e também dos terceiros-credores). Mas hoje a redacção da norma que rege os termos da venda por negociação particular (o actual artigo 833.º CPC) não contém (desde 2003, no então artigo 905.º CPC⁸⁴⁶) qualquer referência ao preço, pelo que está aberto o caminho, tão temido pelo legislador substantivo, para uma venda por qualquer valor, verdadeiramente por preço vil.

Ora, se até na venda judicial pode facilmente haver negócios vis, ficando o devedor em absoluto desamparado legal – porque manifestamente não há mecanismo de tutela idóneo para tais situações⁸⁴⁷ –, não se vislumbram as razões para que o legislador tenha excluído a faculdade de convenção de venda extraprocessual da hipoteca, do lado substantivo. E não se invoque que a falta de publicidade desta convenção junto dos demais credores afrontaria o princípio *par conditio creditorum*, porque o seu registo obrigatório, *sob pena de não produzir efeitos, mesmo entre as partes*, como a lei exige para a própria hipoteca (artigo 687.º CC), sanaria o problema. Por outro lado, se se sujeitasse o preço da venda ao controlo judicial *a posteriori*, como propomos para o penhor⁸⁴⁸, a realizar-se nos termos do *processo especial de determinação judicial do preço* (artigo 1004.º CPC), assegurar-se-iam os interesses do devedor e dos seus outros credores. O devedor tinha, assim, a garantia de a razoabilidade do preço ser aferida por uma entidade imparcial. Para proteger os outros credores, bastaria a publicação de anúncios da entrada em juízo do processo especial⁸⁴⁹. Recaindo outros ónus ou encargos registados sobre aquele bem, então o processo seguiria os trâmites da execução a partir da fase das *citações e concurso de credores* (artigos 786.º e seguintes, CPC).

Na verdade, quanto à garantia da obtenção de preço razoável, mesmo no penhor, é nossa convicção que a lei podia e devia ter ido mais longe. À luz do princípio da protecção do devedor que enforma o nosso regime de garantias reais, o legislador ao permitir que as partes acordem na venda extraprocessual do objecto da garantia, nos termos da segunda parte, do n.º 1 do artigo 675.º CC, deveria salvaguardar no final “*desde que por preço determinado judicialmente*”. Um pouco em linha com a salvaguarda feita na faculdade de pacto de adjudicação (n.º 2 do mesmo

referência ao preço mínimo e, portanto, a partir da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março a venda por negociação particular deixou de estar sujeita a valor mínimo obrigatório, *certo* nesse sentido.

⁸⁴⁶ O artigo 833.º CPC corresponde, sem alterações ao artigo 905.º do anterior CPC. Como dito em texto, da redacção da norma foi eliminada a menção ao preço mínimo com as alterações introduzidas pela reforma de 2003, do Decreto-Lei n.º 38/2003, de 8 de Março (*vide* também nota anterior).

⁸⁴⁷ O *menor dos males* ainda parece ser a adjudicação – que pode ser requerida pelo exequente e por qualquer credor reclamante beneficiário de garantia real sobre o bem causa, vimo-lo já, em qualquer processo executivo nos termos do artigo 799.º, n.ºs 1 e 2, CPC.

⁸⁴⁸ *Vide supra*.

⁸⁴⁹ Anúncio a publicar no *Portal Citius*, como está previsto para os processos de insolvência (artigo 17.º-D, n.º 2 do CIRE).

artigo 675.º CC), em que se dá às partes a faculdade de estipulação convencional de que o bem possa ser adjudicado ao credor se o devedor incumprir “*pelo valor que o tribunal fixar*”.

Propomos, *sic*, a revisão do regime da hipoteca, nele introduzindo uma norma com idêntico teor ao do artigo 675.º CC (n.º 1, segundo segmento e n.º 2), com a sujeição a registo tanto do pacto de venda extraprocessual como da convenção de adjudicação. Mais propomos que se consagre a salvaguarda *da determinação judicial do preço*, na venda fora dos tribunais, tanto na hipoteca como no penhor⁸⁵⁰.

Assim, os interesses do devedor ficam protegidos com o incentivo legal da procura de preço razoável na venda extraprocessual. De igual modo, o credor ganha mais confiança na satisfação do seu crédito, pois já não fica limitado à via judicial, se o devedor incumprir. E os (terceiros) restantes credores também adquirem mais segurança, porque à inscrição registal é levado qualquer ónus do bem hipotecado *para lá* da própria hipoteca.

A imposição legal de a execução da hipoteca ter de ser realizada por via judicial desacautela o interesse de celeridade⁸⁵¹ na satisfação do crédito, não assegurando também que os bens hipotecados sejam vendidos por preço mais elevado do que se a venda ocorresse extraprocessualmente, como no penhor, à luz do artigo 675.º, n.º 1, segunda parte, CC.

Como vimos no penhor, para que tenha utilidade a faculdade de as partes acordarem a adjudicação da garantia é necessário aplicar, por analogia, o mecanismo previsto no artigo 1004.º CPC ou, de contrário, o credor tem de sujeitar-se ao *calvário* da acção executiva para pagamento de quantia certa até chegar ao momento processualmente próprio para requerer que lhe seja adjudicado o bem (artigo 799.º CPC). E, surpresa das surpresas, o mesmo pode requerer *qualquer credor reclamante, em relação aos bens sobre os quais tenha invocado garantia real* (n.º 2 do preceito indicado). O que significa que um credor pignoratício que tenha acordado com o devedor a adjudicação dos bens empenhados, afinal, não dispõe de vantagem em relação aos demais credores pignoratícios beneficiários de penhor ou até de outra garantia real.

Na prática, significa isto que também um credor hipotecário pode, à luz do n.º 2 do artigo 799.º CPC, requerer a adjudicação do bem hipotecado. O que é manifestamente incompreensível:

⁸⁵⁰ Devendo, portanto, acrescentar-se ao n.º 1 do artigo 675.º CC, *in fine*, a seguinte formulação ou outra equivalente: “*e desde que por preço determinado judicialmente*”.

⁸⁵¹ Pese embora a boa *intenção* do legislador processual de 2013 que no actual artigo 796.º CPC (anterior 873.º) veio acrescentar que a realização das diligências tendentes ao pagamento, isto é, pagamento da dívida propriamente dito, adjudicação ou venda, “*efetuam-se obrigatoriamente no prazo de três meses a contar da penhora*”. Pese embora a boa *intenção*, dizíamos, para o credor, sobretudo para o credor, tempo é dinheiro! E continua a ser incomparavelmente mais morosa uma venda judicial do que uma venda que os próprios interessados possam promover *activamente* fora dos tribunais. É a normalidade das coisas que no-lo diz!

então, se não for por via da aplicação analógica do *processo especial de determinação judicial da prestação ou do preço*, esvazia-se de sentido o n.º 2 do artigo 675.º CC.

Em sequência, a proposta que formulamos de previsão de uma norma semelhante para a hipoteca tem de ser necessariamente acompanhada do competente mecanismo processual para operacionalizar a convenção de adjudicação fora dos quadros da tramitação comum da acção executiva, sobretudo que antecipe o tempo processual previsto para o requerimento de adjudicação (artigo 799.º CPC).

Regista-se, pois, um vazio manifesto na lei de processo, porque nela não se encontra qualquer meio idóneo para funcionalizar as especificidades que o legislador substantivo atribuiu, desde logo, à execução do penhor. Donde, *de iure condendo*, não só se clama pela consagração da faculdade de as partes convencionarem a venda extraprocessual e a adjudicação da hipoteca, ao jeito do artigo 675.º CC para o penhor, como também se propõe a criação de um mecanismo processual ao dispor dos credores beneficiários de tais convenções, sendo que, quanto ao meio adjectivo, basta que no artigo 1005.º CPC se mande aplicar o processo especial de *determinação judicial do preço* (do artigo 1004.º CPC) aos casos previstos na segunda parte do n.º 1 e no n.º 2 do artigo 675.º CC, não se limitando à alusão sempre incerta aos “*casos análogos*”.

3. Posição adoptada

Em sequência, não podemos deixar de criticar a mais recente reforma do Código de Processo Civil, porque no seu propósito de simplificação da tramitação processual não identificou lacunas importantes, como aquela que acabámos de apontar, de incongruência e descontinuidade entre a lei substantiva (artigo 675.º, n.º 2, CC) e a lei adjectiva (artigo 799.º CPC) e, mais gravemente ainda, eliminou dois processos especiais decisivos em matéria de garantias das obrigações, tendo, com essa supressão, deixado desguarnecida a posição dos credores.

Referimo-nos aos processos especiais *do reforço e substituição das garantias especiais*⁸⁵² e ao *da venda antecipada de penhor*⁸⁵³.

O primeiro mecanismo era destinado ao exercício do direito do credor de exigir do devedor o reforço ou substituição da garantia especial prestada.

Este direito, como dispõe o artigo 626.º CC, nasce sempre que “*a caução prestada se torne insuficiente ou imprópria, por causa não imputável ao credor*”, concedendo-se-lhe “*o direito de*

⁸⁵² Previsto entre os artigos 991.º e 997.º do *velho* CPC.

⁸⁵³ Previsto no artigo 1013.º do CPC anterior.

exigir que [a garantia] seja reforçada ou que seja prestada outra forma de caução”, ocorrida a superveniência de facto que lhe não seja imputável e que tenha tornado exígua ou inadequada a já prestada garantia. A lei vem ainda densificar este direito na disciplina privativa das garantias especiais: na fiança, com o artigo 633.º CC; no penhor, na alínea c) do artigo 670.º CC e na hipoteca, à luz do artigo 701.º CC. Ora, inexistindo na lei processual processo idóneo a fazer valer o predito direito do credor ao reforço ou substituição da garantia, fica ele claramente esquecido e desprotegido pelo legislador adjectivo. Mais uma vez! O legislador substantivo com tantas cautelas, por banda do devedor, não permitindo, por exemplo, que o credor hipotecário execute a sua garantia senão por meio da venda judicial, mas cuidando ao mesmo tempo dos interesses do credor – porque é verdadeiramente essa a função das garantias das obrigações –, concedendo-lhe, desde logo, um direito a garantia idónea; para depois o legislador adjectivo fazer *tábua rasa* de certas especificidades, como a adjudicação, e permiti-las processualmente a qualquer exequente e credor com garantia real. Como se não bastasse, foi ainda eliminado da lei adjectiva o instrumento processual próprio e especificamente concebido para fazer valer o importantíssimo direito creditício ao reforço ou substituição de garantia.

No nosso quadro das garantias reais, a hipoteca é a mais paradigmática e, na prática, a mais importante. Todavia, a sua eficiência é manifestamente deficitária, fruto da proibição do pacto comissório, mas também fruto da proibição de acordo de venda extraprocessual – ao arrepio, quanto a nós incompreensivelmente, do regime do penhor⁸⁵⁴.

Não tenhamos ilusões teóricas! A (imperativa) via judicial despoleta um processo que culmina com a venda da coisa hipotecada em juízo e as vendas judiciais, sabemo-lo, são quase sempre vendas apressadas, sem ocasião verdadeira de escolher a melhor oportunidade e sabendo todos os potenciais compradores do “*estado de necessidade*”⁸⁵⁵ de quem vende. Vale por dizer que a venda judicial representa tudo menos a operação que se desejaria economicamente hábil ou sequer adequada à realização dos interesses em causa.

À rigidez da hipoteca, sobretudo quanto à sua execução, soma-se o grau de incerteza e insegurança jurídicas de outras garantias reais que o credor não tem como saber se existem até ao incumprimento. Referimo-nos aos privilégios creditórios e ao direito de retenção que prevalecendo sobre a hipoteca, nos termos preditos, abalam fortemente a segurança do crédito do beneficiário de uma hipoteca, tornando a sua satisfação difícil, quando não impossível.

⁸⁵⁴ E enjeitando a herança romanista, porquanto no Direito Romano a *actio hypothecaria* era exactamente um mecanismo à disposição do credor para que ele pudesse fazer sua a coisa hipotecada para a vender fora dos tribunais e assim pagar-se com o preço conseguido. Cfr. SANTOS JUSTO, *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)*, ob. cit., pp. 23-25.

⁸⁵⁵ Nas palavras de DIOGO LEITE DE CAMPOS, na sua ob. cit. *A alienação em garantia*, p. 9.

O princípio da taxatividade dos direitos reais também contribui para a proliferação de esquemas negociais tendentes a garantir o cumprimento das obrigações, sob a égide dos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual. Os mais divulgados, podendo até mesmo qualificar-se como tipos sociais, são a garantia autónoma⁸⁵⁶, as cartas de conforto⁸⁵⁷ e as cláusulas de garantia e segurança muito populares no comércio jurídico internacional como a *negative pledge*, a *cross default*, a *pari passu*⁸⁵⁸.

Existe ainda outro tipo de ameaça à hipoteca traduzida na utilização das *garantias indirectas*⁸⁵⁹ e da própria figura do direito de propriedade com escopo de garantia⁸⁶⁰ através de figuras negociais que não foram desenhadas pelo legislador para essa função, mas que na prática conseguem funcionalizar-se para assegurar a realização dos créditos, embora, dogmaticamente, não possam qualificar-se como garantias das obrigações⁸⁶¹, por pertencerem classificatoriamente a um tipo contratual diverso, mas que no comércio jurídico constituem programas negociais difundidos como aptos a tutelar o crédito e o credor – onde encontramos figuras como a locação financeira, o *lease-back*, a alienação em garantia, a venda com reserva de propriedade e a venda *a retro*⁸⁶². São figuras muito menos complexas e onerosas do que a hipoteca – tanto na constituição como na execução no cenário de inadimplemento – e que desempenham cada vez mais a função socialmente típica de garantir o cumprimento da obrigação, (também) com a especial afectação

⁸⁵⁶ Sobre a figura, vide MENEZES CORDEIRO, MENEZES LEITÃO e JANUÁRIO GOMES (org.), *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – Direito Bancário*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 289 e segs.; MÓNICA JARDIM, *A garantia autónoma*, Coimbra, Almedina, 2002 e MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, “*Garantias bancárias autónomas – breves reflexões*”, in *Juris et de jure*. Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto, Porto, 1998, pp. 319 e segs..

⁸⁵⁷ Para uma leitura desenvolvida sobre o tema, consultar CALVÃO DA SILVA, “*Cartas de conforto*”, in *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Coimbra, Almedina, 1996, pp. 363 e segs. e MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, ob. cit., pp. 771 e segs..

⁸⁵⁸ A respeito da função de garantia destas cláusulas, vide JOANA FORTE PEREIRA DIAS, “*Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a pari passu, a negative pledge e a cross-default*”, MENEZES CORDEIRO, MENEZES LEITÃO e JANUÁRIO GOMES (org.), in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – Novos Estudos de Direito Privado*, vol. IV, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 879 e segs..

⁸⁵⁹ Expressão eloquente com que ROMANO MARTINEZ E FUZETA DA PONTE se referem à utilização de outras figuras negociais com escopo de garantia, na sua ob. cit. *Garantias de cumprimento*, p. 235.

⁸⁶⁰ Como apontam CALVÃO DA SILVA, em *Contratos coligados, venda em garantia e promessa de revenda*, in RLJ, Ano 133, pp. 66 e segs., MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, ob. cit., p. 749, JANUÁRIO GOMES, na sua op. cit. *Assunção fidejussória de dívida*, pp. 86 e segs. e RUI PINTO DUARTE, *Curso de direitos reais*, Lisboa, Principia, 2002, pp. 249 e segs..

⁸⁶¹ Neste sentido, ROMANO MARTINEZ E FUZETA DA PONTE, em *Garantias de cumprimento*, ob. cit., p. 235 e MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., pp. 24-25 e 221 e segs..

⁸⁶² Analisa esta realidade, entre outros, RUI PINTO DUARTE, “*Alguns aspectos jurídicos dos contratos não bancários de aquisição e uso de bens*”, in *Revista da Banca*, n.º 22, 1992, p. 56, incluindo o Autor entre os esquemas negociais com função de garantia de cumprimento das obrigações o aluguer de longa duração (ALD).

de um determinado bem. O mesmo é dizer que conseguem, na prática, cumprir o fim que a lei se propõe com o elenco das garantias reais, mas fora desta galeria, o que representa um desafio permanente para o intérprete em face do *numerus clausus* inscrito no artigo 1306.º CC. Por outro lado, é um salutar exercício da autonomia privada e da liberdade contratual, mas que não deixa de criar pressão sobre o edifício das garantias reais, porque as esvazia cada vez mais de sentido, de utilidade e de eficácia. O que nos deve levar a repensá-lo e aos seus princípios basilares, entre os quais o da proibição absoluta do pacto comissório.

SECÇÃO II

O PACTO COMISSÓRIO

E A PROPRIEDADE COMO GARANTIA

1. Considerações preliminares

O Código Civil proíbe o pacto comissório, nos termos do artigo 694.º, referindo-se-lhe como cláusula contratual acessória das garantias reais, nos termos da qual os efeitos translativos do objecto da garantia ficam condicionados suspensivamente ao não cumprimento do devedor. Na prática material-jurídica, os particulares podem também, como vimos já, celebrar pactos comissórios autónomos, isto é, no âmbito de uma relação creditícia, (mas) independente(mente) da prestação de uma garantia real e podem ainda acordar que a eficácia translativa da propriedade do bem objecto do pacto para a esfera jurídica do credor fique sujeita à condição resolutiva de o obrigado cumprir.

Com a descrição sumária destas três situações, exemplifica-se a infinita possibilidade de criação de novos mecanismos de segurança dos direitos dos credores. O surgimento de novas garantias e a crescente utilização de institutos já existentes com finalidade atípica de garantia – no sentido de fim distinto daquele para o qual a lei os consagra – são realidades que se têm vindo a consolidar no dia-a-dia das relações comerciais e que reclamam da doutrina e jurisprudência uma ponderação da sua licitude, desde logo, por cotejo com o pacto comissório. É que não raramente os novos tipos sociais servem perfeitamente o escopo que a proibição daquele pacto visa impedir: ingresso automático dos bens oferecidos em garantia (normalmente do obrigado) na esfera patrimonial do credor *assim que* o devedor incumprir, *ipso facto*.

Ante a impossibilidade de disquisição de todos os tipos sociais provindos do estrato da realidade prático-jurídica, o critério que nos pareceu mais apropriado para a presente reflexão foi o dos

tipos mais frequentemente usados para contornar o artigo 694.º CC: coordenada deste problema e, a partir daí, situar nos princípios axiológico-normativos o fundamento do pensamento jurídico⁸⁶³ que ensaiaremos a respeito da relação da proibição do pacto comissório com três destas figuras: a venda *a retro*, a alienação fiduciária em garantia e o *lease-back*.

2. Contrato-promessa

No horizonte do nosso ordenamento jurídico, e dos sistemas de *civil law* em geral, os pensadores do Direito, quanto à *ratio* da proibição do pacto comissório – desde o édito de Constantino⁸⁶⁴ –, apontam, vincadamente a defesa do devedor⁸⁶⁵ e dos seus credores⁸⁶⁶.

Um outro sector da doutrina não deixa, porém, também de anotar que a proibição do pacto comissório reforça o princípio geral de recurso a um processo judicial como meio necessário e inderrogável de execução das garantias⁸⁶⁷⁻⁸⁶⁸.

Uma outra orientação doutrinária aceita o fundamento da protecção do devedor, embora não apenas numa perspectiva de tutela de interesses privados, mas sim enquanto defesa de um

⁸⁶³ Guiados pela proposta dogmática de que o pensamento jurídico deve centrar-se sempre na disponibilização de uma perspectiva do sentido próprio do direito enquanto *iuris prudentia* (cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993)

⁸⁶⁴ Cfr. notas 310 e 327.

⁸⁶⁵ A denominada tese do devedor necessitado onde enfileiram Autores de referência como VINCENZO LOJACONO, *Il Patto Commissorio nei Contratti di Garanzia*, ob. cit., p. 39 e também ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini*, op. cit., pp. 221 e segs.. Cfr. o tema *supra* no capítulo I, secção II.

⁸⁶⁶ À luz da visão segundo a qual a proibição do pacto comissório repele a subtracção de bens da garantia patrimonial, onde se situam doutrinadores relevantes, entre os quais VINCENZO LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., pp. 22 e segs., FRANCESCO CARNELUTTI, em *Note sul patto commissorio (Studi di diritto processuale)*, op. cit., p. 890 e VIRGILIO ANDRIOLI, *Disciplina intertemporale del patto commissorio e sua applicabilità ai privilegi speciali*, ob. cit., pp. 954 e segs.. Cfr. o tema *supra* no capítulo I, secção II.

⁸⁶⁷ É o caso de ENZO ROPPO que refere a existência de “*um princípio geral de inderrogabilidade do processo judicial executivo, no sentido de que deveria considerar-se completamente inadmissível a sujeição (ainda que voluntária) do devedor a um (auto)satisfação do credor não mediada pelo recurso às formas e aos instrumentos da justiça*” – cfr. GUIDO ALPA/MARIO BESSONE/ENZO ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, ob. cit., p. 283.

⁸⁶⁸ Em sentido diverso, exprimindo posição discordante da visão de incompatibilidade entre o pacto comissório e o direito real de garantia, vide VIRGILIO ANDRIOLI, em *Tutela dei Diritti*, in *Commentario del Codice Civile* a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Libro Sesto, Art. 2740-2899, Seconda edizione, Bologna-Roma, 1958, p. 53, em que o Autor explica o seu pensamento, afirmando que “*porque [o direito real de garantia] entra em função só se o credor não beneficiar do pacto comissório; acrescenta-se que a garantia e transferência da propriedade permanecem bem distintas mesmo no tempo, porque a transferência só tem lugar depois de a garantia, na sequência do fim do termo para o pagamento, não ter sido utilizada*”.

interesse geral do tráfego jurídico em que não se vulgarize o pacto comissório como cláusula de estilo nos contratos de mútuo, o que promoveria a disseminação de um sistema de garantias desvirtuado da sua função de segurança do crédito pela responsabilidade do património do devedor⁸⁶⁹.

Na óptica da tutela do devedor necessitado, entende a doutrina que o pacto comissório envolve um risco de exploração usurária por parte do credor, risco que a proibição tem por objectivo prevenir. A necessidade de recursos que o credor satisfaz propicia o perigo de o devedor aceitar alienar-lhe o bem dado em garantia, pelo valor do crédito, sendo que o *quantum debeatur* pode ser muito menor do que o valor do bem⁸⁷⁰⁻⁸⁷¹.

De acordo com outra corrente doutrinária, a admissibilidade do pacto comissório seria incompatível com o princípio da *par conditio creditorum*, porquanto o incumprimento implicaria, *ipso facto*, a saída de um bem do património do devedor – bem adquirido ou a adquirir pelo credor estipulante do pacto comissório. Se assim fosse, o credor destinatário de tal estipulação furtar-se-ia ao concurso com os demais credores daquele devedor e beneficiaria de uma causa de preferência que perante um bem muito mais valioso do que o crédito incumprido legitimaria uma situação de locupletamento à custa do devedor e, independentemente do valor do bem, resultaria na diminuição da garantia geral das suas obrigações.

⁸⁶⁹ Vide, neste sentido, MASSIMO BIANCA que afirma que o pacto comissório torna o sistema tradicional de garantia “*inidóneo a exprimir uma sujeição do património do devedor exactamente adequada à função de garantia*”. Cfr. MASSIMO BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, op. cit., pp. 215-218 (tradução nossa da citação retirada da página 217).

⁸⁷⁰ Relatos dos historiadores do Direito apontam no sentido de que o pendor abusivo, quando não mesmo usurário, do pacto comissório acompanhá-lo-ia desde o seu nascimento na Roma dos fins da República. ROBERT VILLERS, em *Rome et le droit privé*, Editions Albin Michel, 1978, p. 234 descreve que a *lex commissoria* apareceu em resultado da insuficiência do direito de retenção de que gozavam os credores pignoratícios, segundo “*certos credores exigentes*”. O Autor afirma que o pacto comissório “*inspirado sem dúvida pela alienação fiduciária, dará lugar a abusos bastante graves*”. E conclui “*Daí, em 326, a interdição da «lex commissoria» por Constantino (C.J., VIII, XXXIV (XXXV), de pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescidenda, c.º.3º)*”. FAUSTINO DALMAZZO, por seu turno, refere que “*A tutela da liberdade do consenso (a vender) já indicada pelo direito romano, continuou a representar a explicação da proibição para todo o direito intermédio até ao moderno*” – cfr. ob cit. do Autor *Divieto del patto commissorio...*, p. 184.

⁸⁷¹ Mas Autores como VIRGILIO ANDRIOLI entendem que a tutela do devedor necessitado não basta para explicar a proibição do pacto comissório, atendendo à consagração legal de institutos específicos para o sancionamento dos negócios usurários e considerando também que nos termos da sua disciplina, tais actos são anuláveis e não nulos como o pacto comissório. Cfr. VIRGILIO ANDRIOLI, na sua ob. cit. *Tutela dei Diritti*, em que o Autor afirma que “*se a invalidade do pacto comissório fosse fundada na tutela dos interesses do devedor, ela seria invocável apenas por este último e o artigo em apreço [2744 do Código Civil italiano – que corresponde ao artigo 694.º do Código Civil português] teria subsumido a situação não sob a categoria da nulidade, mas na da anulabilidade; se fosse exacta a «ratio» [da tutela do devedor necessitado], o artigo em apreço representaria uma duplicação dos artigos 1447 (rescisão do contrato concluído em estado de perigo) ou 1448 (acção geral de rescisão por lesão)*” – cfr. ob. cit. do Autor, pp. 53-54 e 57-58.

Quanto à questão de o pacto comissório representar uma causa de preferência do crédito do seu beneficiário, a sua invalidade é manifesta, desde logo, atento o princípio da tipicidade inscrito artigo 604.º CC (n.º 2) e em cujos termos é ilegítima a criação de causas de privilegiamento creditório para lá dos casos legalmente previstos.

O grande desafio que hoje a proibição do pacto comissório coloca é saber que *há muito mais pactos comissórios para além do próprio pacto* e estender o seu impedimento legal aos confins dos mais criativos esquemas negociais que o abrigam e o servem fidelissimamente.

Neste quadro, tenhamos presente que a compra e venda, a promessa de compra e venda e demais tipos tendentes à transmissão de direitos reais são terreno jurídico fértil para darem frutos de garantia do cumprimento das obrigações. Não que tenham inscrita a função de garantia nos seus fins típicos, sabemos-lo, mas porque a liberdade negocial permite que se lhes aponham cláusulas que podem ajustar o efeito translativo ao fim de garantia e ainda como efeito causal do incumprimento de uma obrigação *filha* de uma relação creditícia íntima subjacente. Vale isto por dizer, o (ab)uso da propriedade como garantia é possibilidade prática real e, portanto, há tipos negociais translativos que se afeiçoam particularmente bem aos fins do pacto comissório e esses merecem a nossa atenção, de que destacamos o contrato-promessa, a venda *a retro*, a alienação fiduciária em garantia (e os negócios fiduciários *cum creditore* em geral).

Começando pelo efeito translativo, o pacto comissório com eficácia real pode descrever-se como o acordo por meio do qual se aliena o objecto da garantia, sob condição suspensiva de inadimplemento ou resolutive de o devedor cumprir. Nestes termos, os seus efeitos operam de modo automático, se o devedor não cumprir ou destroem-se, também *ipso facto*, com a verificação do adimplemento pelo obrigado à prestação.

Em termos práticos, os sujeitos celebram frequentemente contratos de venda *a retro* para lograr os efeitos de um pacto comissório real que nestes casos se formaliza numa venda sob (a) condição resolutive de o vendedor-devedor cumprir. O vendedor transmite um bem seu ao (seu) credor, com a finalidade de, por meio da transmissão da propriedade do objecto da venda *ex contractu*, garantir o débito que tem para com este, apondo as partes uma cláusula *a retro* em que atribuem ao alienante o direito de resolver a compra e venda quando (e se) cumprir a obrigação (assim garantida)⁸⁷².

Os pactos comissórios obrigacionais traduzem promessas de alienação sob condição resolutive ou suspensiva, respectivamente, de cumprimento ou incumprimento do devedor promitente

⁸⁷² Para mais desenvolvimentos sobre a figura da venda *a retro* e os desafios que levanta à proibição do pacto comissório, *vide* o que diremos *infra* no tema seguinte.

alienante, por referência à obrigação que impende sobre este e cujo direito de crédito respectivo é titulado pelo promitente adquirente.

Nestes casos, o incumprimento do devedor atribui ao credor-promissário da alienação, a faculdade de recurso à execução específica e, nos termos do artigo 830.º CC, obter judicialmente a declaração negocial em falta, de realização do negócio prometido, e o efeito jurídico-económico que a proibição do pacto comissório impede.

Assinala-se ainda que o pacto comissório pode assumir a configuração de pacto de opção num negócio de aquisição em que o credor é o preferente, em termos tais que se o devedor não realizar a prestação devida para com aquele, ele, enquanto titular de um direito de opção de preferência, pode, *motu proprio*, através do exercício do direito de opção, desencadear unilateralmente o acto de aquisição do objecto da garantia que é também objecto do pacto de preferência.

Maioritariamente, a doutrina, aliás, sublinha a extensão da aplicação do artigo 694.º CC ao pacto comissório obrigacional⁸⁷³, donde a pertinência do problema de a proibição do pacto comissório poder ser ludibriada com a celebração de um contrato-promessa.

A esta posição não é alheio o filão de oportunidade que o artigo 830.º CC perspectiva para o credor promissário de uma alienação. Incumprindo o promitente vendedor, seu devedor, a promessa de transmissão do bem dado em garantia, não fora o artigo 694.º CC, e a faculdade de execução específica permitiria ao credor realizar o seu crédito directamente com a aquisição do bem que especialmente assegura o seu direito. É que apesar de apertados, os requisitos do artigo 830.º CC deixam passar o pacto comissório obrigacional, uma vez que nem a natureza da obrigação assumida pelo devedor nem o acordo das partes contrário à prerrogativa de utilização da execução específica obstaculizam o recurso a este mecanismo com intuito fraudatório.

Em tese, apenas a alienação do bem a terceiros impediria que o credor auto-realizasse o seu crédito pela via da execução específica do artigo 830.º CC. Mas, na prática, como o bem objecto da promessa de alienação se encontra onerado com uma garantia real, não será fácil que um terceiro pretenda adquiri-lo nessas condições.

E não se contradiga a posição dominante (que entende dever aplicar-se a proibição do pacto comissório também quando este apresente eficácia meramente obrigacional) com um argumento apoiado na letra da lei, porque a formulação do artigo 694.º CC, ferindo de nulidade “*a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir*”, é suficientemente abrangente para englobar os negócios com eficácia real e os que tenham efeitos apenas *inter partes*⁸⁷⁴.

⁸⁷³ Vide acima capítulo I, secção III, ponto 1.

⁸⁷⁴ Este argumento chegou a ser defendido em Itália, embora não tenha recebido o aplauso nem da corrente dominante na doutrina nem dos tribunais, sendo que o texto do artigo 2744 do *Codice Civile* diz “*È nullo o pacto*

Outro argumento apresentado, militando no sentido de que o artigo 694.º CC seria só aplicável às convenções comissórias reais, reporta-se à defesa da ideia de que a nulidade cominada no preceito afecta somente os pactos contemporâneos da constituição do crédito garantido, porque no caso de acordos ulteriores ao nascimento da obrigação os demais credores do devedor estipulante manter-se-iam em pé de igualdade no concurso à satisfação do seu crédito pelo valor do bem em causa até à conclusão do negócio real⁸⁷⁵⁻⁸⁷⁶.

Nesta perspectiva, a proibição do pacto comissório apenas realiza o espírito da lei nos acordos desta natureza firmados em simultâneo com a constituição do direito de crédito e da prestação da garantia em que por força da retroactividade da condição, a propriedade do objecto da garantia se transmitisse para o credor juntamente com o crédito e não já nas convenções comissórias em que seja diferida a transferência da propriedade, sublinhando-se que nestas situações os restantes credores do devedor podem realizar os seus créditos, em *par conditio creditorum*, pelo valor do bem em causa, até que o acordo com efeito real se mostre concluído, porque até lá o bem conserva-se na esfera jurídico-patrimonial do devedor.

Mas da simples interpretação literal da estatuição normativa que proíbe o pacto comissório, não pode merecer provimento esta fundamentação, atendendo a que o legislador determinou, *expressis verbis*, a nulidade do pacto, independentemente de ele ser anterior ou posterior à constituição da garantia⁸⁷⁷.

As razões da proibição do pacto comissório valem desde o nascimento da obrigação até ao seu vencimento⁸⁷⁸. E entre nós, VAZ SERRA defendia a nulidade do pacto comissório mesmo que

com o qual se convencie que, na falta de pagamento do crédito no termo do prazo fixado, a propriedade da coisa hipotecada ou dada em penhor passe para o credor". Cfr. GIUSEPPE STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Il Foro Padano*, Volume 12 – Anno 1957, p. 767.

⁸⁷⁵ Neste sentido, GIUSEPPE STOLFI, *Promessa di vendita e patto commissorio*, *op. cit.*, p. 768.

⁸⁷⁶ Apresentando argumento em sentido precisamente contrário, DOMENICO RUBINO, a propósito da venda *con patto di riscatto*, entende que quando este negócio bem como a compra e venda com pacto de retrovenda são celebrados em momento anterior à fase de cumprimento já não se justifica o fundamento da proibição do pacto comissório de tutela do devedor contra as pressões que o credor possa exercer no período da realização da prestação a que o devedor está obrigado e que possam induzir o devedor à aceitação de um pacto daquele pendor. Nestes termos, manifesta-se o doutrinador propenso para a defesa da não aplicabilidade da nulidade do artigo 2744 do *Codice Civile* à venda com cláusula *a retro* ou com pacto de retrovenda anteriores ao incumprimento. Cfr. do Autor *La Compravendita*, 2.ª edição, in *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por Antonio Cicu e Francesco Messineo, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1971, p. 1051.

⁸⁷⁷ É o que diz o artigo 694.º do Código Civil quando refere que o pacto comissório é nulo "*mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca*".

Também o artigo 2744 do *Codice Civile* dispõe que "*O pacto é nulo também se for posterior à constituição da hipoteca ou do penhor*", pressupondo, assim, que dúvidas não se suscitam quanto à invalidade do pacto comissório coevo da prestação da garantia.

⁸⁷⁸ Transversalmente assim o entende a doutrina.

celebrado depois de o crédito se tornar exigível, se dele resultasse a concessão de dilação ou de outras facilidades no cumprimento⁸⁷⁹⁻⁸⁸⁰.

Sob o prisma da promessa de alienação instrumentalizada como pacto comissório, a questão não deve analisar-se tanto por referência ao lapso temporal que medeia entre a constituição do crédito e a celebração do pacto, mas sobretudo em atenção ao intervalo entre a promessa e a alienação, isto é, entre o contrato-promessa e o contrato prometido.

Contudo, concordamos com DALMAZZO⁸⁸¹ ao assinalar, em relação ao princípio de igualdade de tratamento dos credores, a irrelevância de o bem objecto da promessa permanecer na esfera do devedor, porquanto a transitoriedade dessa situação jurídica em nada fortalece ou garante a realização dos créditos à custa daquele bem. E também na perspectiva da tutela do devedor (aqui incluída no elenco dos fundamentos da proibição do pacto comissório), não fica ele a coberto da coacção do credor em celebrar um acordo comissório pelo facto de a sua configuração típica lhe assegurar a conservação da titularidade do bem que ofereceu em garantia até à fase de cumprimento, pois a eficácia da transferência da propriedade diferida não afasta o risco de perda do bem. Quando muito, redu-lo.

De igual modo, para outros credores do devedor promitente vendedor, um pacto comissório obrigacional apenas reduz o risco de diminuição da garantia patrimonial, mas não o afasta por completo. É que tal como no pacto comissório com eficácia real posterior à concessão do crédito, também aqui o bem objecto do acordo, integra a garantia geral das obrigações do devedor estipulante apenas por um período determinado. Ora, se a lei, de modo expresse, fere de nulidade o pacto comissório real, por idêntica razão, tem de considerar-se extensível ao pacto comissório obrigacional a proibição (e a sanção).

⁸⁷⁹ Na verdade, VAZ SERRA, na proposta que apresenta de redacção da norma proibitiva do pacto comissório a incluir no (novo) Código Civil de 1966, defende que a sanção deveria aplicar-se ainda que tal acordo fosse posterior ao vencimento da obrigação, porque, demonstrado que na sequência da celebração do pacto comissório, o devedor obteve uma moratória ou qualquer vantagem nas condições de pagamento, justificar-se-ia a intervenção da lei em defesa da posição de debilidade negocial do devedor. Cfr. do Autor, *Penhor*, BMJ, n.º 58, pp. 218-219.

⁸⁸⁰ Neste mesmo sentido, também PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA no seu *Código Civil Anotado*, vol. I, ob. cit., 4.ª edição, p. 718, descrevem a posição de VAZ SERRA e aceitam a ideia que a enforma, dizendo que quando é “*convencionada uma moratória ou dilação, não pode duvidar-se de que o caso cai sob a alçada do artigo 694.º, visto que o cumprimento da obrigação é protelado para um momento posterior*” e concluem nos seguintes termos: “*Não sendo, porém, convencionada a dilação, nada impede que o devedor «venda» ao credor, por qualquer preço, a coisa hipotecada e se faça o encontro de contas*”. Vide ainda ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, ob. cit., 7.ª edição, p. 555.

⁸⁸¹ Cfr. FAUSTINO DALMAZZO, *Divieto del patto commissorio e promessa di vendita a scopo di garanzia*, in «*Rivista del Diritto Commerciale*», Anno XLVI (1958), Parte Seconda, pp. 182 e segs..

Problema diverso coloca o denominado pacto comissório autónomo, pois o artigo 694.º CC⁸⁸² apenas impede de modo expresso o pacto comissório quando associado a uma garantia real, ferindo-o de nulidade. Só que na *praxis negotii*, podem credor e devedor estipular a alienação de certo bem deste a favor daquele pelo valor do crédito, subordinando o efeito translativo à condição suspensiva de não cumprimento do devedor. Os sujeitos podem também convencionar o ingresso imediato do bem na esfera jurídica do credor, por mero efeito do contrato, condicionando resolutivamente ao cumprimento esse efeito real. Como podem ainda acordar na atribuição do direito de resolução do negócio a favor do vendedor, na hipótese de este cumprir o débito.

Estar-se-á perante um pacto comissório autónomo real que se traduz frequentemente numa venda condicional, desde logo numa venda *a retro*, não se afigurando também fora de cogitação um contrato de compra e venda com cláusula de retrovenda, assumindo o comprador a obrigação de vender de novo ao seu vendedor, sob a condição de este cumprir a obrigação que tem para com ele⁸⁸³.

Podem também os particulares criar um pacto comissório autónomo obrigacional e, neste caso, tal como no pacto com eficácia *inter partes* associado a uma garantia real, será firmado por meio de uma declaração em que o devedor promete vender ao credor determinado bem, no caso de não realizar a prestação devida perante aquele⁸⁸⁴.

Pergunta-se, então, se também desligada de uma garantia real, deve aplicar-se a sanção do artigo 694.º CC à convenção pela qual credor e devedor estipulem a transmissão de um bem para aquele, incumprida a obrigação que sobre este impende.

⁸⁸² E bem assim o artigo 2744 do Código Civil italiano.

⁸⁸³ Apesar de não ser tão comum, pode, de facto, ocorrer a situação descrita em texto, sendo certo que ela representa maior incerteza para o devedor alienante promissário da retrovenda, atentos os efeitos reais translativos imediatos da compra e venda em face da mera eficácia obrigacional da estipulação de retrovenda, a exigir a celebração de novo contrato de compra e venda em sentido inverso.

VAZ SERRA, em anotação de um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça sobre a predita hipótese de obrigação de retrovenda, defende que a nulidade de tal pacto “*não obsta a que o negócio indirecto (negócio típico, v.g., venda, cujos efeitos são queridos pelas partes, mas que é celebrado para um fim ulterior diferente dos harmónicos com a função característica desse negócio e correspondente a outro negócio típico ou tipificável) seja nulo, por fraude à lei, quando por meio dele se iluda uma disposição legal imperativa*”, porém, “*mesmo que se entenda não excluir o artigo 1587.º [norma do Código de Seabra que proíbe a venda a retro] que o pacto de retrovenda tenha eficácia entre as partes, valendo, portanto, a cláusula segundo a qual o comprador se obriga a revender ao vendedor logo que seja paga a quantia mutuada, acontece que o contrato implica o efeito de um pacto comissório nulo (artigos 864.º e 903.º), desde que, se a dívida não for paga, o comprador-mutuante fique com a propriedade da coisa sem avaliação, e, sendo nulo tal pacto, nula é igualmente a compra e venda*” – Cfr. Revista de Legislação e Jurisprudência, Ano 100.º, n.º 3354, 1 de Março de 1968, pp. 330 e segs. (citações retiradas das páginas 334-335).

⁸⁸⁴ A doutrina italiana discute, a este propósito, como delimitar uma promessa de alienação de uma cláusula penal. *Vide*, por exemplo, MASSIMO BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, *op. cit.*, pp. 179 e segs..

Interrogação à qual os tribunais italianos respondiam ser vedado, por violação da proibição do pacto comissório, acordo comissório autónomo traduzido num contrato-promessa de compra e venda ou numa promessa unilateral de venda sob a condição suspensiva do incumprimento e que gerou uma prática corrente, para ultrapassar a invalidade equacionada nestes termos, de vendas *a retro* sob condição resolutive de cumprimento da obrigação. Durante largos anos, a jurisprudência italiana aceitava tais negócios qualificando-os como negócios indirectos. Mas a orientação dos tribunais transalpinos mudou totalmente na sequência de um Acórdão Uniformizador da *Cassazione*, de 3 de Junho de 1983⁸⁸⁵, declarando ser inválida a prática de vendas em garantia, entendendo que o negócio translativo era todo ele permeado pelo fim de garantia, em que vendedor e comprador mais não eram do que devedor e credor constituindo uma garantia real a favor deste, subordinando, por isso, a transmissão à finalidade pretendida⁸⁸⁶.

Em França, os tribunais também se debateram com o tema da validade ou invalidade do pacto comissório autónomo, propendendo para aceitar a “*operação que resulta da junção de uma promessa unilateral de venda com mútuo, porque o devedor vendedor não fica desapossado do seu imóvel cujos frutos continua a receber*”⁸⁸⁷⁻⁸⁸⁸.

No Brasil, os tribunais têm seguido a orientação segundo a qual “*nulo é o compromisso de compra e venda quando encobre negócio de mútuo e configura um pacto comissório*”⁸⁸⁹.

Entre nós, o entendimento maioritário, pese embora não haver muitas reflexões em torno da figura, aponta no sentido de que o espírito da proibição do pacto comissório se estende a todas as concretas formações contratuais que frustrem o efeito jurídico que a interdição legal visa

⁸⁸⁵ Texto da decisão transcrito *apud* ENZO ROPPO, *Note sopra il divieto...*, ob. cit., pp. 97 e segs. Cfr. Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, *in* Nuova giur. civ., 1985, I, pp. 97 e segs. (*note di ROPPO*), *apud* ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca...*, ob. cit., p. 219 (nota 2).

⁸⁸⁶ Para mais desenvolvimentos sobre a *Cassazione* de 3 de Junho de 1983, ver a nota anterior e consultar *infra*, em seguida, o que ficar dita a respeito da venda *a retro*.

⁸⁸⁷ Cfr. FRANÇOIS COLLART DUTILLEUL, *Lex contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, Coll. Immobilier – Droit et gestion, 1993, pp. 27-28, em que o Autor transcreve esta decisão, manifestando aquiescência, defendendo que ainda nos casos em que o credor receba os rendimentos do imóvel, por ter em seu benefício uma consignação de rendimentos, ele não dispõe de verdadeiro poder de administração sobre o bem cujos frutos percebe. O doutrinador entende que o artigo 2088.º do *Code Civile* que proíbe o pacto comissório a favor do credor anticresista, tem em vista um credor com poderes de administração sobre a coisa objecto da transmissão e que tal não se verifica no caso de um mútuo ao qual se associe uma promessa de unilateral de alienação.

⁸⁸⁸ A decisão da *Cour de Cassation* determina somente a extinção da obrigação de alienação, como único efeito do pagamento nos mútuos com promessa unilateral de venda do mutuário. Cfr. o estudo de LOUIS BOYER «*Clause de substitution et promesse unilatérale de vente*», *in* La Semaine Juridique Edition Générale – 9 Décembre 1987 – n.º 50, p. 4.

⁸⁸⁹ Cfr. RUBENS LIMONGI FRANÇA, *Jurisprudência do compromisso de compra e venda*, Revista dos Tribunais, 1980, pp. 40-42 (e transcrição da decisão nas páginas 77-80).

prevenir⁸⁹⁰. Sopesa que o artigo 694.º CC tem fundamentalmente em vista tutelar o devedor e seus credores e que a *ratio* do preceito, nessa medida, parece reclamar que ele se aplique a todas as situações em que, apesar de não descritas no texto da lei, os sujeitos celebrem acordos tendentes à transferência da propriedade de um bem do devedor para o credor se e quando aquele incumprir a obrigação que tem para com este. A transmissão tanto pode ser automática (pacto real) como dependente da celebração de um novo contrato (pacto obrigacional) ou até passível de suprimento judicial da declaração negocial (contrato-promessa com execução específica) e tanto pode surgir associada a uma garantia real (pacto acessório) como configurar uma garantia atípica (pacto comissório autónomo). Dos *essentialia* do pacto, aquele que a lei proíbe é o efeito translativo na dependência subordinada do incumprimento do devedor⁸⁹¹.

Este entendimento funda-se numa leitura histórica da norma que proíbe o pacto comissório, considerando que o facto de o texto da lei descrever os acordos comissórios firmados no âmbito das garantias reais *típicas* resulta unicamente da herança secular em que da *praxis negotii* chegava à realidade jurídica a tentativa do resultado que a lei pretendia afastar operacionalizada pelos mecanismos utilizados tradicionalmente.

Então, deve entender-se que o âmbito de aplicação da proibição do pacto comissório abrange o pacto comissório obrigacional o que justifica uma reflexão da figura do contrato-promessa face a face com aquele acordo. Em coerência, o contrato-promessa é nulo, por força do artigo 694.º CC, sempre que esta figura negocial seja adoptada por um devedor, como promitente-alienante, e um credor, na posição de promitente-comprador, e a promessa de compra e venda do bem (ou promessa unilateral de venda emitida pelo devedor) presente como causa-função a garantia de obrigação que o promitente vendedor tem perante o promissário, ou seja, um pacto comissório com eficácia obrigacional.

⁸⁹⁰ Exemplificativamente veja-se o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Janeiro de 2003, Proc. n.º 02B3896, disponível em www.dgsi.pt. Acórdão (transcrito e) anotado por JÚLIO GOMES, na sua ob. cit. *Sobre o Âmbito da Proibição do Pacto Comissório...*, pp. 57-72.

⁸⁹¹ Defende BIANCA que ao pacto autónomo real sempre faltaria a nota essencial *preço* para que tal negócio pudesse ser qualificado como uma compra e venda. Cfr. MASSIMO BIANCA, *Forme tipiche di vendita e violazione del divieto del patto commissorio nell'alienazione in garanzia ad effetto traslativo immediato*, nota a Cass., 5 aprile 1960, n. 776, in Foro it., 1961, I, c. 49 ss., pp. 52 e 53.

No mesmo sentido, a posição manifestada por ENZO ROPPO em *Note sopra il divieto...*, ob. cit., p. 105, defendendo que a questão da validade ou invalidade da alienação em garantia em que inexista o elemento (essencial) *preço* não solicita sequer a demonstração da existência de um *pactum simulationis* para que se justifique a ponderação de se tratar de negócio desrespeitador da proibição do pacto comissório.

3. Venda *a retro*

3.1 Noção

Como resulta do texto do artigo 927.º CC, “*Diz-se a retro a venda em que se reconhece ao vendedor a faculdade de resolver o contrato*”⁸⁹², configurando a venda *a retro* um contrato de compra e venda com a particularidade de assistir ao alienante o direito de opção de resolver o negócio⁸⁹³⁻⁸⁹⁴.

Esta faculdade discricionária atribuída ao vendedor constitui o elemento verdadeiramente específico e diferenciador deste contrato de alienação.

O comprador *a retro*, como um comum adquirente numa compra e venda, adquire, *de iure*, a propriedade do objecto do negócio, *ex contractu*, como determina a alínea a) do artigo 879.º CC. O que há de privativo no tipo em análise é que o direito de propriedade só se consolida, de facto e em definitivo, na esfera do comprador depois de transcorrido o prazo legal ou convencional fixado para o alienante resolver o contrato, e *naturaliter* se ele não exercer o seu direito potestativo.

A opção de resolução existe, portanto, apenas quando as partes assim o convencionem. Cabe exclusivamente ao vendedor, unilateralmente, e a sua decisão de resolver ou não o contrato é independente da invocação de qualquer causa. A aquisição da propriedade em sentido contrário,

⁸⁹² Sobre a figura da venda *a retro*, vide RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, in ROA, 40.º, 1980, pp. 643 e segs., J. C. BRANDÃO PROENÇA, *A Resolução do Contrato no Direito Civil (do enquadramento e do regime)*, Coimbra Editora, 1996, pp. 317 e 318, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos civis, op. cit.*, pp. 134 e segs., PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (partes especial), contratos. Compra e venda, locação, empreitada*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 82 e segs., MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, ob. cit., pp. 78 e segs. e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, ob. cit., pp. 227 e segs..

Na doutrina italiana, consultar DOMENICO RUBINO, *La Compravendita*, 2.ª edição, in Trattato di diritto civile e commerciale dirigido por Antonio Cicu e Francesco Messineo, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1971, pp. 1024 e segs., ANGELO PELOSI, *Vendita con patto di riscatto*, in Enc. dir., XLVI, pp. 517 e segs., MASSIMO BIANCA, *Vendita (diritto vigente)*, NovissDI, vol. XX, pp. 621 e segs., A. TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, Cedam, Padova, 1995, pp. 779 e segs.

O pensamento dos doutrinadores italianos é particularmente relevante para o nosso quadro legal, porque o Código Civil de 1966 concebeu a figura da venda *a retro* sob forte influência do instituto correspondente do *Codice Civile*: a *vendita con patto di riscatto*.

⁸⁹³ CUNHA GONÇALVES perspectiva a venda *a retro* como “*retro-venda*”, como “*cláusula pela qual o vendedor se reserva o direito de, no fim de certo praso, desfazer o contrato e reaver a coisa vendida, restituindo o preço recebido*”, na sua ob. cit. *Da Compra e Venda no Direito Comercial Português*, p. 475.

⁸⁹⁴ Nas palavras de PEDRO ROMANO MARTINEZ, a venda *a retro* corresponde a “*um contrato de compra e venda em que se confere ao vendedor a faculdade de, querendo, resolver o contrato*”, in *Direito das Obrigações (Parte Especial). Contratos – Compra e Venda, Locação, Empreitada*, ob. cit., p.86.

ou seja, a transmissão do comprador originário para quem lhe alienou o bem é um puro efeito da resolução da venda *a retro*. A reacquirição do bem pelo vendedor não depende da celebração de novo contrato de compra e venda em sentido inverso, com inversão de posições negociais, isto é, a venda de quem comprou a quem vendeu.

O titular do direito de resolução tem só de exercitá-lo com observância dos requisitos legais: exigências de forma e prazos máximos.

No tocante aos limites temporais legais máximos impostos, a compra e venda pode ser resolvida até dois ou cinco anos após a celebração do negócio, conforme tenha por objecto um bem móvel ou imóvel, manda o n.º 1 do artigo 929.º CC.

Convencionalmente, podem estipular-se prazos mais curtos, mas nunca prazos mais longos nem prorrogações que importem a ultrapassagem do prazo máximo legal e, se tal acontecer, “*a convenção considera-se reduzida a esse preciso limite*”, como determina o n.º 2 do artigo 929.º CC.

Tal opção legislativa justifica-se com a incerteza que uma cláusula *a retro* imprime na situação jurídica do adquirente e que a lei tutela por forma a que não se prolongue indefinidamente. Acresce que a eficácia *erga omnes* perturba o interesse de terceiros na aquisição do bem e, nessa medida, a própria liberdade de circulação de bens⁸⁹⁵.

Quanto aos requisitos de forma, o vendedor *a retro* resolve o contrato, comunicando a sua vontade ao comprador por notificação judicial avulsa e, se o bem que pretende (re)adquirir for um imóvel, a resolução tem de constar de escritura pública ou de documento particular autenticado, nos quinze dias seguintes à notificação, sob pena de o seu direito caducar, como determina o artigo 930.º CC.

Sem prejuízo, no silêncio das partes, a resolução não produzirá quaisquer efeitos se o vendedor *a retro* não apresentar ao comprador “*oferta real das importâncias líquidas que haja de pagar-lhe a título de reembolso do preço e das despesas com o contrato e outras acessórias*”, de acordo com a estatuição do artigo 931.º CC⁸⁹⁶.

A resolução da venda *a retro* apresenta certas especificidades em relação ao regime geral da resolução contratual (artigos 432.º e seguintes CC). De acordo com as regras gerais, os efeitos da resolução coincidem com os da nulidade ou anulabilidade (artigo 433.º CC), e, portanto, no

⁸⁹⁵ Como sustentam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *in Código Civil Anotado*, ob. cit., vol. II, p. 229.

⁸⁹⁶ Segundo a doutrina, incluem-se aqui, de igual modo, as despesas necessárias e as despesas úteis. Cfr. RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, op. cit., p. 656 e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos civis*, op. cit., p. 135. E em Itália, consular DOMENICO RUBINO, *La Compravendita*, ob. cit., p. 1053.

caso da resolução da compra e venda, o direito de propriedade é retransmitido ao alienante, em termos tais que sobre o adquirente impende a obrigação de entregar a coisa e, sobre o vendedor, entregar o preço (artigo 289.º CC).

Na venda *a retro*, segundo o entendimento doutrinário dominante, cada uma das partes pode conservar para si quer os frutos que a coisa tenha produzido (comprador) quer os juros do preço pago inicialmente pelo comprador (vendedor)⁸⁹⁷.

⁸⁹⁷ Aderindo a esta visão, cfr. ANGELO PELOSI, *Vendita con patto di riscatto*, op. cit., pp. 519-520, DOMENICO RUBINO, *La Compravendita*, op. cit., pp. 1055-1066. Entre nós, RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, op. cit., pp. 656-657, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos civis*, op. cit., p. 135 e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, ob. cit., p. 81.

Os doutrinadores, no entanto, reconhecem que *prima facie* a solução referida em texto não é a mais harmónica com os efeitos retroactivos da resolução da venda *a retro*.

RUBINO, por exemplo, afirma mesmo que “*do ponto de vista formal, é uma anomalia em relação ao princípio da resolução e também da dissolução retroactiva da relação jurídica*” – tradução nossa da citação original retirada da ob. cit. do Autor *La Compravendita*, p. 1055.

Esta orientação, assinala RAÚL VENTURA, apesar de tudo, é “*pacífica*” na doutrina e defende que na verdade, corresponde a uma solução equitativa e que em termos económicos, desta solução como que resulta uma compensação das vantagens obtidas pelos contraentes. Cfr. ob. cit. do Autor *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, p. 657 e, quanto a este último aspecto, DOMENICO RUBINO, *La compravendita*, ob. cit., p. 1056.

A solução apontada pela doutrina comporta desvios ou, pelo menos, restrições ao efeito retroactivo da resolução, entendendo-se que “*não estará normalmente no espírito dos contraentes a devolução do rendimento produzido «medio tempore» pelo objecto vendido e do juro do preço*”, como sublinha GALVÃO TELLES, *Contratos civis*, op. cit., p. 135.

Na opinião de BRANDÃO PROENÇA, tal solução apoia-se no entendimento de que como consequência do n.º 3 do artigo 289.º CC (aplicável *ex vi* do artigo 433.º CC) que remete para os artigos 1269.º e seguintes CC, a norma aplicável relativamente aos frutos naturais e civis “*produzidos (ou não produzidos) pelas coisas restituendas*” é o artigo 1270.º, n.º 1 CC. E, então, a solução da doutrina funda-se neste comando normativo que tutela o possuidor de boa fé, no que toca à restituição dos frutos, porque, *ex vi* da norma citada, este possuidor pode fazer seus os frutos “*até ao dia em que souber que está a lesar com a sua posse o direito de outrem*”. Cfr. posição do Autor vertida na sua ob. cit. *A resolução do contrato no direito civil*, pp. 408 e segs..

Em sequência, defende o Autor, na resolução convencional, as partes devem equiparar-se a “*possuidores de boa fé até ao momento em que a resolução venha a ser declarada ou haja citação para a acção (ou se verifique o fundamento resolutivo)*” e na resolução *ope legis* “*o respectivo titular só deverá ser considerado possuidor de má fé a partir do momento em que resolva o contrato (ou conheça a causa resolutive)*” e a contraparte “*até à «turbação» ou mesmo até (embora duvidosamente) à declaração (ou à citação para a acção) de resolução*”. Cfr. ob. cit. do Autor *A resolução do contrato no direito civil*, ob. cit., pp. 410-411.

Não podemos afirmar que a doutrina coincida, em absoluto na argumentação, mas o certo é que defende a solução predita quanto aos limites da resolução da venda *a retro*.

Assim, *verbi gratia*, para GALVÃO TELLES a aplicação dos efeitos plenos da retroactividade contrariaria a vontade das partes na venda *a retro* que a própria lei salvaguarda nos termos do n.º 1 do artigo 434.º CC. Cfr. posição do Autor na sua ob. cit. *Contratos civis*, p. 135.

RIBEIRO DE FARIA, por seu turno, entende que o mesmo resultado pode ser alcançado por via da integração, nos casos em que as partes nada estipulem quanto aos efeitos da resolução e se possa concluir que existe uma lacuna. Cfr. do Autor, *A natureza da indemnização no caso de resolução do contrato. Novamente a questão*, in Estudos em

Outro dos limites aos efeitos da resolução diz respeito aos terceiros. Em regra, nos termos do n.º 1 do artigo 435.º CC, os direitos adquiridos por terceiros não são afectados. Porém, de acordo com a disciplina específica da venda *a retro*, a cláusula *a retro* registada é oponível a terceiros, *ex vi* do artigo 932.º CC. Pelo que na prática, se o adquirente *a retro* transmitir o bem comprado para terceiro durante o prazo do exercício do direito de resolução e o vendedor tiver registado o seu direito, com a resolução, o objecto da compra e venda é readquirido pelo vendedor *a retro*, por força do exercício da sua prerrogativa de resolver o contrato, em prejuízo do terceiro subadquirente.

A função de garantia é uma das finalidades que a venda *a retro* se revela apta a realizar. Permite a alienação de um bem por parte de alguém que necessita de recursos financeiros imediatos, mas que não pretende subtrair definitivamente aquele activo do seu património. Possibilita a obtenção do capital desejado aliada à consagração a favor do devedor da possibilidade de desfazer a compra e venda mediante restituição do preço (capital mutuado), dentro de determinado período de tempo.

Para quem disponibiliza os recursos financeiros, a venda *a retro* afigura-se mais vantajosa do que o tradicional contrato de mútuo assegurado por garantia real. Nesta modalidade de compra e venda, tendo as partes em vista o escopo de garantia, o preço desempenhará a função de objecto do mútuo, o comprador-credor torna-se proprietário do *quid* da garantia do seu crédito e esta sua dupla posição jurídica (de credor e proprietário) manter-se-á durante o prazo de

comemoração dos cinco anos (1995-2000) da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 56.

Outra reflexão prende-se com a parte final do n.º 1 do artigo 434.º CC que determina a não retroactividade da resolução nos casos em que esse efeito contrarie “*a finalidade da resolução*”, considerando as especificidades da venda *a retro*.

Como sublinha MOTA PINTO, importa tomar em linha de conta que esta resolução configura a “*reintegração do «status quo ante»*”. Cfr. do Autor, *Cessão da posição contratual*, *op. cit.*, p. 419.

E, portanto, nas palavras de BRANDÃO PROENÇA, aqui a resolução representa o “*«regresso» (não necessariamente retroactivo) ao estado económico-jurídico anterior à frustração ou à alteração contratual e numa base, tanto quanto possível, igualitária entre ambas as partes*”.

Nestes termos, a solução preconizada atingir-se-ia por meio de uma retroactividade que não afectasse os proveitos económicos entretanto obtidos pelas partes durante o período em que o contrato de compra e venda vigorou.

Apesar de concordar com a solução alcançada que reputa “*equitativa*”, RAÚL VENTURA discorda desta via de argumentação fundada nas excepções enunciadas no artigo 434.º CC. Cfr. do Autor, *A resolução do contrato no direito civil*, *op. cit.*, pp. 655-657.

RIBEIRO DE FARIA, na ob. cit. *A natureza da indemnização no caso de resolução do contrato...*, em longa análise expedida a propósito da resolução contratual, refere os termos em que podem operar limitações ao princípio da retroactividade e partilha que “*pensar que a comparação ou recondução da resolução à nulidade e da vigência aí do princípio da retroactividade, como se exprime o nosso legislador, se compadece menos com a destruição do contrato que com a manutenção dele, tendo em vista as excepções que o nosso legislador assinala para as relações duradouras, para os efeitos em relação a terceiros, e as limitações que põe à resolução, nesse sentido tradicional, derivadas da própria vontade das partes, ou, muito importante, do fim da própria resolução*” – podemos ler na ob. cit. do Autor *A natureza da indemnização no caso de resolução do contrato...*, p. 61).

resolução do contrato, sendo que por banda do vendedor-devedor, o contrato apenas poderá ser resolvido se ele restituir o preço (quantia mutuada), estando essa faculdade limitada no tempo ao prazo máximo convencional ou legal. Se o vendedor *a retro* não puser termo ao contrato – normalmente por não (estar em condições de) exercer o direito de resolução – em tempo, o bem vendido ingressa, de modo definitivo, na esfera do comprador-mutuante, cessando, *sic*, a possibilidade de o vendedor-devedor o readquirir (automaticamente por via da resolução e respectiva restituição do *preço* recebido).

Daqui resulta a propensão da utilização da venda *a retro* com função de garantia e também como negócio usurário. O que explica que o Código de Seabra a proibisse e que a actual lei civil, admitindo-a, a regule com especiais cuidados⁸⁹⁸.

Neste sentido, o artigo 928.º CC fere de nulidade as cláusulas em que se estipule “*pagamento de dinheiro ao comprador ou de qualquer outra vantagem para este, como contrapartida da resolução*” (n.º 1) bem como “*quanto ao excesso, a cláusula que declare o vendedor obrigado a restituir, em caso de resolução, preço superior ao fixado para a venda*” (n.º 2).

Pergunta-se da possibilidade prática de a compra e venda se realizar por um preço significativamente inferior ao valor real do bem. E é inegável a hipótese de utilização desse subterfúgio, embora não se afigure como um problema privativo da venda *a retro*, mas dos negócios onerosos em geral e dos negócios translativos em particular, pelo que esses casos poderão ser sancionados com a faculdade de anulação, nos termos do artigo 282.º CC.

Alguma doutrina sublinha, no entanto, que apresentará contornos de normalidade a fixação de um preço inferior na venda *a retro* em relação àquele que o comprador pagaria numa compra e venda sem que o vendedor gozasse unilateralmente do direito de resolver o contrato. Nesta perspectiva, a prerrogativa atribuída ao alienante reflectir-se-á no abaixamento do valor que o adquirente está disposto a dar pelo bem em causa⁸⁹⁹.

Nestes termos, não vislumbram os doutrinadores impedimento algum a que a venda *a retro* seja utilizada com fim de garantia. Aliás, atendendo à tutela legal das partes – presente nas especificidades do seu regime –, na prática, será frequente que o comprador (credor-mutuante) e o vendedor (devedor-mutuário) *a retro* adoptem este tipo negocial de alienação, como instrumento (exactamente) de maior segurança do crédito.

⁸⁹⁸ Como afirma GALVÃO TELLES na exposição de motivos do projecto do Código Civil de 1966, relativamente aos contratos, “*O mal que se vê na venda «a retro» é de ela poder servir desígnios de usura*”. Cfr. ob. cit. do Autor *Contratos civis*, pp. 135-136.

⁸⁹⁹ Neste sentido, surgem as opiniões, por exemplo, de GALVÃO TELLES, em *Contratos Civis*, ob. cit., p. 136 com a qual parece concordar LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, em *A Cessão de Créditos em Garantia...*, op. cit., p. 236.

Por via da venda *a retro*, o adquirente, na qualidade de credor, consegue que o objecto da garantia ingresse, *ex contractu*, na sua esfera jurídica e o vendedor logra os recursos financeiros pretendidos, sendo que a vontade das partes se congrega no sentido de conformar o requisito de restituição do preço como condição para o alienante poder exercer o seu direito potestativo de resolução do contrato, em termos tais que sempre que o preço corresponder ao objecto do mútuo, a retransmissão da propriedade surge como consequência da extinção da garantia do credor (comprador) e do cumprimento da obrigação que o devedor-vendedor *a retro* tem perante o credor-comprador.

O fortalecimento da posição do vendedor *a retro* como devedor decorre da natureza potestativa do seu exclusivo direito de resolução do contrato de compra e venda.

Com efeito, apesar de transferir para o comprador-credor um bem seu que na verdade não quer alienar, pelo menos não em termos definitivos, como contrapartida da obtenção de crédito, a natureza do direito que a cláusula *a retro* lhe confere garante-lhe a reaquisição da propriedade sem necessidade de colaboração do comprador – bastando a comunicação da resolução à contraparte e a restituição do preço recebido.

Mais, se estiver em causa coisa imóvel ou móvel sujeita a registo, a inscrição da cláusula *a retro* no registo garante-lhe até a eficácia da resolução perante terceiros, nos termos do artigo 932.º CC. *Sic*, a posição do vendedor *a retro*-devedor é mais amparada pela lei por via do regime desta modalidade de compra e venda do que por exemplo numa simples alienação em garantia ou numa compra e venda com *pactum de retrovendendo*.

Por banda do comprador que empresta dinheiro ao alienante, sob a forma de preço pago pelo bem vendido, uma vez que o artigo 928.º CC proíbe, ferindo de nulidade, acordos em que se estipule que será devida a este pelo vendedor *a retro*, se exercer o direito de resolução, uma quantia superior à auferida com a venda, pergunta-se qual a vantagem económica que o adquirente-credor retira da celebração da venda *a retro*.

A resposta emerge da posição doutrinal referida quanto às limitações da retroactividade da resolução na venda *a retro*.

Como vimos, é pacífico o entendimento segundo o qual as partes não terão de restituir os frutos percebidos durante a vigência do contrato. O adquirente não terá de devolver os frutos que o bem comprado tenha produzido e o alienante não terá de restituir os juros do preço recebido.

Neste sentido, a vantagem do comprador, isto é, a remuneração do credor, situar-se-á nos frutos que a coisa lhe proporcionar enquanto o vendedor não resolver o contrato. Pelo que se considera admissível a fixação de um termo inicial para o vendedor poder exercer o seu direito de resolução. Para que o comprador possa gozar a coisa adquirida com certa estabilidade (sem o risco de abruptamente o vendedor pôr termo ao contrato). Para além do prazo convencional

ou legal máximo, as partes poderão estipular um período mínimo (termo inicial) em que o vendedor *a retro* não possa extinguir o contrato de compra e venda⁹⁰⁰⁻⁹⁰¹.

Na prática, uma das possibilidades é, desde logo, o comprador *a retro* dar em locação a coisa que adquiriu ao próprio vendedor. E, assim, a remuneração do capital mutuado ao alienante através do preço pago pela compra decorre directamente da locação do bem adquirido *a retro*⁹⁰²⁻⁹⁰³.

Pergunta-se outrossim pela filiação da venda *a retro* nos ditos negócios fiduciários, sempre que as partes persigam com ela um fim de garantia.

Na verdade, quando comprador e vendedor celebram uma venda *a retro* para, dessa forma, firmarem um crédito e respectiva garantia, a estrutura negocial é muito próxima de um negócio translativo da propriedade com o mesmo fim, isto é, formalmente baseado na transmissão de um direito real que o transmitente visa readquirir.

⁹⁰⁰ Neste sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, ob. cit., p. 229, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de Créditos em Garantia...*, op. cit., pp. 236-237.

⁹⁰¹ Não admitindo esta possibilidade, RAÚL VENTURA afirma que a venda *a retro* “*Olhada, porém, do lado do comprador a operação não tem atractivos*”. Cfr. do Autor, *A resolução do contrato no direito civil*, op. cit., p. 644.

⁹⁰² Neste sentido, consultar a posição da doutrina italiana com LUMINOSO em *I contratti tipici e atipici*, in «*Tratatto di diritto privato*», Giuffrè, 1995, p. 422.

⁹⁰³ Nesta hipótese, a aproximação ao esquema negocial do *sale and lease-back* é manifesta. Sendo certo que a doutrina, admitindo esta possibilidade, aponta os elementos que estruturalmente e em termos de resultado económico afastam as duas figuras.

Assim, assinala-se que na locação financeira de retorno, apesar de o bem que o locatário vendeu ao locador ir sendo pago também com o valor da renda, o certo é que neste negócio no cálculo do valor da renda incluem-se já os juros do financiamento, ao que acresce a existência, a final, da obrigação de o locatário pagar o denominado *preço residual* se pretender comprar o bem locado (artigo 10.º, n.º 2, alínea f) do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho). No *lease-back*, o *quantum* de renda não representa, portanto, a contrapartida do gozo da coisa, mas sim o valor parcelar do montante emprestado pelo locador ao locatário, correspondente ao período da vigência do contrato de locação.

Na venda *a retro* em que o objecto vendido seja, em sequência, dado em locação ao vendedor, a situação configura uma hipótese jurídica diversa. Por um lado, o valor *mutuado* (preço da compra e venda) é restituído somente no final do contrato quando e se o vendedor exercer o direito de resolução. Por outro lado, se o comprador *a retro* assumir a posição de locador do seu vendedor, o negócio enquadrar-se-á num normal contrato de locação, com as obrigações que daí decorrem para o locador e não uma locação com as especificidades do *sale and lease-back*. Desde logo, *verbi gratia*, o risco de perda e perecimento da coisa correrão por conta do locador-comprador *a retro*, nos termos do artigo 796.º, n.º 3 CC, ao contrário do que a lei estipula para a locação financeira, em que este risco corre por conta do locatário (artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho).

Quanto à reaquisição do bem alienado, na venda *a retro*, a retransmissão decorre directa e automaticamente do exercício do direito de resolução potestativo do vendedor, enquanto na locação financeira restitutiva, para o locatário poder reaver o bem, tem de pagar ao locador o preço fixado contratualmente (vulgo *preço residual*, como vimos já) – artigos 1.º, *in fine*, e 10.º, n.º 2.º, alínea f) do Decreto-Lei citado – e é necessário celebrar novo contrato de compra e venda em sentido inverso ao inicial.

Pelas diferenças apontadas, sublinha a doutrina que o esquema negocial do *sale and lease-back* e a venda *a retro* seguida de locação do bem vendido pelo comprador ao vendedor durante a vigência do contrato representam actos negociais distintos, com regimes dissemelhantes quer nas estruturas jurídicas formais que envolvem e solicitam quer no resultado económico que as partes perseguem.

Sem prejuízo, sempre se dirá que o mecanismo de funcionamento da venda *a retro* não coincide com a estrutura de um *negócio de confiança*, porque a retransmissão opera *sic et simpliciter* em resultado da resolução do contrato. O vendedor *a retro* não titula um mero direito de crédito a recomprar o bem que alienou, mas verdadeiramente um direito exclusivo de unilateralmente pôr termo ao contrato e readquirir a propriedade do bem, *ipso facto*, sem necessidade de colaboração da outra parte. Já nas vendas fiduciárias em garantia, para além de ao transmitente-fiduciante assistir uma simples faculdade com eficácia obrigacional, a reaquisição do bem exige sempre a celebração de novo negócio translativo do fiduciante para si.

Outra nota importante da venda *a retro* é não configurar, em princípio, um negócio *intuitu personae*, pelo que direitos e obrigações do adquirente serão transmissíveis *inter vivos* e *mortis causa*.

3.2 Figuras afins

3.2.1 Pacto *de retrovendendo*

Estaremos diante de um pacto *de retrovendendo* quando num contrato de compra e venda houver uma cláusula contendo a promessa do comprador de revender o objecto do negócio ao alienante. Por outras palavras, “o comprador assume a obrigação pessoal de revender a coisa comprada logo que o originário vendedor lho reclame, e êste a obrigação pessoal de a recomprar”⁹⁰⁴.

Na venda *a retro*, o comprador adquire a propriedade do bem comprado em definitivo apenas se o vendedor não exercer a sua opção de resolução: elemento distintivo do *pactum de retrovendendo* que configura compra e venda definitiva e perfeita.

Na venda *a retro*, a compra inicial não é perfeita, não é definitiva quanto aos efeitos translativos. O pacto *de retrovendendo* só insere no contrato de compra e venda (inicial e perfeito) uma cláusula compromissória de que será celebrado novo contrato de compra e venda entre as mesmas partes, (só que) em sentido contrário, isto é, o comprador inicial promete alienar e o vendedor originário promete adquirir.

A descrita diferença justifica que na venda *a retro* o vendedor se limite a restituir ao comprador o preço que recebeu (artigo 931.º CC) e que nos quadros do pacto *de retrovendendo* o alienante inicial pague o novo preço que as partes convencionarem⁹⁰⁵.

⁹⁰⁴ Parafrazeando CUNHA GONÇALVES, como podemos ler em *Da Compra e Venda no Direito Comercial Português*, ob. cit., p. 351, *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, Vol. III, op. cit., p. 392 e *Dos Contratos em Especial*, Edições Ática, Lisboa, 1953, p. 267.

⁹⁰⁵ Como afirma CUNHA GONÇALVES, em *Da Compra e Venda no Direito Comercial Português*, ob. cit., pp. 351-352, no pacto *de retrovendendo*, “o vendedor não se limita a restituir o preço, mas é obrigado a pagar o

Por outro lado, na venda *a retro*, o vendedor não se obriga a recomprar o bem alienado, como na compra e venda com *pactum de retrovendendo*. Na venda *a retro*, o alienante adquire, sim, por força da convenção com o comprador, o direito de resolução do contrato de compra e venda, por decisão unilateral de vontade sua de readquirir a propriedade do bem que inicialmente vendeu ao comprador, sem (ter de) celebrar novo contrato.

Por outro lado, a doutrina qualifica o pacto de retrovenda como tendo natureza meramente obrigacional, reconduzindo-o, aliás, à figura do contrato-promessa acessório de um contrato de alienação⁹⁰⁶⁻⁹⁰⁷.

Outro aspecto que claramente distancia a venda *a retro* do pacto de retrovenda é que neste último, o direito de reacquirição da propriedade é um simples direito de crédito e, por conseguinte, a retransmissão (reacquirição) da propriedade fica sempre na dependência da declaração negocial do primitivo comprador, não podendo impor-lhe o vendedor inicial inelutavelmente a sua vontade de readquirir o bem que lhe vendeu, porque não titula um direito potestativo à reacquirição do bem como o vendedor *a retro*. Quanto à eficácia deste pacto, ele só opera para futuro, pelo que também aqui se afasta da eficácia *ex tunc* da venda *a retro*.

O pacto de *retrovendendo* é frequentemente funcionalizado como negócio fiduciário, quando associado a um contrato-promessa. O adquirente que promete vender de novo à pessoa de quem adquiriu o bem assume-se, assim, como verdadeiro proprietário fiduciário do objecto do contrato de compra e venda⁹⁰⁸.

3.2.2 *Pactum displicentiae*

O *pactum displicentiae* designa cláusula inserta nos contratos de compra e venda que confere ao adquirente a prerrogativa de resolução contratual se o objecto do negócio não se revelar do

novo preço que se ajustar ou que a coisa valer no momento da recompra".

⁹⁰⁶ Neste sentido, consultar DOMENICO RUBINO, *La compravendita, op. cit.*, p. 1028, MASSIMO BIANCA, *Vendita (diritto vigente)*, ob. cit., p. 622 e RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, ob. cit., p. 660.

⁹⁰⁷ Para GALVÃO TELLES, o pacto *de retrovendendo* pode ser visto como uma *revenda* entre as mesmas partes contratuais da compra e venda inicial, celebrada em simultâneo com a venda, constituindo a "*segunda venda (...) simples proposta sujeita à aceitação*" da contraparte e pode ainda perspectivar-se "*como venda completa, subordinada à condição suspensiva da sua concordância ulterior*". Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos civis, op. cit.*, p. 134.

⁹⁰⁸ A doutrina portuguesa divide-se no que respeita à natureza jurídica da venda *a retro*. Em sentidos divergentes, vide RAÚL VENTURA *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro, op. cit.*, pp. 646 e segs. e J. C. BRANDÃO PROENÇA, *A resolução do contrato no direito civil*, ob. cit., pp. 317 e 318.

seu agrado ou a faculdade de o comprador remeter para um momento posterior à celebração do contrato a verificação do bem⁹⁰⁹.

O elemento decisivo na distinção entre venda *a retro* e *pactum displicentiae* é o sujeito contratual a quem convencionalmente se atribui o direito de resolução da compra e venda: no primeiro caso, o alienante; no segundo, o adquirente.

Ressaltam também algumas similitudes entre *pactum displicentiae* e venda a contento regulada pelo Código Civil, nos artigos 923.º e 926.º, embora dogmaticamente esta posição não seja pacífica. ROMANO MARTINEZ, por exemplo, discorda, defendendo que a cláusula *ad gustum*, a disposição característica da venda a contento, não coincide com a figura do *pactum displicentiae*⁹¹⁰, qualificando-a de condição imprópria, porque potestativa, de verificação dependente só da vontade do adquirente. Já MENEZES LEITÃO não considera a venda a contento um negócio condicional, pois, para tal, sustenta, a lei teria de subordinar o negócio a uma condição⁹¹¹.

3.2.3 Cláusula de reserva de propriedade

A aposição de cláusula de reserva de propriedade em contrato de compra e venda tem por efeito a manutenção da propriedade do bem vendido na esfera do alienante até ao pagamento integral do preço⁹¹².

Prevista pelo artigo 409.º CC, a cláusula de reserva de propriedade, na prática é frequentemente utilizada nos contratos de compra e venda com pagamento prestacional do preço e desempenha uma função de garantia para o vendedor, porque lhe permite reaver o bem se o comprador não pagar e por lhe permitir permanecer titular do direito de propriedade do bem até que o preço convencionalmente seja totalmente pago.

⁹⁰⁹ O *pactum displicentiae* nasceu no Direito Romano, ensina EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, em *O Direito das Obrigações em Roma (III Parte)*, in «Revista Jurídica», n.º 21, AAFDL, 1997, p. 153. Cfr. também PIERO RASI, *Il Patto di riscatto nella Compravendita*, Jovene Editore, Napoli, 1959, pp. 41-43.

⁹¹⁰ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações...*, *op. cit.*, p. 75-76.

⁹¹¹ Para mais desenvolvimentos sobre a venda a contento, *vide* MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...*, volume III, *ob. cit.*, pp. 83-87.

⁹¹² Para mais desenvolvimentos, consultar LUÍS LIMA PINHEIRO, *A Cláusula de Reserva de Propriedade. Algumas Reflexões...*, *op. cit.*, M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 265 e segs., PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações...*, *op. cit.*, pp. 36 e segs. e 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*, in «Revista da Ordem dos Advogados», ano 43, tomo III, Dezembro, Lisboa, 1983, pp. 604 e segs..

Diversamente, na venda *a retro*, a compra e venda opera todos os seus efeitos (o mais importante dos quais, o efeito translativo da propriedade), atribuindo simplesmente os contraentes, por força da cláusula *a retro*, ao vendedor, o direito de resolver o contrato, *motu proprio*, dentro de certo prazo e sem justa causa.

Na compra e venda com cláusula de reserva de propriedade, o efeito translativo da propriedade do objecto do contrato não se produz. O bem vendido transfere-se para a esfera jurídica do comprador só quando (e se) ele pagar a totalidade do preço.

3.3 Origem e evolução

A venda *a retro* remonta ao Direito Romano, altura em que era admitida, tendo, todavia, suscitado sempre muitas discussões entre os pensadores do Direito.

Na Idade Média, existia divisão opinativa entre os que descortinavam na figura uma “*forma de conservar os bens nas famílias*” e os seus opositores que criam ser um “*instrumento susceptível de satisfazer fins usurários*”⁹¹³.

Durante o período medieval, a venda *a retro* foi utilizada para finalidade próxima da hipoteca. O “*proprietário que precisasse de dinheiro vendia «a retro» a sua propriedade, com a esperança de conseguir dentro do prazo convencionado capitais suficientes para reaver, pelo preço vendido, o seu prédio*”⁹¹⁴.

Para dissuadir a sua utilização usurária, as Ordenações Filipinas previam duras penalidades para quem celebrasse uma venda *a retro* como contrato dissimulado⁹¹⁵.

Na era moderna, o debate ideológico prolongou-se, sem embargo de ter sido aceite pela maior parte das leis civis a validade da venda *a retro*⁹¹⁶.

Em sentido oposto, o nosso Código Civil de 1867 não admitia a compra e venda em tais moldes⁹¹⁷. O Código de Seabra dedicava três artigos à venda *a retro*: o artigo 1586.º definia-a

⁹¹³ Como podemos ler mais largamente em INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos Civis. Exposição de motivos*, ob. cit., p. 168.

⁹¹⁴ Ensina ANTUNES VARELA na sua ob. cit. *Noções Fundamentais de Direito Civil*, Lições do Prof. Dr. Pires de Lima, p. 486. E mais explica que “*Se dentro do prazo convencionado, o vendedor entregasse o capital recebido (o preço), reavia a coisa; se o não entregasse, consolidava-se a propriedade nas mãos do comprador*”.

⁹¹⁵ Cfr. Título IV do Livro IV das Ordenações Filipinas.

⁹¹⁶ Consultar INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos Civis...*, op. cit., p. 168.

⁹¹⁷ Não foi pacífica na doutrina portuguesa esta opção legislativa, como relata BELEZA DOS SANTOS em *A Simulação em Direito Civil*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1921, p. 125. A proscricção da venda *a retro* nos três primeiros projectos de Código Civil (no seio dos trabalhos preparatórios daquele que viria a ser o Código Civil português de 1867) estava proposta apenas para a venda de bens móveis, sendo que, no projecto final que veio a ser aprovado se vedou em absoluto a celebração deste tipo de contrato de compra e venda.

como “a venda que é feita com cláusula ou condição, de que o vendedor poderá desfazer o contrato, e recobrar a coisa vendida, restituindo o preço recebido”; no artigo 1587.º, vedava-se a sua celebração com efeitos *ex nunc* e o artigo 1588.º, norma transitória, fixava o prazo máximo de quatro anos, contado a partir da promulgação do Código Civil de 1867, para o alienante poder resolver a venda *a retro*, em relação aos contratos sem prazo e aos celebrados anteriormente à data em que o Código de Seabra havia sido promulgado.

DIAS FERREIRA explicava a proibição da venda *a retro* com razões de segurança do comércio jurídico e com a condenação da usura e negócios usurários como princípio enformador do sistema jurídico português. No primeiro motivo, um fundamento relacionado com o prejuízo resultante para o normal curso do comércio e demais negócios, como decorrência da incerteza quanto ao titular definitivo do direito de propriedade. Sob o ponto de vista da coerência sistemática do nosso ordenamento jurídico, sendo a usura punida civil e penalmente, entendia-se não poder o Código Civil deixar de proscrever também uma figura contratual que em regra dissimulava negócios usurários.

Segundo o pensamento doutrinário então dominante, a venda *a retro* sob a capa de legalidade, escondia “em regra *contractos usurários*”, porquanto “o vendedor deixava ir a coisa por baixo preço, na esperança de a reaver o que raras vezes acontecia por não bastar, além do mais, para remir pagar unicamente o preço recebido [mas ainda] *as despesas do contracto*” ou pelo “*intuito de impossibilitar ou dificultar a remissão, podia até convencionar-se, para o efeito da remissão preço maior que o recebido efectivamente no momento da venda*”⁹¹⁸.

Não isenta de críticas, esta opção legislativa foi alvo de duras palavras por parte de Autores como CUNHA GONÇALVES para quem proibir a venda *a retro* era impedir o recurso a um instrumento jurídico que podia revelar-se um hábil facilitador da circulação económica, podendo apenas justificar-se a opção do Código de Seabra como “*uma lamentável estreiteza de vistas*” que conduziu o legislador português a afastar-se das posições do legislador “*das nações mais avançadas*” e da “*doutrina moderna*” que desconstruiu “*triunfantemente os pueris argumentos*” do sancionamento da venda *a retro*, conduzindo a que “*a venda a retro fosse admitida e regulada no Código Civil alemão, artigos 497.º e seguintes, e no recente Código Civil brasileiro, artigos 1140.º e seguintes*”⁹¹⁹.

Mais tarde, nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, VAZ SERRA, cultor da posição do código oitocentista, defende a manutenção da proibição e às razões aduzidas pelo

⁹¹⁸ Cf. JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Anotado*, vol. III, 2.ª edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1898, p. 186.

⁹¹⁹ Cf. CUNHA GONÇALVES, *Da Compra e Venda...*, ob. cit., p. 476.

legislador do século XIX junta que a venda *a retro* deve ser vedada, porque “*pode, por meio de uma venda dessa espécie, obter-se o resultado prático de um penhor ou hipoteca com pacto comissório*”⁹²⁰.

Divergindo, GALVÃO TELLES reputa opção melhor a admissibilidade da venda *a retro*, por ensejar a formalização de “*interesses sérios e legítimos, como o daquele que, precisando de dinheiro, não queira todavia recorrer ao crédito, para não sentir o peso dos encargos, e não queira também despojar-se definitivamente dos bens, conservando a esperança e o direito de os recuperar*”. Mas o Autor também reconhece que a venda *a retro* pode ser, na verdade, “*um empréstimo pignoratício ou hipotecário com pacto comissório, em que o preço funcionará como capital mutuado, a coisa vendida como objecto da garantia, e a transmissão da propriedade como cláusula comissória, que em caso de não restituição do capital, pelo resgate, permitirá ao mutuante (comprador) reter como seu o objecto, sem avaliação*”⁹²¹.

3.3.1 A venda *a retro* no Código Civil de 1966

Abandonando a posição do Código de Seabra e retomando a tradição das Ordenações Filipinas, o Código Civil de 1966 veio a admitir e regular a modalidade de compra e venda denominada *venda a retro* nos artigos 927.º a 933.⁹²². No artigo 927.º CC podemos ler “*Diz-se «a retro» a venda em que se reconhece ao vendedor a faculdade de resolver o contrato*” – norma que mantém inalterada a redacção originária.

Quanto à forma da resolução contratual, manda o artigo 930.º CC que seja efectuada por notificação judicial ao adquirente e, se o objecto da compra e venda for um bem imóvel, a resolução terá de ser reduzida a escrito (*escritura pública ou documento particular autenticado*) no prazo de quinze dias.

Desde que a compra e venda tenha por objecto um imóvel ou móvel sujeito a registo, registando-se a cláusula *a retro*, atribui-se eficácia perante terceiros à venda *a retro* (artigo 932.º CC)⁹²³.

⁹²⁰ Como podemos ler em VAZ SERRA, *Penhor*, BMJ, n.º 58, *op. cit.*, p. 220.

⁹²¹ Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos Cíveis...*, *ob. cit.*, pp. 168-169.

⁹²² Para uma leitura mais aprofundada acerca da figura da venda *a retro*, vide PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II *op. cit.*, pp. 22 e segs. e PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações...*, *op. cit.*, pp. 82 e segs. e nota 892.

⁹²³ Nestes casos de cláusula *a retro* com eficácia *erga omnes*, ensinam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, no seu *Código Civil Anotado*, *ob. cit.*, vol. II, p. 225 que ainda que a coisa tenha sido, entretanto, vendida novamente, a resolução deve comunicar-se (por notificação judicial) ao comprador.

A *contrario sensu*, nos contratos de compra e venda de um bem móvel não sujeito a registo, a cláusula *a retro* é inoponível a terceiros, o que pode desfavorecer os interesses do vendedor.

Nestes casos, na verdade, atento o disposto no n.º 1 do artigo 435.º CC, se o comprador alienar o bem a terceiro antes de o vendedor exercer o direito de resolução contratual, este perderá o direito de reaver a coisa vendida⁹²⁴.

Em resposta às críticas da parte da doutrina que advogava a incerteza jurídica como um dos argumentos para se não admitir a venda *a retro*, o Código Civil de 1966 veio fixar prazos legais máximos para o exercício do direito de resolução.

Assim, por forma a não se eternizar a incerteza quanto à titularidade do direito de propriedade, o n.º 1 do artigo 929.º CC estabelece o horizonte temporal de dois ou cinco anos para o vendedor poder resolver o contrato de compra e venda com cláusula *a retro*, consoante a coisa alienada seja, respectivamente, um bem móvel ou imóvel e sem prejuízo da estipulação convencional de prazo mais curto.

Mais determina o n.º 2 do mesmo preceito que um prazo ou prorrogação de prazo convencionalmente mais longo do que os máximos preditos é, *ope legis*, reduzido aos limites legais.

Apesar de o citado artigo 929.º CC constituir uma norma imperativa⁹²⁵, entende a melhor doutrina que os seus comandos não vedam às partes a possibilidade de acordarem um termo inicial, isto é, a possibilidade de convencionarem que o direito de resolução só pode ser exercido depois de decorrido determinado prazo, uma vez que o preceito em causa só fixa prazo máximo e nada diz quanto a termo inicial⁹²⁶⁻⁹²⁷.

E na verdade, nada vemos no artigo 929.º CC que impeça o comprador e o vendedor, no âmbito de uma venda *a retro*, de fixarem *dies a quo* para o alienante poder resolver ao negócio.

Resolvida a venda *a retro*, ao alienante cumpre a devolução do preço e ao comprador a entrega da coisa adquirida, porque aqui os efeitos da resolução são os efeitos gerais da resolução contratual (artigos 432º e seguintes, CC), *id est*, equivalem aos efeitos da nulidade ou anulabilidade do contrato (artigo 433.ºCC).

⁹²⁴ Como afirmam ROMANO MARTINEZ/FUZETA DA PONTE *in Garantias de Cumprimento*, ob. cit., p. 246, “é um risco acrescido com o qual o alienante terá de contar”.

⁹²⁵ Cfr. MANUEL BAPTISTA LOPES, *Do Contrato de Compra e Venda*, Almedina, Coimbra, 1971, p. 208.

⁹²⁶ Neste sentido, *vide* PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, op. cit., vol. II, p. 229 e PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, op. cit., p. 245.

⁹²⁷ Nas palavras de PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, “Nada impede que se estabeleça um prazo mínimo antes do decurso do qual não pode ser exercida a resolução, como forma de assegurar direitos do comprador, tais como o do uso proveitoso da coisa” – cfr. ob. cit. dos Autores *Garantias de Cumprimento*, p. 245.

Quid iuris se o vendedor, por razões não imputáveis ao comprador, não puder devolver o preço? Não poderá, nos termos gerais, exercer o direito de resolução do contrato (*ex vi* do n.º 2 do artigo 432.º CC).

Do prisma do amparo do vendedor contra potenciais exigências abusivas do comprador seu credor, a lei fere de nulidade o acordo de atribuição de compensação pecuniária ou outra vantagem ao adquirente, no caso de o vendedor resolver o contrato (artigo 928.º, n.º 1, CC) bem como sanciona, de igual modo, qualquer cláusula em cujos termos o alienante se obrigue a restituir ao comprador quantia superior ao preço por si recebido (n.º 2 do mesmo artigo 928.º), na hipótese de exercer o direito de resolução⁹²⁸.

À luz do Código Civil vigente, a venda *a retro* é, *sic*, perfeitamente válida, sendo que o legislador não deixou de ter presente o perigo de utilização prática da figura como instrumento para contornar a proibição de pacto comissório; daí o impedimento das referidas cláusulas (artigo 928.º CC).

3.4 Venda *a retro* e pacto comissório

Autores há que vislumbram demasiados pontos de contacto entre venda *a retro* e pacto comissório. RASI, por exemplo, diz mesmo serem faces de uma mesma moeda⁹²⁹. Mas não é posição a que a maior parte da doutrina reconheça consistência bastante para subscrever, nem tão-só simbólica ou metaforicamente.

Admitindo-se embora que a venda *a retro* seja frequentemente utilizada com a finalidade de garantia, o momento em que ocorre a transmissão da propriedade diferencia-a, desde logo, decisivamente do pacto comissório.

Por esta razão, como vimos, o Código de Seabra não permitia celebração de contratos de compra e venda com cláusulas *a retro*. E na preparação do Código Civil de 1966, VAZ SERRA defendeu a manutenção da opção legislativa pretérita, por considerar que na venda *a retro* “*frequentes vezes o preço representa o papel de um mútuo, o seu pagamento só deve fazer-se na data que seria a da restituição do mútuo e a quantia a restituir é aumentada com os juros do mútuo se os houver*”⁹³⁰.

⁹²⁸ Sendo certo que na opinião de ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, *op. cit.*, p. 245, a proibição do artigo 928.º CC em “*nada obsta a que o vendedor fique obrigado a restituir o preço acrescido de juros compensatórios*”.

⁹²⁹ Cfr. PIERO RASI, *Il Patto di Riscatto...*, *op. cit.*, p. 41.

⁹³⁰ *Vide* VAZ SERRA, *Penhor*, BMJ, n.º 58, *ob. cit.*, p. 219.

E tem de reconhecer-se que do ponto de vista da prática negocial, esta figura é propícia a que os sujeitos a utilizem para alcançar o resultado de um pacto comissório. Aliás, mais onerosamente até para o devedor, num certo sentido, uma vez que a venda *a retro* opera a transferência imediata da propriedade, por mero efeito do contrato (artigo 879.º, alínea a), CC), e não apenas no momento do incumprimento da obrigação.

Nos termos de um pacto comissório, por definição, a propriedade do bem dado em garantia ingressa na esfera do credor só após o incumprimento da obrigação, o que significa que o efeito translativo do negócio jurídico é condicional, depende da verificação da condição suspensiva da não realização da prestação que impende sobre o devedor.

Pelo contrário, na venda *a retro*, o comprador (credor) adquire imediata e automaticamente a propriedade do bem, *ex contractu*, ficando a aquisição (definitiva) dependente da verificação de uma condição resolutiva: o exercício do direito de resolução do contrato que a cláusula *a retro* atribui ao vendedor (devedor). O elemento negocial que se assinala como privativo desta modalidade de compra e venda é este direito de resolução que assiste unilateralmente ao vendedor e que ele pode exercer dentro de determinado prazo e de modo livre, ou seja, independentemente de qualquer causa justificativa.

Pergunta-se se a proibição do pacto comissório deve circunscrever-se às situações em que o fim de garantia é desvirtuado directamente pelas partes ao convencionarem acordos de natureza comissória que tenham por objecto os bens dados em penhor, hipoteca ou outra garantia real ou se também deve aplicar-se aos negócios que revestem diversa natureza formal e com diverso resultado típico, mas que mediamente servem o propósito de incremento patrimonial na esfera do credor como forma de assegurar o crédito.

Formalmente, é de acolher a posição doutrinária segundo a qual inexistente sobreposição entre os elementos caracterizadores da venda *a retro* e os do pacto comissório. Depõe a seu favor, para além das preditas razões de dissemelhança formal e de efeitos jurídicos, um argumento histórico que se prende com a consagração, no Código Civil oitocentista, de normas específicas para o pacto comissório e para a venda *a retro* – proibindo ambas. Se a proibição do pacto comissório abarcasse a venda *a retro*, o legislador não teria sentido necessidade de criar normas próprias para a sancionar esta última.

Problema diverso da questão puramente conceptual é o que levanta VAZ SERRA, remetendo para a prática negocial, para as *frequentes vezes*⁹³¹ em que sob a aparência de venda *a retro*, as partes pretendam celebrar um mútuo com garantia real e em fraude à proibição de pacto comissório.

⁹³¹ Cfr. nota anterior.

Doutrina e jurisprudência italianas, entre avanços e recuos, pronunciam-se hoje predominantemente no sentido de aplicar os comandos da proibição do pacto comissório a todas as situações de violação do resultado desta figura que a lei pretende arredar do comércio jurídico⁹³².

Seguindo a proposta de GALVÃO TELLES para o regime do contrato de compra e venda⁹³³, a nossa lei civil admitiu(e) a venda *a retro*, quer pela consideração da clara diferença estrutural entre ela e o pacto comissório quer pela consideração de o efeito jurídico que a proibição do pacto visa repelir poder ser alcançado por *outros meios indirectos*, como sublinha o próprio Professor VAZ SERRA⁹³⁴.

Pacificamente se afigura o desvalor da venda *a retro* funcionalizada com o fim de um pacto comissório, continuando em aberto o enquadramento dogmático da sanção: o negócio deve reputar-se inválido, considerando que lhe é extensível o âmbito de aplicação do artigo 694.º CC ou por *fraus legis*?⁹³⁵.

Uma vez mais, convocamos a posição de VAZ SERRA pelo relevo, não só dos argumentos teleológicos e axiológicos em que funda o seu pensamento relativamente à proibição do pacto comissório, mas também pela riqueza da sua proposta de método interpretativo de apelo à racionalidade prática – no alcance valorativo da realização da sua *ratio* – para que seja dotado de uma intenção axiológica normativa própria e de um sentido de afirmação ajustado em concreto.

O ilustre doutrinador, exactamente por entender ser, na prática, fácilimo travestir um pacto comissório de venda *a retro*, defendia que a lei deveria sancionar esta modalidade de venda,

⁹³² Para mais desenvolvimentos, cfr. DOMENICO RUBINO/GIUSEPPE PAOLO GAETANO, *La responsabilità patrimoniale – Il pegno* (DOMENICO RUBINO). *I privilegi* (GIUSEPPE PAOLO GAETANO), Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1949.

⁹³³ Consultar INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos Civis*, Sep. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, vols. IX-X, 1953-1954, pp. 27 e segs..

⁹³⁴ Como podemos ler em VAZ SERRA, *Penhor*, BMJ, n.º 58, ob. cit., p. 220, em que o Autor conclui a exposição da sua posição acerca dos perigos da venda *a retro*, dizendo que “O nosso Código [Código de Seabra então ainda em vigor] proíbe a venda «a retro», mas, se ela vier a ser autorizada, pode, por meio de uma venda dessa espécie, obter-se o resultado prático de um penhor ou hipoteca com pacto comissório, como pode conseguir-se esse resultado por outros meios indirectos”.

⁹³⁵ É extensa a doutrina acerca da possibilidade de utilização da venda *a retro* para defraudar o impedimento legal de pacto comissório. Cfr., entre nós, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações...*, ob. cit., p. 84, PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, op. cit., pp. 244-245 e RAÚL VENTURA, *Contrato de compra e venda no Código Civil*, ob. cit., p. 644. Na doutrina espanhola, vide INMACULADA VIVAS TÉSON, *La Compraventa con Pacto de Retro en el Código Civil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 133 e RÁMON DURÁN RIVACONA, *La Propiedad en Garantía...*, op. cit., pp. 181 e segs.. Nos doutrinadores italianos, consultar MIMMA MORETTI, *La venditta con patto di riscatto*, in «La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata», ano III, n.º 4, Luglio-Agosto, Cedam, Padova, 1987, pp. 315 e segs..

expressa e autonomamente, e em adição à proibição do pacto comissório⁹³⁶, como no Código de Seabra.

Muitas vezes, a dificuldade residirá na prova da intenção fraudatória ou da simulação. Nessa medida, correspondendo a vontade real das partes à vontade declarada, a compra e venda com cláusula *a retro* será válida, porque expressamente admitida e regulada na nossa lei civil.

Proclamamos que a proibição do pacto comissório não engloba a venda *a retro*, pelo que apenas se devem reputar inválidos os negócios que, sob a sua aparência e *nomen iuris*, intentem, mediata e fraudulentamente, obter o resultado prático vedado pela sanção daquele pacto.

Contudo, na prática, será difícil, em muitas situações, reitera-se, saber qual a funcionalidade que os sujeitos pretendem retirar da venda *a retro* e, não estando o fim de garantia vedado na previsão legal da figura, não existe também um mecanismo que controle ou previna especificamente a prossecução, por intermédio da venda *a retro*, do efeito jurídico que o artigo 694.º CC repele.

Dir-se-á que a venda *a retro* é, a um tempo, de licitude inquestionável e de uma impressionante facilidade para ser operacionalizada como pacto comissório, pelo que do ponto de vista da interpretação teleológica do regime da venda *a retro*, são catalisadoras as coordenadas emersas do pensamento que aponta semelhanças entre o pacto comissório e a venda *a retro*, ao identificar coincidência nos fins que ambas podem realizar. É que a vizinhança entre as duas figuras é, na verdade, perigosa e notória, sobretudo quanto ao resultado prático que podem alcançar. O perigo evidencia-se nos casos concretos em que a venda *a retro* serve os fins do pacto comissório. Na reflexão sobre o tema, estas situações fácticas hão-de representar o *prius* problemático, e os princípios gerais da protecção do devedor e da proibição da apropriação do objecto das garantias reais cumprem o papel de *prius* fundamentante do pensamento jurídico – como pensamento judicativo-decisório.

Apesar das características comuns, parece-nos que conceptualmente não se confundem. Formalmente, pacto comissório e venda *a retro* podem ser tipos negociais próximos, no sentido de acordos acessórios, mas, também em concreto, podem diferenciar-se, logo *ab initio*, se o pacto comissório não tiver subjacente nenhuma garantia, sabendo que a venda *a retro*, do ponto

⁹³⁶ VAZ SERRA, em *Objecto da Obrigação – A Prestação – Suas Espécies, Conteúdos e Requisitos*, in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 74, Lisboa, Março de 1958, pp. 162-163, alinhando com certo segmento da doutrina italiana, sublinha, a respeito dos negócios jurídicos fraudulentos, que haverá *fraus legis* sempre que “as partes tentam alcançar por via indirecta o resultado proibido, violando, assim, o espírito da lei: isto obtém-se com um complexo de meios jurídicos na aparência lícito, mas que em si ou na sua combinação prosseguem um resultado análogo ou equivalente ao proibido: elemento integrante e tal figura contratual é o acordo entre as partes de fugir à proibição legislativa (...) dada a proibição do pacto comissório, o devedor vende ao credor a coisa que deve dar em garantia por um preço que corresponde ao dinheiro mutuado, reservando-se, mediante constituto possessório, o gozo dela, e, mediante pacto de resgate, a faculdade de recuperação”.

de vista formal, é sempre uma cláusula aposta a um contrato (de compra e venda). Distinção que aponta para um outro elemento negocial dissemelhante relacionado com a estrutura dos negócios: a venda *a retro* opera apenas segundo o mecanismo de uma alienação, enquanto o pacto comissório pode operar no mecanismo de qualquer negócio translativo. Um ponto de contacto importante entre as figuras diz respeito ao fim de garantia: o pacto comissório prossegue claramente esse escopo e a venda *a retro* também pode legitimamente usar-se para garantir o cumprimento de uma obrigação.

E, portanto, é neste sentido finalístico do negócio concreto que a atenção deve repousar no cotejo entre pacto comissório e venda *a retro*. Em tese, os negócios são diversos, quer pelo tempo da transmissão da propriedade quer pelo tipo de condição a que o efeito translativo fica sujeito. Assim, na venda *a retro*, o comprador-credor é investido na titularidade do direito real maior por mero efeito do contrato (alínea a) do artigo 879.º CC); já um pacto comissório, em princípio, opera o ingresso do bem na esfera do credor só depois do incumprimento da obrigação do devedor (parte final do artigo 694.º CC). Quanto à natureza condicional, existe em ambos os negócios, mas com uma diferença: enquanto a venda *a retro* faz depender a definitividade da aquisição de condição resolutiva, o pacto comissório condiciona-a suspensivamente.

Do prisma puramente dogmático, de interpretação teleológica da norma que proíbe o pacto comissório, não nos parece que a venda *a retro* se situe no seu âmbito de aplicação.

Todavia, em concreto, uma venda *a retro* pode ser um pacto comissório resolúvel pelo devedor-vendedor, mediante o pagamento da dívida, em que o preço funciona como quantia mutuada. De facto, na prática, a venda *a retro* é frequentemente usada para realizar um pacto comissório real resolutivamente condicionado ao cumprimento do vendedor-devedor. O alienante vende um bem ao seu credor, com a finalidade de, por meio da transmissão da propriedade do objecto da venda *ex contractu*, garantir o seu débito para com este, estipulando as partes uma cláusula *a retro* em que atribuem ao vendedor o direito de resolver a compra e venda quando (se) ele cumprir a obrigação garantida pela alienação.

No puro plano dos conceitos, não é de partilhar a visão que situa o pacto comissório como figura vizinha da venda *a retro*, mas válida e pertinente é a discussão sobre o problema da funcionalização desta modalidade de negócio translativo a iludir a proibição de celebração daquele pacto.

E é certo que no dia-a-dia dos negócios, o problema existe mesmo, como por exemplo assinalam os Autores e os tribunais italianos⁹³⁷. Entre nós, muitos casos de possível violação do artigo

⁹³⁷ Cfr. MATTIANGELI, *La Cassazione ancora sul divieto di patto commissorio*, in Riv. notariato, 2001, 2, pp. 459 e segs. e também Cass., 1 Febbraio 1974, n. 282, in Giur. it., 1974, I, p. 1024; Cass., 3 Giugno 1983, n. 3800, in Riv. notariato, 1983, p. 765; Cass., 4 Marzo 1996, n. 1657, in Giur. comm., 1997, II, 656; Cass., 10

694.º CC não são submetidos a apreciação judicial e, quando são, os nossos tribunais parecem preferir o conforto da expressa admissibilidade legal da venda *a retro* ao laborioso incómodo da reflexão e do debate a esta luz⁹³⁸.

ANDRIOLI enfileira a corrente de pensamento segundo a qual é clara a fronteira entre as duas figuras, “*porque, enquanto neste contrato [venda a retro] a transferência da propriedade do comprador para o vendedor segue ao formar-se do consenso e o exercício do direito de revogação serve a um só tempo de condição suspensiva do direito de propriedade do vendedor e de condição resolutiva do direito de propriedade do comprador; no pacto comissório, o devedor e o terceiro dador de hipoteca ou de penhor só deixam de ser proprietários da coisa com a falta de pagamento ao credor acautelado no fim do termo*”^{939_940_941_942_943}.

Febbraio 1997, n. 1233, in Riv. notariato, 1998, 299 con commento do Gammone, *Breve rassegna di dottrina e giurisprudenza in tema di patto commissorio*.

⁹³⁸ Vide Ac. TRP, de 11 de Julho de 1994, Proc. n.º 9340640 (relator Reis Figueira); Ac. STJ, de 24 de Junho de 1999, Proc. n.º 99B163 (relator Simões Freire) e Ac. STJ, de 19 de Setembro de 2006, Proc. n.º 06A2092 (relator João Camilo). Todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁹³⁹ Cfr. VIRGILIO ANDRIOLI, *Tutela dei Diritti*, op. cit., p. 54.

⁹⁴⁰ Entre nós, GALVÃO TELLES afasta a concepção da venda *a retro* segundo a qual a cláusula *a retro* desencadeia uma *retrovenda* e refere-se àquela modalidade de compra e venda, sublinhando que nela “o vendedor reserva-se o direito de reaver a propriedade da coisa ou do direito vendido, mediante a restituição do preço. Por livre vontade do vendedor, manifestada nas condições da lei, o contrato desfaz-se, e ele readquire o objecto, reembolsando do preço a outra parte. O facto de o contrato perder os seus efeitos, deixando de vigorar, pelo mero querer de um dos contraentes, ajusta-se à ideia de revogação” e acrescenta que com a cláusula *a retro* a vontade das partes “é desfazerem o contrato, com o conseqüente regresso às posições primitivas, e não celebrarem uma nova e autónoma venda em direcção contrária, porventura em condições diversas da primeira, por exemplo a um preço mais alto ou mais baixo” – cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos Civis*, ob. cit., p. 27.

⁹⁴¹ De igual modo, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA aproximam o regime do exercício da cláusula *a retro* da resolução contratual em geral, escrevendo no seu *Código Civil Anotado*, ob. cit., vol. II, 2.ª edição, p. 202, em comentário ao artigo 927.º CC: “o exercício do direito de resolução [do vendedor na venda *a retro*] tem, como consequência, a aplicação do disposto nos artigos 432.º e segs., em tudo o que não estiver especialmente regulado nesta secção”.

⁹⁴² Na doutrina italiana, como ficou dito em texto, a venda *a retro*, por se afigurar com notas caracterizadoras próximas do pacto comissório, é uma das figuras mais discutidas a esta luz.

Na análise da figura, *de per se*, GORLA aponta a natureza potestativa do direito de resolução do vendedor *a retro* para dizer que ao exercer esta sua prerrogativa, ele recupera o direito de propriedade transferido para o comprador, não resolve o seu acto dispositivo. Ou seja, o uso da cláusula *a retro* faz cessar o direito de propriedade do adquirente – cfr. GINO GORLA, *La Compravendita e la permuta*, op. cit., pp. 304-305.

RUBINO, relativamente ao entendimento (segundo o Autor, comum) de que a cláusula *a retro* configura condição resolutiva potestativa, discorda, dizendo que “*se verdadeiramente se tratasse de condição, não parece que fosse meramente potestativa, porque o exercício dela está subordinado a um complexo de ónus não indiferentes para o vendedor (restituição do preço, etc.)*”, como podemos ler em DOMENICO RUBINO, *La Compravendita*, op. cit., p. 770.

FERRI atribui natureza potestativa ao direito do vendedor *a retro*, todavia defende que a resolução, de declaração obrigatória, é insuficiente, por si só, para operar a reacquirição da propriedade e refere-se-lhe como “*elemento de uma «fattispecie» complexa cujo aperfeiçoamento torna possível a reacquirição da propriedade. O vendedor*

O Código de Seabra, no artigo 1587.º, determinava que “*fica proibido (...) o contracto de venda a retro*”, pela apontada facilidade com que na prática se podia instrumentalizar a venda *a retro* para iludir a proibição do pacto comissório⁹⁴⁴⁻⁹⁴⁵.

Diferentemente, o nosso Código Civil de 1966 admitiu a venda *a retro*, nos termos dos artigos 927.º a 933.º, tendo tido o legislador preocupação em cercear e sancionar os casos de utilização anómala da figura.

Neste sentido, o artigo 928.º CC fere de nulidade qualquer cláusula em que se convencie o pagamento de contrapartidas ao comprador na sequência do exercício do direito de resolução do vendedor *a retro* (n.º 1) e sanciona, de igual modo, acordo que imponha ao alienante a obrigação de restituir ao adquirente valor superior ao preço de venda inicial (n.º 2).

Por outro lado, a lei fixa prazos máximos para o exercício do direito de resolução, no artigo 929.º CC. *Sic*, se contratualmente não for estipulado prazo mais curto, o vendedor *a retro*

que exerce o direito de resolução deve, a fim de que se produza o efeito aquisitivo, restituir o preço e reembolsar as despesas e os pagamentos legitimamente feitos para a venda”, concluindo que a necessária “*restituição do preço (e o reembolso das despesas), constitui, portanto, co-elemento de eficácia e consequentemente, conteúdo de um ónus em sentido técnico e não já de uma obrigação*” – cfr. GIOVANNI B. FERRI, *La Vendita in generale – Le obbligazioni del venditore – Le obbligazioni del compratore*, in *Trattato di Diritto Privato*, diretto da Pietro Rescigno, 11, *Obbligazioni e contratti*, Tomo terzo, Sezione I, Torino, p. 267.

BUGANI E LUMINOSO enfileiram no grupo dos Autores que questionam a coerência sistemática da nulidade do pacto comissório com a validade da *vendita con patto di riscatto* – cfr. IRA BUGANI, *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto*, ob. cit., pp. 39 e segs. e ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, ob. cit., pp. 221 e segs..

⁹⁴³ Na Alemanha, segundo o entendimento dominante, o direito de resolução do vendedor *a retro* configura um direito de recompra, manifestado, desde logo, na própria designação que assume de *Wiederkaufsrecht*, de cujo exercício resulta a necessária celebração de novo contrato de compra e venda em sentido contrário ao inicial. Cfr., a este propósito, e por todos, KARL LARENZ, em *Die rechtliche Bedeutung von Optionsvereinbarungen*, DB, 1955, p. 211.

⁹⁴⁴ É o que nos diz VAZ SERRA a respeito do artigo 1587.º da lei civil oitocentista, escrevendo que “*A venda «a retro» é proibida (artigo 1587.º), porque muitas vezes equivale a um empréstimo pignoratício ou hipotecário com pacto comissório (o preço desempenha a função de capital emprestado, a coisa vendida a de objecto da garantia, a transmissão da propriedade a de cláusula comissória, a qual, se o capital não for restituído, autoriza o mutuante-comprador a ficar com o objecto sem avaliação). Dado que a lei não permite o pacto comissório (artigos 864.º e 903.º), entendeu ela que não devia permitir a venda «a retro», que pode encobrir um pacto dessa natureza*” – cfr. VAZ SERRA, *Anotação*, Revista de Legislação e de Jurisprudência, ano 97.º, n.º 3274, 1 de Novembro de 1964, p. 207.

Também INOCÊNCIO GALVÃO TELLES se manifesta em termos coincidentes ao apontar as razões que militavam no sentido da interdição legal da venda *a retro* – cfr. do Autor *Contratos Civis*, ob. cit., pp. 28-29, onde se podem colher também as diferentes opiniões sobre a figura.

⁹⁴⁵ Aliás, a controvérsia em torno da (in)admissibilidade tem largas raízes históricas. Sobre as posições no Direito Romano e medieval, cfr. EMANUELE GIANTURCO, *Contratti Speciali*, II, *Compra-vendita*, Napoli, 1905, pp. 133-134. Na mesma obra (p. 135), o Autor relata ainda a discussão que gerou a admissão expressa e regulação da venda *a retro* no *Codice Civile*, salvaguardando que tal “*não significa que não se possa admitir a prova da simulação no contrato a que ela aceda*”.

apenas poderá resolver o contrato até dois ou cinco anos após a celebração da compra e venda, conforme o negócio tenha por objecto, respectivamente, bem móvel ou imóvel (n.º 1). Se as partes fixarem prazos mais longos, eles são reduzidos aos máximos preditos, *ope legis* (n.º 2).

O artigo 930.º CC impõe exigências de forma para o exercício do direito de resolução, estabelecendo que o vendedor deve comunicar através de notificação judicial a resolução ao comprador (primeira parte da norma) e que no caso de o contrato respeitar a imóveis, a resolução tem de constar de escritura pública ou documento particular autenticado, e no prazo de quinze dias imediatamente seguintes à comunicação da resolução, sob pena de caducidade deste direito do vendedor, salvo disposição distinta constante em legislação especial (segundo segmento do preceito).

Para obstaculizar a funcionalização da venda *a retro* como veículo de ultrapassagem da proibição do pacto comissório, o artigo 928.º CC fere de nulidade acordos entre vendedor e comprador, nos termos dos quais aquele se obrigue a restituir preço mais elevado do que o valor que este pagou no acto de compra^{946_947_948_949}.

Vem de longa data a questionação da validade da venda *a retro* entre os doutrinadores italianos. E também perante os tribunais muitas vezes foi suscitada a questão da (i)licitude de contratos de compra e venda que na verdade eram mútuos, em que a quantia mutuada era o preço e em que o credor via o seu crédito assegurado com a transmissão do bem, podendo o vendedor, por pacto *inter partes*, resolver o negócio pagando o *quantum debeatur* (devolvendo o preço recebido) dentro do prazo convencionado.

⁹⁴⁶ É este o sentido do comentário de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, no *Código Civil Anotado*, ob. cit., vol. II, 2.ª edição, quando em comentário aos n.ºs 1 e 2 do artigo 928.º CC, escrevem na página 202 que com tal disposição “*pretende-se, como é óbvio, evitar que a venda a remir encubra um negócio usurário, no qual o comprador se aproveitasse da situação de necessidade em que eventualmente se encontre o vendedor*”.

⁹⁴⁷ GALVÃO TELLES também se refere aos termos cuidadosos em que o legislador de 1966 admitiu a figura da venda *a retro*, concordando, no entanto, com a expressa consagração legal deste negócio, defendendo, por um lado que dá resposta a situações práticas dignas da tutela do Direito e, por outro, a protecção de situações abusivas que resulta da previsão legal de outros institutos, afirmando que “*a venda «a retro» pode servir interesses sérios e legítimos, como o daquele que, precisando de dinheiro, não queira todavia recorrer ao crédito, para não sentir o peso dos encargos, e não queria também despojar-se definitivamente dos bens, conservando a esperança e o direito de os recuperar: está indicado que os venda com a faculdade de revogação. Tanto basta para que o instituto deva consagrar-se legislativamente, certo, para mais, que poderá ser coadjuvado por outros, como o da nulidade de contratos gravemente prejudiciais, fundada em lesão*” – cfr. ob. cit. do Autor *Contratos civis*, p. 30.

⁹⁴⁸ Na doutrina italiana, a respeito da possível utilização anómala da venda *a retro* (*vendita con patto di riscatto*), e percorrendo os *essentialia* que afastam este negócio do pacto comissório, consultar ENZO ROPPO, in *Rischio contrattuale...*, op. cit., pp. 271-272.

⁹⁴⁹ Para uma visão mais abrangente das orientações doutrinárias e jurisprudenciais em Itália, vide GIOVANNI B. FERRI, *La Vendita in generale...*, op. cit., p. 277.

Tratavam-se frequentemente de alienações com escopo de garantia, mas os decisores foram-nas validando, por julgarem que a vontade das partes coincidia com o efeito real translativo intrínseco à compra e venda e por não identificarem na função de garantia qualquer óbice à perfeição da compra e venda.

Inicialmente, os tribunais não questionaram a (in)compatibilidade entre o escopo de garantia e a transferência do direito, não questionando, pois, a validade da alienação com fim de garantia, por entenderem compatível a causa do contrato translativo com o fim (pretendido pelas partes) de segurança do crédito: escopo de garantia como causa do efeito (negócio) translativo da propriedade.

Os doutrinadores transalpinos debatiam esta orientação jurisprudencial, mas durante muito tempo, a linha de pensamento vertida nas decisões foi a de que a venda com fim de garantia só era inválida quando resultasse de negócio simulado, por inexistir, nesses casos, a causa da transmissão.

Depondo a favor da admissibilidade da venda *a retro*, a concepção à luz da qual, neste modelo negocial, o devedor não corria o risco de abuso por parte do credor e que os demais credores deste devedor também não viam diminuída a garantia geral dos seus créditos. Quanto ao devedor, entendia-se que o efeito real imediato da compra e venda eliminava o perigo de o devedor sofrer pressões na fase de cumprimento e que o instituto da usura tutelava os seus interesses na hipótese de coacção da sua vontade em celebrar negócio. Quanto aos demais credores, entendia-se que em casos como este, de transmissão do bem não subordinada ao inadimplemento, resultando de encontro de vontades negociais, *summo rigore*, não devia equacionar-se a violação da *par conditio creditorum*.

De acordo com esta posição, a validade ou invalidade de uma venda com função de garantia afere-se pelo momento em que o efeito translativo ocorre. Transferindo-se a propriedade de forma imediata, *ex contractu*, a venda *a retro* ter-se-ia por lícita. Se o ingresso do bem na esfera jurídica do adquirente fosse diferido para depois do inadimplemento, os tribunais já decidiam pela nulidade negocial, pelo facto de os efeitos reais ficarem dependentes do incumprimento. Os tribunais identificavam a existência de uma vontade (das partes em alienar) não autónoma e qualificavam a venda como simulada. Pela mesma razão, a jurisprudência italiana não admitia contratos-promessa ou promessas unilaterais de venda em que o negócio prometido fosse diferido/condicionado à falta de cumprimento de obrigação que o devedor promitente-vendedor tivesse junto do credor promitente-comprador⁹⁵⁰.

⁹⁵⁰ Para mais desenvolvimentos sobre os problemas que o contrato-promessa pode levantar à proibição do pacto comissório, consultar o que dissemos *supra* no tema anterior.

Sem embargo, os juízes italianos estavam cientes da possibilidade de instrumentalização da venda *a retro* a defraudar a proibição do pacto comissório, demonstrando, por isso, especial preocupação no apuramento da vontade real dos sujeitos contraentes, tendo em vista a detecção de casos de simulação.

A orientação da jurisprudência italiana mudou totalmente a partir de uma célebre decisão uniformizadora: *Cassazione* de 3 de Junho de 1983, determinando que “*quando se verifique que mutuante e mutuário pretenderam constituir uma garantia real a favor do primeiro (...), toda a convenção fica, na verdade, permeada pela intenção primária das partes de vincular o bem em garantia e em função da relação de mútuo, pelo que a declarada vontade de vender e comprar o bem aparece como subordinada, sucedânea, relativamente à outra preponderante finalidade*”⁹⁵¹⁻⁹⁵²⁻⁹⁵³. E hoje, na verdade, a venda *a retro* é unanimemente aceite, mesmo nos casos em que operacionaliza um mútuo garantido pela alienação.

A nossa doutrina não se tem dedicado ao estudo profundo da figura na perspectiva de poder representar, para o vendedor, os mesmos perigos do pacto comissório⁹⁵⁴. E o certo é que com a venda *a retro* pode, de facto, conseguir-se o resultado prático de uma *lex commissoria*⁹⁵⁵.

Aceita-se pacificamente que a venda *a retro* seja utilizada com função de garantia de um mútuo concedido através do *pagamento do preço*, em que o *preço* representa, portanto, a quantia mutuada⁹⁵⁶ e o objecto da compra e venda é a segurança do crédito do adquirente. É que este não pretende ficar com o bem que *comprou*, assim como o alienante também não quer *perdê-lo* para sempre, daqui que (tenha escolhido este tipo negocial para que) possa resolver o contrato em qualquer altura da sua vigência, isto é, dentro do prazo convencional ou legal, bastando, para tanto, que devolva o *preço* ao comprador, o mesmo é dizer o valor do empréstimo ao credor.

⁹⁵¹ Sobre este Assento Uniformizador da Jurisprudência da *Cassazione* de 3 de Junho de 1983, vide F. MACARIO, *Note, in Il Foro Italiano*, Anno 1984. Volume CVII, pp. 214-215.

⁹⁵² Texto da decisão transcrito *apud* ENZO ROPPO, *Note sopra il divieto...*, *op. cit.*, pp. 97 e segs. e, na ob. cit. do mesmo Autor, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, pp. 260-262.

⁹⁵³ Este novo sentido decisório ainda foi contrariado por um Acórdão também da *Cassazione* de 12 de Dezembro de 1986 (sentença n.º 7385), dizendo que “*não é nula, por iludir a proibição do pacto comissório, a venda com cláusula «a retro», embora tenha sido realizada com escopo de garantir um débito do vendedor*”. Apesar de a *Cassazione* ter, na sequência desta decisão, reiterado o novo sentido jurisprudencial como orientação uniforme.

⁹⁵⁴ Embora haja Autores nacionais que abordam o problema, como ISABEL ANDRADE DE MATOS, na sua ob. cit. *O Pacto Comissório...*, pp. 176-177 e JANUÁRIO GOMES, em *Assunção Fidejussória de Dívida...*, *op. cit.*, pp. 89-92.

⁹⁵⁵ Como bem alerta VAZ SERRA – cfr. do Autor *Penhor*; BMJ, n.º 58, *op. cit.*, p. 220.

⁹⁵⁶ Cfr. ROMANO MARTINEZ/FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, *op. cit.*, p. 245 e GALVÃO TELLES, *Contratos Civis. Exposição de motivos*, in BMJ, n.º 83, ob. cit., p. 134.

Ora, se o artigo 694.º CC mira acautelar o perigo de o credor formular exigências abusivas ao devedor e obter dele um pacto comissório como *moeda de troca* na concessão do empréstimo de que ele necessita, importa não ignorar que uma venda *a retro* pode resultar de o credor-comprador ter pressionado o devedor a transmitir-lhe o objecto da alienação como condição para a disponibilização da liquidez traduzida no preço. Não será a venda *a retro*, assim, tão propícia à exploração usurária quanto o pacto comissório? E sabendo que o *preço* é livremente estipulado pelas partes, o valor da coisa transmitida ao comprador-credor pode ser muito superior ao do montante que este *pagou* por ele – e sem qualquer avaliação, como no pacto comissório. Dir-se-á que no pacto comissório o risco de o devedor ceder à pressão é maior, porque o efeito translativo só ocorre se houver incumprimento, o que significa que o obrigado, quando acorda na estipulação do pacto, tem a esperança⁹⁵⁷ e a legítima expectativa de conseguir cumprir e não perder o bem. Ao passo que na venda *a retro*, o devedor-vendedor sabe que o bem deixa de ser seu logo no momento da celebração do contrato. Significa isto que o devedor, na fase negociatória, pode anuir mais *facilmente* num pacto comissório do que numa venda *a retro*? Não cremos.

Por outro lado, *quid iuris* se o bem vendido *a retro* vale significativamente mais do que o *preço* e o vendedor não (puder) resolver o contrato por não ter condições para restituir o valor auferido? A transferência do bem torna-se irresolúvel e a propriedade consolida-se na esfera do comprador-credor sem que o vendedor-devedor possa reagir contra o negócio, os seus termos ou condições⁹⁵⁸.

A venda *a retro* afigura-se, por isso, um negócio jurídico típico lícito em que a propriedade, na prática pode funcionar como meio de garantia.

Como vimos, numa venda *a retro* instrumentalizada como contrato de concessão de crédito e de garantia, o *preço* corresponde ao valor mutuado e o direito de propriedade transmitido do vendedor para o comprador é o *quid* que garante o cumprimento da obrigação mutuária do primeiro. Se o alienante não exercer o seu direito de resolução – que só pode exercer se (estiver em condições de) restituir o *preço* recebido – o bem ingressará definitivamente na esfera do comprador *a retro*. Este (auto)satisfará o seu crédito, directamente com o objecto da alienação, tomando-o para si ou vendendo-o livremente a favor de terceiro.

Sublinhámos também que o artigo 928.º CC sanciona com a nulidade as cláusulas de que resulte para o vendedor *a retro* obrigação de restituir ao comprador quantia superior àquela que

⁹⁵⁷ Ou muitas vezes a *illusão*, como afirma ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, *op. cit.*, p. 221.

⁹⁵⁸ Excepcionando-se, naturalmente, as situações em que tenha havido vício da vontade, por exemplo, por dolo (artigos 253.º e 254.º CC) ou coacção moral (artigos 255.º e 256.º CC), nos termos gerais.

recebeu ou de recompensá-lo, de qualquer outra forma, se resolver o contrato. Mas fica sem amparo legal o devedor-vendedor que não consiga restituir um preço que é muito mais baixo do que o real valor da coisa que vendeu *a retro* ao seu credor. Sem embargo do entendimento doutrinário dominante no sentido de que a resolução da venda *a retro* e a consequente obrigação de restituição recíproca das partes (n.º 2 do preceito) não abarca os frutos e juros que cada uma tenha obtido na vigência do contrato. E sem prejuízo também das duas vias da tutela legal da posição do vendedor *a retro*: por um lado, a natureza imperativa do citado artigo 928.º CC (que o protege de abusos por parte do comprador) e, por outro, a oponibilidade da cláusula *a retro* a terceiros (para os casos em que o contrato tenha por objecto um bem imóvel ou móvel sujeito a registo e o vendedor tenha inscrito a cláusula no registo, como determina o artigo 932.º CC.) Na verdade, a venda *a retro* configura um negócio claramente propenso à funcionalização da propriedade como garantia de cumprimento.

A este respeito, aqui se acolhe a doutrina⁹⁵⁹ que defende que nos casos em que, na interpretação da vontade negocial das partes, se apure que os sujeitos celebraram uma venda *a retro* tendo em vista a concessão de um crédito e respectiva garantia, se o direito de resolução não for exercido, e por forma a evitar a nulidade do negócio, *ex vi* do artigo 694.º CC, o bem vendido *a retro* tem de ser objecto de avaliação por terceiro independente ou transaccionado livremente segundo condições de mercado aberto e o comprador tem de entregar ao vendedor o eventual excedente de valor do bem em relação ao montante do seu crédito, ou seja, a diferença de valor em relação ao que receberia do vendedor se ele tivesse resolvido o contrato. *Sic*, defendemos que só o pacto marciano pode salvar o negócio. Assim e só assim se obstará a que opere a proibição do pacto comissório, porque o fim de crédito assegurado directamente pelo bem que o garante representa uma clara violação do artigo 694.º CC, convocado em sede de venda *a retro* por se tratar de norma material, *id est*, aplicável a todas as situações em que as partes pretendam alcançar o efeito que ela impede, independentemente do invólucro jurídico adoptado⁹⁶⁰⁻⁹⁶¹.

⁹⁵⁹ Entre os quais se encontra LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, na sua ob. cit. *A Cessão de Créditos em Garantia...*, op. cit., pp. 557-558, quando afirma que “para evitar a proibição do pacto comissório, o bem terá que ser avaliado por um terceiro independente das partes (o que não será já necessário quando este tenha um valor seguro de mercado), ou então vendido no mercado, entregando o comprador à outra parte o excedente relativamente àquilo que o primeiro obteria com a resolução do contrato” e conclui, dizendo que “A não ser assim, atendendo ao fim de crédito e garantia visado pelas partes, violar-se-á a proibição do pacto comissório, cuja «ratio» impõe a sua extensão à venda *a retro* concluída com este fim”.

⁹⁶⁰ Como afirma PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “o fim com que as partes celebram o contrato não pode deixar de ser relevante na solução das questões suscitadas pelo contrato”. Cfr. ob. cit. do Autor, *Contratos atípicos*, p. 251.

⁹⁶¹ Diversamente, RAÚL VENTURA sustenta: “é mais lógico partir da licitude genérica da venda *a retro*, já acima referida, para deduzir que o legislador não se impressionou com a possibilidade de ser atingido um

Considerando o fundamento que historicamente acompanha a proibição do pacto comissório, justifica-se a aplicação do artigo 694.º CC à venda *a retro* sempre que se evidencie que os contraentes optaram por este tipo negocial de forma instrumental para o utilizarem como ferramenta apta a contornar aquela interdição legal⁹⁶².

Todavia, a doutrina dominante não questiona, em teoria, a validade desta modalidade de venda, apesar de admitir que pode, em concreto, funcionar como pacto comissório, pelo que julgamos decisiva a avaliação imparcial do bem vendido *a retro* e a restituição ao vendedor do eventual *superfluum* como forma de impedir que com uma venda *a retro* as partes alcancem o efeito jurídico-económico vedado pelo artigo 694.º CC⁹⁶³.

O aproveitamento da venda *a retro* com o pacto marciano é a alternativa que propomos. Em linha com a apontada corrente da doutrina que entende necessária a avaliação do bem alienado e a restituição do eventual excedente de valor do bem (relativamente ao preço pago pelo comprador).

Contudo, os Autores que assim perspectivam a venda *a retro*, alertam que não existindo no respectivo regime legal qualquer norma neste sentido, só poderá reconhecer-se a obrigação de avaliação e de restituição quando as partes o tenham convencionado.

resultado semelhante ao do pacto comissório, e isto porque não encarou o mecanismo da venda a retro sob esse prisma". Cfr. do Autor, *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro, op. cit.*, p. 646.

⁹⁶² MENEZES LEITÃO é um dos Autores que acolhe claramente este entendimento, embora questione a própria coerência sistemática, a montante, da venda *a retro* perante o artigo 694.º CC, afirmando peremptoriamente: "*Apesar da previsão expressa da venda a retro pode questionar-se a sua admissibilidade em face da proibição do pacto comissório*". Cfr. ob. cit. do Autor, *Direito das Obrigações*, vol. III, p. 79.

⁹⁶³ Neste plano, GALVÃO TELLES, nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, na disciplina dos contratos em especial, apresenta uma alternativa para obviar ao *perigo* de transmissão da propriedade em garantia que a venda *a retro* configura: proibição de cláusulas que vinculem o alienante *a retro* a restituir valor superior ao preço que recebeu, entendendo que o impedimento legal de o comprador *a retro* receber valor superior ao preço que pagou pelo bem será suficiente para esta modalidade de venda não ser funcionalizada a ludibriar a interdição legal do pacto comissório. Assim, na ob. cit. *Contratos civis*, o doutrinador começa por reconhecer que a "*transmissão da propriedade*" *a retro* pode servir os fins de uma "*cláusula comissória, que em caso de não restituição do capital, pelo resgate, permitirá ao mutuante (comprador) reter como seu o objecto, sem avaliação*", salvaguardando: "*combate-se o perigo decretando, como faz o projecto, que o comprador não poderá ser reembolsado de preço superior ao que pagou nem reclamar qualquer vantagem como paga da revogação*". Cfr. ob. cit. do Autor, p. 136. Inquestionavelmente, o acolhimento desta proposta demonstra o cuidado de que o legislador se rodeou na consagração da disciplina da venda *a retro*. Em particular os artigos 928.º e 929.º CC dificultam a obtenção do resultado que a proibição do pacto comissório pretende afastar, mas estão muito longe de tornar impossível ou sequer difícil a funcionalização do modelo da venda *a retro* a iludir o artigo 694.º CC. Na verdade, o facto de o artigo 928.º CC vedar a possibilidade de o preço a pagar pelo vendedor *a retro*, na sequência do exercício do direito de resolução, corresponder a um valor superior àquele que recebeu representa um importante obstáculo a que o comprador-credor auto-satisfaça o seu crédito directamente com o bem adquirido *a retro*. Por outro lado, reforça o combate à funcionalização comissória da venda *a retro* que o preceito impeça também as partes de estipularem a atribuição de qualquer outra vantagem a favor do comprador na hipótese de o vendedor *a retro* resolver o contrato – uma espécie de *compensação* por este ver o negócio *desfeito*.

Mas de novo convocamos e alinhamos com a parte da doutrina para a qual os preditos deveres podem resultar de uma operação de integração contratual, nos casos em que se reconheça haver lacuna. Nesta óptica, tal poderá acontecer frequentemente, atendendo a que a interpretação terá de considerar que a venda *a retro* corresponde a uma figura contratual que obedece a um sentido unitário global e complexo⁹⁶⁴, de contrato de concessão de crédito, por um lado, e de prestação de garantia, por outro, nas hipóteses práticas em que o preço de compra desempenhe a função de quantia emprestada. Em sequência, aqui se defende que a aplicação do artigo 239.º CC conduz à afirmação da existência de um dever de avaliar o bem vendido *a retro* (ou de venda em condições concorrenciais normais de mercado) e de o comprador entregar ao vendedor o (eventual) valor que o bem apresente para além do preço pago no acto de compra⁹⁶⁵.

Na mesma linha de pensamento, defende-se outrossim que os apontados deveres não-de fundar-se, *ultima ratio*, na boa fé contratual enunciada no n.º 2 do artigo 762.º CC, na perspectiva de deveres laterais, nascidos após a extinção das obrigações principais que emergem do contrato, ou seja, no caso da venda *a retro*, estes deveres nascerão depois de corrido o prazo durante o qual o alienante pode resolver o negócio (artigo 929.º CC).

Se o vendedor *a retro* puser termo ao contrato, nos termos gerais da resolução, as partes ficam obrigadas a restituir o que houverem recebido, o que significa, para aquele, a restituição do preço pago pelo comprador.

E o artigo 928.º CC, vimos, para prevenir o risco de exigências abusivas por parte do adquirente, proíbe as partes de convencionarem a obrigação de o vendedor *a retro* lhe entregar, como contrapartida pelo exercício do direito de resolução, valor superior ao que recebeu ou de o recompensar, de qualquer outra forma, pela cessação do contrato.

Em contraponto, vimo-lo, domina o pensamento que diz que a obrigação de restituição não engloba os frutos que as partes tenham obtido durante a vigência do contrato. Este aspecto é particularmente importante, quer em matéria de juros que o preço possa ter produzido a favor do vendedor quer eventualmente dos benefícios económicos que o bem vendido possa ter gerado para o comprador *a retro*. Vislumbra-se mais claramente o relevo deste aspecto nos casos em que a venda *a retro* tenha por objecto a transferência de outro direito que não o direito de propriedade⁹⁶⁶. Depois de resolvida a venda *a retro*, o alienante recupera a titularidade do

⁹⁶⁴ Manifestando um entendimento concordante, *vide* a posição que MENEZES CORDEIRO expressa em *Tratado de direito civil português*, I, *parte geral*, tomo I, ob. cit., p. 561 (*vide* também nota 959).

⁹⁶⁵ Neste sentido, consultar novamente a posição defendida por LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, na sua ob. cit. *A Cessão de Créditos em Garantia...*, pp. 558 e 569 (e também notas 959 e 964).

⁹⁶⁶ A venda *a retro*, como modalidade do contrato de compra e venda pode ter por objecto a transmissão do direito de propriedade ou de outro direito, nos termos dos artigos 874.º e 879.º CC, sendo que o direito que se transfere pode incidir sobre coisas corpóreas ou incorpóreas.

direito que transmitiu para o comprador. E este, por seu turno, deixa de ter na sua esfera jurídica um direito que, por ter ingressado no seu património, funcionou, durante a vigência do contrato, como garantia da realização do seu crédito.

Destarte, esta referência é relevantíssima nas situações práticas em que as partes pretendam, através de uma venda *a retro*, firmar um contrato de concessão de crédito e, em simultâneo, garanti-lo de modo reforçado.

Qualquer que seja o direito transmitido por venda *a retro*, a questão dos frutos da prestação percebida por cada um dos contraentes, pode suscitar dúvidas no momento de cumprir a obrigação de restituição subsequente à resolução do negócio.

Se o direito transmitido for o direito real por excelência, anotámos, tanto o preço como o bem alienado podem produzir frutos enquanto o contrato não for resolvido. Significa que por banda do vendedor *a retro*, o preço pode render juros. E do lado do comprador, no caso, *verbi gratia*, de ele adquirir um direito de crédito, pode ser remunerado com o vencimento dos respectivos juros do crédito (vincendos), se se considerar que estes juros são qualificáveis como acessórios do crédito, nos termos do n.º 1 do artigo 528.º CC. Se assim for, numa venda *a retro* com fim de crédito e garantia em que o vendedor transfira para o comprador um crédito, os juros também são transmitidos, salvo convenção em contrário, como se salvaguarda na primeira parte da norma citada. Pergunta-se, depois, se, em caso de resolução do negócio, o comprador pode fazer seus os juros que o crédito adquirido *a retro* venceu enquanto o negócio vigorou ou se os juros serão abrangidos pela obrigação de restituição.

Na esteira do pensamento dominante⁹⁶⁷, na venda *a retro*, não impende sobre o comprador o dever de entregar ao alienante os juros vincendos do crédito adquirido se este resolver o contrato.

Numa cessão de créditos em garantia, operacionalizada através de venda *a retro*, evidencia-se, a este respeito, a diferença de regime entre esta e os negócios fiduciários, porque aqui o fiduciário é obrigado a restituir todos os benefícios patrimoniais gerados durante a sua titularidade do direito. Pense-se, por exemplo, nos juros que o cessionário pode ter cobrado. Um cessionário fiduciário não pode ficar com eles para si, mas um cessionário adquirente *a retro* sim⁹⁶⁸.

⁹⁶⁷ Vide nota 897.

⁹⁶⁸ Neste caso, um cessionário fiduciário terá como retribuição do empréstimo realizado os juros devidos pelo cedente, o que significa que não pode adicionar a estes os juros devidos e cobrados ao devedor cedido, em resultado da sua posição de titular de um direito de crédito a juros, porque este corresponde a um direito relativo ao crédito principal.

Neste ponto, considera-se que a apontada diferença de regimes entre venda *a retro* e fidúcia, quanto ao objecto da obrigação de restituição, é plenamente justificada pela distinta relação que existe entre as atribuições patrimoniais que as partes realizam nos dois tipos negociais.

E se os efeitos gerais da resolução parecem erguer dificuldades à tese de acordo com a qual o comprador e o vendedor *a retro* podem conservar para si os benefícios obtidos enquanto o contrato vigorou, apurando, em sede interpretativa, nos termos preditos, os fins perseguidos pelas partes com a celebração do negócio, a questão desaparece com a integração das lacunas

Num negócio fiduciário em garantia firmado através de cessão de crédito, a remuneração do capital cedido corresponde aos juros contratualizados e pelo prazo convencionalmente fixado também para a duração do negócio. Daí que não se reconheça poder o fiduciário acrescentar a esta remuneração os ganhos que venha a obter em resultado da titularidade (meramente fiduciária) do crédito cedido ou da respectiva cobrança.

Diversamente, na venda *a retro* com fim de crédito e garantia, desde logo em decorrência da proibição de acordo que vincule o vendedor à restituição de preço superior ao que recebeu (artigo 928.º CC), os juros (que o preço de compra tenha rendido na vigência do negócio) não podem incluir-se no valor que o alienante entrega ao comprador se resolver o contrato.

Em função desta restrição, a lei coarctas as formas de remunerar um empréstimo de dinheiro realizado pela via de uma venda *a retro*, ou seja, em que o preço que o comprador paga pelo bem representa a quantia emprestada ao vendedor. A perspectiva de remuneração surge só se cada uma das partes puder fazer seus os frutos produzidos pelo objecto da prestação da outra parte durante a vigência da compra e venda.

No que toca ao comprador *a retro*, ele poderá remunerar o empréstimo que realizou se puder conservar os benefícios que retirou durante o período em que tituló o direito que lhe foi transmitido pelo vendedor.

Considera-se que se garante, desta forma, a correspondência entre as atribuições patrimoniais de ambas as partes contratuais, pois o vendedor faz seus os ganhos que o preço (*empréstimo*) lhe tenha proporcionado até ter resolvido a compra e venda e o comprador também pode conservar para si as vantagens que retirou do direito de que foi titular durante a vigência da venda *a retro*.

Em termos comparativos, do prisma da ligação entre atribuições patrimoniais, nos negócios fiduciários, o equilíbrio deriva de, sobre a quantia pecuniária emprestada, vencerem e serem devidos juros; na venda *a retro*, esta correspondência deriva do entendimento segundo o qual o comprador (que emprestou ao vendedor o valor representado pelo preço) não tem o dever de restituir ao vendedor os proveitos que obteve com a titularidade do direito que adquiriu com a compra e venda e que se prolongou enquanto o alienante não resolveu o negócio.

E não se diga que este entendimento frustra a protecção da posição do vendedor que a lei se propõe realizar com o regime privativo da venda *a retro* relativamente às regras gerais da compra e venda, vertida nos artigos 928.º e 929.º CC.

A proibição de acordo entre comprador e vendedor *a retro*, nos termos do qual este tenha de restituir àquele quantia superior ao preço de compra, na hipótese de exercer o seu direito de resolução do contrato (artigo 928.º CC), pretende fundamentalmente conceder ao vendedor um direito potestativo de resolução contratual livre de qualquer tipo de pressão, desde logo, pressão económica. Por outras palavras, entendeu o legislador que se fosse lícito às partes acordarem que o vendedor, para poder resolver o contrato, teria de entregar ao comprador um valor superior ao preço pelo qual vendeu o bem, na prática, tal poderia condicionar e impedir o livre exercício do seu direito de resolução, pois sempre que não conseguisse reunir a quantia convencionalmente estipulada, não poderia também desfazer a venda.

Esta visão toma em linha de conta o fundamento para a lei ter estabelecido sob a forma de norma imperativa que o vendedor não pode obrigar-se a devolver mais do que recebeu, se resolver a venda *a retro*: garantir o exercício verdadeiramente livre do seu direito (exclusivo e) potestativo de resolução do contrato.

Em sequência, já não se julga que possa frustrar a *ratio* do artigo 928.º CC o entendimento de que se o vendedor resolver a venda *a retro*, o comprador não tem de lhe entregar as vantagens económicas que tiver conseguido até à cessação do contrato por via do direito que até lá tituló. Neste sentido, *vide* o que sustenta GALVÃO TELLES nas vestes de Autor do projecto de regime legal da venda *a retro* que veio a ser adoptado na redacção final do Código Civil de 1966: “O comprador não alcança uma remuneração anormal do desembolso do dinheiro, porque, se faz seus os rendimentos da coisa, certo é também que perde os juros do preço”.

que se identifiquem, como manda o artigo 239.º CC. Inexistindo disposição especial que regule a omissão da declaração negocial, deve ser “*integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo*”, diz o preceito, “*ou de acordo com os ditames da boa fé*”, ressalva, “*quando outra seja a solução por eles imposta*”.

Pela mesma via, o n.º 2 do artigo 762.º CC postulará outrossim a solução emergente do pacto marciano, se o vendedor *a retro* não puder restituir o preço ao comprador, isto é, se não puder resolver o contrato e a coisa for manifestamente mais valiosa do que o valor pago no acto da compra. De contrário, haverá enriquecimento sem causa (artigo 473.º CC). E o vendedor *a retro*, com o accionamento dos mecanismos deste instituto, logrará o reequilíbrio do negócio? Em tese, diríamos que sim, mas na prática não estamos certos que os tribunais dêem provimento a esta argumentação. Por um lado, quem vende no exercício pleno da sua liberdade negocial é inteiramente livre de convencionar com a outra parte as condições do contrato, entre as quais o preço. Inexistindo vício na vontade negocial do alienante, a sua declaração (também quanto ao preço) é totalmente válida e eficaz. Não se reconhecendo, em princípio, aqui qualquer direito de arrependimento⁹⁶⁹. Por outro lado, o comprador *a retro* pode contra-alegar que o alienante age com abuso do direito (artigo 334.º CC), numa posição de *venire contra factum proprium*⁹⁷⁰. Nos casos em que a venda *a retro* funciona como mútuo, o resultado é, de facto, injusto, contrário à boa-fé. O legislador de 1966 devia ter acolhido as preocupações manifestadas por VAZ SERRA acerca da figura⁹⁷¹ e não ter feito, pura e simplesmente, *tábua rasa* da opção legislativa oitocentista e devia ter ido mais longe na protecção da posição do vendedor *a retro* do que apenas proibir convenções de restituição de valor superior ao preço ou de atribuição de um benefício ao comprador no caso de o vendedor *a retro* resolver o contrato (artigo 928.º CC). Na prática, as limitações decorrentes do artigo 928.º CC são facilmente contornadas com desfazamento entre o preço declarado e o real, entre o preço que o vendedor declarou ter recebido e o preço efectivamente pago. E não se diga que o instituto da simulação é o meio idóneo para amparar o alienante, porque sabemos das dificuldades probatórias para evidenciar

⁹⁶⁹ Nas relações contratuais de consumo, sim, reconhece-se, em certas situações, reguladas pela legislação privativa desta matéria, o designado direito de retractação. *Vide* Lei n.º 24/96, de 31 de Julho (artigo 7.º); Decreto-Lei n.º 143/2001, de 26 de Abril (artigos 6.º, n.º 1 e 18.º) e Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho (artigo 17.º).

⁹⁷⁰ Sobre a figura do abuso do direito, consultar PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, *op. cit.*, pp. 298-300; BAPTISTA MACHADO, *Obra Dispersa*, Scientia Iuridica, Braga, 1991, I, pp. 415 e segs.; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, *op. cit.*, pp. 104-105; VAZ SERRA, RLJ, ano 105.º, p. 28 e ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, *ob. cit.*, vol. I, pp. 563 e segs..

⁹⁷¹ Cfr. VAZ SERRA, *Penhor*, BMJ, n.º 58, *ob. cit.*, p. 220, em que o Autor sublinha os perigos venda *a retro*, dizendo que “*se ela vier a ser autorizada, pode, por meio de uma venda dessa espécie, obter-se o resultado prático de um penhor ou hipoteca com pacto comissório*”.

a presença de *pactum simulationis*⁹⁷² e acresce o predito risco de se julgar que quem invoca simulação de preço por não ter conseguido restituí-lo – por não ter resolvido o contrato – actua em *venire contra factum proprium*.

Uma vez que se aceitou pacificamente que a venda *a retro* pudesse usar-se como alternativa lícita a um mútuo com garantia real⁹⁷³, a sua admissão e regulação no actual Código Civil deveria ter disciplinado especificamente a posição das partes no caso de não resolução do contrato⁹⁷⁴. Assim

⁹⁷² Por um lado, são apertados os requisitos da simulação enunciados no artigo 240.º CC – e que como melhor veremos *infra* em texto, mas que em termos esquemáticos correspondem aos seguintes três: (i) a divergência intencional entre vontade negocial declarada e real; (ii) o acordo de simulação e (iii) o intuito de enganar (não necessariamente prejudicar) terceiros. Cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES, na sua obra *Estudos Sobre a Simulação*, ob. cit., pp. 45 e segs. e C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pp. 471 e segs.. Por outro lado, embora seja admissível a prova testemunhal, em grande parte dos casos, só as partes conhecem o desfasamento entre a vontade declarada e a vontade real. Ora, ainda que a lei reconheça legitimidade aos próprios simuladores para arguir entre si a simulação (artigo 242.º CC), “a nulidade proveniente de simulação não pode ser arguida pelo simulador contra terceiro de boa fé” (n.º 1 do artigo 243.º CC).

Quanto à prova de simulação, pelos simuladores, de negócio constante de documento escrito, autêntico ou particular, mesmo aderindo à interpretação restritiva do n.º 2 do artigo 394.º CC (dominante – cfr. MOTA PINTO, *Arguição da Simulação pelos Simuladores. Prova Testemunhal*, in CJ, Ano X, 1985, pp. 11 e segs., PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, ob. cit., pp. 342-344, VAZ SERRA, *Provas (direito probatório material)*, in BMJ, n.º 112, pp. 194 e segs.), de admissão da prova testemunhal, este meio probatório é consabidamente volátil.

LUÍS CARVALHO FERNANDES, na sua obra *Estudos Sobre a Simulação*, ob. cit., pp. 45 e segs., e, em particular, p. 68, sublinha a vulnerabilidade da prova testemunhal, em que contrapõe “à certeza da prova documental, a fragilidade e a falibilidade da prova testemunhal”.

Na doutrina italiana, IRA BUGANI, na sua ob. cit. *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto...*, p. 39, frisa que o ónus da prova da simulação agrava (ainda mais) a posição do devedor.

⁹⁷³ GALVÃO TELLES, coordenando os trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, nos *contratos em especial*, diz sim à expressa consagração legal da venda *a retro*, defendendo que dá resposta a situações práticas dignas da tutela do Direito: “a venda «a retro» pode servir interesses sérios e legítimos, como o daquele que, precisando de dinheiro, não queira todavia recorrer ao crédito, para não sentir o peso dos encargos, e não queria também despojar-se definitivamente dos bens, conservando a esperança e o direito de os recuperar: está indicado que os venda com a faculdade de revogação”. Cfr. ob. cit. do Autor *Contratos civis. Exposição de motivos*, p. 30 (e também nota 947).

⁹⁷⁴ Uma forma de proteger o devedor-vendedor *a retro* que não consegue resolver o contrato seria, por exemplo, a de lhe atribuir a faculdade de solicitar a determinação judicial do preço por que alienou o objecto do negócio. Em linha com o amparo que a lei concede ao devedor pignoratício que convencie a adjudicação do bem empenhado com o seu credor, no caso de não conseguir cumprir a obrigação garantida, nos termos do n.º 2 do artigo 675.º CC, *in fine* (vide o que ficou dito *supra*, em texto, a este respeito na análise do penhor). A bondade da tutela consagrada no artigo 928.º CC é inquestionável. No entanto, insuficiente e inútil para os devedores-vendedores *a retro* que não consigam resolver o negócio. No quadro de utilização da venda *a retro* com fim de garantia, não serão inusuais um de dois cenários: estipulação de um preço real claramente abaixo do verdadeiro valor do bem transmitido ou simulação de preço, ou seja, declaração de preço superior ao preço real(mente) recebido pelo vendedor. Em ambos os cenários, se o alienante não (conseguir) resolver o contrato/restituir o preço, o comprador-credor (auto-)satisfaz o seu crédito com o bem adquirido e enriquece à custa do empobrecimento do devedor-vendedor e ilegitimamente. Equivale isto por dizer que obtém o resultado económico-jurídico de um pacto comissório. Vejamos: no primeiro caso, porque o credor-comprador *a retro* realiza o seu crédito (preço não restituído) com o ingresso definitivo ou

não entendeu o legislador, acolhendo o resultado dos trabalhos preparatórios e, em particular, a posição de GALVÃO TELLES, de poder a venda *a retro* acomodar “*interesses sérios e legítimos*” de quem “*precisando de dinheiro, não queira todavia recorrer ao crédito*”⁹⁷⁵, julgando a figura a salvo de emprego usurário, com um comando normativo segundo o qual “*o comprador não poderá ser reembolsado de preço superior ao que pagou nem reclamar qualquer vantagem como paga da revogação*”⁹⁷⁶ – “*certo, para mais*” que este instituto “*podará ser coadjuvado por outros, como o da nulidade de contratos gravemente prejudiciais, fundada em lesão*”⁹⁷⁷⁻⁹⁷⁸.

consolidado do bem que lhe foi *vendido*, sem qualquer avaliação da *garantia* (do bem que lhe foi transmitido para assegurar a sua posição creditícia). Para reagir, o devedor-vendedor *a retro* poderá apenas acionar judicialmente o instituto do enriquecimento sem causa (artigos 473.º e seguintes). Na segunda hipótese, ocorre o mesmo fenómeno e efeitos económico-jurídicos, com a diferença de poder suscitar a nulidade por simulação relativa. E, portanto, não dispõe o devedor-vendedor *a retro* de nenhum mecanismo específico para salvaguardar a sua posição se não (puder) resolver o contrato. O que nos leva ao nosso ponto de partida que é a afirmação de o pacto marciano se afigurar como alternativa (também aqui) para acudir ao devedor-vendedor *a retro* e, mais importante, evitar a *consumação* de um pacto comissório no invólucro da legalidade absoluta da venda *a retro*. É que só com a avaliação do real valor do bem transmitido se poderá *legitimar* a consolidação da propriedade na esfera do comprador. Dir-se-á que se alcança idêntico resultado com os mecanismos do enriquecimento sem causa, mas não será onerar excessivamente a posição do devedor-vendedor *a retro* exigir-se-lhe que os accione? É que o mesmo argumento cabe nas situações de pactos comissórios e a doutrina e o legislador entendem, ainda hoje, que o ónus do desencadeamento judicial do instituto do enriquecimento sem causa seria demasiadamente gravoso para o devedor que já inicia o seu relacionamento (relação creditícia) numa posição de *subalternidade* negocial, por necessitar da *colaboração* do credor para a concessão do crédito. Ora, nas situações frequentíssimas de utilização da venda *a retro* como *mútuo garantido pela transmissão do bem vendido a retro*, a posição deste vendedor deve entender-se coincidente com a de um devedor que concorda com a estipulação de um pacto comissório, do ponto de vista da fraqueza negocial, pelo que a lei deveria garantir a sua posição com igual nível de segurança. Nessa medida, só uma entrega ao vendedor da eventual diferença de valor entre preço pago e valor venal, por parte do comprador, reperia o equilíbrio das prestações numa venda *a retro*, isto é, só a actuação dos mecanismos do pacto marciano afastaria o espectro do aproveitamento da situação de necessidade do devedor, pois com o pagamento do valor real pelo bem garantir-se-ia que a transmissão foi feita por *iusto pretio*. Na prática, o *mecanismo marciano* poderia funcionar com o controlo judicial do preço, em que o vendedor *a retro* lançaria mão do *processo especial de determinação do preço* do artigo 1004.º CPC (por analogia, por remissão do artigo 1005.º CPC, em linha com a nossa proposta formulada no âmbito do penhor – *vide supra*).

⁹⁷⁵ Vide penúltima nota.

⁹⁷⁶ Ciente da possibilidade de utilização da “*transmissão da propriedade*” *a retro* como “*cláusula comissória, que em caso de não restituição do capital, pelo resgate, permitirá ao mutuante (comprador) reter como seu o objecto, sem avaliação*”, GALVÃO TELLES entende afastado o perigo “*decretando, como faz o projecto, que o comprador não poderá ser reembolsado de preço superior ao que pagou nem reclamar qualquer vantagem como paga da revogação*” – cfr. do Autor *Contratos civis. Exposição de motivos*, ob. cit., p. 136 e também nota 963. A proposta formulada no *projecto*, a que GALVÃO TELLES se refere, veio a ser acolhida no artigo 928.º CC – norma que proíbe, como dissemos já em texto, que os contraentes de um esquema negocial de venda *a retro* convençionem obrigação de o alienante restituir quantia mais elevada do que o preço por si recebido ou de *compensar* de outra forma o comprador no caso de exercer o seu direito de resolução do contrato.

⁹⁷⁷ Como podemos ler na ob. cit. de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Contratos civis. Exposição de motivos*, p. 30 e nota 947.

⁹⁷⁸ A sugestão de GALVÃO TELLES enunciada no excerto da sua proposta para os contratos em especial, transcrita em texto, não foi acolhida na redacção final do Código Civil de 1966, de previsão de nulidade, *fundada*

E, na verdade, o espírito subjacente ao artigo 928.º CC é coadjuvado, de modo especial, por dois institutos: enriquecimento sem causa e negócios usurários. A protecção do devedor-vendedor *a retro*, quando não resolve o contrato, depende da sua reacção contra os aspectos lesivos do negócio.

Com a actuação dos mecanismos do enriquecimento sem causa, obterá a entrega da diferença de valor do bem sobre o preço pago pelo comprador como conteúdo prestacional da obrigação deste de “*restituir aquilo com que injustamente se locupletou*” (artigo 473.º CC).

A arguição da usura da venda *a retro* pelo devedor-vendedor será o outro mecanismo de reacção, sobretudo se ele não conseguir restituir o preço e resolver o contrato. O artigo 282.º CC permite-lhe requerer a anulação da venda *a retro*, provando que o comprador obteve um *benefício excessivo* com o negócio *explorando a situação de necessidade* do vendedor. *Em lugar da anulação*, diz o artigo 283.º CC, “*o lesado pode requerer a modificação do negócio segundo juízos de equidade*” (n.º 1). E a modificação *segundo juízos de equidade* ocorre outrossim se a parte contrária a aceitar, alternativamente à anulação requerida pelo *lesado* (n.º 2). Em que se traduzirá a *modificação segundo juízos de equidade*? Na “*redução dos benefícios usurários*”, doutrinam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA⁹⁷⁹. Já nos juros usurários, ilustram, “*está naturalmente indicada a redução equitativa da taxa*”⁹⁸⁰. E no caso de preço usurário, isto é, de preço claramente abaixo do valor venal do bem, o prudente arbítrio há-de apontar para fixação judicial de preço mais elevado, com a consequente condenação do comprador *a retro* na entrega da respectiva diferença ao vendedor⁹⁸¹.

em lesão, para os contratos *gravemente prejudiciais*. No Código de Seabra, sim, previa-se a *rescisão dos contratos comutativos por lesão enorme*, mas uma tal acção judicial foi eliminada com a actual lei civil (cfr. M. A. COELHO DA ROCHA, *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Coimbra, 1844, t. II, § 777). Sabemos que as causas de nulidade são apenas aquelas que a lei taxativamente indica e a nossa lei civil deixou de consagrar uma tal sanção para os negócios jurídicos de que resulte *grave prejuízo*. A razão para que o legislador de 1966 não tenha optado por esta solução resultou, de seguro, de uma ponderação de valores entre tutela dos sujeitos em posição negocial mais débil e confiança e segurança do tráfico jurídico. Este último valor corresponde a um princípio fundamental que o legislador julgou ficaria seriamente abalado pela incerteza a que abriria portas tão ampla e genérica causa de nulidade, sendo que os interesses dos contraentes lesados têm o amparo de outros institutos, entre os quais *falta e vícios da vontade* (artigos 240.º e seguintes CC), *negócios com objecto contrário à lei* ou *contrários à ordem pública* (artigo 280.º CC), *fim contrário à lei* (artigo 281.º CC), *negócios usurários* (artigo 282.º CC), *negócios contrários à lei* (artigo 294.º CC), *alteração anormal das circunstâncias* (artigo 437.º CC) e *enriquecimento sem causa* (artigo 473.º CC).

⁹⁷⁹ É o que nos ensinam PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, no seu *Código Civil Anotado*, *op. cit.*, p. 261, em que em anotação ao artigo 283.º CC, escrevem: “*Deixa-se ao prudente arbítrio do juiz a redução dos benefícios usurários, segundo critérios de equidade, e admite-se que a modificação seja requerida não só pelo lesado, mas também pela parte contra quem é requerida a anulação*”. E ilustram: “*Tratando-se de juros usurários, e sem exclusão do caso de mútuo (cfr. n.º 3 do art. 1146.º), está naturalmente indicada a redução equitativa da taxa*”.

⁹⁸⁰ *Vide nota anterior.*

⁹⁸¹ Em alternativa à anulação.

O que encontramos, portanto, nos quadros do enriquecimento sem causa ou dos negócios usurários é o funcionamento do princípio subjacente ao *velho pacto marciano*, razão por que frisamos a necessidade e possibilidade de protecção do vendedor *a retro* para lá do regime privativo da venda *a retro*⁹⁸² e repetimos os alertas sobre a vizinhança deste tipo com o pacto comissório⁹⁸³. O que nos (pre)ocupa é que os nossos tribunais analisem o uso torpe da venda *a retro* muito estancamente na perspectiva da sua qualificação como alienação fiduciária em garantia⁹⁸⁴ e que adiram acriticamente à tese da sua utilização como alternativa lícita ao *clássico* esquema negocial do mútuo garantido por hipoteca ou por penhor⁹⁸⁵. E que a aplicação da norma que proíbe o pacto comissório seja descartada, segundo uma visão que circunscreve a *ratio* do artigo 694.º CC às garantias reais⁹⁸⁶⁻⁹⁸⁷.

No acervo jurisprudencial, não é, de igual modo, frequente anotar-se o enriquecimento ilegítimo do credor-comprador *a retro* que paga pelo bem um preço muito inferior ao seu real valor nem os benefícios usurários a que o comprador pode aceder⁹⁸⁸. Aliás, como, em ambos os institutos, estão em causa vícios susceptíveis de anulabilidade – que não são de conhecimento *ex officio*, portanto (artigo 287.º CC) –, os tribunais ficam logo, *hic sensu*, limitados a aplicar os artigos 473.º e 282.º CC apenas aos casos em que as partes invoquem as enfermidades negociais. Embora as decisões judiciais possam-devam sopesá-las com a menção de não terem sido suscitadas por quem teria legitimidade para tanto. Ao invés, a lei, outrossim para ultrapassar tal constrangimento, feriu o pacto comissório de nulidade, razão por que “*pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal*” (artigo 286.º CC), e o mesmo vale para as demais causas de nulidade. O que nos parece é que em nome dos princípios fundamentais da autonomia privada

⁹⁸² Conforme as observações de GALVÃO TELLES – cfr. ob. cit. nas notas 976 e 977.

⁹⁸³ Posição de fundo de VAZ SERRA vertida em *Penhor*, BMJ, n.º 58, ob. cit., p. 220 (da qual se transcreve um excerto na nota 971).

⁹⁸⁴ Cfr. Ac. TRP, Proc. n.º 4867/06.0TBVLG.P1 (relatora Márcia Portela), Ac. STJ, Proc. n.º 279/2002. E1.S1, de 16 de Março de 2011, (relator Lopes do Rego) – cfr. em www.dgsi.pt.

⁹⁸⁵ Vide Ac. TRP, Proc. n.º 0556754, de 23 de Janeiro de 2006 (relator Caimoto Jácome), Ac. STJ, Proc. n.º 06A2092, de 19 de Setembro de 2006 (relator João Camilo) – cfr. em www.dgsi.pt.

⁹⁸⁶ Os arestos, na fundamentação, não fazem eco sequer das vozes que defendem a aplicação da proibição do pacto comissório fora do âmbito das garantias reais, aos denominados *pactos comissórios autónomos*. Nestas correntes, incluem-se nomes de referência como ENZO ROPPO (que sustenta que nos pactos autónomos reais há violação directa da norma que sanciona o pacto comissório – cfr. do Autor, *Note sopra il divieto...*, op. cit., p. 105), MASSIMO BIANCA (consultar do Autor *Forme tipiche di vendita...*, op. cit., pp. 52-53) e, entre nós, por exemplo, JANUÁRIO GOMES (que na sua ob. cit. *Assunção Fidejussória de Dívida...*, op. cit., p. 95, proclama que “*a aplicação da proibição do pacto comissório aos casos em que os sujeitos visam com a transferência da propriedade (...) uma função de garantia, não é uma aplicação analógica mas directa*”).

⁹⁸⁷ Vide Proc. n.º 06A2092, de 19 de Setembro de 2006 (relator João Camilo) – disponível em www.dgsi.pt.

⁹⁸⁸ Cfr. excepção digna de nota: Ac. TRL, Proc. n.º 33309/07.9TVLSB.L1-8 (relatora Catarina Arêlo Manso) – disponível em www.dgsi.pt.

e da certeza jurídica, há pactos comissórios que passam no crivo judicativo-decisório, porque ancorados na segurança da venda *a retro*. E o problema, reitera-se, coloca-se mais vivamente quando o vendedor deixa de poder resolver o contrato, pois, decorrido o prazo para tal exercício, o direito adquirido pelo comprador firma-se na sua esfera inelutavelmente. Ora, neste caso, se a venda *a retro* serviu, na verdade, como suporte formal de contrato de concessão de crédito com garantia real, então opera os mesmos efeitos e serve os mesmos interesses do que o pacto comissório, logrando as partes o resultado que a lei proíbe com o artigo 694.º CC.

Neste sentido, entendemos que a *ratio* do preceito se estende à venda *a retro*, apesar da admissibilidade expressa da figura⁹⁸⁹⁻⁹⁹⁰. E, em sequência, haverá uma lacuna a integrar no silêncio das partes para a hipótese de não resolução do negócio, porquanto os contraentes não quiseram recebimento de dinheiro em contrapartida de um direito, mas concessão de crédito como contrapartida da titularidade do direito transmitido com a alienação⁹⁹¹. Lacuna a postular, repetimos, intervenção do mecanismo do pacto marciano, isto é, avaliação do bem alienado com entrega pelo comprador ao vendedor *a retro* do eventual excesso de valor relativamente ao preço pago. Resultado a que se chega outrossim com a aplicação do artigo 239.º CC, senão mesmo do n.º 2 do artigo 762.º CC⁹⁹² e que é defendido já por parte da doutrina⁹⁹³.

⁹⁸⁹ MENEZES LEITÃO é um dos Autores que destaca a potencial utilização da venda *a retro* para defraudar a proibição do artigo 694.º CC como obstáculo a ponderar em oposição a um sim acrítico a todos os casos de celebração de venda *a retro*. Como podemos ler na p. 79 da ob. cit. do Autor *Direito das obrigações*, vol. III, *Contratos em especial: “Apesar da previsão expressa da venda a retro pode questionar-se a sua admissibilidade em face do pacto comissório”*.

⁹⁹⁰ E não podemos deixar de manifestar discordância com a análise de RAÚL VENTURA sobre a venda *a retro*, julgando “*mais lógico partir da [sua] licitude genérica (...) para deduzir que o legislador não se impressionou com a possibilidade de ser atingido um resultado semelhante ao do pacto comissório, e isto porque não encarou o mecanismo da venda a retro sob esse prisma*”. Cfr. do Autor *O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro*, op. cit., p. 646.

⁹⁹¹ Seguindo a posição de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “*o fim com que as partes celebraram o contato não pode deixar de ser relevante na solução das questões suscitadas pelo contrato*”. Cfr. ob. cit. do Autor *Contratos atípicos*, p. 251.

⁹⁹² Vide sobre âmbito da vinculação negocial, A. PINTO MONTEIRO, *Erro e vinculação negocial*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 40 e segs., sublinhando-se a afirmação da p. 40, nos termos da qual “*as partes estão vinculadas não só às obrigações que expressamente tenham assumido, mas também às que decorrem («implicitamente», diz-se) da boa fé, da natureza ou finalidade do contrato, do contexto negocial ou de outros factores equivalentes*”. Em sintonia, FRANCISCO B. PEREIRA COELHO, em *Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico*, Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, vol. II: A Parte Geral do Código Civil e a Teoria geral do Direito Civil, Coimbra, 2006, pp. 454 e segs., destacando-se a visão expressa na p. 454 em que o Autor, a respeito da defendida *elasticidade* ou *capacidade expansiva* do teor contratual, afirma “*um tal alargamento do conteúdo contratual (...) fundar-se-á num correcta «interpretação» e «integração» contratuais, em conjugação com critérios de boa fé*”.

⁹⁹³ Afirma LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS que “*se não se chegasse a este resultado por via da integração, os referidos deveres de avaliação (ou venda nas melhores condições de mercado) seriam ainda*

Naturaliter, o cenário equacionado na nossa proposta é o de venda *a retro* com fim de crédito garantido pela transmissão da propriedade em que o preço é claramente inferior ao valor da coisa alienada. Ora, na prática, se da interpretação do contrato resultar que as partes pretenderam mesmo que o comprador adquirisse consolidadamente o bem no caso de o vendedor não resolver o negócio, os *ditames da boa fé* (artigo 239.º CC) clamam necessariamente pela solução apontada ou, de contrário, lograr-se-á um pacto comissório que o crivo judicativo-decisório deixa passar, por interpretação *apertis verbis* do artigo 694.º CC e numa visão da venda *a retro* como modalidade de compra e venda perfeitamente lícita e regularmente utilizável com fim de garantia e com um regime suficientemente protector do vendedor por via do artigo 928.º CC. E se o vendedor *a retro* não (conseguir) resolver o contrato? Se se entender que inexistente lacuna a integrar, a venda *a retro* talqualmente desenhada e querida pelos contraentes opera os exactos efeitos de um pacto comissório, pelo que deve considerar-se nula *ex vi* da proibição deste pacto. Identificando-se uma lacuna, (só) o pacto marciano salva este negócio, o mesmo é dizer a solução imposta pelos *ditames da boa fé* (artigo 239.º e n.º 2 do artigo 762.º CC): avaliar o objecto da venda, entregando o comprador ao vendedor o eventual excesso de valor, para que o credor-adquirente não possa fazer seu o *quid* da garantia do seu crédito *sic et simpliciter* em face da não restituição do preço e para que não enriqueça ilegitimamente à custa do devedor-vendedor, para que não obtenha proveito em resultado do estado de necessidade deste⁹⁹⁴ –, sob pena de o crivo judicativo-decisório deixar passar o que é verdadeiramente grande: como um esquema negocial flagrantemente comissório⁹⁹⁵!

alcançados por imposição da boa fé pós contratual (art. 762.º, n.º 2). Tratar-se-ia de um dever lateral («rectius», de deveres laterais) que nasce depois de extintas as obrigações principais decorrentes do contrato, neste caso depois de decorrido o prazo dentro do qual o vendedor o pode resolver”. Cfr. no escrito do Autor *A venda a retro como instrumento de concessão de crédito garantido*, *op. cit.*, p. 256, (pp. 223-264).

⁹⁹⁴ As *rationes* que a doutrina vem apontando como fundamento da quase perpetuidade da proibição do pacto comissório desde o édito de Constantino (*vide* notas 310 e 327) – cfr. visão da manutenção da proibição do pacto comissório a partir da *lex commissoria* romanista A. BISCARDI, *La «lex commissoria» nel sistema delle garanzie reali*, *ob. cit.*, *passim*, particularmente p. 585.

⁹⁹⁵ Para que tal não aconteça, não se perca de vista o sentido da *sentença* de Marciano (D. 20, I, 16, 9) que nos *ensina* que a verdadeira protecção do devedor (e, portanto a validade do negócio translativo) reside em que a venda (transmissão) seja “*iustio pretio tunc aestimandum*”. Neste sentido, e numa perspectiva de que este parecer vertido no *Corpus Iuris Civilis* consagra uma (rara) interpolação do édito imperial que aboliu a *lex commissoria*, consultar o escrito citado na nota anterior de ARNALDO BISCARDI, *La «lex commissoria» nel sistema delle garanzie reali*, especificamente para a citação transcrita *vide* a p. 585.

4. Alienação fiduciária em garantia

4.1 Raiz e negócios fiduciários

As raízes mais profundas da alienação fiduciária em garantia remontam ao Direito Romano e aos negócios fiduciários. A *fiducia* romanista, como veremos, representava um tipo contratual assente na confiança entre as partes. Este elemento da *confiança* aflora na configuração da alienação fiduciária que pode descrever-se sumariamente como um contrato de alienação – frequentemente a compra e venda – que os contraentes usam para prosseguir um fim mediato de garantia.

Historicamente, situa-se na época de Justiniano (meados do século VI) o quase total desaparecimento da *fidúcia*. Contudo, no século XX, houve um recrudescimento dos negócios assentes na confiança entre as partes que correspondem ao que hodiernamente se designa por *fidúcia* ou por negócios fiduciários⁹⁹⁶⁻⁹⁹⁷.

⁹⁹⁶ Designação que surge na doutrina portuguesa com ORLANDO DE CARVALHO, citando REGELSBERGER, como podemos ler no seu escrito *Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)*, Separata do vol. X do Suplemento ao «Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra», Coimbra, 1952, p. 98.

⁹⁹⁷ Dentro dos negócios fiduciários, habitualmente apontam-se os de tipo romano e os de tipo germânico. Na *fidúcia* de tipo romano, herdeira da figura da *fiducia* romanística, como ensina ALMEIDA COSTA, em *Alienação fiduciária em garantia...*, *op. cit.*, p. 44, “o *fiduciário* ficava investido de um poder jurídico pleno do ponto de vista real, embora limitado pelas partes através da obrigação resultante do «*pactum fiduciae*», para o *consequimento de um escopo mais restrito*”. Nesta modalidade de *fidúcia*, o credor transmissário da propriedade de uma coisa, passava a ser dela proprietário pleno “*fidi fidutiae causa*” e o devedor transmitente e fiduciante, para se defender contra a infidelidade do credor fiduciário, poderia somente recorrer a uma acção de indemnização e não a uma *actio rei vindictio*, não podendo, na verdade, exigir a restituição da coisa. Tinha ao seu dispor apenas a designada *actio fiduciae*, dispondo o credor da *actio fiduciae contraria*.

Sobre a *fidúcia* romana, vide FRANCESCO GALGANO, *La fiducia romanista*, in «Atlas de Derecho Privado Comparado», coordenador Francesco Galgano, con la colaboración de Franco Ferrari y Gianmaria Ajan, traducción de la tercera edición (1999) por Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdera Server, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000, pp. 319-325.

Na *fidúcia* de tipo germânico, explica também ALMEIDA COSTA, *idem*, pp. 44-45, que “a *determinação da finalidade exercia uma influência directa na esfera do poder jurídico do fiduciário, ao qual era transmitido sob condição resolutiva, que se verificava no momento em que se atingia o objetivo visado pelas partes, tornando-se ineficaz todo e qualquer uso contrário a esse fim convencionado*”.

Acerca da temática em torno da distinção entre *fidúcia* de tipo romano e de tipo germânico, consultar ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)*, *op. cit.*, p. 119, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, *ob. cit.*, pp. 263 e segs., JAIME VIDAL MARTINEZ, *La Venta en Garantía en el Derecho civil Comun Español – Estudio Jurisprudencial y Ensayo de Construcción Doctrinal*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, pp. 175 e segs., CESARE GRASSETI, *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, in «Fiducia, Trust, Mandato y Agency», Giuffrè Editore, Milano, 1991, p. 4 e FRANCESCO GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, vol. II, *Le Obligazioni e i Contratti*, tomo I, *Obbligazioni in Generale – Contratti in Generale*, 2.^a edição, Cedam, Padova, 1993, pp. 412 e segs..

Dogmaticamente, nas palavras de MANUEL DE ANDRADE, à luz da tese tradicional, os negócios fiduciários eram reconhecidos pela operação de “*transmissão de bens ou de direitos, realmente querida pelas partes para valer em face de terceiros e até entre elas, mas obrigando-se o adquirente («pactum fiduciae»; cláusula fiduciária) a só exercitar o seu direito em vista de certa finalidade*”⁹⁹⁸.

Visão que aponta como pode ser difícil traçar a fronteira entre os *negócios fiduciários* e os *negócios indirectos*⁹⁹⁹. Suscita problemas conceptuais e, a respeito da reflexão em torno dos *essentialia* de uns e outros, Autores há que defendem que aqueles se distanciam destes pela presença do *pactum fiduciae* que constitui um elemento essencial dos negócios fiduciários¹⁰⁰⁰, em confronto com a corrente que reconduz os negócios fiduciários à categoria dos negócios indirectos¹⁰⁰¹.

O *pactum fiduciae* encerra a estipulação convencional da finalidade em vista da qual o adquirente pode exercer o seu direito, sendo que os fins convencionados podem ser da mais diversa natureza.

Paralelamente, a doutrina aponta ainda uma outra modalidade de fidúcia: a fidúcia inglesa, imersa no instituto dos *trusts* – figura por meio da qual se transferem bens para a esfera jurídica de outra pessoa para que esta pessoa os administre em proveito de terceiro.

Para mais desenvolvimentos sobre fidúcia e *trusts*, vide PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, *op. cit.*, pp. 267 e segs., UMBERTO MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, in «Fiducia, Trust, Mandato y Agency», Giuffrè Editore, Milano, 1991, pp. 17 e segs., MAURIZIO LUPOI, *Trust e sistema italiano: problemi e prospettive*, in «Fiducia, Trust, Mandato y Agency», Giuffrè Editore, Milano, 1991, pp. 101 e segs. e SALVATORE TONDO, *Sul riconoscimento del trust nel nostro ordenamento*, in «Fiducia, Trust, Mandato y Agency», Giuffrè Editore, Milano, 1991, pp. 117 e segs..

De um modo geral, os ordenamentos jurídicos continentais não consagram o *trust*, no sentido em que as suas leis civis não o reconhecem como instituto jurídico, existindo apenas algumas leis avulsas em que esta figura está prevista e regulada.

Entre nós, *de iure condito*, apenas o Decreto-Lei n.º 352-A/88, de 3 de Outubro contempla a figura do *trust*, no diploma que regula a gestão fiduciária *off-shore*.

De iure condendo, há vezes importantes da doutrina a reclamar a sua previsão, como DIOGO LEITE DE CAMPOS e MARIA JOÃO ROMÃO CARREIRO VAZ TOMÉ, na ob. *A Propriedade Fiduciária (Trust). Estudo para a sua Consagração no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1999.

⁹⁹⁸ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, *Facto jurídico, em Especial Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1960, p. 175.

Sentido acompanhado também por CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *op. cit.*, p. 237, BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, vol. I, *ob. cit.*, p. 113 e LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *op. cit.*, p. 316 e *A admissibilidade do negócio fiduciário no direito português*, in «Estudos sobre a Simulação», Quid Juris? Sociedade Editora, Lisboa, 2004, p. 246.

⁹⁹⁹ Para uma leitura vasta sobre as posições a respeito desta questão, vide ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio Jurídico Indirecto...*, *op. cit.*, pp. 118 e segs..

¹⁰⁰⁰ Neste sentido, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *op. cit.*, p. 319 e, na doutrina italiana, FRANCESCO GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, vol. II, *Le Obbligazioni e i Contratti*, tomo I, *ob. cit.*, p. 418.

¹⁰⁰¹ Consultar TULLIO ASCARELLI, *Negócio Jurídico Indirecto*, *Jornal do Foro*, Lisboa, 1965, pp. 13-14.

Classicamente, na *fiducia cum amico*, a transferência da propriedade tinha em vista que o transmissário administrasse ou alineasse o bem¹⁰⁰². E na *fiducia cum creditore*, a transmissão da propriedade tinha como objectivo que a *res* transmitida servisse de garantia do crédito que o transmissário titulava sobre o transmitente¹⁰⁰³. Em termos estruturais, reconhecia-se que integravam os negócios fiduciários duas convenções independentes, denominadas *positiva* e *negativa*. A primeira operava a transferência do direito real ou de crédito. A convenção *negativa* correspondia ao *pactum fiduciae* propriamente dito, e em cujos termos o transmissário-fiduciário assumia uma dupla obrigação perante o transmitente-fiduciante: usar o bem ou direito transmitido apenas no(s) sentido(s) determinado no pacto fiduciário e proceder à sua restituição, uma vez cumprida a finalidade visada com a *fiducia*¹⁰⁰⁴.

Em linha com esta visão, o vínculo nascido entre fiduciante e fiduciário é meramente obrigacional, na medida em que aquele assume perante este, pessoalmente, a obrigação de atingir o fim pretendido, descrito no *pactum fiduciae*¹⁰⁰⁵.

Em consequência, no caso de o fiduciário não cumprir a obrigação assumida, o fiduciante tem apenas o direito de exigir o ressarcimento dos prejuízos que efectivamente sofreu, não podendo exigir a restituição do bem ou direito transmitido.

É precisamente em face da delicada natureza meramente obrigacional do vínculo entre fiduciante e fiduciário que PAIS DE VASCONCELOS conclui que “o negócio fiduciário, na concepção tradicional, assenta mais na confiança do fiduciante no fiduciário do que nos meios de tutela legal”¹⁰⁰⁶.

Na esteira deste pensamento, o que é distintivo nos negócios fiduciários é o excesso de meios usados (com os efeitos reais da convenção positiva) relativamente à finalidade almejada (vertida na convenção negativa, mas com eficácia meramente obrigacional).

¹⁰⁰² Há Autores que apresentam noção mais genérica desta figura, como CASTRO MENDES que perspectiva a *fiducia cum amico* como “negócio fiduciário a escopo de mandato – mandato de alienar ou mandato de administrar –, depósito ou prestação de serviços” (cfr. CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *op. cit.*, p. 238) e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS que define a *fiducia cum amico* ainda mais amplamente, entendendo que nela cabem também as finalidades de comodato, locação, doação por interposta pessoa e doação *mortis causa* (cfr. do Autor *Contratos Atípicos*, *op. cit.*, p. 264).

¹⁰⁰³ Explica PESSOA JORGE em *Mandato sem Representação*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2001, p. 324.

¹⁰⁰⁴ Como podemos ler mais largamente na ob. cit. de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, p. 260 e em BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1921, pp. 114-115.

¹⁰⁰⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, nas suas obras *Contratos Atípicos*, *op. cit.*, p. 259 e *Em Tema de Negócio Fiduciário*, *op. cit.*, pp. 129-130, caracteriza o negócio fiduciário como “um contrato atípico, construído geralmente por referência a um tipo contratual conhecido susceptível de ser adaptado a uma finalidade diferente da sua própria, através de uma convenção obrigacional de adaptação”.

¹⁰⁰⁶ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, *op. cit.*, p. 255.

Em desacordo com esta visão tradicional do negócio fiduciário, há uma corrente doutrinária que identifica como elemento distintivo do negócio fiduciário típico o poder de abuso que é conferido ao fiduciário, afastando a ideia de desproporcionalidade¹⁰⁰⁷.

De acordo com os tradicionalistas, o desequilíbrio resultaria do facto de o fiduciário beneficiar de uma situação jurídica definitiva que na maior parte das vezes é a propriedade plena, limitada só por um simples pacto obrigacional. Como não tem a seu favor qualquer instrumento jurídico com eficácia *erga omnes*, o fiduciante não pode reivindicar de terceiro a coisa que transmitiu ao fiduciário, no caso de este violar o *pactum fiduciae*, por exemplo, vendendo o bem que adquiriu por via deste pacto¹⁰⁰⁸.

Dentro da moldura dos negócios fiduciários, a alienação fiduciária em garantia, diz JANUÁRIO GOMES, caracteriza-se pela “*utilização de um tipo contratual de alienação (normalmente a compra e venda) como tipo de referência, para um fim indirecto de garantia*” e corresponde a um “*contrato construído através da adjunção ao negócio de alienação de um «pactum fiduciae», que disciplina os termos em que o fiduciante-alienante e o fiduciário-adquirente adaptam a operação realizada aos fins de garantia*”¹⁰⁰⁹.

Atento o ressurgimento dos negócios fiduciários e a aptidão dos mesmos como instrumentos jurídicos modeladores de novos tipos de garantias, coloca-se a questão da validade da alienação fiduciária em garantia e dos negócios fiduciários em geral, tanto perante a proibição geral do pacto comissório como pela discussão que suscita a (in)validade dos negócios translativos abstractos à luz do nosso sistema jurídico¹⁰¹⁰.

Assumidamente, há grande controvérsia em torno da figura da alienação fiduciária em garantia entre os doutrinadores de diversos ordenamentos jurídicos. Na Holanda, a alienação fiduciária foi recentemente proibida, sendo que até então era expressamente admitida pelo Código Civil. Já no Quebeque, o legislador optou por solução *salomónica*: permite a utilização da alienação

¹⁰⁰⁷ Neste sentido FRANCESCO GALGANO em *Diritto Civile e Commerciale*, vol. II, *Le Obligazioni e i Contratti*, tomo I, ob. cit., p. 413 e CESARE GRASSETI em *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, op. cit., pp. 5-6, para quem não é rigorosa a afirmação da desproporção de meios no negócio fiduciário, sendo certo que os meios usados são os entendidos como precisos para alcançar os fins queridos pelas partes.

¹⁰⁰⁸ Neste sentido, também FRANCESCO FERRARA, *Della Simulazione dei Negozi Giuridici*, Libreria Oreste Gozzini, Firenze, 1922, pp. 162 e segs..

¹⁰⁰⁹ Cfr. JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 86-87.

¹⁰¹⁰ Como sucede em outros ordenamentos jurídicos próximos do nosso, como o italiano, por exemplo. Cfr. FRANCESCO DI CIOMMO, em *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*, Foro Italiano, 2004, I, 1296, UGO CARNEVALI, *Negoziario giuridico. Negozio fiduciario*, in Enc. giur., Treccani, XX, 1990, R. NITTI, *Negoziario fiduciario*, in Noviss. Dig. it., Torino, 1965 e S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in S. PUGLITTI, *Diritto Civile. Metodo – teoria – pratica*, Saggi, Milano, 1951, pp. 218 e segs..

fiduciária em garantia como garantia de cumprimento das obrigações, mas sujeita o fiduciário à observância das regras de exercício dos direitos do credor hipotecário¹⁰¹¹.

Entre nós, os contratos fiduciários, em geral, não são pacificamente tidos por válidos e os problemas que levantam começam pela ténue fronteira entre *negócios fiduciários* e *negócios simulados* ou, mais amplamente, entre *negócios fiduciários* e *negócios indirectos*, sendo que a doutrina dominante não acolhe a visão segundo a qual um negócio fiduciário é um negócio simulado¹⁰¹². E os problemas continuam relativamente à questão de fundo da (in)admissibilidade dos negócios jurídicos fiduciários dentro do nosso quadro legal^{1013_1014_1015_1016}.

Em Portugal, a alienação fiduciária em garantia é somente reconhecida e admitida, expressamente, no âmbito dos contratos de garantia financeira, pelo Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, permanecendo em aberto a discussão sobre a sua admissibilidade diante da proibição geral do pacto comissório, prevista no artigo 694.º CC.

Diversamente, no Brasil, a alienação fiduciária em garantia é admitida e regulada por lei há largas décadas, pelo que se lhe impõe uma referência particular.

4.2 Do negócio fiduciário típico

Tradicionalmente, a doutrina enquadra o negócio fiduciário entre as figuras afins da simulação¹⁰¹⁷, embora pacífica a consideração de estar em presença de *fattispecies* perfeitamente distintas.

Da realidade material-jurídica, chegam às aras das interrogações ao Direito concretos negócios que os particulares constroem com frequência ao abrigo da autonomia privada que erguem o problema da admissibilidade do negócio fiduciário no nosso quadro legal vigente. Sobretudo

¹⁰¹¹ Para uma leitura mais vasta a respeito das opções legislativas holandesa e do Quebeque, consultar JACQUES AUGER, *Rapport general*, in «Les Garanties de Financement (Journées portugaises)», Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Tome XLVII, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, Paris, 1996, p. 57.

¹⁰¹² É deste *confronto* que ORLANDO DE CARVALHO nos dá conta, como vimos *supra*, em *Negócio Jurídico indirecto*, ob. cit., pp. 129 e segs.. E também VAZ SERRA, *Cessão de créditos*, BFDUC, ano XXX, 1954, ob. cit., pp. 336 e segs. e PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, op. cit., p. 244.

¹⁰¹³ Rejeita os negócios fiduciários MANUEL DE ANDRADE, na sua *Teoria geral*, II, ob. cit., pp. 175 e segs..

¹⁰¹⁴ BELEZA DOS SANTOS também rejeita os negócios fiduciários, como podemos ler na sua ob. cit. *A simulação...*, I, ob. cit., p. 120 e segs..

¹⁰¹⁵ Aceita os negócios fiduciários LUÍS A. CARVALHO FERNANDES – cfr. *Teoria geral*, II, ob. cit., pp. 260 e segs..

¹⁰¹⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, em *Teoria geral*, III, ob. cit., p. 249, aceita os negócios fiduciários.

¹⁰¹⁷ Cfr. BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, vol. I, ob. cit., pp. 120 e segs., MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1960, pp. 175 e segs. e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 2.ª edição, revista, actualizada e aumentada, Lisboa, 1962, pp. 171 e segs..

a vizinhança com a *fiducia cum creditore* romanista, na prática, é comum nos negócios que podem qualificar-se como fiduciários, sendo certo que o próprio legislador tornou o problema novamente actual ao introduzir no ordenamento jurídico português a figura da alienação fiduciária em garantia, em sede de contratos de garantia financeira, com o citado Decreto-Lei n.º 105/2004.

Tendo presente que dogmaticamente se distingue a *fiducia* romanista da *fiducia* de tipo germânico¹⁰¹⁸, centrar-nos-emos no instituto talqualmente se manifesta no sistema jurídico português e que corresponde à *fiducia* de tipo romano¹⁰¹⁹.

A *fiducia* sobre a qual nos debruçaremos remonta ao Direito Romano e traduz-se na singular característica de os poderes resultantes de um comum negócio jurídico translativo se situarem, para uma das partes, *além* daqueles que resultariam apenas como efeito típico do modelo negocial em causa e dos fins perseguidos pelos sujeitos com a celebração daquele concreto negócio, ao que acresce a assunção da obrigação, por banda do contraente que fica investido em tais poderes, da sua utilização unicamente para consecução dos fins queridos pelas partes com a celebração do negócio *in casu*. E esta obrigação de limitação do uso dos poderes, a que fica adstrito este sujeito contratual, dito *fiduciário*, emerge de uma cláusula acessória típica dos negócios desta natureza a que se chama *pactum fiduciae*.

A ideia nuclear de confiança (*fiducia*) que preside à celebração de negócios com estes *essentialia* advém de o transmitente (*fiduciante*) confiar na pessoa do fiduciário e no uso dos poderes que contratualmente lhe confere com respeito pelos exactos fins e limites convencionados no pacto fiduciário.

Assim descrito, resulta que normalmente o negócio fiduciário reveste a forma de contrato, na medida em que a confiança que o fiduciante deposita é dirigida à sua contraparte no negócio. Mas nada impede que a *fiducia* possa assumir-se como negócio jurídico unilateral. E, no quadro legal português, a doutrina anota determinadas hipóteses de negócios estruturalmente unilaterais nos quais identifica os *essentialia* do negócio fiduciário, como veremos *infra*.

De acordo com a sua configuração prática usual, o negócio fiduciário corresponde à alienação de um direito obrigacional ou real, adquirindo o fiduciário, *ex contractu*, o direito transmitido e os respectivos poderes que o integram. E a nota diferenciadora e privativa típica do negócio

¹⁰¹⁸ Sobre a distinção entre a *fiducia* romana e a *fiducia* germânica, vide PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, ob. cit., pp. 263 e segs..

¹⁰¹⁹ Sendo certo que no Direito inglês existe a figura do *trust* que pode considerar-se outrossim de inspiração fiduciária, criada por aquele sistema jurídico de *common law* através da *equity*. Para mais desenvolvimentos, consultar MARIA JOÃO VAZ TOMÉ e DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A Propriedade Fiduciária*, ob. cit., pp. 19 e segs..

fiduciário corresponde à limitação dos poderes transferidos, *de iure*, com o respectivo direito alienado. Por outras palavras, o que distingue o negócio fiduciário do mero negócio translativo que constitui o modelo negocial formalmente adoptado é que a transmissão do direito para o fiduciário é realizada para que este faça um uso das faculdades inerentes ao direito que lhe foi transmitido circunscrito à extensão necessária para a realização do fim que o fiduciante teve (tem) em vista com o acto de alienação. O fiduciante confia, assim, que o fiduciário não utilizará na amplitude máxima os poderes em que fica investido como titular do direito que aquele lhe alienou, mas apenas nos moldes e extensão indispensáveis para lograr o objectivo que o fiduciante persegue com a realização do negócio.

Para tanto, é aposta ao negócio de alienação a cláusula típica do negócio fiduciário (*pactum fiduciae*) que constitui a fonte da limitação dos poderes jurídicos atribuídos ao fiduciário.

O regime aplicável ao negócio fiduciário que tenha por objecto uma coisa será distinto consoante a natureza real ou meramente obrigacional do *pactum fiduciae*.

Prima facie, os pactos fiduciários reais *quoad effectum* fortalecem a posição jurídica do fiduciante, na medida em que a sua eficácia *erga omnes* confere ao autor do negócio o direito de invocar a cláusula fiduciária perante o fiduciário que tenha desrespeitado os limites dos seus poderes usando-os para finalidade diversa da acordada ou até alienando a coisa a terceiro e mesmo perante terceiro adquirente da coisa.

Mas o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais (artigo 1306.º CC) não permite tal solução no nosso quadro legal (nem nos ordenamentos jurídicos com este princípio), salvo se a restrição do direito em causa estiver legalmente consagrada.

Nos negócios fiduciários com *pactum fiduciae* meramente obrigacional, em regra, mais frequentes na prática, perante a infidelidade do fiduciário, o fiduciante, como meios de reacção, disporá dos mecanismos específicos do concreto negócio que celebrou¹⁰²⁰ e, nos termos da responsabilidade civil, direito de indemnização pelos danos causados pela infidelidade¹⁰²¹.

Independentemente da natureza (real ou obrigacional) do *pactum fiduciae*, esta cláusula evidencia outro elemento essencial do negócio fiduciário que se traduz em a finalidade pretendida pelo fiduciante se situar aquém dos efeitos jurídicos típicos do negócio formal adoptado *in casu*.

¹⁰²⁰ Para uma visão mais desenvolvida das possibilidades que se apresentam ao fiduciante, no que diz respeito aos meios comuns de actuação contra o fiduciário *infidel*, consultar PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, na sua obra *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 439-481.

¹⁰²¹ Sem prejuízo de outras sanções que caibam no caso concreto, como por exemplo, a punição do fiduciário *infidel* nos termos do artigo 217.º do Código Penal, nas situações em que o seu comportamento preencha o crime de burla.

Em sequência, assinala-se como nota caracterizadora da *fiducia* a sua directa relação, a montante, com a causa do negócio jurídico e, a jusante, com o seu fim mediato.

É em função do fim mediato que o *pactum fiduciae* é aposto ao negócio. Com ele, pretende o fiduciante limitar os efeitos típicos do negócio jurídico-formal celebrado, cerceando o excesso dos poderes (típicos) inerentes ao direito transmitido (em função e) por meio da estipulação convencional do fim por si querido.

Com a cláusula fiduciária, o autor do negócio (fiduciante) cumpre um duplo objectivo: reduzir o risco de *infidelidade* e definir o conteúdo da *fiducia* (confiança) – fim real do negócio.

O fiduciante querer que o fiduciário utilize os poderes conferidos como efeito típico do direito transmitido pelo negócio formal não é sinónimo de não querer que aqueles poderes sejam atribuídos. A essência da confiança em que assenta o negócio fiduciário, por definição, radica precisamente no facto de o autor do negócio querer os efeitos jurídicos típicos do modelo negocial formal, porque confia que o fiduciário utilizará os respectivos poderes apenas na medida solicitada pela consecução do fim pretendido pelo fiduciante com todo o negócio.

Aliás, este querer do autor do negócio corresponde a uma nota distintiva essencial entre a *fiducia* e a simulação, como veremos melhor *infra*.

Nestes termos, pode descrever-se o negócio fiduciário como o negócio jurídico por meio do qual o fiduciante transmite um certo direito ao fiduciário, com restrição dos poderes tipicamente correspondentes ao direito transmitido, em função do fim pretendido pelo transmitente.

O negócio fiduciário define-se, assim, como um negócio atípico em que as partes adaptam um negócio jurídico típico a um fim diverso da causa do negócio (instrumental) celebrado, por meio da aposição de uma cláusula obrigacional.

4.2.1 Modalidades do negócio fiduciário

Apesar de o negócio fiduciário poder prosseguir uma imensa quantidade e natureza de fins, desde o Direito Romano que se identificam duas grandes modalidades de *fiducia*: a *fiducia cum creditore contracta*¹⁰²² e a *fiducia cum amico contracta*¹⁰²³.

¹⁰²² Para mais desenvolvimentos sobre a figura da *fiducia cum creditore*, consultar SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano, I – Introdução*. Fontes, 2.^a edição, Coimbra, 1973, p. 243, A. SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano – II (Direito das Obrigações)*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 167 e segs., A. VIEIRA CURA, «*Fiducia cum creditore. Aspectos gerais*», Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra: Suplemento, 34 (1981), pp. 1-285 e MAX KASER, *Direito Privado Romano*, tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, revista por Maria Armanda de Saint-Maurice, F. C. G., Lisboa, 1999, pp. 180-181.

¹⁰²³ Sobre a *fiducia cum amico*, vide MAX KASER, *Direito Privado Romano*, ob. cit., pp. 148-149.

A primeira modalidade está relacionada com as finalidades de garantia e verifica-se no exemplo típico em que o devedor aliena ao credor um bem seu, obrigando-se o adquirente a retransmitir-lho (restituí-lo) quando o primeiro cumprir o débito. De contrário, o bem ingressa definitivamente na esfera jurídica do credor-adquirente-fiduciário.

A *fiducia cum amico* prende-se com fins de administração e, por vezes, alienação de património do fiduciante que corresponde tipicamente às situações em que uma pessoa (fiduciante) aliena a outra (fiduciário) certo bem para que este o administre ou venda, assumindo o fiduciário as obrigações correspondentes ao fim pretendido pelo transmitente.

4.2.2 Construção jurídica do negócio fiduciário

A doutrina enfrenta dificuldades na aproximação à natureza jurídica do negócio fiduciário.

A tradicional *teoria do duplo efeito*, da autoria de REGELSBERGER, a quem se atribui a própria criação da denominação *negócio fiduciário*¹⁰²⁴ e que exerceu uma influência decisiva no pensamento doutrinário italiano e espanhol, concebe o negócio fiduciário como uma categoria complexa, integrada pela junção de dois negócios jurídicos distintos na sua natureza e nos seus efeitos típicos, cabendo até afirmar-se que estes dois negócios se situam em oposição recíproca. O nome da orientação (*teoria do duplo efeito*) é, assim, inspirado no posicionamento dos negócios.

De acordo com esta tese, o negócio fiduciário é composto por dois elementos: o negócio real *positivo* que opera a transmissão do direito (real ou de crédito) e o negócio obrigacional *negativo* pelo qual o fiduciário se obriga a utilizar o direito adquirido (apenas) de determinada maneira e a transferi-lo, *a posteriori*, (de novo) para o fiduciante ou para um terceiro que este indicar. Assim, integram a categoria complexa a que corresponde o negócio fiduciário, um negócio real e um obrigacional.

Da natureza obrigacional do negócio *negativo*, emergem duas consequências jurídicas essenciais do negócio fiduciário no seu todo. Por um lado, uma transmissão (que é) perfeita, definitiva e irrevogável, *ex vi* da sua eficácia real e, por outro, uma vinculação que configura uma obrigação, isto é, uma prestação cujo cumprimento é exigível pelo fiduciante e cujo inadimplemento lhe confere o direito a ser indemnizado pelo fiduciário-obrigado. E o direito obrigacional à restituição do bem que o fiduciante titula corresponde ao único poder que este tem sobre o objecto do negócio fiduciário.

¹⁰²⁴ Cfr. FERDINAND REGELSBERGER, *Pandekten*, Ersten Band, Berlim, 1893, p. 518 e *vide* também nota 996.

Importa ainda sublinhar um aspecto adicional caracterizador também do negócio fiduciário e que decorre desta visão: devem considerar-se autónomos os dois negócios que o compõem, no sentido em que se revestem de existências paralelas, desde logo, porque assumem causas perfeitamente distintas. Enquanto o negócio real (*positivo*) tem por fim a causa correspondente ao seu modelo típico jurídico-formal, o negócio obrigacional (*negativo*), diversamente, tem uma causa que corresponde ao conteúdo do *pactum fiduciae* (a denominada *causa fiduciae*)¹⁰²⁵. Esta orientação conheceu alguma repercussão na nossa doutrina mais recuada no tempo. BELEZA DOS SANTOS é um dos Autores que aponta no negócio fiduciário a presença de um “*contrato positivo de transmissão*” causal e de um *pactum fiduciae* que o limita, assinalando que a sua finalidade não coincide com a função económico-jurídica que a lei atribui àquele contrato, em referência à qual lhe associa todos os seus efeitos típicos¹⁰²⁶.

GALVÃO TELLES inicialmente indicava existir no negócio fiduciário um *efeito real translativo* e outro *obrigacional* ou *pessoal* resultantes de dois acordos distintos. E relacionava estes acordos com a citada terminologia de, respectivamente, acordo *positivo* e *negativo*. O doutrinador português inscreve esta alusão na sua exposição do tema, mas logo acrescenta que julga não se tratar de qualificação rigorosa, advertindo: “*verdadeiramente não há dois contratos distintos, mas duas espécies de estipulação ou convenção dentro do mesmo contrato unitário, de natureza mista, simultaneamente «real» e «obrigacional»*”¹⁰²⁷.

Posteriormente, vem subtrair ainda mais importância à configuração do negócio fiduciário apresentada pela *teoria do duplo efeito*, atribuindo aos seus quadros terminológicos mero valor simbólico, “*força sugestiva para dar uma imagem da realidade, visto que por um lado se transfere, «positivamente», o direito, mas por outro se procura, «negativamente», sujeitar a sua utilização a um limite*”¹⁰²⁸.

A teoria do duplo efeito, porque originária num sistema abstracto – o sistema jurídico alemão –, é susceptível de diversas críticas, muito particularmente na passagem para sistemas causais¹⁰²⁹, como o sistema jurídico português. E, na verdade, à luz do nosso quadro legal, o maior reparo que se lhe dirige é o facto de defender a existência de dois negócios jurídicos distintos, entre os quais um negócio jurídico abstracto (de alienação).

¹⁰²⁵ Neste sentido, vide FRANCESCO FERRARA, *Della Simulazione dei Negozi Giuridici*, pp. 162 e segs..

¹⁰²⁶ Para mais desenvolvimentos sobre a visão de BELEZA DOS SANTOS em sintonia com a *teoria do duplo efeito*, consultar a ob. cit. do Autor *A Simulação em Direito Civil*, pp. 116 a 122.

¹⁰²⁷ Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, ob. cit. p. 172.

¹⁰²⁸ Cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, na sua 4.^a edição, p. 189.

¹⁰²⁹ Neste sentido, consultar FREDERICO CASTRO Y BRAVO, *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985, pp. 385 e segs..

Já GALVÃO TELLES, na sua predita crítica a esta tese, sublinha que a concepção do negócio fiduciário como negócio abstracto é consentânea com a visão segundo a qual esta categoria negocial contém dois negócios distintos. Nesta linha, afirma: “*existirão realmente dois factos distintos, o contrato «abstracto de alienação», e, subjacente a ele, a convenção «causal» geradora de mera «obrigação» para o fiduciário*”¹⁰³⁰. Concluindo o Autor que assumindo o negócio fiduciário natureza causal, como defende, o negócio fiduciário configura um único contrato.

Aqui se acolhe a compreensão do negócio fiduciário como negócio causal e unitário, apesar do conteúdo atípico e complexo. A atipicidade, já se vê, deriva da não correspondência com qualquer modelo jurídico-negocial formal previsto pela lei. E a complexidade resulta da circunstância de as partes celebrarem uma transmissão efectiva de um direito (real ou de crédito), em paralelo com uma convenção por força da qual o adquirente de tal direito se obriga a exercê-lo só para a prossecução de certo fim, fim este que é a causa da celebração daquele negócio translativo.

Neste plano, e uma vez assente que o negócio fiduciário constitui um negócio jurídico unitário, não se vislumbra por que não pode, agora, assinalar-se-lhe um *duplo efeito*: *constituição* do fiduciário na titularidade de um direito real ou obrigacional (que lhe é transmitido pelo fiduciante, por meio do negócio translativo adoptado) e *vinculação* a determinada obrigação (que o fiduciário assume nos termos do *pactum fiduciae*).

GALVÃO TELLES proclama que o *duplo efeito* não implica sequer uma discordância entre estipulações negociais. Revestindo-se o *pactum fiduciae* de força meramente obrigacional, não despe o direito transmitido (pelo fiduciante) “*de quaisquer prerrogativas intrínsecas; deixa-o intacto na titularidade do «adquirente» ou «fiduciário» com a exacta extensão que ele possuía nas mãos do «transmitente» ou «fiduciante»*”¹⁰³¹.

Quanto à atipicidade, o negócio fiduciário, reiteramos, apresenta um conteúdo não subsumível a qualquer dos meios legalmente tipificados para a transmissão de direitos. Densificando: não se enquadra na compra e venda, se o direito que transfere for real nem se reconduz à cessão, se o seu objecto for um direito de crédito. E não se assinale a pura ausência de preço, na primeira hipótese, pois o negócio fiduciário, quer aliene um direito real quer transmita um direito de crédito, não se caracteriza por ser (nem é necessariamente) um negócio jurídico oneroso.

O negócio fiduciário é atípico, mas, ainda assim, causal.

Embora não pacificamente, a doutrina refere-se a esta nota por referência ao *pactum fiduciae*, nele identificando a própria *causa fiduciae*.

¹⁰³⁰ Cfr. I. GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 2.^a edição, ob. cit., p. 122.

¹⁰³¹ Vide I. GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.^a edição, ob. cit., pp. 189-190.

Neste plano, perfilha-se o entendimento da *causa fiduciae* como o sentido objectivamente considerado de fim económico-jurídico do negócio¹⁰³². E, em sequência, a *causa fiduciae* poderá ser tão vasta quanto as finalidades acordadas como limite da transmissão fiduciária.

No entanto, e em bom rigor, a *causa fiduciae* emerge, desde logo, da própria distinção entre *fiducia cum creditore* e *fiducia cum amico*.

Na *fiducia cum creditore*, o fiduciante, com a transmissão, visa garantir uma obrigação sua para com o fiduciário. Pelo que a função de garantia é aqui a *causa fiduciae*.

Nos casos de *fiducia cum amico*, a finalidade dominante da alienação pode assumir várias modalidades, conforme o fim que se pretende prosseguir com a transmissão (administração do bem ou alienação do respectivo direito, exercício deste mesmo direito...). Desta multiplicidade de fins, emerge comumente a função de legitimação do fiduciário para exercer os poderes indispensáveis à realização do escopo e é pelos contornos do fim que se deve recortar aqui a *causa fiduciae*.

Nestes termos, é importante definir e diferenciar com exactidão a causa do negócio fiduciário (*causa fiduciae*) da motivação que determinou as partes à celebração do negócio translativo adoptado.

A motivação reconduz-se ao fim imediato do negócio e a *causa fiduciae* enquadra-se nos seus fins mediatos.

Neste sentido, a identificação do fim mediato do negócio fiduciário é relevante quanto ao regime que lhe é aplicável e decisiva no seu próprio valor jurídico, associado, desde logo, ao apuramento da existência de um negócio *contra legem* ou até de *fraus legis*.

4.2.3 Da admissibilidade do negócio fiduciário

Na pergunta se a ideia nuclear dos negócios fiduciários repugna ao nosso Direito, parece-nos que a resposta é claramente negativa, em linha com o entendimento doutrinário dominante.

É certo que a nossa lei consagra modelos negociais construídos em torno do conceito da confiança (*fiducia*) que o autor do negócio deposita no declaratório (negócios unilaterais) ou que cada uma das partes deposita na contraparte (contratos). Tais esquemas negociais podem identificar-se como *negócios fiduciários tipificados*. E em reforço da conceptualização da ideia de haver negócios fiduciários *de iure condito*, o Decreto-Lei n.º 105/2004 prevê *expressis verbis*

¹⁰³² Neste sentido, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Estudos Sobre a Simulação*, Quid Iuris, Lisboa, 2004, p. 254.

a alienação fiduciária em garantia entre as modalidades tipificadas dos contratos de garantia financeira¹⁰³³.

Pese embora a relevância deste exemplo do Direito positivo, a pergunta verdadeiramente interpelante respeita à admissibilidade ou não, à luz do quadro legal vigente em Portugal, dos *negócios fiduciários atípicos*.

Porque entre os *negócios fiduciários típicos*, há manifestações legais dos *essentialia* da *fiducia cum creditore* e, mais frequentemente, da *fiducia cum amico*, como veremos em seguida.

4.2.4 Negócios fiduciários tipificados: *fiducia cum creditore*

Já no Direito Romano havia na realidade material-jurídica um certo grau de insatisfação ante o sistema de garantias reais e remonta a essa época a utilização da *fiducia cum creditore* com a função económica de garantia¹⁰³⁴.

Incluída na galeria das garantias reais, segundo a doutrina romanista¹⁰³⁵, a *fiducia cum creditore* terá sido a “*forma mais antiga*” de garantia real das obrigações, “*caracterizada por uma transferência da propriedade («datio») da coisa, objecto da garantia, para o credor*”¹⁰³⁶.

Desde sempre a *fiducia cum creditore* apresenta claras vantagens para o credor, ao torná-lo proprietário do bem dado em garantia¹⁰³⁷. Hoje, a clara falência do tradicional sistema de garantias reais, aos olhos dos credores das relações jurídico-comerciais transnacionais, fortalece a prática de utilização de novos tipos de garantias reais. Os novos modelos criados ao abrigo da autonomia privada dos sujeitos situam-se, não raro, no limiar do *numerus clausus* dos direitos

¹⁰³³ São duas as modalidades que o contrato de garantia financeira pode revestir, introduzidas no nosso ordenamento pelo Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio: a alienação fiduciária em garantia (artigos 2.º, n.º 2 e 14.º e 15.º) e o penhor financeiro (artigos 2.º, n.º 2 e 9.º a 13.º). Para mais desenvolvimentos, consultar capítulo III, secção I, ponto 2.2.6.

¹⁰³⁴ MAX KASER, *Direito Privado Romano*, ob. cit., pp. 108 e segs..

¹⁰³⁵ Como nos dá conta A. VIEIRA CURA, na sua ob. cit. *Fiducia cum creditore*, p. 147.

¹⁰³⁶ Citações da *op. cit.* de referência de A. VIEIRA CURA, *Fiducia cum creditore*, p. 171.

¹⁰³⁷ Desde o Direito Romano até hoje. Os credores romanos, diz-nos C. LONGO, em «*Fiducia cum creditore*», in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia, 1934, na p. 798: “*não quieriam privar-se de situação assim sólida [que a fiducia cum creditore lhes proporcionava] para se contentarem com a garantia mais débil oferecida pelo penhor ou pela hipoteca*”. Aliás, a prova de que mesmo em plena época clássica a acção real do penhor não era suficientemente segura para o credor deduz-se da sanção criminal dos actos de disposição da coisa empenhada, configurando crime de *estelionato*. Cfr. a descrição de L. GAROFALO, em *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Padova, 1998, pp. 73 e segs.. Actualmente, e “*em todos os ordenamentos jurídicos*”, afirma G. GROSSO, em *Fiducia (diritto romano)*, s.v., in ED, XVII, Varese, 1968, p. 384, “*o elemento da confiança cumpre um vasto complexo de finalidades, além da lei, e, por outro lado, nesta sua função social, pressiona o próprio Direito para que se desenvolva, com a introdução de novos institutos*”.

reais, embora se vão afirmando quais tipos sociais, diremos nos nossos dias, de inspiração anglo-saxónica no *trust* – o bom herdeiro da *velhinha* romanista *fiducia*.¹⁰³⁸

E há Autores que assinalam até a função social que a *fiducia* desempenha e a pressão que ela exerce crescentemente sobre o Direito para incluir o elemento *confiança* nos novos tipos legais¹⁰³⁹.

A mais expressiva manifestação da *fiducia cum creditore* no nosso quadro legal, enquanto negócio fiduciário tipificado, é a alienação fiduciária em garantia, prevista entre as modalidades que podem revestir os contratos de garantia financeira¹⁰⁴⁰, nos termos do n.º 2 do artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, apesar de este diploma corresponder à transposição de uma directiva comunitária¹⁰⁴¹. E a própria norma que consagra esta figura apresenta como nota caracterizadora a transmissão da propriedade (que a alienação fiduciária opera) com função de garantia.

No Código Civil, o exemplo mais notório de uma alienação com cariz de *fiducia* é a *cessão de bens aos credores*, disciplinada nos artigos 831.º a 836.º daquele diploma¹⁰⁴².

E logo na noção que a lei fornece desta figura (artigo 831.º CC) ressalta uma nota de *confiança* (*fiducia*), pela referência a que o devedor cede os seus bens aos credores (alguns ou todos), ficando estes incumbidos de liquidar os bens cedidos, repartindo depois entre si o respectivo produto para realização dos seus créditos, créditos que ficarão extintos na medida do resultado da liquidação (artigo 835.º CC).

Enquanto a cessão se mantiver, diz o artigo 836.º CC (n.º 1), pertencerão, em exclusivo, aos credores cessionários os poderes de administração e disposição sobre os bens cedidos, não atribuindo a lei ao devedor mais do que o direito a fiscalizar a gestão e à prestação de contas, nos termos do n.º 2 da norma citada.

¹⁰³⁸ Bom herdeiro, no sentido de *herdeiro que acrescentou a herança*, porque o *trust* nasceu “como uma situação fiduciária clássica”, mas foi adquirindo vida própria, constituindo “hoje, sem dúvida, uma figura jurídica típica, quer social, quer legalmente”. Cfr. citações em PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, ob. cit., p. 269. E para mais desenvolvimentos sobre *trust*, consultar, entre nós, por todos, a tese de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014.

¹⁰³⁹ Na verdade, Autores como G. GROSSO, *Fiducia (diritto romano)*, op. cit., pp. 384 e segs., anotam que “o elemento da confiança (...) [na] sua função social, pressiona o próprio Direito para que se desenvolva, com a introdução de novos institutos” (p. 384).

¹⁰⁴⁰ A outra modalidade de contrato de garantia financeira é o penhor financeiro (artigo 2.º, n.º 2 do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio). Ver nota 1033.

¹⁰⁴¹ O diploma identificado em texto transpôs para o ordenamento jurídico nacional a Directiva 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho.

¹⁰⁴² INOCÊNCIO GALVÃO TELLES também avança com este exemplo, na sua ob. cit., *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª edição, p. 194.

Por outro lado, o direito de desistência da cessão é concedido ao devedor, a todo o tempo, mas apenas se cumprir integralmente as obrigações que tem junto dos credores cessionários e sem que a desistência tenha efeito retroactivo (artigo 836.º CC).

Assinala-se, assim, no instituto da cessão de bens aos credores uma dupla nota indicativa do seu enquadramento na *fiducia cum creditore*: a função de garantia e de confiança. A função de garantia traduz-se na legitimação dos credores-cessionários, *ope legis*, a exercerem poderes que ultrapassam o fim da cessão (pagamento das dívidas que o devedor-cedente tem para com eles). A função de confiança que a figura tem subjacente é outrossim manifesta, pois o devedor só decide celebrar a cessão de bens se confiar nos cessionários, se confiar que usarão os poderes em que são investidos, orientando a sua actuação pelo fim pretendido¹⁰⁴³.

Nas últimas décadas, na *praxis* bancária assiste-se ao recurso crescente à alienação (fiduciária) em garantia e aos negócios fiduciários com o escopo de segurança dos créditos para ultrapassar a insegurança jurídica que as garantias reais apresentam – desde logo o penhor e a hipoteca: a rigidez da sua disciplina em face da legislação portuguesa, a heterogeneidade dos regimes jurídicos de país para país (sobretudo quanto à sua execução) e a delonga e incerteza de resultado da execução (venda) judicial, aos olhos dos credores, não se afiguram *garantias bastantes* da realização do crédito.

4.2.5 Negócios fiduciários tipificados: *fiducia cum amico*

Uma das figuras mais vezes apontada pela doutrina como configurando um negócio fiduciário tipificado, na modalidade de *fiducia cum amico*, é o mandato para alienação, em sede do mandato sem representação¹⁰⁴⁴⁻¹⁰⁴⁵.

Os argumentos em que se funda a percepção do mandato para alienação, em sede de mandato sem representação, enquanto expressão tipificada da *fiducia cum amico* vale igualmente para a modalidade correspondente do direito comercial: a comissão.

¹⁰⁴³ A doutrina identifica ainda duas outras figuras como exemplos de negócios fiduciários tipificados que apenas indicaremos sem análise dos argumentos para tal qualificação, pelo seu reduzido interesse para o exame da proibição do pacto comissório. Um dos casos é a *cessão do rendimento disponível*, prevista no artigo 236.º do CIRE. O outro exemplo corresponde às situações de endosso com a menção *valor em garantia* ou semelhante que implique caução (artigo 19.º da LULL).

¹⁰⁴⁴ Neste sentido, vejam-se INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4.ª edição, ob. cit., pp. 194-195 e JOÃO CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, AAFDL, Lisboa, 1979, p. 172.

¹⁰⁴⁵ Em sentido contrário, manifesta-se PESSOA JORGE, em *Mandato sem Representação*, op. cit., pp. 320 e segs., sendo certo que apoiado numa visão da figura do mandato sem representação diversa da defendida actualmente.

O mandato sem representação civilístico encontra-se previsto e regulado nos artigos 1180.º a 1184.º CC. A lei comercial consagra e disciplina a comissão mercantil entre os artigos 266.º e 277.º CCom. O que une as duas figuras é a noção legal do negócio subjacente: negócio jurídico pelo qual o mandante encarrega o mandatário de alienar certo bem seu, com a obrigação de cumprir o mandato em nome próprio, e não em nome do (seu) representado.

Para prosseguir este fim, o mandante, por confiar no mandatário, vende-lhe o bem *ab initio*, assumindo o adquirente-mandatário a obrigação de fazer uso do direito de propriedade que lhe foi transmitido apenas para realizar o objectivo de proceder à venda do mesmo bem no interesse do alienante-mandante.

Nestes termos, e observando o fim do mandato não representativo, nasce *ope legis* a obrigação de o mandatário transferir para o mandante todos “os direitos adquiridos em execução do mandato” (artigo 1181.º, n.º 1 CC).

Outra manifestação da *fiducia cum amico* é o endosso de letra para cobrança que ocorre quando no endosso é aposta a fórmula *valor a cobrar, para cobrança, por procuração* ou outra idêntica que signifique um simples mandato, nos termos do primeiro parágrafo do artigo 18.º LULL. Nestes casos, o portador da letra pode exercer todos os poderes intrínsecos ao título de crédito, mas só pode endossá-lo na qualidade de procurador.

Como modalidade de *fiducia* para administração de bens, a doutrina nota na *substituição fideicomissária* ou *fideicomisso* a mais relevante expressão da *fiducia cum amico* no nosso quadro legal.

Encontra-se prevista, em sede de testamento, nos artigos 2286.º a 2296.º CC e no artigo 962.º do mesmo diploma para as doações.

Vislumbra-se na figura do fideicomisso (nas liberalidades preditas) notas indeléveis de *fiducia*, porquanto se traduz na disposição de bens a favor de alguém – a quem a lei chama fiduciário – para que conserve esses bens com a finalidade de reversão, por morte do fiduciário, a favor de outra pessoa – o denominado fideicomissário (artigo 2286.º CC).

Da norma que regula os direitos e obrigações do fiduciário (artigo 2290.º CC), resulta que sobre os bens transmitidos o fiduciário adquire direito que lhe confere os poderes de fruição, uso e administração. No caso de o direito atribuído ao fiduciário incidir sobre coisas, o direito em causa é um direito real de gozo.

Contudo, o preceito seguinte (artigo 2291.º CC) evidencia que o direito que o fiduciário passa a titular como efeito do fideicomisso constitui um direito, por um lado, temporário, vivos, pois a finalidade da substituição fideicomissária é que os bens revertam a favor do beneficiário da substituição e um direito de conteúdo limitado, por outro lado, dado que a lei lhe veda a possibilidade de alienar ou onerar os bens objecto do direito, salvo autorização judicial e em

circunstâncias excepcionais de “*evidente necessidade ou utilidade para os bens*” (n.º 1) ou “*para o fiduciário, contanto que os interesses do fideicomissário não sejam afetados*” (n.º 2).

Em decorrência, aos credores pessoais do fiduciário, determina o artigo 2292.º CC, não assiste o direito de se pagarem pelo valor dos bens sobre os quais incide o fideicomisso, mas de modo exclusivo pelos respectivos frutos.

Aqui a presença das notas caracterizadoras da *fiducia* emerge do limite no exercício do direito atribuído ao fiduciário em função do fim visado pelo autor do negócio – que é a conservação dos bens que correspondem ao objecto do direito, de acordo com os interesses de terceiro indicado pelo fiduciante: o fideicomissário.

A substituição fideicomissária opera por meio de testamento ou doação. Ora, estas liberalidades representam o negócio jurídico instrumental que permite ao fiduciante transferir para o fiduciário os bens objecto do fideicomisso. Mas segundo os efeitos típicos destes actos translativos, o transmissário adquire a plenitude dos poderes inerentes ao respectivo direito transmitido. O fiduciante, porque *confia* no fiduciário, transfere para a sua esfera jurídica, por exemplo, o direito de propriedade sobre certos bens (consequência jurídica típica do testamento ou doação), mas por pretender que ele utilize os poderes intrínsecos ao direito apenas na medida necessária e adequada à finalidade de conservar tais bens para que estes revertam, *mortis causa*, para terceiro, apõe, no próprio negócio translativo, uma cláusula de limitação dos poderes típicos do direito transmitido – que corresponde à cláusula de substituição fideicomissária.

O que existe de específico neste negócio fiduciário é a sua eficácia real. Por corresponder a uma limitação aos direitos reais expressamente prevista na lei, é o próprio princípio do *numerus clausus* que lhe confere eficácia *erga omnes* (artigo 1306.º, n.º 1 CC).

Já nos negócios fiduciários atípicos, determina a lei que as limitações convencionais dos direitos reais assumem apenas “*natureza obrigacional*” (segunda parte do n.º 1 do artigo 1306.º CC).

4.2.6 Admissibilidade dos negócios fiduciários atípicos

A orientação da doutrina portuguesa no tocante à validade dos negócios fiduciários atípicos, à luz do nosso quadro legal, sofreu uma profunda mudança na passagem do Código de Seabra para o Código Civil de 1966.

Na verdade, a posição dominante na vigência da lei civil oitocentista era desfavorável à admissibilidade de tais negócios, sendo certo que hoje os doutrinadores propendem para a sua aceitação¹⁰⁴⁶⁻¹⁰⁴⁷.

¹⁰⁴⁶ Entre os *opositores* à admissibilidade dos negócios fiduciários atípicos, ao tempo do Código de Seabra, contam-se BELEZA DOS SANTOS, CUNHA GONÇALVES, MANUEL DE ANDRADE, ORLANDO DE

No desenrolar dos trabalhos preparatórios do actual Código Civil, VAZ SERRA propõe a admissibilidade dos negócios fiduciários, em sede de cessão de créditos.

Depois da entrada em vigor do Código Civil de 1966, as opiniões dos doutrinadores têm-se revelado em sentido favorável à licitude dos negócios fiduciários, podendo afirmar-se a existência, hoje, de pacífico entendimento nessa direcção¹⁰⁴⁸⁻¹⁰⁴⁹.

A mudança de posição da doutrina ocorreu, reiteramos, com a alteração profunda da legislação civilística operada com a entrada em vigor do Código Civil de 1966. Vale por dizer que a admissibilidade da fidúcia radica na própria opção legislativa. Mas para uma melhor apreensão da actual posição *afirmativista*, importa conhecer também os argumentos da orientação pretérita: a *tese negativista*.

4.2.6.1 Tese negativista

Na doutrina portuguesa, o Autor da posição que negava a licitude dos negócios fiduciários à luz do nosso Direito foi BELEZA DOS SANTOS.

A orientação do doutrinador foi plenamente acolhida pelo Código Civil de 1867 e, portanto, durante a sua vigência, a tese larguissimamente dominante vedava aos particulares a celebração de *actos fiduciários*.

A tese negativista repudia o negócio fiduciário, porque tem dele a visão de um negócio cujo fim genuinamente querido pelas partes contraria os respectivos efeitos jurídicos legalmente tipificados.

Com efeito, BELEZA DOS SANTOS nota que o *acto fiduciário* congrega um contrato positivo de transferência de um direito, com determinada causa, e um acordo (*pactum fiduciae*) que o restringe.

CARVALHO e PESSOA JORGE. Cfr. estas posições junto de, por exemplo, CASTRO MENDES, na sua ob. cit. *Teoria Geral*, vol. II, p. 171.

¹⁰⁴⁷ AINOCÊNCIO GALVÃO TELLES atribui-se uma posição intermédia, na medida em que defendia a licitude dos negócios enquadráveis na *fiducia cum amico*, mas já reputava inválidos os negócios que se reconduzissem à figura da *fiducia cum creditore*, por entender acarretarem fraude à lei. Cfr. do Autor *Manual dos Contratos em Geral*, op. cit., pp. 192 e segs..

¹⁰⁴⁸ Na linha de pensamento a favor da admissibilidade da fidúcia à luz do Direito português, incluem-se CASTRO MENDES, CARVALHO FERNANDES, JANUÁRIO GOMES, BIGOTTE CHORÃO, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS e OLIVEIRA ASCENSÃO.

Para mais desenvolvimentos sobre a posição de LUÍS CARVALHO FERNANDES, consultar a sua ob. cit. *Estudos sobre a Simulação*, p. 260.

¹⁰⁴⁹ GALVÃO TELLES, já na vigência do actual Código Civil português, reafirmou a posição favorável à admissibilidade apenas dos negócios de *fiducia cum amico*, pois, como vimos (cfr. penúltima nota), entende que a *fiducia cum creditore* comporta *fraus legis*.

Defende o Autor que esta limitação ocorre em termos que evidenciam que o verdadeiro fim do contrato deixa de ser aquele em função do qual a lei atribuiu os efeitos próprios do negócio adoptado pelas partes. E esta contradição absoluta entre a causa real e os efeitos típicos demonstra que o negócio fiduciário desvirtua o modelo jurídico-formal do tipo firmado. Concluindo o doutrinador pela defesa da incompatibilidade dos sistemas jurídicos de negócios causais (como o nosso) com negócios como o *acto fiduciário*, porquanto “a estrutura do *acto fiduciário* não é compatível com o sistema do nosso direito”, sendo nulo, portanto. Nulidade que se estende ao negócio a que o *pactum fiduciae* é aposto, dado que este acordo representa a cláusula essencial de todo o esquema negocial, representa a “cláusula primacial”¹⁰⁵⁰.

A tese negativista, ao tempo da vigência do Código de Seabra, conheceu muitos seguidores, sendo que nem sempre coincidentes no argumentário em que se fundava cada posição de rejeição dos negócios fiduciários.

A visão de CUNHA GONÇALVES, *verbi gratia*, apresentava uma razão *de iure condito* para sustentar não dever admitir-se a validade dos negócios fiduciários. Segundo o seu pensamento, a proibição da venda *a retro* (do artigo 1586.º do Código Civil de 1867) justificava, *de per se*, a tese da inadmissibilidade dos negócios fiduciários, reforçada pela inexistência de um preceito legal de autorização expressa de qualquer modalidade de tal categoria negocial. Por outro lado, notava que as estatuições normativas de proibição das transmissões a favor de pessoa incapaz realizadas por interposta pessoa (artigos 1481.º, 1567.º e 1783.º do mesmo diploma) indicavam também como solução mais coerente com a opção do legislador, cria, a do sancionamento dos negócios fiduciários. A estes argumentos, acrescentava o entendimento de que o quadro legal apenas admitia um direito de propriedade provisório nos casos de subordinação a uma condição e não provisoriedade do direito real por excelência em função da boa fé do transmissário¹⁰⁵¹.

Para além da desarmonia nas premissas apresentadas por estes cultores da tese negativista, embora convergentes na conclusão de invalidade da categoria de negócio em causa, assinala-se a discordância relativamente à qualificação de determinadas formações negociais como *acto fiduciário*.

Assim, por exemplo, no tocante à hipótese de depósito de acções, em nome de terceiro (*testa-de-ferro*), por meio da figura do desdobramento de acções para efeitos de votação em assembleia geral, ambos repudiavam a licitude do esquema negocial. Para BELEZA DOS SANTOS, por

¹⁰⁵⁰ Nas palavras de BELEZA DOS SANTOS – cfr. *A Simulação em Direito Civil, op. cit.*, vol. II, pp. 122-124.

¹⁰⁵¹ Cfr. CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, *op. cit.*, vol. V, p. 716.

se tratar de acto reconduzível à categoria do negócio fiduciário¹⁰⁵², enquanto que aos olhos de CUNHA GONÇALVES não se tratava de uma manifestação de negócio fiduciário¹⁰⁵³.

MANUEL DE ANDRADE, comungando da visão do negócio fiduciário de BELEZA DOS SANTOS, defende que tal categoria negocial apenas será admissível em sistemas jurídicos de transmissão de direitos como o alemão que admitem *expressis verbis* a transferência abstracta de direitos e nunca no Direito português que dispõe de um sistema de transmissão de direitos necessariamente causal, embora com múltiplas fontes.

Este Autor defende a tal ponto a eficácia meramente obrigacional do *pactum fiduciae* que conclui pela sua inoponibilidade (mesmo) a terceiros de má fé¹⁰⁵⁴. Aliás, defende que só deviam considerar-se admissíveis como negócios translativos de direitos válidos as transmissões operadas de acordo com modelos negociais previstos expressamente na lei. Pelo que para a transmissão de direitos, tal como em sede de direitos reais, valeria o princípio do *numerus clausus*. Debruçando-se sobre as duas grandes espécies de negócio fiduciário, reiterava a inadmissibilidade, apontando, para a celebração de um acto da natureza da *fiducia cum creditore*, “a necessidade para o credor de recorrer ao procedimento judicial” que a seu ver seria uma “exigência imperativa da lei”¹⁰⁵⁵. No tocante à *fiducia cum amico*, defendia que ainda que “suposto que não haja nada de ilícito nesse expediente (...) o tratamento próprio da simulação é bastante para satisfazer os legítimos interesses das partes ou de terceiros”¹⁰⁵⁶⁻¹⁰⁵⁷.

Summo rigore, GALVÃO TELLES, não era *negativista puro*. Aqui cumpre uma referência à sua reprovação da *fiducia cum creditore*, sendo certo que julgava admissível a figura da *fiducia cum amico*¹⁰⁵⁸.

ORLANDO DE CARVALHO apresentava uma opinião muito próxima da de MANUEL DE ANDRADE. Para o Mestre, a inadmissibilidade do negócio fiduciário resultava da natureza causal do sistema português do negócio jurídico que não permitia negócios abstractos e

¹⁰⁵² Como resulta da opinião expressa por BELEZA DOS SANTOS na sua ob. cit. *A Simulação em Direito Civil*, vol. I, p. 265.

¹⁰⁵³ Como podemos ler em CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, op. cit., vol. V, 717 e em *Comentário ao Código Comercial Português*, vol. I, Empresa Editora J. B., Lisboa, 1914, pp. 462-464.

¹⁰⁵⁴ Esta posição extrema das consequências jurídicas da natureza obrigacional da cláusula fiduciária, consta da obra de referência do Autor. Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, op. cit., vol. II, p. 177.

¹⁰⁵⁵ Nesta afirmação, MANUEL DE ANDRADE excepciona o caso do penhor, nos termos do artigo 864.º do Código Civil de 1867.

¹⁰⁵⁶ A posição do Autor encontra-se vertida em MANUEL DA ANDRADE, *Teoria Geral...*, op. cit., vol. II, pp. 176-179.

¹⁰⁵⁷ GALVÃO TELLES manifestou-se absolutamente contrário a esta tese, entendendo admissíveis as formações negociais qualificáveis como *fiducia cum amico* (vide nota 1047).

¹⁰⁵⁸ Vide nota anterior.

subscrevia ainda a identificação de um *numerus clausus* para os contratos com eficácia real. E, em consequência, o insigne Professor reputa inválidos os negócios fiduciários, por “*causalidade atípica*”¹⁰⁵⁹.

Outro dos Autores que se inclui entre os *negativistas* é PESSOA JORGE, apoiando-se nas premissas de BELEZA DOS SANTOS e de MANUEL DE ANDRADE para justificar a sua visão. Subscreve o entendimento do negócio fiduciário como contendo uma limitação ao direito transmitido operada pelo *pactum fiduciae*, de natureza meramente obrigacional, não podendo sustentar-se a sua eficácia real por incompatibilidade com a regra do *numerus clausus* de direitos reais. Expõe que teria de reconhecer-se o negócio fiduciário como translativo abstracto para justificar que comporte, por definição, “*colisão de causas*”. É que se “*se construir o negócio fiduciário como a reunião de dois actos jurídicos distintos – o acto de translação do direito e o chamado «pacto de fidúcia» ou cláusula fiduciária*” não pode conceber-se esta categoria negocial, conclui, senão como negócio translativo abstracto. O que, adverte, é totalmente inconciliável com o sistema jurídico português¹⁰⁶⁰. A questionação dialógica que encontramos neste pensamento é relativa à bondade da concepção do negócio fiduciário como negócio unitário, ao qual se possa apontar como causa específica a chamada *causa fiduciae*. O Autor reflecte e argumenta que sob este prisma, na verdade, o obstáculo dogmático da translação abstracta desaparece. Considerando ao qual se junta a alegação de que inexistindo verdadeiramente a regra do *numerus clausus* em sede de negócios reais, então, não pode deixar de se admitir a *causa fiduciae*. No final deste exercício de equação académica, reputa como “*mero artifício dialéctico*”¹⁰⁶¹ a questão da *causa fiduciae* e declara-se alinhado com a orientação da inadmissibilidade do negócio fiduciário por incoerência com o sistema jurídico português¹⁰⁶².

Sumarizando o tronco argumentativo comum da tese negativista, vemos que as duas razões que os seus seguidores mais sublinham para defender a inadmissibilidade do negócio fiduciário no sistema jurídico português, ao tempo do Código de Seabra, são essencialmente a questão da natureza causal dos negócios translativos de direitos reais e a regra do *numerus clausus* dos

¹⁰⁵⁹ Como podemos ler em ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio Jurídico Indirecto*, *op. cit.*, em que o Autor afirma que “*ou tenha o negócio fiduciário de construir-se como um negócio abstracto incompatível com os sistemas latinos, ou venha a aceitar-se (...) o «numerus apertus» dos contratos com eficácia real e, portanto, a causalidade atípica do negócio fiduciário, ou ainda (...) se concebam negócios fiduciários abstractos e negócios fiduciários causais atípicos*” (cfr. *ob. cit.* do Autor, pp. 110-111).

¹⁰⁶⁰ Cfr. pensamento e citações do Autor, em PESSOA JORGE, *O Mandato Sem Representação*, *ob. cit.*, pp. 324-329.

¹⁰⁶¹ GALVÃO TELLES discorda expressamente desta visão de PESSOA JORGE sobre a *causa fiduciae* e expõe a sua divergência em *Manual dos Contratos em Geral*, *op. cit.*, 2.^a edição, p. 177.

¹⁰⁶² Cfr. PESSOA JORGE, *O Mandato Sem Representação*, *op. cit.*, pp. 324-329.

direitos reais e dos negócios reais *quoad effectum*. Vale isto por dizer que a tese negativista parte de considerandos que se prendem, de um lado, com uma específica concepção do negócio fiduciário e, de outro, com a questão da identificação de uma verdadeira *causa fiduciae* – questão em que nem todos os Autores coincidem, como vimos.

Ora, a evolução doutrinária que se assinala com a entrada em vigor do Código Civil de 1966 acontece precisamente em torno de um processo de revisitação dogmática destas duas grandes questões.

4.2.6.2 Tese afirmativista

Ainda na vigência do Código oitocentista, e embora em termos contidos GALVÃO TELLES e VAZ SERRA admitiam a compatibilidade dos negócios fiduciários com o quadro legal em vigor ao tempo.

O primeiro, vimo-lo, percebe o negócio fiduciário como unitário, sem prejuízo de nele identificar duas estipulações convencionais claramente distintas. Por outro lado, defende, não colhe o pressuposto da tipicidade dos negócios com eficácia real, porquanto a regra do *numerus clausus* é apenas aplicável aos negócios jurídicos translativos que tenham por objecto direitos reais, não se estendendo aos *contratos alienatórios*, na sua terminologia¹⁰⁶³. Em sequência do arredamento desta justificação e sopesando, em harmonia com os negativistas, a inadmissibilidade dos negócios translativos abstractos no sistema jurídico português, crê que a reflexão acerca do negócio fiduciário, ressalvadas situações excepcionais, deve realizar-se pela sua consideração de “*contrato cuja causa ou fim seja transferir a outrem, fiduciariamente, a propriedade de uma coisa ou de um direito*”. Segundo o doutrinador, tal significa que o problema fulcral é a admissibilidade geral da causa fiduciária e especificamente de certa *causa fiduciae* que as partes prevejam no concreto negócio que celebrem¹⁰⁶⁴.

Aqui chegado, GALVÃO TELLES realiza um salto qualitativo na sua posição e sustenta que no nosso ordenamento jurídico a *causa fiduciae* em geral é admissível na *fiducia cum amico*, mas incompatível com a *fiduciae cum creditore*. Descortina a harmonia da *causa fiduciae* da *fiducia cum amico* na previsão legal da figura do mandato sem representação que a seu ver corresponde a um negócio de pendor fiduciário. Inversamente, na *fiducia cum creditore*, identifica uma situação de *fraus legis*, por entender que configura “*desvio a disposições limitativas, protectoras*

¹⁰⁶³ Opinião que resulta do pensamento que GALVÃO TELLES manifesta na ob. cit. *Manual dos Contratos em geral*, 2.^a edição, p. 178.

¹⁰⁶⁴ Vide I. GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, op. cit., 2.^a edição, p. 177.

dos legítimos interesses do dono do objecto de garantia ou até de terceiros, em matéria de hipoteca ou de penhor”¹⁰⁶⁵⁻¹⁰⁶⁶.

VAZ SERRA situa-se outrossim entre os *afirmativistas*, colocando, desde logo, interrogações sobre a aplicabilidade do princípio do *numerus clausus* aos negócios com eficácia real. Abordando a temática sob o prisma da cessão de créditos, acaba por não se pronunciar definitivamente sobre aquela questão, assinalando, no entanto, a admissibilidade de solução distinta, desde que *in casu* se possa afirmar a existência de uma causa *justa* para a transmissão, defendendo, nessa medida, que a própria lei, em função de um critério de dignidade legal, autorize “*contratos inominados reais, que se julguem dignos de protecção, como seja um negócio fiduciário de transmissão*”¹⁰⁶⁷. O Professor, no âmbito da análise da cessão de créditos, debruçando-se sobre a natureza da figura, e reflectindo se deve considerar-se negócio abstracto ou causal, teoriza que a admissibilidade do negócio fiduciário, por ser abstracto, não abala a qualificação da cessão de créditos como causal. Na sua perspectiva, o argumento que obstaculiza a aceitação da fidúcia no sistema jurídico português afasta-se à luz do princípio da autonomia privada. A liberdade contratual que assiste aos particulares, apoiada num fim digno de protecção do Direito, pode dar existência a um negócio perfeitamente válido de cessão de créditos com *causa fiduciae*¹⁰⁶⁸.

Sem embargo, o doutrinador ressalva, *de lege ferenda*, a necessidade de a cessão de créditos fiduciária ficar expressamente sujeita a determinadas normas da disciplina do penhor, como a eficácia real *quoad constitutionem* e a proibição de pacto comissório¹⁰⁶⁹.

Este pensamento é retomado pelo Autor nos trabalhos preparatórios do Código Civil, no regime que propõe para o penhor, escrevendo que “*não parece que, entre nós, se for admitida transmissão fiduciária para fins de garantia, deva poder ela iludir as regras fundamentais do penhor*”¹⁰⁷⁰.

Já com o actual Código Civil plenamente em vigor, CASTRO MENDES, retomando o argumento da primazia da autonomia da vontade, defende a admissibilidade do negócio fiduciário, em homenagem àquele princípio expressamente consagrado no artigo 405.º CC, e acrescenta o argumento de existirem já *de iure condito* casos de limitação ao direito de propriedade com natureza obrigacional – como claramente aponta o próprio preceito que enuncia a regra do *numerus clausus*, ao estabelecer como consequência de “*toda a restrição resultante de negócio*

¹⁰⁶⁵ Cf. I. GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral, op. cit.*, 2.ª edição, p. 178.

¹⁰⁶⁶ GALVÃO TELLES, mesmo depois da entrada em vigor do Código Civil de 1966, manteve, no essencial, posição favorável à *fiducia cum amico* e contrária à admissibilidade da *fiducia cum creditore*, como resulta da 4.ª edição da sua *op. cit. Manual dos Contratos em Geral*, pp. 194-195.

¹⁰⁶⁷ Cf. VAZ SERRA, *Cessão de Créditos ou de Outros Direitos*, in BMJ, Número especial, 1955, pp. 170-172.

¹⁰⁶⁸ Como resulta da opinião que o Autor exprime na *ob. cit. Cessão de Créditos*, pp. 172-173.

¹⁰⁶⁹ Posição que VAZ SERRA sustenta na sua *ob. cit.*, *Cessão de Créditos*, pp. 189 a 191.

¹⁰⁷⁰ Como se pode ler em VAZ SERRA, *Penhor, op. cit.*, BMJ, n.º 58, p. 137.

jurídico”, fora dos casos legalmente previstos, a atribuição de “*natureza obrigacional*”¹⁰⁷¹⁻¹⁰⁷². E conclui que os negócios fiduciários deverão admitir-se na medida em que a *causa fiduciae* represente interesses legítimos do fiduciante¹⁰⁷³. O Autor faz assim uma generalização da posição de VAZ SERRA – apresentada numa perspectiva especificamente dirigida à cessão de créditos, como vimos.

CASTRO MENDES convoca a ideia de GALVÃO TELLES de fraude à lei a respeito da *fiducia cum creditore*, mas faz agora o percurso inverso do que realizou com a argumentação de VAZ SERRA e restringe a solução de sancionamento absoluto daquela modalidade de fidúcia apenas à hipótese de defraudação legal, discordando da visão de GALVÃO TELLES sobre a *fiducia cum creditore* como negócio que necessariamente implica *fraus legis*. *De iure condito*, CASTRO MENDES aponta que a consagração legal do mandato sem representação configura uma justificação adicional para se admitir o negócio fiduciário, porquanto nas hipóteses de mandato com o fim de alienação, é uma verdadeira manifestação de fidúcia¹⁰⁷⁴⁻¹⁰⁷⁵.

OLIVEIRA ASCENSÃO, embora em breve referência, admite a validade do negócio fiduciário no quadro legal português¹⁰⁷⁶.

JANUÁRIO GOMES inclui-se outrossim entre os Autores *afirmativistas*, contudo excepciona da admissibilidade da fidúcia casos que configurem uma transmissão com escopo de garantia, por entender que frustram a proibição legal do pacto comissório¹⁰⁷⁷.

PAIS DE VASCONCELOS constrói a sua posição de compatibilidade da fidúcia com o nosso quadro legal partindo do exame da *tese negativista*¹⁰⁷⁸. Começando pelo argumentário do autor do *negativismo*, anota que caem por terra as suas premissas essenciais: a contradição entre *causa fiduciae*, fim típico do negócio talqualmente concebido pelo legislador e tipicidade dos negócios reais *quoad effectum*. Sublinha ser hoje doutrina pacífica a atipicidade dos negócios com eficácia real, razão que compromete toda a solução preconizada por BELEZA DOS SANTOS. Por outra banda, e apesar de a questão da tipicidade constituir o pilar central da orientação negativista, debruça-se ainda sobre os demais argumentos. E avança que relativamente à desarmonia entre a causa negocial e a causa fiduciária, ela não contende com a validade, mas sim com a tipicidade,

¹⁰⁷¹ Cfr. CASTRO MENDES, *Teoria Geral*, *op. cit.*, pp. 171-172.

¹⁰⁷² Citações retiradas do artigo 1306.º do Código Civil.

¹⁰⁷³ *Vide* penúltima nota.

¹⁰⁷⁴ *Idem*.

¹⁰⁷⁵ BIGOTTE CHORÃO subscreve argumentário e posição de CASTRO MENDES.

¹⁰⁷⁶ Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil Teoria Geral*, vol. II, *Acções e factos jurídicos*, 2.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 308 e 326 e vol. III, *Relações e situações jurídicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 308 e 309.

¹⁰⁷⁷ Cfr. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, *op. cit.*, p. 99.

¹⁰⁷⁸ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, *ob. cit.*, pp. 278 e segs..

do negócio. Daí não resulta, diz, a ilicitude, pelo menos não necessariamente e, no limite, verificando-se que a *causa fiduciae* corresponde a uma causa-função atípica, a consequência é somente a ausência de tutela legal de tal negócio.

No tocante à *fiducia cum creditore*, PAIS DE VASCONCELOS rejeita o argumento da sua inadmissibilidade *ex vi* da proibição do pacto comissório. Entende o Autor que o impedimento legal de tal pacto tem aplicação directa somente à hipoteca. Quanto ao penhor, a consagração da proibição é indirecta¹⁰⁷⁹. Mais apoia este entendimento no texto do n.º 2 do artigo 675.º CC e a previsão *expressis verbis* da possibilidade de as partes acordarem em entregar o objecto da garantia ao credor pignoratório pelo valor fixado pelo tribunal. E assinala ainda que o espírito da lei ao proibir o pacto comissório sempre estaria abonado pelas normas sancionatórias da usura¹⁰⁸⁰. CARVALHO FERNANDES apresenta uma visão também alinhada com a tese afirmativista, hoje dominante. Aceita a caracterização do negócio fiduciário como negócio unitário, ainda que com um conteúdo complexo e atípico, indicando a complexidade como resultado da aposição de uma cláusula no acto translativo (normalmente um negócio jurídico típico), por meio da qual se encaminham os poderes atribuídos ao fiduciário, como efeito da transmissão, em função do fim pretendido pelo autor do negócio¹⁰⁸¹. O negócio translativo pode identificar-se “«*brevitatis causa*», como negócio fundamento”, vislumbrando que tanto pode ser de natureza abstracta como causal, sendo certo que o negócio fiduciário será sempre causal e “*a sua função económica-social diz-se «fiduciária»*”¹⁰⁸². E dá por assente que o nosso sistema jurídico inclui negócios legalmente tipificados que partilham *essentialia* com ambas as modalidades de fidúcia. Na verdade, pode afirmar-se que a doutrina reconhece hoje que está ultrapassado o maior escolho com que se deparava a tese da aceitação da possível compatibilidade do negócio fiduciário típico com o ordenamento jurídico português: a validade da *causa fiduciae*. Contudo, os *negativistas* diziam que o maior impedimento para se admitir a fidúcia era o princípio do *numerus clausus* – extensivo aos contratos com eficácia real, de acordo com a sua visão. Ora, neste domínio, hodiernamente não se contesta a atipicidade dos negócios reais *quoad effectum*¹⁰⁸³, pelo que se afasta mais um argumento que militava no sentido do *não* aos negócios fiduciários. E trata-se de

¹⁰⁷⁹ Esta posição em que PEDRO PAIS DE VASCONCELOS defende que a proibição do pacto comissório diz apenas respeito à hipoteca pode ser consultada em *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 483.

¹⁰⁸⁰ *Idem*.

¹⁰⁸¹ LUÍS A. CARVALHO FERNANDES exprime esta sua posição na sua ob. cit. *Estudos sobre a Simulação*, pp. 267 e segs..

¹⁰⁸² Estas citações, constam da ob. cit de LUÍS A. CARVALHO FERNANDES *Estudos sobre a Simulação*, p. 268.

¹⁰⁸³ Neste sentido, *vide*, por todos, OLIVEIRA ASCENSÃO, em *A tipicidade dos Direitos Reais*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1968, pp. 168 e segs. e do mesmo Autor *Direito Civil. Reais*, 5.ª edição, revista e ampliada, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 286-287.

uma razão de fundo, porque sem o afastamento da regra do 1306.º CC para negócios reais quanto aos efeitos, porventura ainda hoje o *afirmativismo* enfrentaria sérias dificuldades, na medida em que um dos seus alicerces, senão mesmo o alicerce, é o princípio da primazia da autonomia da vontade. E um dos limites que a liberdade contratual proclamada no artigo 405.º CC conhece é a regra da tipicidade dos direitos reais – perante a qual sempre teria (tem) de ceder.

Com efeito, as fundações da tese afirmativista emergem da destruição dos pilares do pensamento dominante ao tempo do Código de Seabra. Com o alvorecer do pensamento do Direito português à luz do Código Civil de 1966, rasga-se caminho para o sim à pergunta da harmonização da fidúcia com o novo quadro legal, pela via da admissibilidade da *causa fiduciae* que apaga as reticências doutrinárias colocadas em virtude da natureza causal do nosso sistema de negócio jurídico e do *numerus clausus* dos direitos reais.

Respalhada no princípio que confere aos particulares liberdade de celebração de negócios jurídicos fora dos arquétipos previstos pela lei, a tese da admissibilidade dos negócios fiduciários reforça-se outrossim na expressa previsão legal de negócios com características fiduciárias, sem que se questione a sua coerência sistemática com o ordenamento jurídico no seu todo.

Esta posição teórica não envolve necessariamente reconhecer, sem mais, validade aos negócios fiduciários. É que atendendo à sua elasticidade estrutural e de conteúdo, importa salvaguardar a tese afirmativista das hipóteses de *fraus legis* e de *simulatio*.

4.2.7 Fidúcia e *fraus legis*

Ressalvadas as situações dos negócios fiduciários viciados – que serão inválidos nos termos das regras gerais dos negócios jurídicos (artigos 240.º e seguintes CC) –, em princípio, a *fiducia cum amico* não desperta interrogações de validade na perspectiva da fraude à lei.

Já por banda da *fiducia cum creditore*, muitas são as dúvidas que suscita. Considerado o seu escopo de garantia, a validade desta modalidade de fidúcia parece seriamente comprometida pela circunstância de, por via fiduciária, adquirir o fiduciário uma segurança mais forte do seu direito do que um credor hipotecário ou pignoratício.

Mesmo que se não qualifique este negócio fiduciário como constitutivo de uma *nova* garantia real – que o princípio do *numerus clausus* impediria, nos termos do n.º 1 do artigo 1306.º CC –, por força dos efeitos que ele opera, *ultima ratio*, o fiduciário pode apropriar-se definitivamente da coisa que lhe foi transmitida pelo fiduciante se este não cumprir a obrigação em função da qual o negócio translativo foi celebrado. O que equivale, reitera-se, a clara vantagem da posição jurídica do fiduciário em comparação com a situação (direitos) em que a lei coloca um credor beneficiário de qualquer garantia real.

E quanto à aptidão da *fiducia cum creditore* para frustrar a proibição do artigo 694.º CC, não se diga que ela só vale em sede legal de hipoteca, porque os artigos 665.º, 678.º e 753.º CC não deixam qualquer dúvida de aplicação da sanção do pacto comissório à consignação de rendimentos, ao penhor e aos privilégios creditórios (respectivamente) nem podemos acompanhar o percurso argumentativo de circunscrever a razão de ser do artigo 694.º CC aos fundamentos da sanção da usura. Sem prejuízo do que se dirá em sede própria, sempre se adiantam duas razões por que não subscrevemos este entendimento. Por um lado, as distintas consequências jurídicas da usura (anulabilidade, *ex vi* do artigo 282.º CC) e do pacto comissório (nulidade, nos termos do artigo 694.º CC) denunciam a presença de fundamentos diversos, sem se negar certa proximidade de razões de ser. Por outro lado, a sanção dos negócios usurários exige a verificação de requisitos que a lei não impõe no caso do pacto comissório¹⁰⁸⁴ e que podem, de facto, não ocorrer num negócio translativo com escopo de garantia.

A proibição do pacto comissório era o argumento em que imergia todo o pensamento de VAZ SERRA sobre a *fiducia cum creditore*, secundado hoje por JANUÁRIO GOMES, como acabámos de ver. Posições que apresentam um argumentário que aqui sufragamos.

E, em relação à proibição do pacto comissório, o diploma que introduziu no nosso ordenamento jurídico a modalidade de penhor financeiro prevê, pela primeira vez no nosso quadro legal, de modo expresso, a alienação fiduciária em garantia e ergue uma questão nova, ao consagrar a hipótese de execução do objecto da garantia por apropriação automática do credor pignoratício. Com efeito, o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio estabelece duas formas convencionais de um credor pignoratício financeiro se pagar: adquirindo em garantia ou fazendo seu o objecto do penhor que assegura o crédito. Esta faculdade representa uma “*inovação relevantíssima*”¹⁰⁸⁵ e ao arrepio do impedimento absoluto da celebração de acordos comissórios em sede legal de penhor (artigos 678.º e 694.º CC).

Sem embargo, cremos que o legislador tomou esta opção ponderando a *ratio legis* da apontada proibição geral da lei civilística. É certo que o n.º 1 do citado artigo 11.º do diploma que regula os contratos de garantia financeira prevê que o beneficiário de um penhor financeiro, em caso de incumprimento do devedor, possa realizar o seu crédito fazendo seu o objecto do penhor, directa e automaticamente. Mas importa sublinhar que para que esta modalidade de execução

¹⁰⁸⁴ Na verdade, como dispõe o artigo 694.º CC, o pacto comissório é nulo, *sic et simpliciter*, isto é, independentemente do prejuízo que dele resulte, *in casu*, para o autor da garantia ou do concreto *estado de necessidade* e debilidade negocial em que o devedor se encontrava. Já o artigo 282.º CC prevê a susceptibilidade de anulação dos negócios, por usura, verificado o pressuposto (subjectivo) de exploração da situação de debilidade da contraparte e o requisito (objectivo) da lesão patrimonial do explorado.

¹⁰⁸⁵ Como afirma CALVÃO DA SILVA em *Banca, Bolsa e Seguros*, ob. cit., 4.ª edição, p. 235.

da garantia seja válida a lei exige verificação cumulativa de dois requisitos: prévio acordo das partes nesse sentido (por determinação da alínea a) do preceito citado) e acordo também relativamente à avaliação do bem empenhado (como a alínea b) postula). Mais se consagrou (n.º 2) a obrigação de o credor entregar ao autor da garantia a (eventual) diferença excedentária de valor do objecto da garantia sobre o *quantum* de crédito incumprido.

Ora, este regime não corresponde ao *pacto comissório puro*, em que não existe controlo do equilíbrio prestacional, mas sim ao denominado *pacto marciano* que se distingue daquele precisamente pela tutela que realiza dos interesses do devedor, ao repor a duplicidade e a paridade que se exige num contrato bilateral sinalagmático¹⁰⁸⁶.

Sic, do brevíssimo exame da lei do penhor financeiro¹⁰⁸⁷, não nos parece resultar qualquer alteração à proibição geral do pacto comissório no que tange ao seu significado como argumento a considerar na problemática da (in)admissibilidade da *fiducia cum creditore*, mas não podemos deixar de julgar relevantes os termos em que o legislador do diploma dos contratos de garantia financeira, no predito desvio da regra da nulidade do artigo 694.º CC, admite o pacto comissório¹⁰⁸⁸.

No que toca à lei civil, sabemos, veda ao credor que titule uma (qualquer) garantia real a faculdade de auto-satisfazer o seu crédito directamente por meio da apropriação do objecto da garantia, razão por que, reitera-se, ao fiduciário não deve admitir-se a possibilidade de, *ex contractu*, lograr prerrogativa vedada aos titulares de direitos reais de garantia, porque assim o solicita, desde logo, a necessidade de tutela legal do devedor¹⁰⁸⁹.

De seguro, e sem prejuízo da ponderação do argumento da existência de outros institutos jurídicos aptos a proteger os interesses do devedor, a nulidade do pacto comissório afasta o risco de o credor enriquecer injusta e injustificadamente à custa do devedor¹⁰⁹⁰.

Independentemente deste risco, e para que possa controlar-se o modo de execução da garantia, o credor fica, *ex vi legis*, impedido de fazer sua a coisa oferecida em garantia. Isto é, mesmo nos casos concretos em que o valor do bem que assegura o crédito não excede o *quantum debeatur*, o artigo 694.º CC fere de nulidade qualquer convenção tendente aos efeitos jurídico-económicos do pacto comissório.

Ora, na *fiducia cum creditore*, a eficácia obrigacional do seu fim mediato, desequilibrada pela eficácia real do negócio translativo, enseja resultado prático-jurídico semelhante ao do pacto

¹⁰⁸⁶ Para mais desenvolvimentos sobre as várias modalidades de pacto comissório e sobre as diferenças entre o pacto comissório e o pacto marciano, *vide supra* capítulo I, secção III, ponto 2. e capítulo II.

¹⁰⁸⁷ Análise que desenvolveremos *infra*.

¹⁰⁸⁸ Ainda que na espécie pacto marciano (*vide* penúltima nota).

¹⁰⁸⁹ Cfr., neste sentido, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, *op. cit.*, vol. II, p. 555.

¹⁰⁹⁰ *Vide* o princípio geral do *enriquecimento sem causa* nos artigos 473.º e seguintes CC.

comissório. Então, a admitir-se a fidúcia com escopo de garantia, o concreto negócio fiduciário não poderá frustrar o artigo 694.º CC, sob pena de invalidade, por fraude à lei.

É neste sentido que surgem as advertências de VAZ SERRA que ditam a sua posição sobre a admissibilidade da fidúcia. Responde sim, mas com a salvaguarda do respeito pela proibição do pacto comissório¹⁰⁹¹⁻¹⁰⁹².

Em linha com as preocupações da opção legislativa do diploma do penhor financeiro, mormente no tocante ao requisito do pacto marciano, situa-se a posição de JANUÁRIO GOMES sobre a cessão em garantia¹⁰⁹³.

Debruçando-se sobre a simulação, revendo o seu posicionamento inicial, CARVALHO FERNANDES declara-se outrossim em concordância com as teses que admitem a licitude da fidúcia, com a salvaguarda da fraude à lei, mormente no que toca à proibição do pacto comissório¹⁰⁹⁴.

Creemos que a modalidade de pacto comissório consagrada para o penhor financeiro pelo Decreto-Lei n.º 105/2004 (artigo 11.º) é manifestação das teses preditas, consagrando, a um tempo, uma norma dispositiva (n.º 1) de exceção à regra geral do artigo 694.º CC e uma norma imperativa (n.º 2) de mitigação do risco de desequilíbrio prestacional que a nulidade do pacto comissório pretende arrear. Para ser válida uma transmissão atípica com fim de garantia, a exemplo da execução do penhor financeiro por apropriação em sede de contrato de garantia financeira, as partes hão-de mitigar o pendor comissório do negócio fiduciário com um pacto marciano para abrigar o fiduciante-devedor do perigo de o fiduciário-credor se locupletar à sua custa.

4.2.8 Negócios fiduciários e *fraus legis*

Segundo a noção de MANUEL DE ANDRADE, os negócios em fraude à lei “*procuram contornar ou circunvir uma proibição legal, tentando chegar ao mesmo resultado por caminhos diversos dos que a lei designadamente previu e proibiu*”¹⁰⁹⁵⁻¹⁰⁹⁶⁻¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹¹ Cfr. VAZ SERRA, *Cessão de Créditos*, ob. cit., pp. 172-173.

¹⁰⁹² Na esteira destes reparos, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES aceita a licitude da *fiducia cum amico*, mas não da *fiducia cum creditore*. Cfr. *Manual dos Contratos em Geral*, op. cit., pp. 194-195.

¹⁰⁹³ Cfr. M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida...*, op. cit., p. 99.

¹⁰⁹⁴ Cfr. LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Estudos sobre a Simulação*, op. cit., pp. 271-272.

¹⁰⁹⁵ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, em *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II, ob. cit., p. 337.

¹⁰⁹⁶ Em idêntico sentido, VAZ SERRA, *Objecto da obrigação. A prestação – suas espécies, conteúdo e requisitos*, in BMJ, n.º 74, ob. cit., pp. 171 e 172, MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, op. cit., p. 551, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, vol. II, ob. cit., p. 113, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, op. cit., pp. 353-355.

¹⁰⁹⁷ Sobre a figura da fraude à lei, consultar, por todos, J. BELEZA DOS SANTOS, *A simulação em Direito Civil*, vol. I, ob. cit., pp. 92 e segs. e ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio jurídico indirecto*, op. cit., pp. 154 e segs..

Todavia, não pode estabelecer-se qualquer relação específica entre os negócios fiduciários e os negócios celebrados para defraudar a lei. Pode afirmar-se, sim, remotamente, que os negócios fiduciários, como fruto da criação dos particulares dentro da sua autonomia privada, no caso dos atípicos, ou enquadrando-se nos modelos desenhados pelo legislador, no caso dos negócios típicos, podem abarcar um vastíssimo leque de figuras negociais, pelo que apenas casuisticamente é possível aferir da sua inconformidade legal porque, em abstracto, nada existe nesta categoria negocial, *de per se*, de fraudatório da lei.

Já em concreto, concluindo-se que determinado negócio fiduciário viola certa norma legal, importa depois interpretar a norma em causa para determinar se impede apenas a obtenção de certo resultado sob certa forma jurídica ou se veda qualquer forma de o conseguir¹⁰⁹⁸⁻¹⁰⁹⁹.

Um negócio fiduciário pode ser firmado em *fraus legis*, mas seguramente não por ser fiduciário, antes por constituir a violação de uma proibição legal, ainda que indirectamente¹¹⁰⁰.

Na prática, a verdade é que os negócios fiduciários são propícios a que as partes os possam instrumentalizar para iludir certas proibições legais, sendo que a faculdade de construção de negócios fiduciários atípicos, por outro lado, reduz significativamente o seu uso com tal intuito. Neste plano, os negócios fiduciários com fins de garantia erguem especiais dificuldades, porque deles pode resultar a criação de garantias reais *atípicas*¹¹⁰¹.

4.2.9 Negócio fiduciário e negócio abstracto

A doutrina clássica, por influência do pensamento italiano¹¹⁰², defendia que os negócios fiduciários seriam negócios necessariamente abstractos, atendendo à impossibilidade de um

¹⁰⁹⁸ Cfr. os ensinamentos, a este propósito, de MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil I, parte geral*, tomo I, ob. cit., p. 496.

¹⁰⁹⁹ Neste prisma, é pertinente a afirmação de PAIS DE VASCONCELOS ao anotar que “*a problemática dos negócios fiduciários perante a fraude à lei não é, pois, diferente da dos demais negócios jurídicos*”. Citação da obra do Autor *Em tema de negócio fiduciário*, Faculdade de Direito de Lisboa, policopiado, Lisboa, 1985, p. 110.

¹¹⁰⁰ L. CARIOTA-FERRARA destaca, a este propósito, que as (duas) qualidades do negócio fiduciário e fraudulento “*não são necessariamente coincidentes, mas não são incompatíveis*” – nossa tradução da citação original constante da obra do Autor *I negozi fiduciari*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010, p. 57.

¹¹⁰¹ Problema equacionado por INOCÊNCIO GALVÃO TELLES que leva o doutrinador a admitir como válidos os negócios fiduciários qualificáveis como *fiducia cum amico* e a repudiar a admissibilidade da *fiducia cum creditore*, precisamente por considerar que representam, por definição, fraude à lei. Cfr. I. GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, op. cit., p. 194.

Criticando esta posição, CARVALHO FERNANDES defende que “*Se, e quando, a fiducia cum creditore envolver fraude à lei, a sua causa de invalidade reside, em boa verdade, neste vício e não na causa fiduciária*”. Cfr. do Autor, *Teoria geral do direito civil*, vol. II, ob. cit., p. 318.

¹¹⁰² Vide, por todos, L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi fiduciari*, op. cit., p. 124.

direito real se transferir por meio dos negócios causais legalmente tipificados e ao princípio do *numerus clausus* quanto aos (modos de transmissão dos) direitos reais¹¹⁰³⁻¹¹⁰⁴⁻¹¹⁰⁵.

Entendia-se que o nosso sistema jurídico, a exemplo do italiano, por ser causalista, não admitia negócios abstractos, salvo no âmbito dos títulos de crédito. Razão por que não seriam admissíveis negócios fiduciários¹¹⁰⁶, concluindo-se que só um sistema de tipo germânico¹¹⁰⁷ poderia dizer-lhes sim, por aceitar negócios abstractos de transmissão do direito de propriedade.

Esta tese mostrava um alcance prático circunscrito a negócios fiduciários que operassem a transmissão de direito de natureza real. Mais, ficavam a descoberto da razão de rejeição dos negócios fiduciários, para além dos actos translativos de direitos que não direitos reais, também os esquemas negociais translativos a que os particulares dessem existência através dos negócios abstractos admitidos.

Ademais desta insuficiência prática, hoje largamente reconhecida, mesmo quando as suas premissas dominavam o pensamento jurídico português, Autores havia que apontavam uma ideia para nós agora clara: o *numerus causus* (que o artigo 1306.º CC consagra a respeito) dos direitos reais não se aplica ao facto jurídico que os transmite¹¹⁰⁸⁻¹¹⁰⁹.

¹¹⁰³ Neste sentido, J. BELEZA DOS SANTOS, em *A Simulação em Direito Civil*, vol. I, ob. cit., pp. 109-131, MANUEL DE ANDRADE, em *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II, ob. cit., pp. 177-178, F. PEREIRA COELHO, *Obrigações: aditamentos à teoria geral das obrigações de Manuel de Andrade*, por Abílio Neto e Pupo Correia, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 1964, p. 91.

¹¹⁰⁴ Em ORLANDO DE CARVALHO, encontramos reflexos da posição tradicional mais antiga, não afirmando, contudo, que a ela adere. Cfr. do Autor, *Negócio jurídico indirecto*, op. cit., pp. 125-127.

¹¹⁰⁵ Com posição particular, PESSOA JORGE, apesar da sustentação de inexistência de *numerus clausus* quanto aos “negócios causais translativos”, reputa inadmissíveis os negócios fiduciários em face do quadro legal português, por rejeitar a *causa fiduciae*. Cfr. do Autor, *Mandato sem representação*, ob. cit., pp. 327-329. Mais tarde, acaba por considerar admissíveis os negócios fiduciários no ordenamento jurídico nacional, nas suas *Lições de Direito das Obrigações* (Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa), Lisboa, 1975-1976, pp. 450-451).

¹¹⁰⁶ Nas palavras de MANUEL DE ANDRADE, “Entre nós, como nas outras legislações de tipo latino, não existem (...) negócios translativos abstractos – a não ser, porventura, quanto aos títulos de crédito” – cfr. do Autor *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II, ob. cit., p. 177.

¹¹⁰⁷ Como sublinhava conclusivamente CARIOTA-FERRARA, “ora, se o carácter abstracto é o pressuposto da fidúcia verdadeira e própria, não pode haver negócios fiduciários nos ordenamentos jurídicos que não conheçam negócios abstractos” – cfr. ob. cit. do Autor *I negozi fiduciari*, p. 128.

¹¹⁰⁸ Neste sentido, cfr. C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordenamento giuridico*, in *Riv. dir. com.*, 1936, I, p. 373 e GARRIGUES DIAZ-CANABATE, *Los negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, 2.ª ed., S.L. Civitas Ediciones, 1981, pp. 29-30.

Entre nós, I. GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 3.ª edição, Lisboa, 1965, p. 180, discorda da existência de *numerus clausus* relativo aos contratos de alienação de direitos reais.

Vide também a posição de ORLANDO DE CARVALHO que na sua ob. cit. *Negócio jurídico indirecto* enuncia as várias orientações a respeito desta temática (pp. 126-129), pronunciando-se em *Direito das coisas*, op. cit., pp. 267 a 268 pela afirmação de um princípio da atipicidade quanto aos “negócios translativos ou constitutivos” de direitos reais.

Nestes termos, os negócios fiduciários qualificar-se-ão como figuras a que os particulares podem livremente dar existência para melhor servir os interesses que perseguem, num exercício da sua

VAZ SERRA já propendia para este sentido de pensamento, quando refere que “*Não nos cabe apreciar aqui este ponto, que se liga com a teoria da propriedade (...). Compreende-se, assim, que a lei, do mesmo modo que consente os contratos inominados obrigacionais, quando merecedores de tutela, também admita contratos inominados reais que se julguem dignos de protecção, como seja um negócio fiduciário*”. Cfr. *Cessão de créditos ou de outros direitos*, BFDUC, ano XXX, ob. cit., p. 363.

Aponta-se como momento a partir do qual a doutrina decisivamente se terá inclinado no sentido do reconhecimento da inaplicabilidade da regra do *numerus clausus* em relação à constituição e transmissão dos direitos reais: a obra de J. OLIVEIRA ASCENSÃO *A tipicidade dos direitos reais*. Aí, o Autor claramente opina dizendo que “*podemos proclamar abertamente que o princípio de que o «numerus clausus» dos direitos reais nada tem a ver com os respectivos factos constitutivos*”. Cfr. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais*, op. cit., p. 168.

¹¹⁰⁹ Apesar de hoje a posição dogmaticamente dominante indicar como princípio a atipicidade dos modos de transmissão dos direitos reais, vem o legislador afirmar o oposto na lei que introduziu no ordenamento jurídico português a figura dos contratos de garantia financeira (em transposição de uma Directiva comunitária).

Com efeito, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, afirma-se que “*Com a consagração de uma nova forma de transmissão da propriedade, ainda que a título de garantia, é alargado o «numerus clausus» pressuposto pelo artigo 1306.º do Código Civil*”.

Não é merecedor de acolhimento tal entendimento, porque dele transparece uma confusão conceptual hoje totalmente inaceitável entre direito real e facto jurídico que o transmite, como ficou vertido em texto. A regra da citada norma do artigo 1306.º CC veda, sim, a criação de direitos fora dos moldes legalmente previstos, mas não as formas jurídicas de os transferir. Quanto aos negócios translativos de direitos reais vale o princípio do artigo 405.º CC, pelo que os sujeitos podem, dentro dos limites da lei, criar novos esquemas negociais tendentes à transferência de direitos reais, inexistindo, portanto, qualquer tipicidade quanto aos modos de transmissão.

O princípio da tipicidade do artigo 1306.º CC diz respeito, sim, aos próprios direitos reais objecto dos seus negócios transmissores, sublinhando a doutrina que ele não tem *pressuposto* qualquer *numerus clausus* relativamente aos negócios de transmissão.

Acresce, quanto à figura da alienação fiduciária em garantia que a lei citada expressamente consigna, não resulta do regime que o legislador para ela desenha a criação de um novo direito real, aspecto que se revela determinante no repúdio pela ideia ínsita à afirmação transcrita da exposição de motivos, na medida em que, assim sendo, o que o Decreto-Lei n.º 105/2004 cria *ex novo* é apenas uma forma jurídica inovadora de transmissão do direito de propriedade e não já, *summo rigore*, um novo direito real, ainda que por referência ao direito real por excelência. Somente nessa hipótese o legislador poderia ter indicado o alargamento do *numerus clausus* do artigo 1306.º CC. É que na norma do diploma que traça o perfil da *alienação fiduciária em garantia* (artigo 2.º, n.º 2) ela é caracterizada como a figura por meio da qual se transmite o direito de propriedade (e, portanto, não como um *novo* direito real) com escopo de garantia, significando que o transmissário-credor garantido fica obrigado a retransmitir-lo ao autor da garantia, verificadas determinadas circunstâncias. *Sic*, o direito de propriedade que ingressa na esfera jurídica do transmissário fica, na verdade, limitado pela função de garantia que a transmissão desempenha, mas trata-se de uma limitação de natureza meramente obrigacional (não de natureza real), inexistindo, então, também sob este prisma qualquer alargamento do *numerus clausus* do artigo 1306.º CC, porque esta norma proíbe, sabemos-lo, que se criem negócios dos quais decorram limitações “*com carácter real*” ao direito de propriedade “*senão nos casos previstos na lei*” (n.º 1 do preceito). Como consequência para qualquer restrição aos direitos reais emergente de negócio não legalmente previsto, comina o n.º 1 do citado artigo 1306.º CC, “*tem natureza [meramente] obrigacional*”.

Ora, no caso dos negócios fiduciários utilizados como mecanismo de segurança de um crédito em que se transfira um direito de propriedade, o que resulta do *pactum fiduciae* (e constitui o elemento essencial caracterizador desta figura) é precisamente um roteiro de limitações ao (exercício do) direito transmitido para o fiduciário com eficácia meramente obrigacional.

liberdade contratual (artigo 405.º CC), permitindo a lei que sejam criados, dentro dos limites legais, negócios distintos dos modelos tipificados, adaptados à realização dos seus objectivos¹¹¹⁰. No negócio fiduciário, a transmissão de um direito de quem confia para o fiduciário corresponde a mero efeito do negócio jurídico causal firmado entre as partes e em cujo conteúdo se inscreve o modo (e limitações) do exercício do direito assim adquirido – onde se inclui, por exemplo, a obrigação de retransmissão.

De igual modo, pode a transmissão do direito resultar como efeito de um negócio jurídico abstracto, embora apenas por meio dos negócios desta natureza que a lei admite – sobretudo no âmbito dos títulos de créditos?? abstractos (de que será exemplo o endosso de uma letra que o fiduciante fizer a favor do fiduciário com o fim de cobrança).

Sublinhando o que vem sendo dito com um caso de cessão de créditos em garantia, vemos que as partes poderão celebrar um contrato que tenda à transmissão de um determinado direito e do qual resultem também as obrigações do fiduciário, entre elas as balizas do exercício do direito e a sua retransmissão, uma vez verificado certo evento – que nestes casos corresponderá ao cumprimento da obrigação pecuniária que o fiduciante tem para com o fiduciário e garantida pelo direito de crédito transmitido *ex contractu* ao fiduciário.

Equivale isto por dizer que nada obsta à celebração de um pacto (*pactum fiduciae*) de onde resulte a obrigação de alguém (fiduciante) transferir um crédito a favor de outrem (fiduciário) e a obrigação de este, verificado o evento convencionado (cumprimento), lho retransmitir. Subsequentemente, as mesmas partes acordam o endosso¹¹¹¹ da letra de câmbio que o fiduciante titula para a execução¹¹¹² das obrigações assumidas. Tal pacto configura verdadeiramente um negócio jurídico abstracto.

Mais, investir alguém na titularidade do direito de propriedade ou de um direito de outra natureza com função de garantia corresponde a situações jurídicas, por vezes complexas, plenamente admitidas e reguladas na disciplina legal de outras figuras.

Retomando a figura da alienação fiduciária em garantia prevista no Decreto-Lei n.º 105/2004, ressalta que a questão nem sequer bolee, em rigor, na maior parte dos casos, com o direito de propriedade, porquanto o objecto dos contratos de garantia financeira corresponde a direitos de crédito ou a valores mobiliários (artigo 5.º). Por isso, apenas quando estiverem em causa valores titulados pode afirmar-se verdadeiramente a existência de um direito de propriedade. (cfr., a este respeito, o estudo de CARLOS OSÓRIO DE CASTRO intitulado *Valores mobiliários, conceitos e espécies*, Universidade Católica Portuguesa, 1996, pp. 45-46).

¹¹¹⁰ Neste sentido, consultar PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos, op. cit.*, pp. 211 e segs..

¹¹¹¹ O endosso que se toma por referência em texto corresponde ao endosso *próprio* e não a um endosso em garantia ou em penhor – cujo regime segue os termos do artigo 19.º da LULL.

Para mais desenvolvimentos, consultar A. FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. III, *Letra de câmbio* (com a colaboração de Paulo M. Sendim, J. M. Sampaio Cabral, António A. Caeiro e M. Ângela Coelho), Universidade de Coimbra, 1975, pp. 191-192.

¹¹¹² O acordo a que nos referimos em texto corresponderá verdadeiramente a uma *convenção executiva*. Cfr. a este respeito, no âmbito da letra de câmbio, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, vol. III, *títulos*

4.2.10 Negócio fiduciário e tipicidade dos direitos reais

Por imperativo do artigo 1306.º CC, os direitos reais são apenas aqueles que a lei tipifica como tal: esta é a regra em que se traduz o princípio da tipicidade. Outrossim denominado princípio do *numerus clausus*, impõe um limite ao exercício da autonomia privada, porquanto não permite aos particulares a criação de direitos de natureza real *ex novo*¹¹¹³.

Na doutrina italiana, há Autores¹¹¹⁴ que alegam que o negócio fiduciário corporiza uma violação deste princípio¹¹¹⁵, na medida em que faz nascer na esfera do fiduciário um direito real “*diverso da propriedade ou dos outros direitos reais especificamente admitidos*”¹¹¹⁶.

Nesta perspectiva, através de negócios fiduciários, os direitos adquiridos pelo fiduciário assumem uma natureza fiduciária, isto é, do concurso dos efeitos translativos com os limites obrigacionais do seu exercício, mudam “*radicalmente de natureza*”¹¹¹⁷.

Na Alemanha, uma parte da doutrina apresenta uma visão próxima no tocante à criação de *novos* direitos reais, não subscrevendo, porém, a ideia de violação do princípio do *numerus clausus*. O que aponta no sentido de entendimento apoiado em ideia nuclear diversa e que corresponde à orientação à luz da qual a jurisprudência criou regras consuetudinárias para disciplinar (parcialmente) alguns negócios fiduciários, em sede de penhora e insolvência¹¹¹⁸.

de crédito, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1992, p. 146 e A. FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. III, *Letra de câmbio*, *op. cit.*, pp. 47-48.

¹¹¹³ Para mais desenvolvimentos, *vide* J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais*, *op. cit.*, pp. 104 e segs. e 259 e segs., ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das coisas*, *ob. cit.*, pp. 248 e segs., MENEZES CORDEIRO, *Direitos reais*, vol. I, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, Lisboa, 1979, pp. 464 e segs., LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de direitos reais*, *ob. cit.*, pp. 75 e segs. e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (com a colaboração de HENRIQUE MESQUITA), *Código Civil Anotado*, vol. III, *ob. cit.*, pp. 95 e segs..

¹¹¹⁴ Cfr. V. M. TRIMARCHI, *Negozió fiduciario*, in Enc. dir., XXVIII, Milano, 1978, p. 42 e PUGLIATTI, *Diritto civile*, *apud* TRIMARCHI, *ob. cit.*, p. 42.

¹¹¹⁵ O princípio da tipicidade que entre nós se encontra consignado *expressis verbis* no artigo 1306.º do Código Civil, em Itália não resulta directamente de uma disposição legal, sendo certo, no entanto, que a sua existência é reconhecida de modo pacífico no ordenamento jurídico italiano, pelos doutrinadores, como ensina J. OLIVEIRA ASCENSÃO, na sua *ob. cit.* *A tipicidade dos direitos reais*, p. 69.

¹¹¹⁶ Cfr. TRIMARCHI, *Negozió fiduciario*, *op. cit.*, p. 42.

¹¹¹⁷ Cfr. PUGLIATTI, *Diritto civile*, *apud* TRIMARCHI, *Negozió fiduciario*, *ob. cit.*, p. 42.

¹¹¹⁸ Neste sentido, por exemplo, WOLFGANG WIEGAND, *Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 190. Bd., H. 1/2 (1990), pp. 128 e segs. Segundo o Autor, o desenvolvimento das garantias mobiliárias gerou o aparecimento de três novas categorias de direitos reais não previstos no Código Civil alemão (BGB): a propriedade em garantia (*Sicherungseigentum*), a propriedade reservada (*Vorbehaltseigentum*) e a expectativa de aquisição de um direito de propriedade (*Eigentumsanwartschaft*).

Nesta linha de pensamento, o que se conclui é que correspondendo a criação destes novos tipos de direitos reais a desenvolvimento do direito (*Rechtsfortbildung*) por via jurisprudencial, não pode afirmar-se o desrespeito do princípio do *numerus clausus*.

Este entendimento, no entanto, não teve seguidores entre a restante doutrina alemã.

No entanto, o pensamento alemão dominante qualifica a posição jurídica do fiduciante como de “*carácter real parcial*”¹¹¹⁹ ou “*quase real*”¹¹²⁰.

Entre nós, a maioria dos doutrinadores rejeitam, hoje, a ideia de que os negócios fiduciários desrespeitem a regra da tipicidade dos direitos reais.

Com efeito, entende-se que tal visão desconsidera, de modo inaceitável, que os negócios fiduciários podem ter por objecto direitos reais para além do direito de propriedade bem como direitos de natureza diversa dos direitos reais. Por outro lado, uma vez mais, sublinhamos a distinção essencial entre o direito de natureza real (ou outra) transmitido e os vínculos de natureza obrigacional – com vista à limitação do exercício do direito adquirido pelo fiduciário – em função dos objectivos perseguidos (sobretudo) pelo fiduciante com a celebração do negócio. Em resultado da natureza (meramente) obrigacional, o direito de crédito do fiduciante é oponível somente ao fiduciário e não tem a capacidade de cercear os poderes intrínsecos ao direito real que aquele lhe transmitiu.

Aliás, a solução vai ao encontro da opção legislativa em sede de direitos reais. O *princípio da tipicidade* dos direitos reais manda que qualquer limitação que as partes criem, por via negocial, para valer em relação a um direito de tal natureza, salvo nas situações que a lei expressamente prevê, só “*tem natureza obrigacional*”. Ainda que o fiduciante e o fiduciário quisessem, *ex contractu*, atribuir eficácia real às limitações que acordaram fixar ao direito transmitido – e assim criar um novo direito real –, essas restrições, por força do artigo 1306.º CC, assumiriam sempre só natureza obrigacional – para uma parte da doutrina também por conversão *ope vi legis*^{1121_1122}.

¹¹¹⁹ Neste sentido, cfr. C. W. CANARIS, *Bankvertragsrecht*, vol. I, Berlin, New York, 1988, p. 175, em que o Autor fala em “*teilweise Verdinglichung*”.

¹¹²⁰ Expressão usada por J. GERNHUBER, *Die fiduziarische Treuhand*, in *Juristische Schulung*, Munich-Frankfurt, a.-M. 28 (1988), p. 358.

¹¹²¹ *Vide*, neste sentido, e também o desenvolvimento desta ideia na ob. cit. de L. CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, vol. II, p. 317.

¹¹²² A ideia de *conversão legal* enunciada em texto não é, no entanto, consensual entre os nossos doutrinadores. J. OLIVEIRA ASCENSÃO refere claramente a *conversão legal* como cominação do artigo 1306.º CC e defende que “*o negócio valerá em todos os casos como constitutivo de um vínculo obrigacional, independentemente da verificação do que seria a vontade tendencial das partes*”, embora, por recurso a uma interpretação da norma, com os limites dos “*requisitos essenciais de substância e de forma para tal exigidos*”, acrescentando que “*Esta reserva, constante do art. 293.º, deve ser considerada ainda aplicável às hipóteses de conversão legal*” – cfr. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais*, op. cit., p. 102. Sem prejuízo do entendimento de que a conversão legal corresponde à opção que se retira da própria norma legal, o Autor critica tal solução, considerando que conduz à “*instauração de uma duplicidade de critérios dentro do mesmo código, para o que não encontramos justificação bastante*” – cfr. ob. cit. *A tipicidade dos direitos reais*, p. 97.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA bem como HENRIQUE MESQUITA, discordam da ideia de *conversão legal*, defendendo que a formulação do artigo 1306.º CC corresponde a uma simples presunção da vontade das

A discussão parece nascer em face de certos negócios em que as partes estipulam fortíssimas limitações de exercício do direito que o fiduciário adquiriu, sendo que ele é o seu titular *de iure*. Na fidúcia para administração, por definição, as limitações ao exercício não se afiguram tão problemáticas, pois o fiduciário pode (deve) exercer os poderes plenos de um proprietário, usufruindo dos bens sobre os quais incide o direito de propriedade e até mesmo fazendo uso dos direitos fiduciários, em benefício do fiduciante ou de terceiro e nos limites fixados no *pactum fiduciae*.

O problema adensa-se na fidúcia com função de garantia, porquanto o fiduciário não poderá usar o bem transmitido (na maior dos casos) nem tão-pouco dispor dele, o que significa que a sua posição fica destarte muito limitada. Tomando por referência o direito de propriedade, o fiduciário, apesar de investido na titularidade do direito transmitido, por força dos efeitos translativos do negócio que serve de base ao esquema fiduciário, fica vinculado na prática (embora apenas obrigacionalmente) a uma posição jurídica mais limitada do que a de um radiciário¹¹²³.

Com efeito, o fiduciário não pode transmitir o seu direito real, enquanto o titular de uma nova propriedade pode fazê-lo em total liberdade. Ou melhor, o fiduciário pode transmitir o direito que titula fiduciariamente, mas tal representará uma violação do pacto fiduciário. Em ordem a esta particular compressão do direito adquirido pelo fiduciário, alguns Autores apontam o nascimento, em sede de negócio fiduciário – nos termos e casos preditos – de um direito de propriedade distinto a que impressivamente se referem como “*propriedade fiduciária*”¹¹²⁴⁻¹¹²⁵.

partes, no sentido de que estas “*pretendiam criar um vínculo obrigacional em substituição do direito real, e nesta parte há um ligeiro desvio à regra do art. 293.º, que não tem na sua base nenhuma presunção legal*” – cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA (com a colaboração de HENRIQUE MESQUITA), *Código Civil Anotado*, vol. III, ob. cit., p. 95.

Em linha com esta última posição, ORLANDO DE CARVALHO proclama que “*uma conversão assim forçada é que seria um absurdo, pois não se vislumbram os interesses que a justificariam em concreto*” – cfr. ob. cit. do Autor *Direito das coisas*, p. 264 (desenvolvendo o seu pensamento, a este respeito, entre as páginas 263 e 266).

¹¹²³ Sobre os poderes do proprietário no usufruto, consultar MENEZES CORDEIRO, *Direitos reais*, vol. II, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1979, p. 937.

¹¹²⁴ Em Itália, vide LAURA SANTORO, *Trust e fiducia*, in *Contratto e Impresa*, 1995, pp. 1003 e segs. para quem esta *propriedade fiduciária* corresponderia verdadeiramente a um novo direito real, cunhado pela sua específica função e transitoriedade temporal, indicando tratar-se de uma “*propriedade a termo*”, na qual o tempo seria fixado em função do cálculo ponderado dos fins perseguidos pelo fiduciante. E a retransmissão ocorreria automaticamente no termo do prazo estipulado. A Autora rejeita, *coerentemente*, a ideia de existência do princípio da tipicidade dos direitos reais no ordenamento jurídico italiano.

Na Alemanha, W. WIEGAND também aponta para a existência de uma *propriedade fiduciária* (*Treuhandeigentum*), apesar de sustentar uma construção específica à luz dos contornos do quadro legal alemão. Segundo este Autor, esta *propriedade fiduciária* afastar-se-ia do direito de propriedade comum pela sua *natureza funcional*. Cfr. W. WIEGAND, *Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht*, op. cit., pp. 126 e segs..

¹¹²⁵ A doutrina aponta a existência verdadeiramente de *propriedade fiduciária*, sim, no seio dos *trusts*, como vimos *supra*, porquanto ocorre uma genuína divisão do direito real entre o *trustee* (que titula a *legal ownership*) e o beneficiário (que é o titular da *equitable ownership*).

Quanto aos negócios fiduciários, a designação enunciada apenas tem o alcance de uma descrição simbólica da posição jurídica do fiduciário, por alusão aos limites obrigacionais a que ele se vincula no exercício da titularidade do direito que o fiduciante lhe transmite.

Aliás, no nosso quadro legal assinala-se a consagração de outras figuras típicas em que a posição de uma das partes se aproxima da do fiduciário, em relação ao núcleo da garantia deste, em que o credor conserva o direito de propriedade como instrumento de garantia do cumprimento da obrigação que o devedor tem para com ele. É o que ocorre, por exemplo, na locação financeira, na medida em que o locador é proprietário do bem locado, mas quem tem o gozo sobre a coisa é o locatário, estando vedado àquele, por imperativo legal, o direito de disposição sobre o bem e pode apenas alienar o objecto do contrato após a cessação deste e apenas se o locatário não exercer o seu direito de (opção de) compra, nos termos do artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho. Neste caso, não se discute que seja o locador o verdadeiro titular do direito de propriedade sobre o bem locado, vinculando-se a vendê-lo ao outro contraente “*caso este queira, findo o contrato*” (artigo 9.º, n.º 1, alínea c) do diploma citado).

Outrossim na compra e venda a prestações com reserva de propriedade, encontra-se uma situação de forte compressão do direito de propriedade (artigo 409.º CC), porque a entrega da coisa do vendedor ao comprador elimina os poderes de disposição daquele sobre o bem em causa¹¹²⁶.

Outra situação exemplificativa ocorre no contrato-promessa de compra e venda sempre que haja *traditio* e pagamento integral do preço (ainda que prestacional) em momento anterior à celebração do contrato prometido, porquanto também aqui a propriedade, na esfera do credor-

Como afirmam, a este respeito, MARIA JOÃO VAZ TOMÉ e DIOGO LEITE DE CAMPOS, na ob. cit. *A propriedade fiduciária (trust)*, p. 278: “*O trust traduz-se, ao fim e ao cabo, na divisão da titularidade: de um lado, a titularidade em forma ou titularidade jurídica e, de outro lado, a titularidade em substância, ou «beneficial» titularidade*”.

Na verdade, a configuração de um direito de propriedade distinto do legalmente previsto representa o grande impedimento à admissibilidade da constituição de verdadeiros *trusts* no ordenamento jurídico português. Para tanto, defendem os citados Autores, na sua proposta de regulamentação com vista ao arredamento da dificuldade, a introdução da *propriedade fiduciária* no nosso sistema jurídico. Cfr. ob. cit dos Autores *A propriedade fiduciária (trust)*, pp. 323 e segs..

¹¹²⁶ Autores como OLIVEIRA ASCENSÃO apresentam uma visão da figura da compra e venda a prestações com reserva de propriedade com fim de garantia que a avizinha dos negócios fiduciários com idêntica função (de garantia). Cfr. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil, Reais*, ob. cit., p. 461 (nota 2), em que o Autor afirma que “*A reserva de propriedade com função de garantia faz-nos aproximar dos negócios fiduciários, pois o meio técnico ultrapassa a função*”.

ANA MARIA PERALTA destaca o papel fulcral da função de garantia que a propriedade desempenha na modalidade de venda referida. Cfr. da Autora *A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*, ob. cit., p. 132.

-promitente vendedor, terá uma função de garantia do cumprimento da obrigação de realização do negócio translativo definitivo (prometido)¹¹²⁷, estando, no entanto, este credor, verdadeiro proprietário, muito limitado no exercício dos poderes intrínsecos ao direito real que titula.

Todas as situações tipicizadas que acabámos de elencar reflectem um mesmo fenómeno: a funcionalização da propriedade em garantia¹¹²⁸. Em todos os casos apontados, o proprietário não tem interesse no uso, *de per si*, do bem sobre o qual recai o direito de propriedade que titula. Mas a segurança quanto à realização do crédito fica inequivocamente reforçada pelo facto de ele ser proprietário da coisa vendida (venda com reserva de propriedade) ou prometida vender (contrato-promessa), ou que adquiriu para dar em locação (locação financeira) ou que lhe foi transmitida para assegurar o crédito. A propriedade é a causa-função do negócio fiduciário em garantia (*fiducia cum creditore*).

Deste prisma, o negócio fiduciário não é o veículo jurídico da autonomia privada que conduz as partes até à criação de um *novo* direito real de garantia, o que não invalida que este tipo negocial possa assumir, reitera-se, uma função de garantia. É que a hipótese colocada de criação *ex novo* de um direito real (de garantia), vimos, encontra-se vedada por força da regra da tipicidade dos direitos reais consagrada no artigo 1306.º CC¹¹²⁹.

¹¹²⁷ Sem embargo, ao promitente-comprador de contrato-promessa enquadrado na previsão do n.º 3 do artigo 410.º CC, não pode subtrair-se a faculdade de recurso à execução específica, o que, por si só, representa já um importante meio de garantia, no caso de recusa de cumprimento por parte do promitente-vendedor. Contudo, já não poderá lançar mão deste mecanismo se o promitente-vendedor transmitir o bem a um terceiro (se o contrato não tiver eficácia *erga omnes*, nos termos do artigo 413.º CC, isto é, se as partes não tiverem atribuído eficácia real ao contrato “*mediante declaração expressa e inscrição no registo*”).

De qualquer modo, reitera-se o aspecto que interessa à presente reflexão: no contrato-promessa, nos termos preditos, é de garantia a função desempenhada pela propriedade do promitente-vendedor.

Para mais desenvolvimentos sobre a figura do contrato-promessa, *vide*, I. GALVÃO TELLES, *Direito das obrigações*, *op. cit.*, pp. 100 e segs.; M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, *ob. cit.*, 343 e segs.; CALVÃO DA SILVA, *Sinal e contrato-promessa*, 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003 e J. C. BRANDÃO PROENÇA, *Do incumprimento do contrato-promessa bilateral. A dualidade execução específica-resolução*, separata do número especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – “Estudos em Homenagem ao prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia” – 1984, 2.ª edição, Coimbra, 1996.

¹¹²⁸ Para mais desenvolvimentos, consultar, por todos, LEITE DE CAMPOS, em *A locação financeira*, *op. cit.*, pp. 27 e segs., em que o Autor analisa com completude a figura da alienação fiduciária em garantia nos sistemas jurídicos alemão e brasileiro e da locação financeira, sob o ponto de vista da garantia concedida ao credor. Do mesmo Autor, consultar ainda *Ensaio de análise tipológica do contrato de locação financeira*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Separata do vol. LXIII, 1987, pp. 41 e 67, onde encontramos a distinção entre propriedade substancial ou económica (relativa à utilização do bem) e propriedade formal. *Vide* também, da autoria do mesmo doutrinador, *Alienação em garantia*, in Estudos em homenagem ao Banco de Portugal, Lisboa, Banco de Portugal, 1998, pp. 10 e segs..

¹¹²⁹ Cfr., por exemplo, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Lições de direitos reais*, 4.ª edição (reimpressão), *ob. cit.*, p. 78.

O que existe no negócio fiduciário é uma instrumentalização dos direitos reais existentes através de vínculos de natureza meramente obrigacional. Significa isto unicamente a pretensão de imposição, por via negocial, de que o fiduciário exerça os poderes correspectivos do direito que lhe transmitiu o fiduciante exclusivamente em ordem a um certo objectivo.

4.3 A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro

O ordenamento jurídico brasileiro há muito (desde 1965)¹¹³⁰ que admite e regula expressamente a figura da alienação fiduciária em garantia que foi instituída para ser utilizada nos contratos de concessão de crédito, muito vocacionada como instrumento jurídico de garantia eficaz e de simples compreensão para as partes¹¹³¹.

Introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em 1965, pela Lei n.º 4.728, de 14 de Julho¹¹³², a figura da alienação fiduciária em garantia teve como propósito facilitar o consumo de determinado tipo de bens por via da concessão de crédito. Trata-se, portanto, de um instituto consolidado, *de iure condito*, mas ainda polémico doutrinariamente, desde logo, no que respeita à natureza jurídica que assume.

À luz do pensamento dominante, a alienação fiduciária em garantia, pese embora a proximidade com a fidúcia de tipo germânico, apresenta notas caracterizadoras privativas suficientes para se autonomizar das diversas modalidades de transmissão da propriedade em garantia, pelo que não se identifica com a fidúcia romanista, nem com a fidúcia de tipo germânico, nem se inclui nos negócios jurídicos indirectos¹¹³³.

Segundo o artigo 66.º da referida Lei que introduziu a figura no direito brasileiro: “*a alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indirecta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou*

¹¹³⁰ A alienação fiduciária em garantia foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei n.º 4.728/65, de 14 de Julho que veio regular o mercado de capitais e que entre outros instrumentos tendentes à promoção do desenvolvimento económico do país, veio consagrar a alienação fiduciária em garantia (artigo 66.º), como mecanismo de captação de recursos para disponibilização junto do tecido empresarial. Para mais desenvolvimentos, vide FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, *A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro*, Revista de Direito Civil RDCiv 22/36 Out.-Dez./1982.

¹¹³¹ A “alienação fiduciária brasileira é de criação legal, o que permitiu a sua simplificação e eficácia”, “prevê-se que a propriedade e a posse se transfiram por mero efeito do contrato que, deste modo, passa a ter eficácia obrigacional e real; cria-se uma acção especial, de busca e apreensão, simples e rápida, destinada à recuperação do bem” explica DIOGO LEITE DE CAMPOS, na sua ob.cit. *A Alienação em Garantia*, p. 21.

¹¹³² Lei conhecida como Lei do Mercado de Capitais (vide penúltima nota).

¹¹³³ Como pode ler-se mais profundamente em M. J. ALMEIDA COSTA, *Alienação fiduciária em garantia...*, op. cit., p. 45.

*devedor em possuidor directo e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal*¹¹³⁴.

Inicialmente concebida e regulada para as coisas móveis, a alienação fiduciária em garantia veio a ser permitida também para os bens imóveis, pela Lei n.º 9514/97, de 20 de Novembro que nos termos do artigo 22.º, define esta figura como “*negócio jurídico pelo qual o devedor, fiduciante, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel*”¹¹³⁵⁻¹¹³⁶.

O Código Civil brasileiro de 2002, actualmente em vigor, disciplina a propriedade fiduciária nos artigos 1361.º a 1368.º-A, dispondo a primeira norma indicada o seguinte: “*Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor. § 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro. § 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor o possuidor direto da coisa. § 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária*”.

Apesar de admitida, a alienação fiduciária em garantia, no Brasil, é uma figura conceptualmente excepcional, porque neste sistema legal, como, em regra, nos ordenamentos jurídicos da América Latina, são inválidos os negócios jurídicos translativos abstractos, reconhecendo-se apenas validade aos negócios translativos concretos. O carácter excepcional reflecte-se logo no facto de, em termos estruturais, a transmissão operada pela alienação fiduciária com escopo de garantia não corresponder a nenhum dos meios de transferência de propriedade existente

¹¹³⁴ Definição de alienação fiduciária em garantia dada pelo artigo 66.º da Lei n.º 4.728, de 14 de Julho de 1965, na redacção que lhe foi conferida pelo Decreto-Lei n.º 911, de 1 de Outubro de 1969. Mais desenvolvimentos sobre as várias redacções, em MARCELLO CHIAVASSA DE MELLO PAULA LIMA, *Breves considerações sobre a alienação fiduciária em garantia e a necessidade de uma nova interpretação do pacto comissório*, pp. 6-8, Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014, disponível em <http://civilistica.com>.

¹¹³⁵ Para o aprofundamento do exame da alienação fiduciária em garantia de imóveis no direito brasileiro, consultar JOSÉ EDUARDO LOUREIRO, *Alienação fiduciária de coisa imóvel*, in «Revista do Advogado», n.º 63, Associação dos Advogados de São Paulo, São Paulo, Junho de 2001, pp. 86 e segs..

¹¹³⁶ Contextualiza MARCELLO CHIAVASSA DE LIMA, na p. 9 da ob. cit. *Breves considerações sobre a alienação fiduciária...*, a consagração legal da figura de *iure condito*: “*Atualmente, ao menos no Brasil, parece que estamos diante de um fenômeno de esquecimento das garantias tradicionais romano-germânicas sobre coisa alheia (hipoteca, penhor e anticrese), em prol de uma garantia real (cuja origem – longínqua, é verdade, encontra respaldo na «fiducia cum creditore»), nova e perfeitamente adaptada às atuais necessidades sociais*”.

no sistema jurídico brasileiro¹¹³⁷⁻¹¹³⁸. Por esta razão, o legislador ao introduzir uma nova figura contratual com efeitos translativos teve de prever, *expressis verbis*, no quadro legal interno, a sua causa: garantia de cumprimento das obrigações do vendedor, em que a alienação é firmada sob a condição resolutiva de ele (alienante e devedor) cumprir.

Identificado o mecanismo de garantia como causa do negócio translativo, aponta-se a transferência da propriedade para o credor como elemento diferenciador da alienação fiduciária em garantia em relação aos demais direitos reais de garantia¹¹³⁹.

Esta análise não é consensual: se há Autores que a subscrevem¹¹⁴⁰, outros discordam que a propriedade pertença ao credor (mesmo sob condição resolutiva), defendendo, que a alienação fiduciária em garantia opera, sim, a criação de “*património separado, ou afetado*”, considerando que “*o imóvel dado em garantia responde somente pela dívida contraída no contrato de alienação fiduciária, não sendo alcançável por qualquer outro débito do mesmo devedor*”¹¹⁴¹.

À margem das divergências doutrinárias, à alienação fiduciária em garantia aponta-se pacificamente a função de garantia e a natureza de direito real de garantia, “*direito real de garantia sobre coisa própria*”¹¹⁴².

Neste sentido, apresenta-se uma resposta afirmativa à questão de saber se é aqui aplicável a sanção do pacto comissório, uma vez que o Código Civil brasileiro proíbe expressamente este pacto no âmbito do penhor, hipoteca e anticrese¹¹⁴³, no artigo 1428.º, dispondo que “*É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objecto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento*”.

¹¹³⁷ Não corresponde, por exemplo, à figura da compra e venda, por ausência do elemento preço.

¹¹³⁸ Como ensina ANTUNES VARELA, em *O desenvolvimento económico e inovações do direito privado brasileiro*, in Orlando Gomes/Antunes Varela, «Direito Económico», Edições Saraiva, São Paulo, 1977, p. 117.

¹¹³⁹ Para além da evidente vantagem da aquisição da propriedade antes do incumprimento, o que representa, por si só, um reforço de segurança do crédito, a alienação fiduciária em garantia oferece ainda outro *privilégio* para o fiduciário-credor em caso de concurso de credores ou insolvência do devedor, pois os créditos dela decorrentes “*ficam fora do concurso de credores e da falência*”, o que “*demonstra a enorme vantagem pela sua utilização pelas instituições financeiras, em detrimento das tradicionais garantias romano-germânicas sobre coisa alheia*”, explica MARCELLO CHIAVASSA DE LIMA, em *Breves considerações sobre a alienação fiduciária...*, *op. cit.*, p. 11.

¹¹⁴⁰ Entre os quais ALMEIDA COSTA, *Alienação fiduciária em garantia...*, *op. cit.*, p. 51.

¹¹⁴¹ Como se pode ler em JOSÉ EDUARDO LOUREIRO, *Alienação fiduciária de coisa imóvel*, *op. cit.*, pp. 89-90.

¹¹⁴² ANTUNES VARELA utiliza esta formulação em *O desenvolvimento económico e inovações do direito privado brasileiro*, *ob. cit.*, p. 117.

¹¹⁴³ A anticrese é o instituto brasileiro correspondente à consignação de rendimentos sobre imóveis, previsto e regulado no Código Civil entre os artigos 1506.º e 1510.º.

E no que tange à alienação fiduciária em garantia de bens móveis, a lei civil brasileira também sanciona a apropriação da coisa pelo credor-adquirente-fiduciário, se o devedor-alienante-fiduciante não cumprir¹¹⁴⁴.

Com efeito, o artigo 1365.º da lei civil brasileira¹¹⁴⁵ proíbe, de modo expresso, a celebração de pactos comissórios nos casos de transmissão fiduciária de coisas móveis, o que representa uma nota distintiva desta modalidade de alienação relativamente aos demais negócios fiduciários, afastando-a, *sic*, do centro da discussão doutrinária sobre a validade ou invalidade dos negócios fiduciários à luz do impedimento legal do pacto comissório. Porém, quanto à alienação fiduciária de imóveis, a lei nada diz, perguntando-se se não será, nestes casos, lícito o credor adquirente fiduciário, ante o inadimplemento do devedor, fazer seu o bem que este lhe transmitiu como fiduciante. A interrogação é deveras pertinente, tendo em conta as faculdades que a lei concede ao credor fiduciário de promover a execução extrajudicialmente¹¹⁴⁶⁻¹¹⁴⁷ e de ficar com o *quid* no segundo leilão¹¹⁴⁸⁻¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁴ A proibição de pacto comissório na alienação fiduciária em garantia de bens móveis está prevista no artigo 1365.º do Código Civil brasileiro, na seguinte formulação: “*É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento. Parágrafo único. O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta.*”.

¹¹⁴⁵ Vide anotação anterior.

¹¹⁴⁶ O procedimento de execução extrajudicial confere importante celeridade à execução do crédito do fiduciário e representa a “*grande facilitação da retomada do imóvel pelo credor em caso de inadimplemento, inclusive com a dispensa do processo – ao contrário da lenta execução que ocorre no sistema hipotecário*”, sublinha EDUARDO TAKEMI KATAOKA, em *Notas sobre a alienação fiduciária de imóveis*, p. 166, como podemos ler *apud* ROBERTA QUEIROZ CANEVARI, *Considerações acerca dos direitos reais de garantia imobiliária: alienação fiduciária x hipoteca*, disponível em www.ambito-juridico.com.br.

¹¹⁴⁷ O procedimento extrajudicial de execução do crédito fiduciário encontra-se regulado pela Lei n.º 9.514/97, de 20 de Novembro, corre termos junto do *Cartório de Registro de Imóveis* e o respectivo mecanismo desenrola-se com a realização de leilão, de acordo com os artigos 26.º e 27.º (*vide* também nota seguinte). “*Vencida e não paga (...) a dívida*”, diz o corpo do artigo 26.º “*a propriedade do imóvel em nome do fiduciário*” “*consolidar-se-á*”. Esta *consolidação*, determina o § 7.º do preceito, ocorre se não houver “*purgação da mora*”, em que “*o oficial do competente Registro de Imóveis, certificando esse fato, promoverá a averbação, na matrícula do imóvel, da consolidação da propriedade em nome do fiduciário*”. Pode haver dispensa da realização do leilão se o fiduciante der ao fiduciário o “*seu direito eventual ao imóvel em pagamento do imóvel*” “*com a anuência do fiduciário*” (§ 8.º do artigo 26.º). Se assim não for, o credor-fiduciário “*promoverá público leilão para a alienação do imóvel*” (corpo do artigo 27.º).

¹¹⁴⁸ O *segundo leilão* ocorre se no *primeiro* não houver licitações (ou) de valor não inferior ao do imóvel (artigo 27.º, § 1.º da Lei n.º 9.514/97, de 20 de Novembro). No *segundo leilão*, o que a lei prevê é que na falta de propostas de valor (pelo menos) igual ao *quantum debeatur*, a dívida considera-se extinta e o credor não fica obrigado a entregar qualquer valor ao devedor-fiduciante (§ 5.º do artigo 27.º).

¹¹⁴⁹ Entre os Autores que respondem afirmativamente, JOSÉ EDUARDO LOUREIRO defende que os efeitos do pacto comissório cabem no núcleo caracterizador da alienação fiduciária em garantia de imóveis e proclama: “*o pacto comissório ocorre, sim, tão logo se dá por verificado o inadimplemento do devedor. É da essência da nova garantia. Não purgada a mora pelo devedor, certificado o fato pelo oficial do registro imobiliário e recolhido o imposto de transmissão pelo credor, tornar-se-á ele proprietário pleno do imóvel mediante o registro na matrícula*”.

4.4 Alienação fiduciária em garantia no Decreto-Lei n.º 105/2004

O Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio introduziu no nosso quadro legal um regime para os contratos de garantia financeira, prevendo duas modalidades de garantia privativas: o penhor financeiro e a alienação fiduciária em garantia.

O elemento que as distingue é a transferência da propriedade para o credor que ocorre na alienação fiduciária e não no penhor financeiro.

Este é o diploma de transposição da Directiva 2002/47/CE¹¹⁵⁰ e, nesta matéria, inexistia direito de *opt-out*, assumindo o legislador comunitário que pretendia que todos os Estados-Membros, sem excepção, incluíssem nos seus sistemas jurídicos internos um tipo de acordo de garantia com transferência de propriedade para o credor garantido, com vista à harmonização legislativa em matéria de contratos financeiros, no sentido da eliminação do risco de os negócios de garantia com efeito translativo serem inválidos à luz da legislação nacional ou assim declarados pelos tribunais internos de alguns Estados-Membros da União Europeia.

O próprio legislador português assume a inovação que representa a alienação fiduciária em garantia no nosso quadro legal e que esta figura representa um novo direito real de garantia, em sentido próprio, isto é, *ex novo*, afirmando no preâmbulo da lei, que, por via dela, “*é alargado o «numerus clausus» pressuposto pelo artigo 1306.º do Código Civil*”¹¹⁵¹.

A disciplina da alienação fiduciária em garantia consta dos artigos 14.º e 15.º, sendo o primeiro dos preceitos de extrema relevância, por enumerar os deveres a que o credor transmissário fica sujeito.

Determina o artigo 14.º que “*Nos contratos de alienação fiduciária, deve o beneficiário, até à data convencionada para o cumprimento das obrigações financeiras garantidas: a) Restituir ao prestador a garantia financeira ou objecto equivalente; b) Entregar ao prestador quantia em dinheiro correspondente ao valor que o objecto da garantia tem no momento do vencimento da obrigação de restituição, nos termos acordados pelas partes e segundo critérios comerciais razoáveis; c) Livrar-se da sua obrigação por meio de compensação, avaliando-se o crédito do prestador nos termos da alínea anterior.*”

Na verdade, perante o incumprimento do devedor, o beneficiário da alienação fiduciária em garantia passa a ser proprietário pleno do bem que lhe havia sido alienado em garantia e, para

correspondente”. O Autor aborda a questão com profundidade na sua ob. cit. *Alienação fiduciária de coisa imóvel*, p. 93 (cfr. também duas últimas notas).

¹¹⁵⁰ O Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio transpôs para o ordenamento jurídico português a Directiva n.º 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho.

¹¹⁵¹ Acerca do princípio do *numerus clausus* dos direitos reais, consultar LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, op. cit., pp. 77 e segs..

tal, é necessário somente proceder à avaliação do objecto da garantia ao tempo do vencimento da obrigação garantida. Esta exigência de avaliação da garantia decorre do disposto no n.º 2 do artigo 11.º que faz impender sobre o seu beneficiário a obrigação de entregar ao devedor o *superfluum* do valor do objecto da garantia relativamente ao montante da dívida. O Decreto-Lei em análise alarga indubitavelmente o *numerus clausus*¹¹⁵² dos direitos reais do artigo 1306.º CC, ao prever no nosso quadro legal um contrato real *quoad effectum* com fim de garantia¹¹⁵³. Retomando a lista transcrita de deveres do credor (artigo 14.º) da lei dos contratos de garantia financeira, resulta que apenas surgem na hipótese de cumprimento da obrigação financeira garantida, ou seja, *a contrario sensu*, no caso de inadimplemento do devedor (fiduciante), a propriedade do bem transmitido por alienação fiduciária consolida-se, *ipso facto*, na esfera jurídica do credor (fiduciário).

Assim, o credor, porque se torna proprietário do bem que o devedor lhe transmite, ainda que apenas em garantia, goza, até à data convencionada para o cumprimento, dos direitos de uso, fruição e disposição sobre o bem; mas, por outro lado, e exactamente porque adquire apenas o direito de propriedade (titularidade) com o fim de assegurar o crédito que tem sobre o devedor-alienante, se este cumprir a obrigação que lhe incumbe, o credor-proprietário deverá restituir em espécie ou em valor o bem que lhe foi transmitido ou cumprir este seu dever por compensação (artigo 12.º, por remissão do artigo 15.º). A obrigação de restituição que nasce na esfera jurídica do credor mostra que a alienação em garantia opera a transmissão de um direito fiduciário e temporário.

Vale isto por dizer que a propriedade com escopo de garantia revela-se de natureza fiduciária e temporária, correspondendo, *sic*, a uma hipótese de propriedade temporária que é excepcional, como resulta do n.º 2 do artigo 1307.º CC que preceitua que a “*propriedade temporária só é admitida nos casos especialmente previstos na lei*”.

¹¹⁵² Sendo que sem acerto o Decreto-Lei n.º 105/2004, no preâmbulo, refere que o alargamento do *numerus clausus* do artigo 1306.º CC deriva da “*consagração de uma nova forma de transmissão da propriedade*” (sublinhado nosso). O legislador inculca a ideia que o princípio da tipicidade impede a criação de novos tipos translativos dos direitos reais. Erradamente, porque o que o artigo 1306.º CC veda é (unicamente) a constituição de novos tipos reais, *id est*, de tipos reais para além dos legalmente previstos – cfr. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, ob. cit., p. 282. Já quanto ao negócio translativo *proprio sensu* vigora com amplitude plena o princípio da autonomia privada (artigo 405.º CC) – ORLANDO DE CARVALHO, na sua *op. cit. Direitos Reais*, p. 261 explica como os “*tipos admitidos são, porém, tipos «abertos» (...) consentindo, por isso, uma intervenção da vontade que não desminta as respectivas linhas de força*”.

¹¹⁵³ CALVÃO DA SILVA refere-se a este direito real como “*propriedade-garantia ou propriedade com escopo de garantia*” e reputa-o “*um dos mais interessantes e «inovadores» do regime introduzido pela Directiva 2002/47/CE*”. Cfr. citações em CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, *op. cit.*, 4.ª edição, respectivamente p. 237 e 229.

4.5 A alienação fiduciária em garantia e o pacto comissório

Sublinhámos que ao tempo do Código de Seabra, a doutrina discutia e estava dividida quanto à admissibilidade dos negócios fiduciários, mas de modo pacífico incluía a alienação fiduciária em garantia entre os *contratos de fiducia*¹¹⁵⁴⁻¹¹⁵⁵.

O pensamento dominante repudiava os negócios fiduciários, no quadro do Direito vigente, embora com argumentos não coincidentes e em graus de repulsa diferentes. Opunham-se à sua admissibilidade MANUEL DE ANDRADE¹¹⁵⁶ e BELEZA DOS SANTOS¹¹⁵⁷, por entenderem tratar-se de negócios translativos abstractos e, portanto, não harmonizáveis com o sistema jurídico português, porquanto os negócios fiduciários em geral contêm uma divergência entre *causa e tipo*. PESSOA JORGE¹¹⁵⁸ propendia para a (tese da) incompatibilidade sistemática da *fiducia cum creditore* com o quadro legal, advogando que a bondade desta posição era evidente na necessidade sentida pelo legislador em ferir o pacto comissório com nulidade e proibir, também expressamente, a venda *a retro*. GALVÃO TELLES¹¹⁵⁹ defendia o reconhecimento da *fiducia cum amico*, rejeitando a *fiducia cum creditore*, por entender que configurava *fraus legis*, mantendo esta posição na vigência do Código Civil de 1966.

VAZ SERRA¹¹⁶⁰ representava a voz doutrinária favorável à aceitação de um particular negócio fiduciário: a cessão de créditos em garantia.

A moldura dogmática desta questão sofreu uma alteração profunda com a entrada em vigor do Código Civil de 1966. Pese embora que a doutrina não abordou, ao tempo, o problema específico da admissibilidade legal da alienação fiduciária em garantia, o certo é que a corrente dominante se mostrou favorável ao reconhecimento da validade do negócio fiduciário à luz do novo Código Civil. CASTRO MENDES, ancorado no princípio da autonomia da vontade e na inquestionável validade e amplitude que pode assumir o mandato sem representação, proclama a licitude dos negócios fiduciários, por entender que “*um tipo possível de mandato sem representação é o*

¹¹⁵⁴ Hoje, no quadro dos ordenamentos europeus, dúvidas não subsistem quanto à descrição dos *negócios fiduciários* como acordos em cujos termos se investe o fiduciário-adquirente na titularidade plena do direito (que lhe é) transmitido, obrigando-se este a exercê-lo em nome próprio, mas no interesse do fiduciante-transmitente e a (re)transmitir-lho ou a terceiro que este indique verificado determinado circunstancialismo convencional.

¹¹⁵⁵ Vide MARIA JOÃO VAZ TOMÉ/DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A Propriedade Fiduciária (Trust)*..., ob. cit., p. 220.

¹¹⁵⁶ Vide MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da relação Jurídica*, vol. II, ob. cit., pp. 175 e segs..

¹¹⁵⁷ Cfr. BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito civil*, vol. I, ob. cit., pp. 120 e segs..

¹¹⁵⁸ Como podemos ler em PESSOA JORGE, *Mandato sem Representação*, ob. cit., pp. 328-329.

¹¹⁵⁹ Posição de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES em *Manual dos Contratos em Geral*, ob. cit., p. 194.

¹¹⁶⁰ Como resulta da obra de VAZ SERRA, *Cessão de créditos ou de outros direitos*, op. cit., pp. 336 e segs..

*mandato para alienar, cuja execução implica um negócio fiduciário*¹¹⁶¹. MOTA PINTO¹¹⁶² mostra-se outrossim favorável ao reconhecimento dos negócios jurídicos fiduciários. Em harmonia, PAIS DE VASCONCELOS anota: “*o ordenamento jurídico português não proscreve em absoluto os negócios abstractos*” e inclina-se, em preito ao princípio da autonomia privada, para a “*admissibilidade de contratos reais «quoad effectum» atípicos*”¹¹⁶³.

Debruçando-se especificamente sobre o problema da (in)compatibilidade da alienação fiduciária em garantia com a proibição do pacto comissório, CALVÃO DA SILVA reconhece a delicadeza da questão, mas defende a validade da alienação fiduciária em garantia, explicando: “*à luz do Código Civil, não é linear nem seguro afirmar a validade da venda em garantia (...) sobretudo em face do «numerus clausus» previsto no art. 1306.º do Código Civil. Mesmo assim, e não obstante esta norma do Código Civil, defendemos a validade da venda em garantia e promessa de revenda da coisa alienada com o escopo de garantia ou cobrir o cumprimento de obrigações, sem recurso à conversão em contrato de hipoteca ou de penhor*”¹¹⁶⁴. Outrossim JANUÁRIO GOMES julga pacífica a coexistência da alienação fiduciária em garantia com a proibição do pacto comissório, apesar de reconhecer a delicadeza da questão. Delicadeza que decorre do facto de aquela ser admissível e este ser proibido, não obstante partilharem o efeito jurídico e a função. Com efeito, são comuns estes dois elementos negociais. Senão vejamos: ambos operam uma transmissão da propriedade e com fim de garantia. E é muito frágil o elemento desfasamento temporal em que ocorre a transmissão da propriedade relativamente à obrigação garantida, num e noutro caso. De facto, invocar a circunstância temporal de a transferência de propriedade ocorrer imediatamente e *ex contractu* na alienação fiduciária em garantia e só após o incumprimento no pacto comissório “*soa mais a álubi do que a argumento*”¹¹⁶⁵⁻¹¹⁶⁶.

No sentido da admissibilidade da alienação fiduciária em garantia apontam a admissão legal expressa da venda *a retro* e da locação financeira. Por outro lado, da análise das múltiplas

¹¹⁶¹ Consultar CASTRO MENDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, *op. cit.*, pp. 240-242.

¹¹⁶² Cfr. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, *op. cit.*, p. 229

¹¹⁶³ Vide PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, *ob. cit.*, p. 282. Mais sublinha o Autor na p. 283 que o “*princípio da tipicidade dos direitos reais, reconhecido por lei no artigo 1306.º do Código Civil, não impede nem dificulta a «admissibilidade» dos contratos fiduciários*”.

¹¹⁶⁴ Cfr. CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, 4.^a edição, *op. cit.*, p. 229.

¹¹⁶⁵ Parafraseando JANUÁRIO GOMES em *Assunção Fidejussória de Dívida*, *op. cit.*, p. 92.

¹¹⁶⁶ Para M. JANUÁRIO COSTA GOMES, não fora a existência de outras premissas e a sua posição seria diferente, tal é, na verdade, a proximidade entre este negócio fiduciário e o acordo comissório, até porque crê que “*a sanção da nulidade estabelecida no art. 694 não pode ser acantonada aos quadros estritos do penhor, da hipoteca e da consignação de rendimentos, valendo sempre que os sujeitos pretendam obter o mesmo efeito proibido, através do recurso a uma outra figura de referência*” – cfr. do Autor *Assunção Fidejussória de Dívida*, *op. cit.*, p. 94.

rationes identificadas para justificar a proibição do pacto comissório, ressalta que o que artigo 694.º CC “*pretende evitar não é a aquisição pelo credor insatisfeito mas o «aproveitamento» da debilidade do devedor*”¹¹⁶⁷.

Nestes termos, será válida a alienação fiduciária em garantia em que o valor do bem transmitido corresponda ao montante da dívida, isto é, em que o pendor comissório da venda seja equilibrado com o pacto marciano que não permitirá ao credor locupletar-se injustamente à custa do estado de necessidade do devedor. E, em coerência, deve considerar-se inválida “*como venda comissória aquela em que a função de garantia se traduz numa «vantagem injustificada» para o credor*”^{1168_1169}.

A natureza fiduciária da alienação em garantia interpela os pensadores do Direito também por causa da nota caracterizadora de *desproporção entre meio e fim*¹¹⁷⁰, traduzida na dicotomia entre utilização plena do bem transmitido ao credor fiduciário e limitação dos meios de coacção ao dispor do devedor fiduciante, ante a infidelidade do primeiro – uma vez que o vínculo gerado pelo *pactum fiduciae* é tão-só obrigacional¹¹⁷¹.

Há, portanto, risco de abuso por parte do credor-proprietário-fiduciário que pode não usar o seu direito de propriedade-garantia de acordo com o *können* e respeitando o *dürfen*¹¹⁷², embora seja um risco próprio deste tipo de negócio e que o fiduciante sabe que corre ao escolher um mecanismo de transmissão da propriedade como instrumento de garantia do crédito fiduciário e não apenas a constituição de um direito real de garantia ou de uma venda *a retro*, por exemplo.

¹¹⁶⁷ Neste sentido, JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, op. cit., p. 95.

¹¹⁶⁸ Como defende M. JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, op. cit., p. 96.

¹¹⁶⁹ Também se assinalam pensamentos que foram evoluindo, como é o caso de CARVALHO FERNANDES que apresenta visão segundo a qual “*para a «fiducia cum creditore» não implicar fraude da proibição do pacto comissório, não pode deixar de se exigir que no correspondente negócio se insiram disposições que, à semelhança daquela de que emerge a obrigação de restituição que caracteriza o «pacto marciano», ponham o devedor a coberto de um locupletamento injustificado do credor, obtido mediante a «apropriação» do bem transmitido. Sem tal estipulação, a transmissão atípica em função de garantia é nula*”. Posição que podemos conhecer na ob. cit. do Autor *A admissibilidade do negócio fiduciário...*, p. 271.

¹¹⁷⁰ Consultar sobre a matéria GRASSETTI, *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, op. cit., p. 5, NUZZ, *Negoziio fiduciario*, ob. cit., pp. 647 e segs. e, entre nós, P. PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, ob. cit., p. 260 que defende que o excesso do meio em relação ao fim na alienação fiduciária em garantia deriva “*da natureza real ou plena da atribuição e da natureza obrigacional da limitação*”.

¹¹⁷¹ Que a doutrina entende que apesar de tudo podem incluir a execução específica e não só uma acção peticionando um valor indemnizatório pelos danos sofridos. Neste sentido, *vide*, por todos GRASSETTI, *Il negozio fiduciario nel diritto privato*, op. cit., p. 11 e, entre nós, PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, ob. cit., p. 285 e segs..

¹¹⁷² Na terminologia de CLAUDE WITZ, em «*Rapport introductif sur la circulation du modèle français en Europe centrale*», *La circulation du modèle juridique français*, Paris: Litec, 1994, p. 4.

A transferência do direito de propriedade sobre determinado bem para o credor com o escopo de garantia, apesar de apriorística e não sob a condição de incumprimento e geradora da obrigação de restituição do bem ao devedor transmitente se ele cumprir, aproxima-se do resultado económico-jurídico que a proibição do pacto comissório pretende afastar, pelo que a ponderação da validade da alienação fiduciária em garantia deve acontecer também à luz do artigo 694.º CC.

O pensamento hoje maioritário inclina-se para a validade da figura da propriedade com funcionalidade de garantia, como vimos, com apoio nos principais elementos negociais que a afastam das convenções comissórias e que se traduzem no *quando* da transmissão do direito real maior (que ocorre antes do vencimento da obrigação na alienação fiduciária em garantia e só depois de vencida e incumprida, no pacto comissório) e na não sujeição do efeito translativo a condição (ao contrário do pacto comissório que se manifesta num negócio com efeito translativo, mas condicionado suspensivamente ao inadimplemento da obrigação).

Conceptualmente, as duas figuras não se nos afiguram tão claramente distintas como a dogmática prevalente enuncia, sobretudo, porque um pacto comissório pode facilmente ocultar-se sob a estrutura formal de uma alienação em garantia, muito em linha com o perigo de utilização da venda *a retro*, como sublinhámos. Contudo, a previsão legal expressa da venda *a retro* esvazia as dúvidas de validade em torno da figura, com a devida salvaguarda, naturalmente, para a *fraus legis* e o negócio simulado.

Para a consideração da alienação fiduciária em garantia como admissível à luz do nosso quadro legal, reputamos decisivo o argumento que frisa que a lei permite expressamente a constituição do direito de propriedade sob condição, no n.º 1 do artigo 1307.º CC, em que aquela figura pode caber: a alienação fiduciária em garantia como propriedade-garantia sob a condição (resolutiva) de o devedor alienante cumprir a obrigação que as partes asseguraram junto do credor adquirente através da alienação.

Nestes termos, a posição que aqui se verte é que o nosso quadro legal é compatível com um sim à alienação fiduciária em garantia, ressalvados todos casos que configurem fraude à lei e, em especial, violação do artigo 694.º CC. Mais amplamente, a alienação fiduciária em garantia será válida, em princípio, no ordenamento jurídico português, desde que haja equilíbrio entre coisa transmitida e *quantum debeatur* – que o instituto do enriquecimento sem causa tutela –, que o negócio não seja celebrado pelo credor em exploração da situação de necessidade do devedor – que a anulabilidade do artigo 282.º CC sanciona – e que não seja usada como figura de referência para defraudar a proibição de pacto comissório – que o artigo 694.º CC proclama como princípio geral.

5. *Lease-back*

Na abordagem do tipo contratual da *locação financeira restitutiva*, também comumente designado por *sale and lease-back* (ou *lease-back*, na fórmula abreviada), importa notar, desde logo, os elementos que a distinguem da locação financeira bem como o que tem de singular em relação a figuras como *venda a retro*, venda com reserva de propriedade e o próprio regime geral da locação.

O contrato de locação financeira encontra-se regulado pelo Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho, nos termos do qual é definido no artigo 1.º como “*o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados*”¹¹⁷³.

Perante esta definição, ressalta imediatamente a natureza trilateral do negócio quanto aos sujeitos: locador, locatário e fornecedor do bem. E acresce a particularidade de ser o locador a adquirir o bem (ao fornecedor) para, em seguida, dá-lo em locação ao locatário. E ainda o facto de nascerem deste contrato vínculos futuros entre o locador e o locatário. Porventura a nota mais relevante e inovadora da disciplina da locação financeira é configurar um contrato financeiro^{1174_1175_1176_1177}.

¹¹⁷³ O Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho sofreu as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 265/97, de 2 de Outubro e 285/2001, de 3 de Novembro, correspondendo, no entanto, a redacção do artigo 1.º à formulação originária transcrita em texto.

¹¹⁷⁴ CALVÃO DA SILVA inclui a locação financeira no universo dos contratos de concessão de financiamento, com uma descrição impressiva do respectivo esquema negocial: “*Técnica de financiamento que permite ao interessado obter e utilizar uma coisa sem ter de pagar imediatamente o preço, a locação financeira forma-se de modo sucessivo mediante processo em várias fases que interliga três pessoas: fornecedor da coisa, o utilizador da mesma e o financiador da operação. Em vez da técnica tradicional da venda directa da coisa pelo fornecedor ao utilizador, pagando este o preço com empréstimo obtido numa instituição de crédito, o interessado obtém o mesmo resultado ou resultado idêntico pelo recurso à locação financeira: o fornecedor vende a coisa à sociedade de «leasing» e esta paga o preço e dá-a imediatamente em locação ao utilizador (locatário) contra o pagamento de uma renda periódica. Temos assim coenvolvidas na operação três pessoas e dois contratos firmados: por um lado, o contrato de compra e venda entre o fornecedor e a sociedade de «leasing», e, por outro, o contrato de locação financeira propriamente dito entre a sociedade de «leasing» e o utilizador*”. Cfr. CALVÃO DA SILVA, *Locação financeira e garantia bancária*, in «Estudos de Direito Comercial (Pareceres)», reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 14-15.

¹¹⁷⁵ Para uma outra leitura de CALVÃO DA SILVA sobre a locação financeira, consultar *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 418 e segs..

¹¹⁷⁶ Em termos muito próximos, vide DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A Locação Financeira*, Lex, Lisboa, 1994, pp. 25-27 e 45 e segs., RUI PINTO DUARTE, *A Locação Financeira (Estudo Jurídico do Leasing Financeiro)*, in «Escritos sobre *Leasing e Factoring*», Principia, Cascais, 2001, pp. 14 e segs., PEDRO ROMANO MARTINEZ,

Na *praxis negocial*, pode ainda suceder que o fornecedor do bem e o seu locatário financeiro sejam a mesma pessoa, caso em que estaremos perante um *lease-back* ou locação financeira restitutiva^{1178_1179_1180}.

Em resultado, o elemento caracterizador da locação financeira restitutiva e que a distingue das demais modalidades de locação financeira é a coincidência na identidade de dois dos sujeitos contratuais: o fornecedor do bem e o locatário financeiro, ou seja, a circunstância de no contrato trilateral que é a locação financeira, o locador financeiro adquirir o bem a uma pessoa e dá-lo em locação financeira, imediatamente a seguir à compra e venda, à mesma pessoa a quem o comprou. A locação financeira corresponde a um esquema negocial de junção de dois contratos¹¹⁸¹ num só: compra e venda e locação financeira. Vejamos: dois contratos, porque estruturalmente são independentes: de facto, há dois contratos que são firmados válida e eficazmente *de per si*: uma compra e venda e um *leasing*. *Num só*, porque funcionalmente estão interligados entre si, pois são causa um do outro: a compra e venda só é celebrada porque os sujeitos têm em vista a locação financeira (a compra e venda só existe por causa da futura locação financeira) e as (mesmas) partes só celebram (ou só podem celebrar) o *leasing* para darem e tomarem em locação financeira o bem que respectivamente compraram e venderam

Contratos Comerciais, Principia, Cascais, 2001, pp. 59 e segs. e REMÉDIO MARQUES, *Locação financeira restitutiva...*, *op. cit.*, pp. 581 e segs..

¹¹⁷⁷ Para MENEZES CORDEIRO, “*Locação financeira é o contrato pelo qual uma entidade – o locador financeiro – concede a outra – o locatário financeiro – o gozo temporário de uma coisa corpórea, adquirida, para o efeito, pelo próprio locador, a um terceiro, por indicação do locatário*” referindo quanto aos seus traços gerais que “*Tomando-a, na sua globalidade, a locação financeira é um contrato oneroso, sinalagmático, bivinculante, temporário mas originando relações duradouras e de feição financeira*”. Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, *ob. cit.*, pp. 671 e 674.

¹¹⁷⁸ Doutrina ANTUNES VARELA que estamos diante de um “*lease-back, quando uma empresa, proprietária de certos bens (imóveis ou móveis), os vende a uma instituição financiadora, para dela os tomar imediatamente em locação (nos termos próprios do leasing), mediante o pagamento dum prestação periódica*”. Cfr. ANTUNES VARELA, *Contrato de leasing*, in Orlando Gomes/Antunes Varela, *ob. cit.*, p. 274.

¹¹⁷⁹ Para mais desenvolvimentos sobre a figura do *lease-back*, cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva («lease-back») no direito português*, *ob. cit.* e *A locação financeira na óptica do utente*, in ROA, ano 43, tomo II, Maio-Setembro, Lisboa, 1983, pp. 342-343, CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, *ob. cit.*, pp. 420 e segs., MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, *ob. cit.*, pp. 671 e segs., REMÉDIO MARQUES, *Locação financeira restitutiva...*, *op. cit.*, pp. 589 e segs. e MOITINHO DE ALMEIDA, *A locação financeira (leasing)*, in BMJ, n.º 231, Lisboa, Dezembro de 1973, p. 9.

¹¹⁸⁰ Na doutrina internacional, *vide* ÁNGEL CARRASCO PERERA/ENCARNA CORDERO LOBATO/MANUEL JESÚS MARÍN LOPÉZ, *Tratado de los Derechos de garantía*, *op. cit.*, pp. 1048 e segs. e MAURO BUSSANI, *Il contratto di lease back*, *op. cit.*, pp. 558 e segs..

¹¹⁸¹ Neste sentido, *vide* DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva («lease-back») no direito português*, *op. cit.*, pp. 792-793.

Na doutrina italiana, consultar ROSANNA DE NICTOLIS, *Nuove Garanzie Personali e Reali – Garantievertrag, Fideiussione Omnibus, Lettere di Patronage, Sale-lease-back*, Cedam, Padova, 1998, pp. 445 e segs..

à outra (o *leasing* só existe por causa da compra e venda). As (mesmas) partes só celebram o *leasing*, porque compraram e venderam uma à outra o bem que agora (respectivamente) dão e tomam em locação financeira¹¹⁸².

5.1 *Lease-back* e figuras afins

5.1.1 Venda com reserva de propriedade

A locação financeira restitutiva distingue-se da venda prestacional com reserva de propriedade pelo objecto contratual e pelo momento em que ocorre a transmissão da propriedade¹¹⁸³.

Enquanto a venda com reserva de propriedade¹¹⁸⁴, como contrato de compra e venda que é, tem por objecto um determinado bem; o objecto do contrato de *lease-back* corresponde ao uso de determinado bem, ao uso do bem que é adquirido pelo locador financeiro para depois ser dado em locação ao locatário financeiro que também foi quem lho vendeu.

Quanto ao efeito translativo da propriedade, na venda com reserva de propriedade, ele ocorre de forma automática após o pagamento da última prestação do preço, manda o artigo 934.º CC; já na locação financeira restitutiva, a (re)transmissão para o locatário financeiro verifica-se só se e quando este exercer a sua opção de compra no termo do contrato de *leasing* e depois de pago o *valor residual*, como resulta do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho.

5.1.2 Venda *a retro*

Perspectivada a venda *a retro* pelo Código Civil como venda resolúvel por direito de opção do alienante (artigo 927.º CC), duas notas a separam claramente do *lease-back*¹¹⁸⁵.

Por um lado, no tocante às obrigações dos alienantes iniciais em vista da reaquisição do bem, na venda *a retro*, o credor do preço é o vendedor do bem – ainda que o preço desempenhe a função de *quantia mutuada*, do estrito ponto de vista da venda *a retro* enquanto compra e

¹¹⁸² Para uma leitura desenvolvida a respeito da junção, união ou coligação de contratos, consultar M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, op. cit., pp. 342-343.

¹¹⁸³ Quanto à distinção em causa, consultar DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva (“lease-back”) no direito português*, op. cit., p. 781.

¹¹⁸⁴ Sobre esta figura, vide LUÍS LIMA PINHEIRO, *A Cláusula de Reserva de Propriedade...*, op. cit. e ANA MARIA PERALTA, *A Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade*, ob. cit..

¹¹⁸⁵ Consultar DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva...*, op. cit., p. 781 e MAURO BUSSANI, *Il contratto di lease back*, pp. 575 e segs..

venda, o preço é devido ao alienante; já no *lease-back*, é sobre o vendedor (locatário financeiro) que impende a obrigação de restituir o preço ao adquirente (*ex vi* dos artigos 1.º e 10.º, alínea a) do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho), porque a *renda* representa verdadeiramente o reembolso do valor que o locador pagou ao locatário pela compra do bem que lhe deu em locação – fraccionadamente e numa perspectiva de valor da renda como contrapartida pelo gozo da coisa e de reembolso e remuneração do *financiamento* concedido pelo locador através do *preço* pago pela aquisição do bem locado.

Na óptica das finalidades pretendidas pelos sujeitos, em especial na óptica do alienante, na venda *a retro*, ele pretende reaver a propriedade do bem que transmitiu; na locação financeira restitutiva, o vendedor perspectiva também poder continuar a usar o bem vendido ao locador, considerando que a celebração da compra e venda é causal do *lease-back* e vice-versa.

5.1.3 Locação

O *lease-back* e a locação diferenciam-se sobretudo pelo objectivo que os locadores perseguem com a celebração do contrato.

Na locação, o fim almejado por quem cede o gozo da coisa é a retribuição a que tem direito como contrapartida contratual pela cedência do gozo do bem locado, ou seja, é o rendimento que consegue obter através da própria locação.

No *lease-back*, o locador, como financiador que é, cede o gozo da coisa como meio de conseguir a recuperação e remuneração do financiamento concedido ao locatário, ou seja, aqui o locador já não pretende fruir do bem que dá em locação, mas sim realizar o crédito que tem sobre o locatário, evidenciando-se, então, que a propriedade deste locador é uma propriedade financeira e que o complexo negocial de compra e venda seguida de locação com opção de recompra que o *lease-back* representa é meramente instrumental do contrato de concessão de financiamento que ele configura.

Estas diferenças explicam que o risco de perecimento da coisa locada, na locação, corre por conta do locador, nos termos gerais do artigo 1031.º CC e, no *lease-back*, corre por conta do locatário, porque a própria lei vê o locador como um mero proprietário financeiro, como resulta do artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho.

A fronteira tem ainda importância do prisma dos sujeitos contratuais, na medida em que os contratos de locação podem ser livremente celebrados, mas a actividade de locação financeira só pode ser exercida por bancos, sociedades de locação financeira e instituições financeiras de crédito, isto é, apenas estas entidades podem ser locador financeiro a título habitual/

profissional (artigos 4.º, n.º 1, alínea b), 7.º, n.º 2 e 8.º do RGICSF¹¹⁸⁶; artigo 1.º, n.º 1 do Decreto-Lei n.º 72/95, de 15 de Abril¹¹⁸⁷ e artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 186/2002, de 21 de Agosto¹¹⁸⁸).

5.2 *Lease-back*: origens

O *lease-back* e a locação financeira são tipos contratuais que nasceram da *paxis* negocial e fecundidade criativa dos agentes económicos. As origens confundem-se, pois os primeiros contratos de locação financeira firmados foram na modalidade de locação financeira restitutiva¹¹⁸⁹.

Estes novos tipos sociais nasceram nos Estados Unidos da América¹¹⁹⁰, na década de 30 do século XX. Indica-se o ano de 1936 como data da celebração do primeiro *leasing* financeiro e as partes no contrato terão sido a cadeia californiana de supermercados “Safety Stores Inc.” e um conjunto de investidores. Por meio deste negócio, a primeira vendeu a estes um dos seus supermercados que imediatamente lho cederam em locação (*lease*) de longo termo. Nove anos

¹¹⁸⁶ Regime Geral das Instituições de Crédito e das Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, com as alterações introduzidas pelos Decretos-Leis n.ºs 246/95, de 14 de Setembro, 232/96, de 5 de Dezembro, 222/99, de 22 de Junho, 250/2000, de 13 de Outubro, 285/2001, de 3 de Novembro, 201/2002, de 26 de Setembro, 319/2002, de 28 de Dezembro, 252/2003, de 17 de Outubro, 145/2006, de 31 de Julho, 104/2007, de 3 de Abril, 357-A/2007, de 31 de Outubro, 1/2008, de 3 Janeiro, 126/2008, de 21 de Julho, 211-A/2008, de 3 de Novembro, pela Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho, pelo Decreto-Lei n.º 162/2009, de 20 de Julho, pela Lei n.º 94/2009, de 1 de Setembro, pelos Decretos-Leis n.ºs 317/2009, de 30 de Outubro, 52/2010, de 26 de Maio, 71/2010, de 18 de Junho, pela Lei n.º 36/2010, de 2 de Setembro, pelo Decreto-Lei n.º 140-A/2010, de 30 de Dezembro, pela Lei n.º 46/2011, de 24 de Junho, pelos Decretos-Leis n.ºs 88/2011, de 20 de Julho, 119/2011, de 26 de Dezembro, 31-A/2012, de 10 de Fevereiro, 242/2012, de 7 de Novembro, pela Lei n.º 64/2012, de 24 de Dezembro, pelos Decretos-Leis n.ºs 18/2013, de 6 de Fevereiro, 63-A/2013, de 10 de Maio, 114-A/2014, de 1 de Agosto, 114-B/2014, de 4 de Agosto, 157/2014, de 24 de Outubro e pelas Leis n.ºs 16/2015, de 24 de Fevereiro e 23-A/2015, de 26 de Março.

¹¹⁸⁷ Diploma que regula as sociedades de locação financeira.

¹¹⁸⁸ Diploma que regula as instituições financeiras de crédito que são “*instituições de crédito que têm por objecto a prática das operações permitidas aos bancos, com excepção da recepção de depósitos*” (artigo 1.º).

¹¹⁸⁹ Como explicam DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A Locação Financeira*, ob. cit., pp. 45 e segs., EDUARDO BARREIRA DELFINO, *Leasing Financeiro*, vol. IV, Roberto Guido Editor, Buenos Aires, 1996, pp. 1 e segs., ANTONIO ORTÚZAR SOLAR, *El Contrato de Leasing*, reimpressão, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995 e MARIA DEL CARMEN GARCIA GARNICA, *El Régimen Jurídico del Leasing Financiero en España*, Aranzadi Editorial, Elcano, 2001, pp. 37 e segs..

¹¹⁹⁰ DIOGO LEITE DE CAMPOS, em *Locação Financeira (Leasing) e Locação*, ROA, Ano 62, III, Dezembro 2002, pp. 759 e segs. (p. 762) refere o advento “*como um mero instrumento financeiro, de origem e construção acentuatamente pragmáticas, para solucionar algumas necessidades das sociedades e das pessoas singulares na sua actividade económica*”, com “*tão grande sucesso que se alargou rapidamente à satisfação de um número muito variado e pouco classificável de necessidades das sociedades e das pessoas singulares*”.

mais tarde, uma outra empresa também dona de cadeia de supermercados, a “Allied Stores Corporation”, firmou idêntico contrato também com um grupo de investidores¹¹⁹¹.

A partir da segunda metade do século XX, difundiu-se o uso da figura e as seguradoras e os fundos de pensões estadunienses muito contribuíram para a divulgação do *lease-back*, passando a financiar-se por meio dele. É outrossim nos Estados Unidos da América que se assinala, em 1952, um acontecimento decisivo para a *locação financeira restitutiva*: a constituição da “United States Leasing Corporation” – a primeira sociedade comercial de *leasing*¹¹⁹².

A locação financeira e o *lease-back* atravessam o Atlântico e acabam por chegar ao *velho continente* praticamente sincronizados no tempo, nos anos 60¹¹⁹³ e passam rapidamente a modelos negociais difusamente utilizados, sobretudo no ramo imobiliário¹¹⁹⁴.

5.3 O *lease-back* em Portugal

Em Portugal, o reconhecimento do *leasing* como tipo legal ocorreu em 1979¹¹⁹⁵ com o Decreto-Lei n.º 171/79, de 6 de Junho que consagrou o seu regime geral e, cerca de dez anos mais tarde, o Decreto-Lei n.º 10/91, de 9 de Janeiro alargou o âmbito de aplicação da locação financeira à habitação própria do locatário.

A disciplina geral da matéria consagrada no diploma de 1979 foi revista profundamente no Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho que constitui o regime actualmente em vigor¹¹⁹⁶.

Os primeiros diplomas não referiam expressamente o *lease-back* entre as modalidades da locação financeira, contudo, as referências preambulares à nova figura contratual quanto às “*garantias que oferece*”, ao seu papel no “*relançamento da economia nacional*” e à sua identificação nas “*possibilidades de financiamento*” sinalizam a admissibilidade da locação

¹¹⁹¹ Cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva («lease-back») no direito português*, ob. cit., pp. 775 e segs..

¹¹⁹² Vide LUÍS M. T. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., p. 244.

¹¹⁹³ Cfr. LUÍS M. T. MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., p. 244 e DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A locação financeira*, op. cit., pp. 45 e segs..

¹¹⁹⁴ Logo na década de 70 (1974), na Alemanha, é celebrado um importante contrato de *lease-back* através do qual foi vendida a central eléctrica de Mepen por duzentos e trinta milhões de marcos e imediatamente cedida em *leasing* ao alienante.

¹¹⁹⁵ Apesar de a intervenção legislativa datar de 1979, já na década de 60 MOTA PINTO elaborou um relevante estudo sobre a figura da locação financeira (cfr. MOTA PINTO, *Uma Nova Modalidade Jurídica de Financiamento Industrial: o Leasing*, in «Revista de Direito e Estudos Sociais», ano XII, n.º 3, Julho-Setembro, 1965, pp. 103 e segs.).

¹¹⁹⁶ Com as alterações introduzidas ao Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho pelo Decreto-Lei n.º 265/97, de 2 de Outubro, pela Rectificação n.º 17-B/97, de 31 de Outubro e pelos Decretos-Leis n.ºs 285/2001, de 3 de Novembro e 30/2008, de 25 de Fevereiro.

financeira em todas as suas variantes negociais. Em igual sentido, parecia apontar o artigo 1.º do diploma de 1979 quando definia a locação financeira como “*contrato pelo qual uma das partes se obriga, contra retribuição, a conceder à outra o gozo temporário de uma coisa, adquirida ou construída por indicação desta e que a mesma pode comprar, total ou parcialmente, num prazo convencionado, mediante o pagamento de um preço determinado ou determinável nos termos do próprio contrato*”.

Com esta noção amplíssima, o legislador parece abarcar todas as formas de *leasing* financeiro que a autonomia privada crie na *paxis* negocial. Visão ancorada ainda no princípio geral da interpretação da lei à luz do qual *onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete distinguir*¹¹⁹⁷.

LEITE DE CAMPOS convoca estes precisos argumentos para sustentar a admissibilidade da *locação financeira restitutiva* no direito português¹¹⁹⁸. Entendia que o regime que introduziu a figura da locação financeira no nosso ordenamento era totalmente aplicável e capaz de dar resposta à maioria das especificidades do *lease-back*. Por exemplo, quanto à forma do contrato, prazos de duração contratual mínimos e máximos e forma da resolução do contrato. Relativamente a outros *essentialia* privativos da figura, impunha-se o ajustamento da disciplina geral. Desde logo, pela inexistência de relação contratual trilateral do *leasing* financeiro puro – o fornecedor do bem é, na verdade, a mesma pessoa do seu futuro locatário financeiro. A lei deveria determinar a extinção dos direitos que o regime geral confere ao locatário perante o fornecedor, por confusão¹¹⁹⁹.

Esta questão, já ao tempo da vigência do diploma de 1979, era debatida, mas então a doutrina não acolhia pacificamente a tese da admissibilidade da locação financeira restitutiva. PINTO DUARTE, entre os Autores que rejeitavam a figura, sustentava que o *sale and lease-back* não cabia na *ratio legis* do Decreto-Lei n.º 171/79, pois a intervenção legislativa fora no sentido do incentivo ao investimento por meio do financiamento do (re)equipamento dos locatários

¹¹⁹⁷ Vide CASTANHEIRA NEVES, em *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 5 e 11 e segs. e na ob. cit. *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais*, pp. 151 e segs., em que o ilustre doutrinador expõe a sua visão da interpretação como *interpretatio iuris* e não meramente *interpretatio legis*. Nessa medida, guia-nos quanto ao sentido de regras gerais como a enunciada em texto – é certo que *onde o legislador não distingue não deve o intérprete-aplicador distinguir*, mas importa saber quando e por que não nos devemos ater-nos apenas à letra da lei. É indelével o contributo da escola positivista para o entendimento da interpretação como realização do direito, mas a mera compreensão positivista é insuficiente, apesar do auxílio insubstituível do argumento literal na tarefa interpretativa – o primeiro que o intérprete considera no *iter interpretationis*.

¹¹⁹⁸ Como podemos ler em DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva...*, op. cit., pp. 790 e segs. (especialmente p. 793). Aliás, a expressão *locação financeira restitutiva* é da sua autoria.

¹¹⁹⁹ Vide ob. cit. de LEITE DE CAMPOS na última nota (pp. 792-793).

financeiros e, no esquema negocial do *lease-back*, o número de equipamentos para o locatário não aumentava¹²⁰⁰.

O certo é que também o novo regime do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho – que revogou os diplomas anteriores – nem aceita nem veda, de modo expresse, a locação financeira de retorno. Porém, com esta nova disciplina caem por terra os argumentos até então esgrimidos contra a admissibilidade do *lease-back*¹²⁰¹, porque o próprio diploma legal, no seu artigo 1.º, apresenta uma noção da figura em cujos termos “o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado” a coisa que lhe foi cedida em gozo pelo locador.

5.4 O *lease-back* e a proibição do pacto comissório

Em Itália, tem sido acesamente discutida a (in)admissibilidade da locação financeira restitutiva em face da proibição legal do pacto comissório, com um importante movimento dogmático proclamando que aquele contrato seria inválido por estar compreendido no âmbito da proibição¹²⁰².

Entre nós, o tema é um tanto lateralizado, sobretudo pela jurisprudência. Os tribunais portugueses, chamados a decidir questões controvertidas no âmbito de contratos de *sale and lease-back*, pronunciam-se simplesmente sobre a concreta *quaestio decidendi*, desconsiderando a acuidade do debate, e sem sequer incluir o assunto como tópico de reflexão¹²⁰³.

¹²⁰⁰ RUI PINTO DUARTE, *A Locação Financeira...*, *op. cit.*, pp. 49-50.

¹²⁰¹ E o próprio PINTO DUARTE acaba por reconhecer a licitude do contrato no nosso actual quadro legal, em uníssono com a posição dominante na doutrina e na jurisprudência. Cfr. em RUI PINTO DUARTE, *Quinze Anos de Leis sobre Leasing – Balanço e Perspectivas*, in «Escritos sobre *Leasing* e *Factoring*», Principia, Cascais, 2001, p. 180.

¹²⁰² Para um conhecimento mais vasto do panorama doutrinário em torno desta questão, *vide* ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, *op. cit.*, pp. 235 e segs., MARIA IACUANIELLO BRUGGI, *Patto commissorio*, *op. cit.*, pp. 13 e segs., GIUSEPPE CRICENTI, *I Contratti in Frode alla Legge*, Giuffrè Editore, Milano, 1996, pp. 113 e segs., ROSANNA DE NICTOLIS, *Nuove Garanzie Personali e Reali – Garantievertrag, Fifeiussione Omnibus, Lettere di Patronage, Sale-lease-back*, *op. cit.*, pp. 490 e segs., VINCENZO BUONOCORE, *Il contratto di leasing*, in «Contratti d’Impresa», Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 1662 e segs., ENRICO NUZZO, *I Lease-back, elusione, poetre degli organi ispettivi*, in «Banca, Borsa e Titoli di Credito», Nuova Serie, Parte Prima, anno LIV, Luglio-Agosto, 1991, Giuffrè Editore, Milano, 1991, pp. 478 e segs., GREGORIO GITTI, *Divieto del patto commissorio, frode alla lege, “sale and lease back”*, in «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», anno XLVII, n.º 2, Giugno, Giuffrè Editore, Milano, 1993, pp. 457 e segs..

¹²⁰³ Cfr. Ac. STJ de 12 de Setembro de 1999, Proc. n.º 99A830; Ac. STJ de 30 de Janeiro de 2003, Proc. n.º 02B3896 – anotado por JÚLIO GOMES, *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório*, *op. cit.*, pp. 63-72 –; Ac. TRL de 27 de Janeiro de 2000, Proc. n.º 0074716; Ac. TRP de de 4 de Maio de 2004, Proc. n.º 0220779. Todos disponíveis em www.dgsi.pt.

Com a consagração expressa do *lease-back* no nosso quadro legal operada pelo (novo) regime da locação financeira de 1995, a doutrina também não tem dedicado muita atenção à pergunta da (in)compatibilidade da nova figura contratual com a proibição do artigo 694.º CC. Reflectindo em torno desta questão, a doutrina de referência apresenta pensamento em sentido favorável à harmonização do *lease-back* com o impedimento do pacto comissório.

Com efeito, o artigo 694.º CC não obstaculiza a celebração de contratos de *lease-back*¹²⁰⁴⁻¹²⁰⁵. *Alex commissoria* em nada contende com a *locação financeira de retorno*¹²⁰⁶, desde logo porque o efeito translativo da propriedade no *lease-back* é imediato, por mero efeito do contrato de compra e venda (artigos 408.º, n.º 1 e alínea a) do artigo 879.º CC), ao contrário do pacto comissório, por força do qual a propriedade do bem dado em garantia (só) se transmite para o credor depois de (se) o devedor incumprir (artigo 694.º CC). *Ex vi* da compra e venda, primeiro megócio integrante do esquema negocial do *sale and lease-back*, o alienante-futuro-locatário transmite imediatamente para o adquirente-futuro-locador o bem vendido, sendo que por meio do pacto comissório, o credor apenas adquire a propriedade do objecto da garantia em momento futuro e só depois de verificado o requisito do inadimplemento do devedor. Mais, o pacto comissório é um negócio condicional, ao contrário da locação financeira restitutiva. Na verdade, o resultado perseguido pelas partes com uma cláusula comissória fica suspensivamente condicionado ao não cumprimento do obrigado, ao passo que na compra e venda causal do *lease-back* inexistem qualquer condição (suspensiva ou resolutiva). Nota-se ainda outra dissimilitude entre a locação financeira de retorno e o pacto comissório que indica a compatibilidade das duas figuras, sob o prisma da coerência interna do sistema jurídico: os efeitos do não cumprimento. Ao abrigo do pacto comissório, é a não realização pontual e voluntária da prestação a que o devedor se obrigou que opera o ingresso automático do bem que garante o crédito na esfera jurídica do credor. No âmbito de um contrato de locação financeira de retorno, não. A falta de pagamento das rendas desencadeia unicamente os efeitos da resolução, vencendo-se de imediato e tornando-se, por isso, exigíveis do locatário as rendas devidas até ao termo do prazo contratual, mas a compra e venda inicial não se resolve. Inexiste aqui efeito translativo consequente do incumprimento

¹²⁰⁴ Neste sentido, vide, por todos, CALVÃO DA SILVA *Locação financeira e garantia bancária...*, *op. cit.*, pp. 10 e segs..

¹²⁰⁵ CALVÃO DA SILVA afirma que “Embora não se verifique a trilateralidade típica da locação financeira – e, como tal, não seja «leasing» financeiro «sensu proprio» –, a licitude da “sale and lease back” deve ser admitida em face do direito português. Designadamente, a figura jurídica em causa não se nos afigura nula com base na proibição do «pacto comissório»”, como podemos ler na ob. cit. do Autor *Locação financeira e garantia bancária...*, p. 12.

¹²⁰⁶ Formulação que CALVÃO DA SILVA utiliza em referência ao *lease-back*, na sua *op. cit. Locação financeira e garantia bancária...*, p. 12.

do locatário-devedor. O bem (locado) é e permanece na titularidade do locador, porque este o adquiriu ao locatário (embora para o financiar com o preço da aquisição).

Por outro lado, o pacto comissório pressupõe necessariamente uma dívida, uma dívida em virtude da qual o devedor se encontra adstrito à realização da prestação perante o credor, cujo direito de crédito foi garantido por determinado bem. É no âmbito da garantia prestada ao credor que este e o garante firmam um pacto comissório, estipulam a “*convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir*” (artigo 694.º CC). A locação financeira de retorno constitui um complexo negocial que integra a categoria dos contratos de concessão de financiamento, *id est*, dos negócios onde a disponibilização de recursos financeiros ocorre na sequência da venda de um certo bem pelo seu proprietário a um adquirente que por ser o financiador, assume, ao comprar o bem, a obrigação de ceder a fruição do mesmo, dando-o ao próprio alienante em *leasing* financeiro, “*como acontece na locação financeira trilateral pura*”¹²⁰⁷. Vale isto por dizer que inexistente no modelo de *sale and lease-back* uma dívida prévia. Ao passo que a existência de dívida prévia é um elemento essencial da natureza do pacto comissório. Bem como inexistente qualquer condição suspensiva ou resolutiva quer na compra e venda quer na locação financeira de retorno que se lhe segue, sendo que no pacto comissório, a condição suspensiva de inadimplemento por parte do devedor é necessária à operação do efeito translativo da propriedade, faz parte das notas essenciais daquele acordo. O pacto comissório é, por definição e natureza, um negócio condicional¹²⁰⁸.

Do que ficou dito, emerge que o acantonamento do *lease-back* à finalidade de garantia seria inaceitavelmente constrangedor e limitativo. O pacto comissório, sim, tem subjacente dívida de existência necessária e prévia, inversamente ao *lease-back* que não pressupõe qualquer empréstimo – é, sim, um inventivo modelo negocial de concessão de financiamento em que os recursos disponibilizados resultam da venda de património do mesmo sujeito que *ad continuum* se torna locatário do comprador dos seus bens¹²⁰⁹.

¹²⁰⁷ Cfr. CALVÃO DA SILVA, *Locação financeira e garantia bancária...*, *op. cit.*, pp. 12 e 13.

¹²⁰⁸ Mais sublinha CALVÃO DA SILVA, “*Não se argumente (...) que na sale and lease-back a transferência da propriedade é imediata, embora sob condição resolutiva de cumprimento do devedor-locatário. Não é essa, com efeito, a real fisionomia da sale and lease-back. (...) no caso de pagamento integral e pontual das rendas, a venda não se resolve; o vendedor-locatário, para voltar a ser proprietário do bem, tem de exercer a chamada opção de compra, caracterizante da locação financeira, pagando o respectivo preço residual. O que prova ser pura e simples a venda, não sujeita a condição resolutiva*” – cfr. anotação anterior.

¹²⁰⁹ REMÉDIO MARQUES, outrossim defensor da validade legal da locação financeira de retorno no direito português, destaca que a sua vocação vai muito além da finalidade de garantia, apontando a aptidão para “*acolher e (...) satisfazer um conjunto mais complexo de necessidades (meritórias) postas pelo tráfego jurídico-mercantil*”, como podemos ler na *op. cit.* do Autor *Locação financeira retributiva...*, p. 600.

É equívoco o argumento segundo o qual a transferência da propriedade é automática tanto no pacto comissório como no *lease-back* – com a única diferença de naquele a condição ser suspensiva (incumprimento) e neste resolutive (cumprimento). Na verdade, o próprio diploma legal que rege a locação financeira define a figura enunciando que o locatário, decorrido o prazo contratual estipulado, “*poderá comprar*” o bem locado¹²¹⁰. Isto é, o legislador diz expressamente que após o tempo que as partes acordaram para a duração do contrato (e que o locatário cumpriu pontualmente), a venda entre o locatário e o locador não fica resolvida *ipso facto*. Nada na lei permite ao locatário readquirir de modo automático a propriedade do bem que alienou. De todo. Aliás, findo o *leasing*, como a própria definição clarifica, o locatário *pode(rá) comprar* o bem locado, ou seja, é livre para comprar e é livre também para não comprar. O locatário é livre para exercer ou não o direito de opção de (re)compra do objecto da locação financeira. Findo e cumprido o contrato, a aquisição da propriedade pelo locatário não é automática, antes depende do exercício do direito de opção que assiste ao locatário e ainda do pagamento do *preço residual*¹²¹¹, à luz do disposto no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho¹²¹². É válida, portanto, defendemos, a locação financeira de retorno no nosso ordenamento jurídico e não frustra o embargo legal do pacto comissório. Sem prejuízo, alerta-se que existe a franca possibilidade prática de o *sale and lease-back* ser usado como meio de obter o resultado que o artigo 694.º CC veda¹²¹³⁻¹²¹⁴.

Naturalmente, a fronteira entre validade e invalidade traçar-se-á sempre no perímetro das práticas negociais respeitadoras da lei¹²¹⁵.

¹²¹⁰ Cfr. artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho.

¹²¹¹ Utilizamos a expressão *preço residual* por comodidade de exposição, pese embora que a lei abandonou o conceito com a redacção que foi dada ao diploma da locação financeira (*vide* nota anterior) pelo Decreto-Lei n.º 285/2001, de 3 de Novembro que revogou o preceito que regia as *rendas e o preço residual* (artigo 4.º do diploma originário – cfr. última nota). Assim, em bom rigor, a referência ao *preço residual* corresponde ao *preço determinado ou determinável* convencionalmente – a que o artigo 1.º alude, *in fine*, ao descrever a opção do locatário de *poder comprar* o objecto do contrato de *leasing* no seu termo.

¹²¹² REMÉDIO MARQUES acrescenta um derradeiro argumento na tese do distanciamento entre o pacto comissório e o *lease-back* que se prende com a faculdade do locador financeiro de vender o bem locado a terceiro, prerrogativa que manifestamente não assiste ao credor beneficiário de estipulação comissória. *Vide* antepenúltima nota.

¹²¹³ Nesta linha, admoesta REMÉDIO MARQUES, defendendo que o *sale and lease-back* deve casuisticamente considerar-se nulo por *fraus legis*, nos casos em que reja a vontade das partes o intuito de iludir e ultrapassar a proibição legal de o credor fazer seu o *quid* da garantia, se não for pago. Este Autor proclama a necessidade de se estar atento a “*indícios fácticos*” para se apurar, em concreto, da validade ou invalidade do *lease-back* por fraude à lei. Cfr. REMÉDIO MARQUES, *Locação financeira retributiva...*, *op. cit.*, pp. 598-599.

¹²¹⁴ De igual modo, ANA FILIPA ANTUNES reputa perfeitamente lícito o *lease-back* à luz do quadro legal português – cfr. na sua ob. cit. *O Contrato de Locação Financeira...*, pp. 57 e segs.. Cfr. também nota seguinte.

¹²¹⁵ ANA FILIPA ANTUNES, à pergunta “*haverá na hipótese da locação financeira retributiva desrespeito pela lei?*” responde não e explica porquê: “*ainda que o contrato de «sale and lease-back» possa prosseguir*

Considerando controvertida a questão da admissibilidade dos negócios fiduciários no direito português, pode colocar-se a questão da validade da locação financeira de retorno, de acordo com a tese de inclusão desta figura naquela tipologia contratual¹²¹⁶.

Mas na verdade, dos *essentialia* dos negócios fiduciários nenhum está presente no *lease-back*: (i) nem o exercício do direito de propriedade no interesse do alienante do bem (ii) nem a limitação dos poderes próprios do direito real transmitido por força de convenção firmada com o alienante. Ao contrário: na locação financeira restitutiva, quem compra o bem torna-se dele pleno proprietário – e sem se sujeitar, como sucede no negócio fiduciário, aos fins que o vendedor persegue com o negócio (*ex vi* de pacto firmado com este) – e tem plenos poderes para alienar o bem adquirido a terceiro sem carecer de autorização prévia de quem lho vendeu inicialmente (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho) – ao passo que na *fiducia cum creditore*, o proprietário-adquirente-fiduciário obriga-se a não usar os poderes fora do âmbito finalista acordado.

Mas pode argumentar-se que tal como no negócio fiduciário (típico), em que o adquirente-fiduciário se torna proprietário pleno, só que exercendo o direito real maior *no interesse* do transmitente-fiduciante, assim também no *lease-back*, o (futuro) locador compra o bem e torna-se titular em plenitude do direito de propriedade que incide sobre o bem adquirido, mas acaba por exercer os poderes próprios do direito de propriedade, só para dar a coisa em locação ao alienante e por ser esse o seu interesse, porque foi a este que interessou que o locador comprasse o bem para depois lho poder dar em locação. Ainda assim, não nos parece argumento válido, uma vez que nos negócios fiduciários, o exercício que o fiduciário faz do direito de propriedade é exclusivamente realizado no interesse do fiduciante, enquanto no *lease-back* existe um interesse de ambas as partes quer na aquisição do direito de propriedade por parte do locador quer na locação subsequente do bem adquirido. Aliás, na comum locação, pode perfeitamente ocorrer que uma pessoa adquira um bem, tendo já em vista obter dele rendimento, dando, em seguida, em locação o bem que adquiriu. Pense-se, desde logo, nos bens imóveis e nas comumente designadas aquisições para investimento, em que alguém compra um prédio, porque tem em vista já que outra pessoa o tome de arrendamento. Esta hipótese pode verificar-se, em abstracto, sem que o comprador tenha alguém identificado para futuro arrendatário, como pode acontecer

uma finalidade de garantia (para além da função primária de financiamento), não nos parece haver violação de qualquer regra imperativa, não sendo essa finalidade susceptível de censura à luz do nosso ordenamento jurídico”. Cfr. ob. cit. *O Contrato de Locação Financeira...*, p. 57.

¹²¹⁶ ANA FILIPA ANTUNES sobre esta interrogação e é de opinião que “*não parece possível reconduzir o contrato de «lease-back» à categoria dos negócios fiduciários, na medida em que não estão reunidos os traços típicos dessa modalidade negocial*” – cfr. *O Contrato de Locação Financeira...*, op. cit., p. 62.

por prévio acordo entre adquirente e futuro locatário, como pode acontecer, também por acordo prévio, a aquisição do bem junto do próprio futuro locatário – ressalvados, naturalmente, os limites quanto ao exercício do esquema negocial do *leasing* financeiro que a lei não permite que seja celebrado de forma habitual por entidades que não sejam instituições bancárias ou sociedades de locação financeira (nos termos conjugados dos artigos 4.º do Decreto-Lei n.º 72/95, de 15 de Abril¹²¹⁷ e 23.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho).

Tudo isto para se dizer que uma aquisição com vista a uma subsequente locação não parece rigoroso classificar-se como titularidade do direito de propriedade que o comprador exerce no interesse do futuro locatário, porque se trata, afigura-se-nos, de negócio (ou de esquema negocial, nos casos de compra e venda seguida, *ad continuum*, de locação) realizado no interesse de ambas as partes e seguramente no interesse do comprador e futuro locador, tendo em vista a remuneração do preço pago pela compra com o valor recebido do locatário a título de renda (tanto numa compra e venda *pura e simples* em que a cedência do gozo da coisa comprada surge como exercício normal dos poderes inerentes ao direito de propriedade, como numa aquisição perspectivada enquanto investimento, como em compras instrumentais para a concessão de financiamentos).

Na locação financeira restitutiva, a interdependência que vimos existir entre a compra e venda e a locação não é estrutural, uma vez que ambos os negócios são formalmente autónomos, válidos *de per se* e coincidentes com a finalidade que as partes prosseguem. A interdependência é de natureza causal, na medida em que a compra e venda é celebrada tendo em vista a subsequente locação e esta para poder ser celebrada necessita que haja uma prévia aquisição.

Assim, o locador compra o bem, porque vai em seguida dá-lo em locação, o que significa que para poder dá-lo em locação carece da qualidade jurídica de proprietário, razão por que, sem primeiro haver a aquisição, o comprador não pode(ria) ser locador.

Razão por que a reflexão acerca da proximidade do *lease-back* com os negócios fiduciários só é verdadeiramente pertinente a propósito da fidúcia de tipo romanista, pois a sua arquitectura opera pela atribuição de um direito real – normalmente o direito de propriedade – limitado por um acordo de adaptação com mero efeito obrigacional. O esquema negocial da *fiducia* do

¹²¹⁷ Diploma que cria o regime jurídico das sociedades de locação financeira, definindo-as no n.º 1 do artigo 1.º como “*instituições de crédito que têm como objecto exclusivo o exercício da actividade de locação financeira*”, podendo também, nos termos do n.º 2 “*acessoriamente, alienar, ceder a exploração, locar ou efectuar outros actos de administração sobre bens que lhes hajam sido restituídos, quer por motivo de resolução de um contrato de locação financeira, quer em virtude do não exercício pelo locatário do direito de adquirir a respectiva propriedade*”. Mais estabelece o diploma (artigo 2.º) que as sociedades de locação financeira reger-se-ão pela disciplina ali consagrada e “*pelas disposições aplicáveis do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras*” criado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro (*vide* também notas 1186, 1187 e 1188).

Direito Romano é vizinho da construção do modelo do *sale and lease-back* que se materializa, num primeiro momento, com uma compra e venda, isto é, com uma transmissão plena do direito de propriedade e, *ad continuum*, num segundo momento, com a locação do bem vendido, em que o adquirente toma as vestes de locador e o alienante de locatário, atribuindo-se a este o direito de opção de (re)comprar o objecto locado, uma vez (cumprido e) findo o contrato de locação financeira e pagando determinado *valor residual*¹²¹⁸.

Assinala-se, então, comumente uma transmissão plena de um direito real, porém, assinala-se uma enorme distância relativa à amplitude do exercício dos poderes inerentes ao direito real por excelência. Enquanto na fidúcia, o direito de propriedade fica limitado pelo *pactum fiduciae*, em cujos termos o transmissário fica obrigado, perante o transmitente, a cumprir determinadas tarefas/prestações; no *lease-back*, ao comprador e futuro locador assistem todos??? os poderes de *utendi, fruendi e abutendi* inerentes ao direito de propriedade e sem quaisquer limitações???¹²¹⁹.

Destarte, seguimos a doutrina que reputa válido o modelo negocial que o *sale and lease-back* representa, crendo outrossim importante sublinhar que a sindicância da licitude da locação financeira de retorno deve ter lugar sempre que *in casu* os sujeitos façam deste tipo uso irregular, usurário ou comissório¹²²⁰.

¹²¹⁸ Vide notas 1210 e 1211.

¹²¹⁹ Claro que com a locação o proprietário cede o direito de usar e fruir o bem ao locatário, mas não fica limitado nos seus poderes sobre o bem, desde logo no poder de disposição (que lhe permite vendê-lo livremente a terceiro). Esteada nesta premissa, ANA FILIPA ANTUNES discorre em torno do distanciamento entre o *lease-back* e o negócio fiduciário típico e afirma que “na locação financeira restitutiva, o adquirente é pleno proprietário, mas no interesse do alienante, uma vez que este não o incumbiu do cumprimento de quaisquer obrigações ou tarefas. Por outro lado, o adquirente/locador é livre de alienar o bem objecto do contrato a um terceiro, sem dependência de qualquer autorização por parte do alienante/locatário”. Cfr. citação na ob. cit da Autora *O Contrato de Locação Financeira...*, p. 62. No mesmo sentido, a posição de REMÉDIO MARQUES, como sublinhámos na nota 1212.

¹²²⁰ Neste sentido, pronunciam-se expressamente REMÉDIO MARQUES na sua *op. cit. Locação financeira restitutiva...*, pp. 598-599, vincando que qualquer uso do *lease-back* intentando iludir o artigo 694.º CC deve ditar a nulidade do contrato por *fraus legis* e ANA FILIPA ANTUNES manifestando-se “no sentido da admissibilidade do contrato de locação financeira restitutiva, ressalvada a hipótese de instrumentalização ao fim de contornar a proibição legal do pacto comissório”, na sua ob. cit. *O contrato de Locação Financeira...*, p. 67.

CAPÍTULO IV

PACTO COMISSÓRIO:

REALIZAÇÃO DOS SEUS EFEITOS POR INTERMÉDIO

DE OUTROS MODELOS NEGOCIAIS

SECÇÃO I

O PACTO COMISSÓRIO E AS SUAS FRONTEIRAS

COM ALGUMAS FIGURAS TÍPICAS

1. A compensação

1.1 Generalidades

A compensação encontra-se consignada no Código Civil entre os artigos 847.º a 856.º, correspondendo à secção III do capítulo das Causas de extinção das obrigações além do cumprimento. No Código Comercial, também encontramos uma importante referência à compensação no artigo 346.º que determina como efeito do contrato de conta corrente a compensação recíproca entre os contraentes até à concorrência dos respectivos crédito e débito¹²²¹.

Da análise das normas que compõem este instituto, ressalta de imediato que a nossa lei civil não apresenta uma noção de compensação, sendo que o primeiro preceito da sua disciplina (artigo 847.º CC) começa logo por enunciar os seus requisitos legais.

Sic, parece que o legislador, pressupondo a longa tradição desta figura, entendeu desnecessário definir jurídico-formalmente o instituto secular, herança do Direito Romano^{1222_1223_1224}.

¹²²¹ Apesar de a compensação enquanto causa de extinção da obrigação se encontrar regulada nos artigos 847.º a 856.º CC, a noção subjacente ao conceito de compensação encontra-se presente em diversos comandos normativos.

¹²²² Como podemos ler em MENEZES CORDEIRO, *Da Compensação no Direito Civil e no Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 9-10 e em *Manual de Direito Bancário*, *op. cit.*, p. 547.

¹²²³ É de MODESTINUS a primeira noção conhecida da figura da compensação: “*compensatio est debiti et crediti inter se contributio*” – cfr. Digesto 1.16.2. – que em livre tradução diremos que significa *a compensação é o acerto de débito e crédito entre si*.

1.2 Requisitos

A compensação de que tratam os artigos 847.º a 856.º do Código Civil¹²²⁵ corresponde à denominada compensação legal.

A lei civil não aborda de modo específico a compensação judicial¹²²⁶ nem a compensação convencional. Judicialmente, pode considerar-se operante a compensação com débitos não exigíveis. Como acordo entre as partes, a compensação será admissível a coberto e nos limites da autonomia privada que o artigo 405.º, n.º 1 CC consagra como princípio geral. O regime legal da compensação, isto é, o regime da compensação legal¹²²⁷, desempenha o papel de matriz, a um tempo, para a compensação judicial e convencional.

Dissemos já que os requisitos para que possa operar-se a compensação constam do artigo 847.º CC, mas nem todos o preceito elenca, porque o pressuposto da reciprocidade consta do artigo 851.º CC e do artigo 853.º CC resulta uma outra exigência (a da compensabilidade) e ainda o artigo 848.º CC indica nas alíneas do seu n.º 1 os pressupostos da exigibilidade e fungibilidade. Começando pelo n.º 1 do artigo 847.º CC, importa sublinhar a ausência de rigor terminológico da lei quando dispõe que numa situação em que duas pessoas sejam credora e devedora uma da outra, qualquer dessas pessoas “*pode livrar-se da sua obrigação*”. O enunciado linguístico “*livrar-se*” de uma obrigação não corresponde ao léxico rigoroso que se espera e exige de uma correcta técnica legislativa¹²²⁸. Por outro lado, não pode deixar de sublinhar-se a gravidade da falta de rigor técnico quando o mesmo artigo 847.º CC contém a ideia de “*compensação de obrigações*”. O que se compensa, técnico-juridicamente, são créditos (ou débitos) e não propriamente obrigações, no sentido de *vinculum iuris* com um conteúdo amplo e complexo¹²²⁹.

HERENIUS MODESTINUS é um dos sete jurisconsultos clássicos romanos. Para uma leitura sobre os jurisconsultos, vide SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanum) I*, op. cit., pp. 454 e segs..

¹²²⁴ Para mais desenvolvimentos sobre o surgimento da *compensatio* no Direito Romano, vide, por todos, GUIDO ASTUTI, *Compensazione (storia)*, in Enc. di Diritto, VIII, Milano, 1961 e MENEZES CORDEIRO, *Da Compensação...*, op. cit., pp. 17 e segs..

¹²²⁵ A MENEZES CORDEIRO “*parece claro que a compensação, firme nas suas raízes histórico-culturais, não carece de qualquer definição formal*”, porque “*os contornos do instituto são, há muito, conhecidos*” – cfr. ob. cit. do Autor *Da Compensação...*, p. 108.

¹²²⁶ Afirma MENEZES CORDEIRO, em *Da Compensação*, ob. cit., p. 105 que a jurisprudência “*traduz a efectiva concretização do instituto*”.

¹²²⁷ Segundo MENEZES CORDEIRO (ob. cit. *Da Compensação...*, p. 108), a “*matriz histórica, cultural e científica da compensação é dada pela versão «legal». O corpo central que, no Código Civil, trata da compensação, surge, assim, como matriz de todas as demais compensações*”.

¹²²⁸ Como repudia a melhor doutrina – cfr., por todos, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4.ª edição, p. 130.

¹²²⁹ Veja-se, por todos, em termos dogmáticos, as implicações da noção de obrigação como *vinculum iuris*, enquanto realidade plural e complexa integrada por múltiplos elementos, MOTA PINTO, *Cessão da Posição*

Em rigor, seguindo a tradição do Direito Romano, a compensação ocorre entre créditos. Vai neste sentido a noção vertida no Código Civil alemão (§ 383 do BGB) suportada também doutrinariamente, ou, então, do lado passivo da relação creditícia, como no Direito Italiano, será correcto converter-se o conceito por referência à compensação de débitos (artigo 1241 do *Codice Civile*).

Nestes termos, sublinha-se que a compensação opera a extinção de créditos (e débitos) e não necessariamente de todos os demais elementos da obrigação. Sublinhados estes aspectos da formulação do texto da lei, importa analisar a disciplina do instituto da compensação.

1.2.1 Requisito da reciprocidade

A reciprocidade é o primeiro pressuposto que o artigo 847.º CC enuncia para que possa ocorrer a compensação (n.º 1) e traduz-se na exigência de que o devedor seja também credor do seu próprio credor e que, de igual modo, este seja devedor do seu próprio devedor.

A jurisprudência tem unanimemente reconhecido também que para que duas pessoas possam extinguir débitos entre si por compensação com créditos que tenham sobre a outra pessoa é necessário que das suas posições jurídicas, colocadas frente a frente, resultem créditos cruzados. Quanto à legitimidade para compensação com um crédito não do próprio devedor, mas de um terceiro, a dúvida poderia surgir pela possibilidade reconhecida pela lei de um terceiro poder realizar a prestação devida pelo devedor (artigo 767.º, n.º 1 CC).

Mas o artigo 851.º CC responde *expressis verbis* que tal não é admissível. Na verdade, graças ao contributo de VAZ SERRA¹²³⁰, a primeira parte do n.º 1 do preceito veio clarificar que “*A compensação apenas pode abranger a dívida do declarante, e não a de terceiro, ainda que aquele possa efectuar a prestação deste*”.

Sem prejuízo, a doutrina não coincide na explicação desta regra. Autores como MENEZES CORDEIRO¹²³¹ entendem que radica na essência de uma outra causa de extinção da obrigação: a remissão. Defendendo que se fosse permitido ao compensante, por meio da compensação, sacrificar um crédito seu para exonerar um terceiro, este último obteria um benefício *ad nutum*, sem sequer ter consentido. E este entendimento funda-se na circunstância de a remissão corresponder a um modo de extinção da obrigação de natureza contratual (como resulta da própria norma que regula o *modus operandi* da remissão: o artigo 863.º CC).

Contratual, Almedina, Coimbra, 2003, reimpressão, pp. 286 e segs..

¹²³⁰ Esta regra é da autoria de VAZ SERRA, como podemos ler em *Compensação*, BMJ, n.º 31, pp. 34-35.

¹²³¹ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da Compensação no Direito Civil...*, ob. cit., p. 111.

ANTUNES VARELA¹²³² entende que a predita regra que circunscreve a compensação de débitos próprios aos (com) créditos próprios se explica pelo facto de a lei não ter querido facultar ao credor um instrumento de ingerência no património do devedor.

A contrario sensu, resulta do n.º 2 do artigo 851.º CC que a compensação já será admissível operar-se com um crédito de terceiro se o terceiro der o seu consentimento nesse sentido.

Por outro lado, a regra da compensação apenas de débitos próprios com créditos próprios, enunciada na primeira parte do n.º 1 do artigo 851.º CC, conhece a excepção descrita no segundo segmento do preceito: “*salvo se o declarante estiver em risco de perder o que é seu em consequência de execução por dívida de terceiro*”. E, portanto, depois de a lei estatuir a regra geral – e a doutrina explicar a sua *ratio essendi* –, ressalva do princípio da não compensabilidade de dívidas por terceiro (i) as situações em que o credor compensante tenha interesse na liberação de terceiro e em que (ii) a liberação não ocorra por remissão.

Por banda do compensante, poderá ele utilizar créditos de terceiro se este consentir? A resposta é igualmente negativa, *ex vi* do n.º 2 do artigo 851.º CC que determina: “*O declarante só pode utilizar para a compensação créditos que sejam seus e não créditos alheios, ainda que o titular respetivo dê o seu consentimento; e só procedem para o feito créditos seus contra o credor*”.

Aqui, a *ratio essendi* é a noção de reciprocidade jurídico-formal¹²³³. E, portanto, na medida em que a lei veda ao credor a possibilidade de utilizar o seu débito contra o compensante para a (sua) liberação (perante terceiros), afasta outrossim possibilidade similar para (operar) a compensação.

Nada obstará, no entanto que o compensante, nos termos gerais da cessão ou da sub-rogação, adquira créditos contra o seu credor, com vista a fazer operar a compensação, em momento posterior.

Contra esta possibilidade, seria pertinente o argumento do princípio da retroactividade da compensação, nos termos do qual ela só opera(ria) depois de realizada a transmissão dos créditos adquiridos junto de terceiro. Mas importa também sublinhar que admitir, teoricamente, na hipótese descrita, a compensação (legal) por acordo – que a nossa lei civil impede, vimo-lo, *ex vi* do n.º 2 do artigo 851.º CC – não representaria qualquer alteração, porque só depois de firmado o acordo a compensação poderia operar os seus efeitos. Ao que acresce uma dificuldade que na prática, seguramente, surgiria não raras vezes: a obtenção do acordos de todos os intervenientes. É que a compensação com créditos de terceiro exige contrato de compensação em que todos

¹²³² Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, ob. cit., p. 201, em que o Autor diz: “*De contrário, facultar-se-ia aos credores uma injustificada e abusiva possibilidade de intromissão na gestão do património do devedor, com grave prejuízo da livre iniciativa deste*”.

¹²³³ Como ensina VAZ SERRA em *Compensação*, ob. cit., p. 37.

manifestem concordância. O que significa que a compensação com débitos de terceiro postularia (i) o consentimento deste, (ii) o contrato de compensação e (iii) a declaração de compensação.

1.2.2 Requisito da exigibilidade

Outro requisito presente no artigo 847.º, n.º 1 CC para que possa operar a compensação é a exigibilidade do crédito ou, na formulação da lei, ser o crédito “*exigível judicialmente*” e, portanto, fica arredada a compensação quando o crédito do compensante (ou *crédito activo*) derive de obrigação natural¹²³⁴.

Esta exigência diz apenas respeito ao crédito activo, porque se o crédito passivo (*crédito a deter*) integrar uma obrigação natural, a compensação já pode realizar-se. O que significa que uma obrigação natural pode ser compensada (e extinguir-se, portanto) com uma obrigação civil. Alguma doutrina, vai mais longe e admite, em interpretação restritiva do preceito do artigo 847.º, n.º 1, alínea a) CC, a possibilidade de compensação entre dois créditos naturais¹²³⁵.

Sabemos que para que um crédito activo se considere judicialmente exigível é necessário que se trate, desde logo, de um crédito vencido. Em matéria de vencimento dos créditos concorrem, entre outros, aspectos legais relativos ao benefício do prazo e à sua perda. Quanto ao crédito passivo, a compensação pode operar a partir do momento em que o crédito possa ser cumprido e, tendo sido estipulado um prazo, este deve ter sido estabelecido a favor do compensante. Aos requisitos enunciados acresce, *naturaliter*, a exigência de apenas poder operar a compensação de obrigações válida e eficazmente constituídas. Mais o segundo segmento da alínea a) do n.º 1 do artigo 847.º CC exige que contra o crédito activo não proceda excepção peremptória ou dilatória de direito material^{1236_1237}.

¹²³⁴ De acordo com o artigo 402.º CC, “*A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça*”. Para mais desenvolvimentos sobre o conceito e regime da obrigação natural, *vide*, por todos ANTUNES VARELA, *op. cit. Das Obrigações em Geral*, vol. I, pp. 743 e segs..

¹²³⁵ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Da compensação no Direito Civil e no Direito Bancário*, *op. cit.*, p. 113, em que o Autor afirma que “*Não nos repugnaria admitir uma compensação de um crédito natural com um crédito também natural: nessa altura, impor-se-ia uma interpretação restritiva do artigo 847.º/1, a) do Código Civil*”.

¹²³⁶ Excepção, em sentido material, representa a recusa lícita de realização de uma prestação devida por alguém no cumprimento de uma obrigação que sobre ela impende. É esta acepção que encontramos no artigo 847.º CC (alínea a) do n.º 1) quando se refere a “*excepção, perentória ou dilatória, de direito material*”.

Sobre o sentido das excepções peremptórias e dilatórias no direito processual civil, cfr. artigo 576.º CPC. Em leitura doutrinária da norma, *vide* LEOPOLDO CAMARINHA/BENJAMIM SILVA RODRIGUES, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, Rei dos Livros, 2015, pp. 343 e 344, clarificando os Autores que “*excepções dilatórias são as que consistem na arguição de quaisquer irregularidades ou vícios de natureza processual, que obstam [se não forem sanadas quando a lei o consente – artigo 6.º, n.º 2 e 278.º, n.º 3] à apreciação do mérito da causa tal como foi deduzida ou pelo tribunal onde a acção foi intentada [n.º 2, do preceito em anotação]. Determinam a*

E o pressuposto da *procedência* dessa excepção é decisivo na interpretação do preceito. É que se existirem excepções, apenas o credor compensado poderá fazê-las actuar. Então, os efeitos da compensação funcionarão se o credor compensado não impedir a actuação da compensação, podendo obstaculizá-la pelo exercício da prerrogativa que a excepção lhe confere. E pode ainda ser travada pela invocação (da excepção) do abuso do direito, por exemplo, nos casos em que o compensante tenha inculcado a ideia, junto do compensado, de que não iria fazer operar a compensação e agir em sentido contrário àquele que tinha transmitido. A invocação do *venire contra factum proprium* impede a compensação.

Sumarizando, dir-se-á que o requisito da exigibilidade traduz, no fundo, a exigência de créditos que possam ser cumpridos.

Em decorrência, a lei impõe que o crédito activo (i) seja válido e eficaz, (ii) não derive de uma obrigação natural, (iii) não dependa de prazo ou condição, (iv) não possa ser impedido por excepção material, (v) possa fazer-se actuar judicialmente e (vi) possa extinguir-se por vontade do respectivo titular.

O que a exigibilidade implica relativamente à possibilidade de fazer actuar o crédito pelas vias judiciais bem como à faculdade de extinção unicamente dependente do próprio titular significa que a compensação não pode ocorrer com créditos de natureza familiar ou de personalidade, com créditos judicialmente inexecutáveis ou que correspondam a direitos de natureza indisponível.

Do lado do crédito passivo, exige-se que (i) seja válido e eficaz, (ii) não dependa de prazo estabelecido a favor do compensado, (iii) não dependa de condição, (iv) possa fazer-se actuar por via judicial e (v) possa extinguir-se por vontade do respectivo titular.

absolvição da instância (absolvição daquele processo), podendo a acção ser intentada através de novo processo [n.º 2, do preceito em anotação; e artigo 279.º, n.º 1] ou à remessa do processo para outro tribunal [artigo 105.º, n.º 3]. As excepções dilatórias têm o efeito não de extinguirem a acção, mas tão-só de diferirem (dilatórias) a sua apreciação”. Quanto às excepções peremptórias, acrescentam os doutrinadores que “determinam a absolvição total ou parcial do pedido por o direito do autor não existir ou não existir com a extensão peticionada e consistem na alegação de factos que impedem, modificam ou extinguem os efeitos jurídicos dos factos articulados pelo autor [n.º 3, do preceito em anotação; e, quanto aos factos impeditivos, modificativos e extintivos, ver o artigo 342.º, n.º 2, do Código Civil; ver, ainda, os artigos 303.º, 304.º, 305.º (Prescrição), 329.º, 333.º (Caducidade) e 1287.º (Usucapião), todos do Código Civil]”.

Para mais desenvolvimentos, MANUEL DE ANDRADE, *Noções Elementares de Processo Civil*, ob. cit., pp. 127 e segs.. e JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, vol. III, Lisboa, 1974, pp. 180 e segs..

¹²³⁷ A excepção de não cumprimento do contrato (artigo 428.º CC) é o mais significativo exemplo de excepção de direito material, isto é, de excepção fundada em razões de direito substantivo, como é o caso do princípio do cumprimento simultâneo das obrigações sinalagmáticas em que se apoia a *exceptio non adimpleti contractus*. Desenvolvidamente, vide J. JOÃO ABRANTES, *A Excepção de Não Cumprimento do Contrato no Direito Civil Português: Conceito e Fundamento*, Almedina, Coimbra, 1986, pp. 127 e segs..

Para que o titular do crédito passivo possa fazer operar a compensação é necessário que se verifiquem duas condições: que ele prescindia da sua posição de compensante e que esteja na sua disponibilidade poder fazê-lo.

1.2.3 Requisito da homogeneidade

À luz da alínea b) do n.º 1 do artigo 847.º CC, para que dois créditos se possam compensar entre si exige-se “*Terem as duas obrigações por objeto coisas fungíveis da mesma espécie e qualidade*”.

Ora, *a contrario sensu*, a formulação legal parece admitir que possa haver coisas fungíveis de espécie e qualidade diferente. Já veremos porquê.

Com efeito, diz-nos o artigo 207.º CC que “*São fungíveis as coisas que se determinam pelo seu género, qualidade e quantidade, quando constituam objeto de relações jurídicas*”. Da referência final à circunstância de a noção se aplicar nos casos em que as coisas integram a categoria de objecto numa relação jurídica, ressalta o cariz subjectivo da definição, no sentido em que o seu modo de determinação apenas é possível caso a caso, em face da concreta relação jurídica considerada.

O conceito legal de *coisas fungíveis*, admite, *sic*, a hipótese de fungibilidade inteira e exclusivamente convencional¹²³⁸. E exactamente porque a noção de coisa fungível permite a fungibilidade meramente convencional, a lei limita a compensação à fungibilidade entre coisas da mesma espécie e qualidade. À luz do conceito do transcrito artigo 207.º CC, vimos, duas coisas podem ser fungíveis (só) por acordo entre as partes e podem ser infungíveis se não houver acordo, apesar de (até) poderem representar realidades físicas correspondentes. Razão por que a lei clarifica que para que possa operar a compensação entre créditos, as prestações respectivas têm de ser absolutamente permutáveis¹²³⁹.

¹²³⁸ Para mais desenvolvimentos sobre o conceito e questões decorrentes da fungibilidade, *vide*, em geral, MENEZES CORDEIRO, no seu *Tratado de Direito Civil*, I, tomo II, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 151 e segs. e MIGUEL GALVÃO TELLES, *Fungibilidade de valores mobiliários e situações jurídicas meramente categoriais*, «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles», volume I, *Direito privado e vária*, 2002, Almedina, Coimbra, pp. 579 a 628.

¹²³⁹ Fungibilidade “*não se prende (...) com o conceito de «prestações fungíveis», antes se relaciona com o de «coisas fungíveis»*”, como explica ALMEIDA COSTA, na sua ob. cit. *Direito das Obrigações*, p. 1029. E acrescenta “*Repare-se que a fungibilidade exigida se reporta ao objecto das prestações, ou seja, ao objecto mediato das obrigações e não ao imediato*”. Sendo que “*nada obsta a uma fungibilidade apenas superveniente e não originária (ex.: a compensação de um crédito pecuniário com um crédito de indemnização correspondente ao valor de uma prestação de coisa certa que se tornou impossível)*”.

E é por isso que a doutrina alude a este pressuposto como o postulado da *homogeneidade*¹²⁴⁰. Ainda assim, casos há em que só em concreto é possível determinar se se verifica ou não o requisito legal da *fungibilidade* e, para tanto, em ordem ao preenchimento do conceito doutrinal complementar de *homogeneidade*, serão decisivas as qualidades do crédito em causa (objecto) e as normas pelas quais se rege a sua prestação. *Verbi gratia*, não pode considerar-se que reúna a condição de fungibilidade o crédito activo cuja determinação dependa de acção de prestação de contas na sequência de um inquérito judicial¹²⁴¹, porquanto apresenta natureza perfeitamente distinta, em termos qualitativos, do (seu) contracrédito que seja certo e determinado ou determinável por mero cálculo aritmético.

Já os créditos pecuniários são, por definição, fungíveis (e homogêneos). Assim, critica-se o sentido da decisão do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça julgando não compensáveis créditos de livranças com créditos de transacção de acções¹²⁴². Com acerto, registam-se as posições vertidas num Acórdão do Tribunal da Relação do Porto¹²⁴³ e num Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça¹²⁴⁴ que decidiram tratar-se compensáveis créditos resultantes de obrigações em moeda estrangeira com obrigações em moeda nacional, em face da faculdade alternativa presente no artigo 558.º CC – traduzida na reconstituição da homogeneidade ao tempo do cumprimento.

Do que ficou dito, sublinha-se que em presença de créditos de natureza pecuniária, a sua origem é, portanto, de absoluta irrelevância para efeitos do requisito de fungibilidade. Nestes termos, serão compensáveis, por exemplo, créditos que resultem da repetição do (pagamento) indevido ou créditos originários de lucros cessantes.

Finalmente, importa sublinhar que outro aspecto que não obstaculiza a compensação, no que respeita ao pressuposto de fungibilidade, é a falta de correspondência quantitativa dos créditos. A fungibilidade (homogeneidade) constitui um elemento apenas relativo à qualidade, pelo que não pode ser prejudicado pelo facto de em termos quantitativos os créditos apresentarem

¹²⁴⁰ Neste sentido, *vide* MENEZES CORDEIRO, *Da Compensação...*, *op. cit.*, p. 117 e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, *ob. cit.*, p. 1028-1030.

¹²⁴¹ Neste sentido, *vide* o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Janeiro de 1979 (relatado pelo conselheiro João Moura), *in* «Boletim do Ministério de Justiça», n.º 283, 1979, pp. 226-229 e, mais recentemente, o Ac. STJ de 2 de Junho de 2015 (relator: Fernandes do Vale), com o n.º de Processo 4852/08.8YYLSB-A.L1.S2, disponível em www.dgsi.pt.

¹²⁴² Referimo-nos ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Dezembro de 1985 (relatado pelo conselheiro Luís Fanqueiro), *in* «Boletim do Ministério de Justiça», n.º 352, 1985, pp. 306-315.

¹²⁴³ Consultar o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de Março de 1991 (relatado pelo desembargador Pires Salpico), disponível na «Colectânea de Jurisprudência», XVI, 1991, 2, pp. 141-142.

¹²⁴⁴ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 25 de Fevereiro de 1992 (relatado pelo conselheiro Tavares Lobo), *in* BMJ, n.º 414, 1992, pp. 515-519.

montantes diferentes. Nestes casos, estatui o n.º 2 do artigo 847.º CC que “*Se as duas dívidas não forem de igual montante pode dar-se a compensação na parte correspondente*”.

1.2.4 Requisito da (i)liquidez

Entre os requisitos que a nossa lei civil enuncia para que possa operar-se a compensação, o artigo 847.º CC avança com um último pressuposto no n.º 3 para determinar a desnecessidade da sua verificação: “*A iliquidez da dívida não impede a compensação*”¹²⁴⁵.

A ideia subjacente a esta solução legal é que a par da questão da liquidez, a própria existência, validade e *quantum* de um crédito pode ser posta em causa e, quando assim for, sê-lo-á por via judicial. E este será o âmbito da compensação judicial.

Mas o que, na verdade, parece adequado, desde logo, por reforço do conceito de crédito exigível judicialmente, é a possibilidade de compensar créditos ilíquidos desde que estejam reunidos os demais pressupostos, atendendo a que a iliquidez apenas tem como consequência que o valor quantitativo do crédito será apurado (liquidado) em sede de execução de sentença. Facultando, assim, a lei um factor decisivo para a fluidez do comércio jurídico, porque a prescindibilidade da liquidez do crédito torna possível a antecipação da compensação.

1.3 Âmbito

Começando pelo artigo 849.º CC, logo aí se restringe o âmbito da compensação, vedando-se ao credor que tenha, sem qualquer benefício ou interesse patrimonial, concedido um prazo ao seu devedor para realizar a prestação a que está obrigado, a possibilidade de compensar a sua dívida, antes do decurso do prazo por ele concedido.

Esta opção do legislador, aparentemente justa, foi tomada em sentido contrário da posição manifestada por VAZ SERRA¹²⁴⁶ na sua proposta de redacção do actual Código Civil e também diversamente da solução legal da maior parte dos ordenamentos jurídicos europeus.

¹²⁴⁵ Trata-se de uma opção do legislador de 1966, acolhendo a proposta de VAZ SERRA que defendia ser desnecessário o requisito da liquidez, afirmando que “*É esta a orientação que se afigura preferível. Embora a liquidação de crédito seja demorada, a verdade é que o credor não deve ser prejudicado com esse facto, quando, se o montante do crédito estivesse determinado, poderia socorrer-se das vantagens que a compensação lhe assegurava. Mal se compreende que um credor, porque o seu crédito é líquido, possa prevalecer-se dessas vantagens, dispensando-se, por exemplo, de pagar ao seu credor insolvente o que lhe deve, e que outro credor, só porque teve a infelicidade de o seu crédito não estar liquidado, não possa aproveitar-se de idênticas vantagens*” – cfr. VAZ SERRA, *Compensação*, op. cit., p. 73.

¹²⁴⁶ Cfr. VAZ SERRA, *Compensação*, ob. cit., pp. 66-67.

A doutrina divide-se entre aplausos e críticas à estatuição do artigo 849.º CC. O louvor surge de doutrinadores como PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA que entendem tratar-se de uma solução de elementar justiça¹²⁴⁷. Discordando, MENEZES CORDEIRO pensa que depois de maduro o sentido da determinação do preceito, facilmente se percebe que a verdadeira justiça material repousa na proposta de VAZ SERRA, aliás em linha com a posição vertida, por exemplo no Código Civil italiano¹²⁴⁸.

A hipótese prática de convocação do artigo 849.º CC é a de alguém que desinteressadamente (isto é, por pesar, por complacência, por amizade...) permite a outrem que pague o que lhe deve dentro de certo prazo. Nestes casos, manda o preceito que o primeiro não pode eximir-se de dívida sua que tenha perante este último por compensação do crédito que tem sobre ele antes de decorrido o prazo que gratuitamente lhe concedeu.

O dilema da justiça ou injustiça da solução legal surge, *verbi gratia*, quando o beneficiário do prazo, uma vez concedida a dilação, exige do seu beneficiador o cumprimento da obrigação que este tem para com ele. Nesta situação, se o beneficiador incumprir, ficará na situação formal de inadimplemento, enquanto devedor, porquanto não pode compensar o seu débito com o seu crédito.

Outra hipótese que questiona a justiça da solução do artigo 849.º CC será o caso de insolvência do beneficiário do prazo no decurso da prorrogação que lhe foi atribuída. É que também aqui o beneficiador tem de liquidar o seu débito perante a massa insolvente e, para cobrar o seu crédito, terá de reclamá-lo junto da mesma massa, em concurso e em igualdade com os demais credores.

Dir-se-á que sempre que um credor nas hipóteses descritas for impedido de compensar o seu crédito pelos ditames do artigo 849.º CC, assistir-lhe-á a possibilidade de invocação, em juízo, de solução diversa, *ex vi* dos princípios da equidade e da boa fé, mas ele conta outrossim com toda a incerteza e insegurança jurídica que comporta a alegação dos princípios gerais, em sede judicativa, porque nunca sabe se e em que grau o tribunal os considera aplicáveis e atendíveis.

Em sentido oposto, inclusivo portanto, o artigo 850.º CC engloba no âmbito da compensação os créditos prescritos, desde que não se pudesse invocar a prescrição no momento em que os dois créditos se tornaram compensáveis. Neste ponto, a doutrina é unânime em concordar com

¹²⁴⁷ Vide PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, in *Código Civil Anotado*, 2.º volume, 4.ª edição, ob. cit., pp. 136-137.

¹²⁴⁸ O artigo 1244 do *Codice Civile* determina precisamente o contrário do nosso artigo 849.º, estatuindo que “A dilação concedida gratuitamente pelo credor não é impeditiva da compensação.” (tradução nossa do original “La dilazione concessa gratuitamente dal creditore non è di ostacolo alla compensazione”).

a solução legal. A doutrina *ipso iure* entende que a determinação da lei não é mais do que o resultado que se alcança pela verificação das condições da compensação antes da prescrição. A doutrina potestativa subscreve a compensabilidade de créditos prescritos (compensabilidade anterior à prescrição) por admitir a eficácia retroactiva da prescrição¹²⁴⁹.

Outro ponto relevante para a determinação do alcance da compensação respeita às obrigações subjectivamente plurais, em especial as obrigações solidárias. Perante o problema de saber como opera a compensação entre obrigações que apresentem mais do que um sujeito do lado activo, do lado passivo ou de ambos, a hipótese de parciariedade não oferece dúvidas: o credor só terá direito a uma parcela do crédito e o devedor fica obrigado apenas ao cumprimento da sua parcela no débito e poderá fazer operar a compensação e extinguir, por essa via, a sua parte no *quantum debeatur*.

Quanto à solidariedade, não encontramos na disciplina da compensação normas que definam os termos em que opera¹²⁵⁰. Querendo compensar-se obrigações solidárias, para além do pressuposto geral da *reciprocidade* (corpo do n.º 1 do artigo 847.º CC), é necessário ter presente as regras específicas da solidariedade (artigos 512.º e seguintes CC). Determina a primeira parte do n.º 1 do artigo 512.º CC que nos casos de solidariedade passiva qualquer dos devedores responde pela integralidade da prestação e esta libera todos os devedores. Nos termos da segunda parte da norma, nos casos de solidariedade activa, qualquer dos credores pode exigir a integralidade da prestação do devedor e esta libera-o perante todos os credores.

Por outro lado, estabelece o artigo 514.º CC que um devedor solidário demandado judicialmente para cumprir pode opor ao credor os meios de defesa comuns aos demais devedores e também os seus meios de defesa pessoais (n.º 1). De igual modo, nos termos do n.º 2, ao credor solidário podem opor-se os meios de defesa comuns a todos os credores bem como os meios de defesa que lhe respeitem pessoalmente.

Da conjugação destas regras com o requisito da reciprocidade, para que dois créditos sejam compensáveis, no tocante ao devedor solidário, pode verificar-se um de quatro cenários. Primeiro: se o devedor demandado for credor do seu credor, a título pessoal, pode invocar a compensação (meio de defesa pessoal). A compensação libera todos os condevedores, salvaguardado o eventual direito de regresso que tenha sobre algum(ns) dos condevedores, *ex vi*

¹²⁴⁹ Dá-nos conta MENEZES CORDEIRO, em *Da Compensação...*, *op. cit.*, p. 122.

¹²⁵⁰ Ao arrepio do que VAZ SERRA propôs nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, como podemos ver na sua *op. cit. Compensação*, pp. 48 e segs..

do artigo 524.º CC. Segunda hipótese: o devedor demandado credor do seu credor, juntamente com os outros devedores, em solidariedade activa, pode compensar na totalidade do montante do crédito activo (que será o crédito compensante). Num terceiro cenário, o devedor demandado credor do credor demandante, conjuntamente com os restantes devedores, em parciariedade activa, pode compensar o seu débito com o crédito apenas na parte do crédito que titula. Por último, o devedor demandado que não é credor do credor demandante, mas num quadro de solidariedade passiva, isto é, em que algum(ns) dos outros condevedores é(são) credor(es) do credor autor da demanda judicial, não pode invocar a compensação com crédito(s) titulado(s) pessoalmente por outro(s) condevedor(es).

Estas soluções resultam da articulação da regra da reciprocidade (artigo 847.º CC, n.º 1, primeira parte, CC) com a disciplina relativa aos meios de defesa que a lei concede ao devedor solidário: os meios de defesa pessoal e os meios de defesa comuns a todos os condevedores (artigo 514.º, n.º 1 CC).

À luz dos mesmos preceitos, na situação inversa de um devedor solidário que demanda o seu credor (na obrigação solidária) por uma dívida que ele tem pessoalmente perante si, suscitam-se três hipóteses. O credor, como devedor demandado, pode invocar o seu crédito activo de que o demandante é devedor solidário e operar, assim, a compensação, na totalidade do valor do crédito. E o devedor, se tiver direito de regresso sobre os condevedores (ou algum deles) lançará mão da respectiva acção, nos termos do artigo 524.º CC. Segundo cenário: o devedor demandante pode ser devedor do credor demandado, mas em regime de parciariedade com outros devedores. Aqui, o credor só pode compensar o seu crédito activo com a parcela da dívida pela qual o devedor seja responsável. A terceira situação que pode ocorrer é a de o credor ser demandado por uma dívida em que é devedor solidário juntamente com outros devedores do demandante. Caso em que pode invocar o crédito activo que titula pessoalmente sobre o demandante e extinguir, por via da compensação, a obrigação objecto da demanda e satisfazer, pelo mesmo mecanismo, o seu crédito activo por inteiro. Ao devedor demandante assistirá o direito de regresso sobre os restantes devedores parciários, nos termos do indicado artigo 524.º CC.

Na solidariedade activa, o credor solidário demandado pelo devedor que pessoalmente seja seu credor, pode extinguir a sua obrigação – pela qual foi demandado por compensação com o crédito activo e pode fazê-lo pela totalidade deste. O mesmo vale para o credor demandado conjuntamente com os restantes credores pelo seu devedor.

A um credor solidário que demande um seu credor (devedor do primeiro) é oponível a compensação: o devedor invoca o seu crédito para extinguir o crédito do credor solidário, porque pode cumprir perante este, fazendo, assim cessar o seu crédito.

1.4 Efectivação

Sob a epígrafe “*Como se torna efectiva*”, determina o artigo 848.º CC que a compensação opera através de declaração dirigida por uma das partes à outra (n.º 1)¹²⁵¹.

Nestes termos, um devedor que queira liberar-se de uma (sua) dívida por compensação com um crédito que tenha sobre o seu credor comunicará esta causa de extinção da obrigação por declaração que para tanto lhe dirija. A declaração poderá efectuar-se, segundo as regras gerais, por meio extrajudicial, sem observância de forma solene, de acordo com os artigos 217.º e 219.º CC ou, se preferir, pode também fazer a declaração através de notificação judicial avulsa, utilizando, então, meio mais solene (previsto e regulado no artigo 256.º CPC).

Enquanto acto jurídico *stricto sensu*, a declaração de compensação goza de liberdade de celebração, mas não de liberdade de estipulação. Razão por que o artigo 848.º CC determina a sua ineficácia se “*feita sob condição ou a termo*” (n.º 2).

A declaração de compensação, segundo as regras gerais da declaração negocial, constitui uma declaração recipianda, *ex vi* do artigo 224.º, n.º 1, primeira parte, CC, pelo que produz os seus efeitos assim que chegue ao poder do seu destinatário ou este tenha dela conhecimento.

1.5 Retroactividade

Uma vez operados os efeitos da compensação, os créditos consideram-se extintos desde o momento em que se tornaram compensáveis, segundo o artigo 854.º CC.

E apesar de a norma referir que este efeito retroactivo que a lei atribui à compensação ocorrer “*Feita a declaração*”, o preceito deve interpretar-se no sentido de uma vez *entregue* ou *conhecida* a declaração de compensação, porque esta declaração negocial, sendo uma declaração receptícia, produz efeitos “*logo que*” (mas só quando) chegar ao poder ou ao conhecimento do seu destinatário, nos termos do artigo 224.º CC.

A retroactividade da compensação tutela o credor compensante perante o risco de volatilidade do património do devedor (credor compensado) e explica a *ratio essendi* da compensabilidade dos créditos prescritos (artigo 850.º CC).

Esta solução tutela os interesses e a confiança de todos os intervenientes numa compensação: o devedor que se torne credor do seu próprio credor, sente-se, a partir desse momento, exonerado

¹²⁵¹ Este mecanismo legal de efectivação da compensação por declaração configura uma alteração profunda ao Código de Seabra que consignava o método *ipso iure*.

da obrigação que tem para com este e o credor que se torne devedor do seu próprio devedor, actua, a partir dessa altura, como se seu credor não fosse¹²⁵².

1.6 Exclusão da compensação

O artigo 853.º CC estabelece em que situações não pode operar-se a compensação. Os dois números do preceito correspondem ao que poderia designar-se como pressupostos negativos da compensação. Dir-se-á que a nossa lei civil admite a compensação, desde que se mostrem reunidos os requisitos enunciados pelo artigo 847.º CC e a não correspondência a nenhuma das situações a que o artigo 853.º CC se reporta.

O n.º 1 do artigo 853.º CC veda a extinção por compensação a créditos provenientes de factos ilícitos – nos termos da alínea a) –; a créditos que não possam ser penhorados, excepto se ambos os créditos forem da mesma natureza – como determina a alínea b) – e a créditos do Estado ou de outra pessoa colectiva pública, excepto compensação legalmente autorizada – por força da alínea c).

O n.º 2 aponta mais duas causas de exclusão da compensação: o prejuízo para terceiros e a renúncia do devedor. Estas condições de afastamento da compensabilidade podem ter consequências práticas muito relevantes para o comércio jurídico. Relativamente ao prejuízo de terceiros, a lei visa tutelar os direitos que terceiros titulem sobre a própria prestação susceptível de extinção por compensação. E, como decorrência da retroactividade enunciada no artigo 854.º CC, exige-se também que os direitos dos terceiros existissem já quando os créditos se tornaram compensáveis. Por outro lado, os direitos que a lei aqui protege são verdadeiros direitos subjectivos que incidam directamente sobre a prestação que se pretende extinguir e não apenas meros interesses difusos ou prejuízos indirectos, como, por exemplo, o direito de terceiro credor.

Por forma a não paralisar o instituto da compensação – o que na prática acabaria por suceder se se excluísse sempre que houvesse um terceiro que titulasse um interesse ou direito mediamente prejudicado pela extinção da obrigação –, a primeira parte do n.º 2 do artigo 853.º CC deve interpretar-se no sentido de a exclusão da compensação abranger apenas os casos de direitos complexos com pluralidade subjectiva como, por exemplo, usufruto, penhor ou penhora de um crédito que se pretende compensar.

¹²⁵² Esta solução corresponde, aliás, à proposta por VAZ SERRA nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, defendendo tratar-se daquela que melhor defende os interesses quer do devedor quer do credor – cfr. ob. cit. do Autor *Compensação*, pp. 48 e segs..

A segunda parte do n.º 2 do artigo 853.º CC prevê ainda que a renúncia do devedor impeça a compensação. Correspondendo a uma faculdade disponível, os mecanismos da compensação podem fazer-se operar ou cessar unilateralmente por decisão livre da pessoa que dela possa aproveitar. É, assim, possível renunciar-se à compensação, não podendo, nesse caso, fazer-se operar os seus efeitos. E, em princípio, nos termos gerais das declarações negociais, a renúncia poderá ser expressa ou tácita (artigo 217.º CC).

1.7 Compensação convencional

Nada impede que os efeitos jurídicos da compensação operem nos casos em que as partes, por acordo, assim o determinem. Vale isto por dizer que além da compensação legal¹²⁵³, existe a faculdade de compensação convencional ou voluntária que corresponde à compensação livremente estipulada pelas partes sob a égide da autonomia privada (artigo 405.º, n.º 1, CC)¹²⁵⁴. A compensação voluntária ou convencional reveste-se de claro interesse prático para o tráfego jurídico, em especial na *praxis negotii* bancária¹²⁵⁵ e mercantil em geral.

A nossa lei civil¹²⁵⁶⁻¹²⁵⁷ não contempla uma disciplina específica para a compensação convencional, pelo que os seus contornos hão-de recortar-se pelos limites da própria liberdade contratual (artigo 405.º CC)¹²⁵⁸.

¹²⁵³ Na verdade, o nosso Código Civil trata unicamente da compensação legal ou *compensação por declaração unilateral*. Cfr. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 1035.

¹²⁵⁴ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Da Compensação...*, op. cit., p. 149.

¹²⁵⁵ MENEZES CORDEIRO afirma mesmo que a compensação bancária “*com os juros (...) é um suporte básico de toda a actividade bancária*”. Cfr. do Autor *Manual de Direito Bancário*, ob. cit., p. 548.

¹²⁵⁶ Também aqui foi rejeitada a posição de VAZ SERRA para o Código Civil de 1966 que na proposta para o instituto da compensação incluía um regime privativo para a compensação voluntária ou convencional, num articulado com a seguinte formulação: “1.- *A compensação pode dar-se, por vontade das partes, mesmo que não se verifiquem os requisitos dos artigos anteriores [requisitos da compensação legal]. 2.- Se um dos créditos não existe ou não pode extinguir-se, o outro não se extingue. 3.- Na dívida, é de admitir que as partes querem que os créditos se considerem extintos a partir do momento em que podiam compensar-se mediante declaração unilateral. 4.- Pelo contrato de compensação, podem as partes fixar as condições de que depende a compensação futura, dando-se esta, então, logo que tais condições se verifiquem. Havendo contrato de liquidação pelo qual as partes pretendem saldar entre si os seus activos recíprocos, a extinção por compensação, se coisa diversa não for de concluir da interpretação do contrato, só se dá quando a liquidação acaba pela compensação do total de uma das somas com o total da outra, na medida em que correspondam um ao outro, ficando depois um crédito do saldo de uma das partes contra a outra*”. Cfr. VAZ SERRA, *Compensação*, ob. cit., p. 172.

¹²⁵⁷ O nosso Código Civil também não seguiu o exemplo de outras leis civis europeias, como o Código Civil italiano que no artigo 1252 sob a epígrafe “*Compensação voluntária*” determina que “*Por vontade das partes pode haver logo compensação ainda que não se verifiquem as condições previstas nos artigos precedentes*”, acrescentando-se no parágrafo seguinte que “*As partes podem ainda estabelecer previamente as condições de tal compensação*” – tradução nossa.

¹²⁵⁸ Neste sentido, ALMEIDA COSTA, em *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 1035-1036.

Assim, poderão os particulares fixar como requisitos da compensação pressupostos não exigidos pela lei ou tornar mais fácil a compensação e prescindir de alguma das condições legais. A favor da possibilidade de tornar mais exigente a compensação convencional depõe a parte final do n.º 2 do artigo 853.º CC que exclui a compensação “*se o devedor a ela tiver renunciado*”. Por outras palavras, o preceito admite a hipótese de renúncia à compensação legal, de acordo com o argumento *a fortiori*: os sujeitos podem também, *ex contractu*, dificultar a compensabilidade, por exemplo, retirando à compensação voluntária a retroactividade da compensação legal ou impedindo a compensação em determinadas situações fixadas contratualmente¹²⁵⁹.

No elenco dos pressupostos da compensação legal que as partes podem convencionalmente escusar para agilizar a compensação, encontram-se, naturalmente, só os decorrentes de normas dispositivas¹²⁶⁰. Entre estes, inclui-se a reciprocidade. Para afastá-la como pressuposto operativo da compensação, basta que o acordo nesse sentido seja subscrito por todos os sujeitos intervenientes na compensação. Vimos já que o pressuposto da reciprocidade veda *expressis verbis* a possibilidade de compensação com crédito de terceiros (n.º 2 do artigo 851.º CC), pelo que a faculdade de o afastar convencionalmente pode facilitar a compensação, reforçando e assegurando, pela via contratual, a realização de certos créditos.

Também a exigibilidade pode ser excluída por vontade das partes. A doutrina entende pacificamente que o benefício do prazo constitui um direito disponível e, nessa medida, as partes podem outrossim livremente abdicar de outras prerrogativas decorrentes de excepções de natureza material, convencionando a compensação imediata.

De igual modo, a exigência de créditos homogéneos é passível de ser afastada por vontade das partes, sendo válida a estipulação que preveja a extinção de débitos legalmente não homogéneos, fixando-se, para esses casos, uma *homogeneidade convencional*.

Em sede de compensação convencional, a coberto da autonomia privada (artigo 405.º CC), podem ainda os sujeitos modificar certos aspectos do regime da compensação legal. Desde logo, podem estipular compensação sob a condição de verificação de dado facto, indício ou regra normativa. E nada impede outrossim que seja convencionada a termo, indicando-se contratualmente o prazo durante o qual a compensação pode operar. Pode ainda ser dispensada a declaração de compensação, se as partes acordarem que a compensação opere os seus efeitos de modo automático.

¹²⁵⁹ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Da Compensação...*, *op. cit.*, p. 150.

¹²⁶⁰ Vide ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, *op. cit.*, vol. II, p. 228; ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, *ob. cit.*, p. 1036 e MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, *op. cit.*, p. 549.

Com especial relevância nas relações jurídico-negociais bancárias, os mecanismos da compensação poderão também reconduzir-se a modelos mais complexos por referência a centros ou câmaras de compensação¹²⁶¹.

Mais amplamente, a compensação convencional pode regular aspectos do funcionamento das contas-correntes. É que suscita-se a dúvida sobre a aplicação do regime da compensação legal ao contrato de conta-corrente que nos termos do n.º 3 do artigo 346.º CCom, tem como efeito “*A compensação recíproca entre os contraentes até à concorrência dos respetivos crédito e débito ao termo do encerramento da conta-corrente*”.

A doutrina entende que a *compensação* de que aqui se trata é uma figura específica próxima, reputada como *compensação anómala*, não enquadrável na compensação legal¹²⁶².

Desde logo, por exemplo, parece pacífico o entendimento dogmático de que a compensação da conta-corrente, a que se refere a lei mercantil, não requer, para operar, a declaração (potestativa) de compensação prevista no n.º 1 do artigo 848.º CC¹²⁶³.

Ainda assim, a aproximação da compensação da conta-corrente à noção de compensação que encontramos na lei civil é inevitável, porque realiza a extinção entre créditos e débitos cruzados, até à concorrência dos limites quantitativos de cada um. Daí que as relações jurídico-mercantis são o campo fértil *por excelência* para a compensação convencional actuar.

Como última nota, e segundo as regras gerais, no silêncio das partes, à compensação voluntária aplica-se como regime supletivo a disciplina da compensação legal.

1.8 Da compensação bancária

1.8.1 Problemas

O mote da brevíssima alusão à compensação bancária é dado pela própria essência do giro bancário. Desde o Direito Romano que o *argentarius* se encontrava sujeito às regras da compensação, sendo-lhe apenas facultada a demanda contra os seus clientes pelo valor do saldo. Destarte, à função do banqueiro interessam as compensações que possam operar em larga escala e a cada cliente bancário interessa o *continuum* compensatório, pois é sempre credor do saldo positivo e devedor apenas também do valor do saldo negativo encontrado a final – feita a compensação.

¹²⁶¹ Pense-se, desde logo, nos casos de emissão de cheques – cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da Compensação...*, *op. cit.*, p. 151.

¹²⁶² *Vide* MENEZES CORDEIRO, *Da Compensação...*, *ob. cit.*, pp. 153 e segs..

¹²⁶³ Cfr. nota anterior.

Entre o banqueiro e o seu cliente identificam-se como possíveis três tipos de compensação: convencional, imprópria e legal. É importante anotar três elementos essenciais caracterizadores da relação jurídico-negocial bancária. A relação bancária é uma relação jurídica complexa, *ex natura*. Em decorrência, ambas as partes assumem posições jurídicas que contêm um conjunto vasto de direitos e obrigações decorrentes frequentemente de um mesmo facto jurídico, devendo, por isso, trocar entre si todas as informações relevantes. Finalmente, nenhuma das partes deve ser *surpreendida* com actos da outra que defraudem a confiança recíproca¹²⁶⁴. Nenhuma das partes deve, por exemplo, considerar-se credor do seu credor sem primeiro subtrair à sua própria dívida os valores que tem direito de exigir.

Quanto à admissibilidade da compensação voluntária em sede de relações negociais bancárias, não se suscita qualquer dúvida. Ressalvada a matéria regulada por normas de natureza imperativa, banqueiro e cliente podem livremente estabelecer, *ex contractu*, os pressupostos, os termos, o âmbito e os efeitos em que operará entre eles a compensação¹²⁶⁵.

Na *praxis negotii* bancária, o que ocorre amiúde é que estas convenções de compensação constituem acordos associados às regras de funcionamento de negócios jurídicos mais vastos e complexos como a conta-corrente ou mais vastos ainda, como o próprio contrato de abertura de conta ou até como negócios acessórios de outros, como a concessão de crédito e a prestação da respectiva garantia especial.

Por banda das cláusulas contratuais gerais, impede-se o afastamento da compensação legal, mas não a sua modificação, desde logo para regime convencional mais favorável¹²⁶⁶.

Do ponto de vista do equilíbrio de interesses, a compensação parece vantajosa quer para o banqueiro quer para o cliente. Por uma questão de facilidade do exercício corrente da actividade bancária, parece benéfica para o banqueiro que assim, ao proceder à compensação dos seus créditos por débito directo e automático, salvaguarda a realização do seu crédito. Sob o prisma do cliente, este aproveita de esquecimentos e mora em que poderia incorrer se tivesse de proceder ao pagamento pontual de todos os encargos inerentes à sua posição devedora na relação bancária.

Dir-se-á que uma compensação voluntária previamente estipulada entre as partes numa relação bancária no âmbito de negócios jurídicos de onde possam vir a resultar créditos e débitos em direcção cruzada (créditos e débitos recíprocos) afigura-se a opção mais equilibrada.

¹²⁶⁴ Recuperando a ideia de confiança que VAZ SERRA identifica na génese da compensação, como podemos ler em VAZ SERRA, *Compensação, op. cit.*, pp. 48 e segs..

¹²⁶⁵ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, ob. cit., pp. 549 e segs..

¹²⁶⁶ Cfr. última nota.

De seguro, nas relações bancárias, a compensação convencional oferece a enorme vantagem de prevenir litígios e proteger os particulares da necessidade de demandas judiciais peticionando o reconhecimento dos efeitos da compensação.

1.8.2 O caso particular da compensação em conta-corrente

Nas relações bancárias, em paralelo com a compensação convencional, a compensação em conta-corrente assume extrema relevância¹²⁶⁷. A conta-corrente constitui um elemento estrutural do contrato de abertura de conta, pelo que facilmente se compreende que ocupe uma posição central em toda a complexidade da relação entre cliente e banqueiro. Uma das suas características essenciais é a existência de um fluxo contínuo de *compensações anómalas*, por forma a que desse constante cruzamento entre débitos e créditos surja um saldo disponível em cada momento. É neste sentido que o n.º 3 do artigo 346.º CCom aponta nos efeitos do contrato de conta-corrente a compensação entre contraentes¹²⁶⁸⁻¹²⁶⁹.

A *compensação bancária* obedece a um regime próprio – razão por que é designada por *compensação anómala* –, mas reconduz-se aos *essentialia* da compensação legal. O que se verifica na compensação bancária é apenas a operação dos seus efeitos em permanência, ininterruptamente, *id est*, sem necessidade de comunicação à contraparte, sem necessidade de aguardar pelo encerramento da conta, para que o depositário possa utilizar o depósito sem se sujeitar, por exemplo, à concorrência de outros credores daquele depositante. Apresenta-se, assim, como efeito legal do contrato de conta-corrente e, nessa medida, do próprio contrato de abertura de conta, pelo que todos os valores que sejam levados à conta são passíveis de compensação¹²⁷⁰.

Neste contexto, assume particular importância destacar que em sede de contrato de abertura de conta (com depósito bancário), é inoponível ao depositário (banco) (eventual) relação autónoma subjacente ao depósito. De tal modo que se, por exemplo, um depositante (cliente bancário) for meramente fiduciário e não o titular, de facto, da quantia depositada (que será do fiduciante), essa circunstância é inoponível ao banco depositário.

No depósito bancário associado a um contrato de abertura de conta, o banco depositário é alheio a qualquer relação subjacente e, uma vez efectuado o depósito, fica sujeito às regras

¹²⁶⁷ *Idem*.

¹²⁶⁸ *Ibidem*.

¹²⁶⁹ Cfr. ADRIANO ANTERO, *Comentário ao Código Comercial Português*, vol. II, 1930, p. 73.

¹²⁷⁰ *Vide* MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, *op. cit.*, p. 551.

daquele contrato e, por sua vez, ao regime da conta-corrente e aos efeitos que a lei lhe atribui, entre os quais a compensação (permanente). Colocada a questão no horizonte dos requisitos da compensação, tudo o que seja devido em conta-corrente bancária torna-se *homogéneo* e, portanto, compensável.

1.8.3 O pacto comissório e a compensação

Das enunciadas vantagens da compensação, resulta poder desempenhar verdadeiramente uma função de reforço do crédito e, por natureza, de extinção da obrigação, pelo que a vizinhança de efeitos da compensação convencional e do pacto comissório, na prática, é real.

Paradigmático da hipótese descrita é um caso submetido à apreciação do Supremo Tribunal de Justiça¹²⁷¹: no essencial, a situação *sub iudice* dizia respeito à celebração de um contrato de abertura de crédito, sob a forma de *conta-corrente caucionada*¹²⁷², entre dois particulares e o banco em que o crédito concedido ficou garantido por penhor sobre aplicação financeira, cujos títulos se encontravam à guarda e em poder do banco. Os clientes beneficiários do crédito obrigaram-se a apresentar saldo suficiente na sua conta de depósitos à ordem, nas datas de contagem e vencimento dos juros, e mais autorizaram o banco a proceder aos débitos respeitantes às quantias devidas a esse título com os saldos de quaisquer contas abertas ou a abrir junto daquele banco. Fixaram ainda faculdade de resolução do contrato pelo banco e a exigibilidade de todas as obrigações contratuais se não se mostrassem realizadas as responsabilidades (ainda que apenas) parcelares dos clientes, volvidos quinze dias sobre a data de vencimento. E convencionaram que se estes incumprissem, o banco poderia realizar a venda judicial ou extrajudicial da aplicação financeira objecto do penhor.

Isto acordado *inter partes*, sucedeu haver prestações do empréstimo que se venceram e que não foram pagas. Ora, perante o incumprimento, o banco comunicou aos clientes a resolução do contrato e a mobilização do saldo de um depósito a prazo deles para liquidar as obrigações, considerando que tal conta continha o produto dos títulos empenhados.

No caso em apreço, as partes celebraram um contrato de concessão de crédito. Para garantir o crédito do banco-mutante, os clientes-mutuários constituíram penhor sobre determinada aplicação financeira, atribuindo àquele a faculdade de ir compensando o crédito com o saldo

¹²⁷¹ Reportamo-nos ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Maio de 2009 (relator Helder Roque – Processo n.º 3116/06.TVLSB.S1), disponível em www.dgsi.pt.

¹²⁷² Sobre a figura, vide VAZ SERRA, *Conta-Corrente*, in RLJ, Ano 108.º, p. 208, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, ob. cit., pp. 513-524 e MÁRIO DE FIGUEIREDO, *Contrato de Conta Corrente*, Coimbra Editora, 1923, *passim*.

das contas de depósitos destes¹²⁷³ e de executar extrajudicialmente o penhor. Mais o vencimento imediato do crédito global foi convencionado pelas partes no caso de os devedores não cumprirem pontualmente as suas obrigações.

Assim, diremos que houve um particular reforço da segurança do banco, porque além da constituição do penhor em seu benefício, viu o crédito redobradamente garantido pela convenção de execução extrajudicial do penhor (artigo 675.º CC, n.º 1, CC) e pela convenção de compensação.

O penhor, sabemos-lo, constitui uma garantia real que confere ao credor beneficiário “*o direito à satisfação do seu crédito, bem como dos juros (...) com preferência sobre os demais credores, pelo valor de certa coisa móvel, ou pelo valor de créditos ou outros direitos não suscetíveis de hipoteca, pertencentes ao devedor ou a terceiro*” (artigo 666.º, n.º 1 CC).

O caso apresenta-nos uma situação prática da modalidade de *penhor sobre aplicações financeiras* que, como vimos já¹²⁷⁴, é frequentemente utilizado nas relações bancárias – o designado *penhor bancário* – e que é um penhor sobre direitos (artigo 679.º e seguintes CC) quando a garantia incide – o que se verifica habitualmente – sobre o crédito que o depositante titula sobre o banco-depositário¹²⁷⁵. Habitualmente, os bancos-credores, se os devedores não cumprem, fazem seus os depósitos empenhados, *sic et simpliciter*¹²⁷⁶.

¹²⁷³ Prerrogativa característica da *conta-corrente*, como emerge da própria noção que nos é dada pelo artigo 344.º CCom e dos efeitos deste tipo contratual enunciados no artigo 346.º CCom, como ficou dito *supra* em texto. Cfr. também MENEZES CORDEIRO, na sua ob. cit. *Manual de Direito Bancário*, pp. 513-524.

¹²⁷⁴ No regime do penhor, *supra* no capítulo III, secção I, ponto 2.2.

¹²⁷⁵ Sob o prisma do credor pignoratício, a vantagem de um penhor de aplicações financeiras “*é óbvia*”, anotam PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, na ob. cit. *Garantias de Cumprimento*, p. 182. E explicam que qualificam deste modo a garantia em causa, por se tratar de “*uma garantia revestida de solidez, na medida em que a sua disponibilidade pertence inteiramente ao banco credor, sem que, por outro lado, se afecte a rentabilidade, para o devedor cliente, da aplicação financeira em causa, que só será mobilizada antecipadamente pelo banco credor em caso de incumprimento*” – sublinhado nosso para evidenciar que a mobilização referida corresponde ao que as partes do caso em apreço convencionaram.

Os Autores mais avançam (p. 183) que “*este tipo de garantia, seja na modalidade clássica de penhor de depósitos a prazo ou de qualquer outra aplicação, pressupõe um depósito no banco*” e que “*por força do mencionado depósito (...) cria-se na esfera jurídica do depositante um correspondente direito de crédito sobre o montante em questão*”. Ora, é “*este direito de crédito que vai ser empenhado*” – como podemos ver que corresponde exactamente à situação *sub iudice* descrita em texto. E o que há de específico na figura é “*empenhar-se um direito sobre algo (...) que se encontra na disponibilidade do credor pignoratício*”, rematam os Autores (ainda na p. 183) e que traduz também neste ponto o que ocorreu no caso apreciado pelo STJ, porque a aplicação financeira empenhada estava associada a uma conta de depósito aberta junto do banco-credor pignoratício – depósito que foi, como é habitual na *praxis* bancária, “*posteriormente transformado em determinado «produto bancário»*”, segundo nos descrevem o fenómeno do penhor bancário os citados Autores (p. 183).

¹²⁷⁶ Cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, na ob. cit. *Garantias de Cumprimento*, pp. 183-184.

Por outro lado, importa sublinhar também que esta garantia foi prestada no âmbito de um crédito concedido sob o tipo de *conta-corrente*¹²⁷⁷, o que significa, vimos já¹²⁷⁸, que a compensação, sem embargo da sua específica previsão convencional *inter partes*, resulta(ria) do próprio funcionamento da conta-corrente, traduzido precisamente num vaivém inintermitente de compensações – as denominadas *compensações anómalas*¹²⁷⁹ – para facultar, em permanência, a disponibilização de um determinado saldo. Razão por que, reiteramos, a compensação é um dos efeitos legais da conta-corrente (§ 3.º do artigo 346.º CCom).

Por outro lado ainda, *in casu*, temos que o banco e os clientes acordaram na execução extrajudicial do penhor. Ora esta convenção – perfeitamente lícita em face da segunda parte do n.º 1 do artigo 675.º CC – associada a um penhor sobre aplicações financeiras, por seu turno associado a uma conta-corrente, oferece-nos um esquema negocial complexo e perfeito para acobertar um pacto comissório.

Senão vejamos: o banco-credor pode fazer seu o saldo empenhado *ex vi* da compensação convencional, mas também por força do pacto de execução extrajudicial do penhor e ainda como procedimento bancário habitual em caso de abertura de conta para concessão de crédito em conta-corrente caucionada com um determinado depósito junto do banco-mutuante. Com efeito, a compensação convencional, permite às partes, vimos, estipularem, por consenso, os requisitos para que possa ocorrer extinção recíproca de débitos e créditos entre si. E, no caso em apreço, foi o que os clientes e o banco acordaram. E legitimamente. Quanto ao convénio para executar o penhor fora dos tribunais, ele é outrossim perfeitamente lícito (segunda parte do n.º 1 do artigo 675.º CC) e faculta, mediatamente, a apropriação do depósito empenhado pelo banco-credor, pois como lhe atribuí poderes para vender o penhor, e uma vez que incide sobre uma aplicação financeira, o produto da venda é creditado na conta bancária¹²⁸⁰ e com esse valor o banco satisfará o seu crédito, nos exactos termos que o artigo 666.º, n.º 1, CC lhe concede de se pagar “*pelo valor*” da garantia. De igual modo, logra(ria) o banco-credor este resultado pela via dos fluxos contínuos próprios da conta-corrente (§ 3.º do artigo 346.º CCom)¹²⁸¹.

¹²⁷⁷ A *conta-corrente*, diz MENEZES CORDEIRO: “*é um elemento estrutural do contrato de abertura de conta*” – cfr. ob. cit. do Autor *Manual de Direito Bancário*, p. 551.

¹²⁷⁸ Cfr. nota 1273 e o que ficou dito no texto associado à nota indicada.

¹²⁷⁹ *Vide* nota anterior.

¹²⁸⁰ Recordemos com PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE que o penhor sobre aplicações financeiras, a montante, “*pressupõe um depósito no banco, que vai ser posteriormente transformado em determinado «produto bancário»*”. Como podemos ler na ob. cit. dos Autores, *Garantias de Cumprimento*, p. 183.

¹²⁸¹ Cfr. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, *op. cit.*, pp. 550 e segs. e também nota 1273.

Ora, qualquer das figuras lícitas que se congregam no caso permitem ao credor fazer seu o objecto da garantia, o que parece afrontar o artigo 694.º CC que fere de nulidade “*a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir*”¹²⁸².

Perguntemo-nos, então, por que permite a lei a convivência das preditas figuras com a proibição do pacto comissório?

Os senhores conselheiros subscrevem claramente a tese da *ratio* plúrima e complexa do artigo 694.º CC¹²⁸³ e são felizes ao localizar a razão de ser da proibição do pacto comissório “*na tutela do devedor, colocado em estado de debilidade ou de necessidade, perante as pressões do credor e, igualmente, na protecção de terceiros credores*”.

Na verdade, como tivemos ensejo de afirmar aquando da análise da *ratio* da (manutenção da) proibição do pacto comissório desde o édito imperial de Constantino, estes fundamentos afiguram-se-nos os mais consistentes para a sua explicação. A protecção do *elo mais fraco* da relação creditícia e a promoção do normal funcionamento do sistema de garantias reais são fortes argumentos para justificar a nulidade do pacto comissório. É que o princípio geral ínsito ao desvalor dos negócios usurários demanda uma reacção do devedor-*explorado* (artigo 282.º CC), podendo a anulabilidade não representar ameaça bastante para repelir comportamentos abusivos do credor. O princípio da igualdade de tratamento entre credores (artigo 604.º, n.º 1, CC) é garante da certeza e segurança jurídica – fundamental valor para a fluidez do comércio jurídico e particularmente decisivo para o nascimento de relações creditícias –, sendo que os mecanismos de que os credores dispõem para conservar a sua garantia patrimonial (artigos 605.º e seguintes, CC) ou para impugnar actos que a diminuam (artigos 610.º e seguintes, CC), por um lado, exigem o recurso à via judicial e, por outro, dependem da decisão dos tribunais, isto é, o regresso ao *status quo ante* não é, ele próprio, uma certeza.

Regressando ao juízo do Supremo Tribunal, ele não realiza a *precipitação* dos pressupostos do artigo 694.º CC. Por outras palavras, queda-se pela sua identificação e não se pronuncia se no caso concreto estão presentes (ou não) as apontadas razões de ser do preceito. E parece, sim, aderir, um tanto acriticamente à “*tese da proibição do pacto comissório*”. Aliás, curioso é que o aresto se refira à proibição do pacto comissório como *tese*. Como se proibir ou não proibir o pacto comissório fosse a questão. A proibição é um facto legal incontornável. É absoluta e *de iure condito*.

¹²⁸² O artigo 694.º CC é aplicável ao penhor por remissão expressa do artigo 678.º CC.

¹²⁸³ Tese de que CONSTANZA foi pioneiro, como vimos *supra* nos fundamentos da proibição do pacto comissório – cfr. M. CONSTANZA, *Sulle alienazioni in garanzia*, *op. cit.*, p. 1024. Entre nós, hoje também já dominante e seguida, entre outros, por JANUÁRIO GOMES, como podemos ler na sua *op. cit.* de referência *Assunção Fidejussória de Dívida...*, p. 94 (*vide* os outros Autores portugueses que partilham desta visão *supra* na análise da *ratio* do artigo 694.º CC).

Ao pensamento judicativo-decisório não se pede a aplicação meramente positivista da lei, mas sim um encadeamento argumentativo e reflexivo sobre o sentido e alcance das normas convocáveis para o caso *sub iudice*. O que temos no Acórdão é uma boa decisão com má fundamentação. A bondade da decisão resulta, desde logo, do acerto com que (antecipemo-lo) dá razão ao banco-credor por se ter pago com o saldo do depósito empenhado. Má fundamentação, pois parece sustentada “*por mil certezas de aluvião*”¹²⁸⁴. Mas sejamos claros: não tem erros, incorrecções, desacertada convocação de doutrina ou legislação. Há, sim, um pre-juízo e, em função dele, rosário de argumentos que se quer que encaixem e que o suportem.

A ideia pre-concebida que perpassa ao longo de toda a fundamentação é a de que o artigo 694.º CC não admite nem conhece excepções. Parte-se da convocação, e bem, do preceito para a explicação da sua *ratio essendi*, bem também, para logo a seguir se passar ao *pomo da discórdia*: o Decreto-Lei n.º 105/2004. Sem que se diga porquê ou por que não se aplicam ao caso as razões da proibição do pacto comissório. Sem se dizer, por exemplo, que independentemente da particular circunstância de cada caso, o artigo 694.º CC é chamado a actuar em qualquer situação em que se firme a convenção sancionada pela norma. Por causa desta narrativa *per saltum*, anotámos a falta de *precipitação* dos pressupostos enunciados.

Outro pre-conceito identificado no Acórdão é o de não pensar as figuras lícitas que operam efeitos jurídicos do pacto comissório enquanto tal, não se ponderando se questionam a validade do artigo 694.º CC. Sente-se uma clara resistência em apontar que *in casu* a compensação opera o mesmo efeito do pacto comissório, apressando-se o Supremo Tribunal a convocar o quadro de actuação da compensação convencional para repelir o espectro daquele pacto, justificando que “*se as partes podem convencionar o cumprimento da obrigação vencida, em caso de inadimplemento do contrato, o credor faz seu o depósito bancário empenhado, no sentido de se cobrar pelo valor deste, com base em compensação, nos termos do disposto no artigo 847º e seguintes, do CC*”.

Sente-se outrossim, como enunciámos, resistência diante do diploma dos contratos de garantia financeira, referindo-se-lhe com mera indicação da sua existência (em nota de rodapé com a data da entrada em vigor) e em oração intercalar, um tanto prolixa, aponta-se a “*protecção do prestador da garantia e de terceiros, antes da entrada em vigor do DL n.º 105/2004, de 8 de Maio (...) como principal sustentáculo do não reconhecimento da validade do pacto comissório em penhor financeiro, que apenas consente a sua venda, em conformidade com o estipulado pelas disposições cogentes dos artigos 675º, do CC, e 401º, do Código Comercial, sujeita a realização ou execução da garantia pelo beneficiário a prévia notificação ao garante da*

¹²⁸⁴ Perdoe-se-nos a utilização do verso torgueano do sublime poema “Prospecção”.

intenção de a ela proceder”. Além de não se proceder à distinção entre penhor civil e mercantil que se impunha numa tal argumentação, uma vez que a exigência de notificação prévia é aplicável apenas aos casos de penhor mercantil e já não nos quadros de simples actuação do acordo de venda extrajudicial previsto no artigo 675.º CC, falta ainda a apresentação dos traços gerais da nova lei do penhor financeiro – entre eles, a validade do pacto comissório – e a explicação da sua não aplicabilidade *in casu*: pelas regras da aplicação da lei no tempo – como o aresto indica em pé-de-página, o diploma só se aplica aos contratos firmados na sua vigência e entrou em vigor trinta dias após a sua publicação – e, de qualquer modo, não seria aplicável ao caso, pois os clientes bancários eram, cremos, pessoas singulares, e a lei exclui do seu âmbito acordos de garantia financeira celebrados com pessoas singulares¹²⁸⁵.

Por outra banda, como que em jeito de *antecipação* de contra-argumentos, o Supremo Tribunal, referindo-se à proibição do pacto comissório como *tese*, avança que no caso em apreço não colhe contra ela o arrazoado segundo o qual num depósito bancário o valor do objecto da garantia corresponde a “*um valor objectivo indiscutível dado pelo seu montante*” e, portanto, o “*não haver perigo de o credor garante enriquecer à custa do dono do bem empenhado*”. Mas esta premissa, assim apresentada, entra em contradição com os requisitos da compensação, e a compensação acaba por ser a figura a que o Tribunal subsume a actuação do banco-credor, validando-a. Primeiro ponto e nota prévia: a compensação é consabidamente *causa de extinção das obrigações além do cumprimento*, isto é, não representa o cumprimento, propriamente dito, a que o devedor estava obrigado, mas nem por isso deixa de operar a extinção da obrigação que é o efeito típico da realização da prestação, do cumprimento *proprio sensu*. Isto dito, não se vislumbra o alcance da afirmação da decisão segundo a qual “*o mandato que a autora outorgou ao Banco réu para a realização do valor dos títulos dados em garantia apenas decorre do incumprimento do devedor; não constituindo o próprio pagamento e, portanto, a venda da coisa empenhada (...) representa (...) tão-só, a execução de uma garantia*”¹²⁸⁶. Uma obrigação extinta é uma obrigação extinta. É uma obrigação que deixou de o ser, seja por via do cumprimento (“*pagamento*”) seja por qualquer outra causa. E o efeito da extinção é sempre o mesmo: liberação do devedor do vínculo prestacional perante o credor. De igual modo, um crédito satisfeito é sempre um crédito satisfeito, seja por via do pagamento voluntário seja por via da execução da garantia: um crédito satisfeito é um direito do credor que é realizado e que deixa, por isso, de existir. Segundo ponto e aspecto principal do nosso sublinhado: por que diz o Supremo que não colhem os argumentos da ausência de perigo de o credor se locupletar à

¹²⁸⁵ Cfr. os apertados requisitos quanto aos sujeitos listados no artigo 3.º do citado Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio.

¹²⁸⁶ Sublinhados nossos.

custa do devedor e do valor quantitativo objectivo do *quid* da garantia se um dos requisitos da compensação é exactamente a fungibilidade das prestações e a correspondência de montante na parte compensável (artigo 847.º, CC)? O argumento é exactamente o inverso: a compensação é possível nos casos em que *as obrigações tiverem por objecto coisas fungíveis da mesma espécie e qualidade*, podendo compensar-se *dívidas que não sejam de igual montante, na parte correspondente*, porquanto nestas situações não há risco de enriquecimento sem causa (de um dos credores à custa do outro). Se bem lemos o sentido desta passagem do aresto, quiseram os senhores Conselheiros dizer que a fungibilidade e a congruência de valores entre a garantia e o crédito não eram razão bastante, *de per si*, para afastar o artigo 694.º CC, mas como que tropeçando na pressa argumentativa, nas “*mil certezas de aluvião*”¹²⁸⁷, pois a compensação – a figura-âncora de toda a decisão – está fundeada pela lei nas mesmas premissas que o Tribunal apoucou para explicar a solidez da proibição do pacto comissório.

Quanto ao Decreto-Lei n.º 105/2004, o argumentário também tem *pés de barro*. A afirmação de que com ele o “*penhor de conta bancária passou a ser considerado como um penhor financeiro*” é imprecisa. Em primeiro lugar, o diploma, vimo-lo já, apenas se aplica a contratos de garantia financeira celebrados entre os sujeitos previstos no artigo 3.º, sendo que as pessoas singulares não são sujeitos elegíveis para este efeito. Em segundo lugar, a convocação do regime em causa depende ainda da verificação de outros requisitos, entre os quais que a obrigação financeira garantida “*consista numa liquidação em numerário ou na entrega de instrumentos financeiros*” (artigo 4.º) e que a garantia financeira prestada tenha por objecto numerário, instrumentos financeiros ou créditos sobre terceiros (artigo 5.º)¹²⁸⁸. Donde, não pode dizer-se que a partir da vigência do Decreto-Lei n.º 105/2004, o “*penhor de conta bancária passou a ser considerado como um penhor financeiro*”, bastando, por exemplo, como sucede no caso dos autos, que o acordo de garantia financeira seja celebrado entre uma instituição bancária e duas pessoas singulares para que o *penhor de conta bancária* não possa qualificar-se como *penhor financeiro*, mas sim *penhor sobre aplicações financeiras* –, caindo fora do âmbito de aplicação da nova lei. Ainda na alusão ao referido diploma legal, o Acórdão, com acerto, anota que a faculdade nele contemplada de poder “*ser conferido ao beneficiário da garantia o direito de disposição sobre o objecto desta*” não é automática, “*mas antes na sequência do clausulado pelas partes no competente contrato*”. Só que e uma vez mais, não explica o que pretende demonstrar. Se a intenção era sublinhar que a prerrogativa exige prévio acordo entre as partes, eis que *tropeçou*

¹²⁸⁷ Vide antepenúltima nota.

¹²⁸⁸ Nos exactos termos descritos *supra* nas modalidades de penhor, no penhor financeiro (cfr. capítulo III, secção I, ponto 2.2.6). Para mais desenvolvimentos, consultar DIOGO MACEDO DA GRAÇA, *Os Contratos de Garantia Financeira*, ob. cit., pp. 23 e segs. e CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, op. cit., pp. 219 e segs..

novamente na rigidez argumentativa, porque o pacto comissório, por natureza, é um pretérito convénio nesse sentido – pretérito quanto à transferência da propriedade/apropriação. Aliás, o Decreto-Lei em causa, tanto para o vencimento antecipado como para a própria compensação exige convenção *inter partes* (artigo 12.º). Mais, a polémica permissão do pacto comissório que o diploma expressamente acolhe exige *que tal tenha sido convencionado pelas partes* (artigo 11.º). Também por isso não se compreende por que teimosamente o Acórdão logo depois sentencia que “*acontecendo o não cumprimento da obrigação pelo devedor, o credor pode fazer seu o depósito bancário empenhado, no sentido de se cobrar pelo valor deste, não com base na existência de um pacto comissório, atendendo à sua manifesta nulidade, como já se demonstrou, mas antes pela via da compensação*”. Dizemos *teimosamente*, pois, apesar de invocar o diploma dos contratos de garantia financeira, nem explica devidamente a sua não aplicabilidade ao caso em apreço nem assume desassombadamente que o pacto comissório é permitido por ele e em que termos. E não se diga, já o sublinhámos, que a decisão não seja acertada ou sequer pouco apoiada.

Destarte, como bem diz, em seguida, o Supremo Tribunal, a “*compensação convencional bancária, previamente, acordada em qualquer negócio, de que possam resultar créditos do banqueiro sobre o seu cliente, é compatível com a possibilidade de o banco debitar as importâncias que lhe sejam devidas, em quaisquer contas de que o mutuário ou os garantes sejam titulares*”. E conclui: “*se as partes podem convencionar o cumprimento da obrigação vencida, em caso de inadimplemento do contrato, o credor faz seu o depósito bancário empenhado, no sentido de se cobrar pelo valor deste, com base em compensação, nos termos do disposto pelo artigo 847º e seguintes, do CC*”.

Num caso em que a actuação do banco-credor se justifica e legitima à luz de vários tipos presentes no esquema negocial adoptado pelas partes, não se percebe sequer a alusão ao Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio: se não existia sequer ao tempo dos factos; se não se aplicava, pois as partes não reuniam as condições exigidas (artigo 3.º) – à margem das razões da aplicação da lei no tempo e, a aplicar-se, a compensação convencionada pelas partes também não seria prejudicada pelo diploma especial, porque ele consagra-a nos mesmos moldes da lei geral: para as situações de não cumprimento e por força de cláusula resolutive expressa (artigo 12.º)¹²⁸⁹, o que significa que do Decreto-Lei n.º 105/2004 não resulta(ria) regime mais gravoso para o devedor-cliente bancário. Nem mesmo se as partes convencionarem pacto comissório, dado que é admitido na modalidade de pacto marciano, ou seja, se o credor quiser executar a garantia fazendo seu o respectivo objecto, “*fica obrigado a restituir ao prestador o montante correspondente à diferença entre o valor do objecto da garantia e o montante das obrigações*

¹²⁸⁹ Neste sentido, CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, ob. cit., p. 234.

financeiras garantidas” (artigo 11.º, n.º 2). Fica, assim, afastado o risco de enriquecimento ilegítimo e de desequilíbrio prestacional – que a compensação também acautela ao só permitir a compensação de dívidas de desigual montante *na parte correspondente* (artigo 847.º, n.º 2 CC). Por outras palavras, num penhor de depósito bancário, em termos práticos, o pacto comissório (*rectius*, o pacto marciano) e a compensação *confundem-se*, quer porque permitem ao credor a auto-satisfação do crédito quer porque extinguem a obrigação do devedor.

Na situação apreciada neste Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Maio de 2009, os débitos a que o banco-credor procedeu na conta empenhada, ante o incumprimento dos mutuários justifica-se, legitima-se à luz de vários dos tipos contratuais presentes no esquema negocial adoptado pelas partes, como vimos dizendo. Sumariamente, este *encontro de contas* pode ter lugar na moldura da conta-corrente¹²⁹⁰, ao abrigo da compensação convencional¹²⁹¹ e em execução extrajudicial do penhor¹²⁹².

O que ressalta na (fundamentação da) decisão é uma certa e inexplicável *necessidade* em proclamar a perenidade do artigo 694.º CC e em justificar abundantemente ocorrer *in casu* resultado igual ao do pacto comissório, em lugar da assunção *desassombrada* da existência de figuras legalmente tipificadas que operam os efeitos daquele pacto, mas que por razões ponderosas a lei admite e regula – como a compensação bancária.

2. Dos negócios jurídicos indirectos

2.1 Negócio jurídico indirecto: conceito

O conceito de *negócio jurídico indirecto* integra dois elementos essenciais: o negócio típico adoptado pelos sujeitos contratuais e o fim indirecto realmente pretendido pelas partes¹²⁹³.

O fim perseguido pelas partes, relevante para traçar com nitidez os contornos da noção de negócio indirecto, mais do que simples motivação, tem de apresentar, *de per si*, particular importância jurídico-funcional e instrumental, de tal modo que configure um meio idóneo para realizar um objectivo diferente daquele que é ínsito e natural ao negócio formal celebrado.

¹²⁹⁰ Cfr. § 3º do artigo 346.º CCom e nota 1273.

¹²⁹¹ Nos termos do n.º 2 do artigo 847.º CC.

¹²⁹² *Ex vi* dos artigos 675.º, n.º 1, segundo segmento e 666.º, n.º 1, ambos do CC.

¹²⁹³ ORLANDO DE CARVALHO prefere a terminologia “fim” em detrimento da expressão alternativa “resultado”, afirmando: “*Parece-me esta designação de «fim» mais correcta do que a de «resultado», pois traduz a importância determinativa e jurídica de que a representação é dotada em abstracto, ao passo que a segunda traduz apenas uma ideia de produção material ou empírica*” (cfr. do Autor, *Negócio Jurídico Indirecto*, *op. cit.*, p. 13, nota 3).

Por outro lado, o tipo negocial escolhido pelos sujeitos tem de manter a sua natureza típica perante o fim verdadeiramente querido por eles.

Não cabem, então, no conceito em análise, a utilização instrumental de negócios jurídicos inominados, desde logo, porque o recurso a um esquema negocial mediato não é compaginável com a incerteza jurídica adveniente de tipos contratuais que a lei não prevê e não regula *expressis verbis*. Aos tipos sociais ou negócios atípicos e inominados, aplicam-se as regras da figura típica que o intérprete-aplicador julgar mais próxima (daquela que os sujeitos concretamente adoptaram), o que imprime um elevado grau de incerteza quanto ao destino do negócio, quer em termos de eficácia e validade quer em termos de regime aplicável, sendo que, nestas situações, o caso *sui generis* rege-se por analogia. Ora, no negócio jurídico indirecto, os sujeitos pretendem exactamente o inverso, isto é, aproveitar da certeza das normas aplicáveis aos tipos legais.

Em sequência, exige-se que o fim contido na vontade real das partes mantenha inalterado o negócio típico, na sua configuração, campos de aplicação e efeitos, porque uma descaracterização do tipo legal faz cair por terra o núcleo conceptual da utilização imediata e instrumental de uma figura que a lei prevê e permite para mediatamente lograr um resultado que a lei não prevê ou não permite.

Mais, o negócio formal firmado pelas partes, sob pena de não se estar em presença de um negócio indirecto, não pode representar uma mera extrapolação da caracterização legal específica.

Pergunta-se então se a ideia de negócio jurídico indirecto não reclama que o negócio-instrumento configure um tipo legal celebrado dentro dos exactos contornos do seu regime e com os precisos efeitos típicos a tal ponto que exista identificação plena entre o tipo (formal, indirecto) e o fim (real, mediato)? Mas pode ser impossível esta identidade absoluta, por duas razões fundamentais: o fim correspondente ao real objectivo das partes sempre será estranho aos fins típicos, lícitos, legalmente previstos e também porque a capacidade abstracta que se exige que o negócio típico apresente para servir os propósitos ocultos das partes é, por si só, incompatível com a sobreposição identitária do tipo com o fim.

2.2 O pacto comissório e o negócio indirecto

As questões que se suscitam em torno do âmbito da proibição do pacto comissório encontram resposta na teleologia da norma proscritora, mas também pelo confronto com figuras próximas ou afins, algumas delas com previsão e regulação legal expressa¹²⁹⁴.

¹²⁹⁴ Neste sentido, por referência em particular à figura da *datio in solutum*, consultar ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, *op. cit.*, p. 233.

Da realidade material-jurídica, por referência ao conteúdo concreto das declarações de vontade que os sujeitos vão emitindo em função das consequências que lhes são atribuídas pelo ordenamento jurídico, surgem frequentemente negócios válidos típicos dirigidos a uma finalidade económico-jurídica determinada, sendo que nos casos em que o fim realmente querido é realizado pelo negócio-meio, de tal modo que este contém todos os elementos jurídicos da função económica desejada pelas partes, coloca-se o problema da discussão em torno da verdadeira natureza dos modelos predispostos.

Ora, sendo a apropriação pelo credor do bem dado em garantia no caso de incumprimento do devedor um efeito jurídico vedado pela proibição legal do pacto comissório, e querendo muitas vezes os sujeitos da relação creditícia contornar este impedimento e alcançar o fim interdito pela lei, põem em acção um esquema negocial, endereçando um ou mais negócios jurídicos típicos à função económico-jurídica translativa automática da propriedade.

Partimos da noção de negócio jurídico como “*meio que o Direito objectivo põe à disposição dos particulares para estes conseguirem através dele a livre regulação das suas relações*”¹²⁹⁵. O que significa que dentro dos limites da livre iniciativa da autonomia privada (artigo 405.º CC), a vontade das partes é soberana. E o ordenamento não predis põe os tipos legais como mecanismos que os sujeitos devam firmar taxativamente, mas sim como instrumentos a ser enformados pelos particulares à exacta medida das suas concretas intenções e necessidades. Não se pressupõe sequer que os sujeitos conheçam todos os efeitos operados pelas declarações de vontade emitidas e na ciência e previsão dos efeitos directos e necessários considera-se natural que deles não tenham visão “*clara de juristas*”¹²⁹⁶.

Quanto ao pacto comissório, o problema nasce da tipicidade e licitude do negócio firmado pelas partes, cresce na operação subsuntiva-qualificativa e adensa-se quando a vontade declarada, formalmente, não colide com a natureza típica do acto praticado nem o esvazia da sua função jurídica principal, mas reconduzida às motivações interiores dos sujeitos, o fim mediato do negócio revela a disposição devassada, anormal e exorbitante do negócio adoptado que permite eficazmente prosseguir o fim afastado pela proibição do pacto comissório, prevista no artigo 694.º CC.

Ensina ORLANDO DE CARVALHO que o fim pretendido pelas partes, “*na verdade, só é indirecto considerado em si mesmo, como «coisa em si», isto é, considerado fora da «fatispecie» real*”¹²⁹⁷.

¹²⁹⁵ Cfr. FERRER CORREIA, *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, Arménio Amado, Coimbra, 1939, p. 4.

¹²⁹⁶ Nas palavras de MANUEL DE ANDRADE, *Lições Publicadas*, II, p. 33 – *apud* ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio Jurídico Indirecto*, *op. cit.*, p. 31.

¹²⁹⁷ Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio jurídico indirecto...*, *op. cit.* p. 37.

Então, a designação negócio indirecto deriva da circunstância de o efeito prosseguido não ser um efeito directo do negócio típico, embora na esfera de acção do tipo negocial adoptado surja como resultado directo tão natural e imediato como se de um fim directo se tratasse.

No caso do pacto comissório como vontade real das partes, como fim ulterior, portanto, do negócio indirecto, transparecerá a ligação íntima entre a transferência da propriedade e a relação creditícia, com o escopo directo de garantia.

Sob a perspectiva do tipo de relação que se pode desenvolver entre o negócio indirecto e o negócio adoptado, o tipo firmado pelos particulares pode operar todos os seus efeitos sem que se registre qualquer alteração ou *nuance* do esquema negocial típico nominado ou então pode acontecer que no negócio adoptado se introduzam algumas alterações, dentro da elasticidade da própria tipicidade, sem deformar, despir ou questionar a sua natureza típica e sem esvaziamento do seu fim típico principal. Na primeira hipótese, cabem ainda duas sub-hipóteses: o negócio adoptado pelas partes pode alcançar o fim realmente pretendido por elas como simples produção de um efeito normal e automaticamente decorrente do efeito jurídico directo principal ou então pode ainda o negócio indirecto servir a vontade real dos particulares como pressuposto necessário para a celebração de um outro negócio jurídico, esse, sim, que tem como efeito jurídico o fim que as partes verdadeiramente perseguem. No primeiro tipo de relação que dogmaticamente se aponta entre o negócio indirecto e o adoptado – como exemplo da modalidade em que o tipo firmado cumpre plenamente o fim indirecto que motivou os particulares a emitir as suas declarações de vontade –, pode apontar-se a adopção com intuito de instituição de herdeiro legitimário; já exemplo de negócio indirecto como antecâmara de outro negócio e fim realmente pretendidos será o casamento com a finalidade de aquisição de nacionalidade. Entre os casos de negócio indirecto que alteram a configuração habitual do negócio celebrado sem, no entanto, bulir com a sua tipicidade, podemos assinalar a compra e venda em garantia e a procuração irrevogável. E em ambas as categorias espereita o perigo da prossecução indirecta da realização de um pacto comissório. Na primeira, situamos casos de dação em cumprimento com veraz intenção de operacionalizar um pacto comissório – verificado o incumprimento pelo devedor, este transfere para o credor, definitivamente, a propriedade de certo bem e extingue assim a sua obrigação para com ele, sendo que na óptica do credor ele vê o crédito satisfeito com a aquisição da coisa. A *datio in solutum* preenche totalmente a finalidade que impeliu as partes à emissão das suas declarações negociais – extinguir a relação creditícia com a transmissão de determinado bem – e o fim realmente pretendido é alcançado automaticamente com a celebração do tipo adoptado. É que inexistente aqui qualquer participação directa do tipo pacto comissório, mas pura e simplesmente do contrato unívoco dação, em cujo contexto concreto

está imersa a finalidade comissória que é, de facto, a *alma do acto*¹²⁹⁸, pelo que se encontram reunidas as condições para à dação podermos chamar negócio indirecto do pacto comissório, nos casos em que a função solutória automática é o escopo motivacional das partes, a porta que os sujeitos queriam abrir (sem recurso à via judicial, sem execução patrimonial, sem avaliação do bem dado em pagamento, sem sujeição ao concurso com outros credores...) e em cuja fechadura também entra a chave da dação em cumprimento. Exemplo de negócio-meio como pressuposto necessário para atingir o fim que realmente as partes querem pode ser o caso da compensação voluntária, em que o credor e o devedor originários acordem que o débito do primeiro, resultante da obrigação de pagamento do preço pela compra de um bem deste, se extingue reciprocamente com o débito que o vendedor já tinha perante o comprador. Mais podem fixar a fungibilidade convencional dos débitos em compensação futura, isto é, o credor e o devedor podem estipular que o débito deste se considera compensável com o daquele se e quando a venda for celebrada e *ipso facto*, com dispensa da declaração de compensação. Ora, numa tal compensação convencional, pretendendo as partes o efeito jurídico do pacto comissório e conseguindo-o por intermédio da convenção de compensação, ela surge como *conditio sine qua non* para aceder a outro negócio, esse sim, querido. O que as partes querem verdadeiramente não é a compensação, por si só, querem-na, sim, para através dela realizarem a extinção da obrigação, do lado do devedor, e a (auto-)satisfação do crédito, por banda do credor, ou seja, firmam a compensação para através dela porem em marcha um pacto comissório.

Na doutrina, há ainda uma corrente¹²⁹⁹ que defende existir um terceiro grande grupo de conexão entre o negócio indirecto e o negócio adoptado que respeita aos negócios fiduciários a que dedicámos *supra* tratamento autónomo¹³⁰⁰ e a que regressaremos na óptica do seu relacionamento com os negócios indirectos, porque a sua inclusão no conceito de negócio indirecto é matéria controvertida.

A propósito do (des)enquadramento nos negócios jurídicos indirectos, interessa ainda abordar a *vexata questio* das doações indirectas. Doações indirectas como aquelas que correspondam ao negócio jurídico típico nominado de doação, mas em que o fim realmente pretendido por doador e donatário é conseguido de modo instrumental e mediato com o efeito jurídico directo típico da liberalidade celebrada.

¹²⁹⁸ Na loquaz expressão de VASCO TABORDA FERREIRA, na sua tese *Do Conceito de Causa dos Actos Jurídicos*, Lisboa, 1946, p. 77.

¹²⁹⁹ Na qual enfileiram Autores como P. GRECO – cfr. *La società di comodo e il negozio indiretto*, in Riv. Dir. Com., 1932, I, pp. 766 e segs. e DE GENNARO – cfr. *I contratti misti*, Padova, 1934.

¹³⁰⁰ Vide capítulo III, secção II, ponto 4.2.

Embora não consensualmente, identificam-se doações indirectas que constituem um mecanismo de interposição real de pessoas sem existir relação jurídica entre o autor e o beneficiário da doação e relativamente a estas entende-se não constituírem um negócio indirecto, sendo certo que o fim pretendido é totalmente alheio aos fins do negócio celebrado. Aqui a resposta é necessariamente negativa¹³⁰¹, porquanto o que as partes perseguem é só coincidência na identidade dos sujeitos entre uma relação económica (com determinados intervenientes) e uma relação jurídica (que apresenta outras pessoas nas respectivas posições jurídicas).

Paralelamente, pode haver doações em que já se assinale relacionamento jurídico entre doador e donatário, mas por extinção de uma obrigação e não pela constituição de um direito – de que serão ilustrativas as que operem por intermédio de uma remissão de dívida ou de uma renúncia à sucessão. A doutrina parece afastar estas doações do campo do negócio indirecto¹³⁰², por considerar que o *animus donandi* é o fim real desejado pelas partes e também o fim realizado pelo tipo celebrado, pelo que são doações directas. Aqui, pode acontecer, *verbi gratia*, uma remissão de dívida do alienante-devedor-originário ao seu adquirente-credor-inicial, relativamente ao pagamento do preço de uma compra e venda, como negócio instrumental para afastar o espectro da simulação quanto à alienação que, na verdade, mais não foi do que um invólucro formal lícito contendo a vontade real de pagar ao credor com o bem transmitido. Pergunta-se: querem ou não as partes a liberalidade? E a resposta é afirmativa. O vendedor quer, de facto, perdoar o preço ao comprador. O que já é discutível é se esta teia psicológica contratual é digna de tutela do Direito, mas isso será numa ponderação de todo o complexo negocial erguido pelas partes. Aliás, de momento que a compra e venda caia, todo o eficício ruirá. E a simulação fá-lo-á cair pela base. Mas do estrito ponto de vista da remissão do preço como negócio-meio para corporizar o pacto comissório, a doação serve mediatamente este propósito. Diremos mais: e se as partes efectivamente quiserem fazer a compra e venda? Não porventura pelo preço declarado, mas por outro mais baixo, ou por preço simbólico, ou até pela diferença entre a dívida e o valor do bem. *Quid iuris* se o devedor-alienante perdoar ao seu credor-adquirente a parte do preço relativa à dívida que não lhe pagou? A remissão de dívida parece, assim, poder funcionar como doação indirecta, porque *perdoar equivale a dar*¹³⁰³ e, apesar de a liberalidade ser o fim real e o fim típico do negócio, há aqui outro fim, mediato, indirecto, que as partes realmente querem e alcançam, (só que) em momento diferido.

¹³⁰¹ Cfr. GRECO, *La società di comodo...*, op. cit., p. 777-778 e DE GENNARO, *I contratti misti*, op. cit., pp. 196-197.

¹³⁰² Neste sentido, DE GENNARO, *I contratti misti*, op. cit., pp. 198-204 e parece-nos também que ORLANDO DE CARVALHO acolhe a ideia de que as situações descritas correspondem a doações directas e não a doações indirectas – cfr. do Autor, *Negócio Jurídico Indirecto...*, ob. cit., pp. 38-39.

¹³⁰³ Parafraseando ORLANDO DE CARVALHO *Negócio Jurídico Indirecto...*, ob. cit., p. 39.

Na categoria das doações indirectas situam-se as doações realizadas sob o *nomen iuris* de um tipo contratual legal distinto, *verbi gratia*, a compra e venda por preço simbólico, a locação com renda de valor diminuto ou o contrato de sociedade com participação nos lucros desproporcional ao valor da entrada do sócio em causa. Dogmaticamente chamadas doações mistas¹³⁰⁴, estes negócios despertam acesa polémica, desde logo pela sua proximidade com a simulação. O conceito de negócio indirecto pressupõe necessariamente que o tipo celebrado seja válido, pelo que nos casos em que as doações mistas não sejam o negócio realmente querido, a ideia de negócio-meio ficará irremediavelmente prejudicada pela *simulatio*.

Em face da proibição do pacto comissório, as doações mistas serão a hipótese prática presente em muitos esquemas negociais utilizados como negócio-meio com o efeito translativo que o artigo 694.º CC proíbe.

Teoricamente, nem sempre serão negócios simulados¹³⁰⁵ e, nesses casos, é pertinente a sua equação como negócios indirectos. O que aconselha um exame casuístico das motivações determinantes na escolha do concreto negócio celebrado – análise dirigida ao apuramento do exacto sentido da vontade das partes¹³⁰⁶ – para se concluir, com propriedade, da existência, *in casu*, de um verdadeiro negócio indirecto ou, pelo contrário, para se perceber da instrumentalização dos fins tipicizados na lei em afronta ao fim realmente pretendido pelas partes, mas legalmente vedado, hipótese em que será inadmissível como negócio indirecto, por *fraus legis*¹³⁰⁷.

¹³⁰⁴ «*Neogotium mixtum cum donatione*», na formulação de ORLANDO DE CARVALHO, em *Negócio Jurídico Indirecto...*, ob. cit., p. 40.

¹³⁰⁵ Neste sentido, ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio Jurídico Indirecto*, ob. cit., p. 42, em que o Autor refere que “*para os fins tipicizados na lei é provável (ou, pelo menos, não é de todo improvável) a existência de razões concretas que induzam à escolha de um meio jurídico típico diferente do que a lei tinha ordenado. Será, porventura, difícil achar casos destes que não sejam antes hipóteses de simulação. Mas (...) para o estabelecimento de um conceito de negócio indirecto a sua possibilidade teórica não pode ser elidida*”.

¹³⁰⁶ ORLANDO DE CARVALHO propõe um critério geral decomposto em (i) vontade séria dos efeitos típicos ditos queridos, (ii) tipicidade do negócio-meio e (iii) fim indirecto decorrente do negócio adoptado como efeito normal – cfr. ob. cit. do Autor *Negócio Jurídico Indirecto*, p. 42: “*apenas uma análise do suposto-de-facto, dirigida a surpreender com relativa exactidão o sentido da vontade das partes, vem a trazer solução definitiva, em cada caso, ao problema da existência e admissibilidade do negócio indirecto. Porém, o critério geral que ficou delineado – vontade séria dos efeitos típicos designados como queridos, para excluir a ideia de simulação; tipicidade em concreto do negócio-meio, para excluir a ideia de inominação e fim indirecto, possuidor de capacidade funcional em abstracto, mas no caso real remetido para o campo dos motivos e decorrendo «como efeito normal» do negócio adoptado – este critério será um meio valioso para o intérprete, na tarefa de dar a maior utilidade possível à declaração de vontade sem, por outro lado, pôr em risco os direitos imprescritíveis da lógica e da certeza jurídica*”. (sublinhados nossos)

¹³⁰⁷ Sem prejuízo de se ponderar sempre estes casos como negócios celebrados em fraude à lei. Neste sentido, REMÉDIDO MARQUES, *Alienação Fiduciária...*, op. cit., pp. 598 e segs..

2.3 Negócio indirecto e negócio inominado

Fruto da capacidade inventiva dos sujeitos e da liberdade que o próprio princípio da autonomia privada concede, nem sempre os seus interesses gozam de conformação na sede dos negócios especificamente previstos na lei, sobretudo em tempo de transacções comerciais internacionais e de relações jurídico-económicas plurais, polilocalizadas e complexas.

Herdado do direito romano, é cada vez mais actual o brocardo *plura sunt negotia quam vocabula*. Cada vez mais o legislador tem presente que sempre os casos serão mais do que as normas, pelo que as codificações modernas consagram em norma geral os requisitos de validade dos negócios que prossigam fins que não repugnem ao Direito, através de um processo de indirecto reconhecimento da sua conformidade legal, apesar da sua individualidade concreta não apresentar correspondência com os interesses legalmente tipicizados e protegidos nos negócios nominados.

Claro que “*não há tipicidade sem tipo, isto é, sem ideação abstracta*”¹³⁰⁸.

Assim, só perante as concretas declarações de vontade através das quais as partes derem existência a certo negócio, pode o intérprete aferir da (a)tipicidade das manifestações de vontade juridicamente relevantes.

O critério para se saber se determinado negócio é típico ou atípico há-de ser a possibilidade ou impossibilidade de subsunção da vontade negocial das partes a um tipo descrito na lei, de tal modo que os sujeitos hão-de ter querido as notas essenciais caracterizadoras da figura talqualmente tipicizada¹³⁰⁹. A situação de facto representará negócio atípico sempre que por excesso ou defeito dos elementos essenciais caracterizadores de um tipo, os sujeitos criem

¹³⁰⁸ Como ensina ORLANDO DE CARVALHO em *Negócio Jurídico Indirecto...*, *op. cit.*, p. 68.

¹³⁰⁹ Em adesão ao critério apresentado por ORLANDO DE CARVALHO, sustentando “*que o suposto-de-facto, para ser típico, há-de poder subsumir-se em qualquer hipótese negocial descrita na lei, e, para este efeito, há-de revelar, como queridos, os «essentialia» que o legislador consagrou para aquela hipótese*” – cfr. em *Negócio Jurídico Indirecto...*, *op. cit.*, p. 69, bem como ao seu pensamento relativamente aos aspectos essenciais que têm de estar presentes e correctamente expressos nas manifestações de vontade dos sujeitos. O critério dos *essentialia* é proposto após a análise dos parâmetros decisórios defendidos por outros doutrinadores. GRASSETTI proclama que um negócio típico é *denunciado* pela presença de duas causas: a causa material reveladora do propósito de celebração do negócio jurídico e a causa em sentido objectivo que corresponde ao *molde legal* predisposto para os tipos, ao qual se reconduzem os acordos factuais típicos. RUBINO defende que o enquadramento ou não da concreta hipótese negocial num *tipo* far-se-á por apelo ao conceito de *fattispecie* real que segundo a sua visão, será típica se corresponder a uma *fattispecie* abstracta ou atípica se apenas se enquadrar numa *fattispecie* concreta. ORLANDO DE CARVALHO não repele propriamente estas concepções, mas entende que o critério por si proposto dos *essentialia*, pelo menos em termos expositivos, é “*mais simples*” do que defender um processo interpretativo de auscultação da existência de uma dupla causa material e objectiva ou da correspondência entre situação de facto e hipótese normativa, por referência a uma *fattispecie* real típica como a que cabe numa *fattispecie* abstracta, no sentido de hipótese normativa ou apenas numa *fattispecie* concreta como mera hipótese interpretativa.

um negócio “«*essencialmente*» novo”¹³¹⁰. Dentro dos negócios atípicos, situam-se os negócios mistos, como aglomerado de elementos essenciais de vários tipos, como reunião de vários tipos num *não tipo* e os negócios inominados que não revelam um mínimo de convocação de um ou mais tipos legislativos.

Distinguem-se ainda dentro da categoria dos negócios inominados, os negócios *inominados impróprios* como os que configuram representações deformadas dos *essentialia* dos tipos predispostos pela lei e os negócios *inominados próprios*, os negócios inominados *proprio sensu*, configurando modelos negociais totalmente *ex novo*, desconhecidos para o Direito.

O regime aplicável aos negócios inominados desenha-se num processo iterativo em que se atende, primeiro, ao sentido da soberana *voluntas partium*, e uma vez esgotado, é seguido de uma confrontação analógica com os tipos mais próximos do negócio de facto em presença, ordenando-se depois o modelo negocial concreto aos princípios gerais em matéria de obrigações e de contratos e, por último, aos princípios gerais de Direito. Neste processo, o momento de triagem das notas caracterizadoras essenciais do concreto negócio que os sujeitos firmaram é decisivo e o seu confronto com os *essentialia negotii* de determinados tipos legais próximos, para que não seja incauta e precipitada a qualificação de um negócio como atípico em certas situações, como sucede no âmbito do negócio indirecto, em que apenas existe uma alteração que deforma o modelo legal, mas sem descaracterizar o tipo enquanto *species*. No conceito de negócio indirecto, o que ocorre é precisamente que o negócio adoptado pelas partes, *prima facie*, aparenta travestir o tipo e esvaziá-lo da sua identidade legalmente tipicizada ao prosseguir um fim económico estranho aos efeitos jurídicos previstos na lei. Não sendo a finalidade que motiva os sujeitos à contratação um elemento determinante, mas tão-só um aspecto situado nas aras da motivação psicológica, o negócio de facto não será, então, remetido à nebulosa categoria dos negócios desprovidos de *nomen iuris*, mas antes aos negócios indirectos.

2.4 O negócio indirecto e o negócio misto

No confronto entre o negócio indirecto e o negócio misto, partimos da premissa do negócio misto como negócio único, isto é, apesar de à sua concreta composição, ordenada pela *voluntas partium*, confluírem notas privativas de mais do que um negócio legalmente tipicizado, afasta-se a hipótese de considerar estas representações como união ou coligação de negócios¹³¹¹. O negócio

¹³¹⁰ Expressão de ORLANDO DE CARVALHO em *Negócio Jurídico Indirecto...*, *op. cit.*, p. 70.

¹³¹¹ Defende ORLANDO DE CARVALHO, na sua ob. cit. *Negócio Jurídico Indirecto...*, p. 91, que “*ao contrato misto importa que as várias prestações sejam típicas em si mesmas e se conservem típicas no conjunto negocial*”.

misto corresponde a um modelo negocial que as partes constroem *típico-atípicamente*¹³¹². Vale isto por dizer que as partes querem que as suas declarações de vontade formem uma unidade jurídica autónoma (atípica) dos modelos legais (típicos) cujos elementos ajudaram a construir o seu concreto modelo negocial.

No negócio misto, é essencial (e inegável) a complexidade do conteúdo negocial, fruto da convocação de elementos de vários tipos, mas, de igual modo, não pode perceber-se nele uma pluralidade de tipos com existência autónoma paralela. No negócio misto, *stricto sensu*, os diversos tipos fundem-se num só negócio: o negócio concreto, novo como *species*. No cotejo em análise, aderimos à visão segundo a qual, tal como no traçar de fronteira entre o negócio indirecto e o negócio sem *nomen iuris*, o negócio misto também exclui a possibilidade negócio indirecto¹³¹³⁻¹³¹⁴. Em face de um concreto esquema negocial complexo e de configuração heterogénea, à questão de saber se se trata de um negócio misto *proprio sensu* responde-se dilucidando se a hipótese corresponde a uma união ou coligação de negócios ou a um negócio único: porque o negócio misto é necessariamente um negócio único, sendo único, se é típico ou atípico. O negócio misto, por definição e natureza, é atípico, contrariamente ao negócio indirecto¹³¹⁵. A aparente heterogeneidade que decorre de o fim real perseguido pelas partes não corresponder aos fins do negócio típico adoptado revela uma formação negocial homogénea e dominada pela tipicidade do esquema adoptado.

2.5 O negócio indirecto e o negócio abstracto

O questionamento sobre a eventual proximidade entre negócio indirecto e negócio abstracto deriva de uma certa tendência em considerar que o negócio indirecto representa uma utilização formal do negócio típico celebrado, em que o fim pretendido pelas partes, diverso da função típica do modelo legal firmado, desempenha o papel de *função de adaptação*¹³¹⁶.

¹³¹² LA LUMIA refere-se expressivamente ao negócio misto como o negócio que é erigido “*com materiais de construção fornecidos pela lei*” – cfr. *apud* ORLANDO DE CARVALHO, na ob. cit. *Negócio Jurídico Indirecto...*, p. 79.

¹³¹³ Neste sentido, ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio Jurídico Indirecto...*, *op. cit.*, p. 91.

¹³¹⁴ Em sentido oposto, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS defende que o negócio indirecto é um negócio misto alterado, “*construído a partir de um tipo que é eleito como adequado a servir de base regulativa do negócio, mas que é modificado, que é adaptado, de modo a satisfazer o interesse das partes*” – cfr. do Autor *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pp. 545-546.

¹³¹⁵ *Vide*, neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, Parte I, Tomo I, p. 844, defendendo que no negócio jurídico indirecto utiliza-se uma figura contratual típica (só que) fora da sua função normal. E PEDRO PAIS DE VASCONCELOS sufraga outrossim esta ideia de tipicidade do negócio indirecto, em que o que há de atípico é o destino dado à sua função habitual – cfr. do Autor *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 548.

¹³¹⁶ Expressão de GRECO acolhida por ORLANDO DE CARVALHO, na sua ob. cit. *Negócio Jurídico Indirecto...*, p. 92.

Em rigor, a (possível) recondução aos negócios abstractos só pode-deve colocar-se a respeito de negócios patrimoniais. Esta afirmação, entendida *cum grano salis*, melhor se explica utilizando o exemplo de um negócio pessoal para demonstrar que o seu mais profundo sentido radica na circunstância de os negócios pessoais se cumprirem e esgotarem os seus efeitos na realização da sua função típica. *Verbi gratia*, quando alguém adopta uma criança é com o intuito de a considerar filho. Este negócio não impede, todavia, que a decisão negocial não seja outrossim motivada por razões de ordem prática, como instituir a criança adoptada como herdeiro, mas este fim, diverso dos efeitos do tipo, não esvazia a função principal contida no modelo legal, antes se lhe junta ou mesmo antepõe psicologicamente e, nesse caso, não deixará de se entrar no campo dos negócios indirectos, como vimos *supra*.

Não podemos deixar de ter presente que, por definição, os negócios não patrimoniais são interpretados e integrados à luz da vontade real das partes, por sobreposição aos interesses gerais da contratação e às expectativas dos declaratórios, razão por que, ainda que motive as partes um fim não previsto no tipo, os efeitos a que estes negócios tendem estão contidos na vontade real. Os negócios de índole pessoal tenham ou não todos os seus efeitos circunscritos e esgotados na função típica principal ínsita ao tipo legal respectivo, são negócios que em si mesmos as partes querem celebrar e, quando à vontade real presidir um fito distinto da função típica, passa-se a fronteira para os negócios indirectos, mas não para os negócios abstractos, porque estes configuram, por natureza, negócios meramente formais, não causais, despidos de causa-função.

Já nos negócios patrimoniais, sim, é pertinente a reflexão sobre por onde passa a linha de separação dos negócios abstractos, porque os negócios patrimoniais não são negócios que em si mesmos as partes queiram firmar, antes os celebram tendo em vista os efeitos económico-jurídicos que operam. Por esta razão, aqui a lei já manda interpretá-los, sim, à luz da vontade real das partes, mas agora da vontade real com expressão na vontade declarada e subordinada aos princípios gerais dos negócios jurídicos e às expectativas dos declaratórios e dos interesses de terceiros dignos de tutela do Direito. Os negócios que pressupõem atribuições patrimoniais são adoptados porque correspondem ao mecanismo que a lei consagra para alcançar os efeitos jurídicos que as partes pretendem e, estes, sim, constituem, em si mesmos, a razão por que os sujeitos firmam o negócio. Também não pode identificar-se como fim em si mesmo o enriquecimento patrimonial que estes negócios permitem. Ele não existe, *de per se*, como fim típico de um negócio patrimonial. Antes pressupõe uma intenção pre-ordenada a este fim mediato do enriquecimento patrimonial, ou seja, pressupõe uma intenção a ele dirigida enquanto efeito jurídico mediato. Intenção que a doutrina designa por *convénio de fim*¹³¹⁷ e, mais comumente, por *causa da atribuição*¹³¹⁸.

¹³¹⁷ ENNECCERUS, *apud* ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio Jurídico Indirecto...*, ob. cit., pp. 92-93.

¹³¹⁸ Cfr. ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio Jurídico Indirecto...*, op. cit., p. 93.

A doutrina não apresenta uma visão unívoca dos negócios abstractos. A lei civil alemã considera abstractos os negócios de disposição que impliquem um enriquecimento a favor de outrem, sendo que os doutrinadores vêem aqui uma abstracção de ordem material, na esteira da irrelevância para do Direito do *convénio de fim* nestes negócios¹³¹⁹. A doutrina italiana lança um olhar diferente sobre os negócios abstractos, ora percebendo-os como dotados relevantemente de causa ora como causalmente dotados de abstracção. Na incoerência e incompatibilidade das duas concepções, em Itália, os Autores chegam a proclamar como fim típico dos negócios abstractos a ausência desse típico fim, a sua essência de negócio como simples forma¹³²⁰.

Da ideia de negócio indirecto como aquele que apresenta uma causa em sentido meramente formal, nasce facilmente a ilusão de proximidade com o negócio abstracto. Mas não é correcta a percepção do negócio indirecto como modelo negocial que adultera a figura típica adoptada. O negócio indirecto aproveita, sim, os tipos que a lei predispõe, mas legitimamente, adoptando um tipo legal como um todo, enquanto unidade de sentido jurídico própria que é, e não meramente a sua moldura formal. O negócio indirecto preserva a causa do negócio típico adoptado e mantém o conteúdo funcional do tipo legal, por adaptação do fim indirecto (o fim realmente pretendido pelas partes) à função típica, a tal ponto que um negócio causal permanece causal mesmo depois de adoptado dentro de um esquema de negócio indirecto. Logo, negócios indirectos e negócios abstractos excluem-se reciprocamente.

2.6 O negócio indirecto e o negócio fiduciário

Alguma doutrina questiona ainda os limites entre o negócio indirecto e o negócio fiduciário, embora se adiante, desde já, que não se vislumbra a presença da confiança (*fiducia*) na identificação dos *essentialia* do negócio-meio¹³²¹.

O negócio fiduciário, segundo a perspectiva romanista, parte da clássica ideia da *fides* do Direito Romano que legitima, tendo em vista certa finalidade económico-jurídica, um desproporcionado poder de abuso atribuído por uma à outra parte, a quem se transmite, em regra, a propriedade plena de um bem ou direito próprio. A desproporção reside no facto de o fiduciante transmitir o direito real por excelência ao fiduciário (*accipiens*) com um propósito que não justifica tão ampla transmissão, como subtrair um bem ao património do fiduciante para não responder

¹³¹⁹ Como nos dá nota ORLANDO DE CARVALHO no seu escrito *Negócio Jurídico Indirecto...*, *op. cit.*, pp. 93-94.

¹³²⁰ Explica ORLANDO DE CARVALHO, em *Negócio Jurídico Indirecto...*, *op. cit.*, p. 94.

¹³²¹ Um *equivoco*, como ORLANDO DE CARVALHO magistralmente explica na sua ob. cit. *Negócio Jurídico Indirecto...*, pp. 98 e segs..

pelas dívidas, sendo que como mecanismo de retransmissão existe apenas um *pactum fiduciae*, meramente obrigacional¹³²². A nota de desproporção entre meio jurídico empregue e fim económico pretendido, a incongruência entre o *mais* e o *menos*, apresenta-se como *essentialia* do negócio fiduciário, de acordo com a teoria romanista.

O negócio fiduciário de tipo germânico é totalmente diferente, não há sequer qualquer alusão doutrinária ao cotejo com o negócio indirecto e facilmente se compreende porquê. É que esta *fiducia* vai beber à figura clássica do direito alemão do *Salman*¹³²³ e, de acordo com este antigo instituto jurídico, ocorre uma transferência da propriedade, talqualmente na *fiducia* romanista, mas ao contrário do *pactum fiduciae*, meramente obrigacional, não garantindo, portanto, uma retransmissão, *ipso iure*; no modelo germânico, a transmissão é contrabalançada em total reequilíbrio com uma condição resolutiva que faz (re)ingressar no património do fiduciante o bem transmitido, uma vez realizada a função que as partes convencionaram. Na fidúcia germânica, inexistente, então, a confiança, no sentido próprio da *fides* do negócio fiduciário de tipo romanista.

A questionada proximidade entre negócio indirecto e negócio fiduciário só é, assim, ponderável na *fiducia* romanista, pela nota de desequilíbrio.

Contudo, não pode o negócio indirecto situar-se conceptualmente *paredes meias* com o negócio fiduciário, porque o negócio indirecto opera toda a (sua) funcionalidade perseguida pelas partes unicamente por intermédio do negócio típico adoptado, inexistindo, então, ao invés do que ocorre no negócio fiduciário, qualquer incongruência entre o fim económico (real, pretendido) e o fim jurídico (legal, típico). O negócio indirecto apresenta-se na plenitude da sua funcionalidade no aproveitamento dos elementos jurídicos do tipo legal; a *fiducia*, contrariamente, depende do elemento *metajurídico*¹³²⁴ da confiança, o que explica que nos negócios fiduciários os meios de coacção legal se afigurem insuficientes para atingir o resultado económico querido.

2.7 O negócio indirecto e o negócio simulado

A simulação corresponde às situações em que existe uma divergência intencional entre a vontade real e a vontade declarada pelas partes¹³²⁵. Há um negócio fictício que sob a sua aparência de

¹³²² Sobre a figura da *fiducia cum creditore*, consultar A. VIEIRA CURA, na ob. cit. *Fiducia cum creditore* e o que dissemos *supra* a respeito dos negócios fiduciários em geral capítulo III, secção II, ponto 4.2.

¹³²³ Vide ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio Jurídico Indirecto...*, op. cit., p. 99.

¹³²⁴ Na terminologia de REGELSBERGER, o Autor da teoria romanista da *fiducia*.

¹³²⁵ Em geral, sobre a figura da simulação, vide por todos LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Estudos sobre a Simulação*, ob. cit., *passim* e C. A. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pp. 471 e segs..

licitude, dissimula um outro ilícito que é o negócio verdadeiro, aquele que as partes realmente pretendem celebrar.

Entendido desta forma o processo simulatório, identifica-se um negócio não querido pelos sujeitos declarantes. Historicamente, a preocupação do Direito em que a real vontade corresponda à vontade declarada é uma conquista do direito moderno. É que no Direito Romano a arquitectura do negócio era gizada a partir da forma¹³²⁶ e era juridicamente irrelevante que o sentido da vontade divergisse do sentido da declaração. Hoje, o extremo oposto domina os sistemas jurídicos, com o princípio geral da produção dos efeitos jurídicos previstos pela lei dependente da seriedade da declaração negocial.

A simulação será absoluta se a divergência entre a vontade declarada e a vontade real dos declarantes não tiver por trás nenhum negócio querido e relativa se por trás do negócio fictício existir um outro dissimulado que corresponde ao que as partes queriam verdadeiramente celebrar¹³²⁷.

O problema da simulação radica no elemento negocial vontade que é um elemento fulcral na validade de todos os negócios jurídicos, atenta a concepção voluntarista de declaração negocial hodiernamente acolhida pelo Direito¹³²⁸. No negócio simulado, é usual haver *contra-declarações*, nas quais os declarantes vertem a sua vontade real, salvaguardando a verdade prática e o resultado económico-jurídico que pretendem pôr em marcha. Ora, no negócio indirecto, não há verdade económica e verdade jurídica. A verdade é uma só e encontra-se plasmada nas declarações que os sujeitos emitem. E a vontade real que se situa no fim que as partes realizam (de modo indirecto e necessariamente a partir do negócio típico declarado querido) não é estranha à vontade vertida nas declarações de vontade. Os declarantes querem mesmo o negócio típico adoptado, seja porque ele é o meio para atingirem o fim pretendido, seja porque o fim real integra a função típica que a lei associa ao modelo negocial firmado, embora a *transcenda*, no sentido de o fim mediato se situar para além das consequências jurídicas legais do negócio-meio, mas ainda na sua órbita, de modo que sem a verificação destas aquele nunca seria alcançado.

No negócio indirecto, portanto, ao contrário do que sucede no negócio simulado, as partes declaram querer celebrar o negócio típico adoptado e, apesar de (poder) ser seu intento introduzir-lhe alterações, elas querem, de facto, realizar a formação negocial declarada em toda a sua extensão caracterizadora, incluindo a sua função legalmente determinada. Pode imageticamente

¹³²⁶ Como expõe ORLANDO DE CARVALHO, na sua ob. cit. *Negócio Jurídico Indirecto...*, p. 113.

¹³²⁷ Cfr. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, ob. cit., pp. 473-474.

¹³²⁸ Neste sentido, ORLANDO CARVALHO, no seu escrito *Negócio Jurídico Indirecto...*, ob. cit., p. 113, vê harmonia entre a declaração “*fundamentalmente voluntarista*” e a “*teoria da divergência entre a vontade real e a vontade declarada*”.

dizer-se que o negócio-meio funciona como trampolim de acesso, porventura, às motivações psicológicas em que realmente se apoia a decisão de contratar, sendo que esta determinação económica não pode ser desligada da determinação jurídica pela qual se lhe acede. A vontade dos sujeitos é dirigida ao negócio indirecto com exclusão de qualquer determinação jurídica que lhe seja estranha. Nesta medida, o negócio típico é o *rio* e a determinação jurídica de o realizar na plenitude da sua funcionalidade legal determinada assemelha-se a uma *ponte* que existe para fazer a transposição para a *margem* onde se situa o fim indirecto, mediato, a função económico-jurídica perseguida pelas partes.

E a resposta de sim ou não sobre o *querer* das partes quanto à função típica do negócio declarado traça nitidamente a fronteira entre o negócio indirecto e o negócio simulado.

Quer-se, de facto, pôr em acção o negócio-meio e todos os efeitos que a lei determina para o modelo negocial declarado, no negócio indirecto, porque sem eles o fim mediato realmente pretendido pelas partes é-lhes inacessível. Na simulação, só se persegue a função própria do negócio dissimulado.

Do que ficou dito, cumpre assinalar que os negócios indirectos, em regra, são válidos não se assinalando nos seus *essentialia* nem a intenção de prejudicar terceiros própria da simulação absoluta, nem a *fraus legis* que acompanha, por natureza, o negócio simulado, nem outro intuito *contra legem* ou subversivo da disciplina do negócio típico adoptado (do negócio indirecto).

3. Da simulação

3.1 Enquadramento

A simulação corresponde à mais importante e complexa das divergências entre a vontade real e a vontade declarada e é tratada pelo Código Civil nos artigos 240.º a 243.º.

Um negócio jurídico diz-se simulado quando existir divergência entre a vontade negocial e a vontade real do declarante e ela for resultado de um acordo prévio entre este e o declaratário, com o propósito de enganar terceiros (n.º 1 do artigo 240.º CC).

A doutrina¹³²⁹, à luz desta noção, defende ser necessária a verificação cumulativa de três pressupostos que para que possa falar-se de negócio simulado: (i) a intencionalidade na divergência entre a vontade real e a declarada, (ii) o acordo de simulação (*pactum simulationis*)

¹³²⁹ Por todos, MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *op. cit.*, p. 472 e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, *ob. cit.*, p. 227.

e (iii) o intuito de enganar terceiros¹³³⁰ (sendo que o *animus decipiendi* não significa nem é confundível com o intuito de prejudicar – *animus nocendi*¹³³¹).

Na simulação, está sempre presente a intenção de enganar terceiros, mas o negócio simulado pode ser *fraudulento* ou *inocente*, conforme exista ou não, para além da intenção de enganar, o propósito de prejudicar outrem (artigo 242.º, n.º 1, parte final, CC). Isto é, se as partes se determinarem a celebrar um negócio simulado apenas com *animus decipiendi*, a simulação será *inocente*. Se ademais desta intenção, as partes tiverem *animus nocendi*, então a simulação diz-se *fraudulenta*¹³³².

Noutro prisma, se o *pactum simulationis* se dirigir à celebração jurídico-formal de certo negócio, mas não querendo as partes firmar nem este nem qualquer outro, a simulação diz-se absoluta. Nos casos em que o negócio simulado encobre outro negócio, dito dissimulado (o negócio realmente querido pelas partes), a simulação diz-se relativa¹³³³.

A intencionalidade da divergência entre vontade e declaração consiste na consciência que o declarante tem de emitir uma declaração negocial que não corresponde à sua vontade real. O que significa que o declarante *sabe e quer* que a declaração negocial por si emitida se desvie da sua vontade real. Na simulação, a divergência de vontades (real e negocial) é querida, livre e intencional. E procede de concerto entre declarante e declaratário, no sentido de *conluio*¹³³⁴, *mancomunação*¹³³⁵.

O negócio simulado é nulo, *ex vi* do n.º 2 do artigo 240.º CC, segundo o velho brocardo latino “*colorem habet, substantiam vero nullam*”. Enquanto na simulação absoluta, a nulidade destrói todo o esquema negocial, pois por trás do negócio simulado não há *mais nada*; já

¹³³⁰ Ensina MOTA PINTO que pode haver “*erro sobre a necessidade da simulação para conseguir os objectivos visados*”, mas essa “*circunstância não exclui a qualificação do acto como simulado*” – cfr. a ob. cit de referência do Autor *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 472.

¹³³¹ Também a jurisprudência sublinha esta diferença entre *animus decipiendi* e *animus nocendi*. Cfr., por todos, Ac. STJ, de 20 de Março de 2014, Proc. n.º 4867/06.0TBVLG.P1.S1 (disponível em www.dgsi.pt), em que podemos ver a assertividade da fundamentação, quando diz que “*Como todos sabemos, para haver simulação é necessário que a divergência entre a declaração e a vontade das partes resulte de um «acordo» entre elas e que tenha como objectivo «enganar terceiros» (eventualmente, «prejudicar» terceiros; mas, necessariamente e pelo menos enganar) – cfr. por todos, o acórdão deste Supremo Tribunal de 25 de Março de 2010 (...), proc. n.º 983/06.7TBBGR.G1.S1*”.

¹³³² Cfr. MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *op. cit.*, pp. 472-473, em que nos diz que a simulação inocente será rara e aponta como exemplos “*doações simuladas com um fim de ostentação, vendas aparentes em vez das reais doações para não incorrer o doador no ressentimento de pessoas que aspiravam à sucessão do doador, embora não sejam herdeiros legítimos*”.

¹³³³ Vide MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *op. cit.*, pp. 473-474.

¹³³⁴ Na expressão de MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, vol. II, *op. cit.*, p. 169.

¹³³⁵ Como qualifica GALVÃO TELLES, em *Manual dos Contratos em Geral*, ob. cit., p. 149.

a simulação relativa¹³³⁶ coloca o problema do valor do negócio jurídico dissimulado. O regime do negócio dissimulado consta do artigo 241.º CC. O n.º 1 deste preceito manda aplicar ao negócio dissimulado o regime que lhe caberia se não houvesse simulação. O n.º 2 trata do negócio dissimulado formal e determina que este só será válido se na celebração do negócio simulado tiver sido observada a forma exigida para o negócio realmente querido pelas partes.

O artigo 241.º CC contém duas premissas essenciais para a resposta à questão do tratamento do negócio dissimulado. Em primeiro lugar, dele resulta que a simulação não prejudica o valor do negócio dissimulado (n.º 1, *in fine*). E em decorrência, e em segundo lugar, o negócio dissimulado será válido ou inválido, eficaz ou ineficaz, *de per si*, em função dos seus *essentialia*, despido da simulação¹³³⁷. O n.º 2 acrescenta que “*Se, porém, o negócio dissimulado for de natureza formal, só é válido se tiver sido observada a forma exigida por lei*”. Cumpre, *sic*, interpretar esta estatuição normativa à luz das proposições enunciadas, emergentes do artigo 241.º CC. O n.º 2 da norma encontra o seu sentido útil nas razões doutrinárias e históricas que justificaram a opção do legislador pela sua inclusão no texto do artigo 241.º CC – porque, *prima facie*, a lei parece um tanto redundante ao fazer depender a validade do negócio dissimulado formal da observância das exigências de forma (n.º 2), depois de estabelecer que o negócio dissimulado vale por si só (n.º 1). Consabidamente, a apreciação da validade e eficácia dos negócios formais pressupõe necessariamente a verificação do respeito pela forma exigida por lei¹³³⁸.

Os trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966 documentam¹³³⁹ quão veementemente a doutrina defendeu a inclusão deste n.º 2 no artigo 241.º CC, com o argumento de que a matéria

¹³³⁶ Diz MOTA PINTO, *Teoria Geral...*, *op. cit.*, pp. 473-474: “*Enquanto o negócio simulado é nulo, e na simulação absoluta se não põe mais nenhum problema, na simulação relativa surge o problema do tratamento a dar ao negócio dissimulado ou real que fica a descoberto com a nulidade do negócio simulado*”.

¹³³⁷ Regime que melhor podemos apreender com os ensinamentos de MOTA PINTO, na sua *ob. cit. Teoria Geral...*, pp. 478-480.

¹³³⁸ Para mais desenvolvimentos sobre o sentido *útil* e a razão da opção legislativa da inclusão do n.º 2 no artigo 241.º CC, *vide*, por todos, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Estudos sobre a simulação*, *ob. cit.*, pp. 30 e segs., em que o Autor começa por enunciar que o tratamento que o n.º 2 reserva “*ao negócio dissimulado formal sugere, numa primeira leitura, um desvio em relação ao regime geral que conteria no seu n.º 1, mas este é mais aparente do que real*”. É que “*o n.º 2 do art.º 241.º (...) ao condicionar a validade do negócio dissimulado formal à observância da forma exigida por lei, dir-se-ia, agora, não acrescentar ele nada de novo ao regime já fixado no n.º 1. Na verdade, ajuizar o valor do negócio dissimulado formal segundo o seu próprio «mérito», quanto ao requisito da forma, não pode deixar de envolver a verificação de ter ou não «sido observada a forma exigida por lei*”.

¹³³⁹ Cfr. RUI DE ALARCÃO, *Simulação. Anteprojecto para o Novo Código Civil*, in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 84, pp. 308 e segs..

da forma é o vício em que mais se reflecte a simulação e se revela o *pactum simulationis*. Os jus-pensadores, à época¹³⁴⁰, criam que nos casos em que o negócio dissimulado se bastasse com documento particular seria mais fácil a simulação, pois não resultava prejuízo algum para os simuladores da não observância das exigências de forma em relação ao negócio simulado formal. Com negócio dissimulado consensual, tudo se torna mais fácil para os simuladores, podendo celebrar o negócio real autonomamente, sem pôr em causa a discrição desejável em matéria de simulação. Esta questão é destarte significativa sobretudo nos casos em que a lei exige a formalização do negócio com documento autêntico ou autenticado.

No plano das razões históricas que conduziram o legislador de 1966 a *sentir necessidade* de regular os negócios dissimulados formais em preceito normativo isolado, aponta-se a circunstância de, ao tempo do Código de Seabra, haver sérias divergências doutrinárias e jurisprudenciais em torno da questão do valor destes negócios¹³⁴¹. As orientações eram de tal modo discordantes que *vindicaram* a prolação do Assento do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de Julho de 1952 para uniformizar o entendimento sobre o valor do negócio dissimulado formal. Nos seus termos¹³⁴², “*anulados os contratos de compra e venda de bens imóveis e de cessão onerosa de créditos hipotecários que dissimulavam doações, não podem estas considerar-se válidas*”.

O tema foi ponderado na preparação do Código Civil de 1966¹³⁴³, sendo o n.º 2 do artigo 241.º a manifestação do intento do legislador em clarificar a matéria¹³⁴⁴.

¹³⁴⁰ CARVALHO FERNANDES concorda e subscreve também a visão segundo a qual há mais (propensão para) acordos simulatórios nos negócios formais, anotando na sua *op. cit. Estudos sobre a simulação*, p. 31, que “*muito embora o negócio dissimulado possa ser atingido por vícios de múltiplas modalidades (...), é de apreensão imediata ser a matéria de forma – nos negócios formais, já se vê – aquela onde mais se projecta a incidência do acordo simulatório*”.

¹³⁴¹ *Vide*, por todos, MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pp. 478-480.

¹³⁴² Cfr. o texto integral do Assento *in* «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 32, pp. 258 e segs..

¹³⁴³ Para mais desenvolvimentos sobre o sentido das reflexões em torno da simulação vertidas nos trabalhos preparatórios do Código Civil, *vide* RUI DE ALARCÃO, *Simulação. Anteprojecto para o Novo Código Civil*, ob. cit., BMJ, n.º 84, pp. 308 e segs..

¹³⁴⁴ Porém, diz-nos CARVALHO FERNANDES que o legislador fracassou no seu propósito de resolver as divergências doutrinárias sobre o valor do negócio dissimulado formal, “*porquanto o debate se reacendeu após a entrada em vigor do Código [Civil de 1966], dividindo-se mais uma vez a doutrina entre os que sustentam a validade e a nulidade da doação dissimulada por compra e venda, sendo ambos negócios formais*” – cfr. ob. cit. do Autor *Estudos sobre a simulação*, p. 32. Concretiza, em seguida, dizendo: “*alguns autores vêem consagrada no art.º 241.º, n.º 2, a solução do Assento de 1952, enquanto outros defendem a posição oposta*”. Nos primeiros, conta-se MOTA PINTO, como podemos ler na sua ob. cit. *Teoria Geral do Direito Civil*, pp. 479-480; no segundo grupo, estão PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, como resulta da anotação ao artigo 241.º CC, na sua ob. cit. *Código Civil Anotado*, p. 228.

3.2 Tutela de terceiros

Regem os artigos 242.º e 243.º CC a questão da tutela de terceiros em face de um negócio simulado e, relativamente ao pacto comissório, este é um tema da maior importância, na perspectiva da tutela legal dos demais credores do devedor que o artigo 694.º CC (também) comporta¹³⁴⁵.

O primeiro daqueles preceitos, sob a epígrafe “*Legitimidade para arguir a simulação*”, não apresenta qualquer particularismo quanto ao conceito de terceiros interessados na prova da simulação¹³⁴⁶. Ocupa-se da arguição do *pactum simulationis* pelos próprios simuladores entre si (n.º 1) e pelos herdeiros legitimários do simulador que os quis prejudicar com o acto (simulado) de disposição patrimonial (n.º 2). O artigo 242.º CC, com a salvaguarda inicial “*Sem prejuízo do disposto no artigo 286.º*”, limita-se a precaver um cenário eventual de aplicação do regime geral da nulidade, pelo que quanto à legitimidade de terceiros para invocar a simulação de certo negócio, considerando que o negócio simulado é nulo (n.º 2 do artigo 240.º CC), vale a regra geral do artigo 286.º CC – para o qual o artigo 242.º CC remete expressamente – e que determina que “*A nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode ser declarada oficiosamente pelo tribunal*”. Do artigo 242.º CC, e em especial da remissão para o artigo 286.º CC, resultam duas notas a reter: por um lado, dele emerge a legitimidade de terceiros na arguição da simulação e, por outro, que apenas os terceiros com interesse na invocação¹³⁴⁷ poderão invocar o *pactum simulationis*.

Na simulação absoluta, a destruição do negócio por interferência de um terceiro interessado que tenha desvendado existir um acordo simulatório não oferece dificuldades, pois, na verdade, por trás do negócio simulado não existe qualquer outro e, portanto, a declaração de nulidade

¹³⁴⁵ Como vimos *supra* a propósito das várias teses sobre a *ratio* da norma que proíbe o pacto comissório – cfr. capítulo I, secção II.

¹³⁴⁶ *Terceiros para efeitos de simulação*, explica MOTA PINTO, é conceito “*normalmente, definido de forma a abranger quaisquer pessoas, titulares de uma relação, jurídica ou praticamente, afectada pelo negócio simulado e que não sejam os próprios simuladores ou os seus herdeiros (depois da morte do «de cuius»*)” – cfr. ob. cit. do Autor *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 481.

¹³⁴⁷ Clarifica MOTA PINTO, quanto a dúvidas sobre a legitimidade dos herdeiros legitimários para arguir a simulação, ainda em vida do simulador, “*para proteger a sua expectativa, em vida do próprio hereditando*”. Ora, essas dúvidas ou “*dificuldades são resolvidas pelo artigo 242.º, n.º 2, que, na linha do Assento de 19 de Dezembro de 1941, estabelece a doutrina segundo a qual os herdeiros forçosos podem agir em vida do autor da sucessão contra os negócios por ele simuladamente feitos «com o intuito de os prejudicar»*”, sendo que “*a disposição referida não deve ser aplicada por analogia à hipótese de o acto simulado, embora sendo fonte de graves prejuízos, não ter sido praticado com o intuito de lesar os legitimários*” – cfr. ob. cit. do Autor *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 482.

terá por efeito a reposição da situação tal como existia antes da celebração do negócio (n.º 1 do artigo 289.º CC e artigo 286.º CC para o qual, vimo-lo, remete o próprio artigo 242.º CC).

Na simulação relativa, o problema dos efeitos da declaração de nulidade adensa-se, quer porque existe um negócio real sob a capa do simulado¹³⁴⁸ (destruído com a declaração de nulidade) quer porque se coloca ainda a questão das consequências da possível validade do negócio dissimulado, *de per si*, por força da parte final do n.º 1 do artigo 241.º, CC.

Em sede de pacto comissório, na prática, a simulação assume fundamentalmente a modalidade de simulação relativa¹³⁴⁹, pois, querendo as partes, de facto, celebrar aquele pacto – que a lei proíbe e sanciona também com nulidade, nos termos do artigo 694.º CC –, podem tentar *contornar* a proibição por meio da celebração formal de outro negócio translativo¹³⁵⁰ plenamente válido e eficaz¹³⁵¹. A ocultação do pacto comissório, realizar-se-á, então, por intermédio de negócio com efeitos translativos e, mais do que isso, negócio, externamente, aos olhos de terceiros, capaz também de fazer crer que a função prática querida pelas partes é a função típica e legalmente produzida.

Naturaliter que descoberta a simulação, sendo o negócio real um pacto comissório, o problema dos efeitos do negócio dissimulado não se coloca, porque o negócio oculto é também ele nulo (artigo 694.º CC). Todavia, a questão já será pertinente para quem¹³⁵² admita a licitude de certos tipos de pactos comissórios (*verbi gratia* o pacto marciano¹³⁵³) e outrossim nos casos em que o negócio dissimulado corresponda jurídico-formalmente a um negócio válido, ficando o pacto comissório longinquamente remetido para os *fins mediatos* ou para a esfera, ainda mais distante,

¹³⁴⁸ Sobre as diferentes posições doutrinárias relativamente à validade ou nulidade dos negócios dissimulados formais, *vide* LUÍS A. CARVALHO FERNANDES *Estudos sobre a simulação*, ob. cit., pp. 33 e segs..

¹³⁴⁹ E, dentro desta, sobretudo na forma de *simulação de preço*. Cfr. a este propósito a posição de MOTA PINTO que defende a validade do negócio dissimulado na hipótese de *simulação de preço*, ao arremetimento da sua posição de fundo contrária, em princípio, à validade dos negócios dissimulados. Para mais desenvolvimentos, *vide op. cit.* do Autor *Teoria Geral do Direito Civil*, p. 480.

¹³⁵⁰ A tão discutida, doutrinal e jurisprudencialmente, hipótese prática de *doação dissimulada por compra e venda* – cfr. a este propósito, por todos, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Estudos sobre a simulação*, pp. 32 e segs. –, relativamente ao pacto comissório, na prática, será também comum, só que o negócio oculto será o próprio pacto, em lugar da doação. E então, será *pacto comissório dissimulado por compra e venda*.

¹³⁵¹ Como magistralmente anota ORLANDO DE CARVALHO, “*os simuladores vão fingir este ou aquele acto jurídico consoante é mais ou menos capaz de permitir a produção normal dos efeitos do acto querido*” – cfr. do Autor *Negócio Jurídico Indirecto*, *op. cit.*, p. 117.

¹³⁵² Como nós e que corresponde, aliás, à doutrina dominante, embora não unânime, como logo dá conta, por exemplo, ISABEL ANDRADE DE MATOS, no seu *O Pacto Comissório...*, ob. cit., pp. 83 e segs..

¹³⁵³ Sendo que também não é doutrinariamente pacífico o entendimento do pacto marciano como *modalidade* do pacto comissório, como vimos *supra* no capítulo I, secção III, ponto 2. e no capítulo II (e também nota anterior). A referência em texto ao pacto marciano como subtipo do pacto comissório – e sendo certo que corresponde à nossa posição nesta matéria – surge, sem a devida ressalva do debate doutrinário, por razões de agilidade expositiva.

das *motivações psicológicas* da decisão negocial¹³⁵⁴. E como, por vezes, é difícil demonstrar a existência do acordo simulatório¹³⁵⁵, a prova pode ser mais fácil se se evidenciar a simulação de preço¹³⁵⁶, por exemplo, numa compra e venda ou numa venda *a retro* que na verdade encubram pacto comissório. Razão por que a simulação relativa pode aproveitar a terceiros (credores)¹³⁵⁷. Retomando a hipótese de simulação de valor, simulado o preço da venda para encobrir uma transmissão com fim de garantia, a alienação pode considerar-se válida e subsistir, nessa medida, o negócio dissimulado¹³⁵⁸. Mas provado, por exemplo, que se tratou de uma transmissão a título gratuito, um credor (terceiro) mais facilmente conseguirá reagir contra o acto de disposição patrimonial do devedor, desde logo, lançando mão da impugnação pauliana (artigos 610.º e seguintes, CC)¹³⁵⁹. Na simulação relativa, dizíamos, a validade do acto dissimulado pode não extinguir o interesse do terceiro credor em alegar a nulidade do negócio simulado¹³⁶⁰. Nos

¹³⁵⁴ Irrelevantes, doutrina ORLANDO DE CARVALHO, que afirma que “*o fim ulterior não pode relevar com autonomia própria no seio do negócio realizado*” – cfr. *op. cit.* do Autor *Negócio Jurídico Indirecto*, pp. 128-129. O insigne Professor pronuncia-se em abordagem à figura do negócio indirecto, mas que ele situa a *percorrer o desfiladeiro* à beira (do precipício) da simulação relativa e que “*atravessou incólume*” (p. 118). Do seu riquíssimo pensamento emerge a ideia predita de recondução das motivações psicológicas para fora dos limites da ponderação do julgador se não tiverem expressão na causalidade jurídica, mas de *simples causalidade psicológica* (p. 119). E apresenta até como exemplo a venda em garantia, dizendo que o *pactum fiduciae* é irrelevante, no sentido de não se lhe (dever) reconhecer autonomia própria, no seio do negócio realizado, porque a natureza fiduciária da garantia (*causa fiduciae*) “*como se encontra desprovida do seu conteúdo funcional, não pode ter, no negócio típico onde se insere, uma função jurídica*” (p. 129). Vale isto por dizer da irrelevância, por si só, do fim indirecto que psicologicamente determinou as partes a realizar o negócio se ele decorrer da produção normal, típica e necessária dos efeitos do negócio celebrado. Numa outra hipótese prática, de adopção com o objectivo de instituir o adoptado como herdeiro, o Mestre reforça que “*pondo de lado o problema da fraude (...), os fins de instituição de herdeiro vêm a produzir-se «necessariamente» com produzir-se a adopção, e sem esta se produzir, em concreto, eles não podem ter lugar*” (p. 129). Donde “*não há um perigo especial, de modo a justificar, para o fim indirecto, uma disciplina especial nos possíveis desenvolvimentos anormais da relação*” (p. 129).

¹³⁵⁵ Sobre o problema da prova da simulação pelos simuladores e da interpretação do n.º 2 do artigo 394.º CC, vide, por todos, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, *Estudos sobre a simulação*, ob. cit., pp. 45 e segs. e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, ob. cit., pp. 343-344.

¹³⁵⁶ A simulação de preço é um caso em que a doutrina entende que o negócio dissimulado se pode considerar válido pelo preço real – cfr. LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Estudos sobre a simulação*, ob. cit., pp. 86-87 e MOTA PINTO *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., p. 480 (vide ainda nota 1349).

¹³⁵⁷ Vide, por todos, MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, ob. cit., pp. 484-487.

¹³⁵⁸ Cfr. penúltima nota.

¹³⁵⁹ É que se um “*ato oneroso só está sujeito à impugnação pauliana se o devedor e o terceiro tiverem agido de má fé*”, estabelece-se no primeiro segmento do n.º 1 do artigo 612.º CC, já “*se o ato for gratuito, a impugnação procede, ainda que um e outro agissem de boa fé*”, manda a segunda parte da norma.

¹³⁶⁰ Como expõe LUÍS CARVALHO FERNANDES, na sua ob. cit. *Estudos sobre a simulação*, pp. 86-87. O Autor descreve expressivamente a hipótese prática de simulação de preço, em que o preço real é superior ao preço declarado. E explica que terceiros-credores podem ter interesse na arguição da nulidade do negócio simulado, apesar da validade do negócio dissimulado, se o preço “*não estiver ainda pago e eles pretenderem obter penhora do correspondente direito*”. E segue, dizendo que também “*poderão ter interesse em destruir o negócio falso no caso de simulação da natureza do acto: fingida a venda de coisa móvel para encobrir doação, é certo que*

exemplos, o credor pode ter interesse na procedência da arguição da simulação para que fique claro que na sede legal do negócio dissimulado tem direito a exercer as suas prerrogativas como credor. Num quadro de ilusão da proibição do pacto comissório, através da celebração de compra e venda com preço declarado *simbólico*, terceiros-outros-credores daquele devedor-alienante poderão ter interesse, para lá da subsistência da venda pelo preço real, na arguição da nulidade do acto simulado, por exemplo, para (reforço das perspectivas de) realizar o seu crédito: com a diferença de preço, desde logo. Aliás, o cenário de simulação de preço afigura-se nos idílico para *atravessar incolumemente o desfiladeiro* do artigo 694.º CC. Pelo lado da impugnação pauliana, um negócio translativo oneroso dificulta, e muito, a destruição do acto, como enunciámos, porque o artigo 612.º CC exige a prova da má-fé das partes (n.º 1), apesar de, para o efeito, má-fé é, diz a lei “*consciência do prejuízo que o ato causa ao credor*” (n.º 2). Por banda da *simulatio*, a mera simulação de preço torna praticamente inatacável a transmissão. Podendo o devedor-vendedor dispor do bem e querendo ele e o credor-comprador realizar a compra e venda, de nada adiantará ao terceiro-outro-credor do alienante invocar a ocultação do valor real, pois o negócio, em princípio, será válido, pelo preço verdadeiro, vimo-lo já¹³⁶¹.

Nas hipóteses de simulação relativa em que o negócio dissimulado é inválido, importa distinguir se é anulável ou nulo. Resposta importante na perspectiva de saber se a simulação pode interferir com o regime de arguição da invalidade do negócio realmente querido pelas partes. Esta dúvida pode ter implicações quer em relação ao prazo de invocação da invalidade quer no que respeita à legitimidade activa. Estas questões são importantes, desde logo, no caso de negócios dissimulados anuláveis pois de acordo com o regime geral da anulabilidade (artigo 287.º CC), o prazo de invocação é de um ano a contar da cessação do vício e só pode ser invocado pelas pessoas em cujo interesse a lei o estabelece. O problema do prazo colocar-se-á apenas se for reconhecida legitimidade para arguir a anulabilidade do negócio oculto a terceiro interessado na declaração de nulidade da simulação. Por outras palavras, o que se indaga é saber se os (mesmos) terceiros interessados e (por tal) legitimados para invocar a nulidade da simulação também podem reagir contra o acto dissimulado, ainda que essa legitimidade lhes seja negada pelo regime geral do vício que o afecta. E o n.º 1 do artigo 241.º CC aponta para

a alienação subsiste, mas provada a doação é mais fácil ao credor atacar o acto por recurso à impugnação pauliana”.

¹³⁶¹ A ponderação vertida analisa o tema do estrito ponto de vista da simulação (cfr. nota 1356). E não equaciona a fraude à lei (artigo 280.º CC) e a invalidação por aplicação directa do artigo 694.º CC – que pairam permanentemente em todas as hipóteses de *passagem a pé enxuto* pelo mar de razões de ser da proibição do pacto comissório.

um não, atendendo a que remete para a averiguação da validade do negócio dissimulado à luz do seu regime próprio e autónomo.

Assim, no atinente ao valor do negócio dissimulado, a procura faz-se somente no domínio privativo da sua disciplina. Portanto, nos casos em que o acto pretendido pelas partes for anulável, a legitimidade para a arguição da invalidade, prazo e demais questões relativas ao vício são reguladas pela disciplina geral da anulabilidade e pelo regime do tipo negocial *in casu*¹³⁶². Quando o acto dissimulado for um pacto comissório, a invalidade em causa é a nulidade, pelo que a sua invocação pode ser feita “*a todo o tempo*” e “*por qualquer interessado*” (artigo 286.º CC, por remissão expressa da primeira parte do n.º 1 do artigo 241.º CC).

Uma das motivações típicas da simulação relativa é a de afastar o regime legal menos favorável do negócio dissimulado, sem que se interponham quaisquer obstáculos de admissibilidade do acto: as partes tanto podiam ter celebrado o negócio real como o simulado. O exemplo paradigmático é o de doação a um filho dissimulada por compra e venda, com o objectivo de proteger o donatário da colação ou para dificultar (quando não impedir) a procedência de uma impugnação pauliana. Noutros casos, as partes determinam-se à celebração de um negócio real encoberto pelo simulado com o propósito de obter com o acto simulado o efeito jurídico que não conseguiriam com o dissimulado. Exemplo desta situação será o de as partes, querendo encobrir um pacto comissório, por não ser legalmente admissível (artigo 694.º CC), firmarem outro negócio válido que lhes permita, de igual modo, operar a transmissão do objecto da garantia para o credor, no caso de o devedor incumprir.

Nestas situações – e reportando-nos aos exemplos apresentados –, a tutela legal dos outros filhos – na hipótese de doação dissimulada por compra e venda – e dos outros credores – no caso de pacto comissório encoberto por outro tipo contratual válido – postula que a própria lei lhes reconheça legitimidade para demonstrar a existência da simulação para assim poderem evidenciar a natureza dissimulada do negócio que as partes formalmente celebraram, impondo-se outrossim que lhes seja possível interferir no negócio real, por intermédio da (legitimidade para) invocação do vício de que enfermam as declarações negociais. E o que é importante sublinhar é que o interesse que se reconhece a estes terceiros não está relacionado com a simulação, pois existe mesmo que o negócio seja praticado sem simulação; razão por que é tutelado pela lei – no caso da compra e venda a filho sem consentimento dos demais, nos termos do n.º 2 do artigo 877.º CC; numa compra e venda, travestindo ou não um pacto comissório, quanto aos demais credores do vendedor-devedor, a legitimidade para impugnar o acto é-lhes

¹³⁶² É sempre necessário ter em conta também o próprio tipo negocial em causa, na medida em que por vezes, na sua disciplina, são derogados alguns aspectos do regime geral da invalidade.

atribuída nos termos do artigo 610.º CC e, no caso dos credores, perante um pacto comissório dissimulado, o seu interesse e legitimidade em atacar o negócio resulta dos termos conjugados dos artigos 694.º e 286.º CC.

3.3 Subadquirentes

Os subadquirentes com interesse na declaração de nulidade do negócio simulado serão as pessoas que adquiriram, gratuita ou onerosamente, do simulado alienante direito que incide sobre o bem que constitui o objecto do acto simulado. E o negócio celebrado entre ambos tanto pode ser posterior como anterior à simulação. A hipótese prática mais frequente corresponderá a negócios translativos do direito de propriedade, sendo certo que a questão da tutela do subadquirente também pode surgir a propósito de negócios que este celebre com o simulador transmitente para constituir direitos reais ou pessoais.

Nos negócios firmados já depois da simulação, o subadquirente tem interesse em destruir a aparência de legalidade do acto simulado, uma vez que a sua manutenção prejudica a eficácia do negócio celebrado por ele e, a não acontecer, remete-o para a posição jurídica de *adquirente a non domino*.

Nos negócios translativos da propriedade que o *subadquirente* celebrou antes do acto simulado, o interesse em arguir a invalidade por simulação reside no facto de a manutenção do negócio simulado poder consolidar um direito concorrente do seu.

Apenas se não reconhece interesse do terceiro subadquirente em anular o negócio simulado (anterior ou posterior ao negócio consigo celebrado) se o seu direito prevalecer sobre o direito adquirido pela simulação: porque, pela natureza dos direitos em causa, o direito do subadquirente é mais forte ou porque, por exemplo, o registou primeiro e, portanto, *prior in tempore, potior in iure*.

3.4 Credores

Também aqui os terceiros a quem se reconhece interesse em demonstrar a simulação de que está ferido o negócio de saída (simulada) de bens do património do devedor são os credores do simulado alienante, por forma a fazerem valer os seus direitos sobre o bem (aparentemente) alienado ou sobre a totalidade do património do devedor sem a subtracção do bem objecto do acto simulado.

Reconhecida aos credores legitimidade para invocar a simulação dos negócios fictícios do devedor que representem diminuição da garantia patrimonial, importa dilucidar ainda que

posição ocupam os titulares de créditos anteriores e posteriores à simulação; qual a posição, para este efeito, dos credores comuns e dos credores preferenciais e até que ponto qualquer negócio simulado que opere a saída de bens da esfera do devedor pode investir o credor na qualidade de *interessado* na declaração de nulidade do acto.

À primeira questão responde o n.º 1 do artigo 605.º CC, sendo certo que já nos termos do regime geral da nulidade (artigo 286.º CC) não poderia deixar de se reconhecer interesse e, nessa medida, atribuir legitimidade aos credores do devedor que praticasse acto de disposição patrimonial nulo, para reagir contra o negócio. De qualquer forma, a apontada norma referente à conservação da garantia patrimonial reitera a legitimidade. No que toca ao momento da constituição do crédito, o n.º 1 do artigo 605.º CC estabelece a sua irrelevância absoluta, determinando de modo expresso que tanto os credores com créditos mais antigos como os que titulam créditos mais recentes do que o negócio nulo celebrado pelo devedor têm legitimidade para arguir o vício. Nem poderia ser de outro modo. Em homenagem ao princípio geral da garantia patrimonial consagrado no artigo 601.º CC, para que o credor possa exercer os seus direitos sobre “*todos os bens do devedor*” exige-se que lhe sejam facultados meios legais para poder reagir contra um acto de diminuição patrimonial do devedor que sendo nulo, *summo rigore*, não operou a saída de qualquer bem da esfera jurídica deste.

A única exigência do n.º 1 do artigo 605.º CC para a legitimidade dos credores na arguição da nulidade dos actos praticados pelo devedor é que o credor tenha interesse na respectiva declaração de nulidade. E no apuramento deste interesse, o legislador optou por não o acantonar aos casos de produção ou agravamento da insolvência do devedor, ao prever na parte final da norma que “*não...[é]...necessário que o ato produza ou agrave a insolvência do devedor*”. Basta que o credor tenha “*interesse na declaração de nulidade*” (artigo 605.º, n.º 1, CC). A doutrina aponta vários exemplos em que este interesse pode emergir.

MANUEL DE ANDRADE entende que este interesse pode derivar da maior dificuldade que o credor tenha em pagar-se pelo valor do restante património, por exemplo, pela natureza ou localização dos bens, como pode derivar do simples receio de insuficiência patrimonial do devedor depois de ter alienado determinado bem¹³⁶³.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA¹³⁶⁴ apontam que este interesse coincide com o critério de legitimidade processual dado pelo artigo 30.º CPC¹³⁶⁵. Portanto, definido em função daquele critério o interesse que o artigo 605.º, n.º 1, CC consagra em arguir a nulidade dos actos

¹³⁶³ Cf. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, *op. cit.*, vol. II, p. 204.

¹³⁶⁴ Cf. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, *op. cit.*, vol. I, pp. 621-622.

¹³⁶⁵ Os Autores referem-se ao artigo 26.º da lei de processo então em vigor e que corresponde ao artigo 30.º do Código de Processo Civil em vigor desde 1 de Setembro de 2013.

praticados pelo devedor, deve reconhecer-se existir interesse por parte dos credores para os quais advenha uma utilidade prática da destruição do negócio celebrado pelo devedor.

Com a inscrição expressa da desnecessidade de que o acto praticado pelo devedor produza ou agrave a sua insolvência para que ao credor se reconheça interesse e legitimidade para invocar vício que fira os negócios nulos celebrados pelo devedor, o artigo 605.º CC acolheu a posição de VAZ SERRA, de acordo com a qual a lei não deveria cercear ao credor os mecanismos de reacção contra os actos nulos praticados pelo devedor, sublinhando particularmente os negócios simulados¹³⁶⁶.

A nossa lei civil acolhe o entendimento de que não deve permitir-se que o credor tenha de correr o risco de assistir impotente à diminuição da sua garantia patrimonial. Se o negócio celebrado pelo (seu) devedor representa um enfraquecimento da garantia geral, deve ser logo possível ao credor reagir contra esse acto. É que o valor e segurança do crédito são prejudicados necessariamente na exacta medida em que qualquer bem saia da esfera patrimonial do devedor. Importa sublinhar ainda que para que o credor se considere *interessado* na declaração de nulidade do negócio simulado, basta que o prejuízo para os seus direitos creditícios exista objectivamente, não exigindo a lei que subjectivamente o devedor tenha a intenção de prejudicar o credor com a simulação.

No que toca à posição dos diferentes tipos de credores, a questão prende-se, por um lado, com a extensão dos efeitos da declaração de nulidade e, por outro, a montante, (ainda) com o tema da legitimidade da arguição da simulação.

Declarado nulo o negócio (simulado, por exemplo), determina o n.º 2 do artigo 605.º CC *expressis verbis* que os efeitos da nulidade (artigo 289.º CC) aproveitam a todos os credores daquele devedor e não apenas àquele que tenha invocado o vício.

Quanto à legitimidade dos credores comuns, a resposta só pode ser *sim, podem invocar a simulação* – por tudo o que vem sendo dito. Já em relação aos credores preferenciais que tenham o seu crédito assegurado por uma garantia real, é pertinente perguntar-se se têm interesse na arguição da nulidade do negócio simulado, na medida em que os seus direitos como titulares de causas legítimas de preferência na realização dos seus créditos não sejam afectados pela venda dos bens sobre os quais recaia a garantia real. Parece sedutor o argumento de que os credores privilegiados não teriam a legitimidade consagrada no n.º 1 do artigo 605.º CC, por não se enquadrarem no requisito do interesse que a norma contém, uma vez que os direitos reais de garantia não são afectados pela alienação dos objectos respectivos. Mas não pode deixar de

¹³⁶⁶ Cfr. VAZ SERRA, *Responsabilidade patrimonial*, in «Boletim do Ministério da Justiça», n.º 75, pp. 150-151.

reconhecer-se interesse e, portanto, legitimidade aos credores beneficiários de garantias reais em invocar a nulidade dos negócios que o (seu) devedor pratique em simulação. *Primo*, porque o argumento falacioso de que as garantias reais não são afectadas pela alienação do respectivo objecto perde toda a consistência perante os casos em que o negócio simulado não tenha por objecto o bem sobre o qual incide a garantia real. Nestas hipóteses, como vimos, o legislador acolheu a orientação doutrinária, hoje pacífica, de que qualquer acto de diminuição patrimonial representa diminuição da garantia das obrigações. *Secundo*, desde logo à luz deste entendimento do pressuposto do *interesse*, deve reconhecer-se legitimidade aos credores privilegiados, por aplicação do n.º 1 do artigo 605.º, CC.

E outrossim se sublinha que o exacto sentido e alcance de uma garantia real mais não representa do que o direito de preferência no pagamento pelo valor do respectivo objecto. Pelo que factores como a depreciação do bem sobre o qual recai a garantia real, a perda ou deterioração deste ou a simples venda por baixo preço, podem resultar em que o valor obtido com a execução da garantia seja insuficiente para a realização integral do crédito do credor privilegiado. Quando tal acontece, o credor regressa ao plano dos credores comuns, em que concorre em igualdade com os demais, segundo a regra da *par conditio creditorum*, do n.º 1 do artigo 604.º, CC. E, portanto, também por esta razão, deve reconhecer-se *interesse* e legitimidade aos credores privilegiados para invocar a nulidade dos actos simulados de disposição patrimonial praticados pelo devedor.

3.5 Simulação e fidúcia

Dos argumentos esgrimidos pelos *negativistas*¹³⁶⁷, ressalta a indicação de que amiúde e facilmente se encontra a *fidúcia* dissimulada sob a aparência de plena validade e licitude dos negócios jurídico-formais adoptados pelas partes, segundo a perspectiva dos negócios fiduciários como negócios em que o fim realmente querido pelas partes contraria os efeitos jurídicos legalmente tipificados para o tipo contratual adoptado.

Destaca-se a tese de BELEZA DOS SANTOS para quem o *acto fiduciário* encerra, a um tempo, o contrato positivo de transferência de um direito, com causa determinada, e o acordo (*pactum fiduciae*) que o constrange¹³⁶⁸.

Ora, uma vez que o *pactum fiduciae* não é conhecido, não são devidamente acautelados os legítimos interesses de terceiros. Mas outrossim para o fiduciante pode resultar um sério prejuízo

¹³⁶⁷ Cfr. *supra* tese afirmativista e negativista sobre a admissibilidade dos negócios fiduciários no ordenamento jurídico português – capítulo III, secção II, pontos 4.2.6.1 e 4.2.6.2.

¹³⁶⁸ Como podemos ler em BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, vol. I, ob. cit., pp. 114-115.

dos seus interesses, na medida em que a eficácia meramente obrigacional do acordo fiduciário dificulta e limita os meios legais ao seu dispor para reagir contra uma utilização dos poderes do fiduciário diversa do fim em função do qual todo o negócio foi celebrado e querido pelas partes. Desde logo, o fiduciante vê coarctada a possibilidade de invocar perante terceiros os limites do exercício do direito que transmitiu ao fiduciário, pois, vimos, o princípio da tipicidade dos direitos reais só permite que o *pactum fiduciae* seja dotado de eficácia obrigacional (artigo 1306.º, n.º 1, CC).

Militando no sentido da vizinhança entre a fidúcia e a simulação, e da necessidade em destringer claramente uma da outra, a bondade do tópico sublinhado pelos *negativistas* de que a eficácia meramente obrigacional do *pactum fiduciae* propiciava estipulações à margem do negócio translativo, isto é, maleável à sua funcionalização no âmbito de um negócio simulado, como acordo meramente *inter partes* que é, por definição. Funcionalização ao verdadeiro fim perseguido e querido pelas partes com o negócio.

E mesmo os Autores que admitem a validade do negócio fiduciário típico chamam a atenção para a franca possibilidade prática de haver simulação num negócio fiduciário¹³⁶⁹.

Reconhecendo-se a problemática proximidade entre o negócio fiduciário e o negócio simulado, note-se que a questão surge apenas na simulação relativa, pois o que pode acontecer entre o fiduciante e o fiduciário é uma vontade das partes dirigida a um negócio (fiduciário) diverso daquele que declararam (translativo).

Como vimos, a simulação é composta por três elementos: a divergência entre a vontade declarada e a vontade real, o intuito de enganar terceiros e o *pactum simulationis*, nos termos do artigo 240.º CC. A simulação diz-se absoluta se a vontade real não corresponder à celebração de qualquer negócio, se a vontade real corresponder simplesmente ao próprio negócio simulado e há simulação relativa nos casos em que as partes pretendem efectivamente celebrar um negócio jurídico, mas distinto do negócio simulado. Na simulação relativa, o *pactum simulationis* pode ter por objecto os sujeitos (simulação subjectiva) ou o conteúdo negocial (simulação objectiva)¹³⁷⁰. A melhor doutrina, na verdade, situa o problema da delimitação entre a *fiducia* e a *simulatio* na modalidade de simulação relativa, por referência ao negócio simulado¹³⁷¹.

¹³⁶⁹ Neste sentido, GALVÃO TELLES, por exemplo, anota a propensão da *fiducia cum creditore* como negócio em “*que se declara coisa diferente do que se quer, que se declara alienar ao mandatário quando verdadeiramente se deseja conservar a propriedade, ou que se declara alienar ao credor quando no fundo apenas se pretende dar-lhe hipoteca ou penhor*” – cfr. INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos...*, op. cit., 4.ª edição, p. 193.

¹³⁷⁰ Sobre esta figura, consultar, por todos J. BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, vol. I, ob. cit., pp. 55 e segs. e MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, op. cit., pp. 472 e segs..

¹³⁷¹ Neste sentido, BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, vol. I, ob. cit., p. 144, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral...*, vol. II, op. cit., p. 175, GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, op. cit.,

Nestes termos, existindo simulação, o negócio formal celebrado entre as partes é o negócio aparente (*negócio simulado*) e o negócio fiduciário, esse sim, constitui o negócio verdadeiramente desejado (*negócio dissimulado*).

Sob outro prisma, CARVALHO FERNANDES, analisando a matéria da *simulatio*, não repudiando embora a posição dogmaticamente dominante, defende que o traçado da fronteira entre a simulação e a fidúcia será mais nítido a partir da visão do negócio fiduciário como um negócio unitário, atípico e causal¹³⁷². Por um lado, entende que num quadro de simulação no âmbito da fidúcia, não há propriamente dois negócios, no sentido de um querido e outro declarado, como se verifica na simulação relativa; por outro lado, julga que a invalidade de que pode enfermar o negócio fiduciário respeitará à licitude do fim perseguido pelas partes e não à circunstância de este fim não ter sido o querido pelos sujeitos. E um dos exemplos que o Autor adianta como fim ilícito é a hipótese de as partes pretenderem, por via fiduciária, alcançar o efeito jurídico que a proibição do pacto comissório pretende impedir¹³⁷³.

Do confronto entre simulação e fidúcia, resulta uma clara dissemelhança, desde logo, entre o *pactum simulationis* e o *pactum fiduciae*. Dúvidas não se suscitam na afirmação do acordo simulatório como totalmente *alheio* e irrelevante para o negócio formal que as partes celebram (simulado). Em sentido diverso, o acordo fiduciário assume-se verdadeiramente elemento do acto fiduciário, considerado no seu todo, nascendo dele, em bom rigor, *hic sensu*, a natureza atípica do negócio fiduciário. O *pactum simulationis* não constitui um elemento determinante nem determinativo do conteúdo do negócio simulado. O *pactum fiduciae*, sim, é apostado ao negócio formal como parte integrante do seu conteúdo, como causa-função.

Quanto à finalidade do negócio, enquanto o *pactum simulationis* mantém intocada a função do negócio simulado, de tal modo que tanto o negócio simulado como o verdadeiro poderiam alcançar a finalidade realmente pretendida pelas partes, o mesmo não se verifica no *pactum fiduciae*. O acordo fiduciário é o elemento negocial que verdadeiramente conforma a função do negócio com o fim desejado pelas partes. Aliás, sem o pacto fiduciário, em cujos termos se indica a *causa fiduciae*, isto é, a finalidade perseguida com a celebração do negócio jurídico-formal adoptado, este negócio, *de per si*, não lograria o resultado prático-económico querido, porque talqualmente desenhado pelo legislador tende para a realização de uma função jurídico-

4.^a edição, p. 193, CASTRO MENDES, *Teoria Geral...*, vol. II, ob. cit., p. 171, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral...*, vol. II, ob. cit., pp. 222-223 e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, pp. 299-301.

¹³⁷² Como resulta da posição manifestada por LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, em *Estudos sobre a Simulação*, op. cit., p. 273.

¹³⁷³ Os argumentos aduzidos por LUÍS A. CARVALHO FERNANDES, constam da sua ob. cit., *Estudos sobre a Simulação*, p. 273 e para o exemplo referido em texto *vide*, na mesma página, a nota 74.

-económica totalmente distinta do fim mediato visado pelo autor do negócio e só possível lograr com o cumprimento do *pactum fiduciae*.

Por outras palavras, na simulação relativa, os simuladores perseguem um fim que é juridicamente possível de alcançar com a simples celebração do negócio simulado, embora não queiram, de facto, celebrar o negócio que declaram; ao contrário da fidúcia, em que o negócio translativo não realiza o fim que determinou o fiduciante à celebração do negócio, sendo certo, no entanto, que fiduciante e fiduciário querem o negócio declarado, apenas não pretendem que os seus efeitos jurídicos típicos se manifestem em toda a sua extensão, mas só na medida e moldes necessários a um determinado fim (*causa fiduciae*) que perseguem e declaram no teor do pacto fiduciário.

Mas diante das concretas formações negociais que os particulares criem, a fronteira entre *simulatio* e *fiducia* pode revelar-se menos nítida do que no puro plano conceptual. A interpretação em busca da vontade real das partes é decisiva no apuramento da (in)existência de vontades negociais dissonantes do fim realmente querido pelas partes. E as dificuldades adensam-se nos casos em que se suscitem dúvidas de licitude do próprio negócio fiduciário, como na hipótese de fidúcia com escopo de garantia que pode facilmente ser usada por credor-fiduciário e devedor-fiduciante para contornar a proibição do pacto comissório.

Na prática, a tarefa do intérprete redobrará de complexidade nos casos (não meramente académicos) em que as partes não derem a conhecer o *pactum fiduciae* ou em que lhe atribuam uma aparência de legalidade, *verbi gratia*, celebrando uma venda *a retro*.

Doutrinariamente, considera-se pacífica a afirmação de que o negócio fiduciário não corresponde a um negócio simulado¹³⁷⁴. E não poderia ser outro o entendimento, desde logo, porque a fidúcia não integra qualquer dos *essentialia* da simulação.

No negócio fiduciário, as partes desejam mesmo realizar a transferência do direito que o contrato opera e corresponde também à sua vontade real a vontade declarada no *pactum fiduciae* de limitar o seu exercício na esfera do fiduciário nos precisos termos convencionados, inexistindo, portanto, qualquer divergência entre as vontades declaradas e as vontades reais.

Em segundo lugar, não se pode assinalar aqui a presença do propósito de enganar terceiros, na medida em que o *pendor fiduciário* do acto praticado consta do próprio contrato, ou seja, as limitações ao exercício do direito transmitido pelo fiduciante são apostas como cláusula negocial no *pactum fiduciae*¹³⁷⁵.

¹³⁷⁴ Em Itália, logo no início do século XX, os doutrinadores tinham esta ideia como matéria assente. Cfr. FRANCESCO FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Acireale, 1900.

¹³⁷⁵ Questão diversa é a maior ou menor percepção que terceiros possam ter da natureza fiduciária do negócio, mas essa (im)pureza do clausulado contratual não contende, por si só, com o objectivo de ludibriar.

E o fiduciante e o fiduciário não firmam entre si também qualquer acordo simulatório, pois a vinculação do fiduciário decorre do próprio negócio fiduciário (*pactum fiduciae*) e não de qualquer outro a ele associado que pudesse reputar-se *pactum simulationis*¹³⁷⁶.

Sem embargo da clara distinção em termos dogmáticos, na prática, nem sempre é tão nítida a fronteira entre fidúcia e simulação. Neste plano, pode revelar-se particularmente difícil a separação entre casos de simulação relativa subjectiva e algumas formas de *fiducia cum amico*. Em hipótese, por exemplo, de negócio fiduciário para administração, do conteúdo contratual resulta necessariamente a transferência de um direito para a esfera do fiduciário para que este exerça a actividade de administração e retransmita o direito que adquiriu fiduciariamente, a final, nos termos previstos no contrato. A retransmissão pode estipular-se que ocorrerá a favor do próprio fiduciante ou de terceiro. E aqui há especiais dificuldades, pois a transmissão de um direito para alguém com o objectivo de que o transmissário posteriormente transmita o mesmo direito a terceiro-beneficiário configura a descrição dogmática da *interposição real*¹³⁷⁷.

A doutrina traça a fronteira sublinhando a existência de conluio entre os três sujeitos envolvidos (transmitente do direito, transmissário e terceiro beneficiário), a tal ponto que os efeitos do negócio, na esfera do *interposto* transmissário, produzem-se apenas em termos aparentes. Diversamente, na *interposição real*, inexistente conluio algum, mas um mero acordo (*pactum fiduciae*), e só entre transmitente-fiduciante e transmissário-fiduciário, de tal modo que todos os efeitos translativos se operam, de facto, na esfera deste último. O fiduciário é parte real no contrato e é por força do acordo que celebra com o sujeito de quem adquiriu o direito que fica obrigado a (re)transmitir este direito a favor de outrem¹³⁷⁸.

A realidade que chega do substrato material-jurídico é que as partes, por vezes, querendo celebrar um negócio fiduciário atípico, acabam a atribuir o *nomen iuris* de compra e venda a qualquer acto translativo do direito de propriedade. A errada qualificação pode acontecer por desconhecimento, mas também porque as partes simulam, de facto, uma compra e venda e desejam, na verdade, um negócio fiduciário¹³⁷⁹⁻¹³⁸⁰⁻¹³⁸¹. E pode outrossim acontecer que as partes de um negócio fiduciário se reportem formalmente à compra e venda por razões de comodidade

¹³⁷⁶ Aliás, entre nós, a doutrina trata da tipologia do negócio fiduciário a respeito da simulação precisamente para evidenciar as diferenças entre ambos. Assim, por exemplo, MANUEL DE ANDRADE, em *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II, ob. cit., pp. 176 e segs. e J. CASTRO MENDES, na sua ob. cit. *Teoria geral do direito civil*, p. 164.

¹³⁷⁷ Sobre a diferença entre *interposição fictícia de pessoas* e *interposição real*, ler MOTA PINTO, *op. cit. Teoria Geral do Direito Civil*, p. 476.

¹³⁷⁸ Cfr. MANUEL DE ANDRADE, em *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II, ob. cit., pp. 186-187 e PESSOA JORGE, *Mandato sem representação*, *op. cit.*, pp. 215 e segs..

¹³⁷⁹ A este respeito, MOTA PINTO sublinha a *desnecessidade*, de as partes simularem em certos casos, apontando que pode haver “*um erro sobre a necessidade da simulação para conseguir os objectivos visados*”,

derivadas da certeza que a expressa previsão e regulação de um tipo legal oferecem, sem que possa apontar-se a ocorrência de simulação ou podendo apenas verificar-se a ocorrência de simulação em sede interpretativa¹³⁸².

3.6 Simulação e contrato-promessa

A função a que uma promessa de transmissão tende pode ditar a sua invalidade, por violação da proibição do pacto comissório. Nestes termos, será nulo, *ex vi* do artigo 694.º CC, um contrato-promessa de compra e venda entre um promitente-alienante que seja devedor do promitente-adquirente, em que se condicione a celebração do negócio prometido ao incumprimento de uma obrigação que o primeiro tenha para com este.

Destarte, a proibição do pacto comissório abarca a convenção por força da qual o promitente-comprador, nas suas vestes de credor, adquira o direito a tomar para si o objecto da garantia real, para realizar o crédito que titula, no caso de o (seu) devedor promitente-vendedor incumprir a respectiva obrigação, assumindo, nesse cenário, o dever de alienar a favor daquele o bem em causa¹³⁸³.

Como o contrato-promessa se mostra tão afeiçoado esconderijo para o pacto comissório, importa ter presente que pode haver *pactum simulationis* na celebração de um contrato-promessa e que ele pode desnudar, afinal, um pacto comissório¹³⁸⁴.

embora esclarecendo que este *erro*, no entanto, “*não exclui a qualificação do acto como simulado*” – cfr. MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil, op. cit.*, p. 472 (nota 1).

¹³⁸⁰ C. GRASSETTI é um dos Autores de referência que sustenta que o negócio fiduciário é passível de ser funcionalizado através da simulação relativa, mormente nos casos em que as partes se reportam a um negócio jurídico típico – cfr. em *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico, op. cit.*, p. 361.

¹³⁸¹ C. GRASSETTI é um dos Autores de referência que sustenta que o negócio fiduciário é passível de ser funcionalizado através da simulação relativa, mormente nos casos em que as partes se reportam a um negócio jurídico típico – cfr. em *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico, op. cit.*, p. 361.

¹³⁸² Neste sentido, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS anota a vantagem de as partes poderem “*aproveitar «mutatis mutandis» a regulamentação que a esse propósito se encontra explicitada na lei e na doutrina*”, na sua ob. cit. *Em tema de negócio fiduciário*, p. 106.

¹³⁸³ Neste sentido, as vozes autorizadas de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, in *Código Civil Anotado*, vol. I, ob. cit., p. 718, em que os Autores, referindo-se à distinção dogmática entre pacto comissório real e obrigacional, explicam que nos pactos comissórios reais “*a coisa transfere-se para o credor pelo não cumprimento*” e que nos termos dos pactos comissórios obrigacionais “*fica o credor com o direito de crédito às transmissões*” e concluem afirmativamente que a “*razão da proibição abrange, sem dúvida, qualquer deles*”.

E, na doutrina italiana que muito reflecte acerca do sentido e alcance da proibição do pacto comissório, consultar, por todos, IRA BUGANI, *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovenda)*, op. cit., pp. 33-34 e FAUSTINO DALMAZZO, *Divieto del patto commissorio e promessa di vendita a scopo di garanzia*, op. cit., p. 189.

¹³⁸⁴ Na verdade, como resulta da nota anterior, a doutrina dominante anota expressamente que o artigo 694.º CC é de aplicar também aos casos de pactos comissórios obrigacionais.

E note-se a oportunidade de ouro que o artigo 830.º CC *oferece* ao credor promissário da venda, porque a faculdade de execução específica dá-lhe o *livre passe* para a realização auto-satisfativa do crédito. Ora, num cenário de simulação é decisivo apurar qual o verdadeiro negócio dissimulado e ele pode não ser revelado sob a *primeira camada* de fingimento jurídico. O negócio oculto é uma venda em garantia? Promessa de *datio in solutum*? E o preço é real ou simulado?¹³⁸⁵ Sendo simulado, o contrato deve valer, sem mais, pelo preço verdadeiro?¹³⁸⁶ Não caia o intérprete na tentação de julgar pelo que encontra depois de terminada a primeira cena de *comédia jurídica*¹³⁸⁷, porque a simulação de preço – que existirá na maior parte das vezes em que haja, neste contexto, simulação – poderá não representar o único aspecto do negócio relativamente ao qual houve *pactum simulationis* e, por isso, importa apurar o sentido global da real vontade das partes, ao encontro do fim a que amarraram a função típica do contrato-promessa, para que a capa da simulação não sirva, a final, para encobrir uma causa e uma função negocial *contra legem* que seria legitimada pela promessa de venda depurada do preço vil¹³⁸⁸.

Percebe-se que o contrato-promessa simulado, na prática, encarna bem a personagem legalmente *maldita* do pacto comissório em garantia, mas a promessa de alienação pode também ocultar pacto autónomo real¹³⁸⁹⁻¹³⁹⁰. E o pacto comissório meramente obrigacional esconde-se, de igual modo, com facilidade na aparência formal do contrato-promessa, porque apesar de estreito, o crivo do artigo 830.º CC deixá-lo-á passar nos *intervalos* do preceito, uma vez que a obrigação não é *intuitu personae* nem há *convenção em contrário*, logo está, em princípio, livre o caminho para usar a execução específica¹³⁹¹ em molde simulatório-fraudatório.

¹³⁸⁵ ENZO ROPPO, por exemplo, em *Note sopra il divieto...*, ob. cit., p. 105, afirma que a (in)validade da venda em garantia, nos casos em que o contrato não contenha *preço*, não carece sequer da prova da simulação para se sopesar poder ser um negócio ilusório e violador da proibição do pacto comissório.

¹³⁸⁶ Nos casos de *simples* simulação relativa, sob a forma de simulação de preço, vimos já como a doutrina se inclina para validar o negócio pelo preço real (ver notas 1349 e 1356).

¹³⁸⁷ Na sublime expressão de ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio Jurídico Indirecto*, ob. cit. p. 115.

¹³⁸⁸ Neste sentido, por exemplo, REMÉDIO MARQUES, em *Locação Financeira Restitutiva...*, op. cit., pp. 575 e segs., sublinha que apesar da admissibilidade do esquema negocial do *sale and lease-back*, casuisticamente não pode descurar-se o escrutínio de casos de *fraus legis* e sancioná-los, desde logo, se violarem a proibição do pacto comissório.

¹³⁸⁹ Apesar de MASSIMO BIANCA, por exemplo, defender que a ausência do elemento *preço* no pacto comissório autónomo real impede a sua qualificação como compra e venda. Cfr. ob. cit. do Autor, *Forme tipiche di vendita...*, pp. 52-53.

¹³⁹⁰ A melhor doutrina reconhece a possibilidade prática de o pacto comissório se travestir de contrato-promessa de compra e venda. *Vide*, por todos, M. FRAGALI, na ob. cit. *Del Mutuo*, pp. 248 e segs., identificando o “*pacto comissório também (...) na promessa de venda, subordinada ao inadimplemento da obrigação de restituição do «tantundem»*”.

¹³⁹¹ Os *intervalos* do artigo 830.º CC a que nos referimos em texto são as exceções enunciadas, constam do n.º 1 e são as únicas que excluem a possibilidade de recurso à execução específica do contrato-promessa: num pacto comissório a obrigação não é, em princípio, *intuitu personae*, infungível, pelo que está validada a aplicabilidade

CAPÍTULO V
O PACTO COMISSÓRIO E O
DESVIRTUAMENTO DO SISTEMA DE GARANTIAS
NA ÓPTICA DOS DEMAIS CREDITORES:
O PRINCÍPIO *PAR CONDITIO CREDITORUM*

1. Considerações preliminares

Na esteira do pensamento de LOJACONO¹³⁹² que entendia que a *ratio* da proibição do pacto comissório repousava na necessidade de efectivação da regra da *par conditio creditorum*, julgamos importante analisar algumas figuras que levantam problemas à igualdade de tratamento entre credores, enunciada como princípio geral pelo artigo 604.º CC.

2. Alguns problemas

2.1 Violação do artigo 604.º do Código Civil

Nos termos do n.º 1 do artigo 604.º CC, inexistindo causas legítimas de preferência, todos os credores¹³⁹³ estão em condições de igualdade quanto à realização dos seus créditos, sendo pagos, segundo o critério da proporcionalidade, pelo valor dos bens penhoráveis¹³⁹⁴ (garantia

da ressalva “*sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação*” e como, em princípio, também não haverá acordo das partes afastando a possibilidade de execução específica da promessa, o artigo 830.º CC fica à disposição, pois “*falta convenção em contrário*” – com o sublinhado do n.º 2 da norma que considera “*haver convenção em contrário, se existir sinal ou tiver sido fixada uma pena para o caso de não cumprimento da promessa*”.

¹³⁹² Cfr. VINCENZO LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., pp. 22 e segs..

¹³⁹³ Os credores têm o cumprimento do seu crédito assegurado por todos os bens que integram o património. Neste sentido, aponta-se o acervo patrimonial do devedor como *garantia geral das suas obrigações*, nos termos do artigo 601.º CC. Para mais desenvolvimentos, ver, por todos, ANTUNES VARELA, ob. cit. *Das Obrigações em Geral*, vol. II, pp. 419 e segs. e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 783 e segs..

¹³⁹⁴ Manda o artigo 601.º CC que “*pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens suscetíveis de penhora*” (sublinhado nosso). O que significa que pode acontecer nem todos os bens do devedor integrarem a garantia geral das obrigações, porque só respondem aqueles que podem ser penhorados. Esta limitação é confirmada pelas leis de processo, em cujos termos “*estão sujeitos à execução todos os bens do devedor suscetíveis*

geral das obrigações) se, na fase de execução, o património do devedor demonstrar valor insuficiente para satisfação integral de todos os créditos¹³⁹⁵. É este o enunciado do princípio da igualdade dos credores inscrito na apontada norma e que conhece desvios em presença de créditos que beneficiam de satisfação privilegiada, mas só a lei pode permiti-los e criá-los. *Ex vi* do n.º 1 do preceito, a regra da *par conditio creditorum* vigora “*Não existindo causas legítimas de preferência*”. E o n.º 2 estabelece como causas legítimas de preferência apenas as que a lei assim determine, consagrando “*além de outras admitidas na lei, a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, o privilégio e o direito de retenção*”¹³⁹⁶.

Embora não maioritariamente, certa doutrina¹³⁹⁷ situa no desrespeito do comando do artigo 604.º CC a *ratio* da nulidade do pacto comissório. Tal acordo consubstanciaria uma causa de preferência sobre o objecto da garantia que seria ilícita por não se encontrar legalmente consignada. O pacto comissório seria uma garantia atípica, *in casu*, nula por violação de uma norma imperativa (artigo 694.º CC)¹³⁹⁸.

Mas não pode, sem mais, proceder este argumentário, desde logo, porque o princípio da liberdade contratual concede aos sujeitos a livre iniciativa de criação de garantias fora dos modelos legalmente tipificados. O artigo 405.º CC permite aos particulares construir esquemas negociais que se proponham reforçar a posição do titular do direito de crédito de forma mais eficiente do que aquela que oferecem as garantias reais do catálogo legal, desde que “*dentro dos limites da lei*”.

de penhora” (artigo 735.º, n.º 1, CPC), apesar de se devolver à lei substantiva a densificação do conceito de bens penhoráveis (“*todos os bens do devedor suscetíveis de penhora que, nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida*”, diz o mesmo preceito). Cfr. a explicação do regime da impenhorabilidade *supra* na abordagem da garantia geral das obrigações (especialmente nas notas 441, 442 e 443).

¹³⁹⁵ Ensina ANTUNES VARELA: “*quer isto dizer que os credores, que não gozem de qualquer direito de preferência sobre os demais, são pagos em pé de «plena igualdade» (ou de «plena proporcionalidade») uns com os outros*” (sublinhado nosso), como podemos ler na sua ob. cit. *Das Obrigações em Geral*, vol. II, p. 430.

¹³⁹⁶ A regra da *par conditio creditorum*, diz ANTUNES VARELA “*cava um abismo entre os direitos reais e os direitos de crédito*”. E explica que “*os direitos reais, mercê da sua eficácia absoluta («erga omnes»), estão sujeitos à regra da prevalência temporal («prior in tempore potior in jure»), princípio que (...) aproveita aos direitos reais de garantia*”. É que o artigo 604.º CC diferencia “*duas grandes categorias de créditos: os dotados de qualquer «direito de preferência» e os créditos «comuns»*”. E quanto aos créditos comuns, os titulados por credores não beneficiários de qualquer garantia real, “*a lei não atende nem à sua proveniência, nem à data da sua constituição (...) para estabelecer qualquer ordem de pagamento*” – cfr. do Autor *Das Obrigações em Geral*, vol. II, ob. cit., pp. 430-431.

¹³⁹⁷ Entre os mais insignes defensores, estão VINCENZO LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, op. cit., pp. 22 e segs., FRANCESCO CARNELUTTI, em *Note sul patto commissorio (Studi di diritto processuale)*, op. cit., p. 890 e VIRGILIO ANDRIOLI, *Disciplina intertemporale del patto commissorio e sua applicabilità ai privilegi speciali*, ob. cit., pp. 954 e segs.. Cfr. sobre os fundamentos da proibição do pacto comissório, *supra* capítulo I, secção II.

¹³⁹⁸ Artigo 2744 do Código Civil italiano.

Na prática, nascem cada vez mais *novas garantias*¹³⁹⁹, num movimento postulado pela insuficiência do sistema tradicional de garantias reais, ante o fenómeno crescente do comércio internacional¹⁴⁰⁰, pela necessidade de obter/conceder crédito e financiamento¹⁴⁰¹ e progresso das práticas sociais económicas, em geral.

A criação de novas garantias, genuinamente *ex novo*¹⁴⁰², por adaptação das garantias legalmente típicas em função das necessidades e pretensões dos agentes económicos¹⁴⁰³ e também por adaptação de figuras negociais fora do catálogo legal das garantias¹⁴⁰⁴ é realidade com a qual o Direito tem de lidar e, nesta sede, o tráfego jurídico-bancário é especialmente profícuo¹⁴⁰⁵.

Sob outro prisma, o direito à satisfação do crédito que assiste ao credor refere-se a bens de outrem. O citado n.º 1 do artigo 604.º CC consagra esta faculdade de os credores se pagarem “*pelo preço dos bens do devedor*” e aqui se vislumbra um certo apoio para a proibição do pacto comissório como garantia com a qual o credor se torna directa e automaticamente proprietário do bem que constituía a segurança do seu crédito. Vale por dizer que fora do catálogo das garantias típicas, e ao abrigo da liberdade contratual, os sujeitos só podem criar garantias que

¹³⁹⁹ Desde logo, como apontam PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE, “*tendo em conta a autonomia privada, há outras figuras negociais, para além das garantias pessoais e reais que, indirectamente, podem conferir a uma das partes determinada garantia de cumprimento do seu crédito*” – cfr. ob. cit. *Garantias de Cumprimento*, p. 235.

¹⁴⁰⁰ O comércio internacional é “*muito marcado pelas conveniências da rapidez e do dinamismo*”, nota MENEZES CORDEIRO, ob. cit. *Manual de Direito Bancário*, p. 757.

¹⁴⁰¹ MENEZES CORDEIRO coloca neste contexto o declínio das garantias reais, atribuindo-o ao seu “*funcionamento lento*”, em que “*interessando, ao credor, tão-só receber um valor em dinheiro, ele ficará dependente das diversas operações de realização pecuniárias*”, por referência à rigidez, desde logo, da hipoteca que “*tradicionalmente*” estava entre “*as garantias mais procuradas*” – cfr. p. 757 da sua op. cit. *Manual de Direito Bancário*.

¹⁴⁰² Veja-se, a propósito de um Acórdão do Tribunal da Relação do Porto que terá discorrido sobre a qualificação de uma garantia entre fiança e penhor de créditos, o que diz JANUÁRIO GOMES sobre a elasticidade contratual em matéria de segurança de crédito, sendo que nas suas palavras podemos beber um exemplo de possível criação *ex novo* de uma garantia, por alusão à hipótese de as partes criarem “*um mecanismo de garantia aparente traduzido num pacto, com eficácia estritamente obrigacional, de cativação ou inamovibilidade (total ou condicionada) das quantias depositadas, acompanhado de cláusula de compensação*” – cfr. ob. cit. do Autor *Assunção Fidejussória de Dívida...*, p. 51.

¹⁴⁰³ De que é exemplo paradigmático a garantia bancária autónoma. Sobre a figura, *vide*, entre outros, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Garantia bancária autónoma*, op. cit., pp. 275 e segs., M. J. ALMEIDA COSTA/A. PINTO MONTEIRO, *Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação...*, ob. cit., pp. 15 e segs. e MÓNICA JARDIM, *A Garantia Autónoma*, ob. cit..

¹⁴⁰⁴ Figuras como venda *a retro*, reserva de propriedade, contrato-promessa, compensação... Sobre o tema, ilustrativamente, ROMANO MARTINEZ/FUZETA DA PONTE, na sua op. cit. *Garantias de Cumprimento*, pp. 237 e segs., LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., pp. 279 e segs. e ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório...*, ob. cit., pp. 161 e segs..

¹⁴⁰⁵ Neste sentido, MENEZES CORDEIRO diz peremptoriamente que “*na actualidade, os grandes credores são banqueiros*”, na sua ob. cit. *Manual de Direito Bancário*, p. 717.

respeitem este limite intrínseco ao direito real que o credor adquire, traduzido na faculdade de satisfazer o seu crédito pelo valor de bens de outrem e não com o próprio bem: (valor dos) bens que podem ser do devedor (refere *expressis verbis* o artigo 604.º CC) ou de terceiro (de acordo com o regime das garantias reais¹⁴⁰⁶ e também respeitando as regras gerais do cumprimento das obrigações¹⁴⁰⁷).

Da preferência que decorre das causas legítimas de desvio à *par conditio creditorum* não pode resultar, então, a subtração de bens do património do devedor, mas unicamente o direito de o seu beneficiário se pagar com prioridade pelo valor do *quid* sobre o qual incide o privilégio legalmente previsto. É este o sentido do artigo 604.º CC, a representar, *hic sensu*, um limite à liberdade de criação de novas garantias reais¹⁴⁰⁸.

Com a constituição da garantia real, o bem que especialmente garante o crédito permanece na esfera jurídica do devedor (ou do terceiro garante). O que nasce na esfera jurídica do credor é um direito real de garantia¹⁴⁰⁹ que se traduz na (faculdade de) satisfação privilegiada do seu crédito pelo valor daquele mesmo bem, por via de execução¹⁴¹⁰.

Do princípio do concurso paritário dos credores, resulta, por um lado, o impedimento legal de criação de direitos de satisfação privilegiada de créditos para além das causas legítimas de preferência que a lei consagra e, por outro, o tratamento em plano de igualdade entre todos os credores comuns do mesmo devedor – mais ou menos antigos, com créditos mais ou menos avultados e independentemente da origem do seu crédito. Estes credores comuns serão, assim, pagos em igualdade à custa do valor do património do obrigado e, se o valor dos bens for insuficiente, pagar-se-ão por rateio, ou seja, proporcionalmente ao montante dos créditos incumpridos.

¹⁴⁰⁶ Cfr. artigos 657.º, n.º 2 (consignação de rendimentos); 667.º, n.º 2 (penhor) e 717.º (hipoteca), todos do Código Civil que prevêm expressamente que terceiro possa garantir a obrigação do devedor, afectando especialmente um bem seu ao cumprimento.

¹⁴⁰⁷ Cfr. o n.º 1 do artigo 767.º CC que, em sede de cumprimento (e não cumprimento) das obrigações, prevê que “*A prestação pode ser feita tanto pelo devedor como por terceiro, interessado ou não no cumprimento da obrigação*”. E, nos termos do n.º 1 do artigo seguinte, o credor que recuse a prestação de terceiro “*incorre em mora perante o devedor*”, salvo nos casos descritos no n.º 2 do artigo 767.º CC: quando tenha sido expressamente acordada a realização da prestação pelo devedor ou quando o cumprimento por terceiro prejudique o credor.

¹⁴⁰⁸ Neste sentido, *vide* os ensinamentos de ANTUNES VARELA, *in Das Obrigações em Geral, op. cit.*, vol. II, p. 431, em que o Professor explica que as causas legítimas de preferência a que o artigo 604.º CC se refere, e que introduzem desvios à *par conditio creditorum*, representam “*a faculdade de o credor ser pago antes dos demais credores do mesmo devedor, sobre o valor de algum ou de todos os bens deste*”.

¹⁴⁰⁹ Em regra, porque, ensinam HENRIQUE MESQUITA e MOTA PINTO, os privilégios mobiliários e os imobiliários gerais não configuram direitos reais. Cfr. sobre o tema a ob. cit. de HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, p. 19 e MOTA PINTO, *Direitos Reais, op. cit.*, p. 76.

¹⁴¹⁰ Cfr. *supra* regimes especiais de execução do penhor que não solicitam o recurso à via judicial no capítulo III, secção I, ponto 2.2, no regime do penhor.

Não se afigura, portanto, que a lei vede a criação de esquemas negociais diversos dos modelos jurídicos formais legalmente previstos. Impede apenas que as formações negociais que os particulares concebiam dêem vida a outras “*causas legítimas de preferência*”. Assim, o pacto comissório (e qualquer forma jurídica que se traduza no ingresso de bens do devedor ou de terceiro na esfera do credor, automaticamente e em função do não cumprimento de uma obrigação daquele) viola o artigo 604.º CC, porque o seu n.º 2 é bem claro quando estabelece que para além da consignação de rendimentos, penhor, hipoteca, privilégio, direito de retenção, *causas legítimas de preferência* são só “*outras admitidas por lei*”.

Em bom rigor, a conclusão enunciada resulta da interpretação conjugada dos artigos 694.º e 604.º CC. Há concerto de soluções. A proibição do pacto comissório impede o ingresso de bens na esfera do credor, como consequência automática do inadimplemento do devedor e o princípio da *par conditio creditorum* veda a criação de causas extralegais de preferência de realização do crédito, no sentido de novos direitos de privilegiamento na satisfação do crédito. Um acordo de apropriação de bens pelo credor após falha de pagamento do obrigado, *ipso facto*, representa clarissimamente um modo privilegiado de realização do crédito.

Coloca-se, porém, problema particular quanto às garantias de natureza fiduciária, isto é, às garantias funcionalizadas por meio de um negócio que opere *ex contractu* o ingresso do direito correspondente na esfera do fiduciário-credor, obrigando-se este a não dispor do direito que lhe foi transmitido, salvo na hipótese de incumprimento da obrigação garantida por parte do fiduciante-devedor. Indaga-se se tal prática não envolverá necessariamente um negócio celebrado em *fraus legis* – defraudando a proibição do pacto comissório – e se as partes não pretendem ludibriar as normas imperativas das garantias reais.

Tomemos o exemplo da cessão de créditos em garantia: suscita a questão em torno da violação do princípio *par conditio creditorum*, uma vez que a ausência de sistema de publicidade da cessão poria em risco a segurança dos direitos dos outros credores do devedor cedente, não tanto fruto da subtracção de bens do património do devedor – que, de facto, não se verifica –, mas seguramente pelo erro em que a cessão os induzirá, por exemplo, ao (sobre)avaliarem a sua garantia geral pela consideração dos activos patrimoniais do devedor, incluindo créditos que (erroneamente) crêem que o devedor titula, quando, na verdade, já não constituem um direito (um activo) da esfera jurídico-patrimonial deste. Por outro lado, suscita outrossim a dúvida de saber se não configura um negócio que frustra as próprias normas de tutela do devedor, sabendo que a norma proibitiva do pacto comissório (artigo 694.º CC) é uma dessas regras gerais de natureza imperativa.

Quanto à questão da publicidade, um dos argumentos em favor da admissibilidade da cessão de créditos é que ela obedece às exigências de publicidade de uma transmissão de créditos comum.

Aliás, este negócio corresponde ao modelo jurídico-formal que na prática operacionaliza a cessão de créditos em garantia. Pelo que não será rigoroso apontar-se-lhe uma espécie de natureza oculta, porque, segundo as regras gerais, os seus requisitos e eficácia *inter partes* correspondem aos do negócio-base (n.º 1 do artigo 578.º CC). Assim, a transmissão de créditos hipotecários que incidam sobre bens imóveis deve constar de testamento, escritura pública ou documento particular autenticado (n.º 2 do artigo 578.º CC). E quanto ao devedor, os efeitos da transmissão dependem da notificação (ou aceitação), *ex vi* do n.º 1 do artigo 583.º CC.

Neste plano, importa delimitar o alcance da *par conditio creditorum*. A regra do concurso paritário entre credores do n.º 1 do artigo 604.º CC refere-se unicamente aos credores comuns¹⁴¹¹, pelo que não exclui, em absoluto, tratamento desigual entre credores, em resultado de disposição legal¹⁴¹², de convénio das partes¹⁴¹³ e mesmo da vontade de terceiro¹⁴¹⁴.

Ope legis, os privilégios creditórios conferem preferência aos respectivos titulares (artigos 733.º e seguintes, CC). As garantias convencionais que a lei consagra (garantias reais) também facultam ao devedor o direito de conceder a um credor tratamento preferencial pela simples constituição de garantia a seu favor (artigos 666.º, n.º 1 e 686.º, n.º 1, CC). E, dentro de certos limites, o devedor pode *motu proprio* escolher o credor perante o qual vai realizar a prestação¹⁴¹⁵, ademais do direito de, unilateralmente, constituir uma garantia a favor de um

¹⁴¹¹ A igualdade de tratamento é circunscrita aos credores comuns. “*Quanto a estes*”, ensina ANTUNES VARELA, em *Das Obrigações em Geral*, vol. II, ob. cit., p. 431, a lei é cega “*para estabelecer qualquer ordem de pagamento*”. E, portanto, o que resulta do n.º 1 do artigo 604.º CC é que “*todos os credores (comuns), sem distinção entre os mais antigos e mais modernos, são assim tratados em pé de plena igualdade*”, reforça o Mestre.

¹⁴¹² Do elenco de causas de preferência previstas na lei, destacamos a separação de patrimónios (de que são exemplos flagrantes a herança – artigos 2070.º e 2071.º, CC – e os bens comuns do casal – artigo 1695.º CC) e a penhora (artigo 822.º CC e alínea b) do n.º 1 do 786.º, CPC). Para mais desenvolvimentos, *vide* ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, ob. cit., pp. 422 e segs..

¹⁴¹³ As *convenções de limitação da garantia patrimonial* são admitidas nos termos do artigo 602.º CC e ALMEIDA COSTA esclarece que a norma se reporta “*directamente a uma limitação positiva, ou seja, a mais frequente e que se realiza com a menção dos bens que respondem no caso de incumprimento da obrigação. Afigura-se, todavia, que nada impede que essa limitação se opere de forma negativa, mediante a indicação dos bens que se excluem da garantia patrimonial*” – *cf.* ob. cit. do Autor *Direito das Obrigações*, p. 786.

¹⁴¹⁴ Ainda incluída doutrinariamente como *limitação convencional da garantia patrimonial*, o artigo 603.º CC permite que nas disposições *animus donandi* o autor da liberalidade determine, com a inclusão de uma cláusula nesse sentido, a irresponsabilidade dos bens doados/deixados por dívidas do donatário. Esta possibilidade tem, contudo, duas limitações: a irresponsabilização só impede a penhora de bens por dívidas anteriores à liberalidade e, relativamente a imóveis ou móveis sujeitos a registo, a cláusula tem de ser registada antes do registo da penhora.

¹⁴¹⁵ Com efeito, o artigo 615.º do Código Civil, no seu n.º 2, estabelece que “*O cumprimento da obrigação vencida não está sujeito a impugnação*”, a respeito do qual ANTUNES VARELA ensina que “*quanto às dívidas exigíveis, o seu pagamento, ainda que efectuado com a consciência, por parte do devedor, de que beneficia o «accipiens» em relação aos demais credores, não está sujeito à impugnação pauliana. O credor recebe aquilo (...) a que tinha direito, nenhuma conduta reprovável lhe podendo ser assacada por esse facto*”. *Cf.* do Autor, *Das Obrigações em Geral*, *op. cit.*, vol. II, p. 454. Por seu lado, ALMEIDA COSTA refere que “*esta solução pode*

credor em detrimento dos demais. Por sua iniciativa, pode o devedor beneficiar determinado credor, *verbi gratia*, constituindo hipoteca a seu favor, por negócio jurídico unilateral, nos termos do artigo 712.º CC.

O próprio credor, pode também, por exclusiva iniciativa, posicionar-se com vantagem sobre os outros credores pela simples proposição de uma acção judicial de execução do património do devedor, uma vez que só os credores com garantia real podem reclamar créditos nas execuções, em relação aos bens que tenham sido penhorados e que constituam o objecto da sua garantia real. Aos credores comuns que não tenham intentado a acção – não exequentes, portanto – a lei veda a possibilidade de intervir em execução pendente para aí reclamar o seu crédito. É este o comando do n.º 1 do artigo 788.º, CPC: “*só o credor que goze de garantia real sobre os bens penhorados pode reclamar, pelo produto destes, o pagamento dos respetivos créditos*”¹⁴¹⁶.

Por acto unilateral, poderão ainda os credores dar existência a uma causa legítima de preferência na satisfação do seu crédito, com uma garantia real a seu favor, bastando, para tanto, proceder ao registo da hipoteca, se se encontrarem em situação de benefício de hipoteca legal (artigo 704.º CC) ou judicial (artigo 710.º CC)¹⁴¹⁷.

Do que ficou dito, vemos que o sistema de garantias reais tal como a lei o tipificou não é totalmente harmonioso com a *par conditio creditorum*¹⁴¹⁸.

Legalmente inscrita como princípio geral, o certo é que a igualdade de tratamento entre os credores (comuns) conhece muitas limitações, dada a facilidade, como vimos, com que um credor comum pode legitimamente colocar-se numa situação privilegiada em relação aos demais (com venda *a retro*, contrato-promessa, *lease-back*, venda com reserva de propriedade), pelo que a violação do princípio da *par conditio creditorum*, contribuirá, de seguro, para apoiar a proibição do pacto comissório, mas não em termos que possamos reputar decisivos. Senão

suscitar reparos, sobretudo conhecendo o devedor e o credor beneficiado a situação deficitária do primeiro”, anotando ainda que “*o pagamento efectuado a um dos credores pelo devedor em situação patrimonial deficitária – ainda que com conhecimento dela – pode ser realizado sem qualquer intuito fraudatório dos restantes credores*”. Cfr. do Autor, *Direito das Obrigações*, op. cit., pp. 798-799.

¹⁴¹⁶ E o mesmo se diga quanto aos processos de insolvência – cfr. artigo 128.º, CIRE.

¹⁴¹⁷ Sobre as figuras, em geral, ver, por todos, ANTUNES VARELA, ob. cit. *Das Obrigações em Geral*, vol. II, pp. 557 e segs. e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 884 e segs. (e *supra* capítulo III, secção I, ponto 2.3.1).

¹⁴¹⁸ Como explana M. TEIXEIRA DE SOUSA, “*são três as soluções possíveis para a conjugação da posição do exequente com os demais credores do executado: - a primeira solução, dominada pelo princípio da igualdade entre todos os credores (a chamada «par conditio creditorum»), permite que todos eles concorram, em plano de igualdade, ao produto da venda dos bens penhorados; - uma outra solução baseia-se no princípio da prevalência da penhora e exclui a intervenção na execução de quaisquer outros credores do executado; - finalmente, uma solução intermédia admite a intervenção na execução dos credores com garantias reais sobre os bens penhorados*”. E o sistema do nosso Código de Processo Civil corresponde a esta solução intermédia. Cfr. em *Acção Executiva singular*, op. cit., p. 36.

vejamos: quer as causas legítimas de preferência quer outros mecanismos que favorecem um credor comum em prejuízo dos restantes (desde logo, negócios translativos típicos com escopo de garantia, por exemplo) reduzem, já se vê, o campo de aplicação que a doutrina assinala à regra da *par conditio creditorum*¹⁴¹⁹.

Naturalmente que se aponta ao pacto comissório uma incompatibilidade insanável com o princípio do artigo 604.º, n.º 1, CC, representando uma diminuição da garantia geral dos credores comuns inaceitável, ilegítima e *oculta*¹⁴²⁰. Mas, na génese da sua secular interdição legal, a necessidade de tutela do devedor ainda hoje se pode colher como *razão das razões* – e o amparo da lei surge quer na perspectiva do risco que o devedor corre de o seu poder negocial ser apoucado por se achar em necessidade de atender às condições abusivas para lhe ser concedido o crédito, quer na óptica de (o artigo 694.º CC) confirmar e reforçar a censura dos negócios usurários, quer de acordo com o princípio geral *favor debitoris* e as notas *garantísticas* do nosso sistema de segurança do crédito –, sendo certo que os interesses dos credores não são, cremos, o *elemento neutro* na adição de *rationes* que explicam a opção pela nulidade e os termos da formulação do artigo 694.º CC¹⁴²¹. Atentemos no cuidado que o legislador teve ao admitir dois mecanismos de atenuação da *par conditio creditorum*. Por um lado, na faculdade do n.º 2 do artigo 675.º CC, de credor e devedor pignoratícios poderem convencionar a adjudicação do bem empenhado, note-se que tal pacto só é válido com intervenção judicial, isto é, “*pelo valor que o tribunal fixar*”. Por outro lado, na lei dos contratos de garantia financeira¹⁴²², as partes podem livremente convencionar um pacto comissório, mas só será válido se (i) houver acordo das partes quanto à avaliação do penhor e do crédito¹⁴²³, (ii) na modalidade pacto marciano, isto é, se o credor se obrigar a entregar ao devedor o eventual excesso de valor da garantia¹⁴²⁴ e (iii) sem que o pacto possa prejudicar qualquer obrigação legal de avaliar o crédito e o penhor à luz de “*critérios comerciais razoáveis*”¹⁴²⁵.

¹⁴¹⁹ Neste sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, p. 620, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. II, pp. 429 e segs., M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 787 e LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de Créditos em Garantia...*, op. cit., pp. 615 e segs..

¹⁴²⁰ *Oculta*, porque não existe forma de os restantes credores de um devedor saberem se ele celebrou um pacto comissório com algum(uns) dos seus credores.

¹⁴²¹ Já o dissemos mais apoiadamente a propósito das várias teses em confronto na busca pela *ratio* da proibição do pacto comissório. *Vide* capítulo I, secção II.

¹⁴²² Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio – várias vezes indicado no nosso texto: *vide* o regime dos contratos de garantia financeira *supra* nas modalidades de penhor (penhor financeiro), no capítulo III, secção I, ponto 2.2.6.

¹⁴²³ Alínea b) do n.º 1 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004.

¹⁴²⁴ N.º 2 do artigo 11.º da Decreto-Lei n.º 105/2004.

¹⁴²⁵ N.º 3 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004.

Assim, num e noutro caso, o controlo judicial a jusante revela o intento de proteger os devedores-empenhadores, mas também, vincadamente, os terceiros-credores¹⁴²⁶.

Ora, se o legislador é tão cioso dos interesses dos credores, a ponto de se não bastar com a mera anulabilidade do pacto comissório também para o artigo 694.º CC poder abrigar, a um tempo, os devedores necessitados e os credores traídos, mal se compreende que a coberto de outras figuras a posição destes possa ficar tão desguarnecida. Vamos ver as figuras que mais contendem com o pacto comissório.

2.2 Venda *a retro*

Vimos *supra* que a venda *a retro* se encontra definida no artigo 927.º CC como o contrato de compra e venda com a especificidade de atribuir “*ao vendedor a faculdade de resolver o contrato*”¹⁴²⁷.

Dentro dos limites estabelecidos entre os artigos 927.º e 933.º CC, com o tipo negocial em presença, como dissemos, pode o vendedor, por negócio jurídico unilateral, e sem necessidade de invocar uma causa justificativa, extinguir a compra e venda, resolvendo-a e, assim, reaver a propriedade do bem por si alienado.

Então, na venda *a retro*, a reaquisição da propriedade do bem depende só do exercício de um direito potestativo extintivo de resolução que assiste exclusivamente ao vendedor. Não se exige, pois, a celebração de nova compra e venda em sentido contrário.

O vendedor fica apenas subordinado aos condicionalismos legais formais de a resolução ter de ser “*feita por meio de notificação judicial ao comprador*” (artigo 930.º CC) e temporais de não poder resolver o contrato decorrido o prazo de “*dois ou cinco anos a contar da venda, conforme esta for de bens móveis ou imóveis*” ou dentro de prazo máximo convencional mais curto (artigo 929.º CC).

¹⁴²⁶ Neste sentido, a propósito do penhor financeiro e da modalidade de pacto comissório que a lei dos contratos de garantia financeira consagra, CALVÃO DA SILVA sublinha como “*o controlo «a posteriori» pelos tribunais permitirá verificar se a realização ou determinação do valor dos instrumentos financeiros ou dos créditos sobre terceiros empenhados foi efectuada de acordo com critérios comerciais razoáveis, justamente em nome da protecção do autor do penhor e de terceiros credores*” – cfr. *Banca, Bolsa e Seguros*, ob. cit., p. 235.

¹⁴²⁷ Para mais desenvolvimentos sobre a venda *a retro*, cfr., entre outros, I. GALVÃO TELLES, *Contratos civis*, op. cit., pp. 134 e segs., PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (parte especial), contratos. Compra e venda, locação, empreitada*, ob. cit., pp. 82 e segs., MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, ob. cit., pp. 78 e segs. e PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, ob. cit., pp. 227 e segs.. Na doutrina italiana, consultar DOMENICO RUBINO, *La Compravendita*, ob. cit., pp. 1024 e segs., ANGELO PELOSI, *Vendita con patto di riscatto*, ob. cit., pp. 517 e segs. e MASSIMO BIANCA, *Vendita (diritto vigente)*, ob. cit., pp. 621 e segs..

Quanto à tutela da posição do vendedor *a retro* perante terceiros, o artigo 932.º CC assegura-lhe que lhes possa opor a cláusula *a retro*. Mesmo na hipótese de o objecto da venda *a retro* ser alvo de penhora, no âmbito de acção executiva intentada por um credor do comprador *a retro*, o direito do exequente será prejudicado pelo direito de resolução exercido pelo vendedor *a retro*, desde que a venda tenha tido por objecto coisa imóvel ou móvel sujeita a registo “*e tenha sido registada*”, manda o preceito citado.

O problema coloca-se verdadeiramente nos casos em que a venda *a retro* tiver por objecto bem móveis não sujeitos a registo. Que protecção para a posição do vendedor *a retro* quando o bem vendido for um imóvel ou móvel sujeito a registo, mas a cláusula *a retro* não tiver sido registada, uma vez que não se verificam os pressupostos do citado artigo 932.º CC? Neste caso, entende uma parte da doutrina que reunidos os requisitos do artigo 435.º, n.º 2, CC, o vendedor *a retro* pode fazer operar o seu direito, por esta via. Registada a acção de resolução antes do registo do direito que assista a terceiro, o direito de resolução, porque *prior in tempore*, será *potior in iure* e, por isso, oponível a este¹⁴²⁸. Neste sentido, Autores como PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA mais proclamam: se o comprador *a retro* alienou o bem a favor de terceiro, mas o subadquirente não registou o seu direito antes do registo da acção de resolução, será possível ao vendedor, por via judicial, “*obter (...) a eficácia da cláusula em relação a terceiros*”^{1429_1430_1431}. Na venda *a retro* de coisas móveis não sujeitos a registo, a cláusula *a retro* já não vale contra terceiros (artigo 932.º CC), pelo que se o comprador *a retro* transmitir o bem a terceiro, o vendedor não conseguirá readquiri-la de terceiro por via da resolução e se o comprador constituir direito sobre a coisa a favor de terceiro, o vendedor readquiri-la-á onerada¹⁴³².

¹⁴²⁸ Relativamente a bens imóveis e móveis sujeitos a registo, circunscreve o apontado n.º 2 do artigo 435.º CC.

¹⁴²⁹ Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *in Código Civil Anotado*, vol. II, ob. cit., p. 232.

¹⁴³⁰ No mesmo sentido, M. BAPTISTA LOPES, *Do contrato de compra e venda*, op. cit., p. 209.

¹⁴³¹ Discordando, vide RAÚL VENTURA, *O contrato de compra e venda...*, in ROA, ano 43.º, op. cit., p. 650.

¹⁴³² Sem prejuízo, sempre se dirá que sobre o comprador *a retro* impende o dever de não transmitir a coisa durante o prazo para o exercício do direito de resolução do vendedor.

Entendendo-se que tal dever não decorre do contrato de compra e venda com cláusula *a retro*, a sua existência afirma-se pela via da integração, em sede de interpretação contratual, considerando o escopo de garantia pretendido pelas partes com a celebração do contrato e o modelo negocial adoptado (um negócio de alienação em que o credor adquire o direito de propriedade com a função de garantia do seu crédito).

Nesta linha de pensamento, o dever de o comprador *a retro* não alinear o bem a terceiros decorre outrossim da boa fé (n.º 2 do artigo 762.º CC).

No apuramento dos interesses e da finalidade visada pelas partes com a venda *a retro*, afloram novamente os elementos que a aproximam do negócio fiduciário e, nessa medida, facilitam a proclamação da existência do dever predito de não alienação a impender sobre o comprador *a retro*.

É que a exemplo dos negócios fiduciários, por definição, também na venda *a retro* tem de assinalar-se a relação de confiança entre o vendedor e o comprador que explica uma transferência de propriedade quando, verdadeiramente,

Retomando o exemplo da penhora, note-se que o direito que o exequente adquire sobre o bem penhorado, para certa doutrina, corresponde a um direito real de garantia¹⁴³³, pelo que o vendedor *a retro*, ao exercer o seu direito de resolução da compra venda, adquire o bem vendido, mas agora penhorado. À luz desta posição, a penhora configura uma causa legítima de preferência, razão por que a retroactividade da resolução da compra e venda operada pelo vendedor *a retro* não pode prejudicar os direitos que este terceiro-exequente tenha adquirido, como expressamente diz o n.º 1 do artigo 435.º CC.

Mesmo os Autores que não reconhecem que a penhora tenha natureza de direito real de garantia, sempre vêem nela uma fonte de preferência para o direito de crédito respectivo (do exequente)¹⁴³⁴.

as partes pretendem apenas, com o acto translativo, assegurar o cumprimento do crédito nascido da entrega do preço com o fim real de garantia do montante que o comprador empresta ao vendedor.

Na venda *a retro*, as partes sabem e querem, por isso, que o direito de propriedade do comprador seja temporário e instrumental. Razão por que, depois da resolução, o comprador não poderá manter a propriedade do bem adquirido na sua esfera jurídica. Sendo certo que o pacto comissório impediria também tal situação, uma vez que a transmissão para o credor só ocorre quando e se verificado o incumprimento do devedor.

Nestes termos, a relação de confiança marca toda a estrutura da venda *a retro* com fim de garantia, tal como nos negócios fiduciários, particularmente na *fiducia cum creditore* e o fim visado pelas partes com a celebração do contrato bem como os deveres derivados da boa fé enformam o conteúdo da relação obrigacional que dela emerge, como na fidúcia. Entre estes deveres, não pode, assim, deixar de se situar, na esfera do comprador *a retro*, um dever de não alienar a terceiro o bem que adquiriu, durante o prazo em que o contrato estiver em vigor, porque sabe que nesse prazo (convencional ou legal) o vendedor pode, a qualquer momento e sem necessidade de qualquer justificação, resolver o negócio e, *ipso facto*, desfazer a compra e venda e reaver automaticamente o bem que vendeu àquele.

Sob o prisma do legislador, sublinha-se que o não reconhecimento do dever de não alienação do bem vendido *a retro* frustraria a tutela que se pretende fazer da posição do vendedor com a estatuição do artigo 928.º CC (nulidade das cláusulas que fixem a obrigação de o alienante devolver valor superior ao preço de venda, se resolver o contrato) e da posição também do comprador, ao estipular-se legalmente os prazos máximos para o exercício do direito de resolução, nos termos do artigo 929.º CC (dois ou cinco anos, respectivamente para móveis ou imóveis). Finalmente, importa clarificar que se se entendesse inexistir o apontado dever de não alienação, o risco que o vendedor *a retro* correria seria injustificável em face dos poderes reconhecidos ao comprador. Inexistindo tal dever, o comprador, como proprietário do bem adquirido (embora no âmbito de uma compra e venda com cláusula *a retro*), poderia dele dispor livremente, mesmo durante o período durante o qual o vendedor pode resolver o contrato, não se constituindo sequer em responsabilidade perante o alienante e, portanto, sem obrigação de o indemnizar.

¹⁴³³ Reconhecendo a penhora como um direito real de garantia, ANTUNES VARELA, in *Das Obrigações em geral*, vol. I, ob. cit., p. 117, afirmando o Professor que “A «penhora» consiste na apreensão (pelo tribunal) dos bens considerados necessários para cobrir, através do seu valor, a indemnização devida, retirando esses bens da disponibilidade do devedor e afectando-os aos fins próprios da execução. A apreensão, que goza em princípio de eficácia absoluta (artigo 819.º), visto a penhora ser um direito real de garantia”. (sublinhado nosso)

Se bem interpretámos a posição de LUIS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, também este Autor perfilha do entendimento de que a penhora constitui um direito real de garantia. Cfr. em *A Cessão de Créditos em Garantia...*, op. cit., pp. 238-239.

¹⁴³⁴ Na orientação segundo a qual a penhora não configura um direito real de garantia, mas uma fonte de preferência do crédito do seu titular, M. TEIXEIRA DE SOUSA proclama que “A penhora não é um direito real

Neste caso, o princípio da preferência do direito real de garantia do credor do comprador *a retro* exequente do bem objecto da venda *a retro* que o penhorou em sede de processo executivo enfraquece a posição do vendedor *a retro*, cujo direito tem de ceder perante o do exequente. Se a cláusula *a retro* tiver sido registada, vimos, o vendedor *a retro* readquire o bem, mas com a penhora, pelo que sempre corre o risco de perder o bem com a venda executiva, caducando o seu direito.

Nesta perspectiva, a venda *a retro* pode representar uma diminuição da garantia geral das obrigações do devedor-vendedor que não exerça o seu direito de resolução. Neste ponto, importa sublinhar duas notas: por um lado, numa venda *a retro* celebrada com escopo de garantia, mas que não tenha sido resolvida, o credor satisfaz o crédito com o ingresso definitivo na sua esfera jurídica do bem que lhe foi transmitido pelo seu devedor-vendedor *a retro*, o que configurará uma violação da proibição do pacto comissório e, *hic sensu*, uma afronta ao princípio da igualdade de tratamento dos credores, porquanto, como bem diz a doutrina, o campo de aplicação do artigo 604.º, n.º 1, CC é reduzido¹⁴³⁵, quer pelas causas de preferência previstas na lei, quer pelos efeitos a que tendem outras figuras legalmente tipificadas (a venda *a retro*, o *lease-back*, o contrato-promessa), quer porque, como decorre da letra da norma, a *par conditio creditorum* só é aplicável aos bens que integram o património do devedor, pelo que um negócio só afecta a garantia geral das obrigações do devedor se for posterior ao nascimento da relação creditícia com os restantes credores e/ou estes não puderem conhecer os seus efeitos translativos¹⁴³⁶.

Uma violação do princípio da igualdade de credores implica a criação de uma causa de preferência não prevista na lei ou de outro mecanismo de que resulte uma vantagem ilegítima para algum credor em prejuízo dos restantes.

Uma venda *a retro* não gera situação de vantagem ou melhor tratamento para o comprador, mesmo na hipótese de se tratar de uma venda com fim indirecto de garantia de dívida emergente de mútuo, em que o preço foi a quantia mutuada e em que, portanto, o adquirente é credor do vendedor. Naturalmente que o credor tem a titularidade do direito de propriedade a assegurar-lhe a satisfação do seu crédito, contudo não se considera que deste esquema negocial proceda

de garantia, mas é fonte de preferência sobre o produto da venda dos bens penhorados". Cfr. em *Acção executiva singular, op. cit.*, p. 251.

De igual modo, ALMEIDA COSTA entende que a penhora, "*em rigor*", não se reconduz aos direitos reais de garantia, tratando-se, sem embargo, de "*um acto processual que visa criar a indisponibilidade dos bens adstritos à execução, mediante a produção dos efeitos substantivos das garantias reais: a preferência e a sequela*". Cfr. em *Direito das Obrigações, op. cit.*, p. 919.

¹⁴³⁵ Cfr. nota 1419.

¹⁴³⁶ Nos casos de venda *a retro* que incida sobre imóvel ou móvel sujeito a registo, vimos já, a oponibilidade a terceiros depende de registo, nos termos do artigo 932.º CC e artigo 2.º, n.º 1, alínea a) do CRPred.

privilegiamento ilícito em violação da regra da *par conditio creditorum*, porque para que a cláusula *a retro* seja válida deve revestir a mesma forma exigida para o contrato de compra e venda o que significa que é dada publicidade à cláusula resolutiva, pelo que os credores do comprador sabem que este pode vir inelutavelmente a perder o bem que ingressou na sua esfera jurídica. Em relação a credores do vendedor, assumindo a posição creditícia posteriormente à celebração da venda *a retro*, a questão não se coloca sequer, porque o bem pertence a terceiro (ainda que possa ser só a título temporário). Mas se o alienante *a retro* já era devedor junto de outros credores no momento em que firmou a venda *a retro*, então o acto pode, sim, representar uma diminuição da garantia geral senão mesmo um pacto comissório e o negócio poderá ser nulo por força do artigo 694.º CC ou impugnado pelos credores comuns, por exemplo, verificados os requisitos da acção pauliana (artigo 610.º CC)¹⁴³⁷⁻¹⁴³⁸.

2.3 Locação-venda

Nos termos do n.º 2 do artigo 936.º CC, o contrato de locação-venda define-se como aquele através do qual se dá em locação certa coisa “*com a cláusula de que ela se tornará propriedade do locatário depois de satisfeitas todas as rendas ou alugueres pactuados*”¹⁴³⁹, sendo que a lei só desenha parte do regime específico desta modalidade de compra e venda.

¹⁴³⁷ E através dos demais meios de conservação patrimonial consagrados nos artigos 605.º a 622.º CC, onde se encontram a declaração de nulidade, a sub-rogação do credor ao devedor, a impugnação pauliana e o arresto. Estes mecanismos disponibilizam aos credores formas de reacção perante actos lesivos da garantia geral das suas obrigações. O controlo judicial surge em nome da protecção dos credores – cfr. o que ensina ANTUNES VARELA, na ob. cit. *Das Obrigações em Geral*, vol. I, p. 433: “*a lei não se limita a conceder ao credor o direito de promover a «execução forçada» da prestação, no caso de o devedor não cumprir (...) concede-lhe ainda os meios necessários para o credor defender a sua posição contra os actos praticados pelo devedor, capazes de prejudicarem a garantia patrimonial da obrigação, diminuindo a consistência prática do seu direito*”.

¹⁴³⁸ Mais, se se entender que o negócio representa uma violação do artigo 694.º CC, os demais credores podem lançar mão da *declaração de nulidade*, requerendo judicialmente a anulação do acto, com fundamento no desrespeito daquele preceito normativo. *Vide*, por todos, sobre a figura da declaração de nulidade, ANTUNES VARELA, ob. cit. *Das Obrigações em Geral*, vol. I, pp. 433 e segs. e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, pp. 789 e segs..

¹⁴³⁹ Para mais desenvolvimentos sobre a figura, *vide* PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, in *Código Civil Anotado*, vol. II, ob. cit., pp. 252-253, F. PEREIRA COELHO, *Arrendamento, direito substantivo e processual*, Lições ao curso do 5.º ano de Ciências Jurídicas no ano lectivo de 1988-1989, Coimbra, 1988, pp. 24-25, DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Locação financeira (leasing) e locação*, op. cit., pp. 770 e 771, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (parte especial), contratos. Compra e venda, locação, empreitada*, op. cit., p. 96, TERESA ANSELMO VAZ, *Alguns Aspectos do Contrato de Compra e Venda a Prestações e Contratos Análogos*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 65 e segs. e MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, vol. III, ob. cit., pp. 72-74.

Com efeito, a norma citada determina unicamente que perante o não cumprimento do locatário, a resolução opera com eficácia *ex tunc* e, como consequência da retroactividade, fica o locador obrigado à restituição das rendas recebidas, “*sem possibilidade de convenção em contrário*”, ressalvado o direito a ser indemnizado, como diz, a final, a norma, “*nos termos gerais e nos do artigo anterior*”, isto é, verificados os requisitos estabelecidos pelo artigo 935.º CC – sob a epígrafe “*Cláusula penal no caso de o comprador não cumprir*”.

Por outro lado, entende a doutrina que à locação-venda, porque inserida sistematicamente dentro do regime da venda a prestações (e da remissão expressa do n.º 1 do artigo 936.º CC), também se lhe aplica o artigo 934.º CC – que veda ao alienante a possibilidade de resolução do contrato por “*falta de pagamento de uma só prestação que não exceda a oitava parte do preço (...), sem embargo de convenção em contrário*”.

A figura contratual em presença congrega notas caracterizadoras, por um lado, da locação e, por outro, da compra e venda a prestações com reserva de propriedade, com predominância destas, avaliada, sobretudo, a finalidade económica em vista da qual a lei a tipificou e desenhou o respectivo regime.

Na verdade, a complexa causa-função da locação-venda apresenta maior proximidade com a venda com reserva de propriedade do que com a simples locação.

Sem prejuízo, a cedência onerosa do gozo da coisa também influencia a locação-venda, se não tanto na sua disciplina, mais certamente na forma como estruturalmente opera.

Esta figura contratual, ao locatário-comprador, possibilita o gozo do bem e, a final, a aquisição do mesmo e ao locador-vendedor permite vender o bem com recebimento do preço a prestações, em condições de reforçada segurança do seu crédito, porque, durante toda a vigência do contrato, e até ao pagamento da última renda, não deixa de ser ele o proprietário do bem em causa. O valor da renda desempenha, assim, a dupla função de preço e ressarcimento de outras despesas que cumpra ao proprietário suportar, em realização de alguma prestação a que esteja obrigado na qualidade de locador.

Apesar de mais vasta e complexa, a função económica que se aponta à locação-venda é muito próxima da que desempenha a simples venda a prestações com reserva de propriedade que se traduz na aquisição de um bem por quem já se encontra a gozá-lo apenas no momento em que paga a última prestação do preço.

Já o *nomen iuris* parece apontar no sentido da vizinhança com a locação. É certo que há elementos comuns, mas os *essentialia* da locação-venda não se podem confundir com os da simples cedência onerosa do gozo de uma coisa. Por força de um contrato de locação, o locador obriga-se “*a proporcionar (...) o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição*” (artigo 1022.º CC), pelo que sobre ele impendem a obrigação de entrega da coisa locada e

de assegurar o seu gozo em função do fim a que ela se destina (nos termos das alíneas a) e b) do artigo 1031.º CC). Pode, então, afirmar-se que na locação, o locador explora a coisa locada, mas corre dois riscos: perda ou perecimento¹⁴⁴⁰ e não rentabilidade económica do bem¹⁴⁴¹ e que, em contrapartida, auferir/é-lhe devida a renda pelo locatário. A prestação é qualificada como duradoura e de execução continuada¹⁴⁴²⁻¹⁴⁴³. Por banda do locatário, assinala-se o interesse (vontade) de gozar o bem locado, durante determinado período de tempo (mas não a aquisição)¹⁴⁴⁴. Na locação-venda, inversamente, o locatário quer realmente adquirir o objecto do contrato, correspondendo o valor da renda ao quantitativo da amortização do preço de compra do bem, daí a afirmação da sua proximidade com a venda a prestações com reserva de propriedade e não tanto com a locação. Ao contrário do que sucede na locação, o locador da locação-venda não tem interesse em explorar economicamente o bem, ou melhor, não tem interesse em tirar proveito dele através de sucessivas locações. O fim perseguido pelo locador-vendedor é transmitir o bem locado e receber o preço de venda (renda) e a manutenção da titularidade do direito de propriedade durante a vigência do contrato é a *garantia* da satisfação do seu crédito. A prestação que lhe cumpre, é complexa, por natureza¹⁴⁴⁵ e pode descrever-se, na essência, como uma prestação fraccionada, razão por que, em sequência do não cumprimento por parte do locatário, a resolução opera com efeito retroactivo, diz o n.º 2 do artigo 936.º CC. Sem embargo de se lhe reconhecer natureza complexa e compósita, com *essentialia* da locação e notas da compra e venda a prestações com reserva de propriedade, o elemento que guia o regime privativo da locação-venda é o facto de se afigurar como um negócio jurídico que permite a aquisição do bem locado (na óptica do locatário) e com segurança do crédito do locador vertida na manutenção da propriedade com fim de garantia. E, nessa medida, não pode deixar de se anotar potencial de funcionalização da locação-venda como negócio de crédito e de garantia¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴⁰ Nos termos do artigo 1044.º CC.

¹⁴⁴¹ Cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A locação financeira*, *op. cit.*, pp. 128-130.

¹⁴⁴² Para mais desenvolvimentos sobre a posição jurídica do locador cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações (Parte Especial). Contratos. Compra e Venda...*, *ob. cit.*, pp. 169 e segs. e LUÍS M. T. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, *ob. cit.*, pp. 313 e segs..

¹⁴⁴³ As obrigações do locador constam dos artigos 1031.º a 1037.º CC.

¹⁴⁴⁴ As obrigações do locatário são as determinadas pelo artigo 1038.º CC.

¹⁴⁴⁵ *Vide* penúltima e antepenúltima notas.

¹⁴⁴⁶ Razão por que a doutrina salienta a importância da convocação das normas do consumo, em particular da tutela legal da posição do locatário-comprador por recondução à posição de consumidor. Cfr. TERESA ANSELMO VAZ, *Alguns Aspectos do Contrato de Compra e Venda a Prestações...*, *op. cit.*, p. 33 e F. GRAVATO MORAIS, *Do regime jurídico do crédito ao consumo*, in *Scientia Iuridica*, n.ºs 286/288, 2000, p. 382.

Do próprio regime legal da locação-venda (artigo 936.º CC), resulta a evidência desta função aquisitiva, em dois aspectos: em primeiro lugar, a eficácia retroactiva da resolução (n.º 2) e, em sede interpretativa, o facto de a lei mandar aplicar à locação-venda os preceitos privativos da venda a prestações (artigos 934.º e 935.º, *ex vi* do n.º 1 do artigo 936.º, todos do CC).

Em linha com o regime da venda com reserva de propriedade, a tutela da posição do locador-vendedor realiza-se pela faculdade de recuperação do bem locado, no caso de ele resolver o contrato, com fundamento no não cumprimento do locatário. A lei coloca-o a coberto do perigo de perder o bem que correria se o adquirente-locatário o vendesse a terceiro (artigo 435.º, n.º 1 CC) ou se sobre ele viesse a recair penhora requerida por credor do adquirente-locatário e a venda tivesse sido celebrada com simples pagamento prestacional do preço sem reserva de propriedade¹⁴⁴⁷.

¹⁴⁴⁷ A resolução por falta de cumprimento do locatário-comprador tem efeitos *ex tunc* e, como estabelece o n.º 2 do artigo 936.º CC, “*sem possibilidade de convenção em contrário*”. Assim, o locador é obrigado a restituir as rendas recebidas. É obrigado a restituir, pelo menos, a parte dessas rendas que corresponder à amortização do preços de compra do bem, segundo parte da doutrina. Neste sentido, por exemplo, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de Créditos em Garantia...*, *op. cit.*, p. 544.

Noutra perspectiva, considerando o locador credor da indemnização pelo inadimplemento do locatário, ele poderá realizar uma compensação de créditos. Sendo certo também que para o cálculo do *quantum* indemnizatório concorre o valor de mercado do bem restituído, em termos actualizados, nos termos do n.º 2 do artigo 566.º CC – a exemplo, uma vez mais, do que acontece na venda a prestações com reserva de propriedade.

O âmbito da retroactividade da resolução da locação-venda, nos termos previstos no n.º 2 do artigo 936.º CC, suscita ainda um outro problema em torno da natureza da renda.

Na locação-venda, vimo-lo, a renda corresponde, por um lado, a uma prestação heterogénea de execução fraccionada e, por outro, a uma prestação duradoura reiterada e de execução continuada. É que no seu valor, em princípio, o vendedor-locador toma em linha de conta, não só a divisão do preço de venda em prestações (na posição de vendedor), mas também a retribuição pelas obrigações que são inerentes à posição de locador, como vimos em texto. E estas prestações assumem natureza e regimes legais muito diversos, mormente em relação aos efeitos da resolução. Daqui resulta que uma interpretação *apertis verbis* do citado n.º 2 do artigo 936.º CC parece apontar que a lei quis acentuar a *função aquisitiva* da locação-venda e, nesse sentido, o elemento *fracção do preço* que integra o *quantum* da renda. Daí o comando normativo de aplicação do regime que só caberia (à parte respeitante) ao preço de venda do bem locado a toda a prestação. E pela desconsideração das restantes notas que compõem a renda, as prestações recebidas pelo locador-vendedor teriam de ser integralmente restituídas.

No extremo oposto, de acordo com uma leitura mais actualista da norma, considera-se que ela quer proteger os interesses do locatário-comprador, afastando o regime da locação – que lhe é desfavorável –, na medida em que a sua disciplina obstará à restituição das rendas pagas. Em caso de resolução pelo locador, por incumprimento do locatário, a disciplina da locação permite àquele manter o bem e não restituir as rendas que recebeu na vigência do contrato, com claro prejuízo para o inadimplente, pois o valor da renda corresponde (embora não em exclusivo, mas, sem dúvida, maioritariamente) à amortização do preço de aquisição do bem locado.

PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, parecendo alinhar com este entendimento, afirmam no seu *Código Civil Anotado*, vol. II, *ob. cit.*, p. 253 que “*A solução consagrada [no n.º 2 do artigo 936.º] pretende evitar, por um lado, que o locatário-comprador, usurariamente, perca tudo aquilo que pagou, quer a título de renda, quer de preço de uma compra*”.

Assim, o n.º 2 do artigo 936.º CC, atendendo a que as rendas, na verdade, apresentam fundamentalmente natureza de prestações fraccionadas, para que o locatário-comprador não tenha de suportar tão injusto prejuízo que resultaria da não restituição das rendas recebidas, imprime efeitos retroactivos na resolução da locação-venda, determinando

Do que foi sendo dito, ressaltam alguns aspectos em que a locação-venda se avizinha de outras figuras contratuais como a venda a prestações ou a locação financeira de retorno, fundamentalmente no que toca à finalidade perseguida e às especificidades das posições dos sujeitos contratuais, com destaque para a do locador-vendedor que a lei regula por referência aos modelos construídos a partir da ideia de propriedade com fim de garantia (como os já apontados *lease-back* e venda com reserva de propriedade), de que é exemplo sublinhado a manutenção da condição de proprietário bem como a retroactividade da resolução – ao arrepio do regime da locação (artigo 434.º, n.º 2, CC)¹⁴⁴⁸.

Entre locação-venda e venda com reserva de propriedade, tão evidentes são as semelhanças que aquela pode considerar-se sucedânea desta e, por vezes, na prática, mostram-se um tanto confundíveis¹⁴⁴⁹. Em ambas, há uma função aquisitiva diferida do bem objecto do contrato, paralelamente ao gozo imediato desse bem por parte do adquirente, através do pagamento parcelar do respectivo preço de compra. Ao que acresce a hipótese, muito frequente na prática, de estipulação de preço superior, atendendo à forma de pagamento estendida no tempo.

Sem prejuízo desta perspectiva funcional-económica que as aproxima em termos de resultado económico-jurídico, os modelos jurídico-formais têm diferenças estruturais assinaláveis, apesar de lhes serem comumente aplicáveis certas normas, como os artigos 934.º e 935.º CC.

A venda com reserva de propriedade corresponde, *summo rigore*, a um negócio que opera segundo a construção jurídica da compra e venda. Já na estrutura da locação-venda, concorrem elementos da compra e venda, mas também da locação. Do prisma jurídico-formal, nota-se proximidade pela presença de *essentialia* da compra e venda na locação-venda como a renda, ao desempenhar também a função de preço diluído¹⁴⁵⁰.

que uma vez resolvido o contrato (pelo locador, por falta de pagamento do locatário), o locador fica obrigado a restituir as rendas percebidas e o locatário o bem locado, excluindo expressamente convenção em sentido diverso. Por apelo à *ratio essendi* da norma, dir-se-á, então, que a obrigação de restituição abarca somente as “*importâncias recebidas*” na parte correspondente à fracção do preço de aquisição, isto é, na parte (do valor) da renda com natureza de prestação fraccionada e não na parte respeitante aos juros do fraccionamento do preço nem no que toca à contrapartida pelas obrigações intrínsecas à posição de locador, mormente de assegurar o gozo da coisa locada, porque se trata, quer num caso quer no outro, de prestações duradouras, reiteradas e de execução continuada, não restituíveis, portanto, por se encontrarem directamente ligadas ao decurso do tempo. Neste sentido, cfr. J. RIBEIRO DE FARIA, in *Direito das Obrigações*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1990, p. 86, em que o doutrinador aponta a particular natureza das relações obrigacionais duradouras, decorrente “*da ligação da prestação ao tempo calendar*”.

¹⁴⁴⁸ Sublinha MENEZES LEITÃO, na análise do regime da locação, “*não opera retroactivamente, pelo que não obriga a restituir as prestações já realizadas*”, “*uma vez que se trata de um contrato de execução continuada*”. Cfr. *op. cit.* do Autor *Direito das Obrigações*, vol. III, p. 346.

¹⁴⁴⁹ MENEZES LEITÃO doutrina, aliás, que a locação-venda “*surgiu numa época histórica em que não se admitia a celebração de venda com reserva de propriedade, pretendendo precisamente tornejar essa proibição*” – cfr. *ob. cit.* *Direito das Obrigações*, vol. III, p. 72.

¹⁴⁵⁰ *Vide antepenúltima nota.*

Quanto à afinidade com a locação financeira, sabemos que esta figura, na prática, corresponde a uma construção negocial habitualmente utilizada como instrumento de concessão de crédito. Com o *leasing*, o sujeito que pretende adquirir determinado bem entra, *ex contractu*, no gozo da coisa, mantendo, contudo, o locador o direito de propriedade sobre ela, durante a vigência do contrato de locação. Ora, as zonas de fronteira, quando não mesmo de sobreposição, entre a locação financeira e a locação-venda são fundamentalmente relativas ao fim económico perseguido pelas partes, que diremos comum, de aquisição de um bem com pagamento do preço temporalmente diferido, mas também se assinala, em ambas, a presença combinada de elementos próprios da locação com notas da compra e venda, aos quais se adiciona, no *lease-back*, uma promessa unilateral de venda por parte do locador financeiro, uma vez cumprido o contrato de locação financeira e pago o *preço residual*¹⁴⁵¹.

Em ambas as figuras, existe um negócio jurídico de financiamento do uso com subsequente (opção de) aquisição, conservando-se a propriedade na esfera do locador, durante a vigência do contrato, como segurança do seu crédito.

Quanto às dissemelhanças, desde logo, segundo o prisma da estrutura dos negócios, enquanto na locação financeira, o legislador combinou um contrato de locação (pese embora os desvios ao regime geral¹⁴⁵²) com uma obrigação de venda¹⁴⁵³ e, findo o contrato, se o locatário quiser, de facto, adquirir o bem locado será necessário celebrar outro contrato (novo e diferente): uma compra e venda; na locação-venda, encontramos os apontados elementos da locação combinados com *essentialia* de compra e venda, mas aqui a aquisição, a final, opera de modo automático¹⁴⁵⁴ com o pagamento da última prestação (primeiro segmento do n.º 2 do artigo 936.º CC¹⁴⁵⁵).

¹⁴⁵¹ A designação *preço residual* é comum, mas imprópria, embora a assumamos por facilidade discursiva e expressividade. Como já deixámos dito *supra* (nota 1211), o conceito foi suprimido pelo Decreto-Lei n.º 285/2001, de 3 de Novembro (que revogou o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho). *Preço residual* é o *preço determinado ou determinável* convencionalmente a que se refere o artigo 1.º do diploma citado da locação financeira, nos termos do qual pode o locatário comprar o objecto do *leasing*, no termo do contrato, se pagar um preço, para tanto, convencionado.

¹⁴⁵² Um dos aspectos mais significativos deste desvio constata-se em matéria de risco: enquanto na locação comum – como dissemos, aliás, em texto –, o risco de perecimento ou perda do bem locado corre por conta do locador (artigo 1044.º CC), de acordo com o velho princípio *res perit domino*; na locação financeira, é por conta do locatário que corre este risco (determina *expressis verbis* o artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho). Para mais desenvolvimentos da análise da figura da locação financeira, ver *supra* capítulo III, secção II, ponto 5. e, na doutrina, por todos, REMÉDIO MARQUES, *Locação Financeira Restitutiva...*, ob. cit., pp. 575 e segs..

¹⁴⁵³ Esta *obrigação de venda* impende, a final, sobre o locador (alínea c), do n.º 1, do artigo 9.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho).

¹⁴⁵⁴ MENEZES LEITÃO faz mesmo a caracterização da locação-venda como o contrato em que “*as partes declaram estipular uma locação, mas convencionam que a propriedade passará para o locatário automaticamente*”

Sic, na locação-venda, o valor total global das rendas representa já o preço de aquisição do bem locado, ao contrário da locação financeira, em que a opção de compra do bem por parte do locatário implica pagamento de um *preço residual*¹⁴⁵⁶.

Formalmente, regista-se ainda que o *leasing* financeiro corresponde a um tipo contratual com um regime legal próprio, extenso e pormenorizado (Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho), ao passo que a locação-venda se resume a uma norma legal (artigo 936.º CC) que apenas remete para a disciplina da venda a prestações e regula as especificidades da resolução.

Relativamente aos interesses dos sujeitos contratuais, impõe-se assinalar diferenças. Na locação financeira, vimo-lo, o locatário financeiro, a final, não adquire automaticamente o bem locado e a opção de compra implica um novo esforço económico da sua parte, o que requer ponderação¹⁴⁵⁷. Ao invés, na locação-venda, o locatário tem a certeza de que o valor das rendas representa já o pagamento (fraccionado) do preço de compra do bem locado, a tal ponto que no final do contrato, o bem se transmite para a sua esfera jurídica de modo automático¹⁴⁵⁸.

As relações jurídicas que dão existência aos negócios em análise também se distinguem. Habitualmente, o *leasing* assenta numa relação jurídica trilateral em que intervêm o locador, o locatário e o fornecedor do bem, indicado pelo locatário, junto de quem o primeiro compra o bem para em seguida o dar em locação financeira ao segundo. Neste esquema negocial, existe, então, por um lado, num primeiro momento, o contrato de compra e venda entre o locador e o fornecedor e, num segundo momento, um contrato de locação financeira entre o proprietário-locador financeiro e o locatário¹⁴⁵⁹. Apesar de o locatário financeiro poder ser o próprio

no fim de pagamento de todas as rendas ou alugueres convencionados”, na sua ob. cit. *Direito das Obrigações*, vol. III, p. 72 (sublinhámos).

¹⁴⁵⁵ Atente-se na univocidade da formulação linguística do n.º 2 do artigo 936.º CC: “*locar uma coisa, com a cláusula de que ela se tornará propriedade do locatário depois de satisfeitas todas as rendas ou alugueres pactuados*” (sublinhado nosso).

¹⁴⁵⁶ Sendo que a alteração introduzida em 2001 no diploma da locação financeira permite uma aproximação entre esta figura e a locação-venda também quanto ao preço. Com a revogação do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho – pelo artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 285/2001, de 3 de Novembro –, desapareceram *mínimos e máximos legais* para o *valor residual*, pelo que, na prática, o *preço residual* pode ser um montante *simbólico*, reaproximando, quando assim for, neste aspecto, a locação financeira da locação-venda.

¹⁴⁵⁷ Esforço económico traduzido no pagamento do *preço residual*, sem prejuízo de a actual redacção do diploma que disciplina a locação financeira permitir que o *preço residual*, na prática, seja um valor simbólico (cfr. nota anterior). Mas, ainda assim, é só uma hipótese.

¹⁴⁵⁸ Vide notas 1454 e 1455.

¹⁴⁵⁹ A respeito da relação que surge entre os contratos de compra e venda e locação, DIOGO LEITE DE CAMPOS refere tratar-se de uma situação de coligação de contratos, afirmando que “*Tanto o contrato de compra e venda como o contrato de locação constituem contratos distintos. Mas inseridos num contexto «interno» que não permite a consideração de qualquer deles isoladamente; mas antes exige a sua análise em termos de contratos coligados*”. Cfr. ob. cit. do Autor *Ensaio de Análise Tipológica do Contrato de Locação Financeira*, p. 72.

fornecedor do bem – *sale and lease-back*¹⁴⁶⁰ –, na locação-venda, inexistente, a montante, compra e venda na estrutura jurídica-relacional¹⁴⁶¹.

Próxima da locação-venda situa-se ainda a locação com opção de compra ou promessa unilateral de venda¹⁴⁶². Existe na locação financeira um contrato de locação ao qual se apõe cláusula atribuindo ao locatário a opção de compra a final ou em que o locador promete vender ao locatário o bem locado, no termo do contrato. Quer num quer noutro caso, o fim visado pelas partes é possibilitar ao locatário a aquisição do objecto locado, decorrido o período de vigência da locação, cumprido com pontualidade o contrato e mediante o pagamento de um certo valor (dito valor ou preço residual).

Nesta figura, comumente designada por *lease-back*, não pode afirmar-se, *summo rigore*, que a finalidade seja a transmissão da propriedade do bem locado para o locatário, no sentido de aquisição do bem por este.

Prima facie, economicamente, no cálculo do valor das rendas não se procede ao fraccionamento do preço de aquisição. O *quantum* que o locatário paga representa unicamente a contrapartida pela fruição do bem, sendo que a possibilidade e a decisão de compra no final da locação terá como contrapartida, por banda do locatário, um certo preço que este terá de pagar ao locador. Por outras palavras, é *essentialia* da locação financeira a inexistência da (faculdade de) aquisição automática do bem objecto da locação. O que significa que a transmissão da propriedade do bem locado para o locatário depende sempre de uma decisão autónoma e da celebração de *outro* negócio jurídico, ambos independentes e ulteriores relativamente ao contrato de locação¹⁴⁶³.

¹⁴⁶⁰ Sobre a figura, consultar *supra* capítulo III, secção II, ponto 5. e, na doutrina, REMÉDIO MARQUES, *Locação Financeira Restitutiva...*, ob. cit., pp. 575 e segs..

¹⁴⁶¹ Sem embargo outrossim de o locador, na locação-venda, poder, na prática, comprar o bem para, depois, fazer dele o objecto do contrato com o locatário. Como também se admite no *leasing* que o locador financeiro possa ser proprietário do objecto do contrato, antes mesmo de qualquer negócio com o locatário (artigo 7.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho).

Ainda assim, a regra é a da desnecessidade do contrato de compra e venda na locação-venda contraposta à necessidade de, primeiro comprar, para depois se pôr em marcha o esquema da locação financeira.

¹⁴⁶² Sobre os conceitos de contrato-promessa unilateral e pacto de opção, vide J. RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 251-252, M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 347 e ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, ob. cit., pp. 309-311.

¹⁴⁶³ Embora próximo, não deve confundir-se (*lease-back*) com aluguer de longa duração (ALD), frequentemente utilizado pelos particulares como mecanismo de aquisição do bem locado a crédito, conservando o locador a posição de seu proprietário com função de garantia.

Na *praxis negotii* das relações bancárias, a figura é muito usada, nos seguintes moldes: os bancos adquirem determinados bens que depois se tornam o objecto destes contratos de ALD, funcionalizados como contratos de concessão de crédito, por meio dos quais o locador (banco) vende a crédito ao mesmo sujeito a quem dá o bem em aluguer de longa duração.

O negócio-base do ALD é jurídico-formalmente um contrato de locação, sendo certo que as partes nele introduzem cláusulas que o afastam do tipo legal em termos muito semelhantes aos desvios que a locação financeira apresenta

em face da locação e ao qual acrescentam uma promessa unilateral de alienação ou uma opção de compra a favor do locatário, a exercer uma vez cumprido e esgotado o contrato de locação.

Para mais desenvolvimentos sobre o ALD, *vide* RUI PINTO DUARTE, *Alguns aspectos jurídicos dos contratos não bancários de aquisição e uso de bens*, *op. cit.*, p. 65; PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, *op. cit.*, pp. 245-246 e TERESA ANSELMO VAZ, *Alguns Aspectos do Contrato de Compra e Venda a Prestações e Contratos Análogos*, *op. cit.*, pp. 77 e segs..

Nos ordenamentos jurídicos mais próximos do nosso, os contratos de ALD são, de facto, qualificados como contratos de concessão de crédito, entre os quais em Itália (*vide* ANGELO LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, *op. cit.*, p. 8), em França (consultar F. C. DUTILLEUL/P. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 6.è. éd., Paris, Dalloz, 2002, p. 316) e mesmo em Inglaterra, em cujo sistema jurídico de *common law* o ALD surge como figura próxima do *hire-purchase* (consultar sobre esta figura A. G. GUEST *et alt.*, em *Chitty on contracts*, vol. II, *specific contracts*, Sweet & Maxwell, 1977, pp. 625 e segs. e ROY GOODE, *Commercial law*, Penguin UK, 4th Revised edition, 2010, pp. 767 e segs.).

Entre nós, a disseminação do ALD ocorreu especialmente nas décadas de 1980 e 1990, sendo certo que em termos jurídicos, as suas origens são claramente mais antigas (como explica L. CUNHA GONÇALVES, em *Tratado de direito civil em comentário ao código civil português*, vol. III, ob. cit., p. 341, qualificando-o, no entanto como uma «compra e venda condicional»).

O fenómeno que justifica a *descoberta* prática desta figura prende-se sobretudo com razões de benefício fiscal, relativamente às pessoas colectivas, e ao aumento do recurso ao crédito, quer de particulares quer de empresas.

A generalização do ALD surge outrossim como resultado da criação pelos particulares de um instrumento negocial com largas semelhanças com a locação financeira mas que tivesse por objecto bens móveis, sobretudo automóveis, que ao tempo, se questionava se poderiam ou não ser objecto daquele contrato típico. (A propósito da discussão doutrinária travada, *vide* RUI PINTO DUARTE, *Aspectos contratuais do aluguer, da locação financeira e de outros contratos afins à face da lei portuguesa*, in Fisco, 1993, p. 67 e JOÃO FERNANDES, *O regime fiscal da locação financeira versus aluguer de longa duração*, in Fisco, 1993, pp. 43 e segs.).

Clarificada a questão da admissibilidade de contratos de locação financeira que tivessem por objecto automóveis, o recurso ao ALD continuou por razões relativas aos prazos de duração legalmente estabelecidos no Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho e que eram demasiado longos para o interesse económico e vida económica útil média de um veículo automóvel. (A restrição atinente aos períodos de duração mínima da locação financeira muito longos foi, entretanto, eliminada pelas alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 285/2001, de 3 de Novembro).

O contrato de ALD suscita(va) dúvidas de validade relativamente a dois aspectos: por um lado, a questão de as partes, com ele, se proporem *esquivar* à disciplina da locação financeira; por outro, a questão da legitimidade do locador perante o problema da prática da actividade de locação financeira de forma habitual.

Quanto ao primeiro aspecto, a questão é hoje residual, atendendo a que as sucessivas alterações introduzidas no diploma da locação financeira foram removendo os principais factores de inflexibilidade da figura, pelo que a celebração, hoje, de um aluguer de longa duração como forma de, com os efeitos de uma locação financeira, quererem as partes subtrair-se aos rigores das normas imperativas do seu regime já não se afigura um problema digno de nota, fruto da flexibilização gradual da figura.

Diferentemente, no que diz respeito a quem pode exercer como prática habitual a actividade de locação financeira, o artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 149/95, de 24 de Junho veda a qualquer entidade que não seja uma instituição bancária ou uma sociedade de locação financeira (artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 72/95, de 15 de Abril) a celebração de contratos de locação financeira de forma *profissional*, nos seguintes termos “*Nenhuma entidade pode realizar, de forma habitual, operações de natureza similar ou com resultados económicos equivalentes aos dos contratos de locação financeira*”. E questiona-se se, nesta formulação, não pretende o legislador incluir também os contratos de ALD.

Na verdade, o aluguer de longa duração corresponde a um contrato atípico de natureza mista funcionalizado aos objectivos da venda a prestações com reserva de propriedade e da locação-venda e, nos termos preditos, próximo também da própria locação financeira (manifestamente em termos de estrutura jurídica formal operativa). Mais, no

Retomando a análise da disciplina da locação-venda, reitera-se que a lei a aproxima da venda a prestações com reserva de propriedade, afastando-a, em consequência, do regime da locação. Com efeito, na locação-venda, a resolução do contrato pelo locador com fundamento na falta de pagamento das rendas por parte do locatário tem efeitos retroactivos (segunda parte do n.º 2 do artigo 936.º CC), ao arrepio do que sucede no incumprimento de um contrato de locação; na venda a prestações (cuja disciplina a lei manda aplicar à locação-venda no n.º 1 do artigo 936.º CC), o locador-vendedor apenas poderá accionar o referido mecanismo de cessação contratual se e quando o valor não pago das rendas perfizer uma oitava parte do preço total de aquisição do bem locado ou se o atraso no pagamento disser respeito a mais do que um renda-prestação (como determina o artigo 934.º CC). O *quantum* indemnizatório pode ser apontado convencionalmente entre locador-vendedor e locatário-comprador, desde que com observância dos limites legalmente fixados no n.º 1 do artigo 935.º CC (interpretado em conjugação com a parte final do n.º 2 do artigo 936.º CC)¹⁴⁶⁴. Nestas notas, não há diferença entre locação-venda e venda a prestações, por força da predita remissão legal do regime daquela para o desta. Mas ao conteúdo da locação-venda não pode deixar de assinalar-se especial complexidade resultante da introdução de notas próprias do contrato de locação¹⁴⁶⁵ que necessariamente terão de ser articuladas com a finalidade aquisitiva e os específicos *essentialia* da compra e venda¹⁴⁶⁶.

ALD, tal como nos contratos típicos apontados, assinala-se uma situação de titularidade do direito de propriedade com função de garantia.

Em termos jurisprudenciais, *vide* as posições, quanto aos negócios qualificados de aluguer de longa duração, vertidas nos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça (todos disponíveis em www.dgsi.pt/jstj): de 27 de Maio de 2003 (Proc. 03B1456 – relator Ferreira de Almeida) e de 20 de Novembro de 2003 (Proc. 03B3725 – relator Salvador da Costa), em que se distancia claramente o ALD da locação financeira; de 28 de Outubro de 2003 (Proc. 03A2118 – relator Nuno Cameira) e de 24 de Maio de 2005 (Proc. 05A1421 – relator Silva Salazar), afastando a aplicação do regime da locação ao ALD; de 27 de Maio de 2003 (Proc. 03B1456); de 12 de Julho de 2005 (Proc. 05B2352 – relator Salvador da Costa), qualificando o ALD como “*atípico, delineado à luz do princípio da liberdade contratual e regido pelas normas do Código Civil relativas ao contrato de aluguer e pelas cláusulas nele insertas que não contendam com algum normativo de natureza imperativa*” e de 25 de Outubro de 2011 (Proc. 1320/08.1YXLSB.L1.S1 – relator Alves Velho), aproximando o ALD da locação financeira no caso de inclusão de cláusula prevendo o direito ou obrigação de compra do bem locado e que “*na ausência dessa estipulação*”, “*não sobra mais que um aluguer, por mais longa que seja a sua duração estipulada*”.

¹⁴⁶⁴ Da interpretação conjugada das normas do artigo 936.º, n.º 2 (parte final) CC e do n.º 1 do artigo 935.º CC, parece ressaltar a intenção do legislador em proteger o locatário. Neste sentido, PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, no seu *Código Civil Anotado*, vol. II, ob. cit., p. 253, referem que a lei previne que o locatário “*perca tudo aquilo que pagou*”, acautelando, por outro lado, com a previsão de uma cláusula penal, a posição do locador e a perda das rendas por ele sofrida, dentro dos limites do amparo do locatário, desenhados no n.º 2 do artigo 935.º CC – norma analisada por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, em *Sobre o não cumprimento na venda a prestações (algumas notas)*, in «O Direito», Ano 122, Lisboa, 1990, pp. 566 e segs. e em *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 65 e segs..

¹⁴⁶⁵ Sublinhadas pela doutrina, como podemos constatar com DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Locação financeira (leasing) e locação*, op. cit., p. 773, ao apontar “*o ingrediente «locatício» que existe na locação-compra*” e com

Em busca de um recorte completo da figura da locação-venda, importa, então, convocar as normas do regime da locação que se lhe aplicam.

No essencial, o elemento da locação que enforma a disciplina e, a montante, o conteúdo da relação obrigacional emergente da locação-venda é a obrigação a que o locador-vendedor fica adstrito de “*assegurar (...) o gozo [do bem locado] para os fins a que a coisa se destina*” (nos termos da alínea b) do artigo 1031.º CC)¹⁴⁶⁷, obrigação da qual decorre uma outra de proceder às reparações necessárias no bem locado (artigo 1036.º CC)^{1468,1469}.

MENEZES LEITÃO que na sua ob. cit. *Direito das Obrigações*, vol. III, p. 73 destaca a obrigação do locador-alienante de “*proporcionar ao comprador o gozo da coisa, como locatário desta*”.

¹⁴⁶⁶ Uma parte da doutrina qualifica a locação-venda estruturalmente como um contrato misto integrado, a um tempo, por notas características da locação e da compra e venda a prestações com reserva de propriedade. Neste sentido, cfr., por exemplo, DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Locação financeira (leasing) e locação*, op. cit., p. 773. Com uma opinião discordante, PEREIRA COELHO e INOCÊNCIO GALVÃO TELLES para quem a locação-venda configura um esquema negocial de união alternativa de contratos. Cfr. F. PEREIRA COELHO, *Arrendamento*, op. cit., p. 24. No mesmo sentido, vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 3.ª edição, p. 398 – nota 1, sendo que na sua op. cit. *Contratos civis*, pp. 24-25, afirma que “*o pagamento da última prestação, por parte do locatário-comprador, funciona como condição resolutiva da locação e suspensiva da compra e venda*”. Segundo outra parte da doutrina, a locação-venda reconduz-se a uma venda a prestações com reserva de propriedade. Nesta linha de pensamento, encontramos, entre nós, TERESA ANSELMO VAZ, *Alguns Aspectos do Contrato de Compra e Venda a Prestações e Contratos Análogos*, op. cit., p. 76 e, em Itália, ANGELO LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, op. cit., pp. 8 e 108.

Ainda outros Autores, como MENEZES LEITÃO e MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, qualificam a locação-venda como uma modalidade específica de compra e venda, embora com notas da locação que decorrem do gozo imediato que o vendedor-locador proporciona ao adquirente-locatário. Cfr. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. III, p. 73, em que depois de expor as diversas posições doutrinárias, o doutrinador proclama: “*Preferimos (...) qualificar esta figura como uma modalidade específica de venda em que, sendo diferida a transmissão da propriedade até ao pagamento do preço, o vendedor se obriga entretanto a proporcionar ao comprador o gozo da coisa, como locatário desta*”. PESTANA DE VASCONCELOS, na sua ob. cit. *A Cessão de Créditos em Garantia...*, op. cit., p. 551 – nota 1388, declara que o seu entendimento coincide com o de MENEZES LEITÃO, situando-o “*Na linha que cremos correcta*”.

¹⁴⁶⁷ Como sublinha MENEZES LEITÃO na sua ob. cit. *Direito das Obrigações*, vol. III, p. 73 ao destacar a obrigação do locador-alienante de “*proporcionar ao comprador o gozo da coisa, como locatário desta*”.

¹⁴⁶⁸ Quanto às obrigações do locador, vide PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA no seu *Código Civil Anotado*, vol. II, ob. cit., pp. 380 e segs.; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (parte especial), contratos. Compra e venda, locação, empreitada*, op. cit., pp. 187 e segs. e JORGE PINTO FURTADO, *Manual do arrendamento urbano*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 31 e segs..

Do ponto de vista das obrigações do vendedor numa compra e venda, existe, tal como na posição do locador, a obrigação de entrega da coisa, mas *naturaliter* não surge na sua esfera a obrigação de assegurar o gozo dela a quem a adquire. Já na compra e venda a prestações com reserva de propriedade, as obrigações do vendedor que conserva a titularidade do direito de propriedade não se resumem à *traditio*, sendo certo por outro lado que fica, desde logo, obrigado a abster-se de qualquer acto que possa perturbar ou mesmo impedir o gozo da coisa, apesar de ser proprietário do bem vendido, até que a transferência da propriedade ocorra para a esfera do comprador, como vimos *supra*. Segundo a orientação dominante, este comprador é um possuidor em nome próprio, pelo que esta obrigação corresponde a uma prestação de *non facere*, traduzida no dever de respeito por essa posse, ou seja, trata-se de um dever genérico de respeitar a posse alheia.

Nesta medida, o valor da renda deve representar, não só a amortização do preço de aquisição do bem locado e respectivos juros, mas também o quantitativo que remunerare os encargos e riscos que o vendedor tem de assumir no âmbito das suas obrigações como locador.

Em termos comparativos, em princípio, o *quantum* da renda na locação-venda será, pela razão aduzida, mais elevado do que na simples venda a prestações com reserva de propriedade. Razão por que são manifestas as vantagens decorrentes da utilização da locação-venda, pois a articulação que encerra entre notas de compra e venda e locação possibilita, a um tempo, por banda do comprador, a aquisição a crédito de um bem com o seu gozo imediato e, do lado do vendedor, a conservação da propriedade como garantia da satisfação do seu crédito. Assinala-se, *sic*, um resultado económico muito próximo do que se alcança por meio de uma compra e venda a prestações com reserva de propriedade, com os benefícios, para o adquirente da sua posição de locatário.

A locação-venda cumpre, então, a finalidade dupla de concessão de crédito e de fruição da coisa, com a particular característica de conceder ao vendedor um importante reforço da sua posição de credor.

Sumarizando, pode a locação-venda descrever-se como um contrato parcialmente típico, de conteúdo formado por notas características da locação e por elementos privativos da compra e

Na locação, identifica-se a existência de uma obrigação de conteúdo semelhante, nos termos do n.º 1 do artigo 1037.º CC, porém, neste âmbito, ela compreende também uma prestação positiva. Com efeito, a obrigação de assegurar o gozo da coisa que impende sobre o locador apresenta um conteúdo de *facere*, traduzido na prática dos actos necessários para a fruição do bem locado. Neste sentido, cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito das obrigações (parte especial), contratos. Compra e venda, locação, empreitada, op. cit.*, p. 190.

Com a devida nota que distancia as referidas obrigações, apontada por ALMEIDA COSTA, porque, enquanto na locação, a predita obrigação de não perturbar ou impedir o gozo da coisa surge como um dever principal, na compra e venda a prestações com reserva de propriedade, constitui um dever de mera “*natureza acessória*”. Cfr. *op. cit.* do Autor *Anotação ao acórdão do STJ de 24/1/1985, in RLJ, Ano 118.º, 1985, p. 383.*

¹⁴⁶⁹ A doutrina entende que as normas da locação referentes ao incumprimento e, de modo particular, à resolução não se aplicam à locação-venda.

Por um lado, o elemento da locação presente nesta figura contratual, como ficou dito em texto, situa-se fundamentalmente na referida obrigação de assegurar o gozo da coisa.

Por outro lado, por expressa determinação da lei (artigo 936.º, n.º 2, segunda parte, CC), ao incumprimento por parte do locatário-comprador e à resolução que em consequência o locador-vendedor pode desencadear, aplicam-se as regras da venda a prestações com reserva de propriedade (artigo 934.º CC). Tal solução decorre da lei, mas, sublinhamos, importa salientar que a convocação da disciplina da locação, em matéria de vicissitudes contratuais da locação-venda, desvirtuaria a função daquele negócio que é a aquisição de um bem, com transferência da propriedade diferida no tempo, porque se regista o diferimento outrossim do pagamento do preço (por fraccionamento) a par da conservação da propriedade na esfera do alienante como garantia do seu crédito, até efectivo e integral pagamento do bem.

Mais, *ex vi* da teoria da absorção, defendida – pelo menos em termos de orientação para a qual propendem – pela maior parte dos doutrinadores, alcançar-se-ia idêntica solução, porque, à sua luz, nos contratos mistos em que um tipo contratual domina a composição da *fattispecie*, o regime legal do elemento central *absorve* os demais que concorrem para a construção daquela concreta figura negocial.

venda a prestações com reserva de propriedade – que dominam na sua configuração – e em que a propriedade funciona como garantia.

Segundo o prisma do princípio *par conditio creditorum*, a locação-venda pode suscitar a questão de saber se não representa uma diminuição da garantia geral das obrigações do devedor locador, uma vez que no termo do contrato o bem dado em locação ingressa na esfera jurídica do locatário. E, na verdade, assim pode ser, porque os credores comuns do locador desconhecem, sem obrigação de conhecer, que o contrato de locação de certo bem deste contém uma cláusula nos termos da qual, no termo do contrato, depois de pagas todas as rendas devidas, a *res* locada “*se tornará propriedade do locatário*”.

A locação-venda não bole com o n.º 1 do artigo 604.º CC se o devedor for o locatário, pois o bem locado não integra a garantia geral, uma vez que pertence a terceiro, mas já será hábil para afrontar a igualdade de tratamento dos credores comuns se o devedor for o locador e o locatário um dos credores.

Quanto à aptidão da figura para tornear a proibição do pacto comissório, é manifesta. Basta pensar na possibilidade de o devedor ser o locador que cede em locação-venda o bem ao seu credor por um valor de renda-preço simbólico. Será um invólucro jurídico-formal habilíssimo para defraudar o artigo 694.º CC, porque a aquisição a final é automática, como vimos, e, portanto, com a simulação de uma locação-venda ou mesmo com negócio real, com valor diminuto ou até, por exemplo, com *quantum* renda-preço só pela diferença entre o crédito e o bem, o credor, no termo do contrato, adquire *ipso facto* o objecto e (auto-)satisfaz com ele o seu crédito.

Quanto aos demais credores, a locação-venda é também propícia a *fraude* das suas legítimas expectativas enquanto titulares de direito de crédito. Integrando o bem-locado-vendido o acervo patrimonial do seu devedor-locador, é legítimo que contem com ele para responder pelas dívidas, nos termos do artigo 601.º CC. O certo é que no termo do contrato, ele não mais fará parte da massa de bens que os credores poderão executar, tornando-se automaticamente propriedade do locatário (artigo 936.º, n.º 2, primeira parte, CC). Ora se o locatário for um dos credores do locador, ele acaba por obter um privilegiamento em relação aos demais.

Claro que se se entender que um tal contrato representa uma diminuição da garantia patrimonial, os credores sempre podem reagir judicialmente, através dos mecanismos conservatórios da garantia – entre os quais, a já referida acção de impugnação pauliana (artigo 610.º CC)¹⁴⁷⁰. E, portanto, de certa forma, a lei acaba por fazer, com estes mecanismos gerais, um certo contra-balanço da atenuação do princípio *par conditio creditorum*.

¹⁴⁷⁰ Vide notas 1437 e 1438.

2.4 Procuração irrevogável

A doutrina alemã inclui entre as modalidades dos tipos negociais fiduciários negócios que não implicam a transferência do direito em causa para o fiduciário, mas simplesmente a possibilidade de ele poder exercer os poderes que sejam próprios do negócio jurídico em questão, em nome próprio, embora por conta do fiduciante, sob a égide de uma específica autorização deste último prestada nesse sentido ou actuando em nome do representado apoiado nos poderes concedidos nos termos de uma procuração designada por *procuração irrevogável*¹⁴⁷¹.

À luz do quadro legal português, pergunta-se até que ponto a *procuração irrevogável*¹⁴⁷² deve reconduzir-se à categoria dos negócios fiduciários e, sendo admissível, se idêntica qualificação merece essoutra autorização para que alguém possa dispor de direito alheio em nome próprio^{1473_1474}.

¹⁴⁷¹ Sobre a figura, vide PEDRO PAIS DE VASCONCELOS *A Procuração Irrevogável*, Almedina, Coimbra, 2002, *passim*. O Autor aponta ainda (p. 8) insignes doutrinadores alemães também como referência nesta temática: FLUMES, *El negocio jurídico – parte general del Derecho Civil*, Tomo II, 4.ª ed., Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1998, §§ 43 a 53, pp. 875 a 1059 e LARENZ, em LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 8. Aufl, Beck, München, 1997, §§ 46 a 49, pp. 858 a 943 e contextualiza, *de iure condito*, explicando que “no direito alemão, a irrevogabilidade da procuração está expressamente prevista no § 168 BGB que é do seguinte teor: «A extinção da procuração é determinada segundo a relação jurídica subjacente à sua emissão (outorga)»”.

¹⁴⁷² Sobre a figura da procuração irrevogável, vide PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, ob. cit., pp. 301 e segs. e *A procuração irrevogável*, ob. cit., *passim*, JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção fidejussória...*, op. cit., p. 100, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em direito civil (ensaio de reconstrução dogmática)*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 969 e segs..

¹⁴⁷³ VAZ SERRA defendia a admissibilidade no nosso ordenamento jurídico de uma figura por meio da qual alguém autoriza outrem a dispor de um direito alheio (titulado pelo primeiro) em nome próprio, correspondente à *Ermächtigung* alemã, apesar de inexistir no quadro legal português uma norma (prevendo expressamente a figura) como o § 185 do BGB.

Na sua *Anotação* ao Acórdão do STJ de 19 de Março de 1976 (*in* Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 110.º, pp. 93-95), escreve o doutrinador que “uma disposição como a do § 185 Código Civil alemão não é, em rigor, necessária, visto resultar dos princípios gerais: do mesmo modo que a lei permite ao titular do direito a atribuição de poderes de representação a outrem (Cód. Civil, arts. 258.º, 262.º), permite-lhe igualmente a atribuição a outrem de um poder de disposição em próprio nome, como expressão do seu direito e da autonomia da sua vontade”.

Esta posição era já sustentada por PESSOA JORGE, ainda na vigência do Código de Seabra, em *O mandato sem representação*, Ática Limitada, Lisboa, 1961, pp. 387 e segs., defendendo o Autor a admissibilidade no quadro legal português de uma figura semelhante à *Ermächtigung* alemã, por reputar “justo” o princípio por ela expresso e, de resto, harmónico com o nosso sistema jurídico, em especial com o artigo 645.º do Código de Seabra que determinava que “os contratos podem ser celebrados por interposta pessoa devidamente autorizada”. Identificava nesta norma “em termos mais amplos ainda, a mesma ideia do §185” a traduzir num “acto unilateral do titular de certa esfera jurídica, pelo qual permite a outra pessoa que, através de atividades materiais ou jurídicas, se intrometa nessa esfera” (citações das páginas 402 e 400, respectivamente, da ob. cit.).

¹⁴⁷⁴ Ainda que se não admita, em face do nosso quadro legal, a validade de uma autorização para alguém dispor, em nome próprio, de um direito alheio, sempre tal resultado será alcançável por meio de um *mandato sem*

Entre nós, conferem-se poderes de representação a favor de outrem através de acto voluntário e a *procuração* corresponde, de facto, a negócio jurídico unilateral que opera a atribuição de poderes representativos.

A procuração é livremente revogável pelo autor do negócio e, de igual modo, o mandatário pode renunciar aos poderes em que é investido, nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 265.º CC e do artigo 266.º CC.

Contudo, se os poderes constantes da procuração tiverem sido outrossim conferidos “*no interesse do procurador ou de terceiro*”, já a procuração “*não pode ser revogada sem o acordo do interessado, salvo ocorrendo justa causa*”, *ex vi* do n.º 3 do artigo 265.º CC¹⁴⁷⁵. E o interesse do mandante em que não seja revogada a procuração tem de emergir da própria relação jurídica

representação com poderes para alienar, considerando-se que tal mandato engloba poderes para o mandatário legitimamente alienar o direito do mandante. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, no seu *Código Civil Anotado*, vol. II, p. 749, defendem que “*o mandato, mesmo sem representação, confere ao mandatário essa legitimidade – o poder de vender. A venda é, portanto, válida, embora a coisa seja alheia*”. M. JANUÁRIO COSTA GOMES mostra-se alinhado com tal entendimento, como resulta da posição expressa na sua obra *Em tema de revogação do mandato civil*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 123.

Aliás, a orientação predita mostra-se vizinha daquela que PESSOA JORGE apresentava a respeito do mandato sem representação. (Cfr. ob. cit. do Autor *O mandato sem representação*, pp. 405 e segs.) Segundo ele, seria lícita a aposição naquele mandato de específica autorização no sentido de conceder ao mandatário legítimos poderes para “*realizar o acto ou negócio jurídico*”. Quanto à ingerência representada pela prática desses actos, ela seria considerada consumida “*como acto autónomo*” pelo próprio negócio ao qual se imputariam “*todos os efeitos*”. Relativamente a este aspecto, o próprio Autor *hesita* perante a solução, reconhecendo que ela é considerada “*todavia, duvidosa*”, sublinhando “*mas de reduzido alcance prático*” (citações da p. 407).

Pode afirmar-se, então, que ambas as perspectivas se aproximam, por sua vez, da fidúcia de tipo germânico, com um desvio quanto à fonte de legitimação do poder do mandatário: na fidúcia autorizativa alemã, resultaria de um negócio jurídico unilateral – a denominada *Ermächtigung* – e, segundo os nossos doutrinadores, decorreria do próprio contrato de mandato (embora PESSOA JORGE, como vimos, revele algumas dúvidas).

Em qualquer caso, seguindo a visão de VAZ SERRA e PESSOA JORGE, não poderá uma autorização para disposição de um direito alheio em nome próprio enquadrar-se no negócio fiduciário *stricto sensu* (embora reconduzível a esta categoria negocial na sua acepção ampla), porquanto o mandante mantém o poder de disposição sobre o direito em causa – que não se transmite ao mandatário – e, então, tornar-se-ia possível limitar convencionalmente o poder de abuso. Contudo, de uma autorização nos termos referidos sempre poderá resultar uma posição verdadeiramente fiduciária quanto aos direitos adquiridos pelo mandatário por meio do acto autorizado com terceiro, assinalando-se, nestas situações, uma clara aproximação ao negócio fiduciário indirecto.

Sempre que tal suceda, defende PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, o mandatário autorizado deverá (re)transmitir ao mandante autorizante os direitos assim adquiridos. Cfr. do Autor *A procuração irrevogável*, op. cit., p. 71 (nota 351).

¹⁴⁷⁵ Uma parte da doutrina enuncia a possibilidade de não ser revogável também sem acordo do interessado a procuração conferida outrossim apenas no interesse do procurador.

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS integra esta linha de pensamento, como podemos ler na sua ob. cit. *A procuração irrevogável*, pp. 94 e segs..

Em sentido oposto, *vide* LUÍS CARVALHO FERNANDES, em *Teoria geral do direito civil*, vol. II, ob. cit., p. 204.

Manifestando dúvidas, encontramos M. JANUÁRIO COSTA GOMES, na sua ob. cit. *Assunção fidejussória de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, p. 100.

subjacente. Vale isto por dizer que a natureza irrevogável da procuração tem de decorrer da relação que lhe deu causa, na medida em que é manifestamente oneroso para o procurador este comando normativo¹⁴⁷⁶. A lei deixa claro que a procuração irrevogável tem necessariamente de ser específica, porque uma procuração de âmbito geral de natureza irrevogável representaria intolerável limitação da autonomia privada do procurador¹⁴⁷⁷.

Por banda do representante, o mandatário que tenha a seu favor uma procuração irrevogável ascende a posição jurídica muito mais segura e protegida do que aqueloutro cujos poderes podem ser revogados livre e unilateralmente e a qualquer momento pelo seu representado.

Em qualquer dos casos, importa sublinhar que nunca, por meio de uma procuração, o mandante transmite ao procurador o direito de que este pode dispor (nos termos dos poderes que a procuração lhe confere).

O representado conserva sempre os poderes intrínsecos à sua posição de titular do direito. E mantém-nos intocadamente, sendo certo outrossim que pode estar obrigado a abster-se do respectivo exercício, nos termos da relação jurídica subjacente à procuração. Em sequência, o direito e/ou o objecto sobre o qual incide pode ser penhorado em sede de execução intentada pelos credores do mandante ou até liquidado no âmbito de um processo de insolvência.

Sem prejuízo, na medida em que a procuração, por definição, atribui poderes ao mandatário para ele dispor do direito, sem atender à vontade do representado, revela-se um instrumento propício a comportamentos abusivos por parte do procurador. E contra esse perigo, o mandante apenas pode salvaguardar-se por via convencional, por via negocial¹⁴⁷⁸.

Assim, pode o representado circunscrever a chamada *excedência do meio sobre o fim visado* e se, ainda assim, o procurador utilizar os seus poderes abusivamente, entende a doutrina verificarem-se os requisitos do *abuso de representação*, enunciados no artigo 269.º CC, instituto

¹⁴⁷⁶ É o que afirma, por exemplo, OLIVEIRA ASCENSÃO que apelida de “gravosa” a regra do n.º 3 do artigo 265.º CC, justificando-a com a explicação de que a “*representação supõe um vínculo de confiança, quase sempre, e não se pode impor, mesmo indirectamente, que alguém mantenha um representante em quem não confia. Tem de se supor que a regra funciona apenas em casos em que a relação fundamental, que justifica a procuração, imponha como um seu trecho a manutenção do vínculo, pois de outra maneira se violaria essa relação global*”. Cfr. *Direito civil. Teoria geral*, vol. II, *acções e factos jurídicos*, op. cit., pp. 244-245.

Concordando com esta posição, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, como podemos ler em *A procuração irrevogável*, op. cit., p. 87 e em *Contratos atípicos*, op. cit., p. 305.

¹⁴⁷⁷ O Supremo Tribunal, num Acórdão de 22 de Janeiro de 1990, vai mais longe e atribui ao princípio da livre revogabilidade das procurações a função de “*salvaguardar a autonomia da personalidade do mandante*” – cfr. *apud* PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, ob. cit., p. 302.

¹⁴⁷⁸ Neste sentido, STEFAN GRUNDMANN, *Der Treuhandvertrag, insbesondere die werbende Treuhand*, Beck, München, 1997, pp. 308-309.

por força do qual será ineficaz, perante o mandante, negócio que o mandatário celebre se aquele o não ratificar (n.º 1 do artigo 268.º CC)¹⁴⁷⁹⁻¹⁴⁸⁰⁻¹⁴⁸¹.

Identificada a *pedra de toque* da natureza irrevogável de uma procuração na relação subjacente, importa averiguar as notas que enformam os negócios que lhe servem de base.

Prima facie, nestes negócios, típicos ou atípicos, necessariamente existe uma parte do seu conteúdo que diz respeito à prática de actos jurídicos de alguém por conta de outrem. Descrito o mecanismo operativo da relação, no prisma de base da procuração, dele não decorre o âmbito da relação subjacente, sendo certo que abundantes vezes dos negócios-base não se retiram todos os elementos da relação subjacente. Por exemplo, num mandato ou numa simples autorização, facilmente se encontram situações em que a sua função decorre, ela própria, de outro negócio jurídico que lhes subjaz¹⁴⁸². Como decorre se da autorização resultar que o autorizado pode celebrar um contrato

¹⁴⁷⁹ Consultar a respeito desta disposição normativa, MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil, op. cit.*, pp. 308-309.

¹⁴⁸⁰ Doutrinariamente, considera-se que a figura da procuração irrevogável não deve estender-se ao âmbito dos negócios fiduciários, mau grado o elemento de *confiança* em que assentam tanto a procuração quanto a fidúcia. À luz do risco em que incorrem fiduciante e mandante, julga-se menor aquele a que é exposto este último, argumento ao qual se junta a possibilidade de o primeiro poder facilmente limitar os poderes do fiduciário através de uma procuração especial. Por proximidade de razões, considera-se, de igual modo, que a figura do mecanismo do n.º 3 do artigo 265.º CC não tem cabimento na cessão de bens aos credores (artigos 831.º a 836.º CC), em que o direito que recai sobre os bens não se transmite aos credores cessionários.

Com efeito, na cessão de bens, os credores a quem o devedor cede os bens (sendo que pode cedê-los apenas a um ou alguns dos seus credores, nos termos do artigo 831.º CC) passam a deter, em exclusivo, relativamente aos bens cedidos, poderes de administração e disposição (n.º 1 do artigo 834.º CC). E o devedor cedente passa a titular *meros* poderes de fiscalização da gestão dos cessionários – podendo também exigir que lhe sejam prestadas contas, nos termos do n.º 2 do artigo 834.º CC. Relativamente aos bens cedidos, os direitos que sobre eles recaem não são transmitidos para os credores cessionários, conservando-se na titularidade privativa do devedor. Pelo que relativamente aos credores não cessionários do devedor cedente, titulares de um direito de crédito anterior à cessão, assiste-lhes o direito de executar todo o património do devedor, mesmo os bens objecto da cessão, enquanto não forem alienados, como determina expressamente a primeira parte do n.º 1 do artigo 833.º CC.

Em resultado de uma cessão de bens, os credores cessionários ficam investidos em poderes de administração e disposição sobre os bens cedidos pelo devedor, por forma a que, com o produto da venda dos mesmos, realizem os seus créditos, sendo que o devedor cedente apenas se libera perante estes credores na medida do que estes receberem efectivamente, como determina o artigo 835.º CC.

Desta sumaríssima descrição da cessão de bens aos credores, compreende-se que será reduzida a margem para comportamentos abusivos por parte dos credores cessionários, salvo, por exemplo, a realização de alienações por peço vil, o que pode ser controlado pelo devedor cedente no uso do seu direito de fiscalização e prestação de contas. Para mais desenvolvimentos sobre a figura da cessão de bens aos credores, *vide*, por todos, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. II, pp. 155 e segs. e M. J. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, ob. cit., pp. 1011 e segs..

¹⁴⁸¹ Sem prejuízo, sublinha-se a elasticidade da figura da procuração irrevogável para dar existência a uma relação jurídica fiduciária. Neste sentido, a posição de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS manifestada na sua ob. cit. *Contratos atípicos*, p. 301.

¹⁴⁸² Excepto no caso do contrato de trabalho, como sublinha PAIS DE VASCONCELOS, afirmando que este “*contém em si toda a relação jurídica subjacente à procuração*”. Cfr. ob. cit. do Autor *A procuração irrevogável*, p. 75 (nota 355).

que garanta ao autorizante a propriedade de determinados materiais de construção, situando-se na base da autorização um contrato de empreitada, em cujos termos o dono da obra se obrigou ao fornecimento daqueles bens. Examinando apenas a autorização, só se reconhecem os poderes para o autorizado adquirir os bens em causa, tornando-se essencial o contrato de empreitada para conhecer os exactos termos dos poderes, isto é, o preço, o tipo de materiais...¹⁴⁸³

Nestes casos, diz-se que a relação subjacente é constituída por uma pluralidade de negócios jurídicos¹⁴⁸⁴, pelo que pode a relação-base ser composta por um ou mais negócios jurídicos e estes vinculam tanto o mandante como o procurador – podendo ainda vincular terceiros à procuração – e contemplam no seu conteúdo o regime da regulação da prática dos actos por conta de outrem, de tal modo que a partir deles deve conseguir identificar-se os fins perseguidos pelas partes, a própria função da procuração e os contornos e limites do exercício dos poderes que se atribuem ao procurador.

Ora, a relação subjacente pode ser – e será tantas vezes na prática – uma relação creditícia. Nestes casos, pergunta-se se a procuração irrevogável não afronta a *par conditio creditorum* e, mais do que isso, se não encobrirá um verdadeiro pacto comissório. Julgamos que é, de facto, possibilidade não despicienda.

Legitimamente, a procuração pode ter função de instrumento de garantia (*procuração para garantia*¹⁴⁸⁵), tendente à efectivação da segurança do crédito do procurador, mas a fronteira afigurar-se-á ténue, muitas vezes, entre a realização da garantia e a auto-satisfação do direito do credor. Pensemos, por exemplo, na hipótese de venda particular de imóveis¹⁴⁸⁶ ou na larguíssima porta aberta para o *negócio consigo mesmo*¹⁴⁸⁷: o *boudoir* perfeito para o pacto comissório.

Claro que valem, também aqui, as considerações acima tecidas a respeito da possibilidade de reacção dos demais credores do devedor que beneficie ilicitamente um credor. Têm ao seu dispor os meios de conservação da garantia patrimonial e, na verdade, sublinhamos como o controlo judicial foi a resposta encontrada pela lei para salvaguardar terceiros-credores de hipóteses práticas de uso abusivo de figuras que convivem, em tese, bem com o artigo 604.º, n.º 1 CC e com o artigo 694.º CC, mas que, na prática, se podem revelar seus odiosos carrascos¹⁴⁸⁸.

¹⁴⁸³ É o impressivo exemplo apresentado por PEDRO PAIS DE VASCONCELOS na sua ob. cit. *A procuração irrevogável*, p. 75.

¹⁴⁸⁴ No mesmo sentido, a respeito do mandato irrevogável, vide M. J. COSTA GOMES, na sua ob. cit. *Em tema de revogação*, pp. 170-171.

¹⁴⁸⁵ Na expressão de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, em *A Procuração Irrevogável*, ob. cit., 95.

¹⁴⁸⁶ Em violação clara do artigo 694.º CC. Vimos, a propósito do regime das garantias reais, que só em sede de penhor é permitido pacto de venda *particular* (extraprocessual) e adjudicação e só nos exactos termos estabelecidos no artigo 675º CC – cfr. *supra* capítulo III, secção I, ponto 2.2.

¹⁴⁸⁷ *Meramente* anulável, nos termos do artigo 261.º CC.

¹⁴⁸⁸ Cfr. notas 1437 e 1438.

A nossa jurisprudência parece sensível ao uso fraudulento da procuração irrevogável, sublinhando-se a facilidade com que se encontram decisões acertadas e bem fundamentadas no sentido de a sua outorga poder, na verdade, mais não ser do que um instrumento para iludir a proibição do pacto comissório, em fraude à lei¹⁴⁸⁹.

2.5 Trust

O *trust*¹⁴⁹⁰ corresponde a uma figura do direito anglo-saxónico¹⁴⁹¹ que tal como o negócio fiduciário típico assenta no elemento *confiança*¹⁴⁹², mas que apresentam diferenças que importa assinalar.

¹⁴⁸⁹ Exemplificativamente: Ac. TRP, de 7 de Junho de 2004, in CJ, XXXIX (2004), tomo III, pp. 186 e segs. – *apud* PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, ob. cit., p. 202 (nota 499) e em www.dgsi.pt: Ac. STJ, de 21 de Dezembro de 2005, Proc. n.º 04B4479 (relator Pereira da Silva), sufragando que “a proibição absoluta do pacto comissório consignada no art. 694.º do CC, pelo seu espírito, abrange, outrossim, o pacto pelo qual se convencione o direito de venda particular”, correspondendo tal proibição “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»”. E que “a procuração irrevogável é um acto unilateral, sempre ligada a um contrato que constitui a «relação subjacente», não raro traduzindo acto de execução ou cumprimento de tal relação podendo ser consubstanciada por pacto comissório” e Ac. TRL de 9 de Julho de 2009, Proc. n.º 3529/08.9TVLSB-B.L1-6 (relator José Eduardo Sapateiro) que entende que “no que toca ao penhor de acções (...), em caso de incumprimento (...) das obrigações garantidas (...) proceder à venda a si próprio das mesmas, nos termos da Procuração irrevogável (...) tal situação não se reconduz, na nossa opinião, a um mero acordo de venda extrajudicial mas antes à figura do pacto comissório, previsto e vedado nos termos previstos nos artigos 694.º, 678.º e 679.º do Código Civil, pois consagra-se aqui a faculdade do credor fazer seus, de uma forma directa e imediata, os títulos de participação social empenhados, através da referida venda a si mesmo, negócio esse de legalidade assaz duvidosa, pois não obstante estarmos em presença de operações de natureza bancária, não se aplica ao dito penhor o artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004 de 8/05, restrito ao penhor financeiro, ou seja aquele que incide sobre instrumentos financeiros dados em garantia”. Mais acrescenta o Acórdão, embora não subscrevamos o ponto de vista, quanto aos contratos de garantia financeira: “sempre se dirá que temos sérias dúvidas quanto à constitucionalidade de regimes como o transcrito, que permitem tais Pactos Comissórios (ainda que travestidos em compensação) e, conseqüentemente, a cobrança do crédito incumprido por parte do credor, através da venda ou apossamento directo, imediato e extrajudicial dos valores ou bens oferecidos em garantia, porque 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)”.

¹⁴⁹⁰ O *trust* corresponde a uma figura jurídica muito popular nos sistemas de *common law* como instrumento de transferência de propriedade, por meio do qual alguém (*settlor*) transmite bens a outrem (*trustee*), mas em benefício de um terceiro (*beneficiary*). No fundo, corresponde a um negócio de transmissão de direitos, não a favor do transmissário, mas de terceiro. A exemplo dos nossos tipos doação e testamento (respectivamente), o *trust* também pode ser instituído por negócio *inter vivos* ou *mortis causa* e o objecto tem de ser determinado ou determinável. Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, ob. cit., p. 269 e *vide* também nota 1497.

¹⁴⁹¹ Sobre a figura, *vide*, entre nós, por todos, o recente estudo de A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, ob. cit., *passim* e Maria João Vaz Tomé/Diogo Leite de Campos, *A propriedade fiduciária*

Na verdade, a *fiducia* de tipo romano não pode confundir-se com o *trust*¹⁴⁹³ e a fronteira traça-se considerando que a figura romanista se caracteriza pela transmissão que alguém (fiduciante) realiza a favor de outrem (fiduciário), *ex contractu*, de um direito que o transmissário se obriga a exercer dentro de certos limites e a transferir de novo a favor do primeiro ou de terceiro que este designe, uma vez corrido certo lapso temporal ou verificadas determinadas circunstâncias definidas no próprio contrato¹⁴⁹⁴ e que o *trust* corresponde tipicamente a uma transmissão da propriedade sobre bens determinados ou determináveis que alguém (o *settlor*) realiza para outrem (o *trustee*), mas, na verdade, não a favor do transmissário, mas sim de um terceiro (o *beneficiary*)¹⁴⁹⁵.

Entre os múltiplos fins que se assinalam como causa-função dos negócios fiduciários, a garantia de obrigações assume especial relevo e em termos dogmáticos representa uma das duas grandes modalidades de negócios fiduciários: a denominada *fiducia cum creditore*¹⁴⁹⁶.

Sabemos que neste tipo de negócio fiduciário, o direito que ingressa na esfera do fiduciário deverá ser retransmitido assim que for cumprida a obrigação garantida a favor do fiduciante ou de terceiro indicado por ele. A posição jurídica do fiduciante, de natureza creditória, tem no seu conteúdo os poderes intrínsecos aos direitos de um credor e, portanto, assiste-lhe o poder de exigir o cumprimento da obrigação junto do fiduciário bem como, por força do negócio fiduciário, o poder de exigir que o fiduciário exerça o direito que ele lhe transmitiu de acordo com os termos contratualmente fixados e a respectiva retransmissão.

(Trust). *Estudo para a sua consagração no direito português*, ob. cit., pp. 199 e segs.. Na doutrina inglesa, A. W. B. SIMPSON, *A History of The Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit*, pp. 327 e segs.; J. G. RIDDALL, *The Law of Trusts*, *passim* – cfr. *apud* PEDRO PAIS DE VASCONCELOS *Contratos Atípicos*, ob. cit., pp. 267-269.

¹⁴⁹² Assente na *confiança*, a figura que hoje qualificamos como *trust* nasceu do *use*: o *use*, como a *fiducia* romanista, deve-se ao papel protector do *Chanceler* que podemos identificar como uma espécie de *Pretor* medievo, em que as questões jurídicas se deslindavam à luz da *equity* e em que lhe cumpria uma função de *jus honorarium*. Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, em *Contratos Atípicos*, ob. cit., pp. 267-269.

¹⁴⁹³ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, em *Contratos Atípicos*, ob. cit., p. 271, assume posição clara a este respeito, afirmando: “o conteúdo do «trust» afasta-se da *fidúcia romana* e corresponde mais ao que se costuma designar por *fidúcia germânica*”.

¹⁴⁹⁴ Como vimos *supra* na análise dos negócios fiduciários (capítulo III, secção II, ponto 4.2) e CARVALHO FERNANDES, *A admissibilidade do negócio fiduciário...*, *op. cit.*, pp. 243 e segs.; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Em Tema de Negócio Fiduciário*, ob. cit., pp. 129 e segs. e GRASSETTI, *Il negozio fiduziario nel diritto privato*, *op. cit.*, pp. 5 e segs..

¹⁴⁹⁵ Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, ob. cit., p. 269, em que o Autor nos dá nota que o *trust* colheu o apoio e o enriquecimento jurisprudencial “*assente na força do precedente*” – característica, como sabemos dos sistemas da *common law* – “*acabou por construir um modelo regulativo completo (...) tutelado pelos tribunais e pelo direito objectivo*”, de tal modo que “*se deve considerar o «trust» uma situação jurídica típica (...) social [...] legalmente*”.

¹⁴⁹⁶ Sobre a figura, *vide* a ob. cit. homónima de A. VIEIRA CURA, *Fiducia cum creditore* e o que dissemos *supra* capítulo III, secção II, ponto 4.2.4.

Ora, porque o fiduciante titula um mero direito relativo, não pode opor as respectivas prerrogativas a terceiros e o fiduciário é investido numa posição juridicamente mais forte, ao ingressar na titularidade plena do direito que lhe é transmitido por via do negócio fiduciário. O que vale por dizer que perante terceiros o fiduciário é, na verdade, o pleno titular do direito que adquiriu, uma vez que as limitações ao seu exercício têm natureza meramente obrigacional. Não podemos deixar de assinalar a debilidade da posição do fiduciante, que apenas *inter partes* pode exigir o cumprimento da obrigação do fiduciário de exercer os poderes do direito que adquiriu por via fiduciária de acordo com os limites inscritos no pacto fiduciário¹⁴⁹⁷.

Nestes termos, o fiduciante corre o denominado *risco fiduciário*¹⁴⁹⁸.

O *risco fiduciário* resulta da congregação de quatro factores: por um lado, o fiduciante corre o risco de o fiduciário se recusar a retransmitir-lhe o direito; por outro lado, corre também o risco de ele o transmitir a favor de um terceiro em frontal desrespeito pelo acordo fiduciário; em terceiro lugar, o fiduciante fica ainda exposto ao risco de o direito ser penhorado por um credor do fiduciário e, finalmente, existe o risco de liquidação do direito no âmbito de um processo insolvencial do fiduciário¹⁴⁹⁹.

Diversamente, no *trust*, a posição jurídica do beneficiário do negócio está bem mais fortalecida do que a do fiduciante¹⁵⁰⁰.

¹⁴⁹⁷ Neste sentido, entre outros, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, em *Contratos atípicos*, ob. cit., p. 260 que sublinha que “*é da natureza real ou plena da atribuição e da natureza obrigacional da limitação que resulta o excesso*”. E que este excesso de meio “*permite que o fiduciário exceda o convencionado, violando embora o pacto fiduciário, e venda a terceiro a coisa fiduciada, ou se aproprie dela, ou mesmo involuntariamente, seja executado por um terceiro perdendo a coisa*”, sendo que “*o fiduciante não pode opor o pacto fiduciário ao terceiro adquirente de boa fé*” e que “*casos como estes não são simplesmente académicos e ilustraram a história longa da fidúcia*”.

¹⁴⁹⁸ Cfr. LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de Créditos em Garantia*, ob. cit., pp. 63 e 64.

¹⁴⁹⁹ *Vide* duas últimas notas.

¹⁵⁰⁰ Com efeito, no *trust*, o *trustee* (transmissário) fica apenas vinculado perante o (verdadeiro) beneficiário (o *beneficiary*) e não perante o autor do negócio (o *settlor*), excepto se for um *trust* revogável, se o *settlor* se reservar o direito de nomear novos *trustees* (na falta dos inicialmente designados) ou se o próprio *settlor* for *trustee* ou beneficiário do *trust*, como explicam MARIA JOÃO VAZ TOMÉ e DIOGO LEITE DE CAMPOS, em *A propriedade fiduciária (trust)*, ob. cit., pp. 106-107, acrescentando ainda a faculdade de o *settlor* indicar um *protector* do *trust* ou de redigir uma *letter of wishes* que representará o mecanismo por meio do qual o *settlor* (autor do negócio) exercerá um controlo mediato sobre o *trust*.

Aos negócios fiduciários não se reconhece a possibilidade de assumirem as formas jurídicas do *trust*. Ainda que o negócio firmado entre o fiduciante e o fiduciário tenda à atribuição de um direito de crédito ao beneficiário perante este último, ou seja, ainda que o negócio fiduciário opere a partir de um *contrato a favor de terceiro*, permitido nos termos do artigo 443.º CC – e que constitui, na verdade, o modelo negocial presente em algumas modalidades de negócio fiduciário –, de qualquer forma, sempre o fiduciante manteria o legítimo estatuto de parte contratual, assistindo-lhe, em decorrência, o direito de exigir do fiduciário-promitente, do ponto de vista da sua posição no *contrato a favor de terceiro*, o cumprimento da sua obrigação de celebração deste contrato em benefício de terceira parte, *ex vi* do n.º 2 do artigo 442.º CC (cumprimento, aliás, que também pode ser exigido pelo próprio terceiro como veraz titular de um direito de crédito à celebração do contrato em seu benefício, como determina o n.º 1 do

Num *trust* em que o autor do negócio (*settlor*) declara transmitir certo direito a favor de outrem (*trustee*) em benefício de terceiro (*beneficiary*)¹⁵⁰¹, a *common law* desenvolveu, à luz da *equity*, um quadro legal de protecção do sujeito em cujo interesse o negócio é realizado. É que no seio desta figura contratual anglo-saxónica, existe uma veraz divisão do direito de propriedade que é transmitido entre o *trustee* e o beneficiário, atribuindo-se ao primeiro a posição jurídica de *legal ownership* e a este um estatuto consignado na lei como *equitable ownership*^{1502_1503_1504}.

artigo 444.º CC). *Vide*, quanto ao último aspecto, DIOGO LEITE DE CAMPOS, *Contrato a favor de terceiro*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 87 e segs. e pp. 105 e segs. e RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações*, vol. I, ob. cit., pp. 308 e segs..

¹⁵⁰¹ Cfr. L. SANTORO, *Trust e fiducia*, op. cit., p. 981 e GIOVANNI CRISCUOLI, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in Riv. dir. civ., 1983, I, pp. 150 e segs.

A definição da figura do *trust* não é sequer unívoca. A Convenção da Haia de 1985 – relativa à legislação aplicável ao *trust* e respectivo reconhecimento, por exemplo, nos termos do artigo 2.º, define-o da seguinte forma “*For the purposes of this convention, the term «trust» refers to the legal relationships created – «inter vivos» or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specific purpose. A trust has the following characteristics – a) the assets constitute a separate fund and are not part of the trustee’s estate; b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee; c) the trustee has the power and the duty, in respect to which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law. The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust.*” – cfr. norma legal apud A. J. OAKLEY, *Parker & Mellows: The modern law of trusts*, Sweet & Maxwell, Limited, 6th edition, (1994), p. 9.

Cumprе assinalar que existem diversas tipologias de *trusts*.

Em texto, a referência respeita a *trusts* a que um acto de livre iniciativa do *settlor* dá existência, ou seja, os denominados *express trusts*.

Para uma leitura desenvolvida sobre as várias modalidades de *trusts* e também das diferentes classificações em função de distintos critérios, consultar *Parker & Mellows: The modern law of trusts*, ob. cit., pp. 26 e segs.; MICHELE GRAZIADEI, *Diritti nell’interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell’esperienza giuridica inglese*, in «Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche», Università degli studi di Trento, 1995 e MARIA JOÃO VAZ TOMÉ/DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A propriedade fiduciária (trust)*, op. cit., pp. 51 e segs..

Cumprе outrossim assinalar que o *trust* pode ser utilizado com fins de garantia. Veja-se, a este propósito, o que afirma ROY GOODE: “*Creditors quite commonly use the trust as a security device. This may be done in one of two ways. The debtor may declare himself to hold identifiable assets on trust for the creditor to secure performance of his obligations or he may transfer such assets to a third party to hold on trust for the creditor for this purpose*” – cfr. cit. na obra do Autor *Security Interests in Movables under English Law*, in «Mobiliarsicherheiten – Vielfalt oder Einheit?», Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels – und Wirtschaftsrecht anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Jena vom 20.-22. März 1996 (coordenado por Karl F. Kreuzer), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1999, p. 48.

¹⁵⁰² Neste sentido, MARIA JOÃO VAZ TOMÉ/DIOGO LEITE DE CAMPOS, em *A propriedade fiduciária (trust)*, ob. cit., p. 138 afirmam peremptoriamente que “*A análise da protecção da posição jurídica do beneficiário perante o «trustee» ou terceiros revela que a sua posição é mais forte do que a de um simples credor. O beneficiário não é unicamente titular de um direito ao cumprimento do «trust», mas também de um direito que incide directa e imediatamente sobre os bens constituídos em «trust»*”.

¹⁵⁰³ Corroborando a ideia, W. FRATCHER, *Trust*, op. cit., p. 3, apresenta uma perspectiva do *trust*, segundo a qual corresponde a um “*legal device (...) whereby ownership of property is split between a person known as*

A qualificação apresentada decorre de forma directa das posições jurídicas dos sujeitos do negócio. Ainda que seja transferido o direito de propriedade para o *trustee*, ele deterá unicamente os poderes necessários para administrar o *trust*, considerando as limitações que a *equity* opera¹⁵⁰⁵. Da posição do *beneficiary*, resulta que ele é investido na titularidade do direito de propriedade em *equity*, o que significa que os respectivos poderes, assim limitados, traduzem-se na faculdade de fazer seus os ganhos obtidos com a administração dos bens e na oponibilidade do seu direito *erga omnes*, no caso de o *trustee* o ter transmitido a favor de terceiro, em clara violação dos termos contratualmente fixados no acto de constituição do *trust*¹⁵⁰⁶.

A única excepção à protecção concedida ao beneficiário do *trust* surge no caso de aquisição por terceiro de boa fé, a título oneroso, cuja posição prevalece. Assinala-se outrossim que o direito real do beneficiário pode exercer-se prevalecemente em relação aos bens que integram o *trust* se o *trustee* for alvo de um pedido de insolvência ou quando sobre eles recair uma penhora no âmbito de demanda judicial desencadeada por credor pessoal do *trustee*¹⁵⁰⁷.

Sem prejuízo, uma parte da doutrina¹⁵⁰⁸ aponta a proximidade entre o *trust* e a *fiducia*, especialmente nos negócios fiduciários com a finalidade de administração em benefício de terceiros, destacando a elasticidade da figura e a radicação no elemento *confiança* que o autor do negócio (*settlor* ou fiduciante) deposita no declaratório (*trustee* ou fiduciário)¹⁵⁰⁹.

trustee, who has the rights and powers of an owner, and a beneficiary, for whose exclusive benefit the trustee is bound to use those rights and powers". Mais complementa a ideia, sublinhando (p. 8) que "*The trustee (...) has all the powers of a proprietor, and the beneficiary (...) has all the beneficial ownership of the subject matter*".

¹⁵⁰⁴ Para uma visão aprofundada da questão, vide a ob. cit de MICHELE GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, pp. 391 e segs. e E. BRUNETTI, *Il testamento dello zio d'America: il «trust» testamentario*, in Foro it., 1998, p. 2010.

¹⁵⁰⁵ Como resulta da posição de C. GRASSETTI, *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, RDCom, 1936, I, p. 550, em linha com ROTONDI e FRANCHESCHELLI.

Entre nós, MARIA JOÃO VAZ TOMÉ/DIOGO LEITE DE CAMPOS, na ob. cit. *A propriedade fiduciária (trust)*, pp. 96-97, os Autores sustentam que "*A separação entre a «legal ownership» e a «equitable ownership» implica a separação entre o controlo-administração, de um lado, e de outro, a «real ownership»*".

¹⁵⁰⁶ O *trustee* não é nunca considerado titular do direito que lhe foi transmitido, no que toca ao poder que detém. Neste sentido, explica RIDDALL em *The Law of Trusts*, LexisNexis UK, 2002, p. 192 que "*in relation to such powers are in fiduciary position: they are under a duty to exercise the power in a proper manner, according to the character of the power concerned*".

¹⁵⁰⁷ Para mais desenvolvimentos sobre a posição jurídica do beneficiário do *trust* em relação a terceiros adquirentes e aos credores do *trustee*, consultar MARIA JOÃO VAZ TOMÉ/DIOGO LEITE DE CAMPOS, em *A propriedade fiduciária (trust)*, ob. cit., pp. 137 e segs., MICHELE GRAZIADEI, *Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese*, pp. 391 e segs. e E. BRUNETTI, *Il testamento dello zio d'America: il «trust» testamentario*, op. cit., p. 2010.

¹⁵⁰⁸ Cfr. LORENZO DI ANGELIS, *Trust e fiducia nell'ordinamento italiano*, in RDCiv., 1999, pp. 357 e segs..

¹⁵⁰⁹ Vide nota 1492.

A separá-los, a distinta composição das posições jurídicas do fiduciante e do *beneficiary* por um lado, e do fiduciário e do *trustee* por outro, que se reflecte, do ponto de vista doutrinário e conceptual, na divisão do direito de propriedade que ocorre no *trust* (entre *beneficiary* e *trustee*) que inexistente nos negócios fiduciários e que, aliás, seria dificilmente harmonizável com o nosso ordenamento jurídico, desde logo por força dos princípios gerais dos direitos reais (unidade, publicidade e tipicidade) ou com os demais sistemas jurídicos de tipo continental¹⁵¹⁰⁻¹⁵¹¹⁻¹⁵¹². A conclusão é, portanto, a de que o *trust* não é reconhecido pelo direito português, pelo que os seus efeitos reais embaterão contra o muro do *numerus clausus*¹⁵¹³ (artigo 1306.º CC). Quanto aos efeitos obrigacionais, já a autonomia privada concede ampla liberdade ao *settlor* para regular os termos da relação jurídica entre o *trustee* e o *beneficiary*¹⁵¹⁴, valendo aqui toda a disciplina obrigacional¹⁵¹⁵.

¹⁵¹⁰ Estes princípios que regem os direitos reais e as regras em matéria de direito das sucessões representam as dificuldades mais sérias na admissibilidade do *trust* nos sistemas jurídicos continentais – como o nosso.

Para mais desenvolvimentos desta questão e até possíveis soluções para esta problemática, vide DIOGO LEITE DE CAMPOS/MARIA JOÃO VAZ TOMÉ, *A propriedade fiduciária (trust)*, ob. cit., pp. 277 e segs. e 323 e segs e, referindo-se ao tema, consultar a ob. cit. de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, p. 272-273.

¹⁵¹¹ No quadro legal português, há um caso em que é reconhecida e admitida directamente a figura do *trust*, embora em termos limitados, quando o *trust* se destine a actividades *offshore*, “para todos os efeitos da Zona Franca da Madeira”, como dispõe o n.º 2 do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 352-A/88, de 3 de Outubro. Ver JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *Do euro ao código civil europeu? Aspectos da convergência legislativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 128 (nota 209) e LUÍS M. S. OLIVEIRA, *O uso de Trusts na Zona Franca da Madeira*, Fisco, 1993, pp. 36 e segs..

¹⁵¹² Refira-se ainda que Itália ratificou a *supra* citada Convenção da Haia de 1985 (cfr. nota 1501) – relativa à lei aplicável e ao reconhecimento dos *trusts*.

Na doutrina italiana, é muito controversa a admissibilidade, por força da Convenção, dos ditos *trusts internos*, isto é, *trusts* constituídos em Itália, por cidadãos nacionais, aí residentes e relativamente a bens aí situados, mas já não nos casos de recurso a um ordenamento jurídico que reconheça plenamente a figura do *trust*. Vide, a este respeito, GIANFRANCO BORIO, *Il trust: problemi aperti*, Com. Int., 1993, pp. 879 e segs., L. SANTORO, *Trust e fiducia*, op. cit., p. 976, E. BRUNETTI, *Il testamento dello zio d’America: il «trust» testamentario*, ob. cit., p. 2011, LORENZO DI ANGELIS, *Trust e fiducia nell’ordinamento italiano*, op. cit., p. 361 e TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, op. cit., p. 158.

Portugal não ratificou a Convenção da Haia de 1985, como nos dá desenvolvidamente nota AFONSO PATRÃO, *Reflexões sobre o reconhecimento de «trusts» voluntários sobre imóveis situados em Portugal*, in BFDUC, LXXXVII, 2011, pp. 374, pelo que as suas regras de reconhecimento dos *trusts* não nos são aplicáveis. Aliás, mesmo nos ordenamentos jurídicos dos países que a ratificaram, “o instrumento [de reconhecimento] da Haia tem efeitos reduzidos. Tão diminutos que a própria convenção admite a sua derrogação por outros mecanismos nacionais que almejem mais eficazmente o reconhecimento do «Trust»”, afirma o Autor na ob. cit., p. 381.

¹⁵¹³ O *trust* “verá os seus efeitos determinados pela lei lusa que não prevê nem regula o instituto”, o que “implicará, pelo menos, que o «Trust» não seja reconhecido enquanto tal”, como discorre AFONSO PATRÃO, na sua ob. cit. *Reflexões sobre o reconhecimento de «trusts»...*, p. 386.

¹⁵¹⁴ O “sistema linfático da relação jurídica” entre *trustee* e beneficiário, nas palavras de LEITE DE CAMPOS e MARIA JOÃO VAZ TOMÉ, na ob. cit. *A propriedade fiduciária (trust)*, p. 16.

¹⁵¹⁵ Aliás, sublinhe-se que a própria Convenção da Haia de 1985 apresenta-se com uma *postura* claramente obrigacional, se assim podemos dizer, no sentido em que determina que a lei que há-de regular cada *trust* é a lei

A doutrina dominante¹⁵¹⁶ entende que quanto aos efeitos externos do *trust* não podem senão valer, entre nós, as regras do nosso quadro legal, sendo de atender à vontade das partes em matéria obrigacional.

Perguntar-se-á, então, qual a consequência regulativo-normativa de tal visão. Que o *trust* não é reconhecido, *qua tale*, no ordenamento português não temos dúvidas¹⁵¹⁷, pelo que a regulação dos seus efeitos far-se-á nos termos (em que vimos) das consequências obrigacionais dos negócios fiduciários. As limitações ao (exercício do) direito de propriedade valem apenas *inter partes* (artigo 1306.º, n.º 1, CC) e o *trustee* assume posição que podemos reconduzir à do fiduciário: vinculado perante o *settlor*, como se obriga o fiduciário só perante o fiduciante a realizar a prestação tendente ao fim por ele querido e convencionado – com o *pactum fiduciae*, para os negócios fiduciários e com o acto de constituição/instituição que é o *trust* (o *trust* é um verdadeiro *settlement*). Razão por que o risco de uso abusivo dos poderes que o *settlor* atribui ao *trustee* equivale exactamente ao *risco fiduciário*¹⁵¹⁸.

Assim, os demais credores poderão ver diminuída a garantia patrimonial das obrigações que o devedor tem para com eles com esquemas assentes na *fiducia*, em geral. Mas como a eficácia das obrigações resultantes do *trust/pactum fiduciae* será meramente interna, os vínculos nascidos destes instrumentos ser-lhes-ão inoponíveis, segundo as regras gerais, isto é, à luz do princípio da eficácia interna das obrigações (artigo 406.º, n.º 2). A que acresce o catálogo legal dos meios de conservação patrimonial que a lei disponibiliza a (terceiros-)credores que pretendam reagir

que o *settlor* indicar, “o que tem levado juristas continentais a partir do pressuposto que as normas do «Trust» serão naturalmente qualificadas no estatuto negocial, sem sequer discutir o problema. Ademais, esta qualificação, será, em princípio, favorável ao reconhecimento do «Trust». Na verdade, a autonomia conflitual implicará que o «Trust» se sujeite à lei escolhida pelo «settlor», gerando mais facilmente a sua validade” – cfr. AFONSO PATRÃO, ob. cit. *Reflexões sobre o reconhecimento de «trusts»*, p. 389. Mas como o Autor conclui na p. 391, “só perante uma ratificação da Convenção da Haia (...) haveria apoio legal para sujeitar a generalidade das normas do «Trust» à autonomia conflitual”.

¹⁵¹⁶ Cfr. *apud* AFONSO PATRÃO, ob. cit. *Reflexões sobre o reconhecimento de «trusts»*, pp. 393-396 à qual o Autor não adere, preferindo antes, apesar de minoritária, como o próprio sublinha, a tese de qualificação do *trust* que “no direito anglo-saxónico parece olhar ao facto genético do «Trust», sendo este qualificado como o evento que o tiver criado – no nosso caso, o negócio jurídico unilateral (...) cujos efeitos ficam sujeitos à condição suspensiva da aceitação do encargo pelo fiduciário” – (p. 401).

¹⁵¹⁷ Como resulta da análise de LEITE DE CAMPOS e MARIA JOÃO VAZ TOMÉ, na ob. cit. *A propriedade fiduciária (trust)*, pp. 247 e segs..

¹⁵¹⁸ Afirma PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, na sua ob. cit. *Contratos Atípicos*, p. 271 que “muito embora a prática secular tenha dotado o «trust» de uma disciplina muito desenvolvida e complexa, e apesar de tutelado pelos tribunais, os «trustees», no uso dos poderes que lhes são conferidos, estão numa posição fiduciária. O carácter típico e a protecção legal não privam o «trust», segundo a doutrina inglesa, da sua natureza fiduciária. A especial confiança do «setlor» no «trustee» e o risco de abuso existem”. Aliás, acrescenta ainda o Autor que o risco de abuso “leva a que seja vulgar a designação de dois «trustees» em vez de um, o que permite um controlo mais eficiente” (nosso sublinhado).

contra actos do (seu) devedor de disposição ilegítima do seu património, nos termos a que nos temos vindo a referir¹⁵¹⁹. Também não é, por outro lado, cenário despiciendo nem mera hipótese académica a utilização de *trusts* e pactos fiduciários como verazes pactos comissórios, em que o credor se travista de beneficiário ou de fiduciário, caso em que o negócio afrontará o artigo 694.º CC directamente e, violando a proibição do pacto comissório, aos olhos dos demais credores daquele devedor, violará também a igualdade que a lei lhes *afiança*, inexistindo causas legítimas de preferência (artigo 604.º CC)¹⁵²⁰.

¹⁵¹⁹ Constantes dos artigos 605.º a 622.º CC e que são a declaração de nulidade, a impugnação pauliana, a sub-rogação do credor ao devedor e o arresto (*vide* também nota 1437).

¹⁵²⁰ Neste caso, os interesses dos terceiros-demaís-credores podem ser tutelados pela acção de declaração de nulidade, nos termos do artigo 605.º CC – cfr. também nota 1438.

CAPÍTULO VI
O ARTIGO 694.º CC
DE IURE CONDITO E DE IURE CONDENDO:
DELIMITAÇÃO DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO
DA PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO

1. Enquadramento

O pacto comissório, ante a vincada insuficiência do sistema tradicional de execução de garantias, tornou-se uma questão de extrema actualidade, pese embora o relativo esquecimento ou pelo menos a pouca atenção que doutrinadores e aplicadores do Direito lhe têm dedicado.

O surgimento de novas práticas negociais fermenta a ideia de que os sujeitos têm na autonomia privada ferramenta bastante para os seus interesses negociais e que reponderar a proibição do pacto comissório não é urgente, mas, cremos, ao contrário, que o protagonismo crescente das figuras contratuais que mitigam o resultado que a lei quer impedir com o artigo 694.º CC impõe a reflexão.

Na verdade, o artigo 694.º CC fere de nulidade o acordo em que o credor e o devedor convençionem que o primeiro pode apropriar-se do bem dado em garantia, se o obrigado incumprir. Esta norma está prevista na disciplina da hipoteca, mas estende-se a todas as garantais reais, por remissão legal expressa¹⁵²¹. O que a *praxis negotii* tem procurado é o equilíbrio entre o *numerus clausus* dos direitos reais (artigo 1306.º, n.º 1, CC) que proíbe a criação de novos direitos desta natureza fora dos legalmente tipicizados e as novas modalidades de garantia que a elasticidade da autonomia privada permite criar. Entre as novas figuras com escopo de garantia que têm vindo a afirmar-se, destacam-se a alienação fiduciária em garantia e a locação financeira restitutiva.

A questão do âmbito da proibição do pacto comissório pede resposta à interrogação sobre se a venda em garantia e o *lease-back* não contenderão com os limites da enunciada proscrição legal. E a resposta impõe que se dedique necessariamente atenção a dois outros problemas: o fundamento e o âmbito da proibição da *lex comissoria*.

¹⁵²¹ Vide nota seguinte.

E dificulta ainda mais a reflexão a consagração no nosso ordenamento jurídico de figuras como a venda *a retro* (artigo 927.º CC) e o próprio instituto da extinção das obrigações além do cumprimento (artigos 837.º a 873.º CC) – em especial a *datio in solutum* (artigos 837.º a 840.º CC) e a compensação (artigos 847.º a 856.º CC).

Paralelamente, a formulação do texto da norma do artigo 694.º CC não permite que dele se retire o seu campo objectivo de aplicação. Certa é a extensão da proibição, prevista no regime da hipoteca, ao penhor, por força do artigo 678.º CC – que manda aplicar a esta garantia a norma que contém a proibição geral do pacto comissório¹⁵²². E, na verdade, o penhor pode levantar sérias dificuldades à enunciação dos limites do desvalor do pacto comissório, porque os regimes especiais estabelecidos por lei para determinadas modalidades de penhor admitem convenções em que o efeito económico-jurídico é próximo do que o impedimento legal da estipulação de pacto comissório se propõe afastar, como vimos. Tome-se como exemplo, desde logo, o penhor de coisas, em que o artigo 675.º CC permite que o credor e o empenhador celebrem um acordo de venda extraprocessual, se o devedor incumprir (n.º 1) e que possam ainda estipular que o bem seja adjudicado directamente ao beneficiário da garantia por valor judicialmente fixado (n.º 2).

Neste caso, a proibição do pacto comissório depõe apenas a favor da determinação do preço feita pelos tribunais, considerando o perigo – que a lei presume existir sempre – de o devedor poder vir a ter de suportar uma perda económica desproporcionalmente superior ao montante da dívida incumprida e que o controlo judicial permite sindicar. Vale isto por demonstrar como os confins do sancionamento da *lex comissoria* se traçam não linearmente enquanto fronteira de invalidade relativamente a certas figuras jurídicas típicas ou atípicas. Antes se procuram descortinar nas concretas manifestações tanto dos modelos negociais previstos e regulados pela lei como nos negócios que os particulares arquitectam, no exercício do poder de auto-regulação dos seus interesses.

Assim, e ainda dentro das figuras típicas, na grande categoria das causas de extinção das obrigações além do cumprimento, a *datio in solutum* que a lei prevê, admite e regula no artigo 837.º CC é exemplo de um negócio jurídico lícito, mas muito próximo do pacto comissório, porque opera a exoneração do devedor perante o credor, mediante a prestação de coisa diversa da que era devida, por acordo entre as partes. A diferença reside unicamente na ulterioridade do acordo relativamente ao incumprimento da obrigação, para além de, na dação em cumprimento, o bem em causa não ser necessariamente o que assegurava o crédito.

¹⁵²² Norma que se aplica, como ficou dito em texto, a todas as garantias reais, *ex vi* dos artigos 665.º (consignação de rendimentos), 678.º (penhor) e 753.º (privilégios creditórios), todos do Código Civil.

O que a lei proíbe, *ferindo de morte* o pacto comissório, é que as partes convençionem a transferência de propriedade do bem dado em garantia sob a condição suspensiva de o devedor não cumprir. Apesar de tudo, a proibição do pacto comissório fiscaliza a *datio* de muito perto para evitar a exposição do devedor à armadilha de oferecer em garantia determinado bem, porque tem a esperança – e muito frequentemente ilusão¹⁵²³ – de conseguir cumprir. A *datio* é que não fiscaliza o pacto comissório. Não pode, sabemos. Porque a partir do momento em que o devedor entra em incumprimento, a lei faz do artigo 694.º CC o *Pilatos* da obrigação, ou do cumprimento, se preferirmos. Desde que o credor declare realizado o seu crédito, a lei *lava as mãos* de pressões e abusos a que porventura o credor tenha sujeitado o devedor. Sempre se dirá que ao devedor valem os vícios gerais dos negócios jurídicos como a coacção (artigo 255.º CC), a exploração usurária (artigo 282.º CC) e o enriquecimento sem causa (artigo 473.º CC), mas são invalidades, por um lado, que geram mera anulabilidade do negócio, e por outro, é caso para perguntar: se o legislador entendeu serem insuficientes para amparar o devedor antes do nascimento e na vida da relação creditícia, por que o entrega àquela sorte depois de ele não (ter sido capaz de) cumprir a sua obrigação? Não existe agora o perigo de o credor pressionar o devedor a dar-lhe certo bem em troca da sua libertação do vínculo para com ele, sob a ameaça de recurso à cobrança judicial da dívida? E o bem *dado em cumprimento* não pode ser muito mais valioso do que o crédito?

E que dizer da opção do legislador em reconhecer validade à figura da venda *a retro*? É que a única nota distintiva, em nosso entendimento, a assinalar entre esta venda e o pacto comissório é a natureza da condição a que as partes sujeitam o negócio. Sendo ambos negócios translativos, o pacto comissório corresponde a uma transmissão da propriedade sob a condição suspensiva do inadimplemento do devedor e a venda *a retro* a uma transmissão da propriedade sob a condição resolutiva de o alienante desfazer o negócio em certo prazo definido contratualmente. Todavia, a preocupação da lei é de outra ordem e prende-se com a própria finalidade perseguida pelas partes ao incluírem uma e outra cláusula nos contratos. Não se nega que a venda *a retro* possa ser utilizada com a função de segurança de um crédito, mas o escopo de troca representa o *essentialia negotii* que caracteriza esta modalidade de alienação e que a distingue, exactamente por isso, do pacto comissório com escopo único de garantia. Por outro lado, no pacto comissório, quem figura como transmitente (alienante) é o devedor que por definição se encontra numa posição jurídica de sujeição perante o transmissário (credor). Na venda *a retro*, embora o alienante possa – e apenas num plano de transposição para as motivações psicológicas da decisão de

¹⁵²³ Como diz textualmente ANGELO LUMINOSO, em *Alla ricerca degli confini del patto commissorio*, ob. cit., p. 221 (tradução nossa).

contratar – determinar-se a realizar a alienação por pretender obter um empréstimo junto do (seu) adquirente, não se encontra jurídico-formalmente *sobrecarregado* com uma posição que implique a sujeição jurídica ao comprador.

Não pode, sem mais, afirmar-se que os limites da proibição do artigo 694.º CC genericamente se estendam a qualquer negócio de que emergja a necessidade de tutela do devedor contra os abusos do credor, mas é possível vislumbrar que a *ratio essendi* da interdição do pacto comissório é tributária da exigência que à lei se coloca de proteger o devedor dos entraves e perigos que se lhe deparam no processo negocial tendente à obtenção de um crédito. Como corolário, pode apontar-se que a proibição geral do pacto comissório encontra, de seguro, aplicação directa em qualquer *fattispecie* negocial de que resulte exposição do devedor ao ardid do credor que o iluda, apresentando-lhe um cenário irrealista-optimista da sua capacidade de cumprimento para que ele lhe ofereça em garantia um bem desproporcionadamente mais valioso do que o *quantum* do seu débito, concedendo-lhe até eventualmente uma dilação no prazo de pagamento sob a *generosidade* de manter as demais condições de adimplemento¹⁵²⁴.

Do que ficou dito, evidencia-se que os fundamentos e limites da nulidade inscrita no artigo 694.º CC têm particular relevância nos negócios com finalidade de garantia que operem uma transferência de propriedade.

Neste ensejo, não podemos deixar de sublinhar a particularidade de os mesmos sistemas de ordenação jurídica que proíbem totalmente o pacto comissório reconhecem, de igual modo, a validade e licitude de modelos negociais que os sujeitos usam legitimamente em relações de garantia formadas entre o credor e o devedor que operam a sua função legal típica por meio da transferência do direito de propriedade, de que é exemplo maior a venda *a retro*.¹⁵²⁵ O nosso ordenamento jurídico e o italiano são dois bons exemplos desta aparente incoerência sistémica para a qual tem de reclamar-se especial atenção¹⁵²⁶, sobretudo em sede interpretativa das concretas formações negociais que os sujeitos criem¹⁵²⁷. Por outro lado, e na mesma linha de análise, importa considerar sempre em aberto a hipótese de, em

¹⁵²⁴ Aqui se acolhem os *alertas* de VAZ SERRA sobre os perigos do pacto comissório no pós-incumprimento, como melhor poderemos ler na ob. cit. do doutrinador *Penhor*, BMJ, n.º 58, pp. 218-219, em que afirma que “*parece que deve proibir-se também o pacto comissório (...) mesmo após o vencimento do penhor; porque ainda então pode o empenhador, para obter uma dilação ou outra vantagem, sujeitar-se ao pacto. Só quando assim não seja parece de autorizar*”.

¹⁵²⁵ Neste sentido, VAZ SERRA, em *Objecto da Obrigação...*, ob. cit., BMJ, n.º 74, pp. 162-163.

¹⁵²⁶ Com MIMMA MORETTI, *La venditta con patto di riscatto*, ob. cit., pp. 315 e segs., GINO GORLA, *La Compravendita e la permuta*, op. cit., pp. 304-305 e IRA BUGANI, *Il divieto del patto commissorio e la venditta con patto di riscatto*, ob. cit., pp. 39 e segs..

¹⁵²⁷ A este propósito, vide MATTIANGELI, *La Cassazione ancora sul divieto di patto commissorio*, op. cit., pp. 459 e segs..

concreto, se reputarem nulos os negócios em que as partes convoquem formalmente figuras legais típicas e lícitas (de que são paradigmáticos exemplos a venda *a retro* ou o penhor de créditos), mas que *in casu* se revelem afrontar a proibição do pacto comissório. Um olhar transversal sobre o nosso quadro legal encontra uma ordenação sistémica com uma coerência intrínseca de não simples compreensão. Ao lado da proibição do pacto comissório, fundada numa *ratio essendi* complementarmente plural, a nossa lei civil admite e regula modelos negociais que desafiam a proscricção da *lex commissoria* e, todavia, são de uma licitude e validade inquestionáveis que a expressa consagração legal coloca ao abrigo do campo de aplicação do artigo 694.º CC.

Mais se impõe a procura e sistematização doutrinárias das *rationes* da proibição do pacto comissório, na tarja das relações económico-jurídicas hodiernas que imprimem tensão crescente entre as exigências do tráfego comercial-financeiro e os cânones dos sistemas de ordenação legislativa. A lei, por um lado, apresenta uma formulação da proibição do pacto comissório da qual emana verdadeiramente um princípio geral, mas por outro lado, um tanto paradoxalmente, parece, eleva a aras de tipos legais determinadas figuras negociais de difícil harmonização com os ditames do artigo 694.º CC, mas cuja validade, considerada em abstracto, não se questiona, *qua tale*, dado que correspondem a hipóteses tipicizadas na lei.

No elenco dos negócios jurídicos que teoricamente podem conflitar com a proibição do pacto comissório, perfilam-se a venda *a retro*, a dação em cumprimento, a locação financeira restitutiva e a cessão de bens aos credores. E na doutrina italiana, aponta-se ainda a cláusula penal, o sinal confirmatório, o reporte e o penhor irregular¹⁵²⁸.

Numa análise sumaríssima dos mais importantes Autores da doutrina italiana, onde a questão dos limites e fundamentos da proibição do pacto comissório é amplamente discutida, a primeira nota é que a reflexão se desenvolve muito em torno de determinadas figuras contratuais e não tanto na perspectiva de abstracção de pensamento no sentido de busca do(s) critério(s) que explique(m) a opção legislativa da proibição absoluta do pacto comissório vertida no artigo 2744 do *Codice Civile* em paralelo com a admissão e regulação legal de certas figuras contratuais.

BUSSANI¹⁵²⁹, por exemplo, no confronto entre a proibição do pacto comissório e a alienação em garantia, defende que o controlo do limiar da ilicitude desta há-de realizar-se pela avaliação da proporcionalidade ou desproporcionalidade entre valor do bem dado em segurança do crédito e montante do débito postulada pela repulsa social perante a difusão das cláusulas

¹⁵²⁸ Cfr. ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini...*, op. cit., p. 231.

¹⁵²⁹ Cfr. MAURO BUSSANI, *Il problema del patto commissorio*, op. cit., pp. 595 e segs..

comissórias. E defende que a admissibilidade da *datio in solutum* deve questionar-se, mesmo que se julgue esgotada na *ratio* da proibição do pacto comissório.

PELOSI¹⁵³⁰, cuidando das relações entre pacto comissório e modalidades de venda que impliquem imediata transferência de propriedade com fim de garantia, detecta como fundamento para que o artigo 2774 do Código Civil italiano fira de nulidade tal pacto o perigo de o credor aproveitar a necessidade de concessão de crédito do devedor para se apropriar de um bem desproporcionalmente mais valioso do que o montante que aquele lhe emprestou.

LUMINOSO¹⁵³¹, porém, entende dever procurar-se um sentido mais amplo da norma proibitiva do pacto comissório. Defende que ela não pressupõe a situação de carência pecuniária do devedor, pois sanciona outrossim a *lex commissoria ex intervallo*. E, conseqüentemente, o Autor manifesta-se no sentido de que a *ratio legis* centrada na tutela do devedor necessitado não é capaz de explicar a nulidade das cláusulas comissórias convencionadas após a constituição da garantia em simultâneo com a admissibilidade da *datio in solutum*. Por outro lado, crê que a visão segundo a qual a razão do impedimento legal dos pactos comissórios se reconduz ao amparo do devedor necessitado omite o importantíssimo confronto com o fundamento da permissão (e previsão) legal da venda *a retro*. Na sua perspectiva, as normas legais que permitem esta figura integram-na na categoria dos contratos com escopo de troca e não com finalidade de garantia, na medida em que à transferência da propriedade corresponde o pagamento do preço, ao que acresce que na venda *a retro*, o alienante não é (necessariamente) devedor do adquirente¹⁵³². Daí que a motivação da proibição do pacto comissório, por definição, não poderá estender-se à venda *a retro* na qual a função de garantia não está presente no conteúdo dos interesses legalmente regulados, em nada relevando, conclui ainda o doutrinador, que a decisão do vendedor *a retro* de alienar um bem seu por baixo preço tenha sido motivada por uma circunstância pessoal de necessidade¹⁵³³.

¹⁵³⁰ Cfr. PELOSI, *Sale and lease-back...*, *op. cit.*, p. 450, *apud* ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, *op. cit.*, p. 233.

¹⁵³¹ Como podemos ler na ob. cit. de ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, p. 233.

¹⁵³² O Código Civil italiano entre os artigos 1500 a 1509 prevê o *riscatto convenzionale*, consagrando a figura da *vendita con patto di riscatto* (equivalente à venda *a retro* do Direito português) no artigo 1500, com o seguinte teor: “*Il venditore può riservarsi il diritto di riavere la proprietà della cosa venduta mediante la restituzione del prezzo e i rimborsi stabiliti dalle disposizioni che seguono*”.

¹⁵³³ LUMINOSO completa nesta crítica a exposição do seu entendimento, segundo o qual, na hipótese de alguém vender um bem seu a um preço muito baixo por razões de necessidade, o que pode equacionar-se é o enquadramento da situação nas regras relativas aos negócios celebrados em estado de necessidade (artigo 1448 do *Codice Civile*), mas não convocar-se a aplicação da nulidade por violação da proibição do pacto comissório (*ex vi* do artigo 2744 do Código Civil italiano) – cfr. ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio*, *op. cit.*, p. 233 (nota 51).

DE NOVA¹⁵³⁴, debruçando-se sobre a (in)admissibilidade do *lease-back*, sublinha que a proibição do pacto comissório pressupõe uma relação creditícia independente da transferência de propriedade que ela impede e que atendendo a que esta relação inexistente na locação financeira de retorno não se podem suscitar dúvidas quanto à licitude do seu modelo negocial¹⁵³⁵.

REALMONTE também aponta à necessidade de tutela legal do devedor o fundamento da proibição do pacto comissório, mas apresenta uma posição ligeiramente diferente e complementar da corrente dominante, defendendo que o que a lei pretende salvaguardar não é somente a situação de necessidade de obtenção de um crédito junto do credor, mas sobretudo proteger o devedor do risco que ele assume ao aceitar que o seu credor se aproprie de um bem desequilibradamente mais valioso do que a dívida e do risco de perecimento. Por outras palavras, segundo este Autor, a lei, ao ferir de nulidade o pacto comissório, propõe-se abrigar o devedor de riscos que ele pode assumir de forma voluntária, é certo, mas porventura de modo irreflectido, atento o seu *estado de necessidade*¹⁵³⁶.

À procura dos limites da proibição do pacto comissório serve, qual valioso instrumento, a confrontação com institutos próximos que a lei reputa válidos, procedendo-se complementarmente à análise, *de per se*, da figura vedada por lei.

¹⁵³⁴ Cfr. DE NOVA, *Il lease-back*, *op. cit.*, pp. 274 e segs..

¹⁵³⁵ ANGELO LUMINOSO concorda com esta posição e acrescenta que o argumento expedido por DE NOVA é igualmente válido e conducente à defesa da admissibilidade da *vendita con patto di riscatto*, ou seja, também na venda *a retro* não exige a lei a presença de uma relação obrigacional independente da transmissão do direito de propriedade. Razão por que, conclui o Autor, permanece por explicar a validade da dação em cumprimento, uma vez que constitui uma figura contratual que pressupõe uma relação creditícia independente da transmissão da propriedade, tal como o pacto comissório que a lei proíbe. (Cfr. ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca...*, *op. cit.*, p. 233 – nota 51)

¹⁵³⁶ Para uma leitura completa da posição do Autor, consultar REALMONTE, *Le garanzie ecc.*, *op. cit.*, pp. 127 e segs..

E sobre a questão específica do risco de deterioração ou perecimento dos bens oferecidos em garantia, *vide* ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, *ob. cit.*, pp. 610 e segs., em que o doutrinador explica que o artigo 2743 do Código Civil italiano que regula o tema é uma extensão da norma respeitante à perda do benefício do prazo (artigo 1186), determinando que no caso de deterioração ou perda do *quid* da garantia de tal modo que deixe de ter valor suficiente para assegurar idoneamente o crédito, o credor pode exigir que lhe seja prestada garantia bastante sobre outros bens e que, se tal não ocorrer, terá direito ao pagamento imediato do seu crédito.

A nossa lei civil prevê um regime absolutamente coincidente com o italiano. Nos termos do artigo 701.º CC, ao credor assiste o direito de substituição ou reforço da garantia se a coisa seu objecto perecer ou desvalorizar por causa que lhe não seja imputável. Significa isto que o risco corre por conta do devedor/autor da garantia, o que decorreria já da regra geral *res perit domino* que encontramos enunciada no artigo 796.º CC. O que há de específico, e mais gravoso para o devedor, na disciplina das garantias reais, é a cominação do vencimento imediato da obrigação se não houver substituição ou reforço de garantias nos termos preditos, sendo que também aqui, a exemplo do que acabámos de ver para o direito italiano, a regra inscrita no artigo 701.º CC coincide com a consagrada para a perda do benefício do prazo estabelecido a favor do devedor, nos termos do artigo 780.º CC.

Desde logo, o enunciado linguístico da norma do artigo 694.º CC fornece como ponto de partida a ideia muito cara à doutrina de que a lei protege o devedor de eventuais exigências abusivas do credor, em razão da qual a nulidade surge como consequência necessária. Mas o texto do preceito não fornece isoladamente elementos bastantes para, da sua simples leitura, se colher um critério geral que permita descrever-se as hipóteses em presença das quais a proibição normativa actua e os limites para lá dos quais o impedimento legal já não encontra sentido para aplicação. Sem prejuízo, o caminho a percorrer não pode deixar de ser o que parte da letra da lei. O ordenamento jurídico, no seu todo, auscultado em busca da riqueza que a sua complexidade encerra, parece uma etapa importante deste caminho. Nesta abordagem metodológica¹⁵³⁷, as notas essenciais para decifrar qual o núcleo da proibição do pacto comissório obtêm-se a partir do sistema jurídico, agora concebido e fitado como complexo de elementos idóneos à revelação da *ratio essendi* da inadmissibilidade legal do acordo comissório.

O caminho que se desenvolva em busca da *ratio essendi* da proibição do pacto comissório não dispensará a leitura actualista da letra do preceito que a consagra e da interpretação também do regime legal das figuras que se consideram próximas, em termos de resultado económico-jurídico alcançado, por forma a que do confronto conceptual destas com aquele pacto emergja o fundamento da admissibilidade das figuras vizinhas da *lex commissoria* e, *a contrario sensu*, se evidenciem as notas de reprovação que concorrem para a constituição do fundamento específico e completo da nulidade das convenções comissórias.

2. Dação em cumprimento

No elenco das causas de extinção das obrigações além do cumprimento, a dação em cumprimento, disciplinada pelos artigos 837.º a 840.º CC, tem particular similitude com o pacto comissório, desde logo na liberação do devedor que a prestação de coisa (diversa da devida) opera – mediante o consentimento do credor.

Uma das *perplexidades* que aqui manifestamos¹⁵³⁸ é como um quadro legal coerente veda, a um tempo, o pacto comissório e admite outras figuras, como a dação em cumprimento, considerando

¹⁵³⁷ Esta é a perspectiva que ANGELO LUMINOSO apresenta em *Alla ricerca...*, *op. cit.*, p. 233 quando diz que “*La nuova prospettiva è quella di ricavare dal sistema nel suo complesso gli elementi idonei alla enucleazione della «ratio» dell’art. 2744 [norma da proibição do pacto comissório], che non è possibile desumere dal testo della disposizione*”.

¹⁵³⁸ Em idêntico sentido, na doutrina portuguesa, JANUÁRIO GOMES aponta assertivamente o aparente paradoxo, na sua *Assunção Fidejussória de Dívida*, *op. cit.*, p. 93 e segs., sublinhando, a respeito do efeito translativo do pacto comissório, que a coerência do quadro legal não permite uma conclusão precipitada de que

que esta, *ictu oculi*, expõe o devedor aos mesmos perigos daquele pacto, e que são os perigos que se pretende repelir por via da sua proibição legal.

Ponderando a nulidade do pacto comissório, mesmo o pacto *ex intervallo*, e sabendo que a *datio in solutum* é válida ainda que o devedor entregue ao credor coisa com valor significativamente superior ao do débito, aflora como explicação para a opção do legislador, relativamente àquele pacto, a circunstância de no âmbito do pacto comissório, existir a possibilidade, que a lei não pode deixar de salvaguardar, de o devedor dar em garantia ao credor um bem muito mais valioso do que o montante da dívida por se sentir abrigado por uma fórmula convencional que impede a perda definitiva do objecto da garantia, firmando, assim, um acordo comissório sob o impulso e a esperança de conseguir cumprir a obrigação a que está adstrito. Ao passo que no momento da celebração de uma dação em cumprimento, está já ciente de que vai perder o bem, irremediavelmente.

3. Compensação

Num exame do pacto comissório face a face com a compensação (artigos 847.º a 856.º CC), análise relevante para as situações em que estão em causa obrigações com prestação legal ou convencionalmente fungível, vemos que o n.º 2 do artigo 847.º CC apenas permite que se faça a compensação de dívidas de montante desigual na parte correspondente. Donde se retira, desde logo, que este comando normativo visa assegurar especificamente que o devedor recupere o *superfluum* relativamente ao valor da dívida. Vale isto por dizer que uma das razões em que se funda a nulidade do pacto comissório é o facto de permitir que o devedor coloque nas mãos do credor um bem que pode ter um valor muito superior à quantia do débito, e sem possibilidade de o devedor poder assegurar-se que o credor lhe entregará o excedente.

a lei reprová, em geral, os negócios de transferência da propriedade em garantia, exactamente por “a própria lei admitir figuras (...) em que a questão da transferência da propriedade pode estar coenvolvida com o escopo de financiamento assistido de garantia”.

Também JÚLIO GOMES, querendo sublinhar a *ratio* plural do não do artigo 694.º CC ao pacto comissório, afirma que “talvez o mais paradoxal da proibição do pacto comissório é que esta convive com outros institutos, perfeitamente lícitos, que parecem, no entanto, desencadear os mesmos perigos” e acrescenta como “exemplo a «*datio in solutum*» relativamente à qual, em regra, se admite a licitude da oferta do devedor (e concomitantemente a aceitação pelo credor) de um bem mais valioso do que o crédito”. E, pensando sobre os demais mecanismos que operam, na prática, os mesmos efeitos do pacto comissório, conclui que este é ilícito, porque o devedor não pode recuperar o eventual *superfluum* de valor da garantia em relação ao débito não cumprido e não (isoladamente) pela transmissão da propriedade com fim de garantia e pela subordinação daquela à condição do incumprimento. Cfr. JÚLIO GOMES, *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano*, ob. cit., pp. 65 e segs..

4. Venda *a retro*

Outra figura importante na nossa análise é a venda *a retro*, modelo comercial válido e regulado pela nossa lei civil entre os artigos 927.º e 933.º CC, e que permite ao vendedor de um certo bem, por convenção com o adquirente, resolver o contrato de compra e venda, sem necessidade de invocação de qualquer causa resolutiva, desde que exerça o seu direito dentro do prazo fixado contratualmente. Esta modalidade de venda tem claras similitudes com o pacto comissório, desde logo, pelo seu potencial como mecanismo jurídico que os sujeitos podem utilizar com fim de garantia. Por outro lado, configura uma transmissão do direito de propriedade sob condição (resolutiva), aspecto em que também se aproxima do pacto comissório que se apresenta como um verdadeiro negócio translativo da propriedade do objecto da garantia sob a condição (suspensiva) de incumprimento do devedor. Dito de outro modo, ambos são negócios condicionais, em que a transferência da propriedade para o comprador e para o credor pode não ser definitiva. E, na verdade, pode não ser. Só que na venda *a retro*, a transmissão para o adquirente não será definitiva apenas se o alienante exercer o seu direito de resolver o contrato, restituindo ao comprador o preço recebido, como determina o artigo 931.º CC. Já no pacto comissório, o devedor só pode impedir que o bem oferecido em garantia ingresse definitivamente na esfera do credor se realizar a prestação a que se obrigou, como resulta da própria definição da figura enunciada no texto do artigo 694.º CC. Sabendo que a venda *a retro* é válida ainda que o vendedor proceda à alienação do bem por um preço claramente abaixo do preço venal corrente, por exemplo por razões de carência de recursos financeiros imediatos, parece poder afirmar-se que a lei sanciona, num negócio de transmissão patrimonial, a sobreposição, na mesma pessoa, da qualidade de alienante e devedor celebrando o contrato com um comprador que é simultaneamente seu credor, por causa e em função dessa relação creditícia. Mais, o desvalor legal insito à proibição do pacto comissório parece significar ainda que o legislador sanciona a instrumentalização da compra e venda com fim de garantia por ela pressupor necessariamente uma relação obrigacional prévia e distinta da simples entrega de certo bem contra dinheiro, crendo o legislador não ser digna de tutela a justificação da carestia de dinheiro por parte do devedor, nem a eventual desproporcionalidade entre o valor do bem e valor da dívida, nem a função económico-jurídica creditícia e de garantia querida pelas partes.

5. *Ratio plural da proibição*

Os elementos distintivos encontrados no cotejo do pacto comissório com as figuras que lhe são mais próximas compõem um fundamento plural para a proibição de tal acordo.

Aliás, a nossa posição subscreve a corrente doutrinária que proclama que a nulidade das cláusulas comissórias tem raízes em diversas *rationes* que desde o Direito Romano foram motivando o legislador a manter a sua proscrição praticamente intocada.

Há argumentos que não apresentam consistência jurídica bastante, por si só. Ou porque existem outros mecanismos legais para tutelar o mesmo interesse (o que tornaria desnecessária a proibição do pacto comissório) ou porque a lei prevê sanção mais leve para a mesma hipótese (revelando que a nulidade das cláusulas comissórias não assenta somente naquela *ratio*).

Mais se dirá que a opção legislativa por consagrar uma norma específica para proibir o pacto comissório justifica-se para além do mero somatório dos fundamentos apontados pelas várias correntes de pensamento. Uma norma específica será sempre percebida com maior facilidade pelos particulares, realizará sempre melhor a sua natureza de princípio geral e cumprirá sempre melhor a sua missão de combate à disseminação dos pactos comissórios como cláusulas de estilo.

O complexo e plúrimo fundamento da proibição do pacto comissório que resiste desde Constantino reconduz-se, na sua essência, a não permitir que o devedor, com a finalidade de garantir as obrigações que assumiu, destine programaticamente um bem à satisfação do crédito do credor, reservando-se a possibilidade de desonerar o bem com o cumprimento, mas sem se (poder) assegurar que no caso de não conseguir cumprir, terá direito a receber o eventual acréscimo de valor do bem relativamente à dívida não paga.

Realizando agora o caminho inverso, partindo dos principais argumentos que militam a favor da proibição absoluta do pacto comissório, nota-se que não estão presentes nas três figuras contratuais vizinhas, em relação às quais expendemos uma sumária análise comparativa. Explica-se, nesta medida, que a compensação seja admitida nos termos em que a lei a disciplina, porque inexistente nesta causa de extinção das obrigações além do cumprimento o risco de o devedor ver o seu débito extinto por compensação com um crédito de valor inferior. Quanto à dação em cumprimento, a sua plena licitude justifica-se pela ausência de armadilha colocada ao devedor de poder dar em garantia ao credor determinado bem, levemente e iludido com a possibilidade de o recuperar. A admissibilidade da venda *a retro* funda-se na circunstância de este modelo negocial não pressupor que comprador e vendedor sejam já, no âmbito de uma relação creditícia pre-existente, credor e devedor um do outro, respectivamente.

A partir deste exame, pode já desenhar-se um quadro geral com os mais importantes elementos que compõem a justificação da proibição do pacto comissório. Olhar para as concretas formações negociais que os sujeitos construam no exercício do direito de auto-regulação dos seus interesses e concluir se serão ou não admissíveis à luz do nosso enquadramento legal resultará como ponto de chegada do processo analítico de detecção dos elementos que imprimem o desvalor expresso

na nulidade com que o artigo 694.º CC fere o pacto comissório. Encontrado o substrato da *ratio* da proibição do pacto comissório, a ele se devem reconduzir, por via de aplicação directa, quaisquer arquitecturas negociais em que se detectem os elementos de desvalor da norma.

Tribunais e pensadores do Direito concordam que para um juízo de licitude ou ilicitude de determinado modelo negocial não concorre tanto o tipo formal de instrumento jurídico utilizado pelas partes ou o estrito conteúdo formal dos efeitos jurídico-económicos tipicizados, mas sim, decisivamente, a função económico-jurídica que os sujeitos perseguem, de facto.

Em decorrência, onde um negócio concreto comportar os *essentialia* repudiados pela norma que sanciona o pacto comissório, aí deverá afirmar-se a nulidade deste acordo. Sob a aparência formal da admissibilidade legal de figuras que tendem a produzir efeitos jurídicos próximos dos que o pacto comissório opera ou a coberto da incerteza de regulação de modelos negociais atípicos ou da pretensa soberania absoluta da autonomia da vontade por que se regem os negócios jurídicos inominados, pode *esconder-se* o desequilíbrio negocial e prestacional que a lei pretende afastar com a norma geral da proibição do pacto comissório – que não se quer acantonada às garantias reais. A *ratio legis* do artigo 694.º CC assim o exige.

Paralelamente, a reflexão sistematizada nestes termos pode habilitar-nos, de igual modo, a realizar o escrutínio apriorístico das razões por que a lei consagra um regime específico de execução do penhor, tanto no penhor de coisas (artigo 675.º CC) como no penhor mercantil (artigo 401.º CCom), de créditos e financeiro (artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004), tão distante do sistema de execução de garantias tradicional através da venda judicial e, em certos casos, tão avizinhado dos efeitos jurídicos que a norma do artigo 694.º CC veda e por que admite a plena validade de figuras negociais como a cessão de bens aos credores ou a locação financeira restitutiva.

A favor do *sale and lease-back* depõem os argumentos da admissibilidade da venda *a retro*. Naturalmente, o legislador representou a hipótese de este esquema negocial poder ser utilizado pelas partes com o escopo de garantia, porém sobrepõe-se a duplicidade e a paridade das prestações, a sinalagmaticidade das obrigações e o equilíbrio das posições contratuais de ambas as partes que estruturalmente e materialmente dele resultam e que justificam o seu valor jurídico e o seu acolhimento no quadro legal. A posição do locatário (financiado-devedor) não é de debilidade negocial, entende o legislador, ou de sujeição jurídica ante o credor (financiador e locador), no sentido de diminuição da sua capacidade negocial resultante da necessidade de financiamento. E as consequências do incumprimento não se identificam com a condição suspensiva típica do pacto comissório, em cujos termos a transferência da propriedade do bem para o credor é definitiva, se o devedor incumprir a obrigação a que se encontra adstrito. Diversamente, se o locatário (devedor-financiado) incumprir, no âmbito de um contrato de *sale*

and lease-back, a compra e venda permanece como negócio perfeito e plenamente válido e eficaz; na locação, os efeitos do inadimplemento equivalem, *grosso modo*, aos de qualquer contrato com prestações periódicas e, portanto, também aqui o distanciamento em relação ao pacto comissório é claro, não sendo possível o locador financeiro, enquanto credor-financiador, apropriar-se do bem que comprou ao locatário (compra realizada para, logo em seguida, dar o bem adquirido em locação ao vendedor, financiando-o com o preço pago pela aquisição – preço que efectivamente entregou ao alienante seu posterior locatário).

Trata-se de um complexo negocial com prestações sinalagmáticas a que é estranha, jurídico-formalmente, a função de garantia derivada de uma relação creditícia autónoma pre-existente. Sopesa, portanto, o legislador que se as partes perseguem tal finalidade ao celebrar este negócio, estar-se-á meramente no plano *ajurídico* das motivações íntimas-psicológicas dos particulares, anteposto à fase da vontade real e declarada que é a que emerge à tona das realidades com relevância para o Direito.

Equacionando-se que o fim de garantia corresponde a um fim mediato da função real perseguida pelas partes, a validade do negócio permanece intocada, como vimos a respeito da problemática dos negócios indirectos, desde que o fim indirecto não desvirtue a finalidade jurídico-económica própria do negócio típico adoptado pelos sujeitos.

Mas pode, na verdade, suceder que o negócio de alienação a que as partes deram existência se apresente efectivamente revestido de um escopo de garantia. E quando assim suceder, quando a concreta formação negocial for utilizada e dirigida programaticamente ao fim principal de segurança do crédito do adquirente, então a sua qualificação não se faz nos limites da categoria dos contratos de alienação (pura e simples), caracterizados pela presença de prestações sinalagmáticas, mas sim entre os contratos de alienação em garantia, revelando o intuito de garantia uma causa incompatível com a sua subsunção ao esquema negocial do *sale and lease-back*.

No tocante às especificidades do regime do penhor, merece destaque a possibilidade consagrada no n.º 2 do artigo 675.º CC, nos termos da qual, por acordo entre devedor e credor pignoratício, pode o bem empenhado ser adjudicado a este directamente, desde que por valor determinado judicialmente. Se, por um lado, aqui, tal como a coberto de um pacto comissório, o credor pode satisfazer o seu crédito fazendo seu o objecto da garantia, por outro lado, a determinação judicial do valor do bem salvaguarda o risco de subavaliação (se fosse apreçado pelo credor). E, se a coisa empenhada for desproporcionalmente mais valiosa do que o crédito incumprido, o devedor poderá usar o instituto do enriquecimento sem causa para exigir que o credor seja obrigado a restituir-lhe a mais-valia com que se locupletou à sua custa.

E que dizer da *cessio bonorum*? A cessão de bens aos credores, consagrada pela nossa lei civil nos artigos 831.º a 836.º CC, é a possibilidade de o devedor encarregar os credores de liquidar o

seu património e satisfazer os seus créditos, em sequência, com a repartição entre eles do produto da liquidação. Daí que é seguro afirmar-se que a cessão de bens pode, na prática, ser utilizada como um verdadeiro instrumento de garantia, sendo certo outrossim que mesmo nos casos em que as partes façam uso deste mecanismo legal com escopo principal de segurança do crédito, a *cessio bonorum* não constitui um atropelo das regras da execução das garantias, uma vez que não corresponde a uma hipótese de preempção a favor de determinado(s) credor(es). Sem prejuízo, apresenta assinaláveis vantagens relativamente ao sistema de execução tradicional, porque não constitui um mecanismo de satisfação do crédito necessariamente através da via executiva. Por outro lado, a cessão de bens não subtrai à esfera do devedor qualquer prerrogativa que lhe assiste em sede legal de execução das garantias, segundo o sistema tradicional, de que é exemplo flagrante a faculdade que a lei atribui ao devedor de desistir da cessão, cumprindo as obrigações a que se encontra adstrito perante os credores cessionários e libertando os bens que garantiam os créditos destes (artigo 836.º, n.º 1, CC). A cessão de bens dá ainda ao devedor a segurança de que o produto da venda dos seus bens é entregue aos credores cessionários apenas na medida do valor dos créditos, conservando-se na titularidade do devedor o direito de fiscalização da gestão realizada pelos cessionários bem como o direito à prestação de contas, *ex vi* do n.º 1 do artigo 834.º, CC.

Complementarmente, todas as reflexões em torno das figuras próximas do pacto comissório fornecem conclusões relevantes para o problema do fundamento da sua proibição. Todavia, na procura da *ratio* nuclear do impedimento legal do pacto comissório, com solidez dogmática bastante para fundar e sustentar a sua manutenção desde o Direito Romano até aos modernos sistemas legislativos, não pode adoptar-se visão múltipla (mas) parcelar que a final permita uma leitura correspondente ao mero somatório das diferentes correntes de pensamento a este respeito.

Assim, as várias teses que se perfilam sobre o fundamento da proibição do pacto comissório, na verdade, são válidas e representam inestimável contributo para a análise da figura, sendo que um ensaio acerca da *ratio essendi* será tanto mais rico quanto menos preso ficar a um argumento em detrimento dos demais.

Convocando a tese que situa o fundamento da proibição do pacto comissório no perigo de o credor se aproveitar da situação de carência do devedor para se apropriar de bem deste com valor desequilibradamente mais alto do que o *quantum debeat*, não podemos deixar de assinalar aqui um argumento sólido, e seguramente tomado em linha de conta na formulação legal. Mas porque se trata de posição tão axiologicamente vinculada, pode conduzir a uma interpretação do comando normativo demasiado *apertis verbis* que conclua pela estrita ilicitude das convenções em que a apropriação do objecto da garantia pelo credor seja condicionada

suspensivamente à falta de pagamento de uma dívida. Esta tese peca por se erguer a partir de uma ideia conceptual-dogmaticamente tão vaga que quase em paradoxo empurra o intérprete para uma percepção literal restritiva do conteúdo da norma que proíbe o pacto comissório. Este perigo¹⁵³⁹, por corresponder a conceito tão impreciso, revela-se de difícil identificação nas formações negociais criadas pelos particulares bem como nas figuras contratuais legalmente previstas e daí que só encontre expressão nas situações a que o enunciado linguístico da norma se refere directamente. Nos casos em que, por exemplo, as partes convencionem a transferência imediata da propriedade para o adquirente, clausulando a possibilidade de o alienante recuperar o bem transmitido mediante a restituição do preço, os defensores desta doutrina sustentam que a eventual ilicitude de tal acordo possa derivar não da subsunção à proibição do pacto comissório, mas eventualmente da *fraus legis* ou da aplicação analógica da norma que fere de nulidade os pactos comissórios, porque, como não se trata de uma norma excepcional, admite aplicação por analogia. A doutrina do perigo de aproveitamento por parte do credor, embora equacione a aplicação analógica do preceito que sanciona as convenções comissórias, sublinha que a *analogia legis* deve ponderar-se somente nos casos concretos em que se registre necessidade de recursos financeiros por parte do vendedor e de gritante assimetria de valores entre o bem oferecido em garantia e o débito incumprido. Destarte, a identificação, a montante, de uma *ratio* genérica para a proibição do pacto comissório acaba por limitar a aplicação da norma sancionatória de acordo com uma interpretação literal da mesma e esta leitura *apertis verbis* condiciona a tese em causa ao recurso à interpretação analógica para justificar o desvalor de certas situações práticas e a um método de averiguação casuística muito mais rigoroso do que consabidamente requer o artigo 694.º CC.

Perfila-se também entre as correntes de pensamento sobre o fundamento da proibição do pacto comissório a tese que surge como desenvolvimento do tema a propósito do cotejo com a venda *a retro*. De acordo com esta visão, a *ratio* que sustenta a proibição está relacionada com um duplo risco que a lei pretende afastar: o risco de o objecto da garantia poder ser superiormente mais valioso do que o montante do crédito que assegura e o risco de perecimento do bem. Defende-se¹⁵⁴⁰ que ao abrigo do pacto comissório o devedor suporta injusta e injustificadamente ambos os identificados riscos. Parece, contudo, excessivamente redutora esta visão e, sobretudo, potenciadora de conclusões que não podem deixar de se criticar. Aceitar as premissas desta linha de pensamento equivaleria a afirmar a validade dos pactos comissórios nas situações em

¹⁵³⁹ Perigo para o qual PELOSI aponta em *Sale and lease back...*, ob. cit., pp. 447 e ss. e *Divieto...*, op. cit., pp. 499 e segs..

¹⁵⁴⁰ Neste sentido, F. REALMONTE, *Le garanzie immobiliari ecc.*, ob. cit., pp. 127 e segs. e *Stipulazioni...*, ob. cit., pp. 1444 e segs. e nota 1536.

que as partes convencionassem expressamente que o risco de perecimento do bem oferecido em garantia correria por conta do credor, mantendo-se, sublinhe-se, todos os demais elementos caracterizadores. De igual modo, e tendo a doutrina nascido das reflexões expendidas pelos seus cultores a propósito da venda *a retro*, o seu argumentário conduziria à defesa da nulidade deste tipo nos casos em que o risco de deterioração ou perda do bem alienado corresse por conta do vendedor.

Muito diversas são as soluções a que conduz a tese de LUMINOSO¹⁵⁴¹, segundo a qual é tripla a razão por que o pacto comissório é proibido, resultando a sua individualização do confronto dos *essentialia negotii* deste acordo com as notas que o distinguem das figuras expressamente consagradas, admitidas e reguladas por lei e que lhe são próximas. De acordo com esta doutrina, o reconhecimento das três notas específicas que conjunta e complementarmente concorrem para a identificação do fundamento da nulidade do pacto comissório e dos limites e sentido da sua aplicação permite discernir também os interesses tutelados pelo preceito normativo. E esta tarefa mostra-se decisiva para uma correcta interpretação legal com fins aplicativos. É que traçado o perfil dos interesses que a lei visa proteger com a proscrição – não esquecidos numa norma de natureza material como o artigo 694.º CC –, por cotejo do pacto comissório com modelos negociais similares, crê-se acautelado o perigo de uma interpretação literal do texto da disposição legal. Uma tal leitura do artigo 694.º CC pode (representar o perigo de) dele retirar um mero comando normativo cego, incapaz de fornecer os critérios de resposta para o problema da sua aplicação ou não a concretas formulações negociais criadas pelas partes, no exercício da autonomia da vontade, e que embora não corresponda literalmente à hipótese formal descrita no enunciado da norma, apresente elementos caracterizadores idênticos aos do pacto comissório, de tal modo que seja pertinente perguntar da extensão e sentido da aplicação do artigo 694.º CC *in casu*. A posição que aqui se defende permite a conclusão de aplicação da norma às convenções em cujos termos, com a finalidade de garantia, ocorra o efeito translativo da propriedade do bem que assegura o crédito para a esfera do credor, suspensivamente condicionada ao não cumprimento do devedor (pacto comissório puro e simples), mas também aos modelos negociais com efeito translativo imediato sob a condição resolutiva de o devedor restituir a quantia mutuada, e ainda aos negócios em que as partes convencionem adstringir o devedor à obrigação de transmitir para o credor determinado bem que garante o crédito deste, no caso de ele não realizar a prestação devida. De acordo com esta perspectiva doutrinária, a norma do artigo 694.º CC estende-se ainda às situações de facto que configurem um acordo, nos termos do qual as partes atribuem ao credor a prerrogativa de satisfazer o seu crédito por

¹⁵⁴¹ Cfr. ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca...*, *op. cit.*, pp. 233 e segs..

apropriação de um determinado bem do devedor, a par da possibilidade de este último poder desonerar o bem com o pagamento tempestivo da dívida, não incluindo, contudo, um pacto marciano, isto é, não ficando prevista qualquer forma de assegurar que o credor entregará ao devedor o eventual valor excedentário do bem relativamente ao *quantum debeatur* não pago.

Crê-se que o sentido da proibição do pacto comissório se encontra também afirmado e reforçado na aplicação às hipóteses descritas, por se entender que o perigo a que o devedor fica exposto nestes casos é idêntico àquele que o legislador pretendeu afastar com a previsão legal que recusa a validade do pacto comissório.

Crê-se outrossim, com base nestas premissas, negar validade à venda *a retro* nos casos em que esta figura contratual seja usada pelos sujeitos com a funcionalidade de garantia, bem como nas situações em que se celebre um contrato de compra e venda, com estipulação convencional do mesmo negócio em sentido inverso, instrumentalizado pelas partes como mecanismo de garantia, e ainda quando, com o mesmo propósito, as partes recorram ao esquema negocial do *sale and lease-back* e façam dele uma utilização anómala, deformadora das finalidades para as quais o legislador o consagrou. Todos estes casos representarão negócios nulos, demonstrado que seja que o fim querido pelas partes com a alienação era o de garantia de crédito (anterior ou contemporâneo) que o adquirente titula numa outra relação creditícia (formalmente autónoma) com o vendedor do bem objecto da alienação-transmissão. O sancionamento das hipóteses descritas com nulidade não exigirá que se demonstre que a determinação do alienante para vender foi a necessidade de recursos financeiros e/ou que o bem alienado fosse muito mais valioso do que o crédito. Em decorrência, considerar-se-á irrelevante qualquer cláusula de modificação do regime supletivo de (por conta de quem corre o) risco de perecimento do bem transmitido.

Na verdade, a doutrina proposta por LUMINOSO¹⁵⁴² evidencia a escassez de elementos fornecidos ao intérprete pela letra da norma proibitiva do pacto comissório. O artigo 2744 do *Codice Civile*, sob epígrafe “*Proibizione del patto comissorio*”, determina que “*È nullo il patto com o qual se convencie que, na falta de pagamento do crédito no termo do prazo fixado, a propriedade da coisa hipotecada ou dada em penhor passe para o credor. O patto é nullo também se for posterior à constituição da hipoteca ou do penhor*”¹⁵⁴³. E o correspondente artigo

¹⁵⁴² A posição de ANGELO LUMINOSO encontra-se amplamente explanada em *Alla ricerca...*, *op. cit.* e *La vendita con riscatto...*, *ob. cit.*, *passim*.

¹⁵⁴³ Tradução do texto da norma do artigo 2744 do Código Civil italiano na língua de origem que sob o título “*Divieto del patto commissorio*” estabelece: “*È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecada o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell’ipoteca o del pegno*”.

694.º do nosso Código Civil, com o título “*Pacto comissório*” estabelece que “*É nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir*”.

Em presença de uma formulação legal tão genérica, a interpretação literal será manifestamente insuficiente para encontrar a *ratio* específica da proibição legal do pacto comissório. Daí que se imponha procurar no sistema legislativo considerado como um todo complexo, mas unitário e coerente os *essentialia negotii* perante os quais se pode afirmar o sentido da aplicação do impedimento e por onde traçar o limite para lá do qual a razão de ser da nulidade do pacto comissório deixa de ter cabimento valorativo.

E, na sequência deste entendimento dogmático que antecipa um fundamento da proibição que não fica acantonado à hipoteca, ao penhor e às restantes garantias reais, surge uma reflexão que adopta como método a análise comparativa da essência do pacto comissório e das figuras negociais com notas caracterizadoras aparentemente semelhantes, mas que ainda assim a lei admite. Tais modelos contratuais, dadas as semelhanças com o pacto comissório, do prisma dos efeitos económico-jurídicos que operam e a possível utilização na *praxis negotii* com a finalidade de garantia, podem mesmo representar os limites externos da convenção vedada por lei.

Do confronto das notas essenciais do pacto comissório com a dação em cumprimento, a venda *a retro* e a possibilidade prevista no regime do penhor de convenção entre as partes de adjudicação directa do bem oferecido em garantia ao credor pignoratício por valor determinado pelo tribunal, evidenciam-se três notas distintivas essenciais sobre as quais poderá afirmar-se que assenta a fundamentação da nulidade do artigo 694.º CC. Estas notas que congregam o desvalor contido na proibição podem resumir-se nos seguintes termos: (i) o devedor, para garantir o crédito do credor, (ii) constitui a favor deste uma garantia sobre um determinado bem, (iii) convencionando as partes que o credor satisfará o seu crédito ficando com o bem, e que o devedor poderá desonerar o bem mediante o cumprimento da obrigação, mas sem a estipulação de que em caso de inadimplemento o credor entregará ao devedor o eventual *superfluum* do valor do bem em relação à dívida.

Sublinhamos que esta última referência ao silêncio do clausulado quanto à entrega do possível acréscimo de valor do bem sobre o crédito não nos parece que possa identificar-se como um *essentialia*, em sentido próprio. Afigura-se-nos, sim, que esta nota ingressa dogmaticamente, em termos complementares, no risco de exploração usurária do devedor, isto é, numa interpretação teleológica do próprio fundamento de necessidade de amparo do devedor enquanto parte negocial débil. É que a norma nada diz a respeito da possibilidade de incongruência prestacional. Nada diz o artigo 694.º CC como, aliás, o artigo 837.º CC também nada diz sobre a hipótese de o

devedor dar em cumprimento um bem que valha mais do que a dívida que ele não pagou. O que aponta, julgamos, para que o legislador entendeu que o instituto do enriquecimento sem causa é suficientemente protector dos interesses do devedor. O que, por outro lado, deixa a porta aberta à admissibilidade do pacto marciano, como defendemos¹⁵⁴⁴.

Regressando às notas apontadas, elas parecem ser mais reforçadas ainda na análise de outras figuras típicas, legalmente admitidas e reguladas e plenamente válidas apesar das similitudes com o pacto comissório.

Reiteramos que os fundamentos apresentados pelas várias correntes de pensamento sobre o fundamento da proibição do pacto comissório não são incompatíveis entre si, antes se complementam na identificação da *ratio* da nulidade. No entanto, consideradas *de per se*, as diferentes teses conduzem a diferentes conclusões relativamente à admissibilidade ou inadmissibilidade dos modelos negociais da categoria das alienações com fim de garantia, como a venda *a retro* e a locação financeira de retorno. Por outras palavras, o fundamento apresentado por cada doutrina, apesar da insuficiência por si só, é válido pelo menos como parte integrante da *ratio* da proibição do pacto comissório ou pelo menos não é totalmente inexpressivo, mas já as conclusões a que se chega partindo das premissas de cada um apontam em direcções completamente opostas, em particular sobre a (i)licitude dos contratos da categoria das transmissões em garantia, o que tudo diz da sua necessária rejeição diante da pergunta da sua utilidade para traçar as fronteiras e o sentido da aplicação da norma que considera nulos os convénios comissórios.

Destarte, a maior riqueza doutrinária¹⁵⁴⁵ em matéria do estudo do pacto comissório surgiu como desenvolvimento reflexivo acerca dos esquemas negociais enquadráveis nas alienações em garantia que florescem e se multiplicam nas práticas negociais alçadas na realidade material-jurídica ao abrigo do princípio da autonomia privada, em face das limitações e ineficiência do sistema de garantias tradicional¹⁵⁴⁶.

A maior parte da doutrina retoma argumentos historicamente tantas vezes apresentados para sustentar a proibição do pacto comissório, sem tocar nos aspectos mais controversos da reflexão,

¹⁵⁴⁴ Cfr. as reflexões que fomos vertendo e que agora aqui crismamos (*vide* particularmente o capítulo II).

¹⁵⁴⁵ A temática do pacto comissório tem sido vivamente discutida sobretudo pela doutrina italiana. Para indicação a alguns dos estudos mais significativos, *vide* nota seguinte.

¹⁵⁴⁶ Aqui se assinalam os relevantes estudos da doutrina italiana, onde se destacam Autores como V. BUONOCORE, «Leasing», *ob. cit.*, pp. 809 e segs., G. DE NOVA, *Il contratto di leasing*, *ob. cit.*, pp. 251 e segs. e *Sull'interpretazione del precedente giudiziario*, *ob. cit.*, pp. 113 e segs.; A. LUMINOSO, *Alla ricerca degli arcani confini...*, *op. cit.*, pp. 219 e segs.; A. C. PELOSI, *Divieto del patto commissorio, lease-back e frode alla legge*, *op. cit.*, pp. 497 e segs.; M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio, un passo indietro della Cassazione*, *op. cit.*, pp. 117 e segs.; F. REALMONTE, *Le garanzie immobiliari*, *op. cit.*, pp. 121 e segs. e M. BUSSANI, *Il contratto di lease back*, *ob. cit.*, pp. 602 e segs..

reforçando apenas o sublinhado segundo o qual a nulidade de tal pacto pretende afastar o risco de desequilíbrio entre o valor do objecto da garantia prestada e o montante do crédito garantido¹⁵⁴⁷ ou introduzir no próprio comando normativo um mecanismo de controlo sobre o eventual excesso de valia do bem transferido para o credor relativamente ao crédito garantido¹⁵⁴⁸.

Também tem sido frequentemente esgrimido o argumento que vê na proibição do pacto comissório a tutela do interesse geral no combate à disseminação das cláusulas comissórias como cláusulas de estilo¹⁵⁴⁹.

A tendência mais recente é de os Autores defenderem posições marcadas pela combinação de mais do que uma *ratio* entre aquelas que a doutrina tinha já afirmado no passado e algumas até abandonado.

Porventura uma reflexão mais fértil do que meramente revisitar as doutrinas tradicionais, ou até mesmo repensá-las sob um prisma de harmonia e complementaridade entre si, será a dissecação dos ensaios de tentativa de superação da insuficiência das teses clássicas.

Um destes novos olhares debruça-se em particular sobre os negócios que implicam um efeito translativo imediato, sopesando o duplo risco que neles o devedor corre de transmitir para o credor bem destacadamente mais valioso do que o montante do crédito garantido e de perecimento do mesmo. E a conclusão a que contemporaneamente chegam os Autores que reflectem sobre a proibição do pacto comissório à luz desta nota é de considerar ilícitas as formações negociais em que o devedor assuma em simultâneo estes riscos. Do mesmo modo que, *a contrario sensu*, se reputa válida a venda *a retro*, considerando que nesta modalidade de alienação o risco de perecimento da coisa alienada corre por conta do comprador¹⁵⁵⁰, aliás de acordo com a regra geral *res perit domino*¹⁵⁵¹.

¹⁵⁴⁷ Onde de situa a posição de BUGANI, em *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendida)*, ob. cit., pp. 31 e segs..

¹⁵⁴⁸ É neste sentido a posição de BUSSANI, *Il contratto di lease back...*, ob. cit., pp. 595 e segs..

¹⁵⁴⁹ BUSSANI assinala este fundamento juntamente com o anterior (cfr. última anotação).

¹⁵⁵⁰ Veja-se neste sentido as posições de REALMONTE, em *Le garanzie immobiliari...*, op. cit., pp. 127 e segs. e LUMINOSO, em *La vendita con riscatto, nel Codice Civile*, ob. cit., pp. 270 e segs., em que, embora discordando quanto à questão de base relativa ao fundamento da proibição do pacto comissório, coincidem no entendimento de que a venda *a retro* deve considerar-se válida, pois, ao contrário do que se verifica nas convenções comissórias, naquela modalidade de alienação, o vendedor, ainda que psicologicamente impellido a celebrar o negócio por necessidade do dinheiro da venda, o certo é que não assume a posição formal de devedor do adquirente. Concordam ainda os dois Autores que a venda *a retro* é, na sua essência, um contrato de alienação, caracterizado, portanto, pela duplicidade e paridade prestacional, e não um contrato caracterizado pela função de garantia.

¹⁵⁵¹ Regra que o nosso Código Civil consagra no artigo 796.º, nos seguintes termos: “1 - Nos contratos que importem a transferência do domínio sobre certa coisa ou que constituam ou transfiram um direito real sobre ela, o perecimento ou deterioração da coisa por causa não imputável ao alienante corre por conta do adquirente”, acrescentando-se no n.º 3 a regra específica para os negócios sob condição, determinando-se que “3 – Quando o contrato estiver dependente de condição resolutiva, o risco do perecimento durante a pendência da condição corre

No entanto, esta conclusão apresenta alguma inconsistência, quer pela remota relevância do argumento do risco de perda da coisa, sobretudo na venda *a retro* que tenha por objecto um bem imóvel – frequentíssimo na prática – quer pela natureza imperativa das normas relativas ao risco que não admitem, por isso, estipulação convencional em sentido contrário e que já prevêem que numa transmissão do direito de propriedade sob condição resolutiva, havendo *traditio rei*, o risco de perecimento do bem, durante a pendência da condição, corre por conta do adquirente (artigo 796.º, n.º 3, CC)¹⁵⁵². Por outro lado, também não podem aceitar-se as conclusões a que conduz esta argumentação, porque se o fundamento da proibição do pacto comissório fosse a questão do risco, então, ter-se-ia de admitir a validade dos concretos pactos comissórios em que as partes colocassem a cargo do credor o risco de perecimento do bem dado em garantia. Nestes termos, nos negócios com efeito translativo imediato sob condição resolutiva de o autor da transmissão cumprir, como nas transmissões suspensivamente condicionadas ao não cumprimento por parte do devedor-transmitente, o impedimento legal ultrapassar-se-ia pela simples inclusão de uma cláusula de assunção do risco pelo credor-transmissário. Mais, seriam admissíveis, de um modo geral, os pactos comissórios com eficácia translativa imediata que tivessem por objecto bens fungíveis, uma vez que nestes casos o risco de perecimento correria necessariamente por conta do transmissário-credor¹⁵⁵³. O que se não afigura consentâneo com o desvalor contido na norma do artigo 694.º CC¹⁵⁵⁴.

Segundo uma outra corrente doutrinária que centraliza a perspectiva da convenção comissória na sua natureza translativa imediata, a nulidade a que a lei a condena surge como expressão dos princípios gerais em matéria de incumprimento. É que de acordo com os pactos comissórios, na hipótese de o devedor não realizar a prestação devida, o bem oferecido em garantia transfere-se para a esfera jurídica do credor. O que significa que, na hipótese de inadimplemento, deixa de poder haver controlo sobre os efeitos convencionados pelas partes do ponto de vista dos direitos do credor. A posição vertida nesta tese transpõe para o âmbito do pacto comissório a limitação que decorre da lei em matéria de cláusula penal. Outrossim surgida na doutrina italiana, os defensores desta posição¹⁵⁵⁵ sustentam que na medida em que no âmbito de um

por conta do adquirente, se a coisa lhe tiver sido entregue; quando for suspensiva a condição, o risco corre por conta do alienante durante a pendência da condição”.

¹⁵⁵² Vide nota anterior.

¹⁵⁵³ REALMONTE aceita esta argumentação, como podemos ler desenvolvidamente em *Le garanzie...*, *op. cit.*, pp. 127 e segs..

¹⁵⁵⁴ Na doutrina italiana esta tese também é alvo de críticas, entre as quais se destaca a posição de LUMINOSO, *Alla ricerca...*, *op. cit.*, p. 224, DE NOVA, *Il lease-back...*, *ob. cit.*, pp. 273 e segs. e MARICONDA, *Trasferimenti commissori e principio di causalità*, c. 1435.

¹⁵⁵⁵ Entre os quais se encontra ROBERTO TRIOLA, como se vê em *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in *Giustizia Civile*, vol. I, 1988, p. 1770, em que o Autor mostra desacordo com a posição dominante

pacto comissório as partes fixam por acordo os direitos que assistirão ao credor no caso de o devedor incumprir, a apropriação que daqui decorre do bem oferecido em garantia, verificado o cenário de inadimplemento do devedor, pode ser vista como uma espécie de cláusula penal, ou seja, pode ser vista como fixação contratual da *indemnização* a que o credor tem direito pela não realização voluntária do seu crédito. Na esteira deste argumentário de recondução da apropriação à cláusula penal, os efeitos típicos do pacto comissório defraudam o princípio geral que se pode extrair do regime da cláusula penal de inexigibilidade e controlo judicial de indemnização excessiva convencionada a favor do credor¹⁵⁵⁶. Este princípio pode ainda retirar-se da disciplina da cláusula penal do Código Civil português – consagrada entre os artigos 809.º a 812.º –, na medida em que o nosso regime da fixação convencional dos direitos do credor (artigo 810.º CC), por um lado, limita ao valor do prejuízo decorrente do inadimplemento da obrigação o montante da indemnização do credor (n.º 3 do artigo 811.º CC) e, por outro, ordena a redução judicial da cláusula penal quando, de acordo com o princípio da equidade, ela for manifestamente excessiva (n.º 1 do artigo 812.º CC). No entanto, esta tese apresenta uma concepção inaceitável do pacto comissório como negócio translativo, a que se junta a recondução do pacto comissório à cláusula penal que é insustentável do ponto de vista conceptual-doutrinário, porque não pode subsumir-se um mecanismo de garantia (como é o pacto comissório) a um instrumento legal de predeterminação convencional do *quantum* indemnizatório do credor (como é o caso da cláusula penal)¹⁵⁵⁷. Vale isto por dizer, *a contrario sensu*, que a justificação do impedimento legal do pacto comissório não pode situar-se na eficácia real do acordo. De igual modo, não é coerente a afirmação da admissibilidade do pacto comissório com eficácia meramente obrigacional¹⁵⁵⁸⁻¹⁵⁵⁹. Em sequência, exclui-se das razões da proibição a eficácia real característica do pacto.

de identificar na proibição do pacto comissório a necessidade de tutela do devedor contra o possível aproveitamento do credor que, em caso de incumprimento do devedor, pode conseguir um bem desproporcionalmente mais valioso do que o montante do seu crédito insatisfeito. Entende TRIOLA que não seria coerente que a *ratio* do impedimento do pacto comissório fosse a protecção de um negócio potencialmente celebrado em estado de necessidade, uma vez que a sanção legal para aqueles pactos é a nulidade e, nos termos gerais, os negócios celebrados em estado de necessidade são meramente anuláveis (artigo 1448 do Código Civil italiano).

¹⁵⁵⁶ No direito italiano, a disciplina da cláusula penal está consagrada nos artigos 1382 a 1384 do *Codice Civile*.

¹⁵⁵⁷ Neste sentido, e para mais desenvolvimentos *vide* MASSIMO BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, ob. cit., pp. 111 e segs..

¹⁵⁵⁸ É este o entendimento recente da jurisprudência italiana, por invocação sobretudo da posição de TRIOLA (cfr. *Vendita con patto di riscato e divieto del patto commissorio*, ob. cit. na antepenúltima nota, pp. 1771 e segs.), sendo certo que esta é também a opinião de outros Autores como ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca...*, op. cit., pp. 225-226.

¹⁵⁵⁹ Entre nós, já VAZ SERRA evidencia que a *ratio* da proibição do pacto comissório atinge, não só os acordos com eficácia real, mas também os de efeitos meramente obrigacionais. Cfr. ob. cit. *Penhor*, BMJ, n.º 58, p. 218, em que o insigne doutrinador afirma que “*não só ao pacto comissório «real» como o meramente «obrigacional» (com este, o credor, não sendo satisfeito em tempo, tem um crédito à transmissão da propriedade da coisa) são*

A mesma corrente doutrinária, por exame comparativo com a figura da cláusula penal, aponta ainda como justificação da nulidade de tal pacto que este não assegura qualquer mecanismo para o devedor reagir no caso de o bem dado em garantia apresentar um valor desproporcionalmente mais alto do que o crédito incumprido, ao contrário do instrumento de controlo judicial previsto na lei para a cláusula penal (artigo 812.º, n.º 1, CC¹⁵⁶⁰⁻¹⁵⁶¹). Na verdade, este, sim, constitui um argumento válido e com consistência dogmática e amparo legal bastante para se poder identificar entre as razões em que se funda a opção legislativa secular de proibição absoluta do pacto comissório. De qualquer modo, por si só, o argumento não pode conduzir à aceitação plena da doutrina na qual ele se encontra imerso, exactamente pela inclusão do argumento numa linha de raciocínio que não pode deixar de ser analisada como um todo. Por outras palavras, o facto de esta nota de ausência da possibilidade de controlo judicial do desequilíbrio das prestações no pacto comissório (que tanto o distancia da cláusula penal) surgir na esteira de um pensamento que, por um lado, realiza uma subsunção conceptual de figuras de natureza perfeitamente distinta e incomparável – o pacto comissório é um meio de (execução de) garantia, diversamente da cláusula penal que é um meio de fixação contratual do montante da indemnização do credor – e que, por outro lado, se apoia, como posição de base, na tese tradicional da necessidade de tutela do devedor e da sua posição de debilidade negocial (da qual mormente pode resultar a desproporção entre o objecto da garantia e o crédito garantido), parece, a final, revelar-se insuficientemente nova em relação ao pensamento clássico maioritário.

Numa perspectiva apresentada como tentativa de superação das críticas dirigidas à tese tradicional, surge uma linha de pensamento segundo a qual a proibição do pacto comissório explicar-se-á por apelo ao desvalor, como regra geral do ordenamento jurídico, dirigido às alienações e aos negócios translativos com fim de garantia. À luz desta tese, o comando normativo que impede o acordo comissório fere de nulidade a causa do negócio, e, portanto, os negócios de natureza similar, isto é, os esquemas negociais translativos com escopo de garantia seriam, *hic sensu*, vedados por lei exactamente por lhes faltar um elemento estrutural indispensável: a causa¹⁵⁶².

proibidos, pois também a este último é aplicável a razão de ser da proibição. Todavia, é válido o pacto por que se reconheça ao credor um crédito à transmissão da propriedade, se esse pacto não tiver relação com a não-satisfação do credor, isto é, se aquele crédito compreender, não apenas a hipótese de o credor não ser satisfeito em tempo, como a de o ser”.

¹⁵⁶⁰ Esta norma do direito português corresponde, no direito italiano, ao artigo 1384 do *Codice Civile*.

¹⁵⁶¹ À redução judicial por equidade acresce uma norma que enuncia como princípio geral que a indemnização que o credor tem direito de exigir não pode ser superior ao montante dos danos que advenham da falta de cumprimento da obrigação principal por parte do devedor (cfr. n.º 3 do artigo 811.º CC que sob a epígrafe “Funcionamento da cláusula penal” estabelece que “O credor não pode em caso algum exigir uma indemnização que exceda o valor do prejuízo resultante do incumprimento da obrigação principal” – sublinhado nosso).

¹⁵⁶² Entre os doutrinadores mais importantes na defesa desta posição, situa-se MARICONDA (ver *Trasferimenti commissori...*, *op. cit.*, c. 1437), segundo quem a fragilidade da tese tradicional é confirmada pela possibilidade de o pacto comissório ser celebrado entre o credor e um terceiro que preste garantia real a favor do credor para

De iure condito, é possível identificar uma certa repulsa do nosso quadro legal relativamente aos negócios translativos com escopo de garantia¹⁵⁶³, sendo que o Direito português admite, por outro lado, figuras como a venda *a retro* e o *lease-back* que configuram, sem qualquer margem de dúvida, negócios reais *quoad effectum* e que podem claramente ser usados com a finalidade de garantia.

A doutrina e também os tribunais em Itália têm vindo gradualmente a aceitar a validade da alienação em garantia¹⁵⁶⁴, sendo que neste sistema jurídico a venda em garantia é uma figura muito próxima da venda *a retro*, correspondendo à alienação celebrada ao tempo da constituição de uma dívida com uma cláusula de recompra a favor do alienante-devedor ou com a condição resolutiva do cumprimento da dívida¹⁵⁶⁵. Mas, na verdade, permanece como uma questão

assegurar junto deste o cumprimento da obrigação que impende sobre o devedor. Ora, na medida em que o pacto comissório não tem necessariamente de ser firmado entre credor e devedor (embora corresponda à situação mais frequente na prática), podendo, de igual modo, estabelecer-se entre o credor e um terceiro (dado que a própria garantia pode ser constituída tanto pelo devedor como por terceiro), o clássico argumento da necessidade de tutela legal do devedor exposto a eventuais exigências abusivas por parte do credor resultaria fragilizado perante esta possibilidade legal, entende MARICONDA.

No entanto, só uma leitura desatenta da norma que fere de nulidade os pactos comissórios pode dirigir uma tal crítica à tese tradicional. É que o texto da norma apenas se reporta à convenção em si e aos seus efeitos, não fazendo qualquer menção aos seus sujeitos. Sendo certo também que esta observação é plena e igualmente válida tanto para o artigo 2744 do *Codice Civile* como para o artigo 694.º do Código Civil português. Na verdade, de acordo com as regras gerais das garantias das obrigações e, mais amplamente, das regras gerais do cumprimento, a lei reconhece legitimidade a terceiros para garantirem um débito que não seja sua obrigação (cfr. artigos 628.º, n.º 2; 657.º, n.º 2; 667.º, n.º 2 e 717.º, CC), assim como lhes reconhece legitimidade para cumprir uma prestação exigível a outrem, e não podendo, neste último caso, o credor injustificadamente recusar a prestação do terceiro, sob pena de incorrer em mora (artigos 767.º e 768.º, CC). Daí que não seja conceptualmente razoável dizer-se que a maior fragilidade da tese clássica sobre a *ratio* da proibição do pacto comissório deriva da hipótese de esta convenção poder ser firmada entre o credor e um terceiro, uma vez que o pensamento tradicional apresenta como fundamento da nulidade dos acordos comissórios a necessidade de tutela legal do devedor, porque, *naturaliter*, todas as considerações expedidas (por qualquer corrente doutrinária) a propósito da posição de inferioridade negocial do devedor valem para o sujeito que garanta a obrigação do devedor e valem, por maioria de razão, quanto à questão do perigo de o crédito ficar garantido por um bem significativamente mais valioso (o perigo da eventual desproporção entre o valor do bem e o do crédito). Neste sentido, aqui acolhido, consultar ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca...*, op. cit., p. 226 (nota 30).

¹⁵⁶³ Como refere claramente LEITE DE CAMPOS, a propósito da alienação em garantia, em *A Alienação em Garantia*, in Estudos em Homenagem do Banco de Portugal, ob. cit., p. 23.

¹⁵⁶⁴ E o argumento que os doutrinadores mais convocam parece ser aquele que LUMINOSO realça: são mais as normas do direito positivo a apontar no sentido da admissibilidade da venda em garantia do que aquelas que sugerem solução contrária – cfr. *Alla ricerca...*, ob. cit., p. 226.

¹⁵⁶⁵ Os tribunais italianos têm vindo a admitir a venda em garantia apoiados no entendimento segundo o qual, no momento da celebração da alienação, por não se encontrar numa posição pre-existente de devedor, o alienante está ainda em plena igualdade com o credor para poder *livremente* negociar o preço e demais condições contratuais. E uma parte da doutrina também subscreve esta visão de desligar a venda em garantia e a venda *a retro* da relação creditícia causal subjacente se esta não preceder formalmente aquela.

muito debatida pelos pensadores do Direito italiano¹⁵⁶⁶ e também na doutrina portuguesa¹⁵⁶⁷. Sublinhada a controvérsia do tema, sempre se dirá que hoje o pensamento jurídico propende para a admissibilidade de modelos negociais de alienação com fim de garantia¹⁵⁶⁸.

Os debates em torno do pacto comissório e dos negócios que dele se aproximam evidenciam que mais do que meramente resistente ao passar dos séculos e à evolução civilizacional, emerso também à tona da prática cultural-jurídica, o pacto comissório tem sido desde o seu nascimento, no Direito Romano, vincadamente polémico e *misterioso*¹⁵⁶⁹. Tão polémico que um Édito do imperador Constantino o proibiu e tão misterioso que as dúvidas sobre o âmbito e o sentido da aplicação das normas que afastam tal figura continuam uma matéria largamente debatida pela doutrina e tribunais dos sistemas jurídicos de influência romanista, entre os quais, o nosso, o espanhol e, muito especialmente, o italiano, onde o pacto comissório é um tema muito vivo e recorrentemente debatido, desde logo, a propósito de algumas especificidades do regime tradicional de garantias e de novas figuras contratuais que a lei admite, mas que apresentam notas que parecem contender com a *ratio* da nulidade de tal pacto. E, na verdade, inexistente consenso doutrinário ou jurisprudencial a respeito da razão de ser da proibição e da invalidade absoluta do pacto comissório e, em decorrência, sobre o seu âmbito de aplicação.

Entre nós, o pacto comissório, em termos de inserção sistemática, surge no Código Civil na disciplina das garantias reais, cominando-se com nulidade a cláusula aposta (prévia, contemporânea ou posteriormente) ao acto de constituição de hipoteca, penhor ou consignação de rendimentos, aplicando-se ainda aos privilégios creditórios. A proibição está inserida no elenco das normas disciplinadoras da hipoteca e estendida ao penhor, à consignação de

Neste sentido, consultar a reflexão de LUMINOSO no confronto do pacto comissório com a venda *a retro*, em *Alla ricerca...*, *op. cit.*, p. 234.

¹⁵⁶⁶ Consultar a alusão de ANGELO LUMINOSO relativamente a esta questão, dando nota que actualmente a doutrina propende para a admissibilidade legal dos negócios translativos com função de garantia, tendência com a qual parece concordar, sustentando, em termos de posição pessoal, que as normas legais que se podem convocar para responder a esta interrogação maioritariamente apontam no sentido da validade das alienações com fim de garantia. Cfr., do Autor, *Alla ricerca...*, *ob. cit.*, p. 226.

¹⁵⁶⁷ *Vide* sobre a matéria e particularmente sobre a figura da alienação fiduciária em garantia, DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A Alienação em Garantia...*, *op. cit.*, pp. 5 e segs. e a reflexão *supra* no capítulo III, secção II, ponto 4.

¹⁵⁶⁸ Neste sentido, entre nós, *vide* por todos D. LEITE DE CAMPOS, *A Alienação em Garantia...*, *ob. cit.*, pp. 11 e segs. e também capítulo III, secção II, ponto 4.5.

¹⁵⁶⁹ O adjetivo é empregue por referência a uma expressão de ANGELO LUMINOSO que titula uma relevante reflexão sobre o figura: *Alla ricerca degli arcani confini del patto comissorio*, *ob. cit.*, pp. 219-242, sublinhámos *misteriosos limites*. O Autor começa logo por destacar no seu estudo que “*o pacto comissório, com os seus mistérios, tornou-se nos últimos tempos de grande actualidade*” – traduzimos “*il patto commissorio, con i suoi misteri, è tornato negli ultimi tempi di grande attualità*” (p. 219).

rendimentos e aos privilégios creditórios por remissão legal expressa, respectivamente, dos artigos 678.º, 665.º e 753.º, CC.

Este tema do pacto comissório, numa leitura oblíqua das normas citadas, pode parecer, *ictu oculi*, relevante unicamente em sede de garantias reais. Porém, basta colocar a pergunta sobre a *ratio* da proibição do pacto para se perceber que a hipótese descrita na norma pode facilmente identificar-se na *praxis negotii* em cláusulas incluídas pelos particulares no âmbito de outras formações negociais com a função de garantia. Se da realidade material-jurídica nos chega notícia de acordos com efeitos económicos-jurídicos idênticos aos do pacto comissório, impõe-se que a possibilidade fáctica de realização dos fins do pacto com a criação de novos tipos e com a funcionalização de tipos legalmente pre-dispostos seja levada à *cumeeira* cultural-jurídica e aí percorrer caminho ao encontro do *prius* teleológico da proibição daquele pacto. A doutrina italiana tem respondido a este apelo, sobretudo em face da tendência crescente de admissibilidade legal de novas figuras contratuais próximas do pacto comissório, em paralelo com a manutenção da proscricção legal deste acordo. Com efeito, é a partir da riqueza e pluralidade de pensamento dos Autores italianos que se identificam as grandes linhas dogmáticas-argumentativas que são hoje a referência na adesão e crítica às teorias que se perfilam.

Saber do sentido do impedimento legal do pacto comissório é saber se o pacto comissório é igualmente proibido ainda que não seja firmado como cláusula acessória de um contrato de constituição de uma garantia real. Saber do alcance desta proibição é indagar, desde logo, na própria letra da lei se ela responde à dúvida relativa aos pactos comissórios firmados posteriormente ao nascimento do crédito garantido (pactos *ex intervallo*) e se pode ainda qualificar-se como pacto comissório um acordo com a mesma natureza só que celebrado, não entre o credor e o devedor, mas entre o credor e um terceiro (que constituiu uma garantia real sobre um bem seu para assegurar o adimplemento da obrigação do devedor). Saber dos limites da proibição do pacto comissório será também perceber se o legislador pretendeu apenas sancionar as transmissões imediatas do direito de propriedade em face do incumprimento *ipso facto*, automáticas portanto ou se, pelo contrário, o fundamento da proibição se estende aos casos de acordos com eficácia meramente obrigacional como o contrato-promessa. Saber do alcance da *ratio* do artigo 694.º CC releva ainda na distinção entre pacto comissório e pacto marciano e se da afirmação das diferenças resulta desigualdade de regime legal aplicável a um e a outro. Saber da teleologia da nulidade do pacto comissório decidirá das consequências desta sanção relativamente à relação creditícia subjacente: nula também ou, por redução do negócio, válida uma vez expurgada da cláusula comissória, segundo o princípio geral *favor negotii* (artigo 292.º CC).

Destarte, o desenlace para estas questões depende do entendimento em que se filiar a resposta quanto à *ratio* da proibição do pacto comissório. É assim que entendemos que deve realizar-se o *iter* reflexivo em torno do fundamento teleológico da interdição¹⁵⁷⁰.

Entre as razões que se apontam como sendo a raiz da interdição legal, aquela que mais frequentemente tem sido invocada desde o Édito do Imperador Constantino¹⁵⁷¹ é a necessidade de amparo legal do devedor ante a fraqueza da sua posição de inferioridade negocial. Aliás, referem comumente os cultores desta tese e bem assim os estudiosos do seu perfil histórico-jurídico que esta *ratio* era precisamente aquela a que a ordem imperial se reportava¹⁵⁷², isto é, proteger o devedor do risco de o credor, aproveitando-se da situação de necessidade daquele de recursos imediatos, poder, por acordo com ele, tomar para si um bem de valor muito superior ao da dívida não paga.

Na esteira desta tese, surge uma posição que localiza o fundamento da proibição do pacto comissório mais amplamente nas razões de censura dos negócios usurários. E aqui chegados, impõe-se perguntar por que existe uma norma específica para a *lex commissoria* se a razão de ser do seu impedimento se reconduz às regras gerais da usura e por que sanciona a lei os negócios usurários com mera susceptibilidade de anulação (artigo 282.º CC) e as convenções comissórias com nulidade (artigo 694.º CC)? A resposta que ecoa das fileiras desta doutrina sustenta que a maior severidade com que a lei fere o pacto comissório está relacionada com a enunciação de um princípio geral de dissuasão das práticas usurárias, pretendendo-se, por outro lado, tornar desnecessária a alegação e prova por parte do devedor de que, em concreto, o credor obteve dele uma declaração negocial por aproveitamento e exploração da sua situação de necessidade, com a qual obteve a *autorização* para se apropriar do bem dado em garantia, no caso de o devedor não conseguir cumprir.

¹⁵⁷⁰ DANUSSO, por exemplo, afirma que até a análise comparativa do pacto comissório com figuras que lhe são próximas, como a venda com escopo de garantia, só pode resultar em conclusões válidas e dogmaticamente bem apoiadas se se proceder primeiro à indagação e identificação das *rationes* que justificam a proibição absoluta daquele pacto, porque só assim se poderá afirmar, desde logo, se o impedimento legal corresponde a uma norma excepcional (não comportando, portanto, em caso de resposta positiva, aplicação analógica) e se a proscricção constitui um *mero* comando normativo de direito privado (ou se, pelo contrário, se trata de um preceito de ordem pública – que tutela, portanto, um interesse geral) – opinião que o Autor verte na sua reflexão *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, Giur. it., cols. 1649 e segs., col. 1650.

¹⁵⁷¹ Data aproximadamente do ano 320 d. C. o Édito de Constantino que pela primeira vez, com carácter de solenidade formal e rigor aplicativo de uma ordem imperial, proíbe o pacto comissório (*vide* nota seguinte e também notas 310 e 327).

¹⁵⁷² Sobre as raízes históricas da figura do pacto comissório, consultar ARNALDO BISCARDI, *La lex commissoria nel Sistema delle Garanzie Reali*, ob. cit., pp. 575 e segs., em que explica que o Édito de Constantino representa um acto formal e solene que crisma a proibição das garantias com eficácia real relativas à *res* dada em penhor – que eram frequentes nas práticas negociais das províncias do Império Romano, sobretudo nas províncias helénicas. Cfr. ob. cit., p. 584.

Mais recentemente têm surgido posições que se inserem num outro segmento doutrinário: nas correntes de pensamento que contemplam a figura do pacto comissório por confronto com outros tipos legais que a lei admite e disciplina, mas que tendem a produzir efeitos económicos e jurídicos semelhantes àqueles que se pretendem afastar com a interdição legal dos acordos comissórios¹⁵⁷³. Figuras como o *sale and lease-back* que a lei tipifica a partir dos respectivos tipos sociais que se vinham impondo como esquemas negociais disseminados na prática negocial. Com efeito, o legislador não pode ignorar que vão florescendo novos negócios que os particulares criam a partir do seu poder de autonomia privada e que, por vezes, acabam por se distanciar do modelo legal-formal de referência. Fenómeno em que a *praxis* jurídico-bancária é particularmente profícua com os seus (sempre inventivos) modelos de concessão de crédito e de financiamento em desafio permanente à rigidez das regras legais do sistema tradicional de (constituição e execução de) garantias. A tensão que a lei imprime nas relações negociais creditícias sente-se sobretudo quanto às garantias reais, com o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais a ser o espantado do princípio da autonomia da vontade, ao não permitir que se constituam restrições aos direitos reais, com eficácia real, fora dos casos previstos na lei (artigo 1306.º, n.º 1, CC).

Como figuras próximas do pacto comissório, não se assinalam somente os complexos negociais novos, previstos em diplomas avulsos, mas ainda tipos legais acolhidos pelo Código Civil, de licitude pacificamente aceite, perfeitamente consolidados no sistema de ordenação legislativa, como a *datio in solutum* (artigos 837.º a 846.º CC) ou a venda *a retro* (artigos 927.º a 933.º CC). Paralelamente, merecem atento olhar, pelos efeitos jurídicos idênticos a um pacto comissório, especificidades do regime legal do penhor como a faculdade de acordo de venda extraprocessual e adjudicação directa ao credor do bem empenhado (artigo 675.º, n.ºs 1 e 2, CC) e as regras gerais do cumprimento e incumprimento das obrigações como a *cessio bonorum* (artigos 831.º a 836.º CC).

Do contributo indelével das várias posições doutrinárias sobre o sentido da proibição do pacto comissório, subscrevemos a ideia segundo a qual a nulidade não pretende somente impedir o locupletamento injustificado do credor à custa do devedor. Para tanto, existem já outros institutos que a lei prevê especificamente com esse fim. Reportamo-nos, desde logo, aos artigos 473.º a 482.º do Código Civil onde se consagra e regula o funcionamento do instituto jurídico do enriquecimento sem causa, em que se estabelece, como princípio geral, a obrigação de restituição da parte que alguém (o enriquecido) recebeu e com a qual “*injustificadamente se locupletou*” “*à custa de outrem*” (o empobrecido) – artigo 473.º, n.º 1, CC.

¹⁵⁷³ Sobre esta matéria, *vide*, entre nós, M. JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida; Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 95.

O que significa que a *ratio* da proibição não se identificará apenas com o risco de o bem (dado em garantia e transferido automaticamente para o credor, no caso de o devedor incumprir) poder apresentar um valor claramente superior ao do crédito que assegura, embora se admita que, na prática, e em regra, o credor só aceitará como garantia um bem mais valioso do que o *quantum debeatur*.

A linha de pensamento que mostra visão mais abrangente da questão é a de LUMINOSO¹⁵⁷⁴, do cotejo dos *essentialia* do pacto comissório com as notas caracterizadoras das figuras negociais lícitas que tendem a operar semelhantes efeitos aos daquele acordo, defendendo que a identificação de uma convenção comissória só pode afirmar-se ante a presença de três elementos: escopo de garantia, faculdade de exoneração do bem dado em garantia pelo cumprimento e não previsão da obrigação de restituição do eventual *superfluum* do valor do bem. Destes elementos, resulta que um pacto comissório pretende obter a concordância do devedor em estipular a transmissão do bem para o credor, com uma formulação que gera nele a esperança de recuperar o bem, crendo, muitas vezes irrealisticamente, conseguir cumprir. A interdição legal funciona, então, como protecção do devedor contra este mecanismo que, por não operar uma transmissão imediata da propriedade do objecto da garantia, pode representar uma falsa sensação de segurança para o devedor, pode facilmente representar uma *armadilha*¹⁵⁷⁵.

Nesta perspectiva, o que justifica a nulidade do pacto comissório é que a sua natureza de transmissão não imediata conduz a que o devedor não seja verdadeiramente confrontado com a (hipótese de) perda definitiva do bem oferecido em garantia¹⁵⁷⁶. *A contrario sensu*, a licitude da dação em cumprimento radica em que o devedor tem imediatamente de encarar a perda definitiva do bem no momento em que realiza o negócio, não se configurando razoavelmente a possibilidade de o devedor se determinar a fazer *datio* do bem ao credor motivado psicologicamente pela esperança (quando não ilusão¹⁵⁷⁷) de conseguir cumprir e assim recuperar o bem.

¹⁵⁷⁴ Cfr. ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca...*, *op. cit.*, pp. 233 e segs., em que o Autor defende que as *rationes* em que se funda a proibição do pacto comissório não transparecem imediatamente da normas que o impede, mas sim do confronto com outras figuras que lhe são próximas, porque tendem à produção dos efeitos económico-jurídicos que a interdição legal veda, mas que são plenamente admitidas e reguladas por lei.

¹⁵⁷⁵ Como afirma LUMINOSO, apontando que o perigo do qual a lei pretende proteger o devedor proibindo o pacto comissório “*riposa nell’insidia, cui il debitore è esposto*”. Cfr. em ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca...*, *op. cit.*, p. 234.

¹⁵⁷⁶ Próxima desta perspectiva, situa-se a opinião de MARIA GIOVANNA CUBEDDU que, a propósito da distinção entre o pacto comissório e a venda *a retro*, defende que a licitude desta última, por oposição àquele, alicerça-se na estaticidade das posições jurídico-contratuais: transmissão (perda) imediata da propriedade do bem alienado, do lado do vendedor, e aquisição (definitiva) daquele bem, por banda do comprador. (Cfr. *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle sezione unite*, *Rivista di Diritto Civile*, 1990, parte II, pp. 615 e segs.).

¹⁵⁷⁷ Como refere ANGELO LUMINOSO na *ob. cit.* *Alla ricerca degli arcani...*, defendendo que diversamente do que pode ocorrer relativamente às motivações que determinem o devedor a celebrar um pacto comissório, a

Sopesando que o pacto comissório é nulo, independentemente de, em concreto, se revelar prejudicial para o devedor ou não, Autores há que identificam no respeito ao princípio *par conditio creditorum* o fundamento da interdição legal de tal pacto. Na verdade, segundo afirmam, o pacto comissório é sempre nulo, ainda que a convenção comissória seja equilibrada quanto à correspondência entre o valor do bem dado em garantia e o valor do crédito garantido, não representando, por essa razão, perda patrimonial desproporcional e injusta para o devedor. Daí que para estoutro sector da doutrina, é na tutela dos restantes credores que radica a verdadeira *ratio* da proibição do pacto comissório, pacto que a ser admitido, permitiria a subtracção ao património do devedor de um bem que integra (juntamente com os restantes, susceptíveis de penhora, de que é dono: artigo 601.º CC) a garantia geral dos seus credores. *Sic*, esta diminuição patrimonial configuraria uma diminuição da garantia geral das obrigações do devedor injusta e injustificada – em violação do princípio da igualdade dos credores comuns. E não se argumente, dizem, que o pacto comissório só vale aos credores preferenciais beneficiários de uma garantia real, não colocando, assim, em causa o princípio *par conditio creditorum*, uma vez que ele destinaria a determinado credor o bem com o qual o seu crédito já é especialmente assegurado. É que por um lado, a existência de créditos preferenciais não prejudica os direitos que a lei confere aos credores comuns, na medida em que as garantias reais *apenas* conferem preferência aos seus titulares. O que significa que depois de satisfeitos os créditos garantidos por determinado bem, fica o restante património do devedor à disposição dos credores comuns para proceder à sua execução, realizando os seus créditos pelo valor assim obtido com a sua venda. Depois de pagos os credores preferenciais, na insuficiência patrimonial do devedor, os bens que restarem continuam a responder perante os credores comuns que terão então “*o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos débitos*” (artigo 604.º, n.º 1, CC). Por outro lado, o pacto comissório defrauda também a legítima expectativa de realização do crédito dos credores preferenciais, pois, mesmo entre estes, existem regras para determinar a ordem pela qual são pagos. Na hipoteca, vale a antecedência da inscrição do registo; no penhor, o desapossamento serve para dar publicidade à constituição da garantia sobre o bem em causa e, no penhor sem desapossamento, *verbi gratia*, no penhor de créditos, existem também normas legais específicas que regulam a forma exigida para a sua constituição que representam a forma de dar a conhecer a terceiros (credores e outros titulares de interesses dignos de tutela jurídica) que aquele bem ou direito já se encontra onerado, respondendo, portanto, já especialmente pela satisfação de determinado crédito.

dação em cumprimento não suscita dúvidas quanto à sua plena licitude, porque aqui “*non si registra l’insidia, per il debitore, di poter fare affidamento sun un illusorio recupero del bene dato al credito*” (cfr. p. 234).

Do ponto de vista da igualdade dos credores comuns, o que esta doutrina sublinha é que o pacto comissório potencia a dissipação do património do devedor sem que qualquer dos outros credores do devedor (comuns ou preferenciais) possa tomar conhecimento da hipótese de transmissão definitiva, porque se trata de uma convenção *inter partes* sem exigência de forma ou publicidade para que terceiros possam legitimamente contar com a condição suspensiva e seus efeitos.

Neste sentido, destacam os cultores desta tese que a proibição do pacto comissório previne o êxodo do património do devedor de um bem que é potencialmente muito mais valioso do que o crédito que ele garantia, isto é, o impedimento legal obsta a que se verifique o empobrecimento do devedor pela subtracção de um bem que, em sede executiva, podia atingir um preço de venda igual ou superior ao *quantum debeatur* total.

Mas colocando a questão inversamente, esta tese revela falhas graves. Perguntando-se qual o sentido da proibição do pacto comissório nos casos em que o património do devedor é mais do que suficiente para satisfazer o crédito de todos os seus credores, a resposta não aparece no horizonte do argumentário do pleito ao princípio *par conditio creditorum*. Por um lado, a lei disponibiliza outros mecanismos específicos para os credores impugnarem actos que configurem um ataque à integridade patrimonial do devedor, de que é exemplo a impugnação pauliana (artigo 610.º CC). Por outro lado, o fundamento da nulidade das convenções comissórias não se basta seguramente com a tutela de todos os credores do devedor, atendendo a que esta razão de ser não explica por que opera a sanção da interdição legal ainda que o património do devedor consiga satisfazer todos os créditos pelos quais é responsável e mesmo nos casos em que não haja mais credores do devedor para além daquele com quem foi firmado o pacto comissório.

A proficuidade da doutrina italiana tem gerado ainda teses que não apontam apenas um fundamento como justificação da proibição do pacto comissório, mas que acumulam várias *rationes*¹⁵⁷⁸⁻¹⁵⁷⁹.

Entre nós, também se ouvem vozes avalizadas defendendo que o artigo 694.º CC apresenta *ratio essendi* plural, “*plúrima e complexa*”¹⁵⁸⁰.

¹⁵⁷⁸ Como resulta amplamente em ANGELO LUMINOSO, *Alla ricerca...*, ob. cit., pp. 222 e segs., especialmente a p. 222 onde o Autor afirma que a posição que defende procura o fundamento da nulidade do pacto comissório na própria norma proscritora (artigo 2744 do Código Civil italiano) e ainda no exame dos modelos negociais que podem contender, em abstracto, com as *rationes* da proibição (tradução nossa do original que se reporta às “*ipotesi tipiche che in astratto protebbero confliggere con le «rationes» del divieto*”).

¹⁵⁷⁹ CONSTANZA afirma a complexidade e pluralidade do fundamento da proibição do pacto comissório na sua ob. cit. *Sulle alienazioni in garanzia*, p. 1024.

¹⁵⁸⁰ Cfr. M. JANUÁRIO COSTA GOMES, aderindo à posição de CONSTANZA, em *Assunção Fidejussória de Dívida...*, op. cit., p. 94.

Paralelamente, manifestam-se entendimentos no sentido de se alicerçar num interesse geral a justificação da interdição da lei às convenções comissórias. Nestes termos, a *lex commissoria* repugna ao Direito, não em atenção aos interesses das partes na relação creditícia, mas sim ao interesse público em impedir a divulgação de tal pacto como cláusula de estilo. Defende-se ainda que esta posição é a mais consentânea com a cominação legal da sanção mais grave prevista para um negócio jurídico inválido: nulidade e não com a mera susceptibilidade de anulação¹⁵⁸¹. Mas não é pacífica a identificação do interesse público tutelado pela norma que proíbe a celebração de pactos comissórios. Para uns, o interesse público corresponde à manutenção do monopólio estatal na realização coerciva dos créditos, embora facilmente se perceba a falta de rigor desta tese, porque a própria lei prevê uma multiplicidade de situações em que o credor não necessita do recurso à via judicial para realizar o seu crédito (*verbi gratia*, no penhor, pode o credor pignoratício convencionar com o autor da garantia que o bem empenhado, no caso de incumprimento pelo devedor, seja vendido extraprocessualmente e até mesmo que lhe seja adjudicado directamente, nos termos do artigo 675.º CC). Assim, afirma-se, em crítica dirigida a esta posição, que a existência deste interesse elevado à categoria de princípio, pelo menos, permanece por demonstrar.

Entre os que defendem que a metodologia correcta para a apreensão da *ratio* da proibição do pacto comissório é a indagação do interesse geral que ela tutela, também se propugna que este interesse geral corresponde ao interesse social de combate à inclusão de um pacto comissório em todos os negócios de que resultasse relação creditícia, pela instabilidade e incerteza jurídica que ele introduziria no próprio comércio jurídico e que só uma tão grave sanção como a nulidade pode combater¹⁵⁸²⁻¹⁵⁸³.

O princípio do *numerus clausus* dos direitos reais é o interesse de ordem pública que outra parte da doutrina aponta como sendo o verdadeiro fundamento da proibição do pacto comissório,

¹⁵⁸¹ Entre os cultores desta visão, encontra-se UGO CARNEVALI que em *Patto commissorio*, *op. cit.*, pp. 499 e segs., afirma que “*estas doutrinas que procuram determinar qual o interesse geral tutelado parecem apreender de maneira correcta a «ratio» da proibição do pacto comissório*”. Este Autor entende que a localização deste pacto ao nível da indignidade legal se prende com o desmedido poder de auto-tutela que ele atribui ao credor na satisfação do seu crédito, violando, assim, um princípio de ordem pública que impõe a sujeição do património dos devedores à realização dos créditos que garantem na estrita e exacta medida do seu valor.

EMANUELE CALÒ é um dos doutrinadores que se manifesta neste mesmo sentido, proclamando que a repulsa do pacto comissório deriva da atribuição que ele opera de poderes de auto-realização do crédito ao credor não sujeitos a qualquer tipo de controlo, violando, assim, um princípio de ordem pública que determina que o direito de agressão do património do devedor que se reconhece ao credor está, porém, limitado ao *quantum* do seu crédito. Cfr. do Autor *Appunti sul patto commissorio*, in *Rivista Giuridica dell’Edilizia*, 1987, parte I, pp. 381 e segs..

¹⁵⁸² Neste sentido, *vide* MASSIMO BIANCA, *Patto Commissorio*, *op. cit.*, pp. 711 e segs..

¹⁵⁸³ De igual modo, ARNALDO MORACE PINELLI, *Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto del patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1994, I, 1, cols. 63 e segs., col. 67.

uma vez que este acordo, por natureza e definição, introduz deformações nos tipos de garantias reais legalmente previstas e disciplinadas que o princípio da tipicidade não pode comportar, por força do artigo 1306.º, n.º 1, CC.

Para outro segmento da doutrina que crê que o ordenamento jurídico não admite negócios translativos com escopo de garantia, identifica na proibição do pacto comissório um elemento de confirmação daquela sua posição, qualificando tal pacto como uma modalidade de alinação em garantia (sustentando, noutra prisma, que nem todos os negócios da categoria das alienações em garantia são negócios fiduciários).

De um modo mais extremo, mas ainda na esteira deste entendimento, existe uma posição que proclama que a proibição do pacto comissório demonstra como a função de garantia não pode ser a causa de um negócio que opera a transferência da propriedade de um bem, por inidoneidade¹⁵⁸⁴. Para estes Autores, o sistema jurídico tutela a posição do proprietário e do credor de modo diverso, atribuindo a um e a outro instrumentos muito diferentes para obterem a satisfação dos seus legítimos interesses, de tal modo que repulsaria ao Direito conferir a um *mero* credor algum mecanismo típico do direito de propriedade para dar cumprimento às exigências do seu direito creditício. Em sequência, ante a questão da licitude da *datio in solutum*, a distinta disciplina explica-se pela qualificação deste negócio como alienação com fim de cumprimento e não com fim de garantia.

Em total refutação de todas as teses de identificação do fundamento da proibição do pacto comissório, existe uma tese extrema segundo a qual, nos sistemas de Direito modernos, esta interdição legal não apresenta verazmente qualquer *ratio essendi*. Nesta visão¹⁵⁸⁵, deixou de fazer sentido esta proibição e terá sido mantida pelo legislador por simples omissão e não por opção legislativa. Esta manutenção da proibição do pacto comissório, aliás, defende esta tese, é absolutamente incompatível com o conceito actual de garantia real como instrumento de segurança do crédito que confere ao seu beneficiário pagamento preferencial sobre o valor do bem sobre o qual incide e incoerente outrossim com a categoria da transmissão de propriedade

¹⁵⁸⁴ Neste sentido, encontramos a opinião de MINNITI para quem a proibição de alienação em garantia é o obstáculo posicionado sistematicamente pelo legislador para impedir que se possa estabelecer uma ligação entre as relações creditícias e a transmissão da propriedade. Desta perspectiva, a lei pretende impedir a tutela de um interesse creditício com a atribuição do direito de propriedade – que por ser o direito real por excelência, se encontra consagrado e regulado por lei quanto ao modo de constituição, modificação e extinção, admitindo apenas limitações nos casos expressamente determinados legalmente e que o legislador configurou com o objectivo de garantir a realização de certos interesses dignos de tutela legal, objectivo ao qual repugna o fim de garantia, isto é, o escopo de satisfação de interesses creditícios por esta via. (Cfr. MINNITI, *Patto marciano e irragionevolezza del disporre...*, ob. cit., pp. 29 e segs.).

¹⁵⁸⁵ Acolhida, por exemplo por BUTERA, como podemos ler *apud* MARIA IACUANIELLO BRUGGI, em *Patto commissorio*, ob. cit., p. 5.

com fim de garantia (cuja admissibilidade esta doutrina sustenta e julga insofismável). Mais se proclama aqui, a necessidade de uma interpretação restrita da norma que proíbe o pacto comissório para se aplicar somente às hipóteses legais previstas *expressis verbis* na letra da lei, por forma a reduzir ao mínimo possível, em sede aplicativa, a incoerência sistemática que a proibição encerra.

A questão que sempre se levanta, e sempre com actualidade, em face da proliferação de garantias reais *atípicas* na prática da relações comerciais e de tantas outras expressões da autonomia privada, de construção de formações creditícias não desligadas de um fim de garantia, é a de saber se não violam o princípio da tipicidade dos direitos reais do artigo 1306.º, n.º 1, CC e se não frustram a proibição do pacto comissório enunciada no artigo 694.º CC.

Centralizando a atenção na figura do pacto comissório, vemos como este acordo – pelo qual o credor pode fazer seu o bem onerado para assegurar o seu crédito, em caso de incumprimento do devedor – apresenta idêntica estrutura à de uma alienação sujeita à condição de o devedor incumprir. Aliás, no pacto comissório, a não realização da prestação a que o devedor está adstrito funciona verdadeiramente como (a) condição suspensiva da transferência da propriedade do objecto da garantia para o credor¹⁵⁸⁶.

Apesar de hoje muitos Autores afirmarem que a proibição do pacto comissório não tem apenas uma *ratio*, mas sim uma *ratio essendi* para a qual concorrem complementarmente diversas justificações, parece existir uma ideia comum que corresponde porventura ainda à tese maioritária, segundo a qual a interdição legal tem em vista proteger o devedor das condições abusivas que o credor lhe possa impor em troca da concessão do crédito de que aquele necessita. Entre nós, os mestres PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA¹⁵⁸⁷ defendem que o facto de o artigo 694.º CC corresponder a um preceito existente em grande parte dos ordenamentos jurídicos espelha bem a preocupação comum a todos estes legisladores em afastar do devedor o perigo das exigências exploratórias por parte do credor que ele poderia aceitar por debilidade negocial. E concluem afirmando que o fundamento da proibição do pacto comissório “*é paralelo ao da proibição da usura*”¹⁵⁸⁸.

¹⁵⁸⁶ Na doutrina portuguesa, há Autores que defendem esta subsunção da figura do pacto comissório a uma transmissão de propriedade sob condição suspensiva. É o caso de M. JANUÁRIO COSTA GOMES, como resulta da posição vertida em *Assunção Fidejussória de Dívida*, ob. cit., pp. 90-91.

¹⁵⁸⁷ É o que podemos ler em PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil Anotado...*, op. cit., 4.ª edição, p. 718, em que os Autores escrevem que a proibição do pacto comissório é uma “*proibição [que] aparece na generalidade das legislações e funda-se no prejuízo que do pacto comissório pode resultar para o devedor; que seria facilmente convencido, dado o seu estado de necessidade, a aceitar cláusulas lesivas dos seus interesses*”.

¹⁵⁸⁸ Citação retirada de PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado...*, op. cit., p. 718, correspondendo ao seguimento e conclusão do trecho do comentário dos Autores citado na anotação anterior. ANTUNES VARELA, em *Das Obrigações em Geral*, ob. cit., p. 555 completa o seu pensamento, dizendo: “O

Com efeito, o entendimento segundo o qual a *ratio* da proibição legal do pacto comissório é a tutela da posição de debilidade negocial do devedor é perfilhado por grande parte dos nossos doutrinadores¹⁵⁸⁹.

Sem prejuízo, encontramos pensadores que apontam outras razões para a estatuição do artigo 694.º CC. Entre estes, CASTRO MENDES¹⁵⁹⁰ crê que esta interdição é a confirmação de outra proibição: a proibição da justiça privada. Mais recentemente, tem-se registado propensão para a tese do fundamento compósito da proibição do pacto comissório. Nesta linha, CALVÃO DA SILVA¹⁵⁹¹, REMÉDIO MARQUES¹⁵⁹², ISABEL ANDRADE DE MATOS¹⁵⁹³, JANUÁRIO GOMES¹⁵⁹⁴ e ANA FILIPA MORAIS ANTUNES¹⁵⁹⁵.

fundamento da proibição do pacto identifica-se, não só com a «ratio» da norma que pune a usura (art. 1146.º), mas ainda com o pensamento subjacente à condenação dos negócios usurários em geral (art. 282.º)”.

¹⁵⁸⁹ Aponta neste sentido a posição defendida por PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral...*, op. cit., p. 648 e também por SALVADOR DA COSTA, *O concurso de credores*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001, p. 90. De igual modo, CARVALHO FERNANDES, em *Estudos Sobre a Simulação*, ob. cit., pp. 269 e segs., reflectindo sobre a admissibilidade dos negócios fiduciários à luz do nosso quadro legal, defende que em relação à *fiducia cum amico*, nada obsta à sua validade, excepto nos casos em que as partes dêem existência a uma formação negocial deste tipo, com o objectivo de defraudar a lei, mas pelo desvalor adveniente dos vícios gerais dos negócios jurídicos e não da natureza fiduciária do negócio. E continuando a sua reflexão, o Autor defende que quanto à *fiducia cum creditore*, já não deve considerar-se lícita, porventura nem tanto pela violação do princípio do *numerus clausus* do artigo 1306.º CC, mas sim porque, por meio desta figura contratual, o fiduciário adquire a faculdade de fazer seu o bem que lhe foi transmitido, no caso de o fiduciante incumprir a obrigação subjacente-causal da transmissão fiduciária. A *fiducia cum creditore*, nesta perspectiva, viola a proibição do pacto comissório, razão por que não deve considerar-se compatível com o nosso sistema legislativo. E, no tocante aos fundamentos que sustentam o artigo 694.º CC, CARVALHO FERNANDES, não recusando embora a reprovação da usura como razão para a lei repudiar também o pacto comissório, afasta-se um pouco desta posição, quando diz que “*Sem pôr em causa a afinidade das razões que presidem à proibição do pacto comissório e à «sanção» da usura, certo é que esta depende de requisitos subjectivos – além da lesão – que podem não se verificar num negócio de transmissão com função de garantia*” (cfr. ob. cit. do Autor, p. 270). O Autor faz igualmente apelo ao argumento da tutela do devedor, referindo que “*a transmissão fiduciária em garantia não pode assegurar ao credor uma faculdade que lhe está negada na generalidade dos direitos reais de garantia [pacto comissório], por assim o impor a tutela do devedor que tem de ser atendida naquela figura jurídica, por paridade, se não mesmo por maioria de razão*” (cfr. ob. cit. do Autor, p. 271).

¹⁵⁹⁰ Cfr. CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 1980, p. 128, em que o Autor escreve que “*representa um afloramento da proibição geral da justiça privada a forte restrição à possibilidade dos pactos comissórios*”.

¹⁵⁹¹ Como podemos ler na p. 235 da ob. cit. de JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros...*

¹⁵⁹² REMÉDIO MARQUES, no seu estudo sobre a figura do *sale and lease-back* perante a proibição do pacto comissório, (se bem interpretámos o sentido das suas palavras), embora não tomando propriamente posição quanto à *vexata quaestio*, parece preferir as teses plurais quanto à *ratio* da proibição do pacto comissório, indicando que na base desta interdição se encontra um conjunto de *rationes*, pela afirmação que “*Várias razões explicam a proibição de estipulação de convenções deste jaez [convenções comissórias]. De entre estas destaca-se a necessidade de: (a) evitar que estas estipulações iludam a regra da «par conditio creditorum» em face do incumprimento do devedor; (b) prevenir a faculdade de o credor se poder apropriar da coisa constituída em garantia da dívida por um valor substancialmente inferior ao valor do débito (...). (c) assegurar o monopólio do Estado quanto à «execução*

6. Âmbito da proibição

A maior ou menor extensão do âmbito de aplicação da proibição do pacto comissório constitui questão para cuja resposta importa ter presentes os fundamentos que as várias correntes doutrinárias apontam como razão de ser da interdição legal.

Assim, desde logo, para quem veja na proibição a necessidade de tutela legal do devedor necessitado, a nulidade com que a lei fere o pacto comissório acessório estender-se-á aos acordos que pretendam alcançar os efeitos económico-jurídicos do pacto, mas não firmados no âmbito de um contrato de garantia, isto é, aos pactos comissórios autónomos¹⁵⁹⁶⁻¹⁵⁹⁷.

forçada» dos deveres de prestar (...) [e] (d) promover a «correção negocial».” – citação extraída da obra do Autor, *Locação Financeira Restitutiva...*, op. cit., pp. 599-600.

¹⁵⁹³ Cfr. ISABEL ANDRADE MATOS, *O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 73, em que a Autora afirma ser “*de opinião que a proibição do pacto comissório tem um fundamento composto*”, acrescentando que “*do (...) [seu] ponto de vista, a proibição emerge primordialmente da necessidade de acautelar o devedor perante abusos do credor, mas resulta também do interesse social em evitar a disseminação do pacto comissório*”.

¹⁵⁹⁴ Cfr. M. JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida...*, ob. cit., pp. 90 e segs., em que o Autor afirma que a justificação da proibição do pacto comissório “*é plúrima e complexa*”. Mais explica que, a seu ver, existe nesta interdição uma certa expressão do princípio geral da excepcional legitimidade de utilização dos meios de tutela privada, sublinhando outrossim que na base do artigo 694.º do Código Civil, se encontra a necessária defesa do devedor perante a pressão que o credor possa exercer sobre ele e também o interesse geral traduzido em que a própria lei assegure o respeito pelas regras das garantias das obrigações.

¹⁵⁹⁵ ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, em *O Contrato de Locação Financeira Restitutiva*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, pp. 25 e segs., subscrevendo a posição de JANUÁRIO GOMES, defende a existência de um duplo fundamento para a proibição do pacto comissório. Por um lado, a necessidade de a lei confirmar o sistema de garantias das obrigações e, neste sentido, desde logo, o princípio *par conditio creditorum*. Por outro lado, o interesse geral do comércio jurídico em que não se normalizem práticas de inclusão de cláusulas comissórias como cláusulas de estilo. A respeito deste última razão, a Autora, convoca expressamente a opinião daquele doutrinador, afirmando: “*como bem acentua JANUÁRIO GOMES, o interesse que se visa tutelar identifica-se com um interesse geral de tráfego jurídico, e não apenas com os interesses particulares do devedor e dos credores concorrentes, razão pela qual a sanção cominada para a violação da proibição legal é a nulidade e não a anulabilidade ou a ineficácia relativa dos actos jurídicos desconformes à estatuição normativa*”. (Cfr. ob. cit. da Autora, p. 35)

¹⁵⁹⁶ Neste sentido, surge a posição de CARNEVALI que afirma que entendimento que repute nulos somente os pactos comissórios acessórios conduziria a resultados inaceitáveis, dizendo que seria “*absurdo remeter para o arbítrio do credor a licitude do pacto, a qual acabaria por depender da circunstância de este estar ou não associado à constituição de uma garantia real, sendo absurdo que o credor pudesse invocar a validade do pacto quando, por exemplo, o registo da hipoteca fosse nulo por um vício de forma*” – cfr. UGO CARNEVALI, *Patto commissorio*, op. cit., p. 502.

¹⁵⁹⁷ Em Itália, porventura o país onde a doutrina e também a jurisprudência mais discutem a figura do pacto comissório e com um sistema jurídico próximo do nosso, regista-se, não estranhamente, que aos tribunais chegam quase sempre situações de facto não directamente tocadas pelas hipóteses descritas na norma que proíbe o pacto comissório (artigo 2744 do Código Civil italiano), isto é, pactos acessórios, mas sim casos de pactos autónomos – cfr. MATTIANGELI, *La Cassazione ancora sul divieto di patto commissorio*, op. cit., pp. 459 e segs..

No mesmo sentido, embora sob um prisma diferente, também o elemento histórico não aponta na direcção de uma interpretação que limite o âmbito da norma proibitiva aos pactos comissórios celebrados em sede de contratos de garantia real. Os relatos a propósito da correspondente figura do Direito Romano informam que a *lex commissoria* foi criada em estreita relação com a compra e venda¹⁵⁹⁸. O pacto comissório não se revestia de natureza meramente acessória das garantias, antes lhes introduzia mudanças nos seus direitos conexos. O *pignus* em Roma correspondia a uma garantia real, sim¹⁵⁹⁹, mas com a função justificativa da posse do credor sobre a *res* que lhe assegurava a satisfação do crédito, conferindo-lhe prerrogativa próxima do direito de retenção, de tal modo que o credor só era obrigado a restituir a coisa empenhada se (e quando) o devedor pagasse¹⁶⁰⁰. A *hypotheca* era, como o *pignus*, uma garantia de natureza real¹⁶⁰¹ só diferente na sua génese, porque não implicava perda da posse. A *traditio* era, de facto, o elemento que diferenciava uma e outra garantias¹⁶⁰².

Os defensores da teoria radical de que a proibição do pacto comissório é totalmente desprovida de razão material à luz do Direito moderno crêem que o âmbito de aplicação deve circunscrever-se aos pactos comissórios acessórios. Neste sentido, a interpretação judicativo-aplicativa da norma que consagra a proibição do pacto comissório deve repousar estritamente no argumento literal para que conduza a resultados práticos o mais restritivos possível, na medida em que está em causa um preceito legal que se revela incoerente com o sistema jurídico globalmente considerado e que corresponde a um simples fragmento do Direito Romano que o legislador manteve até hoje por pura inércia¹⁶⁰³.

¹⁵⁹⁸ Cfr. ARNARDO BISCARDI, *La lex commissoria nel Sistema delle Garanzie Reali...*, op. cit., pp. 576 e segs..

¹⁵⁹⁹ Como nos confirma SANTOS JUSTO, “o penhor é, no direito romano, uma garantia real” – cfr. *Direitos Reais*, ob. cit., p. 468.

¹⁶⁰⁰ Segundo SANTOS JUSTO, o penhor (*pignus*) “caracterizava-se pela transferência da detenção de uma coisa ao credor, que se obrigava a conservá-la e a restituí-la após a satisfação do seu crédito” – cfr. *Direitos Reais*, ob. cit., p. 468.

¹⁶⁰¹ Sobre a *hypotheca*, diz SANTOS JUSTO que “como o penhor, também a hipoteca era uma garantia real acessória e indivisível” – cfr. *Direitos Reais*, ob. cit., p. 476.

¹⁶⁰² Razão por que inicialmente se chamava à hipoteca *pignus conventum*, para a distinguir do penhor que era denominado *pignus datum*, porque implicava necessariamente a *traditio* da *res* ao credor. Esta diferença prende-se com a razão histórica da criação da hipoteca: ela surgiu para garantir o pagamento da renda dos prédios rústicos. Ora, como os arrendatários não tinham quaisquer *res* para dar em garantia senão as alfaias agrícolas, escravos e animais das quintas que haviam tomado de arrendamento, os credores aceitavam esses bens como garantia do seu crédito e não *queriam* a posse sobre eles, até porque eram necessários para os devedores trabalharem e, com o respectivo produto, pagarem a renda – cfr. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, ob. cit., p. 475.

¹⁶⁰³ Apresentando um argumentário totalmente diferente, mas igualmente de repúdio da aplicação da proibição do pacto comissório aos pactos autónomos, situa-se ainda a opinião de FULVIO GIGLIOTTI, expressa em *Patto commissorio autonomo e libertà dei contraenti*, ob. cit., pp. 110 e segs., em que o Autor diz que o impedimento legal do pacto comissório acessório, no âmbito, *verbi gratia*, de uma hipoteca ou de um penhor, corresponde à manifestação legal da incompatibilidade deste acordo com o regime de constituição, funcionamento e execução

No entanto, a doutrina dominante, não hesita em afirmar a aplicação da proibição do pacto comissório a pactos autónomos, pois dogmaticamente cada vez é maior o caudal de argumentos que favorecem as teses que procuram a *ratio* da proibição no todo complexo do sistema jurídico, muito para lá, portanto, da letra da lei e porque cada vez é mais extenso o elenco de figuras negociais atípicas que emergem à tona da realidade jurídica em busca de respostas quanto à validade e regime aplicável. Entre estas figuras, perfilam-se as impropriamente designadas *garantias reais atípicas* e outras formações negociais criadas pelos particulares, não raramente, para lograr os efeitos proibidos pelo artigo 694.º CC.

Debruçando-se sobre este fenómeno, doutrinadores de relevo salientam a franca possibilidade de, na prática, se constituírem *garantias reais atípicas*, isto é, garantias reais fora do catálogo legal, como negócios fraudulentários da lei¹⁶⁰⁴. Casos que clamam, defendemos, pela aplicação da proibição do pacto comissório¹⁶⁰⁵.

A doutrina maioritariamente defende outrossim a extensão da proibição aos denominados pactos comissórios *ex intervallo*, isto é, às convenções comissórias celebradas em momento posterior à constituição da garantia, considerando-se que o perigo de exposição do devedor a exigências usurárias e, de um modo geral, abusivas da sua debilidade negocial se mantém para lá do nascimento da relação creditícia e da prestação de garantia a favor do credor. Sendo certo que o texto do artigo 694.º do Código Civil português não deixa margem para dúvidas, julgamos, da intenção do legislador neste sentido, determinando expressamente que a convenção é nula “*mesmo que seja anterior ou posterior*”¹⁶⁰⁶ à constituição da garantia.

das garantias reais. O mecanismo pressuposto numa garantia real é o de atribuir preferência ao credor seu beneficiário na satisfação do respectivo crédito pelo valor de determinado bem que corresponde ao objecto da garantia. Ora, a (função da) garantia real esvazia-se totalmente de sentido se o credor, por intermédio de um pacto comissório passar directamente de titular de um direito de crédito garantido a proprietário do objecto da garantia. Nesta perspectiva, com a proibição do pacto comissório, o legislador pretende evitar que o modelo operativo típico das garantias reais pudesse ser deformado pelo clausulado deste pacto. A proibição, pretende, *sic*, evitar que as garantias reais possam ser convencionalmente desfiguradas e despojadas dos seus *essentialia*. O doutrinador italiano conclui o seu raciocínio, proclamando que “*pacto comissório típico e pactos comissórios autónomos (...) constituem na realidade «fattispecie» completamente distintas*” – cfr. do Autor, ob. cit. p. 121.

¹⁶⁰⁴ Entre nós, manifestam-se neste sentido M. JANUÁRIO GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida...*, op. cit., p. 94 e REMÉDIO MARQUES, *Locação Financeira Restitutiva...*, op. cit., pp. 575 e segs..

¹⁶⁰⁵ Neste sentido, REMÉDIO MARQUES afirma a respeito da análise da figura do *lease-back* à luz da proibição do pacto comissório: “*para além do «penhor» (artigo 678.º, do CC) e da «hipoteca» (artigo 694.º, do CC), a proibição parece, ademais, que é extensível a todos os casos em que se convençione que a propriedade de um bem seja transferida para o credor na hipótese de «incumprimento» das obrigações do devedor (...). O que vale por dizer que esta proibição é susceptível de aplicação, em abstracto, a todos os tipos de «garantias atípicas», de jeito a prevenir a «fraude» à lei*”. (Como podemos ler na ob. cit. do Autor *Locação Financeira Restitutiva...*, op. cit., p. 598).

¹⁶⁰⁶ Sublinhado nosso. O texto integral do artigo 694.º CC é o seguinte: “*É nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o*

No nosso quadro legal, coloca-se apenas a interrogação em torno dos pactos firmados já depois do vencimento da obrigação. E a esta pergunta, a doutrina recente de referência apresenta uma solução alinhada com a posição de VAZ SERRA¹⁶⁰⁷ – que também subscrevemos. Assim, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA reconhecem a dificuldade do tema, apelam à *ratio legis* do artigo 694.º CC – de tutela do devedor relativamente a eventuais abusos por parte do credor – e, ante a questão da validade ou invalidade dos pactos comissórios celebrados já depois do vencimento da obrigação, defendem que devem considerar-se nulos os celebrados depois de vencida a obrigação, sempre que o credor tenha *concedido* ao devedor moratória ou dilação¹⁶⁰⁸. Outra questão que a doutrina (sobretudo italiana) tem debatido é a de saber se o pacto comissório nulo é apenas aquele que for celebrado entre o credor e o devedor ou se também se estende a proibição às convenções firmadas com terceiro. Os Autores italianos e alguma jurisprudência têm respondido afirmativamente, defendendo que não está afastada, nessas situações, nem o perigo de abuso da debilidade da posição jurídica do devedor nem o risco de este convencer um terceiro a garantir um débito seu e a firmar com o seu credor um pacto comissório, motivando-o com a esperança (ou ilusão¹⁶⁰⁹) de conseguir cumprir as suas obrigações e, desse modo, levantar o ónus que recai sobre o bem do terceiro e afastar, em sequência, a possibilidade de transmissão do mesmo para a esfera do credor (condição suspensiva).

PINELLI critica fortemente os entendimentos diversos e sobretudo as decisões dos tribunais que admitam a validade de um pacto comissório apenas porque foi celebrado (pelo credor) com um terceiro (e não com o devedor). Considera o doutrinador que são absolutamente erradas tais decisões judiciais e que podem ter sérias consequências prático-jurídicas, porque podem ensinar a dirigir “*aos usurários sem escrúpulos os instrumentos jurídicos para estrangular os infelizes devedores*”¹⁶¹⁰.

A doutrina maioritária, de facto, subscreve esta posição, crendo que a mesma influência que o credor pode exercer sobre o devedor para lhe conceder o crédito de que ele necessita, também pode ser exercida no sentido de impelir o devedor a pedir e convencer alguém muito próximo (membro da família, amigo chegado, sociedade comercial em que detenha participação

devedor não cumprir”.

¹⁶⁰⁷ Vide VAZ SERRA, *Penhor*, BMJ, n.º 58, p. 219, em que o Autor defende que a proibição “*é aplicável mesmo após o vencimento*”.

¹⁶⁰⁸ Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, ob. cit., p. 718.

¹⁶⁰⁹ Na expressão significativa utilizada por ANGELO LUMINOSO, em *Alla ricerca...*, op. cit., p. 234.

¹⁶¹⁰ Como podemos ler no comentário crítico do Autor a um acórdão que decidiu pela validade de um pacto comissório celebrado entre o credor e um terceiro que havia constituído uma garantia real sobre um bem seu para assegurar o débito do devedor, em ARNALDO MORACE PINELLI, *Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo...*, op. cit., col. 63.

social) a garantir o crédito e a convencionar a transmissão do bem para o credor no caso de o devedor incumprir. Aliás, a doutrina sublinha a possibilidade mais grave que se colocaria com o entendimento de admissibilidade de pactos comissórios celebrados com terceiro de os credores poderem subverter esta leitura e passarem a exigir negócios formalizados com simulação de sujeitos. Por outras palavras, haveria o sério risco de os terceiros começarem a figurar simuladamente nos contratos como devedores e os reais devedores como terceiros. Isto é, haveria o sério risco, no fundo, de os particulares conseguirem, por meio deste expediente, facilmente contornar a proibição do pacto comissório se se entendesse que não era aplicável aos pactos firmados entre o credor e um terceiro.

De iure condito, sublinhe-se, depõe claramente a favor da nulidade dos pactos comissórios celebrados com terceiro, a previsão legal expressa de a garantia poder ser constituída por e sobre um bem de terceiro. O nosso quadro legal consagra esta hipótese quer no regime do penhor (artigo 667.º, n.º 2, CC) quer na disciplina da hipoteca (artigo 717.º CC).

Perante a escassez de elementos fornecidos pela letra da lei quanto ao âmbito de aplicação da proibição de pacto comissório, a maioria das teses doutrinárias assinala a importância dos efeitos jurídicos que a interdição visa afastar como critério decisivo para se considerar válida ou inválida certa formação negocial. Deste prisma, à luz do artigo 2744 do *Codice Civile* e do nosso artigo 694.º CC, serão nulos os negócios que operem o resultado económico vedado por aquela norma, independentemente do instrumento jurídico-formal utilizado.

Caso muito controverso é aquele com que os tribunais se têm deparado nas situações em que o negócio jurídico formalmente celebrado pelas partes é o contrato-promessa de compra e venda. Colocada a questão em abstracto, a doutrina tende a convocar, com acerto, o critério do fim em detrimento da forma¹⁶¹¹. Em causa, o que dogmaticamente se designa por *pacto comissório meramente obrigacional*, registando-se a tendência dos tribunais italianos para, na esteira da posição doutrinária dominante, declará-los nulos, reputando a proibição do pacto comissório extensível aos acordos desta índole que apresentem *apenas* efeitos obrigacionais. De contrário, consentir-se-ia às partes em tais negócios lograr os efeitos económico-jurídicos do pacto comissório com eficácia real que a lei repudia com a sua proibição¹⁶¹²⁻¹⁶¹³.

¹⁶¹¹ Neste sentido, ROPPO proclama que o pacto comissório deve identificar-se pela análise da função do negócio concreto que as partes firmaram e não tanto pela estrutura do mesmo. Cfr. do Autor *Rischio contrattuale e autonomia privata*, ob. cit., p. 403.

¹⁶¹² Veja-se, neste sentido, entre outros, IRA BUGANI que nos dá notícia deste entendimento preponderante nos tribunais italianos de decisões de aplicação da proibição do pacto comissório, talqualmente prevista no artigo 2744 do *Codice Civile*, aos pactos comissórios meramente obrigacionais, em *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita)*, op. cit., pp. 31 e segs..

¹⁶¹³ Neste sentido, entre nós, também VAZ SERRA, como vimos na nota 1559.

Mas esta posição não é unânime. Existe uma linha de pensamento à luz da qual a proibição do pacto comissório, relativamente aos contratos-promessa, apenas se justifica nos casos em que se convence a eficácia retroactiva, por se considerar que a verdadeira *ratio* da interdição legal é a protecção dos outros credores do devedor em causa. Segundo este entendimento, a transmissão da propriedade do objecto da garantia condicionada suspensivamente ao incumprimento do devedor, mas com efeitos retroactivos, na verdade, representaria um prejuízo inaceitável para os demais credores, ainda que tivessem beneficiado da constituição de garantia real sobre aquele mesmo bem. *A contrario*, aqui se sustenta que tal prejuízo não ocorre nos casos de contratos-promessa em que se convence que a transferência da propriedade do objecto da garantia acontece com o contrato prometido. Uma tal visão só se compreende na óptica de quem identifica como fundamento da proibição do pacto comissório unicamente a protecção de todos os credores do devedor. É que sopesando as demais *rationes* em que se apoia a lei para ferir de nulidade os pactos comissórios, não pode aceitar-se a validade de pactos comissórios obrigacionais com eficácia a operar por meio da celebração do contrato prometido, desde logo, porque não pode desconsiderar-se que no contrato-promessa, retroactivo ou não, uma acção de execução específica permite obter os efeitos jurídicos do negócio prometido (artigo 830.º CC). O que vale por dizer que a considerar-se válido um contrato-promessa convencionando a (promessa de) transmissão da propriedade do objecto da garantia para o credor condicionada suspensivamente ao incumprimento da obrigação que impende sobre o devedor, a execução específica possibilitaria alcançar os exactos efeitos que a lei pretende impedir proibindo o pacto comissório, independentemente de o contrato-promessa ter ou não eficácia retroactiva¹⁶¹⁴.

Na doutrina nacional, VAZ SERRA dá guarida à ideia de nulidade, por convocação da proibição do pacto comissório, de contratos-promessa em que a transmissão da propriedade seja prometida se o devedor incumprir obrigação que tenha para com o transmissário¹⁶¹⁵. PIRES DE LIMA

¹⁶¹⁴ *Naturaliter*, a proibição do pacto comissório não exclui qualquer estipulação convencional de transmissão de um bem do devedor para o credor. Sublinha uma parte da doutrina italiana que, mesmo no âmbito de um contrato de mútuo, é lícito ao mutuário transmitir ou prometer transmitir a propriedade de um bem seu para o mutuante. O que o artigo 2744 do Código Civil italiano proíbe é que uma transferência da propriedade nestes termos ocorra em face e em razão do incumprimento do devedor e de modo automático por força desse facto. É o que defende, por exemplo, GIUSEPPE STOLFI, em *Promessa di vendita e patto commissorio*, afirmando: “*legislador não proíbe qualquer cláusula que permita ao mutuante tornar-se proprietário da coisa onerada, mas proíbe apenas o pacto em que se estabelece que a propriedade da coisa hipotecada, ou dada em penhor, se transmite ao credor por força da falta de pagamento pontual do débito e, portanto, sem qualquer outra formalidade*”. (Cfr. ob. cit. do Autor, in FP, 1957, parte I, col. 767).

¹⁶¹⁵ Como podemos ler em VAZ SERRA, *Penhor*, BMJ, n.º 58, p. 218, “*é válido o pacto por que se reconheça ao credor um crédito à transmissão da propriedade, se esse pacto não tiver relação com a não-satisfação do*

e ANTUNES VARELA retomam o alerta para o cenário de manobra do contrato-promessa só como instrumento de garantia de um crédito e nessas hipóteses, deve considerar-se nulo, defendem os Autores¹⁶¹⁶.

De igual modo, em Itália, os tribunais tendem a proferir decisões no sentido de declarar nulos os contratos-promessa nos casos em que se evidencie a dissimulação de um pacto comissório. É este o entendimento jurisprudencial maioritário nos casos de contratos-promessa de compra e venda em cujos termos o promitente vendedor assume, perante o promitente comprador e relativamente a um débito seu ou de terceiro devedor, a obrigação de celebrar o contrato prometido se a obrigação garantida não for cumprida¹⁶¹⁷.

Nas situações de concretos contratos-promessa em que seja pertinente colocar a questão da finalidade que as partes perseguem com o negócio, importa analisar atentamente os *essentialia* da situação negocial de facto. Assim, serão fortemente indiciários do escopo real de garantia elementos como a inexistência de um preço efectivamente recebido pelo alienante no âmbito do contrato prometido de compra e venda e bem assim um contrato-promessa em cujos termos o promitente comprador apenas possa exigir a celebração do contrato prometido se determinado crédito por si titulado não for realizado voluntária e tempestivamente. Dito de outro modo, perante as formações negociais de facto, segundo a doutrina dominante, e assim o entendemos também, a afirmação da função da garantia – que há-de ditar a invalidade do contrato-promessa ou de outros negócios jurídicos translativos por violação da proibição do pacto comissório – deve procurar-se pela existência de uma profunda ligação entre a transferência da propriedade e uma relação creditícia estranha ao negócio translativo, considerado *de per se*. Na prática, esta conexão há-de resultar de elementos tão eloquentes quanto o não recebimento do preço ou a inexistência de *traditio*¹⁶¹⁸. Paralelamente, sublinha-

credor; isto é, se aquele crédito compreender, não apenas a hipótese de o credor não ser satisfeito em tempo, como a de o ser” (vide também penúltima nota).

¹⁶¹⁶ Cfr. PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, ob. cit., p. 718.

¹⁶¹⁷ No entanto, e apesar de coincidirem com a posição dogmática dominante, doutrinadores como GIANLUCCA MAURO PELLEGRINI nem sequer *admitem* que se discuta esta questão. Na verdade, o Autor afirma estar “*fora de discussão*” que a proibição do artigo 2744 do *Codice Civile* se aplique igualmente aos pactos comissórios obrigacionais e aos contratos-promessa de compra e venda de coisa imóvel, por parte de terceiro com o objectivo de garantir o cumprimento do devedor. (Cfr. do Autor *In tema di alienazioni in garanzia e patto commissorio*, in *Giur. it.*, 1991, cols. 1207 e segs., citação retirada da col. 1208).

¹⁶¹⁸ Neste sentido, veja-se, por exemplo, a opinião de ITALO RADOCCIA, para quem, quanto ao contrato-promessa de compra e venda, “*de um ponto de vista prático, os indícios reveladores da função de garantia são, antes de mais, a falta de um verdadeiro e próprio intercâmbio que se retira da falta de um dos seus termos, a saber o preço. Sem o correspectivo, a venda é um negócio aparente, não querido, que contradiz a sua íntima essência*” – cfr. em *La «ratio» del divieto del patto commissorio*, *Giurisprudenza di Merito*, 1997, parte IV, pp. 220 e segs., citação retirada da página 223.

-se também que a doutrina dominante entende hoje que estes casos não se reconduzem aos quadros da simulação e que os contratos-promessa descritos serão nulos por aplicação directa da norma que consagra a proibição do pacto comissório¹⁶¹⁹. Hoje a posição dogmática maioritária em Itália é, na verdade, a da tese da nulidade¹⁶²⁰, assinalando-se que a tese da simulação é até mais onerosa para o devedor, na medida em que lhe caberá a ele provar o *pactum simulationis*, o que se revela dificilmente compatível com o espírito da lei ao proibir o pacto comissório: proteger o devedor¹⁶²¹.

Recuando um pouco à letra da lei e aos elementos que fora dela será necessário encontrar para uma correcta definição do âmbito de aplicação da proibição do pacto comissório diga-se que todas estas interpelações à jurisprudência e à doutrina trazidas pelas formações negociais de facto criadas inventivamente pelos particulares ao abrigo do princípio da autonomia privada, sempre levantam uma questão de fundo que reside em saber se a proibição do pacto comissório admite pactos autónomos ou se, pelo contrário, a interdição legal lhes é directamente aplicável. E as opiniões, em número crescente, manifestam-se pela invalidade dos pactos comissórios autónomos. E é o que sufragamos também. Mas perante a opção de aplicação directa ou analógica, os entendimentos divergem.

Na doutrina italiana, para os Autores que alinham pelas teses de que a *ratio* da proibição do pacto comissório corresponde a um princípio geral de ordem pública, a eventual aplicação analógica não é problema¹⁶²².

Entre nós, JANUÁRIO GOMES defende a aplicação directa do artigo 694.º CC aos pactos autónomos, justificando que a diferença entre estes e os pactos comissórios acessórios é meramente temporal, porque a função de garantia está sempre presente e é esta função que impõe a nulidade de ambos os tipos de pacto comissório. Proclama o Autor que enquanto um pacto comissório acessório é a expressão de uma vontade de transferir a propriedade (do objecto

¹⁶¹⁹ Sendo certo que no passado, a doutrina enquadrava tais situações nos negócios simulados. E entre os cultores da tese da simulação, figurava, por exemplo CARNELUTTI, como refere MARIA GIOVANNA CUBEDDU, em *Patto commissorio e vendita con patto...*, ob. cit., p. 617 – nota 7.

¹⁶²⁰ Em sentido coincidente, surge a opinião de PELLEGRINI, *In tema di alienazioni in garanzia e patto commissori...*, op. cit., col. 1211, segundo quem a nulidade destes contratos-promessa é consequência da aplicação directa do artigo 2744 do Código Civil italiano (correspondente ao artigo 694.º do nosso Código Civil). E o problema resume-se a uma questão de qualificação do negócio que os sujeitos realmente celebraram, afirmando PELLEGRINI a “*irrelevância para a exacta construção do negócio criado pelas partes do «nomen iuris» que estas utilizaram para qualificá-lo*” – cfr. ob. cit do Autor, col. 1211.

¹⁶²¹ Neste sentido, vide, na doutrina italiana, por todos, IRA BUGANI, em *Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto...*, op. cit., p. 39.

¹⁶²² Entre eles, veja-se a posição de DANUSSO que vê na proibição do pacto comissório uma manifestação de um princípio geral, *generalissimo*. Cfr. MASSIMILIANO DANUSSO, em *Patto commissorio e vendita a scopo do garanzia*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, col. 1654.

da garantia para o credor se o devedor não cumprir) manifestada ao tempo da constituição da garantia, o pacto comissório autónomo só difere pela circunstância de a sua celebração não coincidir formalmente com o contrato de garantia¹⁶²³. Diversamente, REMÉDIO MARQUES, nos casos que constituem violação da proibição legal do pacto comissório, para lá do âmbito das garantias reais, convoca a figura da *fraus legis*¹⁶²⁴.

Outra problemática em torno do pacto comissório, prende-se com o denominado pacto marciano. Saber se constitui uma simples variante do acordo vedado por lei, ou se, apesar de corresponder a uma modalidade do mesmo, tem notas distintivas tais que justificam a sua admissibilidade (mesmo) em face da proibição do pacto comissório, ou se, por outro lado ainda, são estes elementos distintivos os requisitos de admissibilidade.

O pacto marciano representa uma convenção por força da qual operam os mesmos efeitos translativos do pacto comissório, mas à qual se acrescenta a obrigação do credor de entregar ao devedor o eventual acréscimo de valor do bem (que tomou para si) em relação ao montante do seu crédito. Esta é a noção que dogmaticamente se apresenta do pacto marciano.

Exemplificativamente, na doutrina italiana, ROPPO¹⁶²⁵ apresenta-o como o acordo que “*em caso de incumprimento, o bem dado em garantia se transfere para o credor, mas este fica obrigado a pagar ao devedor uma quantia que corresponde à diferença entre o montante da dívida não paga e o valor do bem*”. Daí que se evidencie que o pacto marciano não apresenta a característica desproporção (em abstracto e eventual) entre o valor do bem e o valor da dívida. Uma das razões apontadas por alguns Autores para justificar o perigo de exploração por parte do credor a que o devedor fica exposto no pacto comissório está exactamente relacionada com a forte probabilidade de o credor impor como exigência para a concessão do crédito que lhe seja dado em garantia um bem muito mais valioso.

Dada esta característica, e em comparação com o pacto comissório, o *pacto marciano* é também designado por *pacto comissório equilibrado*. Razão por que importa realçar que a questão doutrinária em torno da figura é a do fundamento do pacto comissório. Nessa medida,

¹⁶²³ Cfr. M. JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida...*, op. cit., p. 95, onde o Autor escreve: “*a aplicação da proibição do pacto comissório aos casos em que os sujeitos visam com a transferência da propriedade (independentemente do momento) uma função de garantia, não é uma aplicação analógica mas directa*”, defendendo outrossim que o artigo 694.º CC constitui “*a um tempo uma norma geral e uma norma excepcional*”.

¹⁶²⁴ É o que resulta das palavras de REMÉDIO MARQUES, em *Locação Financeira Restitutiva...*, ob. cit., pp. 598-599, em que o Autor afirma que “*esta proibição [do pacto comissório] é susceptível de aplicação (...) de jeito a prevenir a fraude à lei (...) por outras palavras: o «negócio-meio» é inválido contanto que seja intenção das partes «contornar, em concreto, a proibição da lei» segundo a qual o credor não pode fazer sua a coisa onerada em caso de incumprimento do devedor*”.

¹⁶²⁵ Cfr. ROPPO, *Rischio contrattuale e autonomia privata*, ob. cit., p. 402.

muitos pensadores consideram lícito o pacto marciano, ponderado o equilíbrio prestacional que introduz no pacto comissório¹⁶²⁶⁻¹⁶²⁷.

Mas a questão não é, de todo, pacífica. Desde logo, e embora corresponda a uma posição claramente minoritária, cumpre assinalar que segundo a linha de pensamento que vê na proibição do pacto comissório (mais) uma expressão de que o sistema jurídico não admite alienações com escopo de garantia, o pacto marciano é, também ele, ilícito¹⁶²⁸.

Primo, e em face da interdição legal do pacto comissório, cumpre reflectir sobre quais as notas caracterizadoras que têm necessariamente de estar presentes num concreto acordo para que possa qualificar-se como pacto marciano. Conceptualmente, é insuficiente, por si só, a afirmação, no clausulado do pacto, de que o valor real do bem corresponde ao *quantum debeatur* nem tão-pouco bastará, *sic et simpliciter*, que as partes indiquem o valor real do *quid* da garantia e a obrigação de o credor restituir ao devedor o eventual acréscimo de valor da garantia relativamente ao seu crédito.

Como bem assinala RIVACOBÁ¹⁶²⁹, o que caracteriza um genuíno pacto marciano é a “*necessária correspondência entre o valor do bem alienado e o do crédito garantido*”, impondo-se que esta aferição seja realizada segundo critérios objectivos e imparciais. Na verdade, excepto porventura uma garantia com objecto de avaliação operada em mercado regulamentado, não deve confiar-se em simples cômputo realizado pelas partes. O bem dado em garantia pode apresentar valor díspar do montante do crédito e o *acerto de contas* fazer-se a final, mas o que não pode aceitar-se é que a avaliação seja realizada pelas partes e não seguramente em declaração vertida no pacto de apropriação. Qualificar como pacto marciano qualquer pacto comissório em que as partes, por *acordo*, determinassem o valor do bem dado em garantia e imputassem ao credor a obrigação de entregar ao devedor o *superfluum*, seria a fórmula ideal para contornar a proibição do pacto comissório. Isto pressupondo a validade do pacto marciano – o que subscrevemos. Mas ainda que se considere válido o pacto marciano, para a qualificação de um concreto acordo como tal, para além da estipulação da obrigação do credor em devolver ao devedor o eventual acréscimo de valor do bem, este tem de ser avaliado de forma objectiva

¹⁶²⁶ Neste sentido, M. BIANCA, *Patto commissorio*, ob. cit., p. 718; V. LOJACONO, *Il Patto Commissorio...*, ob. cit., pp. 79 e segs.; M. FRAGALI, *Del Mutuo*, ob. cit., pp. 255 e segs. e E. ROPPO, *Note sopra il divieto...*, ob. cit., p. 264.

¹⁶²⁷ FRANCESCO REALMONTE em *Stipulazione commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi*, ob. cit., cols. 1440 e segs. não admite sequer que haja quem questione a validade do pacto marciano, proclamando que “*nunca ninguém duvidou da licitude do pacto marciano*” – (cfr. ob. cit. do Autor, col. 1444).

¹⁶²⁸ Entre os Autores que assim pensam, encontra-se FULVIO GIGLIOTTI, como podemos ler na sua obra *Il Divieto...*, *op. cit.*, p. 157.

¹⁶²⁹ Cfr. DURÁN RIVACOBÁ, *La Propiedad en Garantía, Prohibición del pacto comisorio*, ob. cit., pp. 71 e segs..

e independente e a eventual indicação convencional relativa à aferição do *preço* do bem há-de reportar-se aos critérios que a ela devem presidir. Os critérios a admitir serão apenas referências comercialmente razoáveis, compatíveis com os ditames da boa fé, recorrendo, *verbi gratia*, a um louvado isento¹⁶³⁰. A nosso ver, a segurança de comutatividade do pacto marciano cifra-se na intervenção judicial, em linha com o que a lei prevê para o pacto de adjudicação do penhor (artigo 675.º, n.º 2, CC), sendo que a lei já prevê que a determinação de uma prestação possa perfeitamente ficar a cargo de um terceiro, nos termos do n.º 1 do artigo 400.º CC.

Neste sentido, também a doutrina italiana alerta para que os perigos a que o devedor é exposto numa avaliação exclusiva e subjectiva das partes contratuais equivalem, *grosso modo*, aos perigos que ele corre num pacto comissório e dos quais, como sabemos, a lei o quer proteger. E há ainda Autores que dão voz a um outro alerta, como é o caso de BIANCA¹⁶³¹ que assinala o perigo da influência que o credor pode exercer sobre o devedor, afirmando não despicienda a possibilidade de aquele exigir que o perito avaliador seja determinada pessoa. Para mitigar este risco, por um lado, defende-se que deve ser assegurado ao devedor, em qualquer caso, sempre o recurso à via judicial e, por outro, que não deve admitir-se também um pacto em que as partes imponham ao louvado os critérios da avaliação¹⁶³².

O controlo judicial da avaliação do bem é decisivo, cremos, porque pode ser o garante do equilíbrio prestacional que se aponta como *essentialia* do pacto marciano e que o distancia do pacto comissório. No nosso quadro legal, e sem prejuízo de se reconhecer a importância desta nota, por banda do amparo do devedor, é um elemento, *summo rigore*, puramente doutrinário, porque sempre será(ia) nula por clamorosa ilegalidade (artigo 280.º CC) qualquer cláusula de renúncia à utilização da via judicial para reagir contra o prejuízo sofrido, contra a exploração e o empobrecimento, em violação da liberdade que a autonomia privada concede, porque ela há-de compreender-se sempre “*dentro dos limites da lei*” (artigo 405.º CC).

Por outro lado, considerando as normas gerais do objecto dos negócios jurídicos, ele tem de ser física ou legalmente possível, determinado(ável) e não contrário à lei, ordem pública e bons costumes (artigo 280.º CC). A isto acrescem as exigências relativas ao objecto da prestação debitória. E nestas, interessa-nos especialmente o postulado quanto à determinação do

¹⁶³⁰ Veja-se, neste sentido, o que diz RAMÓN DURÁN RIVACOBÁ a respeito dos requisitos a que a avaliação do objecto da garantia deve obedecer para se considerar que existe um veraz pacto marciano: “*a avaliação do bem há-de ser objectiva, para o que se requer a intervenção imparcial de um terceiro*”, e desconfiando, em regra, da avaliação realizada pelas partes, acrescenta que “*difícilmente pode aceitar-se uma simples avaliação pelas partes, a não ser que esta se ajuste às condições de mercado*”. (Citação retirada da ob. cit. do Autor *La Propriedad en Garantía...*, pp. 71-72).

¹⁶³¹ Cfr. MASSIMO BIANCA, *Patto commissorio*, ob. cit., p. 718.

¹⁶³² Aponta neste sentido a posição de MASSIMO BIANCA, *vide* nota anterior.

conteúdo da prestação que será o requisito em causa num veraz pacto marciano. A lei prevê que a determinação possa ficar a cargo de uma ou ambas partes ou de terceiro (artigo 400.º, n.º 1, CC). Se outro não for o critério fixado, manda a lei que a determinação da prestação “*deve ser feita segundo juízos de equidade*” (artigo 400.º, n.º 1, *in fine*) e que se não puder ou tiver sido feita “*no tempo devido*”, haverá lugar à determinação judicial (artigo 400.º, n.º 2)¹⁶³³⁻¹⁶³⁴. Nestes termos, a previsão de determinação judicial do valor da garantia afigura-se-nos a melhor forma de asseverar a correspondência das duas prestações, característica do pacto marciano. Aponta no sentido que propomos o regime privativo do penhor, nos termos como estabelece o pacto de adjudicação. Vencida e incumprida a obrigação, se as partes tiverem convencionado a entrega do objecto da garantia ao credor pignoratício, ele satisfará o seu crédito fazendo sua a coisa ou direito que o assegurava, “*pelo valor que o tribunal fixar*” (artigo 675.º, n.º 2, CC). É que o controlo judicial, defendemos sublinhadamente, actua, de seguro, em amparo dos interesses do devedor e dos terceiros credores, como se impõe. Tome-se por exemplo a opção legislativa no diploma que rege o penhor financeiro, ao abrigo do qual é facultada a possibilidade de convenção de pacto comissório, na modalidade pacto marciano (artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 105/2004). Ora, apesar de entre as condições de validade do pacto a lei incluir o acordo relativo ao modo de avaliação da garantia e do crédito (n.ºs 1 e 2 do citado artigo 11.º), este acordo não prejudica qualquer obrigação legal de cálculo à luz de “*critérios comerciais razoáveis*” (n.º 3). Significa isto que a possibilidade de controlo judicial permitirá verificar da justiça do método de aferição¹⁶³⁵. Neste sentido, entendemos, aponta ainda o modo de funcionamento do mecanismo geral que o devedor pode accionar do enriquecimento sem causa (artigo 437.º CC) – que para se fazer valer solicita apreciação do tribunal. No caso em apreço, como em qualquer negócio translativo extintivo da obrigação, o devedor que entregue ao credor, por conta da dívida não paga, bem ou direito que valha mais do que o seu débito, pode judicialmente solicitar que aquele lhe restitua a diferença de valor, isto é, o *quantum* com que se locupletou à sua custa: este é o princípio que informa o instituto do enriquecimento sem causa e que pode consagrar-se densificadamente nas normas da execução das garantias reais para todas as situações em que se permita a realização do crédito em via alternativa à venda judicial.

¹⁶³³ Sobre os requisitos da prestação obrigacional, *vide*, por todos, M. J. ALMEIDA COSTA, na sua ob. cit. *Direito das Obrigações*, pp. 648 e segs..

¹⁶³⁴ A determinação judicial da prestação obrigacional desencadeia-se através de um *processo especial* homónimo previsto no artigo 1004.º CPC. *Vide* também a nossa proposta *supra* (capítulo III, secção I, pontos 2.2.1.2 e 2.2.1.3) de aplicação deste processo, por analogia, à venda extraprocessual.

¹⁶³⁵ CALVÃO DA SILVA refere-se a este “*controlo «a posteriori» pelos tribunais*” como sendo uma possibilidade “*justamente em nome da protecção do autor do penhor e de terceiros credores*” – cfr. ob. cit. *Banca, Bolsa e Seguros*, p. 235.

No que toca ao perigo que pode esconder-se na pre-determinação, por acordo, dos critérios que o perito deve observar na avaliação, deve ser entendido *cum grano salis*. Apenas casuisticamente é possível afirmar-se da bondade ou perversidade das directrizes que as partes definam para o acto de avaliação. Uma vez mais, proclamamos que o que é realmente decisivo é a razoabilidade e a boa fé ínsita a uma aferição de valor que se pretende justa, pressuposta conceptualmente na configuração do pacto marciano. Assim, não pode, sem mais, excluir-se a licitude de um acordo apenas porque nele as partes estipularam o método e os parâmetros a seguir pelo avaliador. Do mesmo modo, excluir-se-á, sim, a qualificação de uma convenção como pacto marciano se se demonstrar que a escolha do louvado ou as regras de cálculo para este observar estão impregnadas de subjectividade usurária típica de uma situação de exploração da debilidade negocial, vedada pela proibição legal do pacto comissório.

Em sentido muito próximo, reiteramos, a nossa lei civil, permite e regula a possibilidade de venda extrajudicial de bem empenhado e até mesmo a adjudicação directa ao credor pignoratício (artigo 675.º CC). Com efeito, no regime do penhor, o legislador consagrou algumas especificidades dignas de nota a propósito da ausência da desproporção entre garantia e crédito garantido que se aponta como elemento que distingue o pacto marciano do pacto comissório e na qual se funda a posição dos cultores da sua admissibilidade, como nós. O artigo 675.º, n.º 1, CC prevê que por acordo, credor e devedor possam estipular que, não satisfeita a obrigação garantida, o bem dado em penhor seja vendido extraprocessualmente. E mais consagra o n.º 2 que as partes podem convencionar outrossim que se o devedor incumprir, o penhor seja adjudicado directamente ao credor “*pelo valor que o tribunal fixar*”. Vale isto por dizer que a lei aceita que o credor pignoratício possa realizar o seu crédito ficando com o bem empenhado, desde que este seja avaliado de acordo com método justo, objectivo e neutral (como é a avaliação realizada por tribunal). Por outro lado, o segundo requisito que emerge das normas legais citadas é que a avaliação da garantia deve ser posterior ao incumprimento da obrigação.

Em sintonia, quem, como nós, defende a licitude do pacto marciano entende que é (também) *conditio sine qua non* da sua validade que o bem que assegura o crédito seja avaliado só depois de vencida a obrigação garantida e verificado o inadimplemento do devedor¹⁶³⁶.

Ainda assim, permanece envolta em discussão a admissibilidade do pacto marciano, em face da proibição do pacto comissório, porque apesar do equilíbrio prestacional que o identifica, as suas *notas essenciais* podem não conseguir assegurar que o devedor aceitou celebrar o pacto com o credor só por causa do estado de necessidade em que se encontrava. Estamos em total desacordo com esta visão. Não podem trazer-se para o plano da juridicidade causas puramente psicológicas

¹⁶³⁶ Neste sentido, DURÁN RIVACOBÁ (*vide* notas 1629 e 1630).

da decisão de contratar. Só a causalidade motivacional que releve para a causalidade jurídica pode ser sopesada no exame da validade do tipo adoptado. Ora, ao pacto marciano não é feita qualquer referência na norma proibitiva do pacto comissório, como acontece, por exemplo, com o pacto *ex intervallo*, o que não indica, por um lado, a repulsa expressa e, por outro, permite admiti-lo segundo uma leitura teleológica do preceito que acolha como *prius* interpretativo as teses do devedor necessitado e do desvalor dos actos usurários. A esta luz, sob a qual guiamos o nosso posicionamento, o pacto marciano passa pelo crivo da *ratio* da norma, pois a transmissão do bem é feita *iusto pretio* e daí que não ofenda os referenciais éticos, de justiça e de boa-fé. O estado de necessidade, na medida em que constitua um vício da vontade, *proprio sensu*, relevará nos termos gerais (artigo 255.º CC ou 282.º CC) e, celebrado o pacto marciano depois do vencimento e não cumprimento da obrigação, não configurará negócio diverso de *venda ao credor seguida de encontro de contas*¹⁶³⁷.

7. Efeitos da nulidade

Problema distinto e também disputado entre as correntes doutrinárias diz respeito aos efeitos da nulidade com que o artigo 694.º CC fere os pactos comissórios. Pergunta-se se a sanção abrange apenas as cláusulas comissórias, mantendo-se válido e eficaz o restante contrato, ou se, declarado nulo aquele pacto, deve considerar-se nulo também o negócio que deu origem ao direito de crédito. São em menor número os Autores que defendem que a invalidade do pacto comissório não deve afectar o negócio subjacente onde nasceu a relação creditícia.

Maioritariamente, proclama-se a (possível) invalidade absoluta e total, isto é, para a maior parte dos Autores, a decisão entre a nulidade parcial ou total deve tomar-se em função do que seria a vontade das partes se soubessem da invalidade das cláusulas comissórias.

Entre nós, a melhor doutrina sustenta que a nulidade total ou parcial depende do juízo de prognose póstuma quanto ao sentido da vontade das partes na hipótese de saberem da invalidade de determinada cláusula negocial. Contam-se entre os seus subscritores PIRES DE LIMA e

¹⁶³⁷ Assim pensam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, quando afirmam que “*sendo convencionalmente uma moratória ou dilação, não pode duvidar-se de que o caso cai sob a alçada do artigo 694.º, visto que o cumprimento da obrigação é protelado para um momento posterior. Não sendo, porém, convencionalmente a dilação, nada impede que o devedor «venda» ao credor, por qualquer preço, a coisa hipotecada e se faça o encontro de contas*”, concluindo em anotação ao artigo 694.º CC que “*Por sua própria natureza, o pacto comissório só se compreende quando anterior ao vencimento do crédito*” – cfr. ob. cit. dos Autores *Código Civil Anotado*, p. 718 (sublinhámos).

ANTUNES VARELA¹⁶³⁸, em linha com as regras gerais da redução dos negócios jurídicos. Como sabemos, determina o artigo 292.º CC que a nulidade de parte do negócio (pacto comissório) não implica invalidade do negócio no seu todo, “*salvo quando se mostre que este não teria sido concluído sem a parte viciada*”.

Em Itália, entre os acérrimos defensores da nulidade parcial, encontra-se, por exemplo, BRUGGI¹⁶³⁹ que refere que a circunstância de a norma ferir de nulidade um acordo que tem necessariamente um outro negócio associado significa que o legislador quis sancionar apenas a cláusula ou conjunto de cláusulas que constituem o acordo (comissório) em questão e não invalidar todo o negócio, desde logo aquele por força do qual nasceu o direito de crédito.

A solução do problema achar-se-á, muitas vezes, atendendo ao momento em que o pacto comissório é celebrado. E a resposta, aderindo à redução negocial como princípio geral, é que num pacto comissório *ex intervallo*, porque firmado após o nascimento da relação creditícia, a invalidade, em regra, não afecta a *fattispecie* contratual associada. É que nesta hipótese o credor já concedeu o crédito que o devedor pretendia e este já aceitou as suas condições no momento da estipulação do pacto e, portanto, parece faltar o requisito que fundamenta a nulidade total, *id est*, o juízo segundo o qual os sujeitos não teriam celebrado o negócio se soubessem que uma parte desse negócio era inválida.

8. Posição da nossa jurisprudência

Numa breve descrição do nosso quadro jurisprudencial, a primeira nota é, na verdade, o facto de os tribunais não serem chamados muitas vezes a uma análise atenta do tema do sentido e alcance da proibição do pacto comissório.

Sem embargo, nos casos em que a *quaestio decidendi* impõe a abordagem do problema, registam-se algumas tendências como a adesão à clássica tese, maioritária na doutrina, que identifica como fundamento da sanção prevista pelo artigo 694.º CC o desígnio do legislador em proteger o devedor da pressão do credor, segundo uma visão do devedor como a parte mais fraca da relação creditícia¹⁶⁴⁰.

¹⁶³⁸ Como podemos ler em PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código civil Anotado...*, ob. cit., p. 718.

¹⁶³⁹ É o que resulta da leitura de MARIA IACUANIELLO BRUGGI, em *Patto commissorio*, ob. cit., p. 3, em que a Autora afirma “*quando a nulidade de um determinado pacto, conexo com uma «fattispecie» contratual, é sancionada expressamente, isto quer dizer que se pretendeu apenas a nulidade desse pacto e não a nulidade de todo o negócio*”.

¹⁶⁴⁰ Exemplificativamente, veja-se um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Janeiro de 2003 que a respeito da intenção do artigo 694.º CC refere que “*a lei procura valer à parte aparentemente em estado de*

No tocante à amplitude da proibição, encontramos decisões que embora não sendo chamadas a pronúncia expressa sobre a *ratio* do artigo 694.º CC, não reconhecem, ainda assim, os *essentialia* do pacto comissório em situações em que os particulares incluíram um tal acordo na formação negocial adoptada, com o argumento de que a transmissão operou por (novo) negócio translativo celebrado entre o devedor e o credor, ou seja, porque, verificado o inadimplemento, o devedor alienou ao credor o *quid* da garantia como meio de satisfação do crédito deste. Eis o sentido com que um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Setembro de 1999 decidiu: “*Não é pacto comissório (...) proibido por lei, o credor adquirir o objecto porque o dono lho aliena, em satisfação da obrigação, e ainda para o caso de incumprimento desta (uma cláusula a estabelecer poder adquiri-la não confere o direito à coisa empenhada em virtude de o réu não cumprir as obrigações garantidas pelo penhor)*”. Esta decisão parece subscrever a tese da admissibilidade dos pactos comissórios meramente obrigacionais, sendo que inexistente nela expressa tomada de posição quanto ao tema, *qua tale*¹⁶⁴¹.

Um Acórdão do mesmo Supremo Tribunal, de 30 de Janeiro de 2003¹⁶⁴², em sentido diverso, declarou nulo um contrato-promessa, por entender que configurava veraz pacto comissório, proibido nos termos do artigo 694.º CC. Este juízo fundou-se na circunstância de a formação negocial adoptada pelas partes ter sido firmada no âmbito de uma concessão de crédito. O facto de a promessa de transmissão do bem em causa ter sido declarada no decurso da negociação de um contrato de mútuo foi, para os senhores Conselheiros, suficientemente indiciário de que a declaração negocial de promessa de alienação teria por função garantir a dívida entretanto contraída junto do promitente-comprador. Julgou o Supremo Tribunal que de tal teor de cláusula aposta num contrato-promessa resultava, com clareza, tratar-se de pacto comissório. A referida cláusula dispunha que no caso de o mútuo não ser pago no prazo contratual fixado, o promitente-comprador (credor-mutuante) teria a “*faculdade de optar pelo recebimento dos lotes através da celebração da respectiva escritura pública de compra e venda ou pela retenção e cobrança das letras em seu poder*”. A decisão declarou nulo o contrato-promessa por corresponder a pacto comissório, embora não reflecta um entendimento unânime dos decisores. Com efeito, houve dois votos de vencido que manifestaram discordância do juízo expresso, atendendo a que o contrato em causa, apesar do sentido da cláusula transcrita, continha uma outra em que

debilidade, que pode ser levada a aceitar cláusulas lesivas dos seus interesses” (cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Janeiro de 2003 – processo n.º 02B3896, disponível em www.dgsi.pt). É este o Acórdão (transcrito e) anotado por JÚLIO GOMES, no seu ensaio *Sobre o Âmbito da Proibição do Pacto Comissório...*, *op. cit.*, pp. 57-72.

¹⁶⁴¹ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Setembro de 1999, disponível em www.dgsi.pt (processo n.º 99A8830).

¹⁶⁴² *Vide* penúltima nota.

as partes convencionavam a aquisição pelo preço real e a obrigação do promitente-comprador em restituir o excesso de valia do bem em relação ao montante da dívida. Esta visão vencida aponta, assim, no sentido da admissibilidade do pacto comissório equilibrado, diremos nós, do pacto marciano – embora por apelo à autonomia da vontade¹⁶⁴³.

O que ressalta do teor deste Acórdão é uma decisão que se quis favorável à posição jurídica-negocial do devedor, daí a declaração de nulidade do contrato-promessa, não chegando, porventura por essa razão, a abordar o problema do alcance da proibição do pacto comissório, desde logo, na matéria relativa à distinção do pacto marciano, que se impunha, cremos, no caso *sub iudice*.

Outra abordagem que julgamos pertinente na situação apreciada e que o Acórdão também não faz é a da extensão da nulidade. Declarado nulo o pacto comissório, a questão seguinte seria

¹⁶⁴³ Vejam-se os precisos termos das declarações de vencido (Ac. STJ citado na antepenúltima nota, pp. 5 e 6). O Conselheiro Dionísio Correia, entende que “*Não há no acordo qualquer resquício do pacto comissório, convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir, que a lei considera nula (...). Nem se verifica o circunstancialismo justificativo da sua proibição legal: a facilidade de extorquir a cláusula do devedor em estado de necessidade ao tempo da constituição da dívida e do oferecimento da garantia. O A. não ficava com os lotes se a dívida não fosse cumprida. Apenas lhe assistia o direito, no caso de a empresa já encarregada da sua venda a não concretizar, de optar pela execução do contrato-promessa e adquiri-los pelo seu valor real (pagando o excesso deste valor relativamente ao seu crédito). Por isso, confirmaria a decisão recorrida*”.

Deste voto de vencido, podemos extrair três aspectos dignos de nota: por um lado, a adesão à tese da defesa do devedor necessitado como *ratio* da proibição do pacto comissório; por outro, (parece) a indicação de admissibilidade das alienações em garantia com eficácia obrigacional e, por último, a defesa da validade do pacto marciano.

O Conselheiro Quirino Soares, no seu voto de vencido, declara que “*o protocolo do acordo (...), no âmbito do qual se insere o contrato-promessa, contém, na cláusula VI, uma referência ao real valor do bem, estipulando que o autor (promitente-comprador) deveria pagar (...) «o acréscimo de valor em relação à dívida existente», caso optasse pela execução específica do contrato-promessa. Isto é tudo menos pacto comissório, cuja proibição tem como razão de ser a protecção do devedor contra a sua própria fraqueza, deixando ir pelo valor da dívida um bem que poderá valer muito mais. Nada permite pensar que o real valor em que as partes assentaram resultou do estado de necessidade do devedor. A circunstância de se ter exarado no acordo o valor real do bem objecto da promessa e de se ter referenciado a ele o valor da contraprestação adicional do promitente-comprador impõe, mesmo, a conclusão de que as partes quiseram evitar o pacto comissório. A solução vencedora faz tábua rasa da vontade das partes, e, naturalmente, do princípio da liberdade contratual consagrado no art.º 405.º, C.C.*”.

A posição expressa neste voto de vencido contém também três aspectos a reter: primeiramente, a subscrição da doutrina clássica da defesa do devedor necessitado como justificação da estatuição do artigo 694.º CC; em segundo lugar, a consideração de que o pacto marciano é válido, por não se reconduzir à figura do pacto comissório e ainda porque a sua sanção com a nulidade prevista para o pacto comissório é uma desconsideração da vontade das partes, inaceitável em face do princípio da liberdade contratual.

Com acerto, cremos, os dois votos de vencido apontam comumente no sentido da defesa da admissibilidade do pacto marciano, sustentando, *in casu*, que a referência convencional ao valor real do objecto do contrato-promessa e a estipulação, também por iniciativa das partes, de que o promitente-comprador ficava obrigado a restituir o excesso de valor relativamente ao montante do mútuo não cumprido indicam que os contraentes pretenderam introduzir, no negócio concreto, e *motu proprio*, o equilíbrio prestacional que o pacto comissório não garante.

decidir se a nulidade se estenderia a todo o contrato-promessa ou apenas às cláusulas daquele acordo. Sabemos que de harmonia com as regras gerais da invalidade dos negócios jurídicos, quando um negócio contém uma parte contrária à lei, a nulidade só afecta a totalidade do negócio se se concluir que as partes não o teriam celebrado sem a parte viciada, nos termos do artigo 292.º CC. Mas o Acórdão não se refere sequer a esta matéria e, *sic et simpliciter*, declara nulo todo o contrato-promessa, por violação da proibição legal do pacto comissório.

Nas Relações, começamos por destacar um Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 4 de Maio de 2004¹⁶⁴⁴ que analisa a validade de uma cláusula aposta num contrato de penhor de aplicações financeiras. A questão é abordada sob a perspectiva da relação entre esta modalidade de penhor e a proibição do pacto comissório e, sabendo que a decisão é anterior ao diploma que instituiu no nosso ordenamento jurídico o regime do penhor financeiro¹⁶⁴⁵, a discussão era, ao tempo, pertinente¹⁶⁴⁶. O entendimento vertido é o de que o penhor constituído sobre aplicações financeiras constitui uma modalidade do penhor de direitos, enquanto espécie da categoria do *penhor irregular*¹⁶⁴⁷⁻¹⁶⁴⁸, não se considerando que lhe seja aplicável o artigo 694.º CC. Os senhores Desembargadores defendem que a *ratio* do impedimento legal do pacto comissório não se aplica no caso de penhor de saldo bancário usado pelo credor, por acordo com o devedor, no montante das obrigações por ele garantidas e não cumpridas. Não cabe aqui, sustentam, a razão

¹⁶⁴⁴ Disponível em www.dgsi.pt, com o n.º de Processo 0220779, em cujo sumário se enuncia que “I. De entre a modalidade de penhor de direitos, destaca-se o «penhor de aplicações financeiras», ao qual são aplicáveis as regras contidas no artigo 669.º do Código Civil. (...) III. A cláusula «havendo lugar à execução do penhor fica, desde já autorizado O Banco (...) por força do presente instrumento a utilizar do saldo resgatado as importâncias necessárias para o pagamento das responsabilidades asseguradas», não constitui qualquer pacto comissório (artigo 694.º do Código Civil), não sendo, por isso, nula”.

¹⁶⁴⁵ O diploma que, em transposição de Directiva comunitária, introduziu no ordenamento jurídico português a figura dos contratos de garantia financeira e do penhor financeiro foi o Decreto-lei n.º 105/2004, de 8 de Maio.

¹⁶⁴⁶ Relativamente à decisão referida em texto, importa sublinhar que ainda que fosse proferida já na vigência do Decreto-Lei n.º 105/2004, só seria aplicável à situação *sub iudice* se o contrato em causa tivesse sido celebrado também ele já depois da entrada em vigor.

Quanto à sua aplicação no tempo, estabelece o artigo 22.º que “O presente diploma aplica-se aos contratos de garantia financeira celebrados após a sua entrada em vigor”.

Quanto à entrada em vigor, determina o artigo 23.º que “O presente diploma entra em vigor 30 dias após a sua publicação”. E *vide* ainda nota 1656.

¹⁶⁴⁷ Entendimento com lastro doutrinário, desde logo, na posição de ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE. Estes Autores, na sua obra *Garantias de Cumprimento*, ob. cit. p. 183 (nota 447), afirmam que “O penhor de aplicações financeiras constitui uma das modalidades daquilo que se pode designar por penhor irregular, no qual se inclui o penhor de dinheiro, mercadorias e outras coisas fungíveis”. Sobre a questão, *vide* também M. JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida...*, ob. cit., pp. 48 e segs., LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de Créditos em Garantia*, ob. cit., pp. 543-553 e MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., pp. 288-289.

¹⁶⁴⁸ Em Itália e em Espanha, em torno da figura do *penhor irregular*, a doutrina debate se não corresponderá a uma excepção à interdição legal do pacto comissório.

se ser daquela proibição, por se registar verdadeira correspondência entre o valor do objecto da garantia e o valor em dívida. Convoca-se como fundamento do artigo 694.º CC o risco de o devedor poder perder um bem muito mais valioso do que o *quantum debeatur* incumprido, mas logo afastam os decisores a relevância da *ratio* no caso concreto¹⁶⁴⁹. O aresto sentença, então, que a proibição do pacto não é aplicável à situação *sub iudice*, não manifestando os decisores se professam este entendimento em relação ao penhor de aplicações financeiras em geral ou se é pelo facto de existir, no caso concreto, igualdade de valor entre o bem empenhado e o crédito com ele garantido¹⁶⁵⁰⁻¹⁶⁵¹. Parece-nos que a decisão, no fundo, encontra um duplo argumento para validar a apropriação que o credor pignoratício fez das aplicações financeiras que o devedor lhe deu em penhor e por acordo com este. Por um lado, a natureza fungível do dinheiro – objecto da obrigação e da garantia – diminui o grau de incerteza quanto ao valor do objecto da garantia e o risco de este ser desproporcionalmente mais valioso do que o crédito que assegura – que é um dos fundamentos que a doutrina insistentemente aponta como justificação da proibição legal dos pactos comissórios. Por outro lado, a circunstância de o acordo entre o credor e o devedor autorizar aquele a pagar-se com o valor do saldo bancário (apenas) até ao montante das obrigações incumpridas afasta mais ainda os riscos preditos e repõe o equilíbrio prestacional que não se pode garantir ao abrigo de um pacto comissório¹⁶⁵². Outra possibilidade que a decisão não aborda – e que julgamos seria decisiva – é a compensação à

¹⁶⁴⁹ Diz o texto do Acórdão que “a «*ratio*» da regulamentação instituída e imposta pela declaração de nulidade do pacto comissório tem o seu fundamento no prejuízo que pode causar ao devedor o facto de o credor poder ficar com a coisa dada em penhor mas que (...) não tem relevância neste domínio, atento o conteúdo e âmbito da garantia em causa (...). Verifica-se deste modo que existe uma correspondência entre o valor da aplicação financeira e o valor do crédito (...) em termos valorativos, patrimoniais ou venais ficando assim afastada a razão de ser da proibição de tal instituto [da proibição do pacto comissório] e não se justificando mesmo a sua aplicação em situações como a presente” (sublinhado nosso) – cfr. www.dgsi.pt, Ac. TRP, com o n.º de Processo 0220779, vide também nota 1649.

Sublinhe-se ainda que existe também jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça no mesmo sentido, como o Acórdão de 19 de Maio de 2005, disponível em www.dgsi.pt, com o n.º de Processo 04B519.

¹⁶⁵⁰ Parecendo apontar no sentido da inaplicabilidade da proibição do pacto comissório ao penhor de aplicações financeiras em geral, temos a parte da decisão que defende que o fundamento da proibição “*não tem relevância neste domínio, atento o conteúdo e âmbito da garantia em causa*” – vide nota anterior onde se transcreve um trecho mais longo do Acórdão.

¹⁶⁵¹ Parecendo apontar no sentido da inaplicabilidade da proibição do pacto comissório ao caso concreto (porque nele se verifica equivalência entre os valores do penhor e do crédito), temos a parte da decisão que inculca relação causal, ao dizer que “*existe uma correspondência entre o valor da aplicação e o valor do crédito*”, e acrescenta-se: “*ficando assim afastada a razão de ser da proibição*” – cfr. penúltima nota para uma leitura mais completa do excerto do Acórdão.

¹⁶⁵² Quando o Acórdão conclui e diz “*não se justificando mesmo a sua aplicação em situações como a presente*”, tanto deixa em aberto a exacta razão da afirmação como permite imputar-se a ambas as circunstâncias verificadas na *quaestio decidendi* (natureza da garantia e equilíbrio do acordo de execução da mesma) a fundamentação do decidido – cfr. antepenúltima nota para aceder a um excerto mais longo do Acórdão.

qual podia subsumir-se a situação de facto e, nessa medida, *ultrapassar* o problema do pacto comissório¹⁶⁵³. Sem embargo das sempre bem-vindas reflexões jurisprudenciais, parece-nos que a autorização do banco-credor para pagar o seu crédito por débito do saldo de uma conta de depósito, é reconduzível à figura da compensação convencional, até mesmo legal, de acordo com os requisitos dos artigos 847.º e seguintes, CC¹⁶⁵⁴. É que a lei permite que partes que sejam reciprocamente credor e devedor acordem na extinção da obrigação de cada um com o crédito que têm sobre o outro. E, portanto, numa relação bancária, um depositante-mutuário que convencie com o banco-depositário-mutuante que ele realize o crédito com o saldo de um depósito dado em penhor o que convencionada é o mecanismo de compensação (artigo 847.º CC, em especial nos termos do n.º 2).

Ainda a respeito das decisões dos Tribunais da Relação, numa hipótese idêntica, mas em sentido perfeitamente contrário ao do aresto que acabámos de analisar, surge um Acórdão da Relação de Coimbra de 30 de Janeiro de 2001 que declarou ilícita, por violação da proibição do pacto comissório, a apropriação que um banco credor pignoratício fez de determinada quantia pecuniária empenhada como meio de satisfação do seu crédito incumprido. O aresto é absolutamente límpido na posição que assume, afirmando: *“ainda que tivesse sido convencionado antes do vencimento da obrigação, que o credor podia fazer sua aquela quantia pretensamente empenhada, sem mais formalidades, tal convenção seria nula, por a lei proibir o pacto comissório. Só depois do vencimento do crédito, segundo a doutrina, é possível o credor e o devedor acordarem na venda extrajudicial da coisa empenhada ou que o credor fique com a coisa empenhada”*¹⁶⁵⁵.

Esta decisão afigura-se-nos meritória e criticável, ao mesmo tempo. Não se equacionando aqui, tal como na decisão anterior, o enquadramento da situação no regime dos contratos de garantia financeira, desde logo, por se tratar de um contrato anterior à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 105/2004¹⁶⁵⁶, o penhor dos autos, tendo por objecto quantia pecuniária depositada numa instituição bancária, constitui um penhor de direitos, regulado nos artigos 679.º a 685.º CC. Ao penhor, como bem dizem os senhores Desembargadores, estende-se a proibição do pacto

¹⁶⁵³ Foi o entendimento do Supremo Tribunal num Acórdão já por nós referenciado de 7 de Maio de 2009 – cfr. Proc. n.º 3116/06TVLSB.S1 (relator Helder Roque) em www.dgsi.pt.

¹⁶⁵⁴ Vide a análise da figura da compensação *supra* no capítulo IV, secção I, ponto 1.

¹⁶⁵⁵ Consultar Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 30 de Janeiro de 2001, *in* Colectânea de Jurisprudência, vol. XXVI (2001), Tomo I, pp. 23 e 24.

¹⁶⁵⁶ E ainda que celebrado já vigência no diploma do regime do penhor financeiro, a disciplina específica nele consagrada só seria aplicável se a contraparte do banco fosse uma pessoa colectiva, pressuposto estarem reunidos os demais requisitos constantes dos artigos 3.º a 7.º do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, que entrou em vigor 30 dias após a data da sua publicação.

comissório, nos termos conjugados dos artigos 694.º e 678.º CC. O penhor de direitos deve respeitar também este limite, porquanto se lhe aplicam as disposições do penhor de coisas, como determina o artigo 679.º CC. Isto posto, identificamos o mérito da decisão por convocar para a sede legal do contrato do penhor a proibição predita. Contudo, julgamos que o aresto podia ter ido mais longe na subsunção factual e que relativamente à especificidade da execução do penhor a que se refere formulou uma distinção que, cremos, não pode extrair-se da estatuição normativa. Para além da recondução do caso ao pacto comissório, a hipótese também poderia ser pensada à luz do instituto da compensação. E, a essa luz, porventura a conclusão seria a da licitude da apropriação, uma vez que a partir dos dados fornecidos pelo Acórdão, parece estarem preenchidos, *in casu*, os requisitos do artigo 847.º CC. A ser assim, para a compensação ser eficaz, bastaria que o banco a comunicasse à contraparte, como determina o artigo 848.º CC. Já em relação à venda extraprocessual, a que o Acórdão também alude, trata-se de aspecto específico do regime do penhor, previsto no artigo 675.º CC que permite às partes convencionar a venda do bem empenhado fora dos tribunais (n.º 1) ou até estipular a adjudicação directa do bem ao credor por valor determinado em sede judicial (n.º 2). Do texto desta norma, resulta que tal procedimento (venda extrajudicial ou adjudicação) só pode desencadear-se depois do vencimento da obrigação, mas quanto ao momento em que os sujeitos podem acordar estas modalidades de execução do penhor, a lei nada diz. Segundo a regra geral *onde a lei não distingue, não deve o intérprete distinguir*, discordamos que o acordo não possa ser firmado antes de a obrigação se vencer. Pelo contrário, defendemos que o pacto pode ter lugar ao tempo da constituição do penhor¹⁶⁵⁷. É que não sendo permitido o pacto comissório no âmbito do penhor, relativamente às especificidades que a lei prevê para agilizar a execução da garantia, já não se verifica o risco de abuso por parte do credor (existente no pacto comissório e que a lei visa irradiar), pelo que não se percebem as razões dogmáticas ou teleológicas em que se apoia a posição vertida no Acórdão de só ser lícito o acordo previsto no artigo 675.º CC depois do vencimento da obrigação. O que a lei *expressis verbis* reserva para momento posterior ao vencimento da obrigação é a própria venda extrajudicial ou a adjudicação. E fá-lo, desde logo, porque no artigo 674.º CC prevê os casos específicos em que pode ocorrer a venda antecipada do bem empenhado. E o que a doutrina debate, sim, é se o momento da celebração do pacto

¹⁶⁵⁷ Embora não subscrevamos a posição de M. J. ALMEIDA COSTA, segundo a qual a venda extraprocessual do penhor pode realizar-se se as partes assim o tiverem convencionado aquando da constituição da garantia. Cfr. do Autor *Direito das Obrigações, op. cit.*, p. 867, em que afirma que “*uma vez vencida a obrigação, o credor tem o direito de satisfazer o seu crédito (...) podendo efectuar-se a venda [da coisa empenhada] extrajudicialmente, se as partes assim convencionarem à data da constituição do penhor. Também se permite que os interessados acordem na adjudicação da coisa empenhada ao credor, mas apenas segundo a avaliação que o tribunal fixe (art. 675.º, n.ºs 1 e 2)*” (sublinhámos).

comissório pode ter alguma influência numa maior ou menor restrição da proibição do pacto: é o problema em torno do denominado pacto *ex intervallo* e do pacto comissório posterior à verificação do incumprimento, que pondera se o devedor já se encontra a salvo das pressões do credor nestes momentos, por serem ulteriores à concessão do crédito que ele pretendia e, por necessidade do qual, pode ficar numa posição jurídica-negocial de inferioridade perante o credor¹⁶⁵⁸. Para além de não se vislumbrar, em sede de pacto de adjudicação do objecto do penhor, o risco de exploração do devedor que existe no pacto comissório, pois neste procedimento inexistente o risco de desproporção entre o valor do objecto da garantia e do crédito incumprido que se verifica no pacto comissório. É que nesta modalidade de execução do penhor, há um controlo judicial do valor do bem, pelo que também por essa razão não se compreende a alusão do Acórdão a que a estipulação convencional relativa às formas de execução do bem

¹⁶⁵⁸ A maioria dos doutrinadores mostra-se muito reticente em admitir a validade de um pacto comissório só porque foi celebrado depois de o crédito ter sido concedido, uns, porque admitem que esse poderia ser um filão que os sujeitos poderiam utilizar para contornar a proibição; outros, porque entendem que o credor, tendo em vista o bem dado em garantia, poderia sempre usar essa prerrogativa para conceder uma moratória ao devedor ou outras alterações de cumprimento quejandas, persistindo inalterado o risco de desproporção do valor do bem em comparação com o valor da dívida.

Esta última perspectiva doutrinal encontra apoio nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966. É que nos termos do Anteprojecto do actual Código Civil, a proibição do pacto comissório fazia parte das disposições gerais das garantias especiais das obrigações (secção IV – *Disposições comuns ao privilégio, penhor, hipoteca ou outro direito real de garantia* do capítulo III – *Garantias especiais das obrigações*), em que sob a epígrafe *Pacto Comissório*, o artigo 223.º dispunha que “1. *É nula a convenção pela qual o credor, no caso de não ser pago, adquiriria a propriedade da coisa hipotecada, dada em penhor ou onerada com consignação de rendimentos.* 2. *A proibição do parágrafo anterior abrange também a convenção pela qual o credor fica com um crédito à transmissão da propriedade da coisa, se não for satisfeito em tempo.* 3. *A proibição (...) tem lugar mesmo que a convenção seja posterior à constituição da garantia, ou até posterior ao vencimento dela, a não ser, neste último caso, que não seja devida a obter ou pretender obter o autor da mesma garantia uma dilação ou outra vantagem.* 4. *A proibição é aplicável ainda que o credor se obrigue a entregar o excedente de valor da coisa sobre o seu crédito, e não obstante mesmo ter a coisa um valor fixo de mercado; e é extensiva à convenção pela qual o credor seja autorizado a vender particularmente a coisa hipotecada ou onerada com consignação de rendimentos”* (sublinhado nosso). E, como resulta do trecho transcrito, VAZ SERRA – que coordenou a Comissão de Reforma do Código Civil – entendia que a *ratio* da proibição do pacto comissório justificava a sua aplicação (mesmo) às convenções comissórias celebradas depois do vencimento da obrigação se se demonstrasse que o devedor tinha obtido ou pretendido a facilitação das condições de cumprimento, *ipso facto*. Para uma leitura mais desenvolvida do teor dos trabalhos preparatórios do Código Civil actual, vide do Autor, *Direito das Obrigações, Anteprojecto*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1960, p. 175 e segs..

Já PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA manifestam posição favorável à admissibilidade do pacto comissório, na modalidade marciano, depois do vencimento da obrigação, por entenderem que após o incumprimento “*Não sendo (...) convencionalmente a dilação, nada impede que o devedor «venda» ao credor, por qualquer preço, a coisa hipotecada e se faça o encontro de contas*”. Defendendo que “*sendo convencionalmente uma moratória ou dilação, não pode duvidar-se de que o caso cai sob a alçada do artigo 694.º, visto que o cumprimento da obrigação é protelado para um momento posterior*” e concluem que “*Por sua própria natureza, o pacto comissório só se compreende quando anterior ao vencimento do crédito*” – cfr. ob. cit. dos Autores *Código Civil Anotado*, p. 718 (sublinhámos).

empenhado previstas no artigo 675.º CC, para ser válida, só pode ocorrer depois do vencimento da obrigação.

Não é vasta a jurisprudência nacional sobre o pacto comissório e as decisões que se debruçam sobre a figura também não aprofundam a interpretação da norma que a proíbe, pelo que permanece por determinar um sentido jurisprudencial consistente sobre o alcance do artigo 694.º CC para lá das garantias reais.

O único aspecto que pode apontar-se como dominante nas decisões dos tribunais portugueses é o entendimento de que a *ratio* da estatuição do artigo 694.º CC reside na necessidade de tutela do devedor¹⁶⁵⁹.

E o contrato de compra e venda é a matéria a respeito da qual mais vezes se têm suscitado questões relativas a modelos negociais utilizados com a finalidade de garantia fora do âmbito legal. Neste ensejo e a respeito dos esquemas negociais que utilizam a propriedade com fim de garantia, a questão da invalidade do pacto comissório devia também ser tratada pela jurisprudência. Mesmo relativamente às problemáticas conexas das ditas garantias indirectas que a doutrina debate, como a (in)admissibilidade de modelos negociais por meio dos quais os sujeitos criam garantias reais não tipificadas na lei ou a (in)admissibilidade de tipos próximos do pacto comissório.

Exemplificativamente, não vemos abordadas as matérias da possibilidade de estipulação do *pacto comissório para além do próprio pacto* numa decisão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Novembro de 2013¹⁶⁶⁰. Os senhores Conselheiros podiam-deviam ter aqui ponderado a aplicação do artigo 694.º CC ou, pelo menos, reflectido em torno da possibilidade prática de o pacto comissório se (poder) esconder sob a aparência de inúmeros tipos formais perfeitamente lícitos. É nosso entendimento que *há muito mais pactos comissórios para além do próprio* e, no caso que o Supremo aqui apreciou, pode ter sido (mais) um exemplo de sacrifício da análise substancial pela apreciação formal, da aparência de legalidade. Julgamos que a decisão devia, pelo menos, ter sopesado os factos à luz do verdadeiro fim perseguido pelo legislador com o artigo 694.º CC e do verdadeiro fim perseguido pelo credor dos autos com o esquema

¹⁶⁵⁹ Sendo certo que vão surgindo já decisões que aderem à tese do fundamento composto da proibição do pacto comissório, como é o caso do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Dezembro de 2005, em que se sustenta que “*A «ratio» da proibição do predito pacto [pacto comissório] é plúrima, complexa, 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»*” – cfr. o Acórdão em www.dgsi.pt, com o n.º de Processo 04B4479 (relator Pereira da Silva).

¹⁶⁶⁰ Cfr. Ac. STJ de 28 de Novembro de 2013, com o Proc. n.º 873/05.0TBVLN.G1.S1 (relator Abrantes Geraldes), disponível em www.dgsi.pt.

negocial adoptado. O caso era relativo a uma relação creditícia pre-existente, em razão da qual o credor foi mandatado para vender bens do devedor, “*nos termos e condições que entendesse*”, podendo usar tais poderes se este lhe não pagasse o valor mutuado. O devedor não cumpriu e o procurador-credor *vendeu* à sua filha um imóvel do devedor, fazendo, para tanto, uso da procuração. Mais foi dado como provado que (i) a quantia havia sido mutuada para o devedor comprar um imóvel, (ii) que o imóvel que o credor *vendeu* à sua filha foi o mesmo para cuja aquisição ele sabia que tinha emprestado o dinheiro àquele e (iii) que a venda foi um negócio simulado. Parece-nos não mais que o complexo negocial perfeito para iludir a proibição do pacto comissório! E iludiu mesmo, pois de *verdade absoluta* em *verdade absoluta*, o Acórdão valida este esquema de o credor se pagar fazendo seu o bem, para cuja venda tinha poderes, como forma de garantir a realização do seu crédito. As *verdades* em que a decisão se funda são, em tese, inatacáveis. “*No negócio indirecto recorre-se a um tipo contratual fora da sua função normal ou habitual, sendo legítima a sua outorga desde que o fim prosseguido não represente fraude à lei*” e “*Nada obsta a que seja subscripta procuração conferindo ao procurador poderes para vender os bens dos representados com o objectivo de liquidar uma dívida assumida por estes perante o credor, servindo a procuração de instrumento para a realização da sua garantia patrimonial*”.

Todavia, a primeira *verdade insosfismável* solicitava que a factualidade concreta fosse interpretada à luz da possibilidade de fraude ao artigo 694.º CC e a segunda impunha uma correcção importantíssima.

Na verdade, quer a outorga da procuração quer a compra e venda podem qualificar-se como negócios indirectos, na medida em que o fim real não vai dito nas declarações negociais, mas alcança-se mediatamente com a produção do efeito típico a que os negócios tendem: *in casu*, transmissão da propriedade. Mas sabemos como a fronteira entre negócio indirecto e fraude à lei pode ser ténue, cabendo, em caso de dúvida, apurar se o fim a que as partes aspiram com a celebração do negócio cabe nos limites da lei e só então qualificar-se o tipo adoptado como indirecto e válido, *hic sensu*. Ora, a procuração dos autos não pode ser vista desligada da relação creditícia que lhe deu causa e, muito menos, da *venda* que se lhe seguiu, o que nos leva a frisar que o espectro do pacto comissório deveria ter sido referido na decisão e considerado na ponderação de interesses. Aliás, são as próprias partes que *justificam* a outorga da procuração com uma dívida e condicionam suspensivamente os seus efeitos ao incumprimento desta. Por outro lado, quando a decisão diz que *nada obsta a que uma procuração sirva de instrumento para a realização da garantia do credor*, impõe-se notar que esta espécie de *pacto de venda extrajudicial* para o qual o aresto parece apontar não é permitido relativamente a bens imóveis, em jeito de *venda particular*, por violação do artigo 694.º CC. E não se diga que o imóvel

do caso não se encontrava hipotecado a favor do procurador e que não lhe é aplicável, nessa medida, a proibição do pacto comissório, pois a *ratio* do preceito é, de acordo com a melhor doutrina, impedir qualquer esquema negocial apto a produzir o efeito económico-jurídico do pacto comissório, isto é, apropriação de um bem pelo credor em caso de incumprimento do devedor. Ainda que não se acolha tão extensiva interpretação do artigo 694.º CC, não se diga que os *poderes para vender* foram só o negócio-meio para o credor se pagar com o preço da compra e venda e que, agindo em nome dos representados, ele seria apenas o *promotor* do negócio, porque tem claro interesse em que os devedores-representados recebam o preço para lhe *poderem pagar*. Em abstracto, é uma argumentação válida, mas, na situação dos autos, provou-se que a venda foi simulada, que não houve pagamento de preço algum, que nenhuma das partes quis comprar ou vender. Também este negócio deveria ter sido declarado nulo, porque a doação dissimulada aponta, também ela, para um negócio fraudatório da proibição do artigo 694.º CC, porque com a doação, o credor-procurador não realizou sequer o seu crédito, enriqueceu apenas o património da sua filha à custa dos devedores! Donde, julgamos que os negócios deveriam ter sido analisados *como um todo unitário de sentido jurídico*: desde o mútuo inicial, à procura subsequente e à compra e venda simulada final. A ponderação deveria ter aludido à problemática das garantias indirectas e dos limites da utilização da propriedade como garantia, sem perder de vista a dúvida metódica de saber se aquele credor pôs ou não em marcha um pacto comissório.

A propósito de um contrato de compra e venda, vejamos ainda a decisão do Supremo Tribunal de Justiça, num Acórdão de 11 de Maio de 2006¹⁶⁶¹, em que suscitando-se a questão de saber se seria alienação em garantia, refere, embora brevemente, o conceito de negócio fiduciário, mas não tece considerações sobre a questão da (in)compatibilidade da categoria negocial em causa com o nosso quadro legal nem tão-pouco remete para o debate doutrinário sobre a matéria¹⁶⁶². Também há decisões que tomam claramente posição sobre matérias que não reúnem consenso na doutrina, embora não apresentem argumentos legais ou dogmáticos que apoiem fundamentadamente a tese adoptada. Veja-se, *verbi gratia*, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Setembro de 2006¹⁶⁶³ que relativamente à venda *a retro*, defende que esta figura

¹⁶⁶¹ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11 de Maio de 2006, disponível em www.dgsi.pt, com o n.º de Processo 06B1501 (relator Salvador da Costa).

¹⁶⁶² No sumário da decisão (*vide* nota anterior), pode ler-se que “3. O negócio fiduciário, atípico, é aquele pelo qual as partes, mediante a inserção de uma cláusula obrigacional – «*pactum fiduciae*» – adequam o conteúdo de um negócio típico à consecução de uma finalidade diversa, por exemplo a de garantia. 4. Não constando da escritura do contrato de compra e venda do prédio alguma declaração fiduciária, não pode o referido contrato ser considerado como um negócio fiduciário de garantia, nem releva a prova testemunhal produzida sobre o «*pactum fiduciae*»”.

¹⁶⁶³ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Setembro de 2006, disponível em www.dgsi.pt, com o n.º de Processo 06A2092 (relator João Camilo).

pode licitamente ser utilizada pelas partes em associação a um contrato de mútuo, figurando o mutuário como alienante e o mutuante como comprador. Mais se defende que na venda *a retro* é lícita a inclusão de cláusula que condicione resolutivamente a venda ao cumprimento do mútuo. Ora, não sendo esta uma posição consensual à luz da proibição do pacto comissório¹⁶⁶⁴, impunha-se especialmente a fundamentação legal, histórico-doutrinal e eventualmente jurisprudencial do entendimento¹⁶⁶⁵.

Relativamente ao âmbito de aplicação da proibição do pacto comissório, não podemos sequer referir-nos a uma tendência jurisprudencial, porque as decisões que tocam no tema posicionam-se muito heterogeneamente, desde a interpretação literal à aplicação analógica do artigo 694.º CC. Realizando uma leitura *apertis verbis* da norma proibitiva, um Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2005¹⁶⁶⁶ entende que o artigo 694.º CC só é aplicável aos casos em que o *quid* da garantia é “*uma coisa*”. Neste sentido, decidiu, relativamente a um crédito assegurado por obrigação pecuniária, que credor e devedor podem licitamente acordar que o primeiro fará seu o objecto da garantia, por não ser aplicável a proibição do pacto comissório aos casos em a garantia recaia sobre um direito, um crédito, ou outro objecto que não seja uma coisa.

Subscrevendo uma aplicação extensiva do impedimento legal do pacto comissório aos esquemas negociais que pretendam iludir a interdição, assinala-se, por exemplo, um Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7 de Junho de 2004¹⁶⁶⁷ que declara nula uma procuração irrevogável, por frustrar a proibição do pacto comissório, “*em fraude à lei*”¹⁶⁶⁸.

Em sentido diametralmente oposto da decisão apontada como paradigma de uma interpretação literal da norma do artigo 694.º CC, assinala-se a interpretação teleológica do preceito vertida num acórdão (já citado) do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Dezembro de 2005¹⁶⁶⁹, em que

¹⁶⁶⁴ VAZ SERRA, por exemplo, repudiava a venda *a retro* exactamente antecipando a sua utilização prática como meio para torneir a proibição de mútuo com hipoteca com pacto comissório. Cfr. do Autor, *Penhor*, BMJ, n.º 58, *op. cit.*, p. 220 e o que dissemos *supra* no capítulo III, secção II, ponto 3.

¹⁶⁶⁵ É o seguinte o teor do Acórdão (cfr. penúltima nota): “*II. A venda a retro prevista nos arts. 927.º e segs. do Cód. 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*”.

¹⁶⁶⁶ Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Maio de 2005, disponível em www.dgsi.pt, com o n.º de Processo 04B4519 (relator Bettencourt de Faria).

¹⁶⁶⁷ Acórdão que se pode consultar na Colectânea de Jurisprudência, Ano XXIX, tomo III, 2004, pp. 186-190.

¹⁶⁶⁸ Decidem os senhores Desembargadores que “*A outorga de uma procuração irrevogável, «com poderes para vender ou prometer vender a quem entender» os identificados prédios, sobre os quais foi constituída uma hipoteca pelo mandante a favor dessa mesma mandatária, consubstancia a camuflagem, em fraude à lei, de um verdadeiro pacto comissório*”.

¹⁶⁶⁹ Cfr. nota 1659, onde se encontra um outro excerto do Acórdão que se encontra disponível em www.dgsi.pt, com o n.º de Processo 04B4479.

os senhores Conselheiros consideraram a proibição do pacto comissório, *id est*, o artigo 694.º CC extensível a todos os casos que violem o espírito da norma, ainda que não correspondam à hipótese descrita na letra da lei. Neste sentido, declarou-se nulo um acordo por força do qual se concedia ao credor hipotecário o direito de venda particular de certos imóveis que asseguravam o seu crédito¹⁶⁷⁰.

Sem prejuízo de entendermos que os tribunais portugueses poderiam e deveriam aprofundar mais a análise da figura do pacto comissório e dos problemas que ela levanta, das decisões analisadas retira-se um recorte rigoroso da figura em face da norma legal que a proíbe¹⁶⁷¹ bem como um certo grau de preocupação em identificar a sua verdadeira *ratio* para que outros modelos que tendem aos mesmos efeitos não fiquem a coberto da sanção legal. Sublinhamos ainda a sintonia da jurisprudência com a doutrina dominante, com os tribunais a reconhecerem que a *pedra de toque* para identificar o pacto comissório é o desequilíbrio sinalagmático prestacional, apesar de exiguíssimas menções expressas ao pacto marciano¹⁶⁷².

9. Âmbito da proibição: reflexões finais

A resposta ao problema do âmbito de aplicação da proibição do pacto comissório passa, fundamentalmente, pelo exame dos negócios típicos e atípicos quando funcionalizados pelos sujeitos a ultrapassar a interdição ditada pelo artigo 694.º CC.

Historicamente, a necessidade de tutela do devedor era apontada como a *ratio essendi* da proibição, pelo que a doutrina defendia que em modelo negocial onde existisse o perigo de exploração usurária do devedor, aí actuaria a norma proscritora¹⁶⁷³.

¹⁶⁷⁰ Diz-se no texto do Acórdão que “*A proibição absoluta do pacto comissório consignada no artigo 694.º do C. C., pelo seu espírito, abrange, outrossim, o pacto pelo qual se convencione o direito de venda particular*”. Importa sublinhar que a decisão respeita a imóveis sobre os quais recaía uma hipoteca, sendo que, na hipoteca, a lei não prevê nem permite a venda extraprocessual consignada e regulada no âmbito do penhor (artigos 675.º do Código Civil e 401.º do Código Comercial).

¹⁶⁷¹ Embora haja também decisões totalmente desalinhas com o espírito do artigo 694.º CC, de que é exemplo um Acórdão do STJ de 28 de Novembro de 2013 que proclama que “*sendo nulo o «pacto comissório», nos termos do art. 694.º do CC, este apenas está previsto para situações em que o devedor constitua hipoteca a favor do respectivo credor; não sendo tal preceito impeditivo da outorga de outros acordos que, no âmbito de outras relações jurídicas, habilitem o credor a defender os seus interesses patrimoniais, como ocorreu no caso concreto*” (o sublinhado é nosso) – cfr. Proc. n.º 873/05.0TBVLN.G1.S1 (relator Abrantes Geraldés) em www.dgsi.pt.

¹⁶⁷² Por exemplo, no Ac. STJ de 16 de Março de 2011, com o Proc. n.º 279/2002.E1.S1 (relator Lopes do Rego), disponível em www.dgsi.pt.

¹⁶⁷³ Ouça-se VAZ SERRA quando, relativamente ao pacto comissório, diz que “*a sua razão de ser está em que tal pacto pode representar um benefício injustificado para o credor (que adquire uma coisa acaso muito mais*

E no Anteprojecto do Código Civil de 1966, VAZ SERRA propunha que a norma proibitiva do pacto comissório se aplicasse, por indicação expressa, aos pactos comissórios reais e obrigacionais, pretéritos, coevos ou mesmo posteriores à constituição da garantia e ao vencimento da obrigação¹⁶⁷⁴. O pensamento de fundo do ilustre Professor apontava para que a norma proibitiva do pacto comissório e a respectiva sanção de nulidade devesse aplicar-se a quaisquer modelos negociais adoptados pelos particulares em que se detectasse uma ligação íntima entre o não cumprimento (do devedor) e transferência da propriedade (do bem que especialmente garantia o crédito).

Só que a redacção final do preceito sancionatório do pacto comissório, ao arrepio da proposta de VAZ SERRA¹⁶⁷⁵, acabou por prever expressamente a sua aplicação apenas aos pactos comissórios celebrados no âmbito das garantias reais, pelo que são escassos os elementos que a letra da lei nos fornece para a reflexão acerca do âmbito de aplicação do artigo 694.º CC.

Os termos em que a questão se coloca assentam fulcralmente na distinção entre a consignação de rendimentos, a hipoteca e o penhor, a que a proibição do pacto comissório se aplica directamente, por remissão expressa para a norma proscritora, e os modelos negociais típicos e atípicos que as partes podem utilizar para realizar a transmissão de propriedade com a função de garantia que a estatuição normativa impede que ocorra automática e causalmente reportada ao incumprimento.

E a questão pode colocar-se segundo um critério estrutural ou funcional.

À luz do critério estrutural, atende-se ao momento em que a propriedade do bem é transferida: se o negócio opera uma transferência imediata do direito real por excelência ou se fica condicionada ao não adimplemento do devedor.

O critério funcional centraliza a análise no fim que os sujeitos perseguem com a celebração do negócio: se a finalidade translativa se a função de garantia.

Por aplicação do critério estrutural, a proibição do pacto comissório é extensiva apenas às formações negociais que operem uma transmissão da propriedade condicionada suspensivamente, porque é o modelo negocial formal do pacto comissório: alienação sob a condição suspensiva do não cumprimento do devedor. Estruturalmente, não se identificam com o pacto comissório os negócios em que a transferência da propriedade ocorre por mero efeito do contrato, ainda que sob condição resolutiva, como sucede na venda *a retro*. De acordo com o critério estrutural,

valiosa que o crédito), sobretudo quando obtido do devedor que, levado pela necessidade, facilmente consentiria nele” – cfr. VAZ SERRA, *Penhor*, BMJ, n.º 58, p. 217.

¹⁶⁷⁴ Vide texto da norma relativa ao pacto comissório do Anteprojecto do Código Civil de 1966 (artigo 223.º), na parte final da nota 1658.

¹⁶⁷⁵ Consultar nota anterior.

então, seria válido um negócio por meio do qual se transmitisse imediatamente um bem, mesmo que celebrado sob a condição resolutiva de o devedor cumprir.

Em Itália, a doutrina discute vivamente a admissibilidade da figura da venda *a retro*. E para os Autores que adoptam esta visão como critério aferidor do alcance da proibição do pacto comissório, a venda *a retro* é sempre válida, por ausência de identidade estrutural formal com o pacto comissório. Ainda que a finalidade querida pelas partes com a celebração da venda *a retro* seja uma finalidade de garantia, a partir deste ponto de vista, o negócio será sempre válido, na medida em que o fim aparece como elemento negocial formalmente independente da estrutura do tipo.

Hoje, maioritariamente, a doutrina e a jurisprudência italianas aderem ao critério funcional, desde a mui célebre decisão da *Corte di Cassazione* de 1983¹⁶⁷⁶. A questão é muito discutida em torno da figura da *vendita con patto di riscatto* que corresponde à nossa venda *a retro*¹⁶⁷⁷.

Entre nós, a doutrina propende outrossim para o critério funcional.

JANUÁRIO GOMES¹⁶⁷⁸ defende que a única aplicação consentânea com a *ratio* do artigo 694.º CC é a que resulte da sua interpretação teleológica e, nesses termos, mais do que o momento em que opera a transferência da propriedade, o que é decisivo é a determinação do fim querido pelas partes com a celebração do negócio translativo. Neste sentido, deverão considerar-se inválidos todos os negócios que os sujeitos firmem com o efeito jurídico de transmissão do direito de propriedade, mas com escopo real de garantia, e mesmo que o efeito translativo ocorra por mero efeito do contrato (e não diferidamente após o incumprimento, como ocorre de acordo com o modelo formal típico do pacto comissório). Uma outra consequência da adesão ao critério funcional traduz-se na extensão da proibição do pacto comissório, nos termos preditos, por aplicação directa da norma proibitiva, isto é, a interpretação teleológica do artigo 694.º CC não resulta na aplicação do preceito por analogia, mas sim, reitera-se, por aplicação directa.

REMÉDIO MARQUES¹⁶⁷⁹, por seu lado, convoca o instituto da fraude à lei para explicar que a proibição do pacto comissório deve considerar-se aplicável a todas as garantias *atípicas* que os particulares criem com o fim real (mas) mediato de escapar à interdição. Defende

¹⁶⁷⁶ Referimo-nos à conhecida sentença da *Corte di Cassazione* n.º 3.800 de 3 de Junho de 1983. Cfr. Cass., 3 giugno 1983, n. 3800, in *Nuova giur. civ.*, 1985, I, pp. 97 e segs. (*Note di ROPPO*).

¹⁶⁷⁷ A *vendita con patto di riscatto* é um negócio tipificado e regulado pelos artigos 1500 a 1509 do *Codice Civile*.

¹⁶⁷⁸ Como resulta da opinião do Autor expressa em M. JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida...*, *op. cit.*, p. 94.

¹⁶⁷⁹ A posição do Autor é expressa no estudo que ele desenvolve em torno da nova figura social do *lease-back*, reflectindo sobre a sua admissibilidade à luz da proibição legal do pacto comissório. Cfr. REMÉDIO MARQUES, *Locação Financeira Restitutiva...*, *ob. cit.*, pp. 595 e segs..

o doutrinador que “*de jeito a prevenir a «fraude à lei»*”¹⁶⁸⁰, a interpretação e aplicação do artigo 694.º CC deve conduzir-se pelas vias subjectivas dos fins queridos, de verdade, pelas partes com a celebração de determinado negócio. Em abstracto, segundo a posição do Autor, a proibição do pacto comissório é ponderável em qualquer situação negocial de facto que configure uma garantia real para lá dos modelos tipicizados pela lei. Em concreto, a decisão há-de ser o resultado do exame casuístico do fim que determinou os sujeitos a celebrar aquele específico negócio. Identificado o fim real, é a partir dele que a presença ou a ausência da função de garantia será revelada, desde logo pelos efeitos que o negócio prevê para a esfera do devedor, nos cenários de cumprimento e incumprimento. Neste contexto, existe, então, um negócio funcionalizado pelas partes¹⁶⁸¹. E sempre que do negócio adoptado *in casu* resultar o mesmo efeito do pacto comissório (transmissão na sequência do não cumprimento no âmbito da função de garantia), justifica-se a intervenção da sanção daquele pacto. O que vale por dizer que serão nulos, por fraude à proibição do pacto comissório, os concretos esquemas negociais que os sujeitos instrumentalizem para iludir o impedimento legal do acordo por meio do qual o credor pode fazer seu o objecto da garantia do seu crédito, no caso de incumprimento do devedor.

Na verdade, o critério funcional parece mais adequado a realizar o espírito da lei ao sancionar o pacto comissório. O critério estrutural, assente numa perspectiva meramente temporal-formal do momento em que opera a transmissão da propriedade não se revela suficiente para identificar os *essentialia* do pacto comissório, sobretudo em figuras que o não são formalmente.

Os fundamentos em que se apoia o juízo de censura que a lei dirige às estipulações comissórias reclamam o desvalor de todas as hipóteses não expressamente previstas na letra do artigo 694.º CC, mas em que, de igual modo, se evidencie o objectivo de obtenção do resultado económico que a norma repele.

Para tanto, será necessário um exame casuístico, adoptando um *método indiciário* que recomenda a composição de um elenco de indícios ou sinais a partir dos quais se apure a presença de um desígnio na determinação das partes que a lei censura e que corresponde à real motivação dos sujeitos para a celebração do negócio.

Quanto aos elementos de facto que num negócio (que formalmente corresponde a uma simples alienação) poderão ser indicativos do escopo comissório, sublinha-se, desde logo, a existência prévia de uma relação creditícia entre vendedor e comprador, em que aquele seja devedor e este credor; depois, também uma situação económica débil do alienante; em terceiro lugar, o facto

¹⁶⁸⁰ Citação retirada da ob. cit. do Autor (*vide* nota anterior), p. 598.

¹⁶⁸¹ Que corresponde ao “*«negócio-meio»*”, na terminologia de REMÉDIO MARQUES – cfr. ob. cit. na penúltima nota, p. 598.

de ser convencionalmente a faculdade de o vendedor readquirir o bem alienado ou outra de efeito análogo e, por último, a inexistência de cláusula de equivalência entre o preço de venda (pago pelo comprador) e o preço de recompra (a pagar pelo vendedor), sendo relevantíssimo ainda averiguar se o preço foi efectivamente pago.

Nesta medida, ao desígnio de alcançar os efeitos de um pacto comissório deve dirigir-se o mesmo desvalor jurídico contido na norma proibitiva de tal pacto, pelo que, e em consequência, não poderá deixar de reputar-se nulo o negócio que as partes ponham em marcha com intenção precípua de ludibriar a proibição legal do pacto comissório.

Cremos que a aparente restrição da letra do artigo 694.º CC – proibindo o pacto comissório por referência exclusiva à sua estipulação no âmbito das garantias reais – deriva unicamente da história da figura do pacto comissório e dos tipos sociais que motivaram a sua proibição, devendo levar-se a sua *ratio* onde quer que ela se revele defraudada e realizar o espírito da lei que aponta no sentido de uma proibição geral. A vontade do legislador que se limitou, formal e expressamente, a sancionar (só) os modelos mais comuns do pacto comissório, subestimando porventura que *sempre os casos serão mais do que as normas*, dirigiu-se, na verdade, a impedir todas as formas comissórias de desequilíbrio prestacional nas relações creditícias, enxertadas como mecanismo acessório ou autónomo de garantia do crédito.

Neste sentido, *lex minus dixit quam voluit*¹⁶⁸²⁻¹⁶⁸³⁻¹⁶⁸⁴. Sem embargo, em rigor, não estará em causa a aplicação analógica do artigo 694.º CC aos acordos de penhor comissório não associados

¹⁶⁸² VIRGILIO ANDRIOLI, analisando a questão sob a perspectiva da natureza material da norma proibitiva do pacto comissório, entende que a resposta depende da *ratio* que se lhe apontar. Assim, para quem, como ele, vir na interdição legal a tutela dos outros credores do devedor prejudicados pela criação de uma espécie de causa de preferência atípica que resulta do pacto comissório, o preceito que proíbe tal pacto é de natureza material no sentido de que a sua estatuição é dirigida a sancionar determinado resultado, qualquer que seja o concreto esquema negocial adoptado pelos sujeitos. Nesta perspectiva, a nulidade do pacto comissório atinge também os negócios indirectos que tendam a produzir o efeito jurídico-económico de tal pacto, pelo que atingirá a venda *a retro*, a alienação com escopo de garantia ou com pacto de retrovenda, desde que a sua causa se identifique com a segurança de um direito de crédito do comprador, porque em qualquer dos casos subtrai-se, com propósito de garantia, o bem alienado da garantia patrimonial dos demais credores do devedor alienante. Cfr. VIRGILIO ANDRIOLI, *Tutela dei Diritti*, *op. cit.*, pp. 56-58.

¹⁶⁸³ FRANCESCO GAZZONI, não se posicionando claramente sobre esta questão, centraliza a reflexão no princípio do concurso paritário dos credores e avança que o maior problema que os pactos comissórios autónomos reais acarreta é a possibilidade de a autonomia da vontade gerar “*formas de garantia que, não tanto subtraíam um bem à «par condicio creditorum» quanto antes constituam a favor do credor uma garantia superior à entidade do crédito, diminuindo assim para os outros credores a garantia constituída pelo património do devedor comum*”. Cfr. em *Obbligazioni e contratti*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013, p. 629.

¹⁶⁸⁴ MASSIMO BIANCA, também sob o prisma do princípio *par conditio creditorum* e a respeito dos pactos comissórios autónomos obrigacionais, defende que deve negar-se-lhes validade se se entender que a regra da igualdade de tratamento dos credores é violada pela ausência de controlo no equilíbrio prestacional entre o (valor do) bem dado em garantia tomado pelo credor e o (valor do) débito não cumprido. De igual modo, acrescenta o

a uma garantia real, mas antes a extensão teleológica do seu comando, considerando-a norma de natureza material, dirigida, portanto, a todas as concretas formações negociais criadas para alcançar o efeito jurídico típico que ela repele e sanciona.

Com efeito, não fora o entendimento de que a norma proibitiva engloba qualquer meio adequado ao resultado que ela impede, mas apenas certas formas jurídicas tipificadas de obter, e a apropriação do objecto da garantia pelo credor, diante do incumprimento do devedor relativamente à obrigação garantida, seria possível com fraude à lei¹⁶⁸⁵⁻¹⁶⁸⁶.

Assinala-se a consagração legal da proibição do pacto comissório na generalidade dos ordenamentos jurídicos com sistemas de *civil law*, como o nosso, mas sublinhe-se que também nos sistemas de *common law* este pacto teve dificuldade em ser admitido.

Com efeito, em razão da necessidade de tutela dos demais credores do mutuário, as *Bills of Sale Acts* de 1878 e de 1882 determinaram que a validade do pacto comissório, sob pena de nulidade, dependia de registo, correspondendo esta previsão legal ao mecanismo de tutela contra o perigo de os credores do mutuário não *beneficiários* daquele pacto verem a garantia patrimonial dos seus créditos diminuída pela subtracção de um determinado bem, sem que tivessem tido sequer conhecimento de tal estipulação condicional.

Jurisprudencialmente, nos sistemas de *common law*, perante os litígios emergentes de pactos comissórios, os tribunais, ademais dos requisitos da referida estatuição normativa (*bill*), realizam diligências tendentes ao apuramento da vontade real das partes, ficando a validade do acordo *sub iudice* dependente, segundo o entendimento dominante, de o *querer* dos contraentes se dirigir no sentido da celebração de uma venda seguida de *hire-purchase*¹⁶⁸⁷.

Autor, se se entender que o desrespeito por tal princípio deriva da “*exclusão dos credores da expropriação do bem visado pela convenção comissória, tem de reconhecer-se que num pacto comissório obrigacional se chegaria igualmente à violação desta regra, porque (...) o registo da acção judicial de execução coactiva da obrigação de alienação do bem excluiria que as penhoras sucessivas pudessem prejudicar a apropriação deste bem por parte do credor*”. E conclui, então, que os pactos comissórios autónomos com eficácia meramente obrigacional também se devem incluir na proibição geral do pacto comissório, porquanto “*a proibição de um certo resultado, identificado através do meio que o realiza directamente, não exclui que o juízo de ilicitude atinja, qualificando-as como fraudulentas, aquelas combinações de negócios que alcançam igualmente o resultado proibido*”. Cfr. MASSIMO BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, ob. cit., pp. 183-185.

¹⁶⁸⁵ Neste plano, defendendo que a deficiente técnica legislativa é a causa da fraude à lei, vide PESSOA JORGE, *O mandato sem representação*, ob. cit., pp. 203-205.

¹⁶⁸⁶ ENZO ROPPO, ante a figura do pacto comissório autónomo real, proclama que nela não se constitui uma situação de *fraus legis*, porquanto não representa “*o meio para iludir a aplicação de uma norma imperativa*” – o artigo 2744 do Código Civil italiano –, mas sim violação directa da norma que proíbe o pacto comissório. Cfr. ENZO ROPPO, *Note sopra il divieto...*, op. cit., p. 105.

¹⁶⁸⁷ Vide P. S. ATIYAH que descreve o sentido das posições dos tribunais em face do pacto comissório, em *Sale of Goods*, obra escrita em co-autoria por P. S. ATIYAH, J. ADAMS e H. L. MACQUEEN, Pearson Education, 2010, pp. 8 e segs..

10. Pode o pacto marciano *salvar* o pacto comissório?

O nosso sistema de garantias reais, muito particularmente no que toca à execução, configura, por natureza, pólo de tensões entre as exigências do *homo economicus* e o postulado da *justiça e equidade*. Sabemos do motor da economia que é o crédito e, nesse sentido, a demanda da eficiência nota-se na configuração da posição jurídica do credor. E bem. De um sistema de garantias de cumprimento das obrigações espera-se que guarneça e forneça ao titular do direito à realização da prestação meios capazes de o proteger diante da não-realização da mesma. E espera-se igualmente que se não deixe o obrigado à mercê das investidas mercantilistas-usurárias do credor.

Neste contexto, surge o factor de crescente multinacionalização negocial, a solicitar um olhar do legislador que se não confine ao quadro do nosso Direito, emoldurado por uma realidade social própria, mas já penetrada por outras culturas e, portanto, também por outras práticas no universo do tráfego comercial-jurídico. O campo das relações jurídicas-bancárias há muito que no-lo anuncia e antecipa com a aparentemente inesgotável capacidade criativa em matéria de garantias. E, de um modo geral, cada vez mais a autonomia privada desafia os limites da tipicidade dos direitos reais, dos direitos reais de garantia, o que para o nosso estudo interessa particularmente. Desde a criação de novos tipos negociais, à mediação de fins de garantia por figuras típicas não desenhadas para tal função, até à funcionalização de negócios translativos, unitária ou interligadamente a outros, com vista à garantia das obrigações por meio da propriedade, em realidade que a doutrina sublinha e para a qual alerta do ponto de vista das oportunidades e crise que pode representar para o *sistema tradicional das garantias reais*. As garantias indirectas e ocultas existem e investem frequentemente no acto de ilusionismo jurídico de enganar e contornar a proibição do pacto comissório sem que *ninguém* se aperceba. Mas existem também interesses sérios do credor e do devedor a solicitar ponderação actualista sobretudo do regime do penhor e da hipoteca, como anotámos ao longo da nossa reflexão. E a proibição do pacto comissório será o eixo central da questão. O processo executivo não se revela capaz de resposta célere à realização coactiva dos direitos do credor. Como vimos, a venda judicial é morosa, processualmente complexa e não apresenta válvulas de segurança sequer para o devedor, porque não assegura que a venda não aconteça por preço vil – o *mínimo legal* de 85% do valor-base cai logo que se realize a venda por negociação particular – e *empurra* o credor para o pedido de adjudicação do bem na ausência ou insuficiência de propostas, como *mal menor*, como qualificámos esta opção, sobretudo se o devedor não tiver outro patromínio (penhorável). Entre receber um produto da venda claramente inferior ao crédito e ficar com um bem que vale mais, a adjudicação, de facto, pode *impor-se* ao credor. A respeito da adjudicação,

vimos também como incompreensivelmente há descontinuidades e, pior, incoerências entre normas substantivas e adjectivas, porque a lei civil só concede a faculdade de convenção de adjudicação no penhor, mas a lei de processo permite a qualquer exequente ou credor reclamante beneficiário de garantia real requerer que o bem que se executa lhe seja adjudicado, e o procedimento é exactamente o mesmo em ambos os cenários, isto é, o credor pignoratício que convencionou com o devedor a adjudicação da garantia, ao abrigo do n.º 2 do artigo 675.º CC, e o credor hipotecário, ao qual a lei civil não permite sequer tal convenção, podem ambos requerer a adjudicação e ambos nos termos do artigo 799.º e seguintes do CPC.

Fora da via judicial-executiva, sabemos já, só no âmbito do penhor existe a opção lícita da execução da garantia extraprocessualmente: por venda particular, no penhor civil e no penhor mercantil; por apropriação, no penhor financeiro e por compensação-apropriação no penhor bancário. O penhor bancário suscita o problema da fronteira entre a compensação e o pacto comissório e o penhor financeiro acendeu, de facto, o debate sobre a consagração, ou não, de uma verdadeira excepção à proibição do pacto comissório.

E o pacto marciano? É ou não é um pacto comissório? Eis a questão!

Defendemos que sim e dissemos porquê. Mas mais do que responder sim ou não à pergunta, cumpre ir além e descortinar o real sentido e alcance da interrogação. O diploma regulador do penhor financeiro é eloquente a esse propósito, porque valida o pacto de apropriação pelo credor do *quid* empenhado, no caso de incumprimento, em que este se obrigue, por sua vez, a entregar ao devedor o excesso de valor da garantia em relação ao crédito. Por outras palavras, e tal como a doutrina unanimemente refere, no penhor financeiro admite-se a estipulação de um pacto marciano. Ora, ao pacto marciano, e independentemente da classificação tipológica, não podem deixar de apontar-se os mesmos efeitos do pacto comissório. Mais, não pode deixar de reconhecer-se que os efeitos operam, outrossim como no pacto comissório, por força de acordo a que as partes atribuíram efeitos translativo (do objecto da garantia para o credor) e solutório (da obrigação do devedor) dependentes suspensivamente da condição de não cumprimento do obrigado. Portanto, o mecanismo jurídico e os efeitos a que tende são os mesmos. O pacto marciano só é especial em relação ao pacto comissório, porque afasta os perigos a coberto dos quais a lei quer colocar o devedor: o perigo de perder um bem com um valor superior ao da dívida que não pagou, ou seja, o perigo de permitir o locupletamento injusto e injustificado do credor à custa da fraqueza negocial do devedor, por (poder) ter concordado com a estipulação de apropriação só porque se encontrava numa situação de necessidade premente do crédito que o credor lhe concedeu, o mesmo é dizer que só se sujeitou à condição de perder automaticamente o bem dado em garantia para o credor se não cumprisse a sua obrigação de pagamento voluntário, por se encontrar em estado de necessidade, neste sentido. Consabidamente, a lei sanciona os

vícios da vontade e a exploração usurária nos termos gerais das causas de invalidade dos negócios (nos termos dos artigos 255.º e 282.º, CC), pelo que a doutrina foi-se questionando sobre a verdadeira razão de ser de tão grave sanção para o pacto comissório (nulidade) em relação àqueles vícios de que qualquer negócio pode enfermar (anulabilidade). E as teses são várias, vimo-lo, sobre a *ratio* do artigo 694.º CC e todas coincidem na resposta ao porquê da nulidade do pacto comissório: a nulidade sanciona o desequilíbrio prestacional que o pacto comissório propicia. Com efeito, as regras da experiência comum dizem que o credor tenderá a exigir que o bem que garante o seu crédito valha mais do que a prestação a que fica adstrito o devedor. Logo, o que o legislador considerou foi que se o pacto comissório enfermasse de mera susceptibilidade de anulação, do ponto de vista do credor, talvez valesse a pena correr o risco de o celebrar e, se o devedor não pagasse, apropriar-se de bem muito mais valioso do que o *quantum* do seu direito, contando com a possível inacção do devedor e a preclusão do prazo para a invocação do vício. E todas as teses sobre qual o fundamento da proibição do pacto comissório coincidem, repetimos, em sublinhar este ponto. As teses do devedor necessitado e da censura dos negócios usurários, por maioria de razão, pois entendem que o devedor é uma *presa fácil* para o credor e suas exigências abusivas e exploratórias do *estado de necessidade* da contraparte. A teoria do interesse geral na não difusão das cláusulas comissórias como cláusulas de estilo também olham a proibição como protecção do normal funcionamento do tráfego jurídico e anotam que os actos incontroláveis de disposição patrimonial poderiam representar grave prejuízo para o devedor, para os seus demais credores e para a segurança que o Direito deve imprimir nas tensões e ponderação de interesses ínsitas às relações creditícias. Os defensores da *par conditio creditorum* como razão decisiva para o desvalor do pacto comissório estão em sintonia com a predita visão. É que pensemos num património global de um devedor que vale 1.000, se responder por um passivo total de 500, os credores comuns têm a legítima expectativa de se conseguirem pagar com a execução da garantia patrimonial, no pior dos cenários, isto é, no cenário de não cumprimento voluntário do devedor. Mas, se o devedor, com um só destes credores estipular um pacto comissório relativamente a um bem que valha 700, e se o perder efectivamente por não ter pago a este credor, isso significa que todos os restantes credores vão ser lesados ao terem de se pagar (só) proporcionalmente com o produto da execução do património que restou depois da apropriação comissória e que já só vale 300. Ao que acresce a injusta, injustificada e incontrolável desproporção. E o injusto e injustificado enriquecimento do credor à custa do devedor. A linha de pensamento, embora minoritária, que faz apelo ao princípio da inderrogabilidade do procedimento judicial para a realização coactiva de uma obrigação apresenta na sua fundamentação de base a ideia de equilíbrio prestacional, porque o que a via judicial garante ao devedor é defesa dos seus

interesses, e os dos demais credores, no controlo da comutatividade dos valores patrimoniais da sua prestação e do crédito.

Perpassa, *sic*, a ideia de prevenção do enriquecimento ilegítimo do credor e a pergunta seguinte impõe-se: para o controlo do locupletamento não existe o instituto do enriquecimento sem causa do artigo 473.º CC? Sim, mas os pressupostos para se demonstrar existir, de facto, uma situação que se reconduza ao princípio geral enunciado no citado preceito, por um lado, carecem de prova que competirá ao devedor à luz das regras da repartição do ónus da prova (artigo 342.º CC). O que vale por dizer que o mecanismo onera a posição do devedor. E, por outro lado, sujeita o devedor à álea própria do recurso às vias judiciais e, nessa medida, a um certo grau de incerteza de não conseguir fazer valer o seu direito. Numa palavra, os quadros do enriquecimento sem causa revelar-se-iam excessivamente onerosos para o devedor, exigindo dele uma acção (o despoletamento do controlo judicial), fazendo-o correr o risco de não conseguir obter vencimento em sede judicial e expondo-o, *hic sensu*, à possibilidade de ter de suportar um prejuízo patrimonial, em moldes clamorosamente inaceitáveis num sistema de garantias reais que se diz e se quer garantístico.

Sob o prisma dos interesses do tráfego jurídico, especialmente na óptica do credor, há anseios legítimos que ao Direito também cumpre tutelar. E um deles é o da maleabilidade das garantias, no sentido de flexibilidade e celeridade em caso de (necessidade de) execução das mesmas. Capítulo ao qual já nos fomos referindo também distendidamente ao longo do escrito e no qual o pacto marciano pode desempenhar um papel absolutamente decisivo. À súplica do credor por celeridade e à do devedor por amparo, o pacto marciano está à altura da missão *salvífica* da condenação do pacto comissório. Tal como no diploma do penhor financeiro não *choca* que se consagre uma excepção à proibição do pacto comissório, porque é com a garantia de que o equilíbrio prestacional é assegurado e com a obrigação de o credor restituir ao devedor o valor a mais do *quid* empenhado sobre o valor do crédito, também nas demais relações creditícias, o artigo 694.º CC poderia ser atenuado com a ressalva expressa de validade dos pactos marcianos. O princípio *favor negotii* assim o não desaconselharia (artigos 292.º e 293.º, CC). O princípio *par conditio creditorum* também não, desde que, nas garantias sujeitas a registo, as cláusulas comissórias-marcianas dependessem de registo para produção de efeitos em relação a terceiros, como a lei prevê, por exemplo, para as cláusulas *a retro* (artigo 932.º CC). A avaliação da garantia far-se-ia sempre depois do incumprimento, nos melhores termos do próprio parecer do jurista romano Marciano (que como vimos¹⁶⁸⁸ admitiu um concreto pacto comissório pelo facto de a apropriação do bem ser feita por um lado, *iusto pretio* e, por

¹⁶⁸⁸ Cfr. *supra* nota 271.

outro, *tunc aestimandum*) e segundo a melhor doutrina, como a que bebemos de VAZ SERRA. Na verdade, o ilustre doutrinador, apesar de acérrimo cultor da proibição do pacto comissório, defende que um tal pacto quando firmado depois do vencimento da obrigação e quando dele não resulte a “*dilação ou outra vantagem*”, “*parece de autorizar*”¹⁶⁸⁹. Explica a sua posição à luz do direito alemão que “*só proíbe o pacto comissório anterior ao vencimento*” e remete a possibilidade de anulação de acordo comissório posterior ao vencimento nos termos gerais, isto é, pode “*o posterior ser nulo nos termos gerais*”¹⁶⁹⁰. A previsão legal de validade do pacto marciano deverá sujeitar a licitude do acordo, então, à posteridade da avaliação da garantia em relação ao não cumprimento, como acabámos de sublinhar, mas também à determinação judicial do próprio valor da garantia, como propomos para a venda fora dos tribunais, como previsto já no n.º 2 do artigo 675.º CC para o pacto de adjudicação do penhor, com recurso ao *processo especial de determinação judicial da prestação ou do preço* do artigo 1004.º CPC, com inclusão desta hipótese legal no artigo 1005.º CPC que elenca exemplificativamente os casos da lei substantiva ao abrigo dos quais se pode lançar mão do citado processo especial, para ele remetendo *expressis verbis*¹⁶⁹¹.

É nosso entendimento que interesses dignos de tutela do Direito clamam hoje por uma reponderação da proibição do pacto comissório. A execução das garantias em tempo razoável constitui interesse sério que as normas substantivas e adjectivas não acautelam. Por banda da lei de processo há um caminho de desjudicialização da realização coactiva dos créditos em que se deposita alguma esperança de celeridade, mas julgamos que a não controlada *privativação* da acção executiva não pode ser, em si mesma, a solução que o legislador tem para oferecer. E, no tocante aos custos dos processos executivos, a via judicial *desjudicializada* só veio onerar ainda mais a posição de credor-exequente e devedor-executado.

A resposta, cremos, tem de surgir da lei substantiva. Já se ouvem vozes avalizadas proclamando que os tempos impõem o abandono da rigidez da proibição do pacto comissório¹⁶⁹². É nosso humilde desejo acender nova luz na reflexão do tema. Fomos dizendo da *facilidade* com que se ludibria a proibição de celebrar pactos comissórios, sublinhámos outrossim como figuras perfeitamente lícitas, típicas têm a capacidade de operar os efeitos que o artigo 694.º CC quer repelir.

¹⁶⁸⁹ Como podemos ler desenvolvidamente em VAZ SERRA, *Penhor*; BMJ, n.º 58, pp. 218-219 (citações extraídas da p. 219).

¹⁶⁹⁰ Citação constante da p. 218 da ob. cit. na nota anterior.

¹⁶⁹¹ Cfr. *supra* a nossa proposta no âmbito do penhor e também da hipoteca no capítulo III, secção I, pontos 2.2 e 2.3.

¹⁶⁹² Vide DIOGO LEITE DE CAMPOS, *A Alienação em Garantia*, ob. cit., p. 23.

À pergunta por que vem de tão longe e se mantém a proibição do pacto comissório, a doutrina responde com o desequilíbrio das posições negociais entre o credor e o devedor. Desequilíbrio evidente no conteúdo prestacional, na constatação de uma tendência dos credores para exigirem que os créditos sejam garantidos por bens desproporcionalmente mais valiosos do que o *quantum* da obrigação do devedor. Ora, o pacto marciano pode, cremos, salvar este desequilíbrio que o Direito tão veementemente repudia e essa nota caracterizadora da figura está hoje bem documentada em face da lei dos contratos de garantia financeira – que, aliás, como demos notícia, é um diploma de transposição de uma directiva comunitária, o que reforça a ideia de solicitação generalizada de garantias mais dúcteis, ao menos na forma como podem ser executadas.

Assim, a par da previsão da convenção de venda extroprocessual e adjudicação para a hipoteca, com a publicidade do registo das respectivas cláusulas e a segurança da determinação judicial do preço, nos termos em que vimos e em linha com a modalidade de execução já consagrada para o penhor no artigo 675.º CC, respondendo o Direito às exigências actuais do tráfego comercial-jurídico e *não fechando mais os olhos* a uma realidade prática de funcionalização de outros negócios para alcançar os efeitos do pacto comissório, o nosso legislador devia ter a *coragem* de romper com o paradigma férreo do artigo 694.º CC do *mau pacto comissório* e ir beber da melhor fonte romana o modelo do *bom pacto marciano*, pospondo na letra presente do artigo 694.º CC (“*É nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir*”) a formulação “salvo se o credor nela assumir a obrigação de restituir o montante, determinado judicialmente, correspondente à diferença entre o valor da coisa onerada e o valor da obrigação por ela garantida e não havendo dilação ou outra vantagem no cumprimento”.

CONCLUSÕES

C.1 – O sentido actual da proibição do pacto comissório talqualmente prevista no artigo 694.º CC não pode deixar de repensar-se num tempo em que a rigidez do sistema tradicional (de execução) de garantias surge sublinhada pela realidade material-jurídica.

C.2 – Com efeito, num tempo de economia aberta e tendencialmente global, os regimes que os ordenamentos jurídicos prevêem em matéria de segurança de créditos são um factor muito relevante na celebração de negócios transnacionais.

C.3 – Entre nós, o pacto comissório não tem merecido grande atenção nem dos pensadores do Direito nem dos tribunais, aceitando-se a sua proibição absoluta unanimemente, sem se repensar o seu sentido actual, em homenagem aos princípios garantísticos do nosso regime de segurança de créditos.

C.4 – A proibição do pacto comissório imprime rigidez ao sistema de garantias reais. Na fase de constituição da garantia protege o devedor, mas, na fase de 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.

C.5 – Ora, em caso de incumprimento do devedor, o necessário recurso à via judicial é um ónus que impende sobre o credor e a dificuldade em executar a garantia real projecta junto dos agentes económicos a ideia de entropia na funcionamento do sistema de segurança de crédito.

C.6 – Na prática, a solução que os sujeitos encontram ante a interdição à apropriação do objecto da garantia, é a utilização de figuras típicas lícitas com escopo de garantia e com efeitos jurídicos coincidentes com os do pacto comissório.

C.7 – O pacto comissório surgiu no Direito Romano com os contornos da figura que hoje conhecemos, correspondendo à prática de transmissão do objecto da garantia para o credor se o devedor incumprisse a sua obrigação.

C.8 – Tendo vigorado no período quiritário e no período clássico, o *pactum comissorium*, no entanto, entrou em declínio e em desuso por influência social do cristianismo e acabou por ser proibido por édito do imperador Constantino, por volta do ano 320 d.C..

C.9 – A proibição do pacto comissório manteve-se desde Constantino até hoje. Até à desagregação do império Romano foi incontestado o repúdio pela figura. Carlos Magno estendeu-a também aos cidadãos laicos. Mais, atravessou toda a Idade Média, foi recebida pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas e, apesar do liberalismo oitocentista, o Código de Seabra (o nosso Código Civil de 1867) manteve intocada a proibição do pacto comissório e assim transitou para o Código Civil de 1966.

C.10 – A actual lei civil portuguesa 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).

C.11 – A doutrina tem apontado múltiplos argumentos para a interdição legal do pacto comissório. Em termos sistemáticos, identificam-se seis grandes teses: a tese do devedor necessitado, da censurabilidade da usura, da inderrogabilidade do procedimento judicial na execução, da subtracção dos bens à garantia geral, do interesse social na não difusão do pacto comissório e as teses compósitas.

C.12 – O fundamento mais invocado doutrinal e jurisprudencialmente é o do devedor necessitado. A ideia do devedor como a parte negocial mais fraca reproduz o pre-conceito impregnado no espírito do legislador desde o édito do imperador Constantino que proibiu o pacto comissório e com ele a premissa da necessidade de protecção do devedor que enforma a tese do devedor necessitado e também a tese da censurabilidade da usura, na sua ponderação segundo a qual o dito pacto expõe o devedor ao risco de exigências usurárias por parte do credor, e que ele pode acabar por aceitar dada a sua condição de escassez de recursos.

C.13 – Do nosso lado, simpatizamos com a posição de princípio das teses compósitas, abraçando, a um tempo, a tese do devedor necessitado e uma outra *ratio* dela decursiva, mas que só vimos

tratada autonomamente pela doutrina na explicação da sanção e não tanto na identificação do fundamento da própria razão de ser da proibição: o desequilíbrio (que propicia) entre o valor da garantia e o valor da obrigação garantida.

C.14 – O desequilíbrio entre o valor da obrigação e o da garantia ocorre se o *quid* que assegura o crédito for desmesuradamente mais valioso do que o débito, isto é, se, do ponto vista do *preço da transmissão do objecto da garantia*, o pacto comissório se revelar desequilibrado.

C.15 – Quanto ao *preço da transmissão*, distingue-se dogmaticamente o pacto comissório desequilibrado do pacto comissório equilibrado, ao qual se atribuiu a denominação de pacto marciano.

C.16 – O pacto marciano foi assim designado logo na sua génese, no Direito Romano, com a atribuição do nome do jurisconsulto homónimo que emitiu um parecer pronunciando-se pela validade de um concreto pacto comissório, porque as partes estipularam que se o devedor não pagasse a dívida, o credor apropriar-se-ia do objecto da garantia pelo seu justo preço, restituindo ao devedor o eventual excesso de valor.

C.17 – Actualmente, a doutrina discute se o pacto marciano é ou não um subtipo do pacto comissório. Defendemos que sim, porquanto o pacto marciano apresenta todos os *essentialia* do pacto comissório e que o tão sublinhado reequilíbrio prestacional que aquele assegura corresponde ao conteúdo de uma obrigação meramente eventual que apenas surge na esfera do credor inicial se o bem dado em garantia for efectivamente mais valioso do que o débito que o devedor incumpriu. Quanto às demais notas essenciais, estão inalteradamente presentes quer na figura do pacto comissório quer na do pacto marciano. A saber: o efeito translativo, de modo automático, (e) em função do inadimplemento.

C.18 – A posição classificatória que adoptamos relativamente ao pacto marciano conduz necessariamente a que consideremos uma excepção à norma do artigo 694.º CC a faculdade legal de previsão convencional de pacto comissório, na modalidade marciano, expressamente consagrada para os acordos de garantia financeira.

C.19 – Por outro lado, sustentamos que a admissibilidade legal expressa do pacto marciano na nossa lei civil poderia evitar muitas situações em que as partes utilizam outras figuras típicas-lícitas funcionalizando-as ao efeito jurídico-económico do pacto comissório.

C.20 – A rigidez que se aponta ao sistema tradicional de garantias reais decorre largamente da proibição do pacto comissório. Analisámos apenas os regimes da hipoteca e do penhor por se tratarem das garantias reais mais frequentemente usadas. Desse exame, pudemos notar que apesar de haver diferenças, tanto o credor hipotecário como o credor pignoratício não são suficientemente guarnecidos pela lei na hipótese de o devedor se furtar ao cumprimento das suas obrigações.

C.21 – Na hipoteca, a execução tem de seguir necessariamente a via judicial. No penhor, embora a lei substantiva preveja a possibilidade de as partes convencionarem venda extrajudicial ou adjudicação ao credor, a adjudicação não se encontra regulada na lei adjectiva com autonomia em relação à comum acção executiva.

C.22 – A acção executiva não garante nem ao credor nem ao devedor um preço mais alto ou sequer mais justo na venda do objecto da garantia real, ao que acresce a delonga e encargos inerentes ao processo judicial que oneram adicionalmente a posição do credor.

C.23 – Ora, um sistema de execução de garantias que não oferece eficácia ao credor é um sistema que a montante desincentiva necessariamente os negócios de concessão de crédito e de financiamento. Razão por que são muitas vezes adoptados pelas partes tipos negociais não desenhados pelo legislador como mecanismos de garantia, mas que são ajustáveis à função e que operam a transmissão da propriedade em caso de incumprimento. Paralelamente, constroem-se figuras *ex novo* pensadas pelas partes para conseguirem, na prática, resultado equivalente ao do pacto comissório. O universo das relações jurídicas-bancárias é fértil na concepção de novos tipos e na inclusão disseminada de certas figuras atípicas como cláusulas de estilo nos conteúdos contratuais.

C.24 – A utilização da propriedade como garantia é fenómeno crescente. O Código Civil proíbe o pacto comissório no artigo 694.º, referindo-se-lhe como cláusula contratual acessória das garantias reais, nos termos da qual os efeitos translativos do objecto da garantia ficam condicionados suspensivamente ao incumprimento do devedor. Na prática material-jurídica, os particulares podem também celebrar pactos autónomos, isto é, no âmbito de uma relação creditícia, (mas) independente(mente) da prestação de uma garantia real e podem ainda acordar que a eficácia translativa da propriedade do bem objecto do pacto para a esfera jurídica do credor fique sujeita à condição resolutiva de o obrigado cumprir.

C.25 – Com a descrição sumária das três preditas hipóteses práticas, exemplifica-se a infinita possibilidade de criação de novos mecanismos de segurança dos direitos dos credores.

O surgimento de novas garantias e a crescente utilização de institutos já existentes com finalidade atípica de garantia – no sentido de fim distinto daquele para o qual a lei os consagra – são realidades que se têm vindo a consolidar no dia-a-dia das relações comerciais e que reclamam ponderação acerca da sua licitude, desde logo por cotejo com o pacto comissório. É que não raramente os novos *tipos sociais* servem perfeitamente o escopo que a proibição daquele pacto visa impedir: ingresso automático dos bens oferecidos em garantia na esfera patrimonial do credor assim que o devedor incumprir, *ipso facto*.

C.26 – A venda *a retro*, a alienação fiduciária em garantia e o *lease-back* são figuras frequentemente utilizadas para contornar o artigo 694.º CC.

C.27 – A venda *a retro* presta-se à funcionalização como mútuo garantido pela transmissão do bem alienado; transmissão automaticamente resolúvel se o vendedor restituir o preço (quantia mutuada). Este negócio é, portanto, perigosamente próximo do pacto comissório, com uma única diferença: a transmissão do bem, por efeito de um pacto comissório, vê os seus efeitos suspensivamente dependentes do incumprimento do devedor; na venda *a retro*, o efeito translativo fica resolutivamente dependente de o vendedor, enquanto devedor-mutuário, restituir o preço ao comprador, o que vale por dizer dependente de o devedor cumprir a obrigação de restituição da quantia mutuada.

C.28 – Na alienação fiduciária em garantia, também o credor vê o seu crédito garantido pela transmissão apriorística da propriedade, mas com uma importante diferença para o devedor: são reais os efeitos da transmissão inicial, mas meramente obrigacionais os efeitos do pacto fiduciário, da convenção em que devedor-fiduciante e credor-fiduciário estipulam os termos e condições do exercício do direito transmitido e a obrigação de o credor retransmitir a favor do devedor o direito alienado por aquele meramente a título de garantia.

C.29 – O *sale and lease-back* constituindo complexo negocial integrado por compra e venda seguida de locação pode perguntar-se se, na prática, é uma possível alternativa lícita ao pacto comissório. E a resposta é não, com a devida ressalva para situações de *fraus legis*. A resposta é negativa, porque o esquema do *lease-back* comporta duas notas que o afastarão dos mais ávidos intentos de o utilizar para ludibriar o artigo 694.º CC. É que aqui a pre-existência de uma dívida não é causal à celebração do negócio, como sucede na estipulação de um pacto comissório, e, mesmo em caso de dívida pretérita que o credor quis garantir com a compra do bem que em seguida deu em locação ao devedor, o cumprimento das obrigações do locatário não significa

reaquisição do direito de propriedade no termo do contrato de *leasing*. O locatário adimplente, findo o prazo de vigência da locação, adquire apenas o direito de opção de recompra do bem locado e mediante o pagamento de um determinado valor – vulgo *preço residual*.

C.30 – Outra figura lícita que conduz à produção dos efeitos do pacto comissório é a compensação, particularmente a compensação bancária. O penhor de depósito bancário uma vez executado evidencia como os tipos aludidos se confundem, quer porque permitem ao credor auto-satisfazer o crédito quer porque extinguem a obrigação do devedor. A lei, todavia, por razões ponderosas admite e regula a figura da compensação bancária e consegue a sua sã convivência com o artigo 694.º CC com a exigência de que estejam em causa créditos recíprocos, isto é, que as partes sejam simultaneamente credor e devedor um do outro (reciprocidade) e ainda com os imperativos da exigibilidade, homogeneidade e liquidez desses mesmos créditos (artigo 847.º, n.ºs 1 e 3, CC). O risco de enriquecimento ilegítimo do credor e o desequilíbrio prestacional – apontados como os argumentos *major* da proibição do pacto comissório – são acautelados de igual modo, pois a compensação de dívidas de montante desigual só é possível na parte correspondente dos créditos recíprocos (artigo 847.º, n.º 2, CC).

C.31 – A proibição do pacto está ainda sujeita a afrontas vindas do universo dos denominados negócios indirectos, no sentido de negócios típicos lícitos que os sujeitos contratuais adoptam para alcançar um fim indirecto que corresponde àquele que realmente pretendem. No caso do pacto comissório como vontade real das partes, como fim ulterior, portanto, do negócio indirecto, transparecerá a ligação íntima entre a transferência da propriedade e a relação creditícia, com o escopo directo de garantia.

C.32 – Sob a perspectiva do tipo de relação que se pode desenvolver entre o negócio indirecto e o negócio adoptado, o tipo firmado pelas partes pode operar todos os seus efeitos sem que se registre qualquer alteração ou *nuance* do esquema negocial típico nominado ou então pode acontecer que no negócio adoptado se introduzam algumas alterações, dentro da elasticidade da própria tipicidade, sem deformar, despir ou questionar a sua natureza típica e sem esvaziamento do seu fim típico principal.

C.33 – Como exemplo de modalidade em que o tipo firmado cumpre plenamente o fim indirecto que motivou os particulares a emitir as suas declarações de vontade, situamos a dação em cumprimento com intenção veraz de cumprir um pacto comissório. Verificado o não pagamento pelo devedor, este transfere para o credor, definitivamente, a propriedade de certo

bem e extingue assim a sua obrigação para com ele, sendo que na óptica do credor, ele vê o crédito satisfeito com a aquisição da coisa. À dação podemos, assim, chamar negócio indirecto do pacto comissório, nos casos em que a função solutória imediata é o escopo motivacional das partes. Metaforicamente, o pacto comissório desempenha o papel de porta que os sujeitos queriam abrir e em cuja fechadura também entra e funciona a chave da dação em cumprimento.

C.34 – A compensação voluntária pode ilustrar um negócio-meio como pressuposto necessário para atingir o fim comissório realmente querido pelas partes, em que o credor e o devedor originários acordem que o débito do primeiro, resultante da obrigação de pagamento do preço pela compra de um bem deste, se extingue reciprocamente com o débito que o vendedor já tinha perante o comprador. Mais podem fixar a fungibilidade convencional dos débitos em compensação futura, isto é, o credor e o devedor podem estipular que o débito deste se considera compensável com o daquele se e quando a venda for celebrada, e *ipso facto*, o mesmo é dizer com dispensa da declaração de compensação. O que as partes querem verdadeiramente não é a compensação, por si só, querem-na, sim, para através dela realizarem a extinção da obrigação, do lado do devedor, e a (auto-)satisfação do crédito, por banda do credor.

C.35 – Entre os casos de negócio indirecto que alteram a configuração habitual do negócio celebrado sem bulir com a sua tipicidade, podemos assinalar a compra e venda em garantia e a procuração irrevogável, no contexto de prossecução indirecta da realizar um pacto comissório.

C.36 – A utilização da propriedade como garantia é uma realidade e uma realidade que julgamos levantar sérios problemas de compatibilidade com o artigo 694.º CC, porquanto com uma aquisição apriorística o credor assegura inabalavelmente a satisfação do seu crédito, com os mesmos perigos que o pacto comissório pode representar para o devedor: exigência abusiva, cedência por necessidade, desequilíbrio prestacional e empobrecimento injusto e injustificado pelo excesso de valor do bem relativamente à dívida e ao *preço* da aquisição.

C.37 – E com uma procuração irrevogável a seu favor, o credor pode auto-satisfazer o seu crédito nos exactos termos de um pacto comissório: em caso de incumprimento e sem controlo da congruência entre o débito não pago e o bem que o credor adquire na qualidade de procurador com poderes para celebrar negócios consigo mesmo.

C.38 – Paralelamente, outrossim os negócios simulados desempenham, na prática, um papel importante para levar acabo os efeitos que o artigo 694.º CC sanciona. Com tal propósito,

a simulação fundamentalmente assume a modalidade de simulação relativa ou por meio da celebração formal de outro negócio translativo plenamente válido e eficaz ou com a simples simulação de preço.

C.39 – O pacto comissório, ante a vincada insuficiência (sobretudo sob o prisma dos credores) do sistema tradicional de garantias, tornou-se uma questão de extrema actualidade com o surgimento de novas práticas negociais que mitigam o resultado económico que a lei impede no artigo 694.º CC. O que a *praxis negotii* tem procurado é o equilíbrio entre o *numerus clausus* dos direitos reais que proíbe a criação de novos direitos desta natureza fora dos legalmente tipicizados e novas modalidades de garantia que a elasticidade da autonomia privada permita aos particulares criar.

C.40 – Neste contexto, importa definir o âmbito de aplicação do artigo 694.º CC que cremos não poder deixar de se considerar aplicável sempre que os sujeitos adoptem um esquema negocial típico ou atípico tendente a iludir e defraudar o impedimento legal de estipulação do pacto comissório.

C.41 – A redacção do artigo 694.º CC prevê apenas expressamente a sua aplicação aos pactos comissórios celebrados no âmbito das garantias reais pelo que são escassos os elementos que a letra da lei nos fornece para a reflexão acerca do âmbito de aplicação da norma.

C.42 – Os termos em que a questão se coloca assentam fructalmente na distinção entre a consignação de rendimentos, a hipoteca e o penhor, a que a proibição do pacto comissório se aplica directamente, por remissão expressa para a norma proscritora, e os modelos negociais típicos e atípicos que as partes podem utilizar para realizar a transmissão de propriedade com a função de garantia que a estatuição normativa impede que ocorra automática e causalmente reportada ao incumprimento.

C.43 – A questão pode colocar-se segundo um critério estrutural ou funcional. À luz do critério estrutural, atende-se ao momento em que a propriedade do bem é transferida: se o negócio opera uma transferência imediata do direito real por excelência ou se fica condicionada ao não adimplemento do devedor. o critério funcional centraliza a análise no fim que os sujeitos perseguem com a celebração do negócio: se a finalidade translativa se a função de garantia.

C.44 – Entre nós a doutrina propende para o critério funcional. E, na verdade, parece o mais adequado a realizar o espírito da lei ao sancionar o pacto comissório. Os fundamentos em que

se apoia o juízo de censura que a lei dirige às estipulações comissórias reclamam o desvalor de todas as hipóteses não expressamente previstas na letra do artigo 694.º CC, mas em que, de igual modo, se evidencie o objectivo de obtenção do resultado económico que a norma repele.

C.45 – A realidade material-jurídica mostra-nos, então, que a ineficácia e insuficiência do sistema tradicional de garantias reais, fundamentalmente na fase de execução, tem conduzido as partes à funcionalização de outras figuras para contornar a proibição legal do pacto comissório e à criação de novos tipos com o mesmo propósito.

C.46 – Ora, sabemos que o argumento decisivo para a manutenção do impedimento de estipulação de pactos comissórios é o risco de o devedor, por estado de necessidade, dar em garantia um bem muito mais valioso do que a obrigação a que fica adstrito e acordar que o credor pode dele apropriar-se automaticamente no caso de incumprimento. Sabemos ainda que o pacto marciano não permite este desequilíbrio prestacional e evita o enriquecimento injustificado do credor à custa da posição de debilidade negocial do devedor, porque constitui um pacto comissório equilibrado, um pacto comissório em que o credor se obriga a restituir ao devedor o eventual excesso de valor do bem relativamente à dívida que este não pagou.

C.47 – Nestes termos, pergunta-se se poderá ou não o pacto marciano salvar o pacto comissório. E a nossa resposta é claramente sim, na esteira do melhor entendimento vindo do Direito Romano e acolhido hoje na legislação mais moderna e atenta às exigências do tráfego jurídico internacional.

C.48 – Tal como no diploma do penhor financeiro não choca que se consagre uma excepção à proibição do pacto comissório, porque é com a garantia de que o equilíbrio prestacional é assegurado, também nas demais relações creditícias o artigo 694.º CC poderia ser atenuado com a ressalva expressa da validade do pacto marciano.

C.49 – O princípio *favor negotii* não o desaconselharia. O princípio *par conditio creditorum* também não, desde que, nas garantias sujeitas a registo, as cláusulas comissórias-marcianas dependessem de registo para produção de efeitos em relação a terceiros – como a lei prevê, por exemplo, para as cláusulas *a retro*.

C.50 – A previsão legal de validade do pacto marciano deverá sujeitar a licitude do acordo à posteridade da avaliação da garantia em relação ao não cumprimento e também à determinação

judicial do próprio valor da garantia, como previsto já no n.º 2 do artigo 675.º CC para o pacto de adjudicação do penhor e com recurso ao *processo especial de determinação judicial da prestação ou do preço* do artigo 1004.º CPC, com inclusão desta hipótese legal no artigo 1005.º CPC que elenca exemplificativamente os casos da lei substantiva ao abrigo dos quais se pode lançar mão do citado processo especial.

C.51 – É nosso entendimento que interesses dignos de tutela do Direito clamam hoje por uma reponderação da proibição do pacto comissório. A execução das garantias em tempo razoável constitui interesse sério que as normas substantivas e adjetivas não acautelam. Por banda da lei de processo há um caminho de desjudicialização da realização coactiva dos créditos em que se deposita alguma esperança de celeridade, mas julgamos que a não controlada *privatização* da acção executiva não pode ser, em si mesma, a solução que o legislador tem para oferecer. E, no tocante aos custos dos processos executivos, a via judicial *desjudicializada* só veio onerar ainda mais a posição de credor-exequente e devedor-executado. A resposta, cremos, tem de surgir do lado da lei substantiva.

C.52 – À pergunta por que vem de tão longe a proibição do pacto comissório, a doutrina responde com o desequilíbrio das posições negociais entre o credor e o devedor. Desequilíbrio evidente no conteúdo prestacional, na constatação de uma tendência dos credores para exigirem que os créditos sejam garantidos por bens desproporcionalmente mais valiosos do que o *quantum* da obrigação do devedor.

C.53 – Ora, o pacto marciano pode, cremos, salvar este desequilíbrio que o Direito tão veementemente repudia e essa nota caracterizadora da figura está hoje bem documentada em face da lei dos contratos de garantia financeira – que, aliás, é um diploma de transposição de uma directiva comunitária, o que reforça a ideia de solicitação generalizada de garantias mais dúcteis, ao menos na forma como podem ser executadas.

C.54 – Assim, a par da previsão da convenção de venda extroprocessual e adjudicação da hipoteca, com a publicidade do registo das respectivas cláusulas e a segurança da determinação judicial do preço, nos termos em que vimos do processo especial do artigo 1004.º CPC, e em linha com a modalidade de execução já consagrada para o penhor no n.º 2 do artigo 675.º CC, respondendo o Direito às exigências actuais do tráfego comercial-jurídico e *não fechando mais os olhos* a uma realidade prática de funcionalização de outros negócios para alcançar os efeitos do pacto comissório.

C.55 – O nosso legislador deveria ter a *coragem* de romper com o paradigma férreo do artigo 694.º CC do *mau pacto comissório* e ir beber da melhor fonte romana o modelo do *bom pacto marciano*, pospondo na letra presente do artigo 694.º CC (“*É nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir*”) a formulação “salvo se o credor nela assumir a obrigação de restituir o montante, determinado judicialmente, correspondente à diferença entre o valor da coisa onerada e o valor da obrigação por ela garantida e não havendo dilação ou outra vantagem no cumprimento”.

BIBLIOGRAFIA

- ABRANTES, JOSÉ JOÃO – *A Excepção de Não Cumprimento do Contrato*, Almedina, Coimbra, 2014
- ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE – *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 2009
- ALARCÃO, RUI DE – «Simulação. Anteprojecto para o Novo Código Civil», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 84
- ALBUQUERQUE, MARTIM DE – «Bártolo e Bartolismo na História do Direito Português», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 304, Lisboa, Março de 1981
- ALMEIDA, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE – «A locação financeira (leasing)», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 231, Lisboa, Dezembro de 1973
- ALPA, GUIDO/BESSONE, MARIO/ROPPO, ENZO – *Rischio Contrattuale e Autonomia Privata*, Jovene Editore, Napoli, 1982
- ALVES, HUGO RAMOS – *Do Penhor*, Almedina, Coimbra, 2010
- ALVES, JOSÉ CARLOS MOREIRA – *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, 3.^a edição, Rio de Janeiro, 1987
- ANDRADE, MANUEL DE – *Ensaio sobre a interpretação das leis*, Arménio Amado – editor sucessor, Coimbra, 1987
- *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1960
 - *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, *Facto jurídico, em Especial Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1960
- ANDRADE, MARGARIDA COSTA – «O penhor financeiro com direito de disposição de valores mobiliários», in *ROA*, ano 70 (2010)

ANDREOLI, G. – *L'ingiustificato arricchimento*, Milano, 1940

ANDRIOLI, VIRGILIO – «Disciplina intertemporale del patto commissorio e sua applicabilità ai privilegi speciali», in *Il Foro Italiano*, LXVII, Società Editrice del Foro Italiano, Roma, 1942

– «Tutela dei Diritti», in *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, Libro Sesto, Art. 2740-2899, Seconda edizione, Bologna-Roma, 1958

ANELLI, F. – *L'Alienazione in Funzione di Garanzia*, Giuffrè Editore, Milano, 1996

ANTERO, ADRIANO – *Comentário ao Código Comercial Portuguez*, vol. II, 1930

ANTUNES, ANA FILIPA MORAIS – *O Contrato de Locação Financeira Restitutiva*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008

ANTUNES, JOÃO TIAGO MORAIS – *Do Contrato de Depósito Escrow*, Almedina, Coimbra, 2007

ANTUNES, JOSÉ A. ENGRÁCIA – *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009

ANNUNZIATA, FILIPPO – *Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie*, BBTC, 2, 2003

ASCARELLI, TULLIO – *Negócio Jurídico Indirecto*, Jornal do Foro, Lisboa, 1965

ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA – *O Direito, Introdução e Teoria Geral*, 11.^a edição, revista, Almedina, Coimbra, 2001

– *Direito Civil – Sucessões*, 5.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2000

– *Teoria Geral Direito Civil*, vol. II, *Acções e factos jurídicos*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

– *Teoria Geral Direito Civil*, vol. III, *Relações e situações jurídicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002

– *A tipicidade dos Direitos Reais*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1968

– *Direito Civil. Reais*, 5.^a edição, revista e ampliada, Coimbra Editora, Coimbra, 1993

– *Direito Comercial*, vol. III, *Títulos de Crédito*, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1992

- ASTUTI, GUIDO – «Compensazione (storia)», in *Enc. di Diritto*, VIII, Milano, 1961
- ATIYAH, P. S./ADAMS, J./MACQUEEN, H. L. – *Sale of Goods*, Pearson Education, 2010
- AUGER, JACQUES – «Rapport general», in *Les Garanties de Financement (Journées portugaises)*, Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Tome XLVII, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, Paris, 1996
- BAGGIO, FILIPPO/REBECCA, GIUSEPPE – *Il Pegno di Strumenti Finanziari, di Azioni e Quote*, Cosa & Come, Giuffrè Editore, Milano, 2005
- BARASSI, LODOVICO – «Depositi fiduciari di somme o di titoli: fiducia, mandato, agency escrow», in *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Giuffrè Editore, Milano
- BARATA, CARLOS LACERDA – «Contrato de Depósito Bancário», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, volume, II, *Direito Bancário*, Coimbra, 2002
- BARBIERA, L. – «Responsabilità patrimoniale. Disposizioni generali», in *Cod. civ. Commentario* diretto da Schlesinger, Artt. 2740-2744, Milano, 1991
- «Le garanzie atipiche e innominate nel sistema del codice civile del 1942», in *Banca borsa tit. cred.*, 1992, I
 - *Garanzia del credito e autonomia privata*, Napoli, 1971
 - *L'ingiustificato arricchimento*, Napoli, 1964
- BARREIRA DELFINO, EDUARDO – *Leasing Financeiro*, vol. IV, Roberto Guido Editor, Buenos Aires, 1996
- BASTOS, JACINTO FERNANDES RODRIGUES, *Das Obrigações em Geral: Segundo o Código Civil de 1966*, vol. IV, Tipografia Guerra, Viseu, 1973
- BENEDITI, LORENZO – *Il pegno nel d. Euro e in quello sulle garanzie finanziarie (spossessamento, rotatività)*, disponível em www3.unicatt.it/unicattolica/Dottorati/DirittoCommerciale/Allegati/Benedetti27gennaio2006.pdf
- BETTI, EMÍLIO – «Su gli oneri e i limiti dell'autonomia privata in tema di garanzia e modificazione di obbligazioni», in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazione*, vol. XXIX, parte II, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1931

– *Teoria generale delle obbligazioni*, II, Milano, 1953

BIANCA, C. MASSIMO – «Patto commissorio», in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, UTET, Torino, 1976

– *Il divieto del patto commissorio*, Edizioni Scientifiche Italiane (Collana Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino), Napoli, 2013

– *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994

– «Forme tipiche di vendita e violazione del divieto del patto commissorio nell'alienazione in garanzia ad effetto traslativo immediato», nota a Cass., 5 aprile 1960, n. 776, in *Foro it.*, 1961, I, c. 49 ss.

– *Vendita (diritto vigente)*, NovissDI, vol. XX

BISCARDI, ARNALDO – «La lex commissoria nel sistema delle garanzie reali», in *Studi in Onore de Emilio Betti*, vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 1962

BISCONTINI, G. – *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993

BORIO, GIANFRANCO – «Il trust: problemi aperti», in *Com. Int.*, 1993

BOUZA VIDAL, NURIA – *Las Garantías Mobiliarias en el Comercio Internacional*, Marcial Pons, Madrid, 1991

BOYER, LOUIS – «Clause de substitution et promesse unilatérale de vente», in *La Semaine Juridique Edition Générale* – 9 Décembre 1987 – n.º 50

BRANCO, MANUEL CASTELO – *A garantia bancária autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações*, in «*Revista da Ordem dos Advogados*», ano 53, tomo I, Abril, Lisboa, 1993

BRUGGI, M. IACUANIELLO – «voce Patto commissorio», in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Roma, 1990

BRUNETTI, E. – «Il testamento dello zio d'America: il "trust" testamentario», in *Foro it.*, 1998

BRUNI, G. B. – «La garanzia "fluttuante" nell'esperienza giuridica inglese e italiana», in *Banca borsa tit. cred.*, 1986, I

BUGANI, IRA – «Il divieto del patto commissorio e la vendita con patto di riscatto (o con patto di retrovendita)», in *La Nuova giurisprudenza civile commentata*, Padova, Gennaio-Febraio 1986, II

- BUONOCORE, VINCENZO – «Il contratto di leasing», in *Contratti d'Impresa*, Giuffrè Editore, Milano, 1993
- BUSSANI, MAURO – «Rapport italien», in *Les Garanties de Financement (Journées portugaises)*, Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Tome XLVII, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, Paris, 1996
- «Il contratto di lease back», in *Contratto e Impresa*, anno II, n.º 2, Cedam, Padova, 1986
 - *Il Problema del Patto Commissorio*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000
 - *Il modello italiano delle garanzie reali*, in *Contr. impr.*, 1997
- BUTERA, A. – «Il patto commissorio nel mutuo ipotecario», App. Venezia, 5 settembre 1916, in *Riv. dir. comm.*, 1916, II
- CAETANO, MARCELLO – *História do Direito Português*, vol. I – *Fontes. Direito Público (1140-1495)*, 2.^a edição, Editorial Verbo, Lisboa/São Paulo, 1985
- CALDERALE, A. – *Fideiussione e contratto autonomo di garanzia*, Bari, 1989
- CALLEGARO, FREDERICO – «Contratti di garanzia finanziaria: previsioni della direttiva Ce», in *Commercio Internazionale*, n.º 20, Milano, 2003
- CALÒ, EMANUELE – «Appunti sul patto commissorio», in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 1987, parte I
- CAMANHO, PAULA PONCES – *Do Contrato de Depósito Bancário*, Coimbra, 1998
- CAMARINHA, LEOPOLDO/RODRIGUES, BENJAMIM SILVA – *Código de Processo Civil Anotado*, vol. III, Rei dos Livros, 2015
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE – «A Alienação em Garantia», in *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal – 150.º Aniversário*, Lisboa, Banco de Portugal, 1998
- «Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva (“lease-back”) no direito português», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 42, tomo III, Setembro-Dezembro, Lisboa, 1982
 - «Ensaio de análise tipológica do contrato de locação financeira», Separata do vol. LXIII do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1987
 - *A Locação Financeira*, Lex, Lisboa, 1994

- «A locação financeira na óptica do utente», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43, tomo II, Maio-Setembro, Lisboa, 1983
- «Locação Financeira (Leasing) e Locação», in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 62, III, Dezembro 2002
- *Contrato a favor de terceiro*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 1991

CAMPOS, ISABEL MENÉRES DE – «Duas questões sobre a efectividade prática da Hipoteca: a caducidade do arrendamento com a venda judicial e o conflito do direito do credor hipotecário com o direito de retenção», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. I, Coimbra, 2010

CANARIS, C. W. – *Bankvertragsrecht*, vol. I, Berlin, New York, 1988,

CAPILLA RONCERO, FRANCISCO – *La Responsabilidad Patrimonial Universal y el Fortalecimiento de la Protección del Crédito*, Fundación Universitaria de Jerez, 1989

CARIOTA-FERRARA, LUIGI – *I negozi fiduciari*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2010

CARNELUTTI, FRANCESCO – «Note sul patto commissorio (Studi di diritto processuale)», in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, vol. XIV, parte II, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1916

CARNEVALI, UGO – «Patto commissorio», in *Enciclopedia del Diritto*, XXXII, Giuffrè Editore, Milano, 1982

- «Negozio giuridico. Negozio fiduciario», in *Enc. giur.*, Treccani, XX, 1990

CARRASCO PERERA, ÁNGEL/CORDERO LOBATO, ENCARNA/MARÍN LÓPEZ, MANUEL JESÚS – *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi Editorial, Cizur Menor, 2002

CARVALHO, ORLANDO DE – *Direito das coisas (do direito das coisas em geral)*, Centelha Promoção do Livro, SARL, Coimbra, 1977

- «Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)», Separata do vol. X do Suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1952

CASTRO, CARLOS OSÓRIO DE – *Valores mobiliários, conceitos e espécies*, Universidade Católica Portuguesa, 1996

CASTRO Y BRAVO, FREDERICO – *El Negocio Jurídico*, Civitas, Madrid, 1985

- CEBOLA, CÁTIA – «Da função de garantia da Venda a Retro», in *Garantias das Obrigações*, coordenação de MONTEIRO, JORGE FERREIRA SINDE, Almedina, Coimbra, 2007
- CIPRIANI, NICOLA – *Patto Commissorio e Patto Marciano. Proporzionalità e Legittimità delle Garanzie*, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 2000
- COELHO, FRANCISCO MANUEL PEREIRA – «O enriquecimento e o dano», in *RDES*, ano XV
- *Curso de Direito de Família*, volume I – *Introdução e Direito Matrimonial*, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008
 - *Obrigações: aditamentos à teoria geral das obrigações de Manuel de Andrade*, por Abílio Neto e Pupo Correia, 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 1964
 - *Arrendamento, direito substantivo e processual*, Lições ao curso do 5.º ano de Ciências Jurídicas no ano lectivo de 1988-1989, Coimbra, 1988
- COELHO, FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA – «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 Civil e a Teoria geral do Direito Civil*, Coimbra, 2006
- CORDEIRO, A. BARRETO MENEZES – *Do Trust no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Manual de Direito Bancário*, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2010
- *Tratado de Direito Civil – Parte Geral*, tomo I, Almedina, Coimbra, 1999
 - *Tratado de Direito Civil*, I, tomo II, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2002
 - *Direitos Reais*, Lex, 1993
 - *Direitos reais*, vol. I, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1979
 - *Direitos reais*, vol. II, Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1979
 - *Da Compensação no Direito Civil e no Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2003
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES/LEITÃO, LUÍS MENEZES/GOMES, JANUÁRIO DA COSTA (org.) – *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – Direito Bancário*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2002
- *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – Novos Estudos de Direito Privado*, vol. IV, Coimbra, Almedina, 2003

CORREIA, A. FERRER – «Notas para o estudo do contrato de garantia bancária», in *Revista de Direito e Economia*, ano VIII, n.º 2, Julho-Dezembro, Coimbra Editora, Coimbra, 1982

- *Lições de direito comercial*, vol. I, Universidade de Coimbra, 1965, Policopiado
- *Lições de direito comercial*, vol. III, *Letra de câmbio* (com a colaboração de Paulo M. Sendim, J. M. Sampaio Cabral, António A. Caeiro e M. Ângela Coelho), Universidade de Coimbra, 1975
- *Erro e interpretação na teoria do negócio jurídico*, Arménio Amado, Coimbra, 1939

CORTEZ, FRANCISCO – «A garantia bancária autónoma – Alguns problemas», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, tomo II, Julho, Lisboa, 1992

COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA – *Direito das obrigações*, 9.^a edição revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2001

- «Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria (Notas de direito comparado)», in *Direito e Justiça*, vol. I, n.º 1, 1980
- *História do Direito Português*, reimpressão da 3.^a edição, Almedina, Coimbra, 2002
- «Romanismo e Bartolismo no direito português», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXXVI, Coimbra, 1960
- *Raízes do Censo Consignativo para a História do Crédito Medieval Português*, Coimbra Atlântida, Coimbra, 1961
- «Nótula a propósito da impugnação pauliana», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132.º, n.º 3903, Outubro, Coimbra Editora, Coimbra, 1999
- *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2006
- «Anotação ao acórdão do STJ de 24/1/1985», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 118.º, 1985
- «Penhor – Ilícitude na guarda da coisa penhorada; venda antecipada», in *Colectânea de Jurisprudência*, ano X, tomo II, 1985

COSTA, M. J. ALMEIDA/MONTEIRO, A. PINTO – «Garantias bancárias. O contrato de garantia à primeira solicitação (parecer jurídico)», in *Colectânea de Jurisprudência*, ano XI, tomo 5, 1986

COSTA, SALVADOR DA – *O Concurso de Credores*, Almedina, Coimbra, 1998

- *O concurso de credores*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2001

- CRICENTI, GIUSEPPE – *I Contratti in Frode alla Legge*, Giuffrè Editore, Milano, 1996
- CRISCUOLI, GIOVANNI – «Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei», in *Riv. dir. civ.*, 1983, I
- CROQ, PIERRE – *Propriété et Garantie*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1995
- CRUZ, GUILHERME BRAGA DA – «O direito subsidiário na história do direito português», Separata da *Revista Portuguesa de História*, tomo XIV, *Homenagem ao Prof. Paulo Merêa*, Coimbra, 1975
- CRUZ, SEBASTIÃO – *Direito Romano (Ius Romanum). I. Introdução. Fontes*, 4.^a edição, Coimbra, 1984
- *Direito Romano, I – Introdução. Fontes*, 2.^a edição, Coimbra, 1973
- CRUZ MORENO, MARÍA – *La Prenda Irregular*, Madrid, 1995
- CUBEDDU, MARIA GIOVANNA – *Patto commissorio e vendita con patto di riscatto: la risposta delle sezioni unite*, *Rivista di Diritto Civile*, 1990, parte II
- CUCCIONE, ALESSANDRO VALERIO – *I Contratti di Garanzia Finanziaria, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, n.º 307, Giuffrè, Milano, 2008
- CUNHA, PAULO – *Da garantia nas obrigações*, II, Lisboa, 1938-1939
- CURA, ANTÓNIO ALBERTO VIEIRA – «“Fiducia Cum Creditore” (Aspectos Gerais)», Separata do vol. XXXIV do Suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1990
- «A “Fiducia” Romana e a Alienação Fiduciária em Garantia do Direito Actual», Separata de *O Sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito Actual*, Edição Especial da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010
- DALMAZZO, FAUSTINO – «Divieto del patto commissorio e promessa di vendita a scopo di garanzia», in *Rivista del Diritto Commerciale*, Anno XLVI (1958), Parte Seconda
- DANUSSO, MASSIMILIANO – *Patto commissorio e vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1984, I, 1
- DE GENNARO, G. – *I contratti misti*, Padova, 1934

DE NICTOLIS, ROSANNA – *Nuove Garanzie Personali e Reali – Garantievertrag, Fideiussione Omnibus, Lettere di Patronage, Sale-lease-back*, Cedam, Padova, 1998

DE NOVA, G. – in R. SACCO e G. DE NOVA, «Il contratto», in *Tratt. di dir. civ. diretto da Sacco*, II, Torino, 1993

– «voce Conversione. I) Conversione del negozio nullo», in *Enc. giur.*, Treccani, IX, Roma, 1988

DI ANGELIS, LORENZO – «Trust e fiducia nell'ordinamento italiano», in *RDCiv.*, 1999

DI CIOMMO, FRANCESCO – «Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo», in *Foro Italiano*, 2004, I

DIAZ-CAÑABATE, GARRIGUES – *Los negocios fiduciarios en el derecho mercantil*, 2.^a ed., S.L. Civitas Ediciones, 1981

DIÉZ-PICAZO, LUIS/GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO – *Sistema de derecho civil*, vol. III, 6.^a Edición, Madrid, Editorial Tecnos, 1997

DUARTE, JACINTO – «O direito real de habitação periódica. Ónus e encargos hipotecários», in *Suplemento da Revista do Notariado*, Boletim da Associação Portuguesa de Notários, n.º 160, 1988, Lisboa

DUARTE, RUI PINTO – *Curso de Direitos Reais*, Principia, Cascais, 2002

– «Mobilidade dos Bens e Garantia dos Credores», Separata da *Revista da Banca*, n.º 15, Julho/Setembro, 1990

– «Alguns aspectos jurídicos dos contratos não bancários de aquisição e uso de bens», in *Revista da Banca*, n.º 22, 1992

– «A Locação Financeira (Estudo Jurídico do Leasing Financeiro)», in *Escritos sobre "Leasing e Factoring"*, Principia, Cascais, 2001

– «Quinze Anos de Leis sobre Leasing – Balanço e Perspectivas», in *Escritos sobre "Leasing e Factoring"*, Principia, Cascais, 2001

– «Aspectos contratuais do aluguer, da locação financeira e de outros contratos afins à face da lei portuguesa», in *Fisco*, 1993

DURÁN RIVACOBA, RAMON – *La Propriedad en Garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Editorial Aranzadi, Navarra, 1998

- DUTILLEUL, FRANÇOIS COLLART – *Lex contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, Coll. Immobilier – Droit et gestion, 1993
- DUTILLEUL, F. C./DELEBECQUE, P. – *Contrats civils et commerciaux*, 6.ª éd., Paris, Dalloz, 2002
- EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO – Garantias bancárias autónomas – breves reflexões, in «Juris et de jure. Nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto», Porto, 1998
- FARIA, JORGE RIBEIRO DE – «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
- *Direito das obrigações*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1990
 - *Direito das obrigações*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1990
- FELIÚ REY, MANUEL IGNACIO – *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Editorial Civitas, Madrid, 1995
- FERNANDES, JOÃO – «O regime fiscal da locação financeira versus aluguer de longa duração», in *Fisco*, 1993
- FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO – *Lições de Direitos Reais*, 4.ª edição, revista e actualizada, Quid Juris, Lisboa, 2003
- *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, Universidade Católica, 5.ª edição, 2010
 - «A admissibilidade do negócio fiduciário no direito português», in *Estudos sobre a Simulação*, Quid Juris, Lisboa, 2004
 - *Estudos Sobre a Simulação*, Quid Juris, Lisboa, 2004
- FERRARA, FRANCESCO – *Della Simulazione dei Negozi Giuridici*, Libreria Oreste Gozzini, Firenze, 1922
- FERREIRA, DAMIÃO VELOSO – *Aceite Bancário e Garantia Bancária Autónoma*, Rei dos Livros, Lisboa, 1990
- FERREIRA, FERNANDO AMÂNCIO – *Curso de Processo de Execução*, 7.ª edição revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2004
- FERREIRA, JOSÉ DIAS – *Código Civil Portuguez Anotado*, vol. III, 2.ª edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1898

- FERREIRA, VASCO TABORDA – *Do conceito de causa dos actos jurídicos*, Lisboa, 1946
- FERRI, GIOVANNI B. – «La Vendita in generale – Le obbligazioni del venditore – Le obbligazioni del compratore», in *Trattato di Diritto Privato, diretto da Pietro Rescigno*, 11, *Obbligazioni e contratti*, Tomo terzo, Sezione I, Torino
- FIGUEIREDO, ANDRÉ – *O Negócio Fiduciário Perante Terceiros*, Almedina, Coimbra, 2014
- FIGUEIREDO, MÁRIO DE – *Contrato de Conta Corrente*, Coimbra Editora, 1923
- FÍNEZ RATÓN, JOSÉ MANUEL – *Garantías sobre Cuentas y Depósitos Bancarios. La Prenda de Créditos*, Barcelona, 1994
- FONSECA, TIAGO SOARES DA – *O Penhor de Acções*, Almedina, Coimbra, 2007
- FRAGALI, M. – «Del Mutuo (arts. 1.813-1.822)», in *Commentario del Codice Civile, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca*, Libro Quarto – Delle Obbligazioni, 2.^a edizione, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1966
- «Garanzia e diritti di garanzia», in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969
- FRANÇA, RUBENS LIMONGI – *Jurisprudência do compromisso de compra e venda*, Revista dos Tribunais, 1980
- FREITAS, JOSÉ LEBRE DE – *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais. À luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996
- *A Acção Executiva/Depois da reforma da reforma*, 5.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009
- FREITAS, JOSÉ LEBRE DE/REDINHA, JOÃO/PINTO, RUI – *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1999
- FUCCI, PAULO EDUARDO – «Aspectos da alienação fiduciária de coisa imóvel», in *Revista dos Tribunais* – ano 87, n.º 753, pp. 80 e segs., Julho, 1998
- FURTADO, JORGE PINTO – *Manual do arrendamento urbano*, Almedina, Coimbra, 1996
- GABRIELLI, E. – *Le garanzie rotative*, Napoli, 1998
- «Autonomia privata e diritto comune europeo delle garanzie mobiliari», in *Riv. critica dir. priv.*, 1995

- «Clausola penale e sanzioni private nell'autonomia contrattuale», in *Rass. dir. civ.*, 1984
- GALGANO, FRANCESCO – «La fiducia romanista», in *Atlas de Derecho Privado Comparado*, coordinador GALGANO, FRANCESCO, con la colaboración de FERRARI, FRANCO y AJAN, GIANMARIA, traducción de la tercera edición (1999) por CAMPOS, JUAN ANTONIO FERNANDÉZ y SERVER, RAFAEL VERDERA, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2000
- *Diritto Civile e Commerciale*, vol. II, *Le Obbligazioni e i Contratti*, tomo I, *Obbligazioni in Generale – Contratti in Generale*, 2.^a edição, Cedam, Padova, 1993
- GALLO, P. – *Arricchimento senza causa*, Padova, 1990
- GANGI, C. – «Debito e responsabilità nel vigente diritto tedesco», in *Riv. it. scienze giur.*, 1916
- «Debito e responsabilità. Riassunto e valutazione critica della dottrina tedesca», in *Studi Sassaresi*, 1921
- GARCIA GARNICA, MARIA DEL CARMEN – *El Régimen Jurídico del Leasing Financiero en España*, Aranzadi Editorial, Elcano, 2001
- GAROFALO, L. – *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Padova, 1998
- GAVALDA, CHRISTIAN/STOUFFLET, JEAN – *Droit Bancaire*, Litec, Paris, 1992
- GERI, L. BIGLIAZZI – «Conversione dell'atto giuridico», in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962
- GERNHUBER, J. – «Die fiduziarische Treuhand», in *Juristische Schulung*, Munich-Frankfurt, a.-M. 28 (1988)
- GIANTURCO, EMANUELE – *Contratti Speciali*, II, *Compra-vendita*, Napoli, 1905
- GIERKE, O. – *Schuld und Haftung im ältern deutschen Recht – insbesondere die Form der Schuld und Haftungsgeschäfte*, Breslau, 1924
- GIGLIOTTI, FULVIO – *Il Divieto del Patto Commissorio*, Giuffrè, Milano, 1999
- GIORGIANI, M. – *L'obbligazione*, Milano, 1968
- GISUTI, A. – «La fideiussione e il mandato di credito», in *Tratt. di dir. civ. e comm. da Cicu e Messineo*, XVII, 3, Milano, 1998

GITTI, GREGORIO – «Divieto del patto commissorio, frode alla legge, “sale and lease back”», in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, anno XLVII, n.º 2, Giugno, Giuffrè Editore, Milano, 1993

GOMES, FÁTIMA – «Garantia bancária autónoma à primeira solicitação», in *Direito e Justiça*, vol. III, tomo 2, 1994

GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA – «Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano», in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 8, Outubro--Dezembro, Braga, 2004

– *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, Edição Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998

GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA – *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o Sentido e o Âmbito da Vinculação como Fiador*, Almedina, Coimbra, 2000

– *Em tema de revogação do mandato civil*, Almedina, Coimbra, 1989

GOMES, ORLANDO – *Alienação Fiduciária em Garantia*, 4.^a edição, São Paulo, 1975

GOMES, ORLANDO/VARELA, ANTUNES – «Contrato de leasing», in *Direito Económico*, Edições Saraiva, São Paulo, 1977

– «O desenvolvimento económico e inovações do direito privado brasileiro», in *Direito Económico*, Edições Saraiva, São Paulo, 1977

GONÇALVES, LUÍS DA CUNHA – *Da Compra e Venda no Direito Comercial Português*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1925

– *Tratado de Direito Civil em Comentário ao Código Civil Português*, vol. VIII, Coimbra Editora, Coimbra, 1929-1944

– *Comentário do Código Comercial Português*, vol. II, Coimbra Editora, 1916

– *Dos Contratos em Especial*, Edições Ática, Lisboa, 1953

GONÇALVES, RENATO – «Nótulas comparatísticas sobre os conceitos de valor mobiliário, instrumento de mercado monetário e instrumento financeiro na DMIF e no Código dos Valores Mobiliários», in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 19, Dezembro, 2004

- GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS – *El Derecho a la Tutela Jurisdiccional*, 3.^a edición, Civitas, Madrid, 2001
- GOODE, ROY – *Commercial law*, Penguin UK, 4th Revised edition, 2010
- «Security Interests in Movables under English Law», in *Mobiliarsicherheiten – Vielfalt oder Einheit?*, Verhandlungen der Fachgruppe für vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Jena vom 20.-22. März 1996 (coord. por KREUZER, KARL F.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1999
- GORLA, GINO/ZANELLI, PIETRO – *Del Pegno. Delle Ipoteche. Art. 2784-2899*, 4.^a edição, Zanichelli e Foro Italiano, Bolonha e Roma, 1992
- GRAÇA, DIOGO MACEDO DA – *Os Contratos de Garantia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2010
- GRASSETI, CESARE – «Il negozio fiduciario nel diritto privato», in *Fiducia, Trust, Mandato y Agency*, Giuffrè Editore, Milano, 1991
- «Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico», in *Riv. dir. com.*, 1936, I
 - *Trust anglosassone, proprietà fiduciaria e negozio fiduciario*, RDCom, 1936, I
- GRAZIADEI, MICHELE – «Diritti nell'interesse altrui. Undisclosed agency e trust nell'esperienza giuridica inglese», in *Quaderni del Dipartimento di Scienze Giuridiche*, Università degli studi di Trento, 1995
- GRAZZONI, FRANCESCO – *Obbligazioni e contratti*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2013
- GRECO, P. – «Le società di comodo e il negozio indiretto», in *Riv. Dir. Com.*, 1932, I
- GRIMALDI, MICHEL – «Rapport français», in *Les Garanties de Financement (Journées portugaises)*, Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Tome XLVII, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, Paris, 1986
- GROSSO, G. – «Fiducia (diritto romano)», s.v., in *Enc. del Diritto*, XVII, Varese, 1968
- GRUNDMANN, STEFAN – *Der Treuhandvertrag, insbesondere die werbende Treuhand*, Beck, München, 1997

GUEST, A. G. *et alt.* – *Chitty on contracts*, vol. II, *specific contracts*, Sweet & Maxwell, 1977

IRURZUN GOICOA, DOMINGO – *La clausula resolutoria y el pacto comisorio*, in «Estudios de Derecho Privado», tomo II, bajo la dirección de Antonio de la E. Martínez-Radio, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1965

JARDIM, ALEXANDRE – «Acordos de garantia financeira: O Respectivo Regime Jurídico face ao Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio, Algumas Questões», in *Revista da Banca*, n.º 62, Julho/Dezembro, 2006

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

JORGE, FERNANDO PESSOA – *Direito das Obrigações*, 1.º vol., AAFDL, Lisboa, 1975/76

- *Mandato sem Representação*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2001
- *Lições de Direito das Obrigações* (Edição da Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa), Lisboa, 1975-1976
- *O mandato sem representação*, Ática Limitada, Lisboa, 1961

JUSTO, A. SANTOS – *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)*, Coimbra, 1988

- *Direito Privado Romano III (Direitos Reais)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997
- *Direitos Reais*, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012
- *Direito Privado Romano I*
- «A “Fictio Iuris” no Direito Romano (“Actio Ficticia”). Época Clássica, I, Etimologia, Natureza, Tipologia, Factores Determinantes e Figuras Afins (nos Expedientes do Pretor, no Comércio Jurídico e na Jurisprudência)», Separata do vol. XXXII do Suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1988
- *Direito Privado Romano – II (Direito das Obrigações)*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2003

KASER, MAX – *Das Römische Privatrecht*, München, C.H. Beck, 1992, tradução de RODRIGUES, SAMUEL e HÄMMERLE, FERDINAND, *Direito Privado Romano*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1999

KATAOKA, EDUARDO TAKEMI – «Notas sobre a alienação fiduciária de imóveis», *apud* CANEVARI, ROBERTA QUEIROZ, «Considerações acerca dos direitos reais de garantia imobiliária: alienação fiduciária x hipoteca», disponível em www.ambito-juridico.com.br.

- LARENZ, KARL – *Die rechtliche Bedeutung von Optionsvereinbarungen*, DB, 1955
- *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, tradução de LAMEGO, JOSÉ, *Metodologia da Ciência do Direito*, 3.^a edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997
- LECHIEN, DOMINIQUE – «Les Mécanismes de Sûretés Réelles sur Instruments Financiers Placés en Compte», in *Le Nouveau Droit des Garanties sur Instruments Financiers* (coordenação GRÉGOIRE, MICHÈLE), Bruxelas, 2006
- LEGEAIS, DOMINIQUE – *Sûretés et Garanties du Crédit*, 5.^a edição, LGDJ, Paris, 2006
- LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES – *A Cessão de Bens aos Credores*, reimpressão, AAFDL, Lisboa, 1997
- *Direito das Obrigações – Contratos em Especial*, vol. III, 4.^a edição, Almedina, Coimbra, 2006
- LEONE, F. – *L'azione generale di arricchimento in diritto moderno*, Napoli, 1915
- LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE – *Filiação, poder paternal, tutela de menores, emancipação e maioridade (projecto de reforma)*, BFDUC, vol. XX, 1944
- LIMA, JOAQUIM PIRES DE – «Considerações acerca do direito de justiça em prazo razoável», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 50, tomo III, Dezembro, Lisboa, 1990
- LIMA, MARCELLO CHIAVASSA DE MELLO PAULA – «Breves considerações sobre a alienação fiduciária em garantia e a necessidade de uma nova interpretação do pacto comissório», in *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 1, jan.-jun./2014, disponível em <http://civilistica.com>.
- LIMA, PIRES DE/VARELA, ANTUNES – *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.^a edição revista e actualizada, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2011
- LOJACONO, VINCENZO – *Il Patto Commissorio nei Contratti di Garanzia*, Giuffrè Editore, Milano, 1952
- LONGO, C. – «“Fiducia cum creditore”», in *Per il XIV centenario della codificazione giustiniana*, Pavia, 1934
- LOPES, MANUEL BAPTISTA – *Do Contrato de Compra e Venda*, Almedina, Coimbra, 1971

- LOUREIRO, JOSÉ EDUARDO – «Alienação fiduciária de coisa imóvel», in *Revista do Advogado*, n.º 63, Associação dos Advogados de São Paulo, São Paulo, Junho de 2001
- LUMINOSO, ANGELO – «Alla ricerca degli arcani confini del patto commissorio», in *Rivista di diritto civile*, Padova, anno 36, n. 2 (Marzo-Aprile, 1990), Parte Prima
- «La vendita con riscatto (arts. 1.500-1.509)», in *Commentario al Codice Civile*, diretto da Piero Schlesinger, tomo XIII, Giuffrè Editore, Milano, 1987
 - «I contratti tipici e atipici», in *Tratatto di diritto privato*, Giuffrè, 1995
- LUPOI, MAURIZIO – «Trust e sistema italiano; problemi e prospettive», in *Fiducia, Trust, Mandato y Agency*, Giuffrè Editore, Milano, 1991
- MACARIO, F. – «Note», in *Il Foro Italiano*, anno 1984, Volume CVII
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA – *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 4.^a reimpressão, Almedina, Coimbra, 1990
- «Obra Dispersa», in *Scientia Iuridica*, Braga, 1991, I
- MADALENO, CLÁUDIA – *A vulnerabilidade das Garantias Reais – A hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao direito de arrendamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008
- MAGALHÃES, BARBOSA DE – *Do Estabelecimento Comercial: estudo de Direito Privado*, Edições Ática, 1951
- MARICONDA, V. – «Trasferimenti commissori e principio di causalità», in *Foro it.*, 1989, I
- MARINI, A. – *La clausola penale*, Napoli, 1984
- MARQUES, J. P. REMÉDIO – «Locação Financeira Restitutiva (Sale and Lease-Back) e a Proibição dos Pactos Comissórios – Negócio Fiduciário, Mútuo e Acção Executiva», Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXVII, Coimbra, 2001
- *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*, Almedina, Coimbra, 2000
- MARTY, GABRIEL/RAYNAUD, PIERRE – *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Paris, Sirey, 1971

- MARTINEZ, PEDRO ROMANO – «Garantias Bancárias», *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. II
- «Venda Executiva – Alguns Aspectos das Alterações Legislativas Introduzidas na Nova Versão do Código de Processo Civil», *in Aspectos do Novo Processo Civil*, Lex, Lisboa, 1997
 - *Direito das Obrigações (partes especial), contratos. Compra e venda, locação, empreitada*, 2.^a edição, Almedina, Coimbra, 2001
 - *Contratos Comerciais*, Principia, Cascais, 2001
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO/PONTE, PEDRO FUZETADA – *Garantias de Cumprimento*, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 2006
- MARTINS, JOSÉ PEDRO FAZENDA – «Direitos reais de gozo e garantia sobre valores mobiliários», *in Direito dos Valores Mobiliários*, Lex, Lisboa, 1997
- MARTORANA, M. – «Del patto commissorio nel mutuo ipotecario», nota a Cass. Regno, 9 giugno 1925, *in La Corte di cassazione*, 1925
- MASTROPAOLO, E. M. – «Autonomia contrattuale e patto di non alienazione di specifici beni a fini di garanzia nel contratto di mutuo», *in Rass. dir. civ.*, 1999
- MASTROPAOLO, F. – «I Contratti Autonomi di Garanzia», 2.^a edição revista e ampliada, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995
- MATOS, ISABEL ANDRADE DE – *O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, Coimbra, 2006
- MATTIANGELI – «La Cassazione ancora sul divieto di patto commissorio», *in Riv. notariato*, 2001, 2
- MENDES, ARMINDO RIBEIRO – «O processo executivo e a economia», *in Sub Iudice – Justiça e Sociedade*, n.º 2, Jan/Abr, 1992
- MENDES, EVARISTO – «Garantias bancárias: Natureza», *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano XXXVII (X da 2.^a série), n.º 4, Outubro-Dezembro, Lex, Lisboa, 1995
- MENDES, ISABEL PEREIRA – *Hipoteca mobiliária e penhor sem entrega das coisas*, Almedina, Coimbra, 1990
- *Direito Real de Habitação Periódica*, Almedina, Coimbra, 1993

- MENDES, JOÃO DE CASTRO – *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, AAFDL, Lisboa, 1979
- *Direito Processual Civil*, vol. III, AAFDL, Lisboa, 1974
 - *Direito Processual Civil*, vol. I, AAFDL, Lisboa, 1980
- MERÊA, PAULO – «Da minha gaveta (À margem das Ordenações)», in *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. XXXIV, Coimbra Editora, Coimbra, 1959
- MESQUITA, MANUEL HENRIQUE – *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 1990
- MESSINEO, F. – *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, 9.^a ed., Milano, 1958
- MEZZARI, MARIO PAZUTTI – *Alienação Fiduciária – Da Lei n.º 9 514, de 20-11-1997. Doutrina, Modelos, Legislação*, São Paulo, 1998
- MINNITI, G. F. – «Patto marciano e irragionevolezza del disporre in funzione di garanzia», in *Riv. dir. comm.*, 1997, I
- MIRABELLI, G. – *Del diritto dei terzi secondo il codice civile italiano*, I, Torino, 1889
- MOLLE, GIACOMO – *I Contratti Bancari*, 4.º edição, Milão, 1981
- MONCADA, LUÍS CABRAL DE – *Elementos de Direito Romano (Fontes e Instituições)*, Coimbra Editora Antiga Casa França & Arménio, Coimbra, 1923
- MONTEIRO, A. PINTO – *Erro e vinculação negocial*, Almedina, Coimbra, 2002
- «Tendências modernas na protecção contratual da parte vulnerável nos serviços bancários e financeiros», in *Revista de Direito Bancário*, edição especial, Anais do 1.º Simpósio Internacional de Direito Bancário, Instituto Brasileiro de Direito Bancário, ano I, n.º 1, vol. 2, São Paulo, 1998
 - «Sobre o não cumprimento na venda a prestações (algumas notas)», in *O Direito*, Ano 122, Lisboa, 1990
 - *Cláusula penal e indemnização*, Almedina, Coimbra, 1990
- MONTEIRO, JORGE FERREIRA SINDE (coord.) – *Garantias das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2007
- MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO – «Do regime jurídico do crédito ao consumo», in *Scientia Iuridica*, n.ºs 286/288, 2000

- MOREIRA, GUILHERME – *Instituições do Direito Civil Português*, vol. II, *Das Obrigações*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1925
- MOREIRA, VITAL/CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993
- MORELLO, UMBERTO – «Fiducia e trust: due esperienze a confronto», in *Fiducia, Trust, Mandato y Agency*, Giuffrè Editore, Milano, 1991
- MORETTI, MIMMA – «La vendita con patto di riscatto», in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, ano III, n.º 4, Luglio-Agosto, Cedam, Padova, 1987
- MORTON, GUY – «Modernization of UE financial law: the directive on financial collateral arrangements», in *European banking & Financial law Journal – EUREDIA*, n.º 1, Bruylant, Brussels, 2003
- NETO, FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL – «A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro», in *Revista de Direito Civil RDCiv* 22/36 Out.-Dez./1982
- NETO, PAULO RESTIFFE – *Garantia Fiduciária*, 2.^a edição, São Paulo, 1976
- NEVES, ANTÓNIO CASTANHEIRA – «O Papel do Jurista no Nosso Tempo», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.º 44 (1968)
- *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993
- *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2011
- NEVES, VÍTOR – «A afectação de receitas futuras em garantia», in *Themis*, ano 1, n.º 2, Almedina, Coimbra, 2000
- NIETO CAROL, UBALDO – «La ejecución hipotecaria. El procedimiento judicial sumario y la ejecución extrajudicial», in *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, tomo II, *Garantías Reales*, vol. 1, *Garantías Mobiliarias*, coordinación de CAROL, UBALDO NIETO y CERVERA, MIGUEL MUÑOZ, Civitas, Madrid, 1996
- NITTI, R. – «Negozio fiduciario», in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1965
- NUZZO, ENRICO – «I Lease-back, elusione, potere degli organi ispettivi», in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, Nuova Serie, Parte Prima, anno LIV, Luglio-Agosto, 1991, Giuffrè Editore, Milano, 1991

OAKLEY, A. J. – *Parker & Mellows: The modern law of trusts*, Sweet & Maxwell, Limited, 6th edition, 1994

OLIVEIRA, LUÍS M. S. – «O uso de Trusts na Zona Franca da Madeira», in *Fisco*, 1993

OLIVENCIA RUIZ, MANUEL – «Introducción al Estudio de las Garantías Mobiliarias en el Derecho Mercantil», in *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, Tomo II, *Garantías Reales*, Volume I, *Garantías Mobiliarias*, organizado por CAROL, NIETO e CERVERA, MUÑOZ, Madrid, 1996

OPITZ, OSWALDO/OPITZ, SÍLVIA C. B. – *Alienação Fiduciária em Garantia*, 3.^a edição, Porto Alegre, 1978

ORESTANO, RICCARDO – «Marciano Elio», s.v., in *Noviss. dig. It.*, X, Torino, 1964

ORTÚZAR SOLAR, ANTONIO – *El Contrato de Leasing*, reimpressão, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995

PALERMO, G. – *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970

PATRÍCIO, JOSÉ SIMÕES – «Preliminares sobre a garantia “on first demand”», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43, tomo 3, Dezembro, Lisboa, 1983

– «Do euro ao código civil europeu? Aspectos da convergência legislativa», Coimbra Editora, Coimbra, 2001

PATRÃO, AFONSO – «Reflexões sobre o reconhecimento de “trusts” voluntários sobre imóveis situados em Portugal», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVII, 2011

PELLEGRINI, GIANLUCCA MAURO – «In tema di alienazioni in garanzia e patto commissorio», in *Giur. it.*, 1991

PELOSI, A. C. – «“Sale and lease back” e alienazioni a scopo di garanzia», in *Riv. it. leasing*, 1986

– «Vendita con patto di riscatto», in *Enc. dir.*, XLVI

PERALTA, ANA MARIA – *A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*, Almedina, Coimbra, 1990

PERLINGIERI, P. – *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 2.^a ed., Napoli, 1991

- PEROZZI, SILVIO – *Istituzioni di Diritto Romano*, Barbèra, Firenze 1908, vol. II, § 179
- PINELLI, ARNALDO MORACE – «Trasferimento a scopo di garanzia da parte del terzo e divieto del patto commissorio», in *Giur. it.*, 1994, I, 1
- PINHEIRO, JORGE DUARTE – «Garantia bancária autónoma», *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 52, tomo II, Julho, Lisboa, 1992
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA – *A cláusula de reserva de propriedade. Algumas reflexões sobre a sua função, regime e natureza jurídica*, Almedina, Coimbra, 1988
- *A venda com reserva de propriedade em direito internacional privado*, Lisboa, 1991
- PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA – *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra, 1982
- *Teoria Geral do Direito Civil*, 3.^a edição actualizada, 5.^a reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1991
- «Uma Nova Modalidade Jurídica de Financiamento Industrial: o Leasing», in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XII, n.º 3, Julho-Setembro, 1965
- PINTO, EDUARDO VERA-CRUZ – «O Direito das Obrigações em Roma (III Parte)», in *Revista Jurídica*, n.º 21, AAFDL, 1997
- PINTO, RUI – *A Acção Executiva Depois da Reforma*, JVS, Lisboa, 2004
- *Penhora, Venda e Pagamento*, Lex, 2003
- PIRES, CATARINA MONTEIRO – *Alienação em Garantia*, Almedina, Coimbra, 2010
- PIRES, MIGUEL LUCAS – *Dos Privilégios Creditórios: Regime Jurídico e sua Influência no Concurso de Credores*, Almedina, Coimbra, 2004
- PRATA, ANA – *Dicionário Jurídico*, 3.^a edição, revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 1997
- *O Contrato-Promessa e o seu Regime Civil*, Almedina, Coimbra, 2006
- PRATIS, C. M. – «Sub Art. 2744», in *Comm. del cod. civ.*, Utet, Libro VI, I, Torino, 1976
- PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO – *A Resolução do Contrato no Direito Civil (do enquadramento e do regime)*, Coimbra Editora, 1996

- «Do incumprimento do contrato-promessa bilateral. A dualidade execução específica-resolução», Separata do número especial do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra – Estudos em Homenagem ao prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correia* – 1984, 2.^a edição, Coimbra, 1996

PUGLIATTI, S. – «Fiducia e rappresentanza indiretta», in *Diritto Civile. Metodo – teoria – pratica*, Saggi, Milano, 1951

RAAPE, L. – *Die Verfallklausel bei Pfand und Sicherungsübereignung*, Berlim, 1913

RADOCCIA, ITALO – «La “ratio” del divieto del patto commissorio», in *Giurisprudenza di Merito*, 1997, parte IV

RASI, PIERO – *Il Patto di riscatto nella Compravendita*, Jovene Editore, Napoli, 1959

REALMONTE, FRANCESCO – «Le garanzie immobiliari», in *Jus*, 1986

- «Stipulazioni commissorie, vendita con patto di riscatto e distribuzione dei rischi», in *Foro it.*, I, 1989

REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO – *Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio*, in *Tratado de las garantías en la contratación mercantil*, coordinación CAROL, UBALDO NIETO, vol. 1 (*Garantías mobiliarias*), T. II (*Garantías reales*), Madrid, Civitas, 1996

REIS, ALBERTO DOS – *Processos Especiais*, vol. I, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1982

- *Código de Processo Civil Anotado*, vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 1952

RESCIGNO, MATEO – «Le garanzie “rotative” convenzionali: fattispecie e problemi di disciplina», in *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, Nuova Serie, vol. LIV, Gennaio-Febrario, Giuffrè Editore, Milano, 2001

REGELSBERGER, FERDINAND – *Pandekten*, Ersten Band, Berlim, 1893

RIBEIRO, ANTÓNIO SEQUEIRA – «Garantia bancária autónoma à primeira solicitação: algumas questões», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. II, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2002

RIDDALL, J. G. – *The Law of Trusts*, LexisNexis, UK, 2002

- RIPERT, GEORGES/VOGEL, LOUIS/ROBLLOT, RENÉ – *Traité de Droit Commercial*, LGDJ, 2001
- ROCHA, M. A. COELHO DA – *Instituições de Direito Civil Portuguez*, Coimbra, 1844, t. II, § 777
- RODRÍGUEZ-ROSADO, BRUNO – *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Marcial Pons, Madrid, 1998
- ROPPO, ENZO – «Note sopra il divieto del patto commissorio», in *Riv. notar.*, 1981, I
– «“Par condicio creditorum” sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all’art. 2741, Cod. Civ.», in *RDCom.*, 1981
- ROSSI, L. – «Pegno civile», in *Digesto ital.*, XVIII, Torino, rist. 1928
- ROZZI, ANDREA/BRUNO, FERDINANDO – «La collateralizzazione degli strumenti finanziari derivati OTC (‘over the count’) in Italia», in *Le Società*, 2007
- RUBINO, DOMENICO – «L’ipoteca immobiliare e mobiliare», in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da CICU e MESSINEO, XIX, Milano, 1956
– «La Compravendita», 2.^a edição, in *Trattato di diritto civile e commerciale* dirigido por CICU, ANTONIO e MESSINEO, FRANCESCO, vol. XXIII, Giuffrè, Milano, 1971
- RUBINO, DOMENICO/PAOLO GAETANO, GIUSEPPE – *La responsabilità patrimoniale – Il pegno* (RUBINO, DOMENICO). *I privilegi* (GAETANO, GIUSEPPE PAOLO), Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1949
- RUGGERI, LUCA – «Il pegno rotativo», in *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, Parte Seconda, ano 18, n.º 6, Novembre-Dicembre, Cedam, Padova, 2002
- SACCO, R. – *L’arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto: contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*, Unione tipográfica-editrice torinese, 1959
- SAMEIRO, PEDRO – «O Direito de retenção e a situação do credor hipotecário», in *Revista da Banca*, Lisboa, 1993
- SANTANGELO, SABATINO – «Fiducia cum creditore; mandato irrevocabile a scopo di garanzia», in *Fiducia, Trust, Mandato ed Agency*, Giuffrè Editore, Milano, 1991

SANTORO, LAURA – «Trust e fiducia», in *Contratto e Impresa*, 1995

SANTOS, BOAVENTURADE SOUSA/MARQUES, MARIA MANUEL LEITÃO/PEDROSO, JOÃO/FERREIRA, PEDRO LOPES – *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. O Caso Português*, Edições Afrontamento, Porto, 1996

SANTOS, EDUARDO DOS – *Curso de Direitos Reais*, vol. II, *Direitos Reais de Garantia e de Aquisição*, lições policopiadas, Universidade Livre de Lisboa, 1986

SANTOS, JOSÉ BELEZA DOS – *A Simulação em Direito Civil*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1921

SARTORI, F. – «I contratti di garanzia finanziaria nel d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170: prime riflessioni», in *Atti del Convegno Il Pegno e le Garanzie Finanziarie*, Milano, 2005 disponível em www.dirittobancario.it

SASSI, ANDREA – *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999

SCHEIBER, O. – *Schuld und Haftung als Begriffe der privatrechtlichen Dogmatik*, I, Leipzig, 1914

SCHWARZENBERG, CLAUDIO – «Pegno (Diritto Intermedio)», in *Novissimo Digesto Italiano*, XII, UTET, Torino, 1976

SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ – A revisão geral do Código Civil, in *BFDUC*, vol. XXII

- «Cessão de créditos ou de outros direitos», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXX, Coimbra, 1954 e também in *Boletim do Ministério da Justiça*, Número Especial, 1955
- «A revisão geral do Código Civil (Alguns factos e comentários)», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXII, 1946
- «Direito das Obrigações – Parte resumida», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 99
- «A revisão geral do Código Civil (Alguns factos e comentários)», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXII, 1946
- «Penhor – Penhor de coisas», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 58, Lisboa, Julho, 1956
- «Penhor», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 59, Lisboa, Outubro de 1956

- «Hipoteca», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 62, Lisboa, Janeiro, 1957
- «Enriquecimento sem causa», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 81 e também in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 102.º e ano 104.º
- «Abuso de Direito», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 105.º
- «Provas (direito probatório material)», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 112
- «Objecto da Obrigação – A Prestação – Suas Espécies, Conteúdos e Requisitos», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 74, Lisboa, Março de 1958
- «Anotação», in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 97.º, n.º 3274, 1 de Novembro de 1964
- «Cessão de Créditos», in *Boletim do Ministério da Justiça*, Número especial, 1955
- «Compensação», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 31
- «Conta-corrente», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 108.º
- «Responsabilidade patrimonial», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 75
- «Anotação» ao Acórdão do STJ de 19 de Março de 1976, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 110.º
- «Direito das Obrigações, Anteprojecto», Separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, 1960

SERRANO GARCIA, IGNACIO – *La Hipoteca de Establecimiento Mercantil*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado e Editorial de Derecho Financiero, 1972

SESTA, M. – *Le garanzie atipiche*, I, Padova, 1988

SILVA, CLÓVIS DO COUTO E – *A Fundamentação Jurídica do Mercado de Capitais*, Porto Alegre, 1973

SILVA, JOÃO CALVÃO DA – *Banca, Bolsa e Seguros – Direito Europeu e Português*, tomo I – Parte Geral, 4.º edição, revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2013

- *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990
- «Garantias acessórias e garantias autónomas», in *Estudos de Direito Comercial (pareceres)*, Almedina, Coimbra, 1996
- *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4.ª edição, Almedina, Coimbra, 2006
- «Contratos coligados, venda em garantia e promessa de revenda», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 133
- «Sinal e contrato-promessa», 10.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003

- «Locação financeira e garantia bancária», in *Estudos de Direito Comercial (pareceres)*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 1999
- *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2002

SILVA, LUÍS AUGUSTO BECK DA – *Alienação Fiduciária em Garantia*, 4.^a edição, Rio de Janeiro, 1998

SILVA, NUNO ESPINOSA GOMES DA – *História do Direito Português, vol. I – Fontes de Direito*, 3.^a edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2000

- «Bártolo na História do Direito Português», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XII, Lisboa, 1958

SILVA, PAULA COSTA E – *A reforma da acção executiva*, 3.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

SIMLER, PHILIPPE – «Rapport de synthese», in *Les Garanties de Financement (Journées portugaises)*, Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Tome XLVII, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, Paris, 1996

SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE – *Estudos sobre o novo processo civil*, Lisboa, Lex, 1997

- «Aspectos Gerais da Reforma da Acção Executiva», in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 4 (2003)
- *A Acção Executiva Singular*, Lex, 1998

SPINELLI, M./BARBIERA, L. – *I negozi di destinazione alla liquidazione*, Napoli, 1999

STOLFI, GIUSEPPE – *Promessa di vendita e patto commissorio*, in *Il Foro Padano*, Volume 12 – Anno 1957

T'KINT, FRANÇOIS/DERIJCKE, WERNER – «La Directive 2002/47/CE concernant les contrats de garantie financière au regard des principes généraux du droit des sûretés», in *European Banking & Financial Law Journal – EUREDIA*, n.º 1, Bruylant, Brussels, 2003

TAROLLI, REMO – «Le garanzie finanziarie: il diritto di utilizzazione dell'oggetto della garanzia», in *Giurisprudenza Commerciale*, n.º 6, 2005, I

TAVARES, JOSÉ – *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil, vol. I, Primeira Parte – Teoria Geral do Direito Civil*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1930

- TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO – *Revisão do Código Civil português*, disponível em www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/IGalvaoTeles.pdf
- «Garantia bancária autónoma», in *O Direito*, Associação Promotora de «O Direito», Ano 120, III e IV, Julho-Dezembro, 1988
 - *Manual dos Contratos em Geral*, refundido e actualizado, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2002
 - *Direito das Obrigações*, 7.^a edição (revista e actualizada), Coimbra Editora, Coimbra, 1997
 - *Manual de Direito das Obrigações*, tomo I, Coimbra Editora, Coimbra, 1957
 - «Contratos Cíveis. Exposição de motivos», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 83, Lisboa, Fevereiro de 1959
 - *O penhor sem entrega no Direito Luso-Brasileiro*, disponível em www.revistas.usp.br
 - «Contratos Cíveis», Separata da *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, vols. IX-X, 1953-1954
 - *Manual dos Contratos em Geral*, 2.^a edição, revista, actualizada e aumentada, Lisboa, 1962
 - «Fungibilidade de valores mobiliários e situações jurídicas meramente categoriais», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, volume I, *Direito privado e vária*, Almedina, Coimbra, 2002
- TELLES, OLIVIA RAPOSO DA SILVA – «Rapport brésilien», in *Les Garanties de Financement (Journées portugaises)*, Travaux de l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Tome XLVII, Librairie Général de Droit et Jurisprudence, Paris, 1996
- TOMÉ, MARIA JOÃO ROMÃO CARREIRO VAZ/CAMPOS, DIOGO LEITE DE – *A Propriedade Fiduciária (Trust). Estudo para a sua Consagração no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1999
- TONDO, SALVATORE – «Sul riconoscimento del trust nel nostro ordinamento», in *Fiducia, Trust, Mandato y Agency*, Giuffrè Editore, Milano, 1991
- TRABUCCHI, A. – *Arricchimento senza causa*, in *Comm. cod. civ.* diretto da SCIALOJA e BRANCA, arts. 2041.º e segs., Bologna-Roma, 1981
- TRIMARCHI, V. M. – «Negozio fiduciario», in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978
- TRIOLA, ROBERTO – *Vendita con patto di riscatto e divieto del patto commissorio*, in *Giustizia Civile*, vol. I, 1988

TUCCI, G. – *Garanzie sui crediti dell'impresa e tutela dei finanziamenti*, Milano, 1974

- «voce Garanzia. Direito comparato e straniero», in *Enc. giur. Treccani*, XIV, Roma, 1989
- «Il legislatore degli anni novanta e il paradosso dei privilegi (dall'art. 46 del Testo Unico in materia bancaria al nuovo art. 37 novies , introdotto dalla Merloni ter)», in *Giur. it.* 1999

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, «Noções Fundamentais de Direito Civil», in *Lições do Prof. Dr. Pires de Lima ao curso do 1.º ano jurídico de 1944-45*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1945

- *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 9.ª edição, Almedina, Coimbra

VARRONE, CLAUDIO – *Il Trasferimento della Proprietà a Scopo di Garanzia*, Napoli, 1968

VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE – «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*, A.4 (2007)

- «Os contratos de garantia financeira – o dealbar do direito europeu das garantias», in *Estudos em Honra do Professor Doutor José Oliveira Ascensão* (coordenação dos Professores Doutores CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE e SILVA, PAULA COSTA E), vol. II, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1273-1305
- *Direito das Garantias*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2013

VASCONCELOS, PEDRO LEITÃO PAIS DE – *A Procuração Irrevogável*, Almedina, Coimbra, 2002

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE – *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003
- *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2012
- *Em tema de negócio fiduciário*, Faculdade de Direito de Lisboa, policopiado, Lisboa, 1985

VAZ, TERESA ANSELMO – *Alguns Aspectos do Contrato de Compra e Venda a Prestações e Contratos Análogos*, Almedina, Coimbra, 1995

- VEIGA, ANTÓNIO LUÍS – «Propriedade horizontal e direito real de habitação periódica», in *Revista da Banca*, n.º 8, pp. 130 e segs.
- «Direitos de habitação periódica (“Time-sharing”))», in *Revista da Banca*, n.º 10
- VENTURA, RAÚL – «O contrato de compra e venda no código civil. O preço, venda a retro», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 40.º, 1980
- «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», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 43, tomo III, Dezembro, Lisboa, 1983
- VIDAL MARTINEZ, JAIME – *La venta en garantía en el derecho civil comun español – Estudio jurisprudencial y ensayo de construcción doctrinal*, Editorial Civitas, Madrid, 1990
- VIGLI, C. – «Cassazione, 16 aprile 1987, n. 3784», in *Nuova giur. civ.*, 1988, I
- VILLERS, ROBERT – *Rome et le droit privé*, Editions Albin Michel, 1978
- VIVAS TÉSON, INMACULADA – *La Compraventa con Pacto de Retro en el Código Civil*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000
- VOIELLO, ROSELLA – «Depositi fiduciari», in *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Giuffrè Editore, Milano, 1991, pp. 285 e segs.
- WIEGAND, WOLFGANG – *Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht*, Archiv für die civilistische Praxis, 190. Bd., H. 1/2 (1990)
- WITZ, CLAUDE – «Rapport introductif sur la circulation du modèle français en Europe centrale», in *La circulation du modèle juridique français*, Paris: Litec, 1994
- WOLFF, MARTIN – «Derecho de Cosas, vol. II, Gravámenes», 8.ª revisão, in *Tratado de Derecho Civil*, tomo III, ENNECCERUS, LUDWIG/ KIPP, THEODOR/ WOLFF, MARTIN, traducción de la 32.ª edición alemana con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas por GONZÁLEZ, BLAS PÉREZ y ALGUER, JOSÉ, Bosch, Barcelona, 1937
- ZOPPINI, A. – *La pena contrattuale*, Milano, 1991

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS	11
LISTA DE ABREVIATURAS	13
ABSTRACT	15
RESUMO	17
INTRODUÇÃO	19
1. Relevância e actualidade do tema: história e hodiernidade.....	19
2. O pacto comissório em tempo de crise do sistema de execução das garantias reais.....	30
3. Razão do objecto do estudo: (des)necessidade de (re)ponderação da proibição do pacto comissório.....	32

CAPÍTULO I

O PACTO COMISSÓRIO

SECÇÃO I

RAÍZES DO PACTO COMISSÓRIO

1. Noção legal.....	35
2. Significado etimológico.....	37
3. Função e importância prática	38
4. Evolução histórica	40
4.1 O pacto comissório no Direito Romano	40
4.2 O pacto comissório no Direito Intermédio	49
4.2.1 Período do Direito Comum	49
4.2.2 Período das Ordenações	52
4.3 O pacto comissório no Código de Seabra.....	54
4.4 O pacto comissório nos trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966	56

SECÇÃO II

A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO: FUNDAMENTOS

Breve enquadramento geral	62
1. A tese do devedor necessitado.....	63
2. A tese da censurabilidade da usura.....	67

3. A tese da inderrogabilidade do procedimento judicial	70
4. A tese da subtracção de bens à garantia geral	74
5. A tese do interesse social na não difusão do pacto comissório	76
6. As teses compósitas.....	77
7. Posição adoptada.....	78

SECÇÃO III

MODALIDADES DE PACTO COMISSÓRIO

Breve enquadramento	81
1. Quanto à sua relação com as garantias reais	82
2. Quanto ao preço de transmissão do objecto da garantia	84
3. Quanto ao momento da celebração	89
4. Quanto à eficácia.....	92

CAPÍTULO II

O PACTO COMISSÓRIO E O PACTO MARCIANO

1. Afinidades e diferenças	95
2. Papel na crise das garantias reais	98
3. Natureza jurídica e função (ões) do pacto comissório	100
3.1 Função translativa.....	103
3.2 Função de garantia.....	105
3.3 Função solutória.....	108
3.4 Que função?.....	113
3.5 A nulidade como sanção do desequilíbrio e o pacto marciano.....	117
3.6 O pacto marciano como subtipo do pacto comissório?	122

CAPÍTULO III

O PACTO COMISSÓRIO E AS GARANTIAS

SECÇÃO I

O PACTO COMISSÓRIO

E AS GARANTIAS REAIS: PENHOR E HIPOTECA

1. A garantia geral das obrigações.....	135
2. As garantias especiais das obrigações.....	142

2.1	Enquadramento da análise subsequente.....	143
2.2	Penhor.....	144
	Modalidades de penhor e sua execução.....	146
2.2.1	Penhor de coisas.....	146
	Execução.....	148
2.2.1.1	Venda judicial.....	148
2.2.1.2	Venda extrajudicial.....	159
2.2.1.3	Adjudicação.....	174
2.2.1.4	Pacto de anticrese.....	188
2.2.2	Penhor de direitos.....	189
2.2.2.1	Execução.....	192
2.2.3	Penhor mercantil.....	195
2.2.3.1	Execução.....	200
2.2.4	Penhor de aplicações financeiras.....	203
2.2.5	Penhor em garantia de créditos de estabelecimentos bancários.....	210
2.2.6	Penhor financeiro.....	211
2.2.6.1	Contrato de garantia financeira.....	215
2.2.6.2	Utilização do penhor financeiro.....	229
	Execução.....	231
2.2.6.3	Redacção inicial do Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio.....	231
2.2.6.4	Alteração introduzida no Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio pelo Decreto-Lei n.º 85/2011, de 29 de Junho.....	243
2.2.6.5	Alteração introduzida no Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio pelo Decreto-Lei n.º 192/2012, de 23 de Agosto.....	245
2.3	Hipoteca.....	246
2.3.1	Espécies de hipoteca.....	262
2.3.2	O pacto comissório e a hipoteca.....	265
2.3.3	A hipoteca e o artigo 675.º do Código Civil.....	270
3.	Posição adoptada.....	278

SECÇÃO II

O PACTO COMISSÓRIO E A PROPRIEDADE COMO GARANTIA

1.	Considerações preliminares.....	281
2.	Contrato-promessa.....	282
3.	Venda <i>a retro</i>	291

3.1	Noção	291
3.2	Figuras afins.....	298
3.2.1	Pacto <i>de retrovendendo</i>	298
3.2.2	<i>Pactum displicentiae</i>	299
3.2.3	Cláusula de reserva de propriedade.....	300
3.3	Origem e evolução.....	301
3.3.1	A venda <i>a retro</i> no Código Civil de 1966.....	303
3.4	Venda <i>a retro</i> e pacto comissório.....	305
4.	Alienação fiduciária em garantia.....	328
4.1	Raiz e negócios fiduciários	328
4.2	Do negócio fiduciário típico	332
4.2.1	Modalidades do negócio fiduciário	335
4.2.2	Construção jurídica do negócio fiduciário.....	336
4.2.3	Da admissibilidade do negócio fiduciário	339
4.2.4	Negócios fiduciários tipificados: <i>fiducia cum creditore</i>	340
4.2.5	Negócios fiduciários tipificados: <i>fiducia cum amico</i>	342
4.2.6	Admissibilidade dos negócios fiduciários atípicos.....	344
4.2.6.1	Tese negativista	345
4.2.6.2	Tese afirmativista.....	349
4.2.7	Fidúcia e <i>fraus legis</i>	353
4.2.8	Negócios fiduciários e <i>fraus legis</i>	356
4.2.9	Negócio fiduciário e negócio abstracto	357
4.2.10	Negócio fiduciário e tipicidade dos direitos reais.....	361
4.3	A alienação fiduciária em garantia no direito brasileiro	366
4.4	Alienação fiduciária em garantia no Decreto-Lei n.º 105/2004.....	370
4.5	A alienação fiduciária em garantia e o pacto comissório.....	372
5.	<i>Lease-back</i>	376
5.1	<i>Lease-back</i> e figuras afins	378
5.1.1	Venda com reserva de propriedade.....	378
5.1.2	Venda <i>a retro</i>	378
5.1.3	Locação.....	379
5.2	<i>Lease-back</i> : origens	380
5.3	O <i>lease-back</i> em Portugal.....	381
5.4	O <i>lease-back</i> e a proibição do pacto comissório.....	383

CAPÍTULO IV**PACTO COMISSÓRIO: REALIZAÇÃO DOS SEUS EFEITOS POR
INTERMÉDIO DE OUTROS MODELOS NEGOCIAIS****SECÇÃO I****O PACTO COMISSÓRIO E AS SUAS FRONTEIRAS COM ALGUMAS
FIGURAS TÍPICAS**

1. A compensação.....	391
1.1 Generalidades.....	391
1.2 Requisitos.....	392
1.2.1 Requisito da reciprocidade	393
1.2.2 Requisito da exigibilidade	395
1.2.3 Requisito da homogeneidade.....	397
1.2.4 Requisito da (i)liquidez	399
1.3 Âmbito	399
1.4 Efectivação.....	403
1.5 Retroactividade	403
1.6 Exclusão da compensação	404
1.7 Compensação convencional.....	405
1.8 Da compensação bancária.....	407
1.8.1 Problemas	407
1.8.2 O caso particular da compensação em conta-corrente	409
1.8.3 O pacto comissório e a compensação	410
2. Dos negócios jurídicos indirectos	418
2.1 Negócio jurídico indirecto: conceito.....	418
2.2 O pacto comissório e o negócio indirecto.....	419
2.3 Negócio indirecto e negócio inominado	425
2.4 O negócio indirecto e o negócio misto	426
2.5 O negócio indirecto e o negócio abstracto	427
2.6 O negócio indirecto e o negócio fiduciário.....	429
2.7 O negócio indirecto e o negócio simulado.....	430
3. Da simulação	432
3.1 Enquadramento	432
3.2 Tutela de terceiros.....	436
3.3 Subadquirentes	441

3.4	Credores.....	441
3.5	Simulação e fidúcia.....	444
3.6	Simulação e contrato-promessa	449

CAPÍTULO V

O PACTO COMISSÓRIO E O DESVIRTUAMENTO DO SISTEMA DE GARANTIAS NA ÓPTICA DOS DEMAIS CREDITORES: O PRINCÍPIO *PAR CONDITIO CREDITORUM*

1.	Considerações preliminares	451
2.	Alguns problemas.....	451
2.1	Violação do artigo 604.º do Código Civil.....	451
2.2	Venda <i>a retro</i>	459
2.3	Locação-venda	463
2.4	Procuração irrevogável	476
2.5	<i>Trust</i>	481

CAPÍTULO VI

O ARTIGO 694.º CC DE *IURE CONDITO* E DE *IURE CONDENDO*: DELIMITAÇÃO DO ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO

1.	Enquadramento.....	489
2.	Dação em cumprimento	496
3.	Compensação	497
4.	Venda <i>a retro</i>	498
5.	<i>Ratio</i> plural da proibição	498
6.	Âmbito da proibição.....	524
7.	Efeitos da nulidade	537
8.	Posição da nossa jurisprudência.....	538
9.	Âmbito da proibição: reflexões finais.....	550
10.	Pode o pacto marciano <i>salvar</i> o pacto comissório?	556
	CONCLUSÕES	563
	BIBLIOGRAFIA.....	575

