



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A (in)compatibilidade da Alienação Fiduciária em
Garantia com a Proibição do Pacto Comissório**

João Manuel Lima Guedes

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2017

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Escola de Direito do Porto

**A (in)compatibilidade da Alienação Fiduciária em Garantia com a
Proibição do Pacto Comissório**

João Manuel Lima Guedes

Dissertação de Mestrado em Direito Privado, elaborada sob a orientação da Professora
Maria João Vaz Tomé

Maio de 2017

“Há tanta suavidade em nada dizer e tudo se entender.”

Fernando Pessoa

Agradecimentos

Aos meus pais e irmã pelo carinho, incentivo, confiança e por me ensinarem e mostrarem o caminho do sucesso.

À Professora Maria João Tomé, pelo profissionalismo, pela sábia orientação e apoio incondicional. Também pela sua disponibilidade pessoal, orientando-me ao longo dos últimos meses.

E em último lugar, mas não menos importantes, aos meus amigos pelo apoio diário e pela constante transmissão de confiança e de força.

Resumo

O modelo atual da nossa sociedade tornou imperativa a adoção de mecanismos destinados à proteção do devedor no que diz respeito aos contratos de garantia financeira. Neste sentido, Portugal transpôs a Directiva nº 2002/47/CE, através do DL 105/2004, que regula os acordos de garantia financeira. O presente trabalho debruça-se sobre a alienação fiduciária em garantia, presente neste diploma, e análise da sua compatibilidade com a proibição do pacto comissória presente no art. 694º do CC. Em primeiro lugar, analisámos a admissibilidade dos negócios fiduciários no nosso ordenamento jurídico. Posteriormente, estudámos a proibição do pacto comissório e a admissibilidade do pacto marciano. Por fim, apreciamos a compatibilidade ou incompatibilidade da alienação fiduciária em garantia com o princípio subjacente à proibição prevista no artigo 694º do CC, concluindo o nosso estudo pela compatibilidade das duas figuras.

Palavras-chaves: negócio fiduciário; pacto comissório; alienação fiduciária em garantia; DL 105/2004.

Abstract

The current model of our society made it imperative to adopt mechanisms for the protection of the debtor with regard to financial guarantee contracts. In that way, Portugal transposed the Directive nº 2002/47/CE, through the Decree-Law nº 105/2004, which regulates the financial guarantee contracts. This paper focuses on the fiduciary alienation, present in this legal document and analysis of its compatibility with the prohibition of the commission pact present in art. 694º CC. First, we briefly described the admissibility of fiduciary business in our legal system. Subsequently, we studied the prohibition of the commission and the admissibility of the Marciano pact. Lastly, we have examined the compatibility or incompatibility of the fiduciary transfer with the principle underlying the prohibition in Article 694 of the CC, concluding our study for the compatibility of the two figures

Keywords: fiduciary transaction; commission agreement; divestment; decree-law nº 105/2004

Índice

Abreviaturas	9
Introdução	10
1. Admissibilidade dos negócios fiduciários no ordenamento jurídico Português.....	12
1.1 Inadmissibilidade dos negócios fiduciários.....	16
1.1.2 Admissibilidade dos negócios fiduciários.....	18
1.2 O caso da fidúcia francesa.....	19
1.2.1 Definição de fidúcia no modelo francês.....	21
1.3. Negócios fiduciários com função garantia	23
1.3.2. Venda a retro	25
2. Pacto comissório	28
2.1. Pacto comissório: noção.....	29
2.2. Fundamentos da sua proibição	30
2.2.1. Tutela do devedor.....	31
2.2.2. Usura	32
2.2.3. Inderrogabilidade do procedimento judicial.....	33
2.2.4 Princípio Par Conditio Creditorum.....	34
2.3. Pacto marciano	36
3. (In)Compatibilidade entre a proibição do pacto comissório com a alienação fiduciária em garantia.....	38
Conclusão.....	45
Bibliografia	47

Abreviaturas

Ac. - Acórdão

Art. – Artigo

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

Cfr.- Confrontar

CONSULT. - Consultado

DL – Decreto-lei

Ed. – Edição

JORF – Jornal oficial do governo francês

Nº - Número

Ob. Cit. – Obra Citada

Segs – Seguintes

Vol. – Volume

Introdução

O exponencial desenvolvimento social, tecnológico, intelectual e a célere propagação da informação exigem que os agentes económicos criem novos mecanismos suscetíveis de facilitar a celebração de toda uma panóplia de negócios, de promover a circulação do crédito e de assegurar a recuperação do investimento. Desta forma, o negócio fiduciário permite, *inter alia*, a transferência da propriedade de um bem ou da titularidade de um direito para assegurar o cumprimento das obrigações, instrumento que constitui uma garantia que se revela fundamental para a eficaz recuperação do crédito.

É, contudo, necessário ter em consideração que os negócios fiduciários em garantia se deparam com vários obstáculos. É necessário proceder a um exame cauteloso em ordem a compreender um pouco melhor a (in)existência de incompatibilidades entre este tipo de negócios e as válvulas de proteção do devedor encontradas no nosso código civil.

Assim, pareceu-nos oportuno, no atual contexto, proceder ao estudo da (in)compatibilidade entre a proibição do pacto comissório, que se encontra prevista na norma do art. 694º do CC, consagrando a sua nulidade, e a alienação fiduciária em garantia, prevista, no âmbito dos contratos de garantia financeira, no DL nº 105/2004 de 8 de maio.

No primeiro capítulo deste estudo debruçamo-nos sobre os aspetos históricos da fidúcia, especialmente a que desempenha uma função de garantia, originária do direito romano, com as relevantes adaptações introduzidas pelo direito germânico em vista da compreensão do negócio fiduciário. Abordamos, igualmente, os fundamentos da admissibilidade do negócio fiduciário no ordenamento jurídico português. Analisámos, brevemente, a fidúcia no ordenamento jurídico francês, prevista no *Code Civil*. Dedicamos, nesta sede, maior atenção à figura da fiducie sûreté (fidúcia com função de garantia).

No segundo capítulo, tratamos da figura do pacto comissório: a razão de ser, conceito e razões que levam à sua proibição. Examinamos a admissibilidade do pacto marciano no nosso ordenamento jurídico, a *ratio* da proibição do pacto comissório.

Por fim, no último capítulo, tentamos responder à questão respeitante à compatibilidade ou incompatibilidade da alienação fiduciária em garantia com a proibição do pacto comissório. Consideramos, para o efeito, as características desta garantia, a sua admissibilidade no nosso ordenamento jurídico e a sua conciliação com os fundamentos da proibição do pacto comissório.

1. Admissibilidade dos negócios fiduciários no ordenamento jurídico Português

Os contratos fiduciários existiam já no direito romano e traduzem-se, de acordo com PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “numa transmissão de bens ou direitos, realmente querida pelas partes para valer face de terceiros e até entre elas, obrigando-se o adquirente a só exercitar o seu direito em vista de certa finalidade”¹.

MARGARIDA DA COSTA ANDRADE descreve o negócio fiduciário como aquele em que o fiduciário recebe a propriedade para a concretização de um objetivo determinado pelo fiduciante^{2 3 4}.

Sobre a propriedade fiduciária confrontam-se duas teses: a romana, que se baseia na fidúcia romana, e a alemã, que invoca a figura do *Salman*, dando lugar à *Treuhand*.

O negócio fiduciário implica confiança na pessoa do fiduciário e no uso dos poderes que lhe são atribuídos. É que o fiduciário adquire, *de iure*, a titularidade do direito alienado e os poderes que constituem o seu conteúdo⁵.

A fidúcia romana é passível de revestir duas modalidades, conforme o estipulado no *pactum fiduciae*⁶. Isto quer dizer que o negócio fiduciário, na conceção tradicional (romana), “traduz-se num excesso ou numa inomogeneidade do meio utilizado em relação ao fim pretendido, ficando o fiduciário vinculado em termos simplesmente obrigacionais a cumprir a finalidade pretendida.”⁷ A primeira modalidade

¹ Vasconcelos, Pedro Pais, *Contratos Atípicos*, pág. 255, ANDRADE, Manuel, *Teoria Geral* pág. 175.

² Separata de II SEMINÁRIO LUSO-BRASILEIRO DE DIREITO REGISTRAL (Coimbra- 10 e 11 de maio de 2007), Coimbra Editora 2009.

³ Professor Diogo Leite Campos e a Professora Maria João Vaz Tomé definem propriedade fiduciária “como um direito que é atribuído ao fiduciário que administra e dispõe desse direito no interesse do beneficiário ou qualquer outro fim de proteção legal” *A Propriedade Fiduciária (Trust) – Estudos para a sua Consagração no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 327.

⁴ De acordo Enzo Roppo, in *O contrato*, Almedina Coimbra, O contrato fiduciário produz conjuntamente efeitos reais e efeitos obrigacionais. Afirmo ainda o autor que a peculiaridade deste negócio reside no facto de os efeitos produzidos terem o mesmo objetivo, ou seja, os efeitos reais e obrigacionais têm como objetivo a coisa que constitui objeto de transferência.

⁵ Fernandes, Luís A. Carvalho, *Estudo sobre a simulação*, pág. 246

⁶ Fernandes, Luís A. Carvalho, ob. cit., *Pactum Fiduciae* é a cláusula aditada ao negócio, que tanto pode ter natureza real como obrigacional.

⁷ Vasconcelos, Pedro Pais, diz-nos que, nesta conceção, o negócio baseia-se mais na confiança do fiduciante no fiduciário do que nos meios de tutela legal. O negócio estruturalmente era formado pelo tipo de contrato adotado, ou seja o tipo de referência e o pacto fiduciário.

consiste na transferência da propriedade como garantia de um crédito - *fiducia cum creditore*, enquanto a segunda, *fiducia cum amico*, tem uma finalidade de administração.⁸ Aquela tem lugar quando A, devedor, aliena a B, credor, um bem e este fica vinculado a restituir-lho aquando do cumprimento da dívida. A *fidúcia cum amico* ocorre quando A aliena a B um bem para que este o administre.

No que diz respeito a construção germânica, entende-se que a propriedade fiduciária constitui uma exceção ao princípio que proíbe a constituição de dois direitos reais de propriedade sobre a mesma coisa, ou a separação da propriedade jurídica da económica⁹. Dela resulta que o fiduciário se apresenta como proprietário, embora vinculado à utilização da coisa de acordo com o pacto de fidúcia¹⁰. Se o fiduciário violar os seus deveres ou se extinguir o escopo da fidúcia, a propriedade regressa ao fiduciante, afirmando assim vários autores que a propriedade está sujeita a uma condição resolutiva¹¹.

GERNHUBER¹² define *Treuhand*¹³ “como uma relação jurídica tendo como objeto um bem que o fiduciante transmite ao fiduciário de pleno direito, mas ficando perante ele obrigado a usar o bem fiduciado apenas dentro de limites convencionados”¹⁴. Este autor distingue, ao contrário do que sucede na construção romana, três modalidades de fidúcia: a fidúcia em garantia (*Sicherungstreuhand*), a fidúcia em administração (*Verwaltungstreuhand*) e a fidúcia em cumprimento (*Erfüllungstreuhand*).

F. REGELSBERGER¹⁵ atribui ao negócio fiduciário uma natureza complexa, porquanto se trata da união de dois contratos, cuja natureza e eficácia são distintas. De um lado, um negócio real positivo, que opera a transmissão de um direito, de natureza real ou obrigacional e, de outro, um negócio obrigacional negativo, em que o fiduciário

⁸ Andrade, Margarida Costa, ob. cit., pág. 56.

⁹ BAUR, FRITZ, JÜRGEN BAUR, ROLF STÜRNER, BAUR/STÜRNER Lehrbuch des Sachenrechts, Verlag C.H. Beck, Munique, 1999, 17ª Edição, pág. 18-19, apud, Andrade, Margarida Costa, pág. 57.

¹⁰ WOLFGANG HEFERMEHL, Schlegelberger – HGB, AA. VV., vol. IV, Verlag Franz Vahlen, Munique, 1982, 5ª Edição, § 382, Anm. 181, pág. 326, apud, Andrade, Margarida Costa, pág. 58.

¹¹ Neste sentido, Diogo Leite Campos e Vaz Tomé (ob.cit., pág. 202), Carvalho, Orlando de, Negócio Jurídico Indirecto, Separata do Volume X do Suplemento do BFDUC, Coimbra, 1952.

¹² GERNHUBER, Die fiduziarische Treuhand, apud, Vasconcelos, Pedro Pais, ob. cit., pág. 255.

¹³ Significa Confiança. É o nome dado ao negócio fiduciário na Alemanha.

¹⁴ Vasconcelos, Pedro Pais, ob. cit., pág.255-256.

¹⁵ Pandekten, Ersten Band, Berlin, 1893, pág. 518, apud, Fernandes, Luis A. Carvalho, Estudos sobre a simulação, pág. 249.

assume a obrigação de usar o direito adquirido conforme o estipulado, transferindo-o posteriormente. Trata-se da teoria do efeito duplo¹⁶.

Assiste-se, atualmente, a uma querela a propósito do negócio fiduciário. Com efeito, enquanto parte da doutrina defende o modelo Romanista¹⁷, em que o fiduciante fica dependente da lealdade do fiduciário, outros autores preconizam o modelo da *Treuhand*, em virtude da separação do património fiduciário, adquirindo assim o fiduciante maior proteção¹⁸.

De acordo com PAIS DE VASCONCELOS, “a fidúcia desempenha no ordenamento jurídico uma função de novos tipos contratuais, constitui o expoente máximo da autonomia privada e integra-se fundamentalmente em termos de equidade e de boa fé”¹⁹. Porém, esta figura nem sempre foi admitida no nosso ordenamento. Vários autores colocaram questões de ilicitude ou fraude á lei por violação de normas legais de proteção do devedor²⁰, de incompatibilidade da estrutura fiduciária com o sistema causal de transmissão da propriedade, de sujeição dos direitos reais - e até dos contratos de alienação ou constituição de direitos reais - ao princípio do *numerus clausus*²¹.

O primeiro problema que aqui vamos abordar respeita ao princípio da tipicidade dos direitos reais, consagrada no art. 1306º do CC (“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; toda a restrição resultante de negócio jurídico que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional”). Daqui resultaria que as restrições impostas ao fiduciário e emergentes do pacto fiduciário têm carácter meramente obrigacional. Porém, a tipicidade de direitos reais não se estende aos factos

¹⁶ Segundo esta tese, consideram-se celebrados dois negócios, um de transmissão da propriedade (com eficácia *erga omnes*) e outro obrigacional (com eficácia *inter partes: pactum fiduciae*). Quer isto dizer que o negócio é celebrado para produzir os seus efeitos normais, não só face a terceiros, mas também entre as partes. González, José Alberto Rodríguez Lorenzo in *Alienação Fiduciária em Garantia e Negócios Afins: Delimitação de Fronteiras, Lição para provas de agregação*, Lusíada, Lisboa, nº10, 2012.

¹⁷ Em Espanha, a doutrina e a jurisprudência aceitam a validade dos negócios fiduciários invocando a liberdade contratual e a teoria do efeito duplo mas de raiz romanista.

¹⁸ Além dos autores germânicos, alguma doutrina italiana sustenta também esta tese. Cfr. Barbara Ianiello, “Intestazione fiduciária di partecipazioni sociali e responsabilità del fiduciário”. *Le Società*, 2000, pág. 706.

¹⁹ Vasconcelos, Pais, ob. cit., pág. 129-130.

²⁰ Por exemplo: a proibição do pacto comissório.

²¹ Almeida, Carlos Ferreira de, *Alienação da propriedade em garantia – uma perspectiva prudente*, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol I Direito e Justiça pág.311 e segs.

constitutivos de direitos reais²², pois o que é típico é o conteúdo de direito real. Importa referir que, segundo alguns autores, tipicidade dos direitos reais e *numerus clausus* se distinguiriam conceitualmente. Assim, enquanto *numerus clausus* significaria “estar vedado à vontade privada a criação de figuras de direitos reais, não previstas na lei”, tipicidade reportar-se-ia “à impossibilidade da livre determinação do conteúdo desses direitos”²³. A distinção afigura-se, contudo, desnecessária, uma vez que se fala de tipicidade taxativa e não, simplesmente, de tipicidade.

Ao abrigo do princípio da liberdade contratual, quaisquer contratos podem constituir, modificar ou até mesmo extinguir direitos reais. Acresce a consideração da elasticidade do direito de propriedade, que admite a possibilidade de modelação do conteúdo do mesmo direito²⁴. Conforme o preâmbulo do DL. nº 105/2004, de 8 de maio, o princípio do *numerus clausus*, plasmado no art. 1306º, é alargado, admitindo-se a alienação fiduciária em garantia e terminando, assim, com a insegurança jurídica que resultava da necessidade de qualificação desses acordos como meros contratos de penhores.

Para PAIS DE VASCONCELOS, “A tipicidade dos direito reais não impede a validade e a eficácia dos negócios fiduciários, quando investido na propriedade do bem o fiduciário é um verdadeiro proprietário pleno, vinculado apenas obrigacionalmente pelo “pactum fiduciae”, e especialmente obrigado, em boa fé, a exercer o seu direito de propriedade de acordo com a finalidade da fidúcia.”²⁵

A questão da fraude á lei por violação de normas legais de proteção do devedor será abordada em sede própria.

²² Ascensão, Oliveira, Direito Civil Reais, pág. 168 e segs

²³ Gonçalves, Augusto da Penha, Curso de Direitos Reais, pág. 105 e segs.

²⁴ Um exemplo de direito real com alguma elasticidade é o caso do usufruto, art. 1445º do CC, que sem colocar em causa a vigência do princípio plasmado no art. 1306 do CC, permite reduzir fortemente a sua eficácia prática. Neste sentido, Ascensão, Oliveira de, in Direito Civil Reais, pág. 320 e segs, afirma que “são simples afloramentos de um princípio geral – o de que os direitos reais menores se regem pelo respetivo título” e que “nada têm excecional, pelo que não é necessária uma norma expressa para que caso a caso se possam estabelecer novas relações jurídicas reais.”

²⁵ Vasconcelos, Pedro Pais de, ob. cit., pág. 276.

1.1 Inadmissibilidade dos negócios fiduciários

Começamos por referir a tese que não admite o negócio fiduciário.

Neste sentido, BELEZA DOS SANTOS²⁶ invoca o princípio da taxatividade dos direitos reais. O negócio fiduciário contém um ato de transmissão que pressupõe uma causa jurídica. Assim, este elemento do negócio fiduciário deveria corresponder àquele do contrato tipificado. Todavia, não é o que se verifica no negócio fiduciário, pois que o pacto fiduciário é que revela a sua função económico-jurídica e esta não é aquela que a lei pressupõe para lhe atribuir efeitos^{27 28}.

O mesmo autor afirma que “Entre a causa, razão de ser do ato, e os efeitos que a lei lhe atribui, há uma divergência que mostra bem a incompatibilidade estrutural do contrato positivo de transmissão, com o pacto fiduciário que o desfigura. Tratando-se de atos causais, a estrutura do ato fiduciário não é compatível com o sistema do nosso direito.”²⁹ Estamos, deste modo, perante negócios causais e, por isso, perante uma nulidade. Esta nulidade fere o ato a que o pacto é apostado. É que sendo nulo o pacto fiduciário, o ato da celebração do negócio principal também o é, pois o pacto é o elemento essencial para celebração do mesmo.^{30 31} Esta tese afigura-se, contudo, insustentável, pois que embora as partes celebrem um negócio previsto na lei, a sua vontade pode não coincidir com a função típica do contrato adotado. Neste sentido, a invalidade nunca poderia ser a sanção para este tipo de contratos, ficando antes revestidos do manto da atipicidade.

²⁶ Santos, Beleza dos, *Simulação* Vol. I pág. 120.

²⁷ Andrade, Margarida Costa, *ob. cit.* pág. 73.

²⁸ Cfr. Vasconcelos, Pedro Pais de, *ob. cit.*, pág.277. Este autor dá-nos um exemplo: “tratando-se de um contrato de compra e venda com fim de garantia, vê-se que esse ato jurídico para que a lei supõe como causa a permuta da prestação preço pela prestação entrega da coisa vendida (...) não foi realmente determinado por essa causa, não tendo o comprador querido pagar o preço para adquirir a coisa transmitida, mas sim para garantir o seu crédito.”

²⁹ Santos, Beleza dos, *ob. cit.*, I, pág. 122.

³⁰ Fernandes, Luís A. Carvalho, *ob. cit.*, pág. 261

³¹ Neste sentido podemos mencionar o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, que fundamenta o seu julgamento de invalidade, o facto de os atos fiduciários não serem admitidos por lei. STJ 4Maio56, in BMJ 57, págs 342-345.

De acordo com o mesmo autor, “os contratos fiduciários só seriam admitidos em ordenamentos como o Alemão, que admitem os negócios abstratos.”³² PEDRO PAIS DE VASCONCELOS³³ refuta este argumento, dizendo que o autor utiliza o conceito de causa da doutrina italiana³⁴ e não o conceito de causa da doutrina alemã, pois a questão reside em aferir se o interesse concretamente prosseguido corresponde ao interesse tipificado. No caso da doutrina italiana, o contrato fiduciário é sempre acompanhado por uma causa fiduciária, que se traduz na confiança (*affidamento*) do fiduciante no fiduciário. Esta problemática é suscetível de se desdobrar numa dupla questão: a primeira diz respeito à divergência entre a função concreta do contrato e a função típica do tipo de referência, que conduz a uma qualificação como contrato atípico; a outra é aquela de se saber se o negócio fiduciário merece tutela jurídica. Temos, portanto, dois problemas: o da qualificação e o da (i)licitude. BELEZA DOS SANTOS confundiu e misturou os problemas.

O que leva o autor a concluir pela inadmissibilidade é, no fundo, a dificuldade em consentir a atipicidade de contratos com efeitos reais assim como a atipicidade das causas como funções económicas e sociais.

CUNHA GONÇALVES, outro defensor da inadmissibilidade dos negócios fiduciários, fundamenta a sua tese no art. 1586º do Código Civil de Seabra³⁵, que proibia a venda a retro. Invoca também outras normas do mesmo código, de acordo com as quais eram proibidas ou nulas cláusulas que autorizassem os negócios fiduciários³⁶. Não admite, de resto, uma propriedade provisória que não seja condicional, mas dependente unicamente da boa fé do adquirente³⁷.

ORLANDO DE CARVALHO, na esteira de MANUEL DE ANDRADE, baseia-se no argumento de que apenas eram admitidos os negócios de alienação previstos na lei, uma vez que estes se encontram sujeitos ao princípio de *numerus clausus*. ORLANDO CARVALHO chegou mesmo a afirmar que a admissibilidade dos negócios fiduciários exigia uma construção do tipo abstrato, incompatível com os sistemas

³² Santos, Beleza dos, Simulação cit. I, pág. 122.

³³ Vasconcelos, Pedro Pais de, Contratos Atípicos, cit., pág.279.

³⁴ Função económico-social típica.

³⁵ Artigo 1586º do Código de Seabra: “Fica proibido para o futuro o contrato de venda a retro.”

³⁶ Artigos 1481º, 1567º e 1783º do Código de Seabra.

³⁷ In Fernandes Luis Alberto Carvalho, Estudos sobre a simulação, cit. pág. 261.

latinos, ou a aceitação do *numerus apertus* dos contratos com eficácia real. O negócio fiduciário era, assim considerado, como contrato atípico ou como negócio abstrato e causal típico.³⁸

Não pode seguir-se esta tese, pois que o princípio do *numerus clausus* respeita apenas aos direitos reais, e não os contratos com efeitos reais. Vale, nesta sede, o princípio da autonomia privada, admitindo-se pois contratos reais atípicos. São, portanto, admissíveis os negócios abstratos, pois não existe no direito português um *numerus clausus* de causas contratuais³⁹. A tal não obsta o preceito do art. 1306º do CC.

1.1.2 Admissibilidade dos negócios fiduciários

Hodiernamente, o problema da admissibilidade do negócio fiduciário encontra-se resolvido⁴⁰. É o que preconizam Oliveira Ascensão, Castro Mendes, Vaz Serra, Carvalho Fernandes e Pessoa Jorge.

Para CASTRO MENDES, o fundamento da admissibilidade encontra-se nos arts 405º e 1306º, nº 1 do CC, ou seja, no princípio da autonomia privada e na admissibilidade de limitações obrigacionais ao direito de propriedade. A causa *fiduciae* corresponde a interesses legítimos do autor do negócio.

Esta opinião aproxima-se daquela sustentada por VAZ SERRA⁴¹. Com efeito, para este autor basta saber se a causa do negócio fiduciário é justa, ou seja, se é suficiente para justificar a transmissão da propriedade. Assim, “uma vez admitido que as partes podem fazer os contratos que bem lhes parecem, desde que o fim seja merecedor de tutela jurídica (...) não se afigura haver, em princípio, obstáculo decisivo

³⁸ Vasconcelos Pedro Pais de, in Contratos Atípicos pág. 281, 282.

³⁹ Betti, Teoria Geral cit., I pág.371 e segs, defende a tipicidade das causas contratuais no sentido de que, embora não tipificadas na lei, devem ser aceites pela consciência social, correspondendo a uma necessidade prática, a um interesse duradouro e como tal digna de tutela jurídica. A causa deve pois “corresponder a uma necessidade duradoura da vida de relação, a uma função de interesse social.”

⁴⁰ Vasconcelos, Pedro Pais de, na sua obra Contratos Atípicos, afirma que, atualmente, apesar do consenso doutrinal sobre a admissibilidade dos negócios fiduciários, os tribunais continuam a ignorar este tipo de contratos. Refere, a este propósito, alguma inércia da magistratura em relação à evolução verificada na doutrina.

⁴¹ Cessão de Créditos, BMJ., cit., págs 170-172.

a que elas recorram a negócios fiduciários cujo fim não seja ilícito ou não seja merecedor, por outro motivo, de tutela do direito.”⁴² Desde que com o negócio fiduciário se pretenda atingir um fim lícito não parece haver motivo para o afastar.

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, conforme referido *supra*, enuncia dois problemas: o de, no negócio fiduciário, o fim visado pelas partes não corresponder à função típica do tipo contratual – e que tem como consequência a atipicidade – e, depois, aquele respeitante à tutela do interesse concretamente prosseguido. Isto quer dizer que temos que fazer um juízo de mérito, que poderá resultar numa ilicitude, caso o negócio, infrinja, por exemplo, a proibição do pacto comissório.

A consideração atenta do negócio fiduciário conduz à sua caracterização como um ato único, embora complexo e atípico. O seu caráter complexo resulta da aposição ao negócio de transmissão, que geralmente é típico, de uma cláusula, denominada como *pactum fiduciae*, que rege os poderes por ele atribuídos ao fiduciário para o fim em vista. Arredou-se o obstáculo representado pelo princípio do *numerus clausus*, que os autores pretendiam estender aos negócios com eficácia real. Vale, assim, o princípio da autonomia privada, ao abrigo do qual se pode, lícitamente, celebrar o negócio fiduciário.

1.2 O caso da fidúcia francesa

O ordenamento jurídico francês nem sempre admitiu a figura da fidúcia. Porém, atualmente, esta figura encontra-se consagrada no Código Civil francês. De acordo com MICHEL GRIMADI, a “fidúcia é um ato jurídico pelo qual uma pessoa, fiduciário, adquire de outra, o fiduciante, um direito patrimonial com obrigações que limitam o seu exercício, incluindo na transferência, no prazo e na entrega do bem ao beneficiário ou a um terceiro.”⁴³ O autor qualifica a fidúcia como uma transferência de propriedade, mas de uma propriedade limitada quanto à substância. Trata-se de uma propriedade restringida nas prerrogativas a si inerentes e na sua duração, ou seja, a propriedade é

⁴² *Idem* págs. 172-173

⁴³ Grimaldi, Michel, L'introduction de la fiducie en droit français.

limitada pela obrigação do fiduciário de restituir ou de transmitir a terceiro o bem fiduciado⁴⁴.

A introdução desta figura no ordenamento jurídico francês foi progressiva, não se encontrando inicialmente consagrada no Código Civil de 1804, tendo apenas recentemente sido acolhida^{45 46}. Na verdade, a reforma francesa inspirou-se no conceito anglo-saxónica do *trust*, criando-se uma separação entre o património do fiduciário e o património da fidúcia. Contudo, importa notar que existem relevantes diferenças entre este instituto anglo-saxónico e a fidúcia francesa. Desde logo, segundo o art. 2013 do *Code Civil*⁴⁷, a fidúcia só pode ter origem contratual, nunca podendo resultar de negócio unilateral, diferentemente do *trust*. Depois, o direito francês é omissivo quanto à natureza do direito do fiduciante e do fiduciário⁴⁸, considerando-se que ambos são titulares de um direito residual, qualificado como real e pessoal. Acresce que o *Code Civil* também não refere perante quem o fiduciário se encontra vinculado aos deveres fiduciários de cuidado, de diligência e lealdade. Perante o silêncio do legislador, alguns autores sustentam a tese de que o fiduciante é titular apenas de um mero direito de crédito perante o fiduciário, que é o titular do direito real de propriedade⁴⁹.

⁴⁴ Dammann Reinhard, Avocat Associé, CLIFFORD CHANCE EUROPE LLP – Intervent lors de la matinée du droit EFE consacrée à la « Fiducie sûreté » qui aura lieu le 25 mars 2014 à Paris. Afirma que a missão da fidúcia consiste em assegurar o cumprimento tempestivo da dívida garantida, assim como a conservação do bem fiduciado segundo o critério de bom pai de família.

⁴⁵ Segundo o mesmo autor, esta figura aparece depois de 1804, após uma longa e lenta evolução, acelerada pela *loi du 19 février 2007*. Isto permite-nos distinguir dois períodos: o anterior à sua e o subsequente à sua consagração. No período anterior à sua consagração, a questão sobre a fidúcia não emerge em França, falando-se da fidúcia romana numa perspetiva histórica e não como figura individualizada e aceite; aceita-se, porém, o *trust* enquanto mecanismo relevante numa outra cultura jurídica, nomeadamente no âmbito da *common law*. Certo é que os litígios internacionais começaram a aparecer e sentiu-se a necessidade de criar um instituto que salvaguardasse os interesses franceses e que respeitasse as próprias categorias jurídicas do ordenamento jurídico francês. Assim, a partir de 1980, a fidúcia surge no cenário jurídico francês. Através da doutrina, da própria lei e até da prática negocial. Com a *loi du 19 février 2007* inicia-se o segundo período: a fidúcia está prevista nos arts. 2011 a 2031 do Código Civil francês. O domínio da fidúcia é limitado por três fatores: a fonte (segundo o art. 2012, a fidúcia só resultar da lei ou do contrato, nunca do testamento), as partes (podendo o constituinte ser, conforme o art. 2014, uma pessoa singular ou coletiva, enquanto o fiduciário só pode ser uma instituição de crédito, nos termos do art. 2015) e, por último, pelo fim (a fidúcia não pode traduzir-se num negócio com espírito de liberalidade, sendo necessário um negócio oneroso).

⁴⁶ Grimaldi, Michel L'introduction de la fiducie en droit français.

⁴⁷ "Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public"

⁴⁸ Ao contrário do que acontece no modelo anglo-saxónico, em que preveem o legal ownership y equity ownership.

⁴⁹ Lyczkowska Karolina - El nuevo régimen de fiducie en el Derecho francés a la luz de las últimas reformas. Universidad de Castilla-La Mancha Facultad de Derecho. Ansaloni (2009)

1.2.1 Definição de fidúcia no modelo francês

Segundo o art. 2011 do *Code Civil*, a fidúcia é uma operação pela qual um ou vários constituintes transferem um bem, direitos ou garantias, ou um conjunto de bens, direitos ou garantias, presentes ou futuros, a um ou vários fiduciários, que os mantêm separados do seu património, atuando dentro de um objetivo determinado em proveito de um ou vários beneficiários⁵⁰. Não se toma partido acerca do tipo de propriedade que é transferida para o fiduciário, nem sobre a qualidade dos direitos adquiridos pelo beneficiário, cuja posição é remetida para um sujeito que realiza a gestão do património em conformidade com o estipulado⁵¹.

O legislador francês criou um regime geral de fidúcia sem diferenciar as regras segundo o tipo ou finalidade da mesma. Com a reforma de 2009-112, de 30 janeiro de 2009⁵², estabeleceram-se disposições especiais para a fidúcia-garantia. A fidúcia é constituída pelo fiduciante, o fiduciário e o beneficiário⁵³.

A fidúcia francesa é um mecanismo abstrato. Daí que o legislador tenha criado vários tipos de fidúcia em ordem a satisfazer diversas necessidades sentidas na sociedade. Foram assim consagradas a *fiducie-gestion*⁵⁴, a *fiducie-liberalité*⁵⁵, *fiducie sûreté*^{56 57}. Nesta dissertação, examinaremos, em especial, a *fiducie sûreté*.

⁵⁰«La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires.»- Tradução nossa.

⁵¹ A fidúcia apresenta uma enorme flexibilidade, dado que o seu objeto pode ser constituído por bens (móveis, imóveis, corpóreos, incorpóreos), direitos (desde que sejam alienáveis), garantias, presentes, futuras, determinadas ou determináveis. A propriedade é transferida para o património fiduciário, que fica separado do património pessoal do fiduciário, assim se salvaguardando das pretensões dos credores pessoais do fiduciário. Acresce que a propriedade fiduciária deve ter contabilidade própria e específica. Reinhard Dammann, ob. cit.

⁵² JORF n° 0026 der 31 janvier 2009 pág. 1854 texto n° 45.

⁵³ O destinatário/beneficiário pode ser uma pessoa singular ou coletiva (art. 2016 do Código Civil francês), desde que a sua designação seja feita até termo do prazo da fidúcia. O fiduciário pode ser o beneficiário da fidúcia.

⁵⁴ A transferência da propriedade reflete a vontade do constituinte de atribuir ao fiduciário os meios para uma gestão eficaz da propriedade que transfere, em seu próprio proveito.

⁵⁵ A transferência da propriedade encontra a sua causa na vontade do constituinte de satisfazer um terceiro através do fiduciário, pois este procederá à transmissão, para o terceiro, da propriedade que recebeu.

⁵⁶ A transferência da propriedade reflete a vontade do constituinte de conceder ao credor uma garantia de segurança.

⁵⁷ Segundo Podeur, Gilles, avocat à la Cour, CLIFFORD CHANCE EUROPE LLP – Intervent lors de la matinée du droit EFE consacrée à la «Fiducie sûreté» qui aura lieu le 25 mars 2014 à Paris, la fiducie sûreté é um contrato sinalagmático (?) que pressupõe a transferência da propriedade para o fiduciário,

A *fiducie-sûreté* deve respeitar o princípio da acessoriedade, que instrumentaliza a garantia à satisfação exclusiva da obrigação principal garantida. Além do conteúdo e das cláusulas obrigatórias do contrato de fidúcia, a *fiducie-sûreté* deve ser reduzida a escrito, referindo o momento da contração da dívida garantida e o valor estimado dos bens transmitidos, que pode ser fixado por mútuo acordo (art. 2372-2 *Code Civil*, para os bens móveis, e art. 2488-2 para os bens imóveis)⁵⁸. A falta de cumprimento da obrigação garantida determina a aquisição do poder de livre disposição do bem por parte do fiduciário, desde que este seja o credor do crédito garantido. No caso de não ser o fiduciário, o credor garantido só pode exigir ao fiduciário a entrega ou alienação do bem em vista do pagamento⁵⁹. Em virtude do silêncio do legislador, coloca-se a questão de se saber qual a natureza do direito residual que o beneficiário mantém: um direito real ou pessoal.

Às partes é permitido estipular a possibilidade de constituir novas garantias sobre o bem fiduciado. Este segundo contrato está sujeito aos mesmos requisitos de validade que o contrato originário, conforme o art. 2372-5.

A lei de 12 de maio de 2009 estabilizou o quadro jurídico da fidúcia. Isto permitiu analisar, concretamente, as virtualidades do recurso a este mecanismo jurídico. Podem, então, retirar-se duas ilações. De um lado, a *fiducie-sûreté* não substitui os contratos de garantia nem as assim denominadas “*propriétés-sûretés*”⁶⁰. Um sistema de proteção que favorece o financiamento bancário de curto prazo, por um lado, e a simplicidade e eficiência, por outro, são instrumentos insubstituíveis. Refira-se ainda que a *fiducie-sûreté* não será utilizada massivamente na atividade de banca de retalho, uma vez que se revela demasiado complexa para pequenos empréstimos e para os empréstimos ao consumidor⁶¹.

uma vez que gera obrigações para ambas as partes, afetando os direitos de terceiros (os credores de ambos).

⁵⁸ Dupichot, Phillipe é prudente ao mencionar também a obrigação garantida, que é exigível no caso da constituição de penhor e hipoteca (?), art. 2336 e 2421 CCF respetivamente. In Philippe DUPICHOT (2009), *La fiducie-sûreté en pleine lumière. À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009*, *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière* n° 17, 24 abril 2009

⁵⁹ Esta última possibilidade só é possível se for estipulado em contrato de fidúcia. Artigo 2372-3 CCF e artigo 2488-3 CCF.

⁶⁰ Os chamados “*gage-espèces*”.

⁶¹ Fort, Guillaume, *Etude simplifiée de la fiducie- sûreté*.

1.3. Negócios fiduciários com função garantia

Muito embora existam outros negócios fiduciários⁶² com função de garantia no ordenamento jurídico português, o presente estudo limitar-se-á à análise de apenas alguns deles.

1.3.1. Locação financeira⁶³

É um contrato típico em que o direito de propriedade desempenha função de garantia. É legalmente definido como o contrato mediante o qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa móvel ou imóvel, adquirida ou constituída por indicação desta e que o locatário poderá comprar decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação de critérios nele fixados (artigo 1º DL 149/95)⁶⁴.

Este negócio tem uma estrutura trilateral. Conforme o exemplo de escola, A e B celebram um contrato de locação financeira, mediante o qual B se obriga adquirir de C um determinado bem⁶⁵. B tem a obrigação de conceder o gozo da coisa a A, obrigando-se a vender-lho findo o período contratual, se A assim o entender. A por seu turno, fica obrigado a proceder ao pagamento das rendas ou alugueres acordados⁶⁶.

É em execução do contrato de locação financeira que o locador vai celebrar o contrato de compra e venda (ou de empreitada) com o terceiro, conforme o acordado com o locatário. O locador celebra este segundo negócio em ordem a cumprir a obrigação celebrada com o locatário. O bem locado pertence ao locador, é este o

⁶² Vasconcelos, Luís Miguel Pestana – A cessão de créditos em garantia e insolvência, pág. 99. O Autor, nesta obra, clarifica os negócios fiduciários com função de garantia numa perspetiva direcionada para o tráfego jurídico, ou seja, aborda os negócios mais utilizados no nosso ordenamento.

⁶³ Ver Campos, Diogo Leite – Locação financeira: estudo preparatório de uma reforma legislativa. Lex Edições Jurídicas, 1994; “Ensaio de análise tipológica do contrato de locação financeira”, in BFDUC, vol. 63, 1987, pág 1 e ss.; Duarte, Rui Pinto Duarte – Escritos sobre leasing e factoring, Principia, Cascais, 2001; Cordeiro, A. Menezes – Manual de Direito Bancário, 4º ed. Almedina, Coimbra, 2010, pág. 671 – 684; Vasconcelos, Luís Miguel Pestana – A Cessão de Créditos em garantia e a insolvência, cit, pág. 272-297; Direito das garantias, cit, pág. 434-368; Pizarro, Nóbrega – O contrato de locação financeira, Almedina, Coimbra, 2004.

⁶⁴ Atualmente pode ser objeto de Locação Financeira qualquer bem, suscetível de locação.

⁶⁵ Ou seja: B celebra com C um contrato de compra e venda de acordo e com as indicações prestadas por A.

⁶⁶ O locador financeiro é, via de regra, uma sociedade de locação financeira ou uma instituição de crédito.

proprietário do bem. Apesar de não ser o proprietário, o locatário pode exercer, perante o vendedor do bem, todos os direitos relativos ao bem e todos os direitos relativos ao contrato de compra e venda (art. 13º do DL 149/95)⁶⁷. É uma operação constituída por dois contratos, que mantêm entre si uma coligação genética⁶⁸ e funcional.

O contrato em apreço desempenha uma função de financiamento: o locador financia o locatário na medida em adquire de terceiro o bem escolhido pelo locatário⁶⁹. Desenvolve, outrossim, uma função de garantia, uma vez que o locador é o único proprietário do bem locado, já que o locatário só adquire, no final do período da locação financeira, e se quiser, o bem. Na pendência do contrato, o bem pertence ao locador. No termo do contrato, a aquisição do bem pelo locatário depende de um juízo económico⁷⁰ do próprio locatário.

Temos, pois, um financiamento que é garantido pela propriedade do bem. Isto permite explicar um conjunto de consequências em termos de regime deste contrato, como o facto do locador, uma instituição financeira, não responder pelos vícios da coisa, nem pela sua inadequação face ao fins do contrato, exceto nos casos previstos no art. 1034º do C.C. *ex vi* art. 12º DL do 149/95⁷¹.

A propriedade do locador financeiro visa única e exclusivamente garantir o seu crédito. Com efeito, o bem não lhe interessa e, se no termo do prazo do contrato, o locatário não adquirir o bem, o locador vai transacionar esse bem no mercado, ou celebrar outro contrato de locação.

⁶⁷ Isto quer dizer que se estabelece uma relação direta entre o locatário e o terceiro, vendedor do bem locado, sem ser por intermédio do locador.

⁶⁸ Uma vez que a celebração do contrato de Locação Financeira determina a celebração do contrato de compra e venda com o terceiro.

⁶⁹ O locatário, em contrapartida, recebe o bem em locação e compromete-se a pagar rendas e alugueres ao locador, que são calculadas de forma a cobrir justamente o valor residual do bem. Estes montantes devem cobrir o preço da aquisição do bem, os juros e as outras despesas efetuadas pelo locador quando procedeu à compra do bem.

⁷⁰ Neste juízo económico, o locatário deve ter em conta o montante do valor residual que terá ainda de pagar para adquirir o bem, o período útil do bem para saber se vale a pena adquiri-lo ou não, o valor de mercado do bem nesse momento e a necessidade que dele tem após o decurso do tempo contratual previsto.

⁷¹ Por se tratar de um contrato de financiamento garantido pela propriedade do bem, explica-se que, conforme o respetivo regime, o risco de deterioração e de perda da coisa corra por conta do locatário (art. 15º DL 149/95), assim como as despesas de transporte (art. 14º do DL 149/95).

Numa perspetiva funcional, a locação financeira desempenha uma função semelhante à venda a prestações com reserva de propriedade e à locação venda⁷².

1.3.2. Venda a retro

Conforme o art. 927º do CC, trata-se da “venda no qual se reconhece ao vendedor a faculdade de resolver o contrato.”⁷³

Segundo MENEZES LEITÃO⁷⁴, “a venda a retro consiste numa modalidade de venda em que a transmissão da propriedade não se apresenta como definida, na medida em que o vendedor se reserva a possibilidade de reaver o direito alienado mediante restituição do preço e o reembolso das despesas efetuadas com a venda.”

Este contrato tem função de crédito e de garantia⁷⁵. A particularidade de que se reveste consiste no facto de o financiamento se traduzir na substituição de um empréstimo pelo pagamento do preço, ou seja, o preço pago pelo comprador ao vendedor representa o montante do financiamento. Contudo, com a resolução do negócio, o vendedor terá que restituir o que lhe foi pago, havendo um reembolso da quantia emprestada. A propriedade do bem desempenha, no património do comprador, uma função de garantia. Com a celebração deste negócio, o vendedor recebe o dinheiro do bem e transfere para o comprador o bem com a cláusula a retro. Mediante a restituição do preço, o vendedor recupera o bem vendido. No caso de o vendedor não exercer o seu direito de resolução, o comprador, que também pode não ter interesse no bem, pode aliená-lo, satisfazendo-se pelo valor da coisa.

⁷² Está previsto no art. 936º do CC e diferencia-se da locação financeira, por não implicar uma relação tripartida, nem o “pacto de opção” no final do contrato. A locação venda é o contrato pelo qual se dá em locação com uma cláusula de que se tornará propriedade do locatário depois de satisfeitas todas as rendas ou alugueres pactuados. É uma figura em que, como o nome indica, tem elementos da locação e elementos da venda a prestações com reserva de propriedade, combinando-se, assim, os elementos de dois contratos distintos. Os elementos da venda a prestações com reserva de propriedade são elementos preponderantes, dominam mais que os elementos de locação.

⁷³ Albuquerque, Pedro de, in Contrato de Compra e Venda, págs. 39 e ss, Martínez, Pedro Romano, Obrigações págs. 82 e ss, Vasconcelos, Luís Miguel Pestana de, A cessão de Créditos em garantia e a insolvência, págs. 297 e ss e 746 e ss.

⁷⁴ Leitão, Menezes, Direito das Obrigações, Volume III págs. 76 e ss.

⁷⁵ Segundo Menezes Leitão, na obra citada, a instituição da venda a retro prende-se com o interesse de tutelar a situação do proprietário, uma vez que devido às dificuldades económicas que atravessa, tem a necessidade de alienar um bem seu, mas mantém o interesse de voltar adquirir esse mesmo bem logo que a sua condição financeira o permita.

Todavia, proibindo a lei cláusula que estipule o pagamento de um preço superior ao da compra celebrada entre o vendedor e o comprador (art. 928º n° 1 e n° 2 CC)⁷⁶, com a resolução o comprador não pode obter nenhuma vantagem.

A posição do vendedor encontra-se fortemente tutelada, no preceito 928º do CC, em vista a evitar abusos por parte do comprador.

A posição de terceiros encontra-se tutelada, pois tratando-se de bem móvel sujeito a registo ou de imóvel, a cláusula a retro só lhes é oponível quando registada⁷⁷. Por outro lado se se tratar de um bem móvel não sujeito a registo, o vendedor não está protegido contra uma penhora intentada pelos credores do comprador, assim como não está protegido noutras situações em que se fizesse depender a tutela do registo. Porventura, esta tutela mantém-se em dois casos especiais, no caso do comprador se recusar a reaquisição do objeto e ainda quando se tratar da insolvência do comprador. Nestas duas situações o vendedor a retro, encontra-se juridicamente tutelado.

Para MENEZES CORDEIRO, “a venda a retro atribui uma posição jurídica específica que lhe permite (vendedor) resolver o contrato e recuperar o bem” (artigo 927 CC). O exercício do direito de resolução encontra-se, todavia, sujeito aos prazos máximos fixados na lei⁷⁸. Na mesma senda, o art. 931º determina que “salvo em estipulação em contrário a resolução se considera igualmente sem efeito se, dentro do mesmo prazo de 15 dias após a notificação, o vendedor não fizer oferta real das importâncias líquidas que haja de pagar-lhe a título de reembolso do preço e das despesas com os contratos e outras coisas acessórias”⁷⁹.

Resolvido o contrato, a propriedade regressa à esfera jurídica do vendedor. A resolução não tem aqui eficácia retroativa, pelo que a propriedade é apenas adquirida *ex nunc*.

⁷⁶ Ou seja, o comprador e o vendedor não podem acordar, sob pena de nulidade, uma cláusula que estabeleça que para o vendedor resolver o contrato de venda tem que pagar ao comprador um montante superior ao preço estipulado. Não significa isto que, durante o tempo em que o comprador é titular do bem, não possa fazer seus os frutos produzidos por esse mesmo bem.

⁷⁷ A cláusula a retro só terá eficácia real no caso de respeitar bens imóveis ou bens móveis sujeito a registo e tiver sido registada, tendo nos outros casos eficácia meramente obrigacional.

⁷⁸ A resolução só pode ser exercida no prazo de dois ou cinco anos a contar da venda artigo 929 n° 1, prazo esse que se considera reduzido a esses limites se for estipulado em âmbito superior, artigo 929 n° 2 CC.

⁷⁹ O reembolso do preço e das despesas com o contrato e outras acessórias vem a constituir um ónus e não uma obrigação para o vendedor, uma vez que a sua omissão leva apenas à ineficácia da resolução e não há responsabilidade de não cumprimento do contrato.

Atualmente, o recurso à venda a retro revela-se escasso. De acordo com MENEZES CORDEIRO, “devido à sua configuração económica como operação de financiamento, a admissibilidade do contrato de venda a retro tem sido questionada, uma vez que através dela se pode tornear a proibição do pacto comissório”^{80 81}. Para evitar a violação da proibição do pacto comissório, propõe-se que o bem seja avaliado por terceiro, independente das partes⁸², podendo então o comprador vender o bem no mercado. Todavia, se o preço recebido for superior àquele estipulado originariamente com o vendedor a retro, o comprador deverá entregar o excedente ao vendedor. Assim não se viola a proibição do pacto comissório. Esta proibição visa evitar abusos por parte dos credores.

A proibição do pacto comissório aplica-se também a situações para as quais não se encontra expressamente prevista. Trata-se, na verdade, segundo a maior parte da doutrina e da jurisprudência, de um princípio geral do direito das garantias, que se aplica para além das figuras para as quais essa proibição esteja expressamente prevista⁸³.

⁸⁰ Artigos 694º, 665º, 678º e 753º CC.

⁸¹ Segundo Leitão, Menezes, ob. cit., “Efetivamente, em lugar de estipulação de uma garantia, que não permite a imediata aquisição da propriedade em caso de incumprimento pelo devedor, as partes poderiam sempre estipular uma venda a retro, transmitindo a propriedade para o credor, apenas a podendo recuperar o devedor com o pagamento do crédito”.

⁸² Naturalmente que se o bem tiver um preço fixo no mercado, esta avaliação será totalmente desnecessária.

⁸³ Neste sentido, Vasconcelo, Luís Miguel Pestana de, *Direito das Garantias*, 2013, Almedina, pág. 504.

2. Pacto comissório

O pacto comissório apareceu no direito romano. Está associado ao *pignus*, como afirma BIANCA⁸⁴. Este contrato, *pignus*, nasceu como uma espécie de retenção, tendo o credor insatisfeito o direito a vender o bem quando estivesse expressamente convencionado; somente mais tarde se veio a reconhecer ao credor o poder de vender na ausência de estipulação contratual. MANUEL FELIU REY⁸⁵ afirma que a configuração atual da faculdade mais relevante do direito de garantia real (*ius variandi*) é fruto da evolução, que teve a sua origem na autonomia da vontade.

A proibição deste pacto, na figura do *pignus*, teve lugar na época pós-clássica mediante um édito de Constantino⁸⁶. Este édito foi motivado por três ordens de razões. Desde logo, porque a elaboração da figura do *pignus* havia evoluído no sentido de que tal garantia por si só constituía a satisfação do credor. Depois, porque através do pacto comissório, se encobria a realização de interesses ilícitos, na medida em que o valor do bem dado em garantia era sempre muito superior ao do crédito garantido⁸⁷. Por último, a influência da Igreja numa época em que os princípios ético-religiosos constituíam a base da sociedade. Nas palavras de ISABEL ANDRADE DE MATOS⁸⁸, “os valores cristãos não se compadeciam com institutos como a *lex comissoria*, que serviriam os interesses dos mais fortes e possidentes em detrimento dos interesses daqueles que se encontravam economicamente mais carenciados e que, portanto, eram mais fracos”. Pode dizer-se que a *lex comissoria* violava a boa-fé e os bons costumes.

Esta proibição transitou para a tradição Europeia. Veio a ser confirmada em 1198, por uma conhecida decisão do Papa Inocêncio III⁸⁹.

⁸⁴ Bianca, C. Massimo, voz Patto comissório, pág.712, en Novissimo Digesto Italiano, XVI, 1965.

⁸⁵ Feliu Rey, Manuel Ignacio, La Prohibicion del pacto comisorio y la opcion en garantia, Civitas.

⁸⁶ Año 320 FELIU REY, ob. cit., pág. 35, “El emperador Constantino, Augusto, al pueblo. Por cuanto entre otros engaños crece principalmente la aspereza de la ley comisorio de las prendas, há parecido bien invalidarla, y que para lo sucesivo quede abolido todo su recuerdo. Asi pues, si alguno padeciera por tal contrato, respire por virtud de esta disposición, que rechaza juntamente com los passados los casos presentes, y prohíbe los futuros. Porque mandamos que los acreedores, habiendo perdido la cosa, recuperen lo que deron.”

⁸⁷ Cfr. Barreiro, A. Fernández y J. Paricio, Fundamentos de Derecho Patrimonial Romano, Ed. Ceura, 1991, pág.455.

⁸⁸ Matos, Isabel Andrade de, “O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição”, Almedina, 2006, pág.37.

⁸⁹ Significante R. Cive pisano – Decretables Gregorii, IX.II.21.7.

2.1. Pacto comissório: noção

O pacto comissório aparece no nosso CC, no art. 694º, que 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.”. Pode definir-se pacto comissório, segundo GIUSEPPE CRICENTI⁹⁰, como a convenção pela qual credor e devedor acordam que o credor poderá apropriar-se diretamente do bem dado em garantia para satisfazer o crédito face ao incumprimento do devedor.

Aquela norma, por força da remissão legal, é aplicável ao penhor e à consignação de rendimentos. Além disso, a proibição é de aplicação a outras garantias para as quais não está expressamente prevista na lei. O pacto comissório pode assumir diversas modalidades e pode estar ou não associado a garantias típicas⁹¹.

A definição por nós adotada abrange também o denominado pacto comissório autónomo, que é o pacto celebrado à margem de uma garantia típica, constituindo-se ele próprio numa garantia atípica⁹².

A principal característica desta figura consiste na transferência da propriedade, porquanto se transmite a propriedade de um bem para o credor, ficando essa transferência sujeita ao requisito de verificação de uma determinada eventualidade, que será o incumprimento do devedor, ou seja, o incumprimento da obrigação do devedor. Verifica-se, portanto, a existência de uma coligação entre a transferência da propriedade do bem e a relação creditícia, que normalmente é constituída por um contrato de mútuo. Temos, por isso, uma relação jurídica garantida e uma relação jurídica de garantia, sendo a primeira principal e a segunda acessória. O legislador vê o pacto comissório

⁹⁰ Cricenti, Giuseppe, “I Contratti in Frode Alla Legge”, 2ª ed., Giufrè Editore, 2008, pág. 74.

⁹¹ A lei proíbe expressamente o pacto comissório associado à hipoteca, artigo 694º, ao penhor, à consignação em rendimentos e aos privilégios creditórios, artigos 678º, 665º e 753º do CC.

⁹² O pacto comissório autónomo não está associado a uma garantia real prevista no ordenamento jurídico. Pode revestir, por exemplo, a natureza de uma condição suspensiva, ou uma condição resolutiva, em que as partes acordam que se o devedor cumprir a obrigação que está adstrito o bem transferido para o credor reingressará ao património do devedor, caso o devedor não cumpra a obrigação a aquisição do bem por parte do credor tornar-se-á definitiva.

como uma operação negocial complexa, constituído por três negócios jurídicos: o contrato de financiamento, o contrato de garantia e, por fim, o pacto comissório⁹³.

A especificidade do pacto comissório reside no facto de permitir ao credor fazer seu o bem que lhe foi destinado à margem do processo executivo, ou seja, em vez de adquirir uma preferência sobre o valor da coisa, o credor adquire a sua propriedade.

Por ser nulo, o pacto comissório não produz quaisquer efeitos⁹⁴. Porém, deve respeitar as regras especiais de tutela de terceiro de boa-fé desde que tenha efetuado registo sobre o bem em causa⁹⁵. Por se tratar de uma nulidade, corresponde a um interesse geral e pode ser arguida a todo o tempo, por qualquer interessado.

2.2. Fundamentos da sua proibição

A doutrina expõe vários fundamentos para a proibição da figura do pacto comissório. De acordo com JANUÁRIO DA COSTA GOMES⁹⁶, “a *ratio* da proibição do pacto comissório é plúrima e complexa.”

A doutrina tem chegado à conclusão de que poderão ser quatro os fundamentos desta proibição: a tutela do devedor, a tutela do princípio *par conditio creditorum*, a proibição da autotutela e a inderrogabilidade do procedimento judicial e, por último, a proibição da usura e a ilegalidade⁹⁷.

REMÉDIO MARQUES⁹⁸ segue o fundamento dos quatro pilares, defendendo que esta proibição pretende evitar a violação do princípio da *par conditio creditorum*, plasmado no art. 604º do CC. Depois, tem em vista prevenir que o credor se aproprie da

⁹³ O pacto comissório elimina o risco económico de toda esta operação negocial, pois existe a certeza de que a qualquer momento o credor vai ser satisfeito com a restituição do montante mutuado ou então com a possibilidade de adquirir o bem dado em garantia.

⁹⁴ Cfr. arts 280º nº1, 294º, 286º e 289º do CC.

⁹⁵ Art. 291º do CC.

⁹⁶ Gomes, Januário da Costa, “Assunção Fidejussória de Dívida; Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador”, Almedina; Coimbra, 2000, pág.94.

⁹⁷ Há também quem defenda que os fundamentos da proibição do pacto comissório não se baseiam em quatro pilares mas sim em três: a tutela do devedor, tutela do princípio *par conditio creditorum* e a tutela dos interesses gerais. Cfr. Januário da Costa Gomes, ob. cit. pág. 94-95.

⁹⁸ Remédio Marques, João Paulo Fernandes, “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. 77, 2001, págs. 575-632.

coisa dada em garantia, para assim garantir a dívida garantida, uma vez que o valor do bem dado em garantia será superior ao montante garantido. Em seguida, pretende assegurar o monopólio estatal no que toca à execução forçada dos deveres de prestar e, por último, promover a correção negocial, afastando-se, assim, comportamentos que coloquem em risco a posição, já débil, do devedor.

2.2.1. Tutela do devedor

Este fundamento é aquele que, na doutrina, granjeia maior consenso, pois existe a necessidade de o legislador proteger a parte mais fraca, de forma a evitar que haja um aproveitamento por parte do credor. O que o legislador pretende, ao proibir esta figura, é prevenir que o devedor fique numa posição de subordinação em relação ao credor, pois que, devido à sua necessidade de financiamento, aceita qualquer imposição que o credor lhe faça, não se estipulando livremente o conteúdo do contrato.

Refere-se, igualmente, o princípio da proporcionalidade. Segundo FELIU REY “la doctrina, desplazara y encontrara el fundamento de dicha prohibición en los principios de proporcionalidade y de tutela a la parte mais débil.”⁹⁹ Entre nós, VAZ SERRA¹⁰⁰ admite o princípio da proporcionalidade ao afirmar que há uma desproporção entre o benefício injustificado para o credor (que adquire um bem de valor superior ao do crédito) e a necessidade do devedor que, para obter o financiamento, facilmente consentiria no pacto comissório. ROPPO¹⁰¹ não concorda com a relevância do princípio da proporcionalidade, pois afirma que o pacto comissório é nulo independentemente de qualquer averiguação do efetivo estado de inferioridade do devedor e da coação exercida sobre ele, assim como do efetivo aproveitamento pelo credor sobre o bem.

No entanto, como de resto se verifica em todas as teses, encontramos debilidades que merecem ser esplanadas. Refira-se, desde logo, o art. 405º, que consagra o princípio da liberdade contratual¹⁰². De acordo com este princípio, o credor e o devedor têm o

⁹⁹ Feliu Rey, ob. cit., pág. 72.

¹⁰⁰ Serra, Vaz, “Penhor”, in BMJ, nº 58, Lisboa, julho de 1956, pág. 217.

¹⁰¹ Roppo, Enzo, La responsabilitá patrimoniale del debitore, pág. 436, in “Trattato di Diritto privato”, nº 19, apud, FEIU REY, Ob cit., pag.71 e segs.

¹⁰² “Nas palavras de Antunes Varela (Das Obrigações em Geral, Vol. I, pág. 211/213, 3.ª edição) a liberdade de contratar implica que as pessoas sejam livres na decisão de contratar, na escolha da pessoa

poder de livremente celebrarem o contrato que entenderem, desde que respeitem os princípios e as normas imperativas.

Outra debilidade consiste na modalidade de invalidade prevista para o pacto comissório. Poderá não se identificar, facilmente, a existência de um interesse público. De acordo com ISABEL ANDRADE DE MATOS¹⁰³, os regimes são da nulidade e da anulabilidade são distintos. Como se retira do art. 694º do CC, a sanção é a nulidade e não a anulabilidade. Pode, então, dizer-se que a proteção do devedor não constitui o fundamento da proibição em apreço. O pacto deveria ser anulável e não nulo, se fosse o fundamento da respetiva proibição.

2.2.2. Usura

O pacto comissório depara-se, desde logo, com um juízo de imoralidade, sobre o seu conteúdo. Este fundamento da respetiva proibição surge na sequência daquela tutela do devedor, pois trata-se da exploração da situação de inferioridade do devedor¹⁰⁴.

A nossa doutrina sustenta este fundamento da usura e da imoralidade, pois invoca um perigo de locupletamento do credor face ao devedor, uma vez que o bem dado em garantia tem um valor superior ao crédito. ANTUNES VARELA¹⁰⁵ é a voz que defende esse fundamento da proibição do pacto comissório. O autor afirma que a proibição desta figura se identifica com *a ratio* da norma, do art. 1146º do CC, que proíbe a usura no nosso ordenamento, assim como com a condenação dos negócios usuários.

Porém, também este fundamento é susceptível de críticas. Em primeiro lugar, com base em argumentos históricos, se a usura constituísse o fundamento da proibição do pacto comissório, os dois institutos teriam que ter o mesmo fim, o que não acontece.

com quem hajam de contratar e na própria retratação, enquanto a proposta não chegue ao destinatário, bem como de criarem o próprio contrato, valendo, perante a lei, como instrumento jurídico vinculativo para ambas as partes, sendo esta liberdade contratual um corolário da autonomia privada, concebida como o poder que os particulares têm de fixar, por si mesmos, a disciplina jurídica dos seus interesses”, in Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, 03-12-2009, Relator Adalberto Ruço.

¹⁰³ Matos, Isabel Andrade de, ob. cit. Pág.60 e 61.

¹⁰⁴ Matos, Isabel Andrade de, ob. cit., pág.62 e seguintes.

¹⁰⁵ Antunes Varela, “Das obrigações em Geral”, vol. II, 7ª edição, Almedina, Coimbra 1997, pág. 555.

No que diz respeito à usura, passou-se de uma proibição absoluta de estipulação de juros no contrato de mútuo, para uma permissão dessa estipulação desde que não sejam juros usuários, enquanto a proibição do pacto comissório se manteve.

Por outro lado, a lei sanciona a usura com a anulabilidade, enquanto o pacto comissório é ferido de nulidade. Se, efetivamente, a usura fosse fundamento da proibição do pacto comissório deveríamos ter a mesma modalidade de invalidade, o que não se verifica.

Deste modo, *a ratio* da usura não constitui, efetivamente, fundamento da proibição do pacto comissório.

2.2.3. Inderrogabilidade do procedimento judicial

Invoca-se aqui a ordem pública e económica, que impede a atribuição ao credor de poderes incontroláveis para a satisfação do seu interesse. Está em causa a inadmissibilidade da convenção que atribui ao credor um poder de autotutela e de autossatisfação do seu crédito. Esta posição, que assim fundamenta a proibição do pacto comissório, baseia-se em razões estritamente processuais e nas regras gerais em matéria das garantias das obrigações.

O fundamento principal desta tese é a exclusividade do Estado na prossecução da função executiva, como afirma ISABEL ANDRADE DE MATOS¹⁰⁶ “A proibição da autodefesa é certamente uma conquista da humanidade e está na origem da garantia no acesso ao Direito e aos Tribunais.” Segundo a autora, esta é a garantia mais importante e fundamental de todas, porque é dela que dependem todos os outros direitos, liberdades e garantias.

Os defensores desta corrente baseiam-se no argumento da proibição da autodefesa, porque se não fosse garantido o acesso ao direito e aos tribunais, apenas a

¹⁰⁶ Matos, Isabel Andrade de, ob. cit., pág.64 e 65.

autodefesa permitiria aos contraentes salvaguardar o seu direito. Esta corrente foi criada por BETTI e é no nosso ordenamento, seguida por LEBRE FREITAS¹⁰⁷.

Porém, também esta tese foi alvo de críticas. A primeira reside na natureza das normas que ferem de nulidade o pacto comissório. Pois uma vez erigido o princípio da inderrogabilidade do procedimento judicial em fundamento da proibição do pacto comissório, esquece-se que o mesmo não passa da manifestação processual de princípios consagrados em normas substantivas. E que este princípio nasceu com o propósito de proteger o interesse do devedor e dos demais credores do devedor.

Por outro lado, a tese em apreço baseia-se em normas substantivas em vez de adjetivas. Como nos diz CLÁUDIO VARRONE¹⁰⁸ “se fosse este o fundamento da proibição do pacto comissório não se compreenderia porque é que tal proibição se encontra prevista nas normas que regulam as garantias reais e não está antes inserida nas regras que disciplinam a responsabilidade patrimonial e a execução do devedor.”

Por último, está em causa o princípio da exclusividade do Estado. Na verdade, este princípio, no que respeita ao exercício da ação executiva, não é absoluto, pois conhece exceções. Por conseguinte, não pode determinar a proibição do pacto comissório, uma vez que a validade deste pacto poderia ser uma exceção a esse princípio.

Para FELIU REY¹⁰⁹, a celebração do pacto comissório não impede as partes de recorrer ao tribunal, porque a decisão final de qualquer litígio existente entre os outorgantes do pacto cabe a esse órgão de soberania. Logo, não faz sentido fundamentar a proibição do pacto comissório na inderrogabilidade do procedimento judicial.

2.2.4 Princípio *Par Conditio Creditorum*

A este propósito refere-se a subtração de bens à garantia geral de todos os credores, ou seja, mediante o pacto comissório celebrado entre devedor e credor podem

¹⁰⁷ Freitas, José Lebre “Introdução ao Processo Civil - Conceitos e Princípios Gerais”, Coimbra Editora, 2013, pág. 62 e 63.

¹⁰⁸ Varrone, Cláudio in “II Trasferimento della Proprietá a Scopo di Garanzia, Napoli, 1968, pág. 57, apud Matos, Isabel Andrade de, ob. cit. pág. 67.

¹⁰⁹ Feliu Rey, ob. cit., pág. 82

subtrair-se bens à garantia geral. Este princípio decorre do art. 604º do CC. Para que o pacto comissório fosse admissível, este princípio seria posto em causa, uma vez que não são compatíveis. Assim, para salvaguardar a garantia geral dos credores, o pacto comissório tem que ser proibido.

De acordo com ISABEL ANDRADE DE MATOS¹¹⁰, “esta tese comporta duas grandes insuficiências.” A primeira, tem a ver com os poderes de disposição que o devedor tem ao seu dispor. A autora afirma mesmo que “perfilhar este entendimento equivaleria a estabelecer uma inadmissível limitação ao poder de disposição dos bens ao devedor.”, pois todo e qualquer ato de disposição pode importar uma diminuição da garantia patrimonial dos seus credores e, como tal, deve ser proibida.

A segunda traduz-se na falta de utilidade da proibição do pacto comissório. É que esta tese descarta os diversos meios¹¹¹ que a lei faculta ao credor para este salvaguardar os seus direitos quando a outra parte aliene o património.

Assim, por si só, esta tese não pode vingar, não sendo suficiente para justificar a proibição do pacto comissório.

Finda a explanação dos fundamentos que proíbem o pacto comissório, podemos tentar chegar a uma conclusão. Seguimos a posição de ISABEL ANDRADE DE MATOS¹¹², que afirma não podermos escolher apenas uma das teses, deveríamos aceitar a coexistência de vários fundamentos para esta proibição. A autora assenta a sua posição em dois grandes pilares “a proibição do pacto comissório emerge primacialmente da necessidade de acautelar o devedor por parte de abusos do credor, mas também do interesse social em evitar a disseminação do pacto comissório.” Pois a tutela do devedor tem que ser um fundamento primacial, não só por razões históricas, uma vez que a proibição deste pacto decorreu da necessidade de defesa do devedor, mas também por razões teleológicas, já que esta proibição é válida como defesa do devedor face ao credor. Contudo, temos que ter em conta as críticas dirigidas a esta tese e enquadrar outras que integram igualmente este fundamento. Contudo, a autora considera que a cominação da nulidade em vez da anulabilidade constitui um argumento para

¹¹⁰ Matos, Isabel Andrade de, ob. cit., pág. 70, 71.

¹¹¹ Art. 605º e seguintes do CC; declaração de nulidade, sub-rogação do credor ao devedor, impugnação pauliana e o arresto.

¹¹² Matos, Isabel Andrade de, ob. cit., pág. 73 e seguintes.

completar o fundamento da proibição. Segundo BIANCA¹¹³, “o pacto comissório é um instituto de tal modo perigoso que a simples possibilidade de ser utilizado em detrimento do devedor e dos seus credores impõe absolutamente a sua proibição.”

2.3. Pacto marciano

O pacto marciano é uma convenção pela qual no caso de o devedor não cumprir a sua obrigação na data do respetivo vencimento, a propriedade dada em garantia se transfere para o credor, mediante preço justo^{114 115}.

Neste pacto, os trâmites de execução da garantia não correspondem aos previstos na lei, uma vez que a propriedade do bem do devedor se transfere diretamente para o património do credor, na hipótese de o devedor não cumprir a sua obrigação na data do vencimento. No caso de o bem ter valor superior ao montante da dívida, o credor está obrigado a restituir, ao devedor, o valor correspondente à diferença entre o valor do bem e o da dívida¹¹⁶. Se o bem tiver valor inferior à dívida garantida, esta dívida só se extingue parcialmente, ficando o devedor obrigado a restituir o restante montante do crédito.

Conforme ISABEL ANDRADE DE MATOS, para haver um “preço justo” do bem dado em garantia é necessário proceder à sua avaliação. Esta avaliação deve ser efetuada por um terceiro neutro perante a questão controvertida, segundo critérios de carácter objetivo e mediante as regras de mercado. Este terceiro pode ser designado pelas partes por acordo comum, para que fiquem salvaguardados os direitos do devedor e dos demais credores. O momento temporal de referência para a avaliação é o do

¹¹³ Bianca, *Il divieto del patto comissório*, 2013

¹¹⁴ Matos, Isabel Andrade de, *ob. cit.*, pág.82 e seguintes.

¹¹⁵ Afonso, Ana in *A Condição, Reflexão crítica em torno dos subtipos de compra e venda*, Universidade Católica Editora, Porto, 2014, pág. 488, diz-nos que, interpretado deste modo, tem-se defendido a validade do pacto comissório quando se assegure a restituição ao devedor do excesso do valor do bem em relação ao crédito garantido.

¹¹⁶ O excedente reverte para o devedor. Por exemplo, no caso de o devedor entregar um bem de 10000€ para garantir uma dívida de 5000€, se o bem for avaliado em 10000€, o credor terá que entregar 5000€ ao devedor de forma a cumprir o pacto marciano.

vencimento da obrigação, pois só nesse momento é que encontramos o devedor numa situação de inferioridade negocial face ao credor¹¹⁷.

Outra questão que se coloca relativamente a esta convenção tem a ver com a sua validade. Antes de mais, não há desequilíbrio entre os interesses em jogo, isto é, não podemos considerar o fundamento da necessidade da tutela do devedor subjacente à proibição do pacto comissório, que levaria à nulidade. No pacto marciano há um equilíbrio entre o valor do bem dado em garantia e o valor da dívida garantida. Também não podemos considerar imoral a pretensão do credor ao celebrar o pacto marciano, uma vez que este não vai receber mais do que aquilo que lhe é devido^{118 119}.

Assim, atualmente, tanto a doutrina nacional¹²⁰ como a estrangeira¹²¹ vêm pronunciar-se pela admissibilidade deste pacto¹²². Contudo, esta admissibilidade depende de dois requisitos: a restituição do excesso apurado entre o valor do bem e a dívida garantia por parte do beneficiário ao prestador¹²³ e um mecanismo pautado por critérios de atualidade, que determine o eventual valor a devolver ao prestador da garantia, evitando assim a possibilidade de o credor se apropriar de uma valor superior ao seu crédito.

O pacto marciano seria e é idóneo para reequilibrar os negócios em que esteja presente um pacto comissório, uma vez que não fere de nulidade o acordo entre as partes, operando *ope legis*. Este mecanismo, encontra-se plasmado no Decreto-lei nº 105/2004, no art. 11º¹²⁴, para os contratos de garantia financeira.

¹¹⁷ Matos, Isabel Andrade de, ob. cit., pág. 83.

¹¹⁸ Matos, Isabel Andrade de, ob. cit., pág. 84.

¹¹⁹ Não se pode atribuir ao credor qualquer intuito de se aproveitar de uma necessidade e posição de inferioridade do devedor, uma vez que esta não se verifica. A avaliação permite que tanto o credor como o devedor possam receber aquilo que prestaram, ou seja, a dívida fica liquidada no montante devido.

¹²⁰ Entre nós, defendem a sua admissibilidade, JANUÁRIO GOMES, REMÉDIO MARQUES, JÚLIO GOMES, ISABEL ANDRADE DE MATOS.

¹²¹ Em Itália encontramos defensores como FRANCO ANELLI, BIANCA. Em Espanha, L. FERNANDO REGLERO CAMPO, FELIU REY, RAMÓN DURÁN RIVACOBÁ.

¹²² BIANCA reconhece a licitude e validade do pacto marciano, enquanto fere de invalidade e ilicitude o pacto comissório. Para o efeito invoca a equivalência entre o valor do débito garantido e o valor do bem dado em garantia: enquanto no pacto comissório essa equivalência é meramente eventual, no pacto marciano essa equivalência encontra-se no conteúdo típico do contrato. “Pacto comissório”, NssD, XII, Utet, Unione Tipografico-Torinese, Torino, 1976, págs. 718-718, Apud, Antunes, Ana Filipa Morais, “O Contrato de Locação Financeira Restitutiva”, Universidade Católica Editora, Lisboa 2008, pág. 39.

¹²³ Pode resultar do art. 11º do DL nº 105/2004.

¹²⁴ Art. 11.º - “1. No penhor financeiro, o beneficiário da garantia pode proceder à sua execução, fazendo seus os instrumentos financeiros dados em garantia:

3. (In)Compatibilidade entre a proibição do pacto comissório com a alienação fiduciária em garantia

A consagração de figuras como a hipoteca ou o penhor quase conduziu ao esquecimento da alienação fiduciária em garantia, quer na prática contratual, quer na doutrina e jurisprudência. A alienação fiduciária em garantia encontra o seu fundamento no princípio da liberdade contratual.

A alienação fiduciária em garantia, nas palavras de LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS¹²⁵, não constitui qualquer novidade introduzida pelo DL n° 105/2004, de 8 de maio, uma vez que já existiam no nosso sistema diversas figuras típicas que consistem em verdadeiros negócios fiduciários em garantia¹²⁶.

O aspeto inovador desta figura reside no seu regime, no que diz respeito à retransmissão do objeto de garantia e ao seu tratamento na insolvência do devedor. LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS¹²⁷ afirma que “o elemento central é a transmissão de um direito – e não, como se diz no art. 2º, nº2, do DL n° 105/2004, de 8 de maio, da propriedade, porque podemos estar simplesmente, face a uma cessão de créditos – com a função de assegurar uma obrigação: a obrigação financeira garantida.” O autor vai mais longe dizendo que a lei se foca exclusivamente neste aspeto, deixando na sombra o contrato de onde emerge a obrigação garantida.

JANUÁRIO DA COSTA GOMES define alienação fiduciária em garantia como 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.”¹²⁸. Através do pacto

-
- a) Se tal tiver sido convencionado pelas partes;
b) Se houver acordo das partes relativamente à avaliação dos instrumentos financeiros.
2. O beneficiário da garantia fica obrigado a restituir ao prestador o montante correspondente à diferença entre o valor do objeto da garantia e o montante das obrigações financeiras garantidas.
3. O disposto na alínea b) do n.º 1 não prejudica qualquer obrigação legal de proceder à realização ou avaliação da garantia financeira e ao cálculo das obrigações financeiras garantidas de acordo com critérios comerciais razoáveis.”

¹²⁵ Vasconcelos, Luís Miguel Pestana, Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Volume II Almedina, pág.1294 e segs.

¹²⁶ Por exemplo, o reporte e a locação financeira. O reporte é mesmo considerado uma modalidade de contrato de alienação fiduciária em garantia (art. 2º, nº3, do DL n° 105/2004, de 8 de maio).

¹²⁷ Vasconcelos, Luís Miguel Pestana, ob cit., pag. 1295.

¹²⁸ Gomes, Januário da Costa, ob. cit., pags 86 e 87.

fiduciário de garantia, o credor vincula-se a retransmitir o bem ao devedor, uma vez esgotada a garantia, ou seja, no momento da satisfação do crédito.

O que está em causa é que não se trata de um verdadeiro direito real de garantia, pois que o credor assume a propriedade plena do bem. Isto é, o devedor transfere a propriedade do bem, para que o credor possa obter a realização do seu crédito em caso de incumprimento. Todavia, ao invés de exercer os poderes que integram o direito de propriedade, o credor limita o exercício desse direito à hipótese de incumprimento da obrigação garantida. O bem poderá continuar a ser utilizado pelo devedor, apesar de transmitir o respetivo direito de propriedade para o credor.

Em caso de incumprimento por parte do devedor, o credor pode ficar com o bem ou pode voltar a aliená-lo e, neste caso, satisfaz o seu crédito com o produto da venda. Porventura, o credor deverá restituir ao devedor o eventual remanescente. Não sendo uma garantia acessória da obrigação principal, o beneficiário da garantia adquire e conserva a propriedade do bem, mesmo que a obrigação principal não se venha a constituir ou até mesmo quando esta se extinga. Ou seja, na ausência de acessoriedade estabelecida pelas partes, se a obrigação principal se extinguir, o devedor poderá sempre recorrer ao instituto do enriquecimento sem causa, uma vez que o credor conserva a propriedade do bem.

Impõe-se levar em linha de conta que os meios de reação do fiduciante contra a infidelidade¹²⁹ do fiduciário se deparam com o carácter interno e estritamente obrigacional do *pactum fiduciae*. JANUÁRIO DA COSTA GOMES¹³⁰ afirma que, ao escolher a alienação em garantia, o fiduciante está a correr um risco assumido, pois pretere figuras diretas de garantia, como o penhor ou a hipoteca, e até mesmo outras figuras igualmente de alienação, como a venda a retro.

O nosso legislador circunscreveu, de acordo com ISABEL ANDRADE DE MATOS¹³¹, o regime aplicável à alienação em garantia a apenas duas disposições do referido diploma legal. A autora afirma que isto se deve às próprias características da figura em apreço, uma vez que não faz sentido reconhecer a possibilidade de as partes atribuírem ao beneficiário um direito de disposição sobre o respetivo objeto, já que esse

¹²⁹ Infidelidade pois estamos perante um contrato em que é baseado na confiança.

¹³⁰ Gomes, Januário da Costa, ob. cit., pág. 89.

¹³¹ Matos, Isabel Andrade de, ob. cit., pág. 188.

direito subjaz à própria alienação fiduciária em garantia através da transferência da propriedade do bem.

O art. 14º atende aos diversos deveres a que o beneficiário fica adstrito até à data acordada para o cumprimento das obrigações financeiras. Contudo, só se deve observar esta norma quando o prestador da garantia tiver cumprido as suas obrigações. Se o prestador não cumprir até à data acordada, o beneficiário não tem que restituir a garantia financeira nem objeto equivalente (alínea a) do art. 14º), nem tem de entregar a “quantia em dinheiro correspondente ao valor que o objeto da garantia tem no momento do vencimento da obrigação” (alínea b) do art. 14º) e nem de “livrar-se da sua obrigação por meio da compensação” (alínea c) do art. 14º).

Em caso de incumprimento por parte do devedor, a propriedade do bem dado em garantia consolida-se na esfera jurídica do beneficiário da garantia. Contudo, é necessário proceder à avaliação do bem no momento do vencimento da obrigação garantida, nos termos do art. 11º do referido diploma, ficando o beneficiário obrigado a restituir o remanescente.

No art. 15º encontra-se uma remissão legal para o art. 12º do mesmo regime, que concerne à possibilidade de convencionar o vencimento antecipado da obrigação de restituição do beneficiário e a sua devida compensação.

Segundo JANUÁRIO DA COSTA GOMES¹³², a maior dificuldade suscitada pela validade da alienação fiduciária em garantia reside na sua harmonização com a proibição do pacto comissório. O autor reconhece que são dois institutos muito próximos, dado que em ambos os casos existe uma alienação e tal alienação tem escopo de garantia.

No pacto comissório adjacente ao penhor ou à hipoteca ou até mesmo à consignação de rendimentos¹³³, a transferência de propriedade do bem dado em garantia não ocorre no momento da celebração do pacto, ficando dependente do incumprimento do devedor, o que evidencia uma diferença relativamente ao que ocorre na alienação em garantia, onde a transferência de propriedade obedece à regra da transferência

¹³² Gomes, Januário da Costa, ob. cit., pág. 90.

¹³³ São os casos contemplados na lei, embora o autor admita que se pode equacionar a questão da validade do pacto, fora desse âmbito.

automática. O pacto comissório corresponde a uma alienação, só que condicionada ao incumprimento do devedor, incumprimento esse que funciona como condição suspensiva da aquisição pelo credor.

O autor reforça a ideia de que a justificação da validade da alienação em garantia tem de ser encontrada na *ratio* da proibição do pacto comissório. Pois que, na ausência desta análise, “a mera invocação da incoincidência dos momentos de transferência de propriedade soa mais a alibi do que a argumento.”

A proibição do pacto comissório justifica-se não só na necessidade de proteger o devedor face a eventuais extorsões por parte do credor, identificando-se com o preceito legal que pune a usura (art. 1146º do CC), assim como com o pensamento subjacente à condenação dos negócios usuários (art. 282º do CC). Todavia, há sempre o argumento de ordem sistemática, defendido por ROPPO, de que a tutela de quem contrata em estado de necessidade ou coagido não se encontra na nulidade do negócio. Daí não se poder afirmar que a proibição deste pacto tem um único fundamento. Há que conciliar os vários fundamentos aventados para proibir o pacto comissório.

Assim, tendo diversos fundamentos, mencionados *supra*, a proibição do pacto comissório é deveras complexa, uma vez que se verifica a necessidade de proteger o devedor perante o credor, assim como a necessidade de não falsear a garantia geral dos credores.

Deste modo, JANUÁRIO DA COSTA GOMES sustenta que “a sanção da nulidade estabelecida no art. 694º 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 figura de referência.”¹³⁴ Afigura-se pois indiferente que a transferência da propriedade fique sujeita à condição suspensiva do incumprimento ou que, como ocorre na alienação em garantia, a transferência da propriedade fique consolidada com o incumprimento, não tendo então o credor de fazer regressar o bem ao património do devedor. Se não se encontrassem outras diferenças entre as figuras, chegaríamos à conclusão de que ambas são proibidas por lei.

¹³⁴ Gomes, Januário da Costa, ob. cit, pág 94.

Contudo, esta conclusão é demasiado rígida e incoerente, uma vez que o nosso ordenamento jurídico admite figuras como a venda a retro, a venda com reserva de propriedade e a locação financeira em sede de transferência de propriedade com o escopo de financiamento e de garantia. Importa, então, considerar o absurdo de a norma do art. 694º do CC ser ao mesmo tempo uma norma geral e uma norma excepcional. Como norma geral do quadro das garantias especiais, pressupõe-se que a programada transferência da coisa surge em garantia do cumprimento de uma outra obrigação, isto é, requer-se uma pluralidade de relações. Neste âmbito, a aplicação da proibição do pacto comissório aos casos em que os sujeitos visam a transferência da propriedade com função de garantia é de aplicação direta, aplicação essa suscetível de prejudicar a validade de algumas vendas a retro e, por consequência, a validade da alienação fiduciária em garantia.

Porém, JANUÁRIO DA COSTA GOMES¹³⁵, não aceita, sem mais, estas conclusões, pois que, apesar da “plúrima ratio que preside à proibição do pacto comissório, o seu “leitmotiv” parece ser, conforme tem destacado a doutrina nacional, uma certa tutela do devedor em termos similares à que tem lugar no quadro da proibição dos negócios usuários.” Melhor dizendo, o que a norma pretende evitar é o aproveitamento da debilidade do devedor, o que nos leva ao momento em que se avalia o montante do débito e o valor do bem, só devendo ser tratada como venda comissória aquela em que a função de garantia se traduz numa “vantagem injustificada” para o credor.

Para o autor é esta a interpretação que melhor se harmoniza com a proibição do pacto comissório. O que se pretende evitar não é aquisição pelo credor insatisfeito, mas sim o aproveitamento da debilidade do devedor. A alienação fiduciária em garantia é válida desde que se verifique uma equivalência entre o valor do bem alienado e o montante da dívida. Para que isto aconteça, é necessário que o devedor fique em condições de controlar ou dominar a diferença entre o bem e o quantum do débito¹³⁶.

¹³⁵ Gomes, Januário da Costa, ob. cit., pág. 96.

¹³⁶ Gomes, Januário da Costa, ob. cit. pág.96.

Por seu turno, de acordo com LUÍS A. CARVALHO FERNANDES¹³⁷, para evitar que a *fidúcia cum creditore* defraude a proibição do pacto comissório, deve exigir-se que, no negócio correspondente, se introduzam disposições semelhantes àquelas de que emerge a obrigação de restituição no pacto marciano. Assim se protege mais eficazmente o devedor em caso de possível locupletamento injustificado por parte do credor. Sem esta estipulação, o autor considera que a transmissão atípica com função de garantia é nula.

Em nossa opinião, a alienação fiduciária em garantia nada tem a ver com pacto comissório. Na verdade, enquanto o último pressupõe uma alienação cujos feitos estão condicionados a um facto futuro e incerto, na alienação fiduciária em garantia a transferência da propriedade dá-se imediatamente. A fronteira, relevante para a vaidade, que distingue estas duas figuras consiste no momento da transmissão do direito: se a propriedade se transmite imediatamente, o acordo de garantia é válido, uma vez que não viola a proibição constante no art. 694º do CC, que estabelece a nulidade da transmissão da propriedade como consequência do incumprimento.

Afigura-se, nesta sede, relevante averiguar o interesse prosseguido: se este corresponde ou não ao interesse tipificado. A conclusão deve depender de um juízo concreto de analogia entre a proibição do pacto comissório e a intencionalidade do negócio fiduciário. A alienação fiduciária em garantia só poderá ser admitida nos casos em que se assegure um controlo de proporcionalidade entre o valor do objeto dado em garantia e o valor da dívida garantida. Assim, importante é perceber a intenção que as partes têm ao celebrar o negócio. Havendo correspondência entre o valor do bem alienado e o valor da dívida garantida, ou seja, salvaguardado o controlo da relação da dívida com o valor do bem através de uma avaliação independente, justa e objetiva, concluimos pela admissibilidade da alienação fiduciária em garantia. Porém, nada impede, segundo ISABEL ANDRADE DE MATOS¹³⁸ “que o devedor invoque a invalidade da alienação em garantia quando se verifiquem os pressupostos consagrados no artigo 282º do CC.”, ou que a alienação seja inválida quando se tente contornar a proibição do pacto comissório, caso em que haverá fraude à lei.

¹³⁷ A Admissibilidade do Negócio Fiduciário no Direito Português, in Estudos sobre a simulação, QUID JURIS, Lisboa, 2004; sep. in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II, STVDIA IVRIDICA, 91, BFDUC, Coimbra Editora, 2009, págs. 225 e segs, apud, Isabel Andrade de Matos, ob. cit. pág 193 e segs.

¹³⁸ Matos, Isabel Andrade, ob. cit. pág. 194.

Seguimos o modelo da doutrina italiana, fazendo depender o juízo de licitude ou ilicitude da alienação em garantia não apenas do momento da transferência da propriedade, mas também de outros indícios de natureza material. Assim, premir-se-á o gatilho da nulidade quando haja uma relação obrigacional garantida de modo oculto, ou seja, quando as partes pretendam simular um negócio, quando se prevê uma transferência automática para o credor de um direito real sem ter havido a possibilidade de negociar os aspetos económicos e, por fim, quando se verifique um nexo funcional entre o incumprimento e transferência do direito real.

Por último, deve ter-se em conta que a proibição do pacto comissório é entendida como mecanismo de tutela do devedor. Porém, se se dificultar a criação de novas garantias que concedam um forte sentimento de segurança ao credor, não se estará a prejudicar o devedor? Parece que sim e, por isso, a utilização da propriedade como garantia, transmitida antes ou depois do incumprimento, será o meio mais eficiente de tutela da posição creditícia, estando assim os detentores do capital mais seguros e confiantes na concessão de crédito, conseqüentemente, o devedor terá maior facilidade ao acesso ao crédito, assim como a juros mais baixos, facilitando o cumprimento rigoroso dos contratos de financiamento.

Conclusão

O presente estudo teve como principal objetivo uma reflexão sobre a compatibilidade da alienação fiduciária em garantia com a proibição do pacto comissório.

Uma abordagem histórica permitiu-nos analisar a evolução do negócio fiduciário que, inicialmente se pautava pela confiança existente entre fiduciário e fiduciante, uma vez que não havia uma ação real para reaver o bem alienado fiduciariamente. A consideração da influência do direito germânico foi essencial para a compreensão dos elementos dessa figura. A importância deste tipo de negócios decorre da sua versatilidade, da sua adaptabilidade aos diversos ordenamentos jurídicos, em vista da satisfação das exigências das sociedades modernas, colmatando lacunas e consentindo o aparecimento de novas figuras com base fiduciária. Referimos, neste contexto, o exemplo de fidúcia recentemente introduzida no ordenamento jurídico francês, a *fiducie sûreté*.

Em virtude de o ordenamento jurídico nacional não os prever enquanto tal, podemos qualificar os negócios fiduciários como negócios atípicos. A doutrina admite a sua validade ao abrigo do princípio da autonomia privada e da liberdade contratual.

O grande obstáculo que encontramos no nosso estudo consiste na harmonização dos negócios fiduciários, nomeadamente da alienação em garantia, com a proibição do pacto comissório. O legislador consagra, no art. 694º do CC, a proibição do pacto comissório, estabelecendo que “é nula (...) a convenção pela qual o credor fará sua coisa onerada no caso de o devedor não cumprir.” Tendo em conta a variedade e a complexidade dos fundamentos que subjazem à proibição deste pacto, consideramos que todos eles (tutela do devedor, usura, inderrogabilidade do procedimento judicial, princípio *par conditio creditorum*) devem ser conjugados de forma a compreender adequadamente esta proibição, uma vez que se completam entre si. Atualmente, a razão de ser desta proibição adapta-se mais no interesse geral do tráfego jurídico do que nos intervenientes jurídicos, ou seja no devedor e no credor. Daí que o legislador tenha previsto a forma mais grave de invalidade (nulidade) para a violação deste pacto.

A proibição do pacto comissório não implica a do pacto marciano. Muito pelo contrário, o pacto marciano é válido, pois que beneficiário da garantia se obriga, em caso de incumprimento do devedor, a restituir ao prestador da garantia a diferença entre o valor do bem e o valor da dívida garantida.

É desta premissa que partimos para a compatibilidade da alienação fiduciária em garantia com a proibição do pacto comissório. Levamos em devida linha de conta o momento da transferência da propriedade: enquanto na alienação em garantia ocorre automaticamente com a celebração do negócio, no pacto comissório tem lugar só no momento do incumprimento do devedor. Deste modo, não podemos preconizar a inadmissibilidade da alienação em garantia, já que o credor não pretende colocar o devedor numa posição de inferioridade, pois que a transferência não depende de um facto incerto e futuro.

O critério a ter em conta para apurar a (in)compatibilidade entre estas duas figuras deve ser um critério funcional, que privilegie a intenção das partes ao selecionarem um determinado negócio jurídico. Esta posição necessita de uma análise casuística da intenção, ou não, das partes de celebrar um negócio ilícito. Se as partes celebrarem negócios fiduciários em fraude à lei, estes devem ser considerados nulos. Se assim não for, as partes celebram um negócio de alienação fiduciária em garantia válido e eficaz. Celebrada a alienação fiduciária em garantia, o credor terá que restituir ao prestador da garantia, em caso de incumprimento do devedor, a diferença entre o valor do bem e o valor da dívida.

Bibliografia

AFONSO, Ana (2014) – *A condição. Reflexão crítica em torno dos subtipos de compra e venda*, Porto, Universidade Católica editora;

ALBUQUERQUE, Pedro de (2015) - *Direito das Obrigações - Contratos em Especial*, Vol. I, Tomo I, Almedina;

ALMEIDA, Carlos Ferreira (2011) – “Alienação da propriedade em garantia”, in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Vol. I, Universidade Católica Editora;

ANDRADE, Manuel (1997) – *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol.I, Coimbra, Almedina;

ANDRADE, Margarida Costa (2009) – *Propriedade Fiduciária*, Separata de II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral, Coimbra, Coimbra Editora;

ANTUNES, Ana Filipa Morais (2008) – *O Contrato de locação financeira restitutiva*, Lisboa, Universidade Católica editora;

ASCENÇÃO, Oliveira (2012) – *Direito Civil Reais*, 5ª Ed, Almedina;

BARRIÈRE, François, La fiducie-sûreté en droit français, McGill Law Journal, vol. 58, nº4, 2013. <http://id.erudit.org/iderudit/1019048ar>, consult. em 20/02/2017;

BARREIRO, A. Fernandez, P. Paricio (1991) – *Fundamentos Derecho Patrimonial Romano*, Editora Ceura.

BETTI, Emílio - *Teoria Geral do Negócio Jurídico*, Servanda;

BIANCA, C. Massimo (1965) – *Voz Patto Comissorio, Novissimo*, Digesto Italiano XVI;

CAMPOS, Diogo Leite (1998) – *Estudos em homenagem ao Banco de Portugal 150º Aniversário (1846-1996)*, Lisboa, Banco de Portugal;

CAMPOS, Diogo Leite (1994) – *Locação Financeira: estudo preparatório de uma reforma legislativa*, Lex Edições Jurídicas;

CAMPOS, Diogo Leite (1989) – *Ensaio de análise tipológica do contrato de locação financeira*, Separata Vol. LXIII (1987) do Suplemento do BFDUC;

CARVALHO, Orlando (2012) – *Direito das Coisas*, Coimbra Editora;

CARVALHO, Orlando (1953) – *Negócio Jurídico Indirecto*, Separata do Vol. X do Suplemento do BFDUC;

CORDEIRO, António Menezes (2001) – *Manual de Direito Bancário*, 2ª Ed., Coimbra, Almedina;

CRICENTI, Giuseppe (2008) – *I contratti in Frode Alla Lege*, 2ª Ed., Giupé Editore;

DAMMANN, Reinhard, Clifford Chance Europe LPP, *Intervenant lors de la matinée du droit EFE consacrée à la «Fiducie sûreté»*, 25/março/2014, Paris. <http://droit-des-affaires.effe.fr/2014/01/22/les-principaux-traits-de-la-fiducie-surete/>, consult. em 20/02/2017;

DUARTE, Rui Pinto (2001) – *Escritos sobre o leasing e factoring*, Cascais, Principa;

DUARTE, Rui Pinto (2000) – *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Coimbra, Almedina;

DUPICHOT, Philippe (2009) – *La fiducie-sûreté en pleine lumière. À propos de l'ordonnance du 30 janvier 2009*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 17.

FERNANDES, Luís A. Carvalho (2004) – *Estudos sobre a simulação*, Quid Juris;

FORT, Guillaume, *Etude simplifiée de la fiducie- sûreté*, 2011. <http://www.village-justice.com/articles/Etude-simplifiee-fiducie-surete,10405.html>, consult. em 20/02/2017;

FREITAS, José Lebre (2013) – *Introdução ao Processo Civil – Conceitos e Princípios Gerais*, Coimbra editora;

GOMES, Januário da Costa (2000) – *Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Coimbra, Almedina;

GONÇALVES, Augusto Penha (1993) – Curso de Direitos Reais, 2ª Ed., Lisboa, Universidade Lusíada;

GONZÁLEZ, José Alberto Rodríguez Lorenzo, *Alienação Fiduciária em Garantia e Negócios afins: Delimitação de fronteiras*, in Lição para as provas de agregação, Lusíada Lisboa, 2012.

<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/ldl/article/view/191>, consult. em 20/02/2017;

GRIMALDI, Michel, *L' introduction de la fiducie un droit français*. <http://www.henricapitantlawreview.fr/article.php?id=309>, consult. em 20/02/2017;

IANIELLO, Barbara (2000) – *Intestazione fiduciaria di partecipazione sociali e responsabilità del fiduciario*, Le Società;

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes (2017) - *Direito das Obrigações*, Vol. II, 11ª Ed., Almedina;

LIMA, Fernando Andrade Pires de, Vasco da Gama Lobo Xavier (1987) – *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª Ed. Coimbra Editora, Vol. II, 4ª Ed., Coimbra Editora, Vol. III 2ª Ed., Coimbra Editora;

LYCZKOWSKA, Karoline, *El nuevo régimen de fiducie en el Derecho francés a la luz de las últimas reformas*, Barcelona 2010. http://www.indret.com/pdf/699_es.pdf, consult. em 20/02/2017;

MARQUES, Remédio (2001) – *Locação Financeira Restitutiva (sale and lease-back) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário mútuo e acção executiva*, Vol. 77, BFDUC, Coimbra;

MARTÍNEZ, Pedro Romano (2014) - *Direito das Obrigações (Parte Especial) – Contratos*, 2ª Ed., Almedina;

MATOS, Isabel Andrade de (2006) – *O pacto comissório - contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, Almedina;

PIZARRO, Nóbrega (2004) – *Contrato de Locação Financeira*, Coimbra, Almedina;

PODEUR, Gilles, Clifford Chance Europe LPP, Intervenant lors de la matinée du droit EFE consacrée à la «Fiducie sûreté», 25/março/2014, Paris. <http://droit-des-affaires.efe.fr/2014/01/23/lefficacite-de-la-fiducie-surete-en-pratique/>, consult. em 20/02/2017;

REY, Manuel Ignacio Feliu (1995) – *La Prohibicion del Pacto Comisorio y la Opcion en Garantia*, Civitas Ediciones;

ROPPO, Enzo (2009) – *O Contrato*, Coimbra, Almedina;

ROPPO, Enzo (1985) – *Il Divietto Del Patto Comissorio*, Tratto di Diritto Privato Diretto da Rescigno, XIX, Torino;

SANTOS, José Beleza dos (1921) – *A Simulação em Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, Coimbra Editora;

SERRA, Vaz – *Direito das Obrigações (com excepção dos contratos em especial)*, Anteprojecto, Separata BMJ, Lisboa;

SERRA, Vaz (1956) – *Penhor*, Separata BMJ nº 58, Lisboa;

TOMÉ, Maria João Vaz, Diogo Campos Leite (1999) – *A Propriedade Fiduciária (Trust) Estudo para a sua consagração no Direito Português*, Almedina;

VARELA, Antunes (1997) – *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª Ed., Coimbra, Almedina;

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana (2013) – *Direito das Garantias*, 2ª Ed., Almedina;

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana (2008) – “Os contratos de garantia financeira. O dealbar do direito europeu das garantias”, in *Estudos em Honra do Professor Doutor José Oliveira Ascensão*, Vol. II, Almedina;

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana (2007) - *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência - Em Particular da posição do Cessionário na Insolvência do Cedente*, Coimbra Editora;

VASCONCELOS, Pedro Pais (2009) - *Contratos Atípicos*, 2ª Ed., Almedina;