



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A COMPRA E VENDA A RETRO COM FUNÇÃO DE
CRÉDITO E GARANTIA**

Caetana Nápoles Manoel Pimenta Correia

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2017

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A COMPRA E VENDA A RETRO COM FUNÇÃO DE
CRÉDITO E GARANTIA**

Dissertação apresentada à Universidade Católica
Portuguesa

Para a obtenção do grau de mestre em Direito com especialização em Direito Privado

Por

Caetana Nápoles Manoel Pimenta Correia

Orientadora: Professora Dra. Maria João Vaz Tomé

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2017

AGRADECIMENTOS

Não posso deixar de prestar o meu mais profundo agradecimento a todos aqueles que, através do grande apoio que me deram, tornaram possível a concretização deste objectivo.

Em primeiro lugar, à minha Família, e muito especialmente à minha Mãe, a quem devo tudo o que tenho e o que sou, que sempre me apoiou e acreditou em mim e, que tanto se esforçou para que eu tivesse uma boa formação e fosse bem-sucedida.

À Professora Doutora Maria João Tomé, pelo apoio incondicional e grandiosa ajuda, sem a qual não teria sido possível concluir esta tarefa.

E em último lugar, mas sem menos importância, ao João, um agradecimento pelo apoio diário e pela constante transmissão de força e de confiança em todos os momentos.

Por tudo isto, a todos Vós dedico este trabalho.

ABREVIATURAS

Al. - Alínea

Art. - Artigo

CCiv. – Código Civil

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cfr. – Confira, Confronte

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

CRPredial – Código do Registo Predial

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

Ed. - Edição

N.º - Número

P. - Página

PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos

Ss. – Seguintes

Vd. - Vide

Vol. – Volume

RESUMO

O presente estudo debruça-se sobre a compra e venda a retro, cujo regime legal se encontra plasmado nos artigos 927.º e seguintes do Código Civil.

Temos como objetivo analisar esta figura, primeiramente enquanto contrato geral e, seguidamente, enquanto contrato com função de crédito e de garantia.

Assim, torna-se imprescindível proceder à definição do que é o contrato de compra e venda a retro, analisar o seu regime jurídico, tal como está previsto no Código Civil vigente, de forma a melhor compreendê-lo.

Oportunamente, iremos aferir da compatibilidade da compra e venda a retro com a proibição do pacto comissório, debruçando-nos sobre todos os fundamentos deste último e adotando uma posição acerca desta questão.

Iremos analisar, em seguida, quais as cláusulas que não podem ser incluídas num contrato desta natureza, correndo o risco de tal contrato poder vir a ser considerado usurário.

Seguidamente, iremos atentar sobre os efeitos da cláusula a retro em relação a terceiros, tanto quando estamos perante o contrato de compra e venda a retro de bens móveis não sujeitos a registo, como quando estamos perante um contrato de venda a retro de bens móveis sujeitos a registo ou bens imóveis.

Iremos ainda expor a figura da alienação fiduciária em garantia, tentando compreender o seu regime e as suas semelhanças e diferenças relativamente à venda a retro.

Concluiremos com a análise da possível natureza fiduciária do contrato que serve de base à presente Dissertação.

ABSTRACT

This dissertation addresses the retro sale and purchase whose legal regime is in accordance with articles 927.º and subsequent ones of Civil Code.

We aim to do an analysis of this branch, firstly as a general contract and then as a credit and warranty one.

Thus, in order to get a better understanding of this scenario, defining the retro sale and purchase contract was considered a key aspect in this work together with the legal regime analysis as it is in the current Civil Code.

Opportunely, we will focus on the compatibility between retro sale and purchase and the agreement of forfeiture, addressing every fundament of this agreement and adopting a position regarding this question.

Then, we will pronounce about which clauses should not be included in such contracts as it may ultimately result in a usurious contract.

Moreover, we will take a close look at the retro clause effects applied to third parties not only when we are dealing with retro sale and purchase contracts associated to movable property not subject to registration, but also when we are dealing with retro sale and purchase contracts associated to movable or not movable property subject to registration.

We will also expose an analysis of the fiduciary alienation of collateral regime aiming to compare this regime with retro sale and purchase one.

Finally, we will do an analysis of the fiduciary nature of such a contract like the one we are presenting in this dissertation.

PALAVRAS-CHAVE

Compra e venda a retro; compra e venda a retro com função de crédito e garantia; proibição do pacto comissório; compatibilidade; natureza fiduciária; alienação fiduciária em garantia

ÍNDICE

RESUMO	3
ABSTRACT	4
PALAVRAS-CHAVE.....	5
CAPÍTULO I.....	7
A COMPRA E VENDA A RETRO EM GERAL	7
1. CONCEITO.....	7
CAPÍTULO II	11
A COMPRA E VENDA A RETRO COM FUNÇÃO DE CRÉDITO E DE GARANTIA	11
2.1. (IN)COMPATIBILIDADE COM A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO	11
2.1.1. Conceito de Pacto Comissório	11
2.1.2. Fundamento da Proibição do Pacto Comissório.....	13
2.1.2.1. Usura	13
2.1.2.2. Tutela do contraente mais débil.....	14
2.1.2.3. Princípio <i>par conditio creditorum</i>	16
2.1.2.4. Inderrogabilidade das regras processuais e proibição de autodefesa: exclusividade do Estado na prossecução da função executiva.....	18
2.1.3. Conclusão	18
2.2. APRECIACÃO CRÍTICA DA NORMA DO ART. 928.º DO CÓDIGO CIVIL	21
2.3. ANÁLISE DA NORMA DO ART. 932.º DO CÓDIGO CIVIL	23
2.4. NATUREZA FIDUCIÁRIA	24
2.5. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA.....	26
CONCLUSÃO	30
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	32

CAPÍTULO I

A COMPRA E VENDA A RETRO EM GERAL

1. CONCEITO

A compra e venda a retro é um dos contratos típicos em que o Direito de Propriedade desempenha uma função de garantia.

Inspirada nas disposições dos arts. 1500.º e seguintes do Código Civil Italiano e regulada no Código Civil Português desde 1867, mantendo-se inalterado o seu regime desde o Código de 1966, a compra e venda a retro é um dos contratos especiais que se encontra previsto no Livro das Obrigações, mais concretamente nos seus artigos 927.º e seguintes.

Este contrato consiste na venda com a faculdade de o vendedor resolver *ad nutum* o contrato durante um certo período de tempo e, em consequência, readquirir a propriedade da coisa vendida sem ser necessária a celebração de um novo contrato para se operar a retransmissão do direito, bastando o exercício, de acordo com as exigências legais, do direito potestativo extintivo de resolução.

Este contrato destina-se, sobretudo, a salvaguardar o interesse do vendedor que, não querendo recorrer ao crédito, vende a coisa na esperança de poder vir a recuperá-la, resolvendo o contrato sem que para isso tenha que invocar qualquer motivo perante o comprador para fundamentar essa resolução – cfr. art. 927.º do CCiv..

Sendo uma venda com função de crédito garantido pela titularidade do direito de propriedade (ou de outra natureza) na esfera do credor, ou seja, do comprador a retro, pois o valor pago pelo bem será o valor do crédito concedido e a garantia da restituição desse financiamento será a propriedade do bem, atribui-se a este contrato uma eficácia real provisória. Isto é, o comprador que

adquire o bem não quer ficar com ele para si, assim como o vendedor não o quer perder definitivamente, podendo resolver o contrato a qualquer altura, desde que respeitado o plasmado no art. 929.º do CCiv..

De acordo com o n.º1 deste preceito “*A resolução pode ser exercida dentro de dois ou cinco anos a contar da venda, conforme esta for de bens móveis ou imóveis, salvo estipulação de prazo mais curto*”. Caso o prazo fixado pelas partes, para a resolução, exceda o imposto por esta norma, o n.º 2 ordena que a convenção seja reduzida aos limites impostos pelo n.º 1, ou seja, estamos perante uma redução do negócio jurídico por força da lei, ainda que não se verifiquem os pressupostos constantes do art. 292.º do CCiv..

Tendo concluído que este contrato pode ser resolvido pelo vendedor, a qualquer momento, não tendo para isso que se justificar perante o comprador, os únicos limites ao direito de resolução do vendedor são os constantes do supra mencionado art. 929.º do CCiv.: os prazos dentro dos quais pode resolver o contrato.

Caso o vendedor não exerça o seu direito de resolução (sendo que para tal terá que entregar o preço), o comprador pode alienar esse bem no mercado para se satisfazer.

Mas isto apenas no caso de o prazo de resolução do contrato ter terminado sem que o vendedor tenha exercido o seu direito de resolução.

Assim, existe uma proibição de o comprador alienar o bem dentro do prazo em que o vendedor pode exercer o seu direito à resolução, por força do princípio da boa-fé plasmado no art. 762.º, n.º 2 do CCiv., pelo que a transmissão a terceiro neste período de tempo, se nada for acordado em contrário, constituirá um incumprimento contratual por parte do comprador. Pode, igualmente, considerar-se que sobre o comprador impende a obrigação de não alienar o bem na pendência do prazo.

Sendo a venda a retro uma das modalidades de que o contrato de compra e venda se pode revestir e, por isso, assentando sobre o regime do contrato de

compra e venda, principal contrato do direito civil, cujo regime serve de base para outros contratos de alienação a título oneroso (art. 939.º do CCiv.), os seus efeitos são, fundamentalmente, aqueles que se encontram plasmados no art. 879.º do CCiv. para a compra e venda: transmissão da propriedade ou da titularidade do direito, obrigação de entregar a coisa e obrigação de pagar o preço.

O preceito *supra* referido permite-nos concluir que o contrato de compra e venda previsto no direito civil produz dois efeitos obrigacionais e um efeito real.

Ora, o efeito real traduz-se na transmissão da propriedade ou da titularidade do direito, transferência essa que, via de regra, se verifica no momento da celebração do contrato e por mero efeito do mesmo.

Já os efeitos obrigacionais são os restantes efeitos do contrato de compra e venda: obrigação de entrega da coisa e obrigação de entrega do preço.

Quanto às formalidades relativas ao contrato em questão, visto não existir nenhuma disposição que as preveja, é de entender que se aplica o princípio da liberdade de forma (art. 219.º do CCiv.), tal como se aplica ao contrato de compra e venda, cujo regime serve de base ao contrato de compra e venda a retro.

Inexistindo qualquer disposição que dite a celebração através da forma escrita, entende-se que, quanto a bens móveis, há liberdade de forma, mas já quanto a bens imóveis exige-se a escritura pública ou documento particular autenticado, de acordo com o art. 875.º do CCiv., sob pena de nulidade – art. 220.º do CCiv..

Apesar de tudo o que vamos desenvolver acerca da função garantística da compra e venda a retro, nas palavras de Raúl Ventura¹ “Todos os autores modernos aceitam que a venda a retro pode ter funções diferentes das de

¹ Vd. VENTURA, Raul, *O Contrato de Compra e Venda no Código Civil*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 40, tomo III, Setembro-Dezembro, Lisboa, 1980, p. 643.

garantia de uma obrigação, embora essas outras funções nem sempre sejam inofensivas”.

CAPÍTULO II

A COMPRA E VENDA A RETRO COM FUNÇÃO DE CRÉDITO E DE GARANTIA

2.1. (IN)COMPATIBILIDADE COM A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO

2.1.1. Conceito de Pacto Comissório

Inserido no capítulo destinado às garantias especiais das obrigações, o pacto comissório é a convenção firmada entre credor e devedor, através da qual se permite ao primeiro apropriar-se da coisa dada em garantia, perante o incumprimento do segundo contraente.

Previsto no Código Civil, no seu art. 694.º sob a epígrafe “Pacto comissório” define-se como a “convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir”, sendo “nula, mesmo que anterior ou posterior à constituição da hipoteca”.

Sendo um negócio jurídico proibido, o pacto comissório é nulo (cfr. art. 280.º e art. 294.º do CCiv), não produz quaisquer efeitos, nos termos dos arts. 286.º e 289.º

Esta proibição é da máxima importância na medida em que evita os prejuízos que poderiam resultar para o devedor “que facilmente aceitaria, dado o estado de necessidade económica em que geralmente se encontra à data da constituição da dívida e do oferecimento da garantia”².

Caso assim não fosse, poderiam existir extorsões por parte do credor para com o devedor, que poderia vir a alcançar maiores benefícios com a aquisição do bem numa

² ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. II, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997, p. 555.

altura em que o bem represente um valor superior àquele que corresponde ao crédito concedido³.

São três os elementos essenciais que integram o pacto comissório, conforme se conclui da análise do art. 694.º do CCiv..

Primeiramente, tem que existir uma obrigação principal que deve ser cumprida dentro do prazo definido.

Seguidamente, esse cumprimento deverá estar garantido por uma hipoteca. O corpo do artigo refere-se expressamente à hipoteca. Contudo, este artigo também se aplica a outras garantias reais tais como o penhor⁴, os privilégios creditórios⁵ e a consignação de rendimentos⁶, pelo que qualquer pacto comissório que se inclua nestas garantias será igualmente nulo⁷.

Por último, as partes terão incluído no contrato de garantia um pacto que determina que a propriedade do bem dado em garantia se transfira do devedor para o credor caso, no momento do vencimento da obrigação principal, o devedor não cumpra.

Para além do pacto comissório em garantia (aquele que está associado a uma garantia típica), a proibição em apreço abrange também o pacto comissório autónomo (aquele que é celebrado à margem de uma garantia típica, constituindo ele próprio uma garantia, mas atípica). O último é suscetível de se consubstanciar numa condição suspensiva (se o devedor não cumprir, o credor pode apropriar-se de certo e determinado bem do devedor) ou resolutiva (se o devedor cumprir, o bem transferido para o credor reingressará no património do devedor; mas, se o devedor não cumprir, a apropriação do bem torna-se definitiva).

³ Na opinião de A. VAZ SERRA (“Penhor”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 58, 1956, p. 217): “A sua razão de ser está em que tal pacto pode representar um benefício injustificado para o credor (que adquire uma coisa acaso muito mais valiosa que o crédito), sobretudo quando obtido do devedor que, levado pela necessidade, facilmente consentiria nele”.

⁴ Cfr. art. 678.º do CCiv..

⁵ Cfr. art. 753.º do CCiv..

⁶ Cfr. art. 665.º do CCiv.

⁷ Cfr. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 538.

2.1.2. Fundamento da Proibição do Pacto Comissório

Ao contrário do que sucede noutros ordenamentos jurídicos, no nosso ordenamento o fundamento da proibição do pacto comissório não é pacífico.

São vários os fundamentos apresentados e nenhum deles está isento de críticas.

Iremos, então, analisar cada um deles apresentando os argumentos favoráveis e desfavoráveis.

2.1.2.1. Usura

Um dos fundamentos invocados para a proibição do pacto comissório diz respeito à usura e à imoralidade a este associada. Pretende-se, aqui, evitar que a parte mais débil do contrato seja explorada, invocando-se o perigo de locupletamento do credor em prejuízo do devedor e dos demais credores deste, uma vez que o bem dado em garantia é, regra geral, de valor muito superior ao da dívida.

Para ANTUNES VARELA “o fundamento da proibição do pacto identifica-se, não só com a *ratio* da norma que pune a usura (art. 1146.º), mas ainda com o pensamento subjacente à condenação dos negócios usurários”⁸.

Embora esta tese seja acolhida pela maioria da doutrina, não está isenta de críticas.

Em primeiro lugar, e tal como refere ISABEL ANDRADE DE MATOS, atendendo às razões históricas, se a usura estivesse na base da proibição do pacto comissório, as duas figuras teriam tido igual destino, o que não acontece. “De uma proibição absoluta de pagamento de juros nos contratos de mútuo, evoluiu-se para a permissão da cobrança desses mesmos juros, exceto, evidentemente, se

⁸ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 1997, p. 555.

forem usurários. Ao invés, a proibição do pacto comissório manteve-se, seja entre nós, seja nos ordenamentos jurídicos que nos são próximos”⁹.

Em segundo lugar, não se percebe como a usura pode constituir o fundamento da proibição do pacto comissório quando as sanções para as duas figuras são diversas; enquanto se sanciona o negócio usurário com a mera anulabilidade, fere-se o pacto comissório de nulidade. Entende-se que se a usura é fundamento da proibição do pacto comissório, então a sanção deveria ser a mesma¹⁰.

2.1.2.2. Tutela do contraente mais débil

A necessidade de proteger o devedor enquanto parte mais débil do contrato é, tradicionalmente, o argumento mais utilizado para fundamentar a proibição do pacto comissório. Pretende evitar-se que o devedor, devido à necessidade de crédito, se submeta a aceitar tudo o que lhe é imposto pelo credor, podendo, assim, estipular livremente os termos do contrato, de forma a conservar uma relativa proporcionalidade entre as prestações.

Fundamentalmente, “aquilo que a lei visa prevenir é precisamente que o credor se aproveite da condição de necessidade do devedor”¹¹, coagindo-o a aceitar celebrar um pacto comissório contra a sua livre vontade.

De notar que estamos perante uma tese que encontra o seu fundamento no princípio da proporcionalidade. Neste sentido, tal como afirma VAZ SERRA, o fundamento da referida proibição “está em que tal pacto pode representar um benefício injustificado para o credor (que adquire uma coisa acaso muito mais

⁹ ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, 2006, p. 63.

¹⁰ O regime da nulidade pode ser invocado a todo o tempo, por qualquer pessoa interessada, e opera “ipso iure” podendo ser declarada oficiosamente. Já a anulabilidade apenas pode ser invocada por pessoas com legitimidade, e no prazo de um ano desde a cessação do vício que lhe serve de fundamento, carecendo de ser declarada e podendo ser sanada mediante confirmação. MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 1991, p. 611.

¹¹ ISABEL ANDRADE DE MATOS, ob. cit., p. 58.

valiosa que o crédito), sobretudo quando obtido do devedor que, pela necessidade, facilmente consentiria nele”¹². Assim, a lei pretende corrigir possíveis desequilíbrios de forças, normalmente existentes entre o devedor e o credor.

ALBERTO DOS REIS vai mais longe, sublinhando que “como o devedor, quando dá um objeto em penhor para conseguir o empréstimo de certa quantia, se encontra em regra, em *estado de necessidade*, a admissão da cláusula – no caso de falta de pagamento o credor fará seu o objeto do penhor – daria lugar a espoliações escandalosas, a locupletamentos clamorosos; o credor, valendo-se da situação aflitiva do devedor, arrancar-lhe-ia uma convenção *leonina*, uma convenção que o autorizaria a obter em pagamento um objeto que valesse três, cinco ou dez vezes mais do que a quantia emprestada”¹³.

Todavia, também esta tese apresenta debilidades.

Por um lado, o art. 405.º do CCiv consagra o princípio da liberdade contratual que tem por base o princípio da autonomia privada¹⁴ e, como tal, presume-se que todo o contrato celebrado, livre e espontaneamente, sem coação, é válido. Este princípio engloba a liberdade de celebração e a liberdade de estipulação.

Para MENEZES CORDEIRO, “a liberdade de celebração, a autonomia privada permite praticar ou não praticar o ato e, portanto, optar pela presença ou pela ausência de determinados efeitos de Direito, a ele associados. Na liberdade de estipulação, a autonomia vai mais longe: ela permite optar pela prática do ato e, ainda, seleccionar, para além da sua presença, o tipo de efeitos que se irão produzir”¹⁵.

Por outro lado, visando a lei proteger o devedor e a sua liberdade contratual dos eventuais abusos dos credores, o regime aplicável deveria ser o da

¹² Cfr. *Penhor*, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 58, Lisboa, Julho de 1956, p. 217.

¹³ Cfr. *Processos Especiais*, vol. I, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1982, p. 287 e 288.

¹⁴ “O princípio da autonomia privada (embora acolhido no nosso ordenamento, como se viu, em termos não absolutos e ilimitados) implica que a vontade das partes deve considerar-se como a principal das fontes de determinação contratual”. ENZO ROPPO, *O Contrato*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 142.

¹⁵ MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 952.

anulabilidade e não o da nulidade, em harmonia com o estipulado para os negócios usurários e os negócios celebrados sob coação moral.

Por tal, e a nosso ver, é de concluir que esta tese concorre para justificar a proibição do pacto comissório mas não se afigura suficiente.

2.1.2.3. Princípio *par conditio creditorum*

Outra das possíveis teses para a fundamentação da proibição do pacto comissório prende-se com o respeito pelo princípio do *par conditio creditorum* ou princípio da igualdade dos credores, segundo o qual é necessário proteger os interesses dos demais credores, uma vez que um eventual empobrecimento injusto do devedor diminui as garantias patrimoniais e as expectativas de cobrança dos restantes credores¹⁶.

O património do devedor constitui a garantia geral das obrigações, conforme resulta do princípio da universalidade patrimonial plasmado no art. 601.º do CCiv.¹⁷. No entender de ANTUNES VARELA, trata-se de uma “garantia geral porque a cobertura tutelar dos bens penhoráveis do devedor abrange a generalidade das obrigações do respectivo titular”¹⁸. Acresce que, nos termos do art. 604.º, n.º 1 do CCiv., o património é também a garantia comum das obrigações, isto é, os credores que não gozem de qualquer direito de preferência sobre os demais, são pagos em pé de igualdade entre si. ANTUNES VARELA salienta mesmo que “esta é a famosa regra da *par conditio creditorum*, que cava um abismo entre os direitos reais e os direitos de crédito”¹⁹.

¹⁶ A título exemplificativo, LOJACONO explica a proibição do pacto comissório à luz da necessidade de efetivação do princípio *par conditio creditorum*, *Il pacto comissório nei contratti di garanzia*, p. 22 e ss..

¹⁷ Art. 601.º do CCiv. (Princípio Geral): *Pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor suscetíveis de penhora, sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios.*

¹⁸ ANTUNES VARELA, ob. cit., p.419 e ss..

¹⁹ ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 419 e ss..

Ainda que esta tese mereça amplo acolhimento doutrinal, não se afigura isenta de críticas.

Ora, como nos ensina ISABEL ANDRADE DE MATOS²⁰, “perfilhar este entendimento equivaleria a estabelecer uma inadmissível limitação ao poder de disposição dos bens ao devedor”, uma vez que “todo e qualquer ato de disposição de bens do devedor poderia importar uma diminuição da garantia patrimonial dos seus credores e, conseqüentemente, deveria ser proibida”.

Para além disso, não faria qualquer sentido que o propósito da proibição do pacto comissório fosse evitar a subtração de bens do património do devedor, garantia geral das obrigações, visto que a lei já possibilita ao credor diversos meios para que possa salvaguardar os seus direitos, como a declaração de nulidade²¹ (art. 605.º do CCiv.), a sub-rogação do credor ao devedor (art. 606.º e ss. do CCiv.), a impugnação pauliana (art. 610.º e ss. do CCiv.), e o arresto (art.619.º e ss. do CCiv.)²².

Por tal, e a nosso ver, é de concluir que esta tese não se afigura suficiente, por si só, para justificar tal proibição.

²⁰ ISABEL ANDRADE DE MATOS, ob. cit., p.70.

²¹ De acordo com o art. 120.º do CIRE, “podem ser resolvidos em benefício da massa insolvente os atos prejudiciais à massa que tenham sido praticados ou omitidos dentro dos dois anos anteriores à data do início do processo de insolvência contra terceiro de má-fé”, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de Direito da Insolvência*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 221.

²² “Não se trata de «garantias», mas de meios conservatórios da garantia geral das obrigações; ou seja, têm em vista a conservação do património (garantia de todos os credores), sem conferirem nenhuma preferência”, PEDRO ROMANO MARTINEZ E PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 15.

2.1.2.4. Inderrogabilidade das regras processuais e proibição de autodefesa: exclusividade do Estado na prossecução da função executiva

Há quem defenda²³ como fundamento da proibição do pacto comissório razões estritamente processuais, isto é, o princípio da inderrogabilidade do procedimento judicial e a inadmissibilidade da convenção que atribui ao credor um poder de auto-tutela e auto-satisfação do seu crédito.

A inderrogabilidade do procedimento judicial está intimamente ligada à proibição de autodefesa e garantia de acesso ao direito e aos tribunais plasmadas no art. 20.º da CRP, art. 1.º e 2.º do CPC, art. 10.º da DUDH e art. 6.º, n.º 1 da CEDH e no art. 14.º, n.º 1 do PIDCP.

No entanto, também esta tese apresenta debilidades.

Desde logo, apresenta uma visão demasiadamente processualista de uma figura que surgiu com o objetivo de proteger os interesses do devedor, enquanto contraente mais débil, e que se encontra regulada fundamentalmente em normas substantivas, nomeadamente o princípio do devedor necessitado e o princípio de proteção dos demais credores desse devedor²⁴.

2.1.3. Conclusão

Parece certo que não existe apenas um fundamento que justifique a proibição do pacto comissório. *Rectius*, a proibição do pacto comissório tem um fundamento compósito, ou seja, assenta em mais do que uma das teses enunciadas.

²³ Entre nós, cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS/JOÃO RENDINHA/RUI PINTO, *Código de Processo Civil Anotado*, vol. 1.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pág. 2.

²⁴ ADOLFO WEGMANN STOCKEBRAND, *Algunas Consideraciones sobre la Prohibición del Pacto Comisorio y el Pacto Marciano*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 13, p. 95-102.

Se, por um lado, é imperativo tutelar os interesses do contraente mais débil, também se mostra fundamental preservar o regime de garantia geral das obrigações. Tem-se em vista a prevenção de um possível empobrecimento do património do devedor, que poderia entregar como garantia um bem de valor manifestamente superior ao montante do crédito garantido e, ainda, a garantia pelo respeito do princípio da igualdade dos credores.

Impõe-se, no entanto, aferir da compatibilidade da compra e venda a retro com a proibição do pacto comissório. Mormente, avaliar se a venda a retro constituiria apenas uma modalidade de pacto comissório e, conseqüentemente, se seria abrangida pela proibição plasmada no art. 694.º do CCiv., caso não se reconhecesse expressamente a sua licitude no art. 927.º e ss. do CCiv..

Ainda que a compra e venda a retro e o pacto comissório apresentem diversas características em comum, somos da opinião, tal como ISABEL ANDRADE DE MATOS²⁵, que as duas figuras se distinguem pelo momento em que a transferência da propriedade do devedor para o credor se dá.

Sendo assim, no caso de a transferência da propriedade ser imediata, estamos perante uma venda a retro.

Diversamente, se a transferência da propriedade ficar suspensa até ao momento em que se verificar o incumprimento da obrigação por parte do devedor, estamos perante um pacto comissório²⁶.

Ainda assim, caso a admissibilidade da venda a retro não estivesse expressamente consagrada no Código Civil, não se encontraria abrangida pela proibição do pacto comissório.

Questão diferente é apurar qual o fim visado pelas partes ao celebrarem a venda a retro. Trata-se aqui de determinar se efetivamente os contraentes pretendiam celebrar um contrato de compra e venda a retro ou, se antes,

²⁵ ISABEL ANDRADE DE MATOS, ob. cit., p. 174.

²⁶ Cfr. RAÚL VENTURA, *Contrato de Compra e Venda no Código Civil*, ob. cit., p.645.

pretendiam apenas escapar à proibição do pacto comissório e atuar em verdadeira fraude à lei²⁷.

Consideremos no seguinte exemplo: A encontra-se disposto para mutuar a B € 10.000, importância que este lhe havia pedido a título de empréstimo. No entanto, A pretende que B lhe transfira a propriedade de um bem seu em ordem a garantir o reembolso da importância mutuada e o pagamento dos respetivos juros. Contudo, apercebendo-se que tal acordo violaria o princípio geral subjacente ao art. 694.º do CCiv. e que, por isso, estaria ferido de nulidade, decidem dar outra aparência ao contrato. Assim, acordam que A comprará a B o seu automóvel pelo valor de € 10.000 e que B poderá resolver o contrato de compra e venda celebrado, tendo que reembolsar A do preço e pagar os juros vencidos sobre tal quantia.

No nosso entender, é aqui claro o intuito fraudulento das partes, pois que não pretenderam trocar um bem por um preço. Deste modo, deverá considerar-se tal acordo inválido, assim como se deverão considerar inválidos todos os acordos celebrados com este intuito, desde que seja possível apurar, no caso concreto, que as partes tinham a intenção de defraudar a lei.

Terá então que se verificar se a venda a retro não consubstancia um outro negócio jurídico com uma solução contrária à lei.

É de concluir que a venda a retro não está abrangida pela proibição do pacto comissório sempre que os contraentes tenham pretendido efetivamente celebrar esta modalidade do contrato de compra e venda. Contudo, deverá ser considerada inválida caso seja celebrada com o intuito de contornar a proibição do pacto comissório e pretenda atingir os fins que o art. 694.º do CCiv. visa proteger, isto é, deverá ser considerada inválida a venda a retro utilizada de forma indireta, ilícita e fraudatória.

²⁷ Cfr. RAÚL VENTURA, *Contrato de Compra e Venda no Código Civil*, ob. cit., p. 644, e PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, ob. cit., p. 223.

2.2. APRECIÇÃO CRÍTICA DA NORMA DO ART. 928.º DO CÓDIGO CIVIL

A venda a retro, tal como referido *supra*, é suscetível de ser utilizada com fins usurários, na medida em que permite que um sujeito com dificuldades económicas aliene a retro um bem por um valor relativamente baixo, estabelecendo-se que, em caso de resolução, o preço a ser pago será bastante superior ao da venda. Foi esta razão que levou o legislador do Código Civil de 1867, através do art. 1587.^{o28}, a proibir a figura da venda a retro.

No entanto, esta posição não foi seguida, mais tarde, pelo legislador de 1966. Não obstante a venda a retro ser um instituto que, mal utilizado, pode levar à conclusão de negócios usurários, entendeu o legislador que as vantagens deste instituto, nomeadamente o recurso ao crédito, se sobrepunham às desvantagens. Mas, para evitar eventuais abusos por parte dos credores, delimitou as suas vantagens patrimoniais no art. 928.º do CCiv..

Proíbem-se então as cláusulas que atribuam ao credor, em caso de resolução do contrato, uma qualquer quantia em dinheiro ou qualquer outra vantagem, como contrapartida da celebração do contrato em questão²⁹, assim como as cláusulas que obriguem o vendedor a entregar um preço mais elevado do que o fixado para a venda³⁰.

Contudo, nada obsta a que o vendedor fique obrigado a restituir o preço acrescido de juros compensatórios^{31 32}.

Sendo inserida no contrato, qualquer das mencionadas cláusulas será considerada nula de acordo com o preceito *supra* referido. Todavia, esta invalidade não afeta a validade das restantes cláusulas do contrato (art. 928.º, n.º

²⁸ Art. 1587.º do CCiv. de 1867: “Fica prohibido para o futuro o contracto de venda a retro”.

²⁹ Cfr. art. 928.º, n.º 1 do CCiv. (Cláusulas Nulas): “É nula, sem prejuízo da validade das outras cláusulas, a estipulação de pagamento de dinheiro ao comprador ou de qualquer outra vantagem para este, como contrapartida da resolução”.

³⁰ Cfr. art. 928.º, n.º 2 do CCiv.: “É igualmente nula, quanto ao excesso, a cláusula que declare o vendedor obrigado a restituir, em caso de resolução, preço superior ao fixado para a venda”.

³¹ Os juros compensatórios destinam-se a proporcionar ao credor um pagamento que compense uma temporária privação de capital, que ele não deveria ter suportado.

³² Cfr. ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, ob. cit., p. 245.

1 do CCiv.). No que respeita especificamente à cláusula que obrigue o devedor a restituir quantia superior à fixada para a venda (art. 928.º, n.º2 do CCiv.), a sua nulidade diz respeito apenas ao excesso. É este o entendimento da doutrina do artigo 1500 do Código Civil Italiano, regime em que se inspiram as disposições do Código Civil Português relativamente à venda a retro³³.

Perante tal análise, parece que o comprador a retro não tem qualquer vantagem na celebração deste contrato. É este o entendimento de RAÚL VENTURA³⁴ quando afirma que “Olhada, porém, pelo lado do comprador, a operação não tem atrativos”.

Não podemos de maneira alguma concordar com tal entendimento. Existem inúmeras possibilidades de o comprador obter uma contrapartida com a celebração da venda a retro, sem que para isso se ultrapassem os limites estabelecidos pelo art. 928.º do CCiv..

Quando o devedor exerce o seu direito potestativo de resolução do contrato de compra e venda a retro, a propriedade do direito transfere-se novamente do comprador/credor para o vendedor/devedor. Enquanto a propriedade era do primeiro, a coisa eventualmente produziu frutos, frutos esses que pertencem ao credor, enquanto proprietário do bem, e que não terão que ser restituídos ao devedor, assim como não terão de o ser os juros do preço.

Assim, consideram-se frutos produzidos pela coisa as rendas de um imóvel, caso o bem objeto da venda a retro seja um imóvel arrendado, assim como os dividendos distribuídos por uma sociedade, no caso de se tratar de uma compra e venda a retro de acções.

O comprador pode ainda, caso não esteja interessado na coisa objeto da venda a retro dá-la em locação a outrem, de modo a torná-la proveitosa. Com efeito, verifica-se até, muito frequentemente, a hipótese de o comprador a retro dar o bem em locação ao vendedor a retro: enquanto o primeiro torna, deste modo, o bem rentável, o segundo mantém o gozo do bem apesar de o ter vendido.

³³ PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. II, 4ª ed., Coimbra Editora, 1997.

³⁴ RAÚL VENTURA, *O Contrato de Compra e Venda no Código Civil; o preço, venda a retro*, cit., p. 644.

É este também o entendimento de PESTANA DE VASCONCELOS³⁵.

2.3. ANÁLISE DA NORMA DO ART. 932.º DO CÓDIGO CIVIL

Na maior parte dos casos, a resolução dos contratos, ainda que expressamente convencionada, como no caso da venda a retro, não prejudica os direitos adquiridos por terceiros. É isto que podemos retirar do n.º 1 do art. 435.º do CCiv.³⁶.

Assim, se sobre o bem se constituir um direito real, ou se este for alienado, a cláusula a retro não prejudica o titular do novo direito real ou o terceiro adquirente.

Contudo, o art. 932.º estabelece uma exceção a este princípio.

Se, por regra, a resolução do contrato não afeta os direitos adquiridos por terceiro, sempre que a venda a retro tenha por objeto coisas imóveis ou móveis sujeitas a registo, no caso de ter sido registada, a cláusula a retro é oponível a terceiro. Assim, ainda que o comprador a retro transmita a propriedade do bem a outrem, antes de o devedor a retro exercer o seu direito potestativo de resolução, o bem retransmite-se para este último, em prejuízo do direito do terceiro adquirente.

Aliás, o registo das convenções de venda a retro estipuladas em contratos relacionados com imóveis é obrigatório por força da al. a) do n.º 1 do art. 2.º e da al. a) do art. 94.º, ambos do CRPredial^{37 38}.

Já relativamente a bens móveis não sujeitos a registo, a situação é diferente. O vendedor a retro tem um risco acrescido na medida em que o art.

³⁵ L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, 2.ª ed., Almedina, 2013, p. 471 e ss..

³⁶ Art. 435.º, n.º 1 do CCiv. (Efeitos em relação a terceiros): “A resolução, ainda que expressamente convencionada, não prejudica os direitos adquiridos por terceiro”.

³⁷ Art. 2.º, n.º 1, al. a) do CRPredial (Factos sujeitos a registo): “1- São factos sujeitos a registo: a) Os factos jurídicos que determinem a constituição, o reconhecimento, a aquisição ou modificação dos direitos de propriedade, usufruto, uso e habitação, superfície ou servidão”.

³⁸ Art. 94.º, al. a) do CRPredial (Convenções e cláusulas acessórias): “Do extrato das inscrições constarão obrigatoriamente as seguintes convenções ou cláusulas acessórias: a) As convenções de reserva de propriedade e de venda a retro estipuladas em contrato de alienação”.

932.º do CCiv. não se refere a estes bens e, como tal, aplica-se o estabelecido no n.º 1 do art. 435.º do CCiv., isto é, se o comprador decidir vender o bem a um terceiro, o vendedor não poderá reaver a coisa vendida pois a resolução é inoponível a terceiros.

Independentemente de se tratar de um bem imóvel ou móvel sujeito ou não a registo, no caso de a cláusula a retro não ter sido registada, o vendedor a retro, através do simples registo da ação de resolução, pode obter a eficácia da cláusula relativamente a terceiros, se estes não houverem registado os seus direitos anteriormente – art. 435.º, n.º 2 do CCiv..

Se, pelo contrário, o terceiro tiver registado os seus direitos no período que decorre entre a celebração do contrato e a sua cessação, o exercício do direito de resolução por parte do vendedor a retro em nada vai afetar os direitos adquiridos pelo terceiro subadquirente.

2.4. NATUREZA FIDUCIÁRIA

É característica do negócio com natureza fiduciária a posição de debilidade do fiduciante ou o risco deste, na medida em que se opera a aquisição “plena” de um direito, cujo exercício está limitado tão só obrigacionalmente e que o adquirente estará vinculado a retransmitir³⁹.

A posição de debilidade é, no entender de PESTANA DE VASCONCELOS, provocada essencialmente por quatro elementos: a possível recusa de retransmissão do bem, ou a sua transferência a terceiro, a penhora dos bens fiduciários no decorrer de uma execução interposta pelos credores do fiduciário, e a declaração de insolvência do fiduciário, com integração dos referidos bens na massa insolvente.

Ainda que a estrutura da compra e venda a retro com função de crédito e de garantia seja semelhante à do negócio fiduciário, a reaquisição do bem dá-se

³⁹ Cfr. L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, ob. cit., p. 474.

de maneira diferente. Enquanto na compra e venda a retro a reacquirição opera por via do exercício, por parte do vendedor, do seu direito potestativo de resolução, em alguns contratos de alienação com estrutura fiduciária, o direito do vendedor é de recompra e não de resolução do contrato.

Contudo, para aferirmos da efetiva natureza fiduciária da compra e venda a retro com função de crédito e de garantia importa distinguir consoante estejamos perante bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, em que a cláusula a retro foi registada, e bens móveis não sujeitos a registo.

Tal como verificámos no subcapítulo anterior, no caso de se tratar de uma venda a retro de um bem imóvel ou móvel sujeito a registo e a cláusula a retro esteja registada, esta é oponível a terceiros. O facto de a cláusula se encontrar registada confere uma tutela mais eficaz aos direitos do vendedor a retro, permitindo reduzir o risco de perda do bem, na medida em que o vendedor pode opô-la a terceiros.

No entanto, se a cláusula não estiver registada, a doutrina diverge quanto à solução a adotar.

Se no entender de RAÚL VENTURA, a cláusula que não se encontra registada não é oponível a terceiros, já PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA sustentam posição diferente. Ainda que a cláusula a retro não se encontre registada, o vendedor a retro poderá estar protegido se se verificarem os pressupostos do n.º 2 do art. 435.º do CCiv., isto é, o registo da acção de resolução ser anterior ao registo do direito de terceiro.

Relativamente à proteção conferida ao vendedor a retro em caso de penhora dos bens fiduciários no âmbito de uma ação executiva intentada pelos credores do comprador a retro, ainda que o credor do comprador adquira um direito real de garantia (822.º, n.º 1 do CCiv.), a resolução prejudicará o direito por este adquirido⁴⁰. Já relativamente à insolvência do comprador a retro, nenhuma norma do CIRE abrange a hipótese em questão. Assim, a situação que nos parece razoável será a de o vendedor a retro poder readquirir o bem mediante o exercício do direito de resolução do contrato e o pagamento do

⁴⁰ L. M. PESTANA DE VASCONCELOS, ob. cit., p. 486.

preço, que será integrado na massa insolvente, não sendo nem a massa insolvente prejudicada nem o vendedor a retro.

Se estivermos perante uma venda a retro de bem móvel não sujeito a registo, a situação é bastante diferente, pois a cláusula não é oponível a terceiros, logo o vendedor a retro não está protegido, não podendo opor essa cláusula a terceiros e não estando protegido em caso de declaração de insolvência do comprador a retro ou acção executiva intentada pelos credores deste último⁴¹.

No entanto, há quem entenda⁴² que, no caso de declaração de insolvência em que o bem é integrado na massa insolvente do comprador a retro, o vendedor poderá reaver o seu bem mediante a resolução do contrato e pagamento do crédito, sendo a quantia integrada na massa insolvente.

É de concluir que a venda a retro, apesar de ter uma estrutura similar à dos negócios de natureza fiduciária, não gera o mesmo risco quando tem por objeto bens imóveis e móveis sujeitos a registo, pois que, neste caso, o devedor se encontra mais protegido.

Por seu turno, se estiver em causa uma venda a retro de bem móvel não sujeito a registo, a estrutura da venda a retro aproxima-se mais da estrutura dos negócios fiduciários, embora o risco seja menor.

2.5. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Ao longo dos últimos anos a importância da alienação fiduciária em garantia tem crescido, culminando com a sua consagração legal entre nós com o DL n.º 105/2004, que deu execução à Diretiva n.º 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu.

⁴¹ O vendedor a retro adquire a propriedade sobre o bem penhorado, no entanto, a cláusula a retro não pode ser oponível a terceiros, como já vimos (art. 435.º, n.º 1 do CCiv.), e assim, arrisca-se a perder o bem aquando da venda judicial (art. 824.º, n.º 2 e n.º 3 do CCiv.).

⁴² Cfr. PIERO PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, 4.ª ed., Giuffrè, Milão, 1993, p. 443, nota 10.

Neste sentido “a possibilidade de as partes convencionarem a transmissão da propriedade a título de garantia resulta da expressa imposição da directiva [agora transposta] e constitui um dos aspectos mais inovadores do regime aprovado. Com a consagração de uma nova forma de transmissão da propriedade, ainda que a título de garantia, é alargado o *numerus clausus* pressuposto pelo artigo 1306.º do Código Civil, o que permitirá o reconhecimento da validade das alienações fiduciárias em garantia e o fim da insegurança jurídica que resultava da necessária requalificação destes acordos como meros contratos de penhor”^{43 44}.

A alienação fiduciária em garantia ou *cum creditore* consiste na transmissão de um bem por parte do devedor ou de um terceiro para o credor, para garantia do cumprimento de uma obrigação, vinculando-se o credor a apenas utilizar esse bem para obter a realização do seu crédito, devendo o mesmo ser restituído ao alienante em caso de cumprimento da obrigação a que serve de garantia.

A este propósito, JANUÁRIO GOMES assinala que na “alienação em garantia há a utilização de um tipo contratual de alienação (normalmente compra e venda) como tipo de referência, para um fim indirecto de garantia”⁴⁵.

Assim, o credor vem a adquirir a propriedade plena do bem garantido, em lugar de um mero direito real de garantia, quer em relação ao devedor quer em relação a terceiros, mas ao invés de exercer plenamente os poderes que lhe incumbem como proprietário, o seu exercício é limitado à hipótese de incumprimento da obrigação garantida, isto é, o credor compromete-se a respeitar o fim de garantia, inclusivamente, o bem pode continuar a ser utilizado pelo garante, sem proceder à sua entrega. O devedor mediante o pagamento da dívida garantida adquire o direito à restituição da coisa dada em garantia.

No caso de o devedor não cumprir, o credor pode ficar com o bem ou transacioná-lo no mercado, isto é, aliená-lo, fazendo-se pagar com o valor da

⁴³ Preâmbulo do DL n.º 105/2004.

⁴⁴ MARGARIDA COSTA ANDRADE, *A Propriedade Fiduciária*, Centro de Estudos Notariais e Registais, Instituto do Registo Imobiliário do Brasil, Separata do II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral (Coimbra – 10 e 11 de Maio de 2007), Coimbra Editora, 2009, p.55-58.

⁴⁵ JANUÁRIO GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 86.

venda, e entregando o eventual excesso ao primitivo proprietário do bem, o devedor.

Assim, caso A deva a B certa quantia em dinheiro, por exemplo, € 2.500, A pode transmitir a propriedade de um bem seu para B, por exemplo um quadro, para garantir o cumprimento da obrigação. B terá então um direito sobre o quadro, que não é um mero direito real de garantia, mas sim um direito de propriedade, mas não pode exercer plenamente os poderes que integram o direito de propriedade, limitando-se ao exercício do seu direito no caso de incumprimento da outra parte. Caso A incumpra, B poderá então ficar com o quadro ou, então, aliená-lo, sendo que, caso consiga aliená-lo por preço superior a € 2.500, terá que devolver o remanescente a A.

Ainda que a obrigação de restituir os € 2.500 não se constituísse validamente, a garantia resultante da propriedade não é considerada uma garantia acessória na medida em que o beneficiário da garantia adquire e conserva a propriedade do bem, ainda que a obrigação principal não se venha a constituir validamente ou se extinga. Contudo, as partes podem invocar que a subsistência do crédito depende da existência de uma obrigação principal, pelo que tentam estabelecer essa acessoriedade – art. 1307.º, n.º 1 do CCiv..

Ainda assim, pode sempre recorrer-se ao instituto do enriquecimento sem causa no caso de transmissão da propriedade com função de garantia, invocando que esta foi realizada sem causa porque a obrigação principal não foi validamente constituída.

A alienação fiduciária em garantia não se confunde com a venda a retro.

Em primeiro lugar, em caso de incumprimento, a alienação fiduciária em garantia não implica a retransmissão do mesmo bem, podendo ser substituída por determinada quantia, ou até, recorrer-se à compensação.

Em segundo lugar, o DL n.º 105/2004, no seu art. 3.º restringiu esta figura da alienação fiduciária em garantia a determinados sujeitos e, no seu art. 4.º e

5.º, delimitou o objeto destes contratos, que terá que definir-se em numerário ou instrumentos financeiros.

Por último, a estrutura da alienação fiduciária em garantia diverge da estrutura da venda a retro com função de crédito e de garantia, porquanto na primeira a extinção opera pelo cumprimento da obrigação, enquanto na segunda opera por força do direito de resolução exercido pelo vendedor/devedor.

CONCLUSÃO

A compra e venda a retro encontra-se prevista no art. 927.º e seguintes do Código Civil e consiste na venda com faculdade do vendedor resolver *ad nutum* o contrato durante determinado período de tempo e, conseqüentemente, readquirir a propriedade da coisa vendida sem necessidade de celebração de um novo contrato para se operar a retransmissão do direito, bastando para tal, o exercício do direito potestativo extintivo de resolução.

Apesar de, ao longo dos tempos, este instituto ter sido esquecido, a verdade é que apresenta elevadas potencialidades e é muito útil enquanto contrato com função de crédito e de garantia, sendo esta a sua principal aplicação prática. Efetivamente, é susceptível de desempenhar um papel importante no Direito do Crédito.

No âmbito da análise do regime jurídico da proibição do pacto comissório e dos seus fundamentos, temos em concluir que não existe apenas um fundamento para a sua proibição mas um conjunto de fundamentos que justificam esta mesma proibição.

Tendo em conta esta proibição do pacto comissório e após a análise da possível compatibilidade ou não com a venda a retro, entendemos que, apesar de as duas figuras apresentarem diversas características, são figuras compatíveis mas distintas, na medida em que na venda a retro a transferência da propriedade é imediata e no pacto comissório a transferência da propriedade encontra-se suspensa até à verificação do incumprimento da obrigação por parte de devedor.

Ainda que a compra e venda a retro seja admitida no nosso ordenamento jurídico, a verdade é que o nosso Código Civil estabelece limitações para que não existam abusos, limitações essas que constam do art. 928.º do CCiv., que declara nulas as cláusulas que atribuam ao credor, em caso de resolução do contrato, uma qualquer quantia em dinheiro ou qualquer outra vantagem, como contrapartida a celebração do contrato de compra e venda a retro, bem como as cláusulas que obriguem o vendedor a entregar um preço mais elevado do que o fixado para a venda.

Relativamente aos efeitos da cláusula a retro em relação a terceiros há que distinguir se estamos perante bens sujeitos ou não a registo e, se estivermos perante os primeiros, se a cláusula de venda a retro se encontra registada.

Tal como para apurar os efeitos da cláusula a retro em relação a terceiros, na análise da natureza fiduciária ou não do contrato de compra e venda a retro, tendemos a distinguir entre bens sujeitos a registo em que a cláusula se encontra registada e bens não sujeitos a registo ou bens sujeitos a registo em que a cláusula não se encontra registada. Embora se entenda que a compra e venda a retro não tem natureza fiduciária, a verdade é que se aproxima mais desta natureza quando o contrato diz respeito a bens não sujeitos a registo bem como a bens sujeitos a registo em que a cláusula a retro não foi registada, pois o vendedor não poderá opô-la a terceiros e encontra-se numa posição mais débil.

No que diz respeito à alienação fiduciária em garantia pode definir-se como sendo o negócio em que um sujeito transmite a outro a titularidade de um direito ou de um bem, tendo como finalidade a garantia de um crédito, sendo que o beneficiário da garantia será obrigado a retransmitir a propriedade do bem ao alienante assim que este cumpra a obrigação de pagamento.

Embora se assemelhe à venda a retro, não se confunde com esta.

Para concluir, tendemos a seguir a maioria da doutrina, considerando que tanto a venda a retro como a alienação fiduciária em garantia são compatíveis com a proibição do pacto comissório. Contudo, tanto a alienação fiduciária em garantia como a venda a retro podem ser utilizadas com intuito fraudulento, tendo que se proceder a uma apreciação casuística para aferir se as partes pretenderam efetivamente celebrar os contratos em apreço ou se, pelo contrário, apenas pretenderam contornar a proibição do pacto comissório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

OBRAS:

ALMEIDA, Carlos Ferreira de – *Alienação da propriedade em garantia*, in Direito e Justiça, Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011

ANDRADE, Margarida Costa – *A Propriedade Fiduciária*, Centro de Estudos Notariais e Registais, Instituto de Registo Imobiliário do Brasil, Separata do II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral (Coimbra – 10 e 11 de Maio de 2007), Coimbra Editora, 2009

CUNHA, Paulo – *Da Garantia nas Obrigações*, Apontamentos das aulas de Direito Civil do 5.º ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Tomo II, pelo aluno Eudoro Pamplona Côrte-Real, 1938-1939

DURÁN RIVACOBÁ, Ramón – *La Propriedade n Garantía. Prohibición del Pacto Comissorio*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1998

EIRÓ, Pedro – *Do Negócio Usurário*, Almedina, Coimbra, 1990

EPIFÂNIO, Maria do Rosário – *Manual de Direito da Insolvência*, 5.^a ed., Almedina, Coimbra, 2013

FERNANDES, Luís. A. Carvalho – *A admissibilidade do negócio fiduciário no direito português*, in «Estudos sobre a simulação», Quid Juris? Sociedade Editora, Lisboa, 2004

GOMES, Júlio – *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano*, in «Cadernos de Direito Privado», n.º 8, Outubro-Dezembro, CEJUR, Braga, 2004

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

LIMA, Fernando Andrade Pires, e VARELA, João de Matos Antunes – *Código Civil Anotado*, vol. II, 4ª ed., Coimbra, 1997

MARTINEZ, Pedro Romano – *Direito das Obrigações (Parte Especial). Contratos – Compra e Venda, Locação, Empreitada*, 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2001

– *Dos Contratos em Especial*, 2.ª ed., Lisboa, 1996

MARTINEZ, Pedro Romano/PONTE, Pedro Fuzeta da – *Garantias de Cumprimento*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006

MATOS, Isabel Andrade de – *O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, 2006

MENEZES CORDEIRO, António – *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 2012

MOTA PINTO, Carlos Alberto – *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, 1991

NETO, Abílio – *Código Civil Anotado*, 13.^a ed. atualizada, Ediforum, Lisboa, 2001

PAJARDI, Piero – *Manuale di diritto fallimentare*, 4.^a ed., Giuffrè, Milão, 1993

PIRES, Catarina Monteiro – *Alienação em Garantia*, Coimbra, Almedina, 2010

REIS, José Alberto – *Processos Especiais*, Vol. I, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1982

RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno – *Fiducia y Pacto de Retro em Garantia*, Marcial Pons, Madrid, 1998

SERRA, Adriano Vaz – “Penhor”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 58, 1956

VARELA, João de Matos ANTUNES – *Das Obrigações em Geral*, Volume II, 7.^a edição, Almedina, Coimbra, 1997

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de – *A venda a retro como instrumento de concessão de crédito garantido. Do Direito Civil ao Direito Bancário*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, IV, 2007

– *Direito das Garantias*, 2.^a ed., Almedina, 2013

VASCONCELOS, Pedro Pais – *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995

– *Em Tema de Negócio Fiduciário*, dissertação apresentada na Faculdade de Direito de Lisboa, inédita

VENTURA, Raúl – *Contrato de compra e venda no Código Civil*, in «Revista da Ordem dos Advogados», ano 40, Tomo III, Setembro-Dezembro, Lisboa, 1980, p. 605 a 662

WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo – *Algunas Consideraciones sobre la Prohibición del Pacto Comisorio y el Pacto Marciano*, in *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 13, p. 95 a 102

LEGISLAÇÃO:

Código Civil Português;

Código de Processo Civil;

Código do Registo Predial.