

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
ESCOLA DE LISBOA DA FACULDADE DE DIREITO
CATÓLICA LISBON SCHOOL OF BUSINESS AND ECONOMICS

MESTRADO EM DIREITO E GESTÃO

A CESSÃO DE CRÉDITOS COM ESCOPO DE GARANTIA
EM PROJECT FINANCE

BEATRIZ RODRIGUES ROCHA PEREIRA DA SILVA

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
ORIENTADA PELO PROFESSOR DOUTOR FRANCISCO MENDES CORREIA

LISBOA, MARÇO DE 2023

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Francisco Mendes Correia, por ter aceite o desafio de orientar este trabalho, pelos ensinamentos, disponibilidade e orientação.

À Vieira de Almeida e, em especial, à “malta dos projetos”, pelo apoio, desafios e confiança.

Ao Francisco, pelo incentivo, paciência e amor.

Ao meu Pai, pelo exemplo, força e carinho.

À memória da minha Mãe, pela inspiração.

ABREVIATURAS

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

Cit. – citação

CPC – Código de Processo Civil

DL das Garantias Financeiras – Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de maio, conforme alterado

idem – o mesmo

Proc. n.º – Processo número

Regulamento Roma I – Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I)

SP – Sociedade projeto

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

ss. – seguintes

Vol. – volume

ÍNDICE

1. **INTRODUÇÃO**
2. **A FIGURA E O SEU BREVE ENQUADRAMENTO**
3. **A CONDIÇÃO, FINALIDADE E DIFERENTES MODALIDADES DA FIGURA**
 - 3.1. NEGÓCIOS CONDICIONAIS
 - 3.2. FINALIDADE E MODALIDADES
 - 3.3. O EXERCÍCIO DE DIREITOS NA PENDÊNCIA DA CONDIÇÃO
4. **OS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS EM GARANTIA, EM ESPECIAL A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA**
 - 4.1. DELIMITAÇÃO FACE À CESSÃO DE CRÉDITOS COM ESCOPO DE GARANTIA
 - 4.2. O REGIME DAS GARANTIAS FINANCEIRAS E A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA
5. **ADMISSIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS E PRINCIPAIS DESAFIOS**
6. **CONCLUSÕES**
7. **BIBLIOGRAFIA E JURISPRUDÊNCIA**

1. INTRODUÇÃO

A escolha da cessão de créditos com escopo de garantia como tema para este trabalho surge com naturalidade no contexto da nossa experiência prática recente. Se é inegável o fascínio pela obra feita que atrai todo e qualquer advogado de *project finance*, é também indiscutível que esta estrutura de financiamento tem tanto de fascinante como de desafiante.

Como o próprio nome indica, este modelo é usado para o financiamento de um projeto específico tendo como alicerce fundamental a máxima de que o projeto se paga a si próprio. Por um lado, tendo o projeto a vocação e capacidade para se pagar a si próprio podem os promotores isolar o risco na SP especificamente constituída para o efeito (vulgo *ring-fencing*), ficando o reembolso do financiamento exclusivamente dependente da capacidade do projeto gerar receita. Por outro, sendo unicamente o património da SP que responde pela dívida (*non-recourse* ou *limited recourse*)¹, não surpreende que o pacote de garantias de um *project finance* tenha uma vocação universalista, no que aos ativos do projeto diz respeito. É precisamente neste contexto que as partes recorrem à figura da cessão de créditos com escopo de garantia.

Este trabalho pretende contribuir para o enquadramento da cessão de créditos com escopo de garantia no ordenamento jurídico português, apresentando e discutindo alguns dos principais desafios que enfrenta. Se é certo que já muito se escreveu sobre o tema, certo é, também, que são múltiplas as questões que se colocam em torno desta temática, que merece ser problematizada à luz do enquadramento legal e contratual em que tipicamente se insere.

Este é o nosso humilde contributo. Necessariamente breve e assumidamente tentativo.

¹ Como ensinam VINTER, GRAHAM, PRICE, GARETH e LEE, DAVID em *Project Finance*, Sweet & Maxwell, Fourth Edition, 2013 “*The general principle behind “non-recourse” or “limited recourse” transactions is that the lenders are only entitled to look to certain assets of the borrower and sometimes the shares in the borrower for repayment of their loans and the payment of interest.*”

2. A FIGURA E O SEU BREVE ENQUADRAMENTO

Como o próprio nome indica, a cessão de créditos com escopo de garantia ou cessão de créditos em garantia (*cessio in securitatem*) tem por base a cessão de créditos consagrada, entre nós, como o efeito de um contrato, cujo objeto é a transmissão de um crédito (artigo 577.º e seguintes do CC). Sempre que neste trabalho nos referirmos à “cessão”, o que se pretende é fazer referência ao efeito translativo típico. Já quando se refere a “cessão em garantia” ou “cessão com escopo de garantia” o que está em causa é o negócio jurídico socialmente típico em que o efeito translativo tem escopo de garantia. Assim, a cessão em garantia distingue-se da cessão em razão da função ou efeito jurídico pretendido pelas partes².

Enquanto a cessão tem uma vocação translativa (de carácter definitivo) – A cede a B um crédito que tem perante C –, a cessão de créditos com escopo de garantia tem subjacente uma finalidade garantística surgindo, usualmente, no contexto de operações de financiamento. Neste caso, o cedente será o garante (a mutuária ou a sua acionista) e o cessionário tipicamente o agente das garantias, atuando em nome e por conta dos credores garantidos. O agente das garantias é uma figura comum em empréstimos sindicados como são, em regra, os financiamentos em *project finance* e que pretende facilitar a constituição e execução das garantias do projeto num cenário de multiplicidade de credores garantidos³.

Sem prejuízo do que acima se disse, a doutrina tem vindo a reconhecer à cessão múltiplas funções, incluindo uma função de garantia⁴, sem que tal, em qualquer caso, prejudique o “efeito fundamental da operação” que sempre será a transmissão definitiva da titularidade do crédito⁵. Cabe esclarecer que, precisamente em razão do efeito fundamental pretendido e apesar das designações muito semelhantes, a cessão (com

² Mesmo que se aceite, como melhor se verá, a qualificação da cessão de créditos com escopo de garantia como negócio fiduciário e, conseqüentemente, a natureza translativa do negócio, a vocação translativa sempre será “temporária” ou “funcionalizada” e não definitiva como na cessão. Para maior desenvolvimento e detalhe ver VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência. Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente.*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

³ A figura do agente das garantias assume especial relevância em ordenamentos jurídicos em que se discute a admissibilidade generalizada da constituição de *trusts*, como é o caso da ordem jurídica portuguesa. Para maior detalhe sobre estas temáticas v. PATRÃO, AFONSO, *Reflexões sobre o reconhecimento de trusts voluntários sobre imóveis situados em Portugal*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXXVII, Coimbra, 2011

⁴ MANCINI na sua obra *La cessione dei crediti futuri a scopo di garanzia*, indica quatro como sendo as funções mais importantes que a cessão de créditos preenche na realidade económico-social: venda, doação, pagamento e garantia.

⁵ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, in *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, Reimpressão da 7.ª edição, Almedina, Lisboa, 2001, p. 296

função de garantia) não se deve confundir com a cessão de créditos em garantia. Para melhor ilustrar esta distinção veja-se o seguinte exemplo de cessão (com função de garantia) “L, produtor cinematográfico, carecido de meios para a realização do filme, transfere para a entidade que o financia, como garantia da dívida que contraiu, todas as receitas que a exibição do filme venha a proporcionar, até ao montante global do empréstimo e dos respetivos juros.”⁶ Neste caso, a intenção das partes (L, como cedente, e o financiador, como cessionário) é a cessão definitiva dos créditos que, aliás, tem em vista o cumprimento e extinção das obrigações relativas ao mútuo original⁷, não se tratando apenas de uma cessão condicional, “temporária” ou “instrumental”⁸.

Em contraposição, veja-se um exemplo típico de cessão de créditos em garantia incluída num contrato de prestação de garantias de um financiamento em *project finance*: A (SP e mutuária) cede com escopo de garantia a B (agente das garantias) os créditos que tem perante C, o empreiteiro ao abrigo do contrato de empreitada. Esta cessão fica sujeita a condição resolutiva, *i.e.*, os créditos são cedidos a B na data de assinatura do contrato de prestação de garantias, continuando A a exercer todos os direitos inerentes aos créditos cedidos, nomeadamente de reclamação ou interpelação a pagamento, em execução do mandato que lhe é conferido por B no referido contrato. Na prática, tudo se passa como se os créditos não tivessem sido cedidos. Caso A incumpra o contrato de financiamento, poderá B, após notificar A do referido incumprimento, fazer cessar o referido mandato e notificar C de que, na sequência do incumprimento, passará a ser B, exclusivamente, a exercer os direitos relativos aos créditos cedidos, podendo aplicar os montantes associados aos créditos cedidos no reembolso das obrigações garantidas. Já num cenário de pontual e integral cumprimento de A, se C pagar o montante correspondente a um crédito cedido por A, a cessão desse mesmo crédito considera-se automaticamente resolvida, *i.e.*, se no momento em que C é chamado a cumprir uma obrigação perante A relativa a um crédito que A cedeu a B, A estiver a cumprir as suas obrigações contratuais perante B, então a cessão desse crédito de A para B é automaticamente resolvida.⁹ Neste cenário, a cessão é meramente condicional e “temporária”, não sendo intenção das partes transmitir os créditos a título definitivo.

⁶ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *idem*, p. 295

⁷ Arriscamos que a verdadeira intenção neste exemplo seja fazer uma dação *pro solvendo* e não uma cessão em garantia, mas é este o exemplo apresentado como paradigmático por ANTUNES VARELA (por referência a Mancini). Será o que PESTANA DE VASCONCELOS qualifica como a cessão de crédito em função do cumprimento, *idem*, p. 554

⁸ VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *idem*, p.590

⁹ Em regra, como se verá, o preenchimento da condição tem efeitos retroativos (artigo 276.º do CC).

Esclarecido o diferente propósito das duas figuras¹⁰, cabe tecer breves considerações sobre o enquadramento da cessão de créditos em garantia.

De acordo com PESTANA DE VASCONCELOS, esta figura deverá ser qualificada como um negócio fiduciário, sendo o cessionário, o “*titular fiduciário do direito cedido*”¹¹. Como melhor se verá, esta qualificação da figura não nos parece isenta de dúvidas, especialmente tendo em conta as diversas modalidades da figura socialmente típica.

Cabe ainda recordar que, como negócio pluricausal, a cessão de créditos com escopo de garantia, tal como a cessão, integra uma relação jurídica mais complexa da qual faz parte o contrato de onde resultam para o cedente os direitos de crédito a ser cedidos ao cessionário, seja a título definitivo, como será o caso na cessão, seja a título meramente condicional ou funcional, como será o caso na cessão de créditos com escopo de garantia. Tal implica, desde logo, uma indissociabilidade entre o negócio jurídico que serve de base à cessão e a própria cessão de créditos em garantia no que aos requisitos e efeitos diz respeito, veja-se a este propósito o que decorre expressamente do artigo 578.º do CC.

A cessão de créditos com escopo de garantia ou cessão de créditos em garantia está atualmente amplamente difundida na prática jurídica internacional em especial na Alemanha (*Sicherungsabtretung*), mas também em Itália (*cessione di credito a scopo di garanzia*) e em França (*cession de créance à titre de garantie*)¹². Entre nós, o único afloramento legislativo que a figura tem é o que decorre do Regulamento Roma I sobre a lei aplicável às obrigações contratuais em que é feita referência às “transferências de créditos como garantia” no artigo 14.º n.º 3, mas é atualmente aceite pela maioria da doutrina portuguesa¹³, em especial após a entrada em vigor do DL das Garantias

¹⁰ Como se verá, tal não implica preconizar uma tese negativista relativamente à admissibilidade da figura na esteira de BELEZA DOS SANTOS. Aliás, não nos parece que a mera circunstância de, na cessão de créditos em garantia, o fim visado não coincidir com o efeito típico interfira com a validade do negócio, mas, apenas e só, com a tipicidade dos seus efeitos. Neste sentido aponta também PESTANA DE VASCONCELOS.

¹¹ VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *Direito das Garantias*, 3ª edição, Almedina, Porto, 2019, cit. p.611. Também neste sentido MENEZES LEITÃO in *Cessão de créditos*, Almedina, Coimbra, 2005, pp.445

¹² Contudo, na doutrina espanhola, a tendência dominante continua a ser a de não admitir as cessões fiduciárias em garantia.

¹³ FONSECA, ANA TAVEIRA DA, in *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral / coord. José Brandão Proença*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 597, reconhece a possibilidade generalizada de “transmissão do crédito em garantia”. Também neste sentido (i) VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência. Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, p. 921 ss, (ii) LEITÃO, LUÍS MENEZES, *idem*, p. 440 ss. e (iii) NEVES, VÍTOR, *A Cessão de Créditos em Garantia – Entre a realização das situações obrigacionais e a relativização das situações reais*, Lisboa, 2005, p. 585. Em sentido diferente, ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Alienação da propriedade em garantia – uma perspetiva prudente*, in Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p.311 ss.

Financeiras, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de junho de 2002, relativa aos acordos de garantia financeira, diretiva essa que contempla a figura da alienação fiduciária em garantia e que, em certa medida, alterou o paradigma do direito das garantias europeu e português ao criar mecanismos para agilizar a execução em cenário de incumprimento. Procura uniformizar regimes e dinamizar os mercados financeiros da zona Euro.

3. A CONDIÇÃO, FINALIDADE E DIFERENTES MODALIDADES DA FIGURA

3.1. NEGÓCIOS CONDICIONAIS

Tal como decorre do artigo 270.º do CC, diz-se que determinado negócio jurídico está sujeito a condição suspensiva sempre que as partes acordam sujeitar a produção de efeitos do referido negócio a um facto futuro e incerto, e a condição resolutiva sempre que as partes acordam que a ocorrência de determinado acontecimento (também futuro e incerto) determinará a resolução do negócio celebrado. O acontecimento futuro e incerto, será sempre incerto quanto à sua verificação (*incertus an*), mas poderá ser incerto ou certo quanto ao momento concreto da respetiva ocorrência (*incertus quando* ou *certus quando*).

Sempre que um negócio jurídico está sujeito a condição, será um negócio condicional.

A condição em sentido próprio é um elemento eventual do negócio, não se confundindo com os seus elementos essenciais nem com as chamadas “condições impróprias”¹⁴, que mais não são que requisitos impostos por lei para a produção de efeitos do negócio em causa¹⁵. O negócio condicional está completo a partir do momento em que é celebrado, ficando os declarantes “*definitivamente vinculados ao conteúdo das suas declarações*”¹⁶ independentemente da verificação da condição. Assim sendo, o condicionalismo estabelece uma “*relação de dependência entre a eficácia de um negócio jurídico, perfeito e válido, e um evento futuro e incerto, originando uma dissociação entre o momento de assunção de um vínculo jurídico-negocial [...] e o momento da respetiva eficácia.*”¹⁷ Como esclarece ANA ISABEL AFONSO, “*não é o surgimento do ato, mas apenas a sua eficácia, que é feita depender da ocorrência do evento condicionante.*”¹⁸

Como decorre da letra da própria disposição legal, a aposição de uma condição a determinado negócio jurídico é uma possibilidade que é, em regra,¹⁹ reconhecida às partes no âmbito do exercício da autonomia privada.

¹⁴ LIMA, PIRES DE/ VARELA, ANTUNES, in *Código Civil anotado*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1967

¹⁵ Como exemplo de condição legal ou imprópria veja-se o artigo 1716.º do CC.

¹⁶ PITA, MANUEL, in *Código Civil Anotado (volume I) / coord. de Ana Prata*, Almedina, Lisboa, 2017, p. 330

¹⁷ AFONSO, ANA, in *Comentário ao Código Civil: parte geral / coord. de Luís Carvalho Fernandes, José Brandão Proença*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, p. 661

¹⁸ AFONSO, ANA ISABEL- *A condição – Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, Universidade Católica Editora Porto, Porto, 2014, cit. p. 232

¹⁹ Como decorre da própria lei, desde logo, do artigo 271.º do CC, há exceções à regra da “livre” aposição de condições, não sendo admitidas pelo ordenamento jurídico condições que sejam contrárias à lei, à ordem

Ora, sendo o mecanismo condicional uma manifestação da liberdade negocial das partes, as condições podem assumir configurações muito variadas, sendo tipicamente construídas como salvaguarda face à incerteza da evolução futura dos acontecimentos fora da esfera de controlo das partes.

A doutrina reconhece ainda o recurso à condição como mecanismo de “autotutela negocial”²⁰ para que uma das partes possa assegurar-se da solvabilidade da outra sempre que tal seja relevante em razão da natureza do negócio. É precisamente esta vocação de autotutela ou garantística, como já arriscámos chamar-lhe, que as partes pretendem atribuir à condição na figura da cessão de créditos em garantia. A isto acresce, como já se viu, que a doutrina tem vindo a reconhecer várias funções à própria cessão de créditos²¹, incluindo uma função de garantia. Contudo, resta esclarecer se a aposição de uma condição a uma cessão de créditos para a “convolar” numa cessão com escopo de garantia não prejudica o “fenómeno comum”²² a todas as cessões de créditos. Por outras palavras, pensando num exemplo de acordo de cessão de créditos comum no panorama dos financiamentos em *project finance*, ao qual as partes acordam apor uma condição: (i) A (banco financiador num empréstimo sindicado) obriga-se a ceder a B (entidade financeira externa ao financiamento) o crédito que tem perante C (SP e mutuária) mediante o pagamento de um determinado preço, se e quando B assinar uma declaração de adesão ao complexo contratual mais vasto do financiamento e assumir as obrigações aí previstas ou (ii) A (banco financiador num empréstimo sindicado) cede a B (entidade financeira externa ao financiamento) o crédito que tem perante C (SP e mutuária), mediante o pagamento de determinado preço, tendo-se o negócio automaticamente por resolvido se B não assinar a referida declaração de adesão no prazo de cinco dias úteis após a celebração do acordo de cessão de créditos.

A finalidade do negócio é, tanto na primeira situação (condição suspensiva), como na segunda (condição resolutiva), a transmissão do crédito, ficando a

pública ou ofensivas dos bons costumes. Não nos debruçaremos sobre as exceções ao regime regra que são, naturalmente, também aplicáveis às condições apostas a cessões de créditos com escopo de garantia.

²⁰ AFONSO, ANA, in *Comentário ao Código Civil: parte geral / coord. de Luís Carvalho Fernandes, José Brandão Proença*, cit. p. 662

²¹ MANCINI, *idem*

²² VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *idem*, p.295

aquisição derivada translativa apenas sujeita ao preenchimento de determinada condição. Mantém-se, assim, o “*fenómeno comum*”²³.

Questão diferente é a colocada pela cessão de créditos com escopo de garantia em que a intenção das partes é completar o pacote de garantias do financiamento.²⁴ Neste cenário, nem o cedente pretende verdadeiramente ceder os créditos ou, pelo menos, ceder a título definitivo, nem o cessionário quer os créditos em causa na sua esfera jurídica (a não ser num cenário de execução do pacote de garantias). Na prática social e contratual, a condição tem sido usada para atribuir ao cedente a posição jurídica de garante e ao cessionário a posição de beneficiário da garantia.

Em ilustração do que antecede e para facilitar o exercício comparativo por referência ao cenário anterior, pense-se no seguinte exemplo: A (SP e mutuária) cede com escopo de garantia a B (agente das garantias) os créditos que tem perante C (prestador de serviços). Diz-se que “cede com escopo de garantia”, porque as partes acordam que a cessão (efeito translativo dos créditos) só ocorre, se e quando, se verificar uma situação de incumprimento ao abrigo do contrato de financiamento celebrado entre A e as entidades financeiras aqui representadas por B. Para completar, considere-se o mesmo cenário, mas em que as partes acordam subordinar o negócio a condição resolutiva: A (SP e mutuária) cede em garantia a B (agente das garantias) os créditos que tem perante C (prestador de serviços). Diz-se que “cede em garantia”, porque as partes acordam que o negócio será resolvido se e quando as obrigações garantidas (assumidas por A ao abrigo dos contratos financeiros celebrados entre A e as entidades financeiras aqui representadas por B) forem integralmente cumpridas.

Parece-nos claro que nestes dois últimos exemplos se perde o “fenómeno comum”²⁵, o que nos leva à questão que já avançámos - poderá a condição atribuir uma finalidade diversa ou implicar um efeito jurídico (imediato) distinto da cessão?

A este propósito cabe recordar a distinção entre elementos essenciais (*essentialia negotii*) e acessórios ou acidentais (*accidentalia negotii*) de determinado negócio jurídico.

Os elementos essenciais dos negócios jurídicos serão os elementos “*próprios ou específicos, constitutivos da sua essência, que os caracterizam e distinguem entre*

²³ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *idem*, p.295

²⁴ As problemáticas relativas à cessão de créditos futuros serão tratadas no último capítulo deste trabalho.

²⁵ VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *idem*, p.295

si”²⁶ – o tal “fenómeno comum” – numa compra e venda o elemento específico que determina a sua “identidade” jurídica será a transferência da propriedade de um objeto por determinado preço. Numa cessão de créditos (com qualquer dos enquadramentos contratuais que pode ter), o elemento essencial será a transmissão dos créditos objeto do contrato (a cessão, como a definimos neste trabalho), enquanto os elementos acessórios ou acidentais (que incluem a condição) serão os elementos contratuais que não são indispensáveis para a produção do efeito típico em causa.

Sempre que falte o elemento próprio ou específico deixará de existir o contrato ou, neste caso, o efeito típico, independentemente de qual a causa que determine a ausência do referido elemento. Assim sendo, podem as partes, ao abrigo da sua autonomia privada, mas sempre “*sem alterar a essência do negócio jurídico*”²⁷ introduzir cláusulas acessórias ou acidentais, como seja a condição. *A contrario*, significa isto que os elementos acidentais de um negócio não podem desvirtuar a sua essência, *i.e.*, uma compra e venda condicionada terá sempre de ser uma compra e venda e uma cessão de créditos condicionada terá sempre de ter em vista a cessão: “*o negócio, apesar de os efeitos da condição se repercutirem nas suas potencialidades, máxime, na sua eficácia, não perde [ou não poderá perder] a sua identidade própria*” (parêntesis nossos).²⁸

Consequentemente, a resposta à questão colocada terá de ser negativa. Não nos parece que a figura da cessão de créditos com escopo de garantia possa ser enquadrada como uma cessão por faltar o “fenómeno comum” ou efeito jurídico típico da cessão, pelo menos no imediato²⁹. Tal não significa, que não se possam aplicar determinados efeitos legais típicos da cessão de créditos à cessão de créditos com escopo de garantia – é a própria lei no artigo 405.º do CC que reconhece às partes a “*flexibilidade de fixar livremente o conteúdo dos contratos*” e a

²⁶ COELHO, JOSÉ GABRIEL PINTO, *in. Das cláusulas acessórias dos negócios jurídicos, I – A condição*, Coimbra Imprensa da Universidade, Coimbra, 1909, p.1

²⁷ COELHO, JOSÉ GABRIEL PINTO, *idem*, p.4

²⁸ GONÇALVES, NUNO BAPTISTA, *in Do Negócio sob condição (Estudo de Direito Civil)*, Edições Castilho – Coleção Jurídica, Lisboa, 1995, cit. p.25

²⁹ Como se viu, mesmo nas modalidades da cessão de créditos em garantia em que a cessão opere com a celebração do contrato em causa, como será o caso na cessão de créditos em garantia sujeita a condição resolutiva, a transmissão da titularidade dos direitos de crédito é sempre “funcionalizada” e “temporária” e não definitiva. Mais, mesmo a cessão de créditos com função de garantia tem em vista uma cessão definitiva (o produto dos créditos cedidos é, na normal execução do contrato, aplicado no reembolso das obrigações garantidas), o que não acontece na cessão de créditos com escopo de garantia em que tal apenas ocorre num cenário patológico da relação jurídica de onde resultam as obrigações garantidas.

possibilidade de reunirem no mesmo contrato “*regras de dois ou mais negócios*”, tudo dependerá, no caso concreto, da vontade das partes.

3.2. FINALIDADE E MODALIDADES

Como já se viu, também a cessão de créditos com escopo de garantia é na prática jurídica corrente um negócio condicional, sendo a condição o mecanismo jurídico a que as partes usualmente recorrem para atribuir ao negócio a função garantística pretendida.

O enquadramento contratual concreto que as partes dão à figura fica, naturalmente, sujeito à autonomia privada. Dito isto, tipicamente, um pacote de garantias mais *borrower friendly* terá uma cessão de créditos em garantia sujeita a condição suspensiva, enquanto um pacote mais *lender friendly* terá uma cessão em garantia sujeita a condição resolutiva. O objetivo, em qualquer dos casos, será o de completar o pacote de garantias do financiamento de forma a incluir (todos) os créditos detidos pela mutuária perante terceiros (suas contrapartes nos contratos de projeto). Usualmente, a pretensão das partes é abranger os créditos futuros na cessão em garantia, sendo os créditos presentes, em regra, objeto de penhor. Considerando a admissibilidade da constituição de penhor sobre direitos futuros, poderá questionar-se a razão de ser desta opção. De acordo com MENEZES LEITÃO, a cessão de créditos em garantia “*possui sobre o penhor a vantagem de se constituir independentemente da notificação ou aceitação pelo devedor*”³⁰. O fundamento para este entendimento é a leitura conjugada do disposto no artigo 681.º n.º 2 do CC em confronto com o que resulta do artigo 583.º n.º 2, também do CC. Ainda que, como o próprio autor reconhece, o n.º 3 do mesmo artigo 681.º do CC mitigue ou atenuie o disposto no seu n.º 2, destas disposições parece resultar que a cessão sempre se constituirá independentemente da notificação ou aceitação pelo devedor, o que poderá não ser verdade para o penhor³¹. Ainda que nos pareça que o elemento sistemático leva necessariamente a concluir que a notificação ou aceitação pelo devedor não será um elemento constitutivo do penhor de créditos³², num cenário em que estão em causa créditos futuros é inegável a dificuldade prática

³⁰ MENEZES LEITÃO, *idem*, cit. p. 445

³¹ Também neste sentido e reconhecendo ainda outras vantagens da cessão face ao penhor v. VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência. Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, p. 551 ss.

³² A tese constitutiva contrapõe-se à tese condicionante de eficácia, para mais detalhe v. TOMÉ, MARIA JOÃO VAZ, in *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral / coord. José Brandão Proença*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018, p. 906. Preconizando a tese constitutiva, veja-se NEVES, VÍTOR in *A afectação de receitas futuras em garantia*, Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano I N.º 2 – 2000, Almedina, Lisboa, 2000 p. 168ss.

da notificação (pelo menos no que diga respeito a créditos futuros que não resultem de relações jurídicas duradouras já existentes à data da celebração do contrato de garantias, como seja um novo contrato de projeto a ser celebrado no futuro) e, por isso, compreensível a preferência pela cessão de créditos em garantia para dissipar quaisquer dúvidas quanto à existência do próprio negócio jurídico.

Tendo analisado a finalidade prática (completar o pacote de garantias), cabe agora olhar com maior detalhe para as modalidades da figura mais usadas na prática.

Como já se aflorou, a cessão de créditos com escopo de garantia surge na prática jurídica tipicamente construída como negócio condicional, sendo as duas principais modalidades a cessão de créditos com escopo de garantia sujeita a condição suspensiva, por um lado, e a cessão de créditos com escopo de garantia sujeita a condição resolutiva, por outro.

A distinção entre condições suspensivas e resolutivas, usa como critério o modo como a eficácia do negócio é “colocada na dependência do evento condicionante”.³³ Para o que aqui interessa, na modalidade condição suspensiva ficará a cessão sujeita à verificação de determinado facto futuro e incerto, usualmente a ocorrência de uma situação de incumprimento dos contratos financeiros ou o vencimento antecipado da dívida contraída pela SP ao abrigo desses contratos. Já na modalidade condição resolutiva, a cessão ocorre no momento da celebração do negócio, usualmente a assinatura do contrato de garantias em que se inclui a cessão de créditos em garantia, sendo a cessão resolvida, se e quando se verificar determinado facto futuro e incerto. Nesta modalidade, o mais comum é a aposição de uma condição negativa, *i.e.*, o facto futuro e incerto ser a não verificação de qualquer situação de incumprimento ao abrigo dos contratos financeiros no momento em que o devedor (contraparte do contrato de projeto) cumpra a sua obrigação e pague ao cedente o montante correspondente ao crédito cedido ao cessionário. Apesar de menos frequente, também já vimos a condição resolutiva ser construída como condição positiva, sendo o facto futuro e incerto o cumprimento integral das obrigações da SP ao abrigo dos contratos financeiros – nesta variante a cessão só se resolve no final da

³³ GONÇALVES, NUNO BAPTISTA, *idem*, cit. p.40

relação jurídica, sendo a “retransmissão”³⁴ concomitante com a libertação das garantias do financiamento.

Na prática jurídica, são estas as duas modalidades que temos visto, com as variações que afluíram. Porém, a doutrina apresenta ainda uma terceira modalidade que não pressupõe a subordinação da cessão a qualquer condição. Nesta modalidade, fica o cessionário obrigado a retransmitir os créditos originalmente cedidos em garantia, quando se encontrem integralmente cumpridas as obrigações garantidas. Distingue-se da modalidade condição resolutiva por exigir um novo negócio jurídico entre o cessionário e o cedente, para operacionalizar a (re)transmissão dos créditos, não operando a (re)transmissão de forma automática como consequência da retroatividade dos efeitos associados à verificação da condição³⁵. Já numa cessão de créditos em garantia sujeita a condição resolutiva negativa (situação mais comum), sendo, como se viu, a condição construída como a não existência de uma situação de incumprimento dos contratos financeiros à data do vencimento de cada um dos créditos cedidos, caso não se tenham vencido todos os créditos cedidos na data de maturidade final do empréstimo, terá o agente das garantias de ceder os créditos não vencidos de volta ao cedente (SP ou acionista) e notificar o terceiro devedor da nova cessão.

Sem prejuízo deste breve afluimento, parece-nos mais relevante tratar as modalidades condicionais da figura, tendo em conta a relevância que assumem na prática jurídica corrente. A este respeito, cabe notar que a distinção (resolutiva vs. suspensiva) diz apenas respeito ao momento da cessão, sendo o regime contratual em sede de execução tipicamente semelhante, sem prejuízo das nuances que exploramos de seguida. Ainda assim, em qualquer das modalidades, a ocorrência de uma situação de incumprimento terá, usualmente, de ser seguida por uma declaração de vencimento antecipado e /ou de execução para que daí se possam extrair consequências, nomeadamente para que o cessionário possa fazer-se pagar mediante a venda do crédito.³⁶

³⁴ Não se tratará de uma (re)transmissão voluntária, mas sim da consequência da retroatividade dos efeitos associados à verificação da condição.

³⁵ Para maior detalhe a propósito da retroatividade da condição v. GONÇALVES, NUNO BAPTISTA, *idem*, p.127 ss. e AFONSO, ANA ISABEL, *idem*, p. 377 ss.

³⁶ Sempre que estejam em causa empréstimos sindicados, como será frequentemente o caso em financiamentos em *project finance*, a declaração de vencimento antecipado e/ou de execução fica sujeita às regras de tomada de decisões dos financiadores/ credores garantidos.

Da perspectiva do credor garantido será mais vantajoso optar pela cessão de créditos com escopo de garantia sujeita a condição resolutiva, já que esta figura proporciona um meio mais expedito para que possa ver o seu crédito satisfeito. Em caso de incumprimento da SP, o agente das garantias (mediante instrução da maioria dos credores) poderá rapidamente transacionar o crédito e aplicar o produto da venda no reembolso dos credores garantidos, desde que, como veremos adiante, respeite os limites decorrentes da proibição do pacto comissório.

Sempre se poderá argumentar que esta vantagem é fortemente esbatida pelo regime contratual típico das cessões de créditos em garantia sujeitas a condição suspensiva, que determina o automatismo da transmissão do crédito mediante a verificação da condição (tipicamente a ocorrência de uma situação de incumprimento). Contudo, existem frequentemente situações de incumprimento que não são de verificação automática, *i.e.*, dependem de declaração ou estão sujeitas a períodos de sanção. Nessas circunstâncias será sempre necessário um passo adicional para que a transmissão do crédito se operacionalize. Nesta modalidade terão sempre de existir dois passos ou momentos distintos num cenário já patológico da relação jurídica: primeiro é necessário que a cessão opere para que, posteriormente (ainda que em ato contínuo), se possa transacionar o crédito cedido para satisfação dos montantes em dívida.³⁷

Na nossa perspectiva, a cessão de créditos com escopo de garantia sujeita a condição suspensiva tem, porém, a vantagem de se aproximar mais da estrutura garantística típica do direito português já que, como se viu, a cessão só opera num cenário de incumprimento da obrigação garantida (semelhante à situação de execução de uma garantia), o que torna esta figura, em tese, mais facilmente enquadrável à luz dos princípios gerais do direito português. Sem prejuízo das considerações a propósito da proibição do pacto comissório no último capítulo, o paralelo da cessão seria a apropriação de valor do ativo dado em garantia. Pense-se num penhor de créditos, na cessão de créditos sujeita a condição suspensiva a cessão dos créditos seria equiparável à venda executiva dos créditos empenhados, já que ambas as situações jurídicas (cessão e venda executiva) ficam dependentes da ocorrência de uma situação de incumprimento. Por essa razão, parecem-nos ser

³⁷ Também aqui se aplicará a ressalva dos limites da proibição do pacto comissório, como se verá adiante.

de aplicar os mesmos princípios transversais às garantias reconhecidas no ordenamento jurídico português. Ainda que mais próxima da estrutura garantística do direito português, a cessão de créditos sujeita a condição suspensiva não parece ser, contudo, uma figura isenta de desafios, como se verá mais adiante.

Apresentadas as duas modalidades de cessão condicional em garantia, passamos a um breve estudo comparativo das suas implicações em (i) cenário de execução e (ii) de insolvência do cedente.

No que à execução diz respeito, cabe notar que uma vez que a cessão opere – seja com a celebração do contrato na modalidade de condição resolutiva, seja em sede de incumprimento quando a condição seja suspensiva – o cedente continua a correr o risco de perda do bem (neste caso o crédito), que passa a integrar o património do cessionário. Neste cenário, PESTANA DE VASCONCELOS sustenta a aplicação analógica do artigo 1184.º do CC³⁸ de forma a excluir os créditos cedidos em garantia de uma potencial penhora dos bens do cessionário. Na perspetiva deste autor, sendo a titularidade do cessionário meramente “temporária” e “instrumental” e, acrescentamos nós, tendo o negócio uma vocação garantística e não translativa, não deverão os créditos cedidos ser suscetíveis de penhora em caso de execução do cessionário.³⁹

A este respeito, parece-nos importante notar que estas considerações não poderão, na nossa opinião, valer para a cessão de créditos com escopo de garantia sujeita a condição suspensiva, em que a cessão só ocorre quando se verifique uma situação de incumprimento dos contratos financeiros (modalidade não explorada por PESTANA DE VASCONCELOS nos seus estudos). Neste cenário, não nos parece que a matriz de riscos associada à cessão imponha uma aplicação analógica do artigo 1184.º do CC, considerado o “*princípio fundamental em matéria de titularidade fiduciária*”⁴⁰. Tendo havido incumprimento dos contratos financeiros (cenário patológico da relação jurídica), não nos parece que o cedente mereça tutela

³⁸ Mesmo para quem não admita esta interpretação analógica, não estará, de acordo com PESTANA DE VASCONCELOS, excluída uma outra via: a requisição pelo cessionário da substituição do bem penhorado, em cumprimento do seu dever de proteção dos bens fiduciários. Como já se avançou, este autor enquadra a cessão de créditos em garantia como um negócio fiduciário, daí esta proposta alternativa.

³⁹ A este propósito, v. VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA de, *Direito das Garantias*, *idem*, p.620 ss.

⁴⁰ RAMALHO, TIAGO, in *A cessão de créditos futuros e a insolvência – A posição do cessionário na insolvência do cedente*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano IX9, Porto, 2012, cit. p. 494

no que ao risco de perda do bem diz respeito, sem prejuízo das limitações da proibição do pacto comissório. Na verdade, parece-nos que esta interpretação analógica do artigo 1184.º do CC para excluir os créditos cedidos dos bens do cessionário sujeitos a penhora só será admissível na pendência da condição resolutiva. Nesse cenário específico – de condição resolutiva – deverá o cessionário opor-se à penhora dos créditos em causa (artigo 784.º do CPC), mas não poderá o cedente “*valer-se dos embargos de terceiro*” por não existir, no entendimento de PESTANA DE VASCONCELOS e LEBRE DE FREITAS⁴¹, um direito incompatível para efeitos do artigo 342.º número 1 do CPC, já que o cedente é simplesmente um credor do cessionário no contexto de penhora de bens deste último. Assim sendo, e sem prejuízo de reconhecermos a bondade da proposta de interpretação analógica do artigo 1184.º do CC, sempre se terá de reconhecer que esta será uma fragilidade/ desvantagem da perspetiva do cedente da cessão de créditos com escopo de garantia sujeita a condição resolutiva, quando comparada com a cessão de créditos sujeita a condição suspensiva, já que, no cenário condição resolutiva, a tutela do interesse do cedente na manutenção do crédito sempre dependerá de uma atuação do cessionário, não podendo o cedente fazer-se valer diretamente dos seus direitos.

Ainda a este propósito, note-se que o regime insolvencial será diverso quando comparado com o penhor de créditos, mas semelhante entre as duas modalidades de cessão em garantia, sem prejuízo de algumas nuances que veremos de seguida⁴². Como já se viu, na cessão de créditos sujeita a condição suspensiva, a cessão opera tipicamente com a ocorrência de uma situação de incumprimento ao abrigo dos contratos financeiros. Ora, na prática, a insolvência da SP sempre será uma situação de incumprimento e mais, a insolvência será tipicamente precedida de uma fase difícil do ponto de vista económico-financeiro para a SP que, num *project finance*, passará (incontornavelmente) pelo incumprimento prévio e usualmente reiterado dos contratos financeiros⁴³. Assim sendo, tanto na modalidade condição resolutiva,

⁴¹ VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *idem*, p.620 e 621 e FREITAS, JOSÉ LEBRE DE, *A ação executiva – À luz do Código de Processo Civil de 2013*, 7ª edição, Almedina, Lisboa, 2017, p. 290

⁴² Sem prejuízo de breves aforamentos, as temáticas relativas ao princípio da igualdade de tratamento de credores (*par conditio creditorum*), incontornável nestas matérias, serão abordadas com maior profundidade adiante.

⁴³ Como se verá, em *project finance* os credores da SP tendem a limitar-se aos credores de projeto e aos credores financeiros, sendo tipicamente o reembolso dos créditos da dívida de projeto sénior ao serviço da dívida financeira, daí esta conclusão.

como na modalidade condição suspensiva, a cessão operará tipicamente antes da declaração de insolvência da SP, seja na data da assinatura do contrato de garantias (condição resolutiva), seja na data em que ocorra uma situação de incumprimento dos contratos financeiros (condição suspensiva), o que justifica o tratamento semelhante das duas modalidades em sede de insolvência do cedente. Em qualquer caso, o *timing* para a transferência do crédito poderá ser relevante de um ponto de vista de risco de resolução em benefício da massa (artigo 120.º e seguintes do CIRE), o que significa que a cessão de créditos em garantia sujeita a condição resolutiva poderá ser, também por esta razão, mais vantajosa da perspectiva do credor cessionário.

Dito isto, e sem prejuízo da importante ressalva das situações abrangidas pela resolução incondicional (artigo 121.º do CIRE), como se verá no final desta análise, dificilmente a resolução em benefício da massa será um risco relevante num contexto de *project finance*. Para o que aqui nos ocupa, especialmente relevante a propósito da resolução incondicional será a situação prevista na alínea c) do número 1 do artigo 121.º do CIRE que abrangerá as situações de constituição (e reforço) de garantias reais nos seis meses anteriores à declaração de insolvência. Poderia entender-se (como nos parece correto) que o conceito de garantias reais incluído nesta disposição não pode ser entendido em sentido estrito e deverá ser interpretado de forma a incluir tudo o que sejam formas de “*reforço qualitativo da probabilidade de satisfação do crédito*”⁴⁴ o que implicaria que a cessão de créditos em garantia e outras figuras análogas às garantias reais típicas fossem abrangidas pela referida disposição.⁴⁵

Tal poderia prejudicar a cessão de créditos em garantia sujeita a condição suspensiva em que, como já vimos, só há cessão quando se verifique uma situação de incumprimento ao abrigo dos contratos financeiros, o que poderá certamente ocorrer nos seis meses antes da declaração de insolvência da SP. Contudo, parece-nos que não se poderá olhar à cessão (efeito translativo do crédito) como o momento relevante para efeitos de contagem do prazo de seis meses. Como já

⁴⁴ VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, in *Direito das Garantias*, *idem*, cit. p. 65

⁴⁵ Também preconizando uma interpretação extensiva desta disposição legal PESTANA DE VASCONCELOS, in *A cessão de créditos em garantia e a insolvência. Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, p. 945 e MACEDO GRAÇA, in *Os Contratos de Garantia Financeira*, Almedina, Lisboa, 2010, p. 102

avancamos, parece-nos que a celebração do contrato de garantias em que tipicamente se inclui a cessão de créditos em garantia (seja em que modalidade for) será o equivalente ao momento constitutivo das garantias típicas como seja o penhor⁴⁶ e a cessão o paralelo da execução de um penhor ou hipoteca, já que tanto a cessão como a venda executiva são o momento relevante do ponto de vista de apropriação de valor do ativo. Não nos parece, por isso, que, num cenário de cessão em garantia sujeita a condição suspensiva, a cessão (efeito translativo) que opere nos seis meses antes da declaração possa, sem mais, ser objeto de resolução em benefício da massa por força do previsto no artigo 121.º do CIRE. Questão naturalmente diferente, mas de pouca relevância prática no contexto de um *project finance* com uma SP em dificuldades financeiras, seria a de uma nova cessão de créditos em garantia (em qualquer das modalidades) que seja celebrada nos seis meses anteriores à declaração de insolvência da cedente, aí já nos parece poder operar a resolução em benefício da massa, assumindo a aplicação analógica do previsto no artigo 121.º do CIRE relativamente a garantias reais.

Ainda a propósito da pouca relevância que o instituto da resolução em benefício da massa tem, em regra, no contexto de insolvência de uma SP, note-se que a SP frequentemente não terá trabalhadores e tem o seu objeto social circunscrito ao desenvolvimento do projeto, tendendo os credores⁴⁷ a resumir-se (i) aos credores financeiros tipicamente representados pelo agente de garantias que será o cessionário e (ii) aos credores de projeto que reconhecem *ab initio* ou, mais tardar, no momento da constituição dos créditos, a cessão dos créditos detidos pela SP a favor do cessionário. Consequentemente, tendem a não existir nem (i) fundamentos para resolução em benefício da massa nem (ii) outros credores cujo interesse essa resolução fosse legitimamente tutelar.

Já comparando o regime insolvencial do penhor de créditos e o da cessão de créditos, são notórias as diferenças. Quando seja constituído um penhor de créditos, num cenário de insolvência do garante, o credor será um credor preferencial relativamente aos créditos empenhados e aplicar-se-á o princípio da concentração

⁴⁶ Em financiamentos em *project finance* tal é especialmente impressionante já que o documento constitutivo das garantias tradicionais é, em regra, também o negócio jurídico em que se prevê a cessão com escopo de garantia.

⁴⁷ Apenas por uma questão de relevância prática, quando nos referimos a credores neste contexto estamos a pensar apenas em credores voluntários e não em credores não voluntários que poderão existir em cenários de responsabilidade extracontratual, fora do que será a norma no contexto de financiamentos em *project finance*.

(artigo 90.º do CIRE), *i.e.*, o credor pignoratício terá de “reclamar o seu crédito, sendo depois satisfeito de acordo com as regras do concurso.”⁴⁸ Já se o crédito for cedido em garantia (seja qual for a modalidade), “a satisfação do credor garantido será realizada isoladamente (...) (sem ser a sua satisfação afectada pela necessidade de pagar as dívidas da massa), sendo o eventual remanescente entregue ao administrador da insolvência que o integrará, então, na massa.”⁴⁹ Contudo, esta distinção esbate-se em larga medida quando esteja em causa um penhor financeiro em que as partes tenham convencionado a possibilidade de apropriação nos termos do artigo 11.º do DL das Garantias Financeiras. Neste cenário poderá o agente das garantias executar a garantia “*fora do concurso insolvencial*”⁵⁰, aproximando-se assim o regime insolvencial do penhor financeiro do tratamento da cessão de créditos em garantia em cenário de insolvência. Havendo remanescente, o montante relevante deverá também ser entregue ao administrador de insolvência para integrar a massa.

A questão que se impõe será então a de saber se a lei admite este regime de insolvência para a cessão de créditos em garantia, *i.e.*, se admite “a satisfação isolada (e privilegiada) de um credor sobre um bem que desempenha no seu património a função de garantir uma obrigação do insolvente, ou se, pelo contrário, impõe a integração desses bens na massa (atenta a sua função no património do credor) e a satisfação de todos os credores pelos bens componentes dessa massa.”⁵¹ A este respeito, parece-nos importante recordar que esta seria precisamente uma das principais vantagens da cessão de créditos quando comparada com o penhor de créditos (que não seja penhor financeiro), daí a importância da discussão. Relativamente a esta questão concreta e sem prejuízo de outras questões controvertidas que veremos adiante, parece-nos de afastar a sombra da fraude. O foco parece-nos dever ser a titularidade do crédito e não tanto as limitações do princípio de igualdade de tratamento dos credores e a eventual aplicação das regras de preferência das garantias reais à cessão de créditos em

⁴⁸ VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *idem*, p. 867, nota de rodapé 1598. Tratando-se de penhor financeiro, aplicar-se á o regime específico previsto no DL das Garantias Financeiras, que prevê medidas de proteção adicionais e tendo sido prevista a possibilidade de apropriação, poderá o credor apropriar-se do crédito neste cenário, mas sempre no contexto do processo universal de insolvência.

⁴⁹ VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *idem*

⁵⁰ VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *Direito das Garantias*, *idem*, cit. p.347

⁵¹ VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência. Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, p. 868

garantia. Havendo transmissão do crédito antes da declaração de insolvência, o crédito cedido não integrará, nesse momento, a esfera jurídica do insolvente, mas antes o património do credor garantido e cessionário.⁵² Por essa razão, parece-nos que, sendo de um terceiro (o cessionário) não poderá integrar a massa insolvente do cedente mesmo que esta titularidade do cessionário seja apenas funcionalizada, sob pena de se frustrar a função socioeconómica da cessão em garantia. Consequentemente, o cessionário poderá transacionar o crédito e fazer-se pagar sem entrar no concurso de credores. Na esteira do que defende PESTANA DE VASCONCELOS, para se considerar que este regime insolvencial da cessão de créditos em garantia é fraude à lei e desvirtua os interesses que a lei visa tutelar, “*seria necessário que decorresse da interpretação das regras insolvenciais relativas às garantias reais*⁵³ *que elas pretendem abranger igualmente aquelas figuras que, embora não sendo verdadeiras garantias reais, funcionalmente fossem semelhantes*”⁵⁴, o que não parece ser o caso já que existem outras figuras como a venda com reserva de propriedade, a locação-venda, a venda a retro ou a alienação fiduciária em garantia que não constituem garantias reais (e em que se recorre ao próprio direito de propriedade com função de garantia) e que têm tratamentos insolvenciais semelhantes ao que se propõe para a cessão de créditos em garantia.⁵⁵ Em sentido contrário, FERREIRA DE ALMEIDA defende que a “*invocação de outros institutos (...) em que a propriedade pode funcionar como garantia (...) não é fundamento bastante para a generalização*”.⁵⁶

Por fim, e sem prejuízo desta análise, parece-nos importante dar uma nota de cariz mais prático a propósito do regime insolvencial do cedente, que, de alguma forma, mitiga os riscos inerentes a esta controvérsia num financiamento em *project finance*. Nos financiamentos com esta estrutura, a cessão de créditos em garantia (seja qual for a modalidade) integra um pacote de garantias mais vasto, sendo todas as garantias constituídas a favor das mesmas entidades (os financiadores do projeto), o que significa que o cessionário será também credor garantido da perspetiva de graduação de créditos em sede de insolvência. Mais, o *ring fencing*

⁵² Como já se viu, a resolução da cessão em benefício da massa não será, em regra, um risco relevante.

⁵³ Por “*regras insolvenciais relativas às garantias reais*” deverão entender-se, especialmente, as que decorrem do previsto nos artigos 90.º, 128.º, 140.º número 2, 172.º e 174.º do CIRE.

⁵⁴ VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *idem*, cit. p. 896

⁵⁵ Para maior detalhe sobre este tema, v. VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *idem*, p. 685 ss.

⁵⁶ ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE *idem*, cit. p. 316

em financiamentos de projeto tem como um dos seus corolários a limitação da margem de atuação da SP, seja através dos direitos de exercício condicionado ou de um vasto pacote de obrigações de conteúdo positivo ou negativo. Para o que aqui interessa, os contratos financeiros tipicamente incluem uma cláusula de *negative pledge* que proíbe a mutuária de dar os ativos do projeto em garantia a outros credores, o que significa que não deverão existir credores garantidos ou cessionários de cessões com escopo de garantia, que não sejam os credores financeiros. Tal implica que aceitar este regime insolvencial para as cessões em garantia não deverá ser uma questão especialmente controversa no contexto de um financiamento em *project finance*, já que (i) os credores financeiros convivem, em regra, apenas com credores de projeto que, como já se adiantou, reconhecem e aceitam a cessão por serem, tipicamente, os devedores dos créditos cedidos e (ii) a própria estrutura do financiamento tende a afastar a possibilidade de existência de outros credores.⁵⁷⁵⁸

⁵⁷ Para este efeito e procurando simplificar, quando o projeto seja financiado por um sindicato de bancos/entidades financeiras, o sindicato deverá ser tratado de forma unitária, *i.e.*, como se de um único credor financeiro se tratasse.

⁵⁸ De acordo com a nossa experiência, será esta, em regra, a configuração de credores de uma SP. Tal não implica, contudo, que se exclua o risco de responsabilidade aquiliana da SP e/ou que não possam existir outros credores como a Autoridade Tributária, Segurança Social ou trabalhadores. Este entendimento poderá não valer, ou não valer com a mesma acuidade, nessas circunstâncias que serão tendencialmente excepcionais.

3.3. O EXERCÍCIO DE DIREITOS NA PENDÊNCIA DA CONDIÇÃO

Apresentadas que estão as modalidades mais comuns da figura, cabe analisar com maior detalhe a realidade da cessão de créditos com escopo de garantia na pendência da condição⁵⁹. Por pendência da condição deverá entender-se a fase que decorre entre a celebração do contrato e a verificação do evento condicionante ou a certeza de que este já não se verificará⁶⁰. O período de pendência da condição corresponderá, assim, “*a uma situação provisória ou interina.*”⁶¹

Contudo, como já se aflorou, na cessão de créditos em garantia sujeita a condição suspensiva a vontade das partes não é que a condição se verifique, mas antes que a situação de pendência se mantenha até que todas as obrigações da SP ao abrigo dos contratos de financiamento estejam cumpridas – a cessão em garantia tem uma vocação garantística e não translativa. Por essa razão, parece-nos que, neste caso concreto, se impõe que a vocação interina da posição jurídica condicionada que se destina “*a ser substituída por uma situação definitiva*”⁶² seja interpretada no sentido de se entender a “situação definitiva” não só como verificação da condição (ocorrência da situação de incumprimento)⁶³, mas também, como será o normal, como a confirmação da impossibilidade da verificação da condição (o cumprimento de todas as obrigações da mutuária ao abrigo dos contratos de financiamento).

Ainda como nota preliminar, cabe notar que sempre se aplicarão os princípios vigentes nesta matéria relativamente à generalidade dos negócios condicionais, em especial o princípio da boa fé (artigo 272.º do CC). A pendência da condição é um período em que coexistem um direito efetivo por um lado e um direito eventual ou expectativa jurídica, por outro, daí a importância que assume a boa fé neste contexto. Durante este período “*cada um dos titulares tem vocação para excluir o outro, mas, na fase da pendência, coexistem necessariamente*”⁶⁴. No negócio sujeito a condição suspensiva, o direito efetivo pertencerá “*àquele que beneficia*

⁵⁹ Como se viu, a doutrina assume uma modalidade de cessão de créditos em garantia que não pressupõe a existência de um negócio jurídico condicional. Para efeitos deste subcapítulo focamo-nos apenas nas outras duas modalidades pela sua relevância prática.

⁶⁰ Para maior detalhe sobre esta matéria v. GONÇALVES, NUNO BAPTISTA, *idem*, p.81ss.

⁶¹ AFONSO, ANA ISABEL *idem*, cit. p. 231

⁶² AFONSO, ANA ISABEL, *idem*, cit. p. 248

⁶³ Para considerações relativamente à formação da vontade das partes e a problemática da simulação, v. capítulo 5 deste trabalho.

⁶⁴ AFONSO, ANA ISABEL, *idem*, cit. p. 233

com a não produção da condição”⁶⁵ e o direito eventual à contraparte. Para o que aqui releva, sempre que a cessão de créditos em garantia seja sujeita a condição suspensiva o titular do direito efetivo será o cedente (SP ou acionista) enquanto que o direito eventual pertencerá ao cessionário (agente das garantias). Já nos negócios sob condição resolutiva, o direito efetivo cabe ao “*titular do direito sujeito a condição*”⁶⁶, *i.e.*, ao cessionário (agente das garantias) e o direito eventual ou expectativa jurídica ao cedente (SP ou acionista). Em ambos os casos, o legislador português optou por promover a conciliação dos interesses conflitantes por referência à boa fé impondo ao titular do direito efetivo uma conduta segundo os ditames desse vetor fundamental do nosso ordenamento jurídico⁶⁷ e permitindo ao titular da expectativa jurídica a prática de atos conservatórios de forma a evitar que a integridade do direito/expectativa jurídica seja prejudicada. O titular da expectativa jurídica beneficia, na pendência da condição, de uma prerrogativa que lhe permite exigir “*a manutenção do estado de coisas, a situação objetiva*”⁶⁸, de forma a assegurar que, uma vez verificada a condição, a cessão ou retrocessão, consoante a condição seja suspensiva ou resolutiva, tem ainda utilidade e pode automaticamente produzir-se o efeito translativo relevante.

A doutrina tem considerado uma concretização do princípio da boa fé a censura normativa da chamada “sabotagem da condição” repudiada pelo legislador nos termos previstos no artigo 275.º do CC. A este respeito, tem sido também entendido que o conteúdo mínimo deste dever de boa fé sempre implicaria, estando em causa direitos de crédito, “*não ter comportamentos que causem a extinção do direito*”⁶⁹. Em qualquer caso, a análise do que sejam comportamentos de acordo com os ditames da boa fé não pode ser dissociada da figura em causa, neste caso, da cessão de créditos em garantia.

A este respeito e sem prejuízo das considerações gerais que antecedem, cabe manter presente a vocação garantística da cessão de créditos com escopo de garantia. Como já se referiu, na cessão em garantia, a condição está pensada para não se verificar na modalidade condição suspensiva, enquanto na modalidade

⁶⁵ GONÇALVES, NUNO BAPTISTA, *idem*, cit.p.82

⁶⁶ GONÇALVES, NUNO BAPTISTA, *idem*, cit.p.82

⁶⁷ Acompanhamos GONÇALVES, NUNO BAPTISTA ao considerar que está em causa uma exigência de boa fé em sentido objetivo e não subjetivo (em causa está uma regra de conduta imposta a uma das partes e não um estado psicológico).

⁶⁸ AFONSO, ANA ISABEL, *idem*, cit. p. 247

⁶⁹ PITA, MANUEL, *idem*, cit. p.332

resolutiva, a expectativa das partes é que a condição sempre se verifique. Por outras palavras, a ocorrência ou não do evento condicionante, conforme o tipo de condição em causa, será consequência de uma situação patológica ao nível dos contratos financeiros e não uma circunstância normal no contexto da relação jurídica das partes, aproximando-se a figura mais de uma estrutura garantística do que um negócio translativo comum. A isto acresce o enquadramento de um complexo contratual de *project finance* em que são tipicamente exigidas pelos financiadores numerosas limitações à atuação da mutuária como forma de proteção do projeto enquanto fonte exclusiva de receita que permite assegurar o serviço da dívida. Assim sendo, não é difícil antecipar que muitas serão as exigências para o cedente (SP ou acionista) na modalidade condição suspensiva.

Parece-nos útil tratar separadamente as duas modalidades da figura já que, como não podia deixar de ser, a forma como as partes densificam o dever de atuação de acordo com os ditames da boa fé difere nas duas situações.

Na cessão de créditos com escopo de garantia sujeita a condição suspensiva, as partes tipicamente densificam a obrigação de boa fé na pendência da condição através de uma multiplicidade de obrigações concretas para o cedente (SP ou acionista), procurando assegurar a existência e, na medida do possível, a manutenção/ não redução do valor do crédito condicionalmente cedido. Em regra, fica o cedente obrigado a (i) não alienar os créditos a um terceiro na pendência da condição; (ii) não rescindir ou alterar materialmente o contrato de onde resultam os créditos relevantes; (iii) cumprir integral e pontualmente as suas obrigações perante o devedor dos créditos em causa e (iv) exercer os seus direitos perante o devedor, cobrando e exigindo o cumprimento sempre que se vençam as obrigações correspondentes aos créditos relevantes. Tendo em consideração a finalidade da cessão de créditos em garantia não surpreende que recaia uma exigência adicional sobre o titular do direito efetivo (cedente), num cenário de cessão de créditos em garantia sujeita a condição suspensiva.

Já no que diz respeito à modalidade resolutiva, o cenário será bastante diferente. O titular do direito efetivo na pendência da condição é o beneficiário do negócio jurídico com funções garantísticas (agente das garantias). Neste caso, parece-nos de aplicar, por analogia e apenas supletivamente, o que decorre do previsto nos artigos 683.º e 685.º do CC relativamente ao penhor de créditos, cabendo ao credor

pignoratício (aqui cessionário) cobrar o crédito (e respetivos juros) e praticar os atos indispensáveis à conservação do direito empenhado.⁷⁰

Contudo, em regra, estas disposições não terão aplicação, já que nesta modalidade (condição resolutiva), as partes tipicamente acordam na atribuição de poderes ao cedente (SP ou acionista) para que continue a exercer os direitos relacionados com os créditos cedidos, incluindo o direito de os reclamar do terceiro devedor. No plano dos factos, tudo se passará como se a cessão não tivesse ocorrido até que (se e quando) o terceiro devedor seja notificado de uma situação que legitime a execução de garantias (*enforcement notice*), cenário em que a gestão dos créditos cedidos passará a ser exclusivamente assumida pelo agente das garantias.

Assim sendo, o exercício de direitos na pendência da condição resolutiva assume algumas especificidades já que, por força do mandato contratualmente previsto, terá de se concluir que a transferência do risco de perda da coisa (ou crédito, neste caso) não acompanha a transmissão da sua titularidade ao contrário do que acontece, em regra, no ordenamento jurídico português (*res suo domino perit*).

Na verdade, este mandato atribuído pelo cessionário ao cedente mais não é do que um reconhecimento das partes de que a transmissão da “posse” não acompanha a cessão. Consequentemente, na nossa opinião, deverá aplicar-se analogicamente o princípio que resulta do artigo 796.º n.º 3 do CC⁷¹. Esta norma procura, precisamente, dar resposta ao problema concreto da deterioração da coisa (por motivo não imputável a qualquer das partes) na fase de pendência condicional. Quanto à condição suspensiva, o que se prevê nesta disposição mais não é do que a concretização do princípio geral de “associar o risco à titularidade dominial”⁷², já quanto à condição resolutiva o legislador reconhece um desvio à aplicação pura deste princípio, assumindo a “transferência do domínio fático da coisa como

⁷⁰ Na esteira de VÍTOR NEVES, é comum que o cessionário não pretenda ficar investido do poder-dever de cobrar os créditos. Ora, como se verá de seguida, “quando assim seja, e, portanto, a cobrança deva continuar a ser realizada pelo devedor cedente, importa fazer intervir aqui uma autorização do cessionário para que aquele continue habilitado a cobrá-los, o que poderá ser conseguido pelo recurso ao mandato, com ou sem representação.”, *idem*, cit. p. 169

⁷¹ Ainda que não esteja aqui em causa uma coisa, mas sim um direito, parece-nos que o recurso por analogia ao instituto possessório tem interesse para evidenciar que é esta a solução adotada pelo legislador numa situação com relevantes semelhanças.

⁷² AFONSO, ANA, in *Comentário ao Código Civil: parte geral* / coord. de Luís Carvalho Fernandes, José Brandão Proença, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, cit. p. 1097

critério de resolução do problema de transmissão do risco.”⁷³. Mais do que concretizadora do princípio da boa fé, esta solução legislativa parece-nos ser a que melhor se enquadra com os interesses a tutelar neste contexto: não havendo “desapossamento” não se transfere o controlo *de facto* sobre o ativo, o que justifica que não se transfira o risco da sua deterioração. Tal é especialmente relevante considerando a finalidade da cessão de créditos em garantia, que pressupõe uma propriedade funcionalizada do cessionário em relação aos créditos cedidos.

A posse exprime uma “*situação na qual uma pessoa tem o controlo material duma coisa*”⁷⁴, controlo esse que as partes determinam que o cessionário só terá, se e quando, vier a ser emitida uma notificação de execução (*enforcement notice*). Em regra, será o cessionário (agente de garantias) a emitir a referida notificação. Contudo, não se poderá entender que tem, por essa razão, o controlo do momento da transmissão da “posse” e, muito menos, a “posse” dos créditos cedidos *ab initio*, já que a emissão da referida notificação não corresponde ao exercício de um poder discricionário do agente das garantias, ficando dependente (i) da verificação de determinados pressupostos de facto (fundamentalmente a ocorrência de uma situação de incumprimento) e (ii) da vontade da maioria dos credores garantidos.

Parece-nos ainda importante esclarecer que a posse (mesmo no sentido mais amplo de controlo que aqui usamos) não se confunde com a apropriação, faculdade frequentemente reconhecida, em sede de execução, ao beneficiário de um penhor financeiro. A apropriação pressupõe que quem se apropria não era, até esse momento, proprietário do ativo em causa como será o caso de um credor pignoratício, já a transmissão da posse poderá ocorrer, como se viu, em diversos momentos, incluindo num momento posterior à cessão como será o caso numa cessão de créditos em garantia sujeita a condição resolutiva.

Na verdade, a doutrina tem ido até mais longe neste contexto, tendo vindo a apontar no sentido de se entender que, mesmo quando haja transmissão da “posse”, a vocação garantística do negócio jurídico impõe que o risco de perecimento ou deterioração da coisa (o crédito, neste caso) se mantenha no cedente e não corra por conta do credor cessionário. Neste sentido tem-se entendido a propósito da venda a retro que, na medida em que a venda a retro “*se traduza em conferir ao*

⁷³ AFONSO, ANA, *idem*, cit. p.1097

⁷⁴ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, in *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 2ª Edição Actualizada, Almedina, Lisboa, 1999, cit. p. 7

comprador o domínio fático da coisa como meio de tutela do seu crédito (aproximando-se de uma alienação fiduciária em garantia), também o adquirente a retro, apesar da produção do efeito real, não deverá suportar o risco do perecimento ou deterioração da coisa.”⁷⁵

Parece-nos ser precisamente por referência à função socioeconómica desempenhada pela cessão de créditos em garantia que deve ser construída pelas partes a matriz de risco que lhe é inerente. Ora, considerando (i) o princípio que resulta do artigo 796.º n.º 3 do CC (aplicado por analogia), (ii) o tratamento contratual que temos visto ser dado à cessão de créditos sujeita a condição resolutiva e (iii) a natureza fiduciária que alguma doutrina tem atribuído à figura⁷⁶, parece-nos ser esta a solução idónea na modalidade condição resolutiva, *i.e.*, pelo menos enquanto a gestão do crédito cedido se mantiver com o cedente, mantém-se também na sua esfera jurídica o risco da sua desvalorização.

⁷⁵ AFONSO, ANA, *idem*, cit. p. 1099

⁷⁶ Neste sentido VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *idem*, p. 592 ss. e, entre outros, LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *idem*, p. 440 ss.

4. OS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS PARA GARANTIA, EM ESPECIAL A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

4.1. DELIMITAÇÃO FACE À CESSÃO DE CRÉDITOS COM ESCOPO DE GARANTIA

Como já se adiantou, a doutrina tem vindo a enquadrar a cessão de créditos em garantia como um negócio fiduciário, mais concretamente, como um negócio fiduciário para garantia⁷⁷. Justifica-se, por essa razão, tratar brevemente os negócios fiduciários.

O negócio fiduciário caracteriza-se por “*os poderes dele emergentes excederem o fim visado pelas partes com a sua celebração, obrigando-se, porém, aquela a quem são atribuídos (fiduciário) a usá-los apenas para aquele fim.*”⁷⁸ Estes negócios pressupõem, por essa razão, um considerável grau de confiança (*fiducia*) do transmitente no transmissário que adquire *de iure* o direito alienado e os poderes inerentes, ficando apenas limitado no uso que lhes pode dar, de acordo com o previsto no pacto fiduciário (*pactum fiduciae*)⁷⁹.

Assumindo uma posição crítica face a esta qualificação, propõe ANDRÉ FIGUEIREDO uma descrição alternativa da figura com uma noção mínima com “*um núcleo definidor e irredutível composto por três qualidades ou atributos*”⁸⁰. A primeira dessas qualidades diz respeito ao efeito do negócio fiduciário que “*tem como efeito, que pode ser apenas mediato, a atribuição de um bem ao fiduciário e, portanto, a imputação à esfera deste da titularidade plena e exclusiva de um direito patrimonial.*”⁸¹ Já o segundo atributo, segundo este autor, será o facto de esta “*atribuição plena do bem fiduciário se encontrar funcionalmente limitada à prossecução de um interesse do fiduciante.*”⁸² Finalmente, a terceira qualidade

⁷⁷ A doutrina tipicamente divide a *fiducia* em duas principais categorias: para garantia (*fiducia cum creditore*) e para administração (*fiducia cum amico*). Para maior detalhe v. VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *idem*, p. 46 ss.

⁷⁸ FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *A admissibilidade do negócio fiduciário no direito português*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Stvdia Iuridica* 91 Ad Honorem – 3, Separata de *Ars Iudicandi* – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II, Coimbra Editora, 2004, cit. p. 227

⁷⁹ Para maior detalhe sobre a natureza do pacto fiduciário e a construção jurídica do negócio fiduciário (teoria do duplo efeito), v. FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *idem*, p. 228 ss.

⁸⁰ FIGUEIREDO, ANDRÉ, in *O Negócio Fiduciário Perante Terceiros – Com Aplicação Especial na Gestão de Valores Mobiliários*, Almedina, Lisboa, 2014, cit. p.84

⁸¹ FIGUEIREDO, ANDRÉ, *idem*, cit. p.84

⁸² FIGUEIREDO, ANDRÉ, *idem*, cit. p.85

essencial, será a “*imposição de uma obrigação de (re)transmissão do bem fiduciário (incluindo, por norma, os seus frutos) para a esfera do fiduciante.*”⁸³

A cessão de créditos em garantia (em qualquer das suas modalidades) parece enquadrar-se com a noção de um negócio com uma “*eficácia típica que excede o fim visado com a sua celebração*”⁸⁴ já que, como se viu, a vocação subjacente ao negócio jurídico é garantística e não translativa. A dificuldade surge, contudo, quando se olha ao efeito translativo, que, como se viu, é elemento essencial de acordo com todos os estudos doutriniais nesta matéria. Por outras palavras, a questão relevante será a de saber se a qualificação como negócio fiduciário pressupõe necessariamente a cessão no momento da celebração do negócio.

De acordo com PESTANA DE VASCONCELOS, o negócio fiduciário para garantia “*coincidiria substancialmente com a fiducia cum creditore, consistindo na transmissão de um direito ao credor para que ele o retransmita logo que a obrigação garantida tenha sido cumprida*”⁸⁵. Como esclarece o mesmo autor, o que se pretende com o negócio fiduciário em garantia é uma “*protecção acrescida do credor relativamente àquela que lhe poderia ser concedida pelas garantias tradicionais*”⁸⁶, o que “*exigirá, pela própria natureza dos fins que as partes pretendem alcançar, a transmissão do direito.*”⁸⁷ Neste sentido aponta também ANDRÉ FIGUEIREDO, como já se viu, e CARVALHO FERNANDES ao esclarecer que o negócio fiduciário tem um conteúdo complexo que resulta de “*as partes convencionarem a transmissão efetiva de um direito real ou de um direito de crédito, mas obrigando-se, concomitantemente, o adquirente – que de tal direito se torna titular – a exercê-lo para certo fim, que é determinante da sua celebração*”⁸⁸ Assim, parece-nos claro que a transmissão efetiva é requisito essencial do negócio fiduciário, sendo o elemento que justifica a necessidade do *pactum fiduciae* (sem o “excesso” próprio da transmissão efetiva não haveria necessidade de qualquer funcionalização ou limitação do direito atribuído ao fiduciário) ou, usando os elementos definidores do núcleo mínimo proposto por

⁸³ FIGUEIREDO, ANDRÉ, *idem*, cit. p.89

⁸⁴ FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *idem*, cit. p.229

⁸⁵ VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *idem*, cit. p. 47 e 48

⁸⁶ VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *idem*, cit. p. 58

⁸⁷ VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *idem*

⁸⁸ FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *idem*, cit. p.232

ANDRÉ FIGUEIREDO, por ser a “*atribuição plena*”⁸⁹ que justifica a necessidade de limitação funcional de tal atribuição à prossecução de um interesse do fiduciante.

Ora, como já se viu, uma das modalidades de cessão de créditos em garantia frequentemente usadas na prática não pressupõe a cessão no momento da celebração do negócio jurídico, ficando o efeito translativo sujeito à eventual verificação de uma situação de incumprimento ao abrigo dos contratos financeiros (condição suspensiva). Assim sendo, parece-nos que a cessão de créditos em garantia com as diferentes modalidades que a figura comporta, não poderá, sem mais, ser qualificada como um negócio fiduciário⁹⁰.

No que à cessão de créditos sujeita a condição resolutive diz respeito, a questão já não se colocará da mesma forma já que a cessão ocorre na data da celebração do contrato, ficando sujeita a uma condição resolutive. Contudo, resta confirmar se o facto de a “posse” não se transferir nesse momento prejudica a qualificação desta modalidade como negócio fiduciário. Como se viu, as partes tipicamente acordam dissociar a transmissão da titularidade da transferência da “posse” dos créditos, permanecendo a gestão e, conseqüentemente, o risco de desvalorização dos créditos com o cedente. Como defendemos, parece-nos ser esta a solução adequada à função garantística do negócio, resta esclarecer como se coaduna com o risco fiduciário.

De acordo com PESTANA DE VASCONCELOS, “*no negócio fiduciário em garantia o fiduciário tem um evidente interesse na titularidade do direito, mas já não no uso da coisa seu objecto e, menos ainda, na actividade de administração (mesmo que limitada)*”⁹¹” sendo esta tarefa frequentemente atribuída ao fiduciante. Não nos parece, assim, que a dissociação entre a cessão e a transferência da “posse” afaste a qualificação da cessão de créditos em garantia sujeita a condição resolutive como negócio fiduciário. Dito isto, note-se, que o automatismo da (re)transmissão dos créditos quando se verifique a condição resolutive parece afastar-se do terceiro

⁸⁹ FIGUEIREDO, ANDRÉ, *idem*, cit. p.85

⁹⁰ Também no sentido de afastar a qualificação da cessão de créditos em garantia como negócio fiduciário, apesar de com fundamentos distintos, v. VÍTOR NEVES, *idem*, p.175. Este autor fundamenta a recusa com a “*causa genérica ou variável [da cessão de créditos] (a qual poderá ser, concretamente, a de garantia)*”, que implica que não se vislumbre “*qualquer divergência entre a causa típica e a causa concreta que estará na base de atuação das partes*” divergência essa que seria fundamental para tal qualificação.

⁹¹ VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *idem*, cit. p. 157

elemento proposto por ANDRÉ FIGUEIREDO, já que a “*imposição de uma obrigação de (re)transmissão do bem fiduciário*”⁹² pressupõe, parece-nos, uma (re)transmissão voluntária mediante a celebração de um novo negócio jurídico, não se compatibilizando com o efeito translativo automático na sequência da verificação da condição resolutiva. Tal parece-nos ser também o que decorre do conteúdo do risco fiduciário tal como configurado por PESTANA DE VASCONCELOS⁹³. Por outras palavras, não haverá risco fiduciário associado à retransmissão se a cessão em garantia ficar sujeita a condição resolutiva, já que a retransmissão opera automaticamente na sequência da verificação da condição, não se impondo ao fiduciário qualquer obrigação a este respeito. Ainda assim, parece-nos que não se poderá considerar que não existe risco fiduciário associado a esta modalidade já que sempre se terão de considerar os desafios já aflorados relativamente à execução e/ou insolvência do cessionário. Consequentemente, esta modalidade terá o que arriscamos qualificar como natureza fiduciária mitigada.

Neste contexto, a doutrina tem vindo a explorar enquadramentos alternativos, em especial a qualificação como garantia real em sentido amplo⁹⁴ ou, arriscamos nós, em sentido impróprio. Esta qualificação assenta na razão de ser do negócio jurídico e não nos seus efeitos. Dizemos “em sentido impróprio” já que do que se trata na cessão de créditos em garantia é de atribuir à propriedade (direito real tipificado) a função de garantia, recorrendo, para o efeito, a um negócio jurídico atípico.⁹⁵⁹⁶

⁹² FIGUEIREDO, ANDRÉ, *idem*, cit. p.89

⁹³ Para maior detalhe, v. VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *idem*, p. 166 e 167.

⁹⁴ Neste sentido v. NEVES, VÍTOR, *idem*, p. 174, nota de rodapé 39.

⁹⁵ A problemática do princípio da tipicidade dos direitos reais será tratada no capítulo seguinte.

⁹⁶ Ainda a este propósito e ainda que preconizando a qualificação da cessão em garantia como negócio fiduciário, veja-se o enquadramento sistemático dado por PESTANA DE VASCONCELOS às cessões de crédito em garantia em *Direito das Garantias*, *idem*, enquadrando-as no âmbito do que qualifica como “*reforço qualitativo da probabilidade de satisfação do crédito*”.

4.2. O REGIME DAS GARANTIAS FINANCEIRAS E A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

Como vimos, parece-nos de afastar a qualificação generalizada da cessão em garantia condicional como negócio jurídico fiduciário. Ainda assim, é indubitável a relevância que assume a consagração legislativa da alienação fiduciária em garantia no contexto desta temática.⁹⁷

O DL das Garantias Financeiras que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de junho de 2002, relativa aos acordos de garantia financeira, consagra não só o penhor financeiro, mas também a alienação fiduciária em garantia (*two track approach*) ou, como decorre da referida diretiva, os “*acordos de garantia financeira com transferência de titularidade*”.

A qualificação adotada pelo legislador comunitário parece-nos mais adequada que a adotada pelo legislador português já que se foca no efeito translativo com função de garantia e não na qualificação do negócio jurídico.

Ainda assim, parece-nos que a qualificação atribuída pelo legislador português não poderá ser fundamento para afastar, sem mais, a cessão em garantia condicional do regime das garantias financeiras, *i.e.* verificados que estejam os requisitos de aplicação subjetiva e objetiva do DL das Garantias Financeira, o enquadramento sistemático do diploma parece-nos permitir que o cessionário de uma cessão de créditos em garantia condicional beneficie de determinados aspetos do regime previsto neste diploma para as alienações fiduciárias em garantia⁹⁸, sem prejuízo das especificidades de cada uma das modalidades e ainda que (i) a modalidade condição suspensiva não assuma, na nossa perspetiva, a natureza de um negócio fiduciário e (ii) a modalidade condição resolutiva assumam a referida natureza apenas de forma mitigada.

Especialmente relevante para quem admita uma interpretação extensiva do regime da resolução incondicional em benefício da massa (artigo 121.º do CIRE)

⁹⁷ Longe de resolver os inúmeros desafios que a figura enfrenta é certamente um sinal positivo do legislador no sentido da sua admissibilidade à luz do ordenamento jurídico português. A este propósito, veja-se o considerando 13 da Diretiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de junho de 2002 em que o legislador comunitário expressamente assume que a “*presente diretiva visa proteger a validade dos acordos de garantia financeira baseados na transferência da plena propriedade*”

⁹⁸ Pensamos, a título exemplificativo, no disposto nos artigos 17.º e 18.º do DL das Garantias Financeiras.

para incluir figuras semelhantes como a cessão em garantia, será o previsto a propósito da resolução e validade dos contratos de garantia financeira (artigo 17.º do DL das Garantias Financeiras). Esta disposição do diploma que regula as garantias financeiras permite afastar a aplicação do regime de resolução a favor da massa insolvente (artigos 120.º e 121.º do CIRE) sempre que estejam em causa garantias financeiras mesmo que os referidos contratos sejam celebrados no vulgo período suspeito e sejam prejudiciais à massa insolvente. Esta imunidade, apesar de não ser absoluta (não se aplicará a atos de natureza fraudulenta, tal como previsto no artigo 19.º do DL das Garantias Financeiras) parece-nos ser uma clara manifestação da intenção do legislador de potenciar a liquidez dos mercados, reconhecendo a importância da constituição, substituição e reforço de garantias financeiras.⁹⁹

Sem prejuízo da importância que o regime das garantias financeiras assume no comércio jurídico atualmente, cabe recordar que este regime tem um âmbito de aplicação subjetivo (artigo 3.º do DL das Garantias Financeiras) e objetivo (artigos 3.º e 4.º do DL das Garantias Financeiras) delimitado, não sendo acessível a qualquer sujeito e/ou para garantir quaisquer obrigações e/ou para constituir garantias sobre quaisquer objetos ou direitos.

No que toca ao âmbito de aplicação subjetivo, o prestador da garantia e o beneficiário terão de pertencer a uma das categorias previstas no elenco do artigo 3.º do referido diploma, exigindo-se, em termos gerais, que, pelo menos uma das partes (tipicamente o beneficiário) seja uma entidade sujeita a supervisão prudencial e não se admitindo que nenhuma das partes seja uma pessoa singular. Como nota paralela, não podemos deixar de notar a este propósito, que urge ratificar a referência prevista na alínea f) do artigo 3.º n.º 1 do DL das Garantias Financeiras pela importância prática que a questão assume. Com a inclusão em 2011 de uma nova alínea no elenco do referido artigo 3.º n.º 1 por força da alteração ao DL das Garantias Financeiras introduzida pelo Decreto-Lei n.º 85/2011 de 29 de junho e a não atualização simultânea da referência na alínea f) da mesma disposição legal, passou a excluir-se a alínea e). Olhando apenas ao elemento literal, tal significaria afastar a qualificação como acordo de garantia financeira de

⁹⁹ Para maior detalhe sobre este regime em concreto v. MONTEIRO PIRES, *Alineação em Garantia*, Almedina, Lisboa, 2010, p. 245ss. e MACEDO GRAÇA, *idem* p. 99 e ss.

um penhor sobre o saldo de contas bancárias prestado por uma SP a favor de um agente das garantias (em representação das entidades financeiras) sempre que o agente das garantias não seja uma entidade que se subsuma a qualquer das categorias previstas nas alíneas a) a d), sem prejuízo de o agente das garantias atuar apenas na qualidade de representante de entidades financeiras que preenchem os critérios de aplicação do regime (categoria descrita na alínea e)). Parece-nos que se tratou de um lapso do legislador aquando da alteração legislativa e que sempre se terá de admitir a interpretação corretiva desta referência. Em qualquer caso, e em especial por se tratar de um regime legal excecional, a segurança jurídica impõe a ratificação pelo legislador da referência prevista na alínea f) do artigo 3.º n.º 1 do DL das Garantias Financeiras na sua redação atual.

Já no que diz respeito ao âmbito de aplicação objetivo, cabe referir que (i) as obrigações garantidas terão de consistir numa liquidação em numerário ou na entrega de instrumentos financeiros (artigo 4.º do DL das Garantias Financeiras), o que será o caso nos contratos de financiamento em *project finance* e (ii) as garantias financeiras poderão apenas ter por objeto numerário, instrumentos financeiros e créditos sobre terceiros. Ora, os créditos sobre terceiros são definidos pelo próprio legislador como “*créditos pecuniários decorrentes de um acordo mediante o qual uma instituição de crédito concede um crédito sob a forma de empréstimo*”, excluindo-se, assim, os créditos pecuniários que a SP tenha perante as suas contrapartes dos contratos de projeto. Tem também sido defendido que em “numerário” se enquadram igualmente créditos pecuniários, contudo apenas “*créditos dotados de grande liquidez*”¹⁰⁰, ficando, por essa razão, também por esta via, excluídos os créditos detidos pela SP perante as suas contrapartes dos contratos de projeto.

Assim sendo, e ainda que o cessionário seja uma entidade financeira, sempre que o crédito cedido seja detido pela SP perante o empreiteiro ou outra contraparte dos contratos de projeto (como será a regra) não poderá a cessão em garantia

¹⁰⁰ VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *Direito das Garantias*, *idem*, cit. p.326

(condicional ou não) qualificar como um contrato financeiro para efeitos do DL das Garantias Financeiras.¹⁰¹

¹⁰¹ Já se estiver em causa a cessão em garantia de créditos da SP perante as contrapartes dos contratos de cobertura de risco de taxa de juro (*hedging*), parece-nos que a solução poderá ser distinta considerando que a contraparte da SP será uma entidade financeira e o crédito terá tipicamente maior liquidez.

5. ADMISSIBILIDADE E PRINCIPAIS DESAFIOS

Considerando o que acabámos de tratar, assume especial relevância a discussão relativa à admissibilidade da figura atípica, *i.e.*, da cessão de créditos em garantia que não se enquadre como contrato financeiro para efeitos do DL das Garantias Financeiras. Para o efeito, afluiremos brevemente alguns dos desafios usualmente identificados neste contexto.

I. CESSÃO DE CRÉDITOS FUTUROS E DETERMINABILIDADE

Como já se adiantou, são os créditos futuros o objeto por excelência das cessões de créditos em garantia em *project finance*. Ora, é a própria lei que admite a prestação de coisa futura, tal como previsto no artigo 399.º do CC. A cessão de créditos não será exceção, sendo admitida a cessão de créditos futuros, *i.e.*, créditos que ou não estão no poder do cedente à data da celebração do contrato ou a que este não tem direito nesse momento. Na verdade, não é sequer necessário que o contrato do qual os créditos possam emergir tenha sido celebrado.¹⁰² Contudo, é importante ter presente duas ressalvas fundamentais. Por um lado, a cessão de créditos futuros não pode ser gratuita por força do previsto no artigo 942.º n.º 1 do CC, salvo nos casos previstos no n.º 2 do mesmo artigo. Por outro, será fundamental que os créditos a ser cedidos sejam, pelo menos, determináveis à data em que ocorre a cessão por força do previsto no artigo 280.º n.º 1 do CC.

A respeito da primeira ressalva, sempre se deverá entender que não será aplicável à cessão de créditos com escopo de garantia em razão da função sócio económica da figura, que se aproxima mais de uma garantia atípica do que de um negócio com vocação translativa. Sendo a *ratio* da proibição a tutela do doador que, por estar a doar bens que ainda não são parte do seu património, “*poderia não estar totalmente seguro das implicações do seu a[c]to, e vir a arrepender-se aquando da futura aquisição do bem*”¹⁰³, não nos parece que tal racional se aplique à cessão de créditos em garantia. Na verdade, parece-nos que sempre existiria uma contrapartida pela cessão em garantia (a disponibilização do crédito). Recorde-se também a este propósito, que a doutrina tem vindo a admitir sem grandes

¹⁰² FONSECA, ANA TAVEIRA DA, *idem*, p.594

¹⁰³ LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES, *in* Direito das Obrigações, Volume III, 8.ª edição, Almedina, Lisboa, 2013, cit. p.164 e 165

dificuldades o penhor de créditos futuros¹⁰⁴, não nos parecendo que o tratamento da cessão de créditos com escopo de garantia deva ser diferente nesta matéria.

Já quanto à segunda ressalva, será sempre aplicável a todo e qualquer negócio jurídico celebrado no ordenamento jurídico português, incluindo a uma cessão de créditos em garantia, sob pena de nulidade. Decorre da leitura conjugada dos artigos 280.º e 400.º, ambos do CC, que “*têm de ser fixados critérios objectivos que permitam no futuro avaliar o conteúdo da prestação*”¹⁰⁵, será este o conteúdo mínimo sob pena de indeterminabilidade e consequente nulidade do negócio por violação do previsto no artigo 280.º n.º 1 do CC. No caso concreto, e estando em causa uma figura com finalidade garantística, esta será uma ressalva especialmente relevante tendo em conta a vocação universalista do pacote de garantias em *project finance*.

Sendo certo que o ordenamento jurídico português não tolera garantias *omnibus* ou construções como a *floating charge*¹⁰⁶, a verdade é que nos parece que a interpretação do que seja determinável no caso concreto de um *project finance* não poderá desconsiderar as traves-mestras deste modelo de financiamento e/ou a natureza da SP. Sem prejuízo de um estudo mais aprofundando que já extravasaria o objeto deste trabalho, parece-nos que enquanto a cessão em garantia de *todos e quaisquer créditos futuros emergentes de contratos fornecimento* de um determinado devedor não seria um resultado tolerado pelo nosso ordenamento, a conclusão poderá não ser a mesma sempre que esteja em causa a cessão em garantia por uma SP, de créditos futuros emergentes de uma determinada categoria de contratos ou que substituam os contratos de natureza idêntica celebrados originalmente - o objeto social circunscrito ao desenvolvimento do projeto parece-nos permitir reconhecer maior elasticidade à determinabilidade neste contexto.

A este respeito cabe ainda aflorar outra temática de significativa importância prática: o momento em que o crédito futuro entra na esfera jurídica do cessionário. Como se viu a propósito da temática da insolvência do cedente, as implicações práticas da solução que acabe por se adotar não são, de todo, negligenciáveis. Por um lado, há quem defenda que o crédito é adquirido diretamente pelo cessionário,

¹⁰⁴ Também neste sentido VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA de, *idem*, cit. p. 276-277

¹⁰⁵ STJ, Acórdão Uniformizador de Jurisprudência de 23.01.2001, Proc. n.º 197/00 – 1ª secção, cit. p.7

¹⁰⁶ Para maior detalhe sobre esta figura v. MOKAL, RIZWAAN JAMEEL, *The Floating Charge – an Elegy*, in *Commercial Law and Commercial Practice*, Sarah Worthington, ed. Oxford: Hart, 2003

i.e., quando nasce, nasce na esfera jurídica do cessionário nunca passando pela esfera jurídica do cedente (teoria da imediação)¹⁰⁷. Por outro, há doutrina que entende que o crédito nasce na esfera jurídica do cedente e só depois se transfere automaticamente para o cessionário (teoria da transmissão)¹⁰⁸.

Tendo em conta que os pressupostos necessários para a cessão se terão sempre de verificar por referência ao cedente e não ao cessionário (o cedente só poderá ceder os créditos de que seja titular), parece-nos difícil de acompanhar a teoria da imediação¹⁰⁹. Dito isto, o que nos parece fundamental é que o teste de verificação dos pressupostos seja feito ao nível do cedente, quer esse teste corresponda a um juízo de facto, quer a um juízo hipotético. Por outras palavras, apesar de nos parecer que a teoria da imediação comporta mais riscos para o tráfego jurídico, pelo menos quando preconizada relativamente a todos os créditos futuros e não só relativamente aos que resultem de relações jurídicas duradouras já existentes à data da cessão, a verdade é que os efeitos retroativos da nulidade sempre permitiriam acautelar situações em que o resultado do que chamámos “teste hipotético” revelasse que os pressupostos fundamentais não se verificariam por referência ao cedente, *i.e.*, não nos chocaria admitir que os créditos nascessem logo na esfera jurídica do cessionário desde que nesse momento fosse possível testar os pressupostos para a transmissão por referência ao cedente através de um juízo de titularidade hipotética.

II. TIPICIDADE DOS DIREITOS REAIS E *PAR CONDITIO CREDITORUM*

Outro dos desafios que enfrenta a cessão de créditos em garantia é o da sujeição dos direitos reais a um *numerus clausus* (artigo 1306.º do CC). De acordo com FERREIRA DE ALMEIDA, ficará a licitude do negócio (e desta figura) dependente da natureza do efeito que cria, *i.e.*, “*da admissibilidade de criação por contrato de um direito real de propriedade com função de garantia*”¹¹⁰, acabando

¹⁰⁷ Preconizam esta tese relativamente a créditos futuros respeitantes a relações contratuais duradouras já constituídas à data da cessão ANTUNES VARELA, in *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, Reimpressão da 7.ª edição, Almedina, Lisboa, 2001 e PESTANA DE VASCONCELOS, em sentido idêntico, in *A cessão de créditos em garantia e a insolvência. Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*.

¹⁰⁸ Neste sentido, VAZ SERRA, in *Cessão de Créditos e outros direitos*, BMJ, n.º especial, 1955, pp.35 ss., MOTA PINTO, in *Cessão da posição contratual*, Atlântica Editora, Coimbra, 1970, p. 227 a 234 e MENEZES LEITÃO in *Cessão de créditos*, pp. 421ss.

Recorde-se o previsto no artigo 408.º n.º 2, que, numa aplicação analógica, aponta também neste sentido relativamente à transferência de direitos futuros.

¹⁰⁹ Neste sentido, veja-se FONSECA, ANA TAVEIRA DA, *idem*, p. 599.

¹¹⁰ ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *idem*, cit. p. 313

este autor por concluir pela nulidade dos “a[c]tos de alienação (fiduciária) em garantia”¹¹¹ fora dos casos especialmente previstos na lei por serem contrários a lei imperativa.

Já quanto ao princípio da igualdade dos credores (artigo 604.º do CC), como já aflorámos no capítulo terceiro, paira ainda sobre a cessão de créditos em garantia a sombra da “*fraude à lei insolvencial*”¹¹², já que se poderia entender que a cessão de créditos em garantia criaria uma causa de preferência sobre os créditos em causa que, não estando prevista na lei, seria nula por violar norma imperativa.

Não acompanhamos a posição de FERREIRA DE ALMEIDA já que a tipicidade dos direitos reais prevista no artigo 1306.º do CC apenas nos parece delimitar o universo de direitos reais, não afastando a funcionalização dos direitos desta natureza reconhecidos por lei, nem limitando a autonomia privada no que diz respeito à celebração de negócios jurídicos com efeitos reais. Ora, nada obstando, em regra, à celebração de um negócio jurídico translativo sujeito a condição¹¹³ e, no que às cessões em garantia não condicionais diz respeito, produzindo o pacto fiduciário, na opinião da maioria da doutrina¹¹⁴ e mesmo da jurisprudência¹¹⁵, efeitos meramente obrigacionais, não nos parece que esta disposição afaste a admissibilidade da cessão de créditos em garantia.

Já quanto ao artigo 604.º do CC, esta disposição reporta-se exclusivamente ao concurso de credores relativamente a bens que integram o património do devedor, *i.e.*, como esclarece PEREIRA DAS NEVES, “*reporta-se apenas às denominadas “causas legítimas de preferência” sobre bens que integram o património do devedor e não, como no caso acontece, sobre bens que, em virtude de um a[c]to translativo como a cessão de créditos, ainda que determinado por mera função de garantia, deixaram de se encontrar na titularidade do devedor para passarem para o domínio do próprio credor.*”¹¹⁶

Questão mais difícil (e interessante) é a de perceber se a cessão de créditos em garantia pode implicar uma violação indireta desta norma, já que os créditos cedidos —apesar de pela letra do artigo 604.º do CC não integrarem o universo de

¹¹¹ ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *idem*, cit. p. 315

¹¹² VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *idem*, cit. p. 831

¹¹³ Pense-se, a este propósito, no caso típico da venda a retro.

¹¹⁴ Neste sentido veja-se, a título exemplificativo, FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *idem*, p. 249., VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *idem*, p.-188

¹¹⁵ V. Acórdão do STJ de 11.05.2006, Proc. n.º 06B1501

¹¹⁶ NEVES, VÍTOR, *idem*, cit. p. 181

bens sujeitos a concurso — sempre serviriam para a satisfação (preferencial) do crédito do cessionário e, conseqüentemente, se tal implicaria interpretar o conceito de “*causas legítimas de preferência*” em sentido amplo sob pena de conivência com negócios em fraude à lei.

Sem prejuízo de um estudo mais aprofundando que já extravasaria o objeto deste trabalho, arriscamos afirmar que não nos parece que assim seja. Do ponto de vista sistemático, o legislador consagrou diversos mecanismos contratuais que permitem ao credor uma satisfação privilegiada por determinado bem integrado já no seu património, como seja a venda a retro ou a venda com reserva de propriedade, tendo optado por não os referir como “*causas legítimas de preferência*” nem no n.º 2 do mesmo preceito legal, nem no artigo 601.º do CC, que se ocupam, exclusivamente, de “*causas legítimas de preferência*” em que o ativo se mantém no património do devedor.

Ainda que o legislador de 1966 estivesse, naturalmente, longe de conhecer a realidade dos mercados financeiros atuais, que exigem a constante procura por alternativas ou mecanismos garantísticos complementares em razão da “*débil elasticidade*”¹¹⁷ das garantias tradicionais, parece-nos que esta exclusão foi deliberada e se revela aceitável no que diz respeito às cessões em garantia no contexto do *project finance*.¹¹⁸

III. SIMULAÇÃO

Frequentemente paira ainda a sombra da simulação (artigo 240.º do CC) sobre a cessão de créditos em garantia, ancorada na ideia de que existe dissociação entre a vontade real das partes (no caso, constituir um penhor de créditos) e a vontade declarada (ceder os créditos em garantia) com o intuito de ludibriar terceiros (os demais credores do cedente) em benefício do credor cessionário. Esta problemática é, em regra, enquadrada pela doutrina por contraposição aos negócios fiduciários (*simulatio vs. fiducia*)¹¹⁹, em especial sempre que a fidúcia seja oculta, *i.e.*, para o que aqui interessa, sempre que a cessão em garantia não seja notificada ao terceiro devedor.¹²⁰

¹¹⁷ NEVES, VÍTOR, *idem*, cit. p. 155

¹¹⁸ Para maior desenvolvimento desta problemática, v. VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, *idem*, p.836ss.

¹¹⁹ Neste sentido, FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *idem*, p.251. ss.

¹²⁰ Como já referido e independentemente da análise da temática da simulação, parece-nos que a cessão em garantia sempre terá de ser notificada ao terceiro devedor para que seja oponível a terceiros. A função garantística da figura não nos parece compatível com a opacidade de uma cessão oculta. Mesmo que tal

Sem prejuízo de afastarmos a qualificação da cessão condicional na modalidade suspensiva de um negócio fiduciário e enquadrarmos a modalidade resolutiva como um negócio de natureza fiduciária mitigada, parece-nos que os argumentos avançados pela doutrina para traçar a referida distinção (*simulatio vs fiducia*), valerão também para a cessão de créditos em garantia enquanto negócio jurídico atípico. Como esclarece CARVALHO FERNANDES, o problema coloca-se na modalidade de simulação relativa (artigo 241.º do CC), por referência ao negócio simulado. Para que haja simulação relativa será necessário que exista tanto um negócio simulado como um dissimulado, o primeiro o negócio de “fachada” e este último o que é efetivamente querido pelos contraentes. Assim sendo, tudo se reconduzirá à interpretação da vontade real das partes, análise necessariamente casuística. Em qualquer caso, neste negócio socialmente típico “o *fiduciante* [aqui cedente] e o *fiduciário* [aqui cessionário] *querem efectivamente celebrar o acto. Somente não o querem com todas as consequências jurídicas do negócio fundamento, inerentes aos seus efeitos típicos, mas apenas para certo fim específico*” (parêntesis nossos)¹²¹. Também a cessão em garantia condicional parece-nos dever considerar-se um negócio verdadeiro e efetivamente querido pelas partes, que recorrem ao mecanismo da condição (suspensiva ou resolutiva) para atribuir ao negócio a função socioeconómica que pretendem e que nos parece legítima. Assim sendo, não existirá na cessão de créditos com escopo em garantia a dissociação entre a vontade real e a vontade declarada característica da simulação¹²².

IV. PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO

Outro dos desafios que a cessão de créditos em garantia enfrenta frequentemente é a proibição do pacto comissório, que determina a nulidade da *convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir* (artigo 694.º do CC). Ainda que esta disposição se insira sistematicamente na secção dedicada às disposições gerais aplicáveis à hipoteca, será também aplicável, por remissão, ao penhor (artigos 678.º e 679.º do CC). Considerando a vocação garantística da cessão de créditos em garantia, conjugada com os efeitos

notificação não seja possível no dia da assinatura do contrato, parece-nos que deverá ser remetida assim que possível.

¹²¹ FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *idem*, cit. p.252

¹²² Reconhecemos, contudo, que esta distinção dogmática se pode revelar mais difícil na prática, já que a análise necessariamente casuística sempre se reconduzirá à complexa tarefa de interpretação da vontade das partes.

translativos que lhe estão inerentes, este é um dos principais desafios a ter em conta na análise da figura.¹²³

Acompanhamos COSTA GOMES quando afirma que a “*sanção da nulidade estabelecida no art. 694 não pode ser acantonada aos quadros estritos do penhor, da hipoteca e de consignação de rendimentos, valendo sempre que os sujeitos pretendam obter o mesmo efeito proibido, através do recurso a uma outra figura de referência: isto é, sempre que a transferência da propriedade esteja programada – aconteça ou se consolide – para o caso de incumprimento, desempenhando, portanto, função de garantia. É assim indiferente que, como na previsão do art. 694, a transferência da propriedade fique sujeita a condição suspensiva do incumprimento [cessão em garantia sujeita a condição suspensiva] ou que, como pode ocorrer na venda em garantia, a transferência da propriedade fique consolidada com o incumprimento [cessão em garantia sujeita a condição resolutiva ou não condicional]” (parêntesis nossos)¹²⁴.*

Assim sendo, cabe olhar, com maior detalhe, para o que seja o “efeito proibido”¹²⁵ e quais os fundamentos da proibição para que se possa aferir da (in)admissibilidade da cessão de créditos em garantia, adiantando, desde já, que não nos parece que se possa concluir, sem mais, pela recusa de mecanismos garantísticos que recorram à propriedade com função de garantia por força desta proibição.

A *ratio* da proibição será “*plúrima e complexa*”¹²⁶, procurando, no essencial, acautelar duas preocupações do legislador: a primeira, evitar o enriquecimento injustificado do credor garantido¹²⁷ (aqui cessionário) e a segunda, evitar que outros credores do mesmo devedor sejam prejudicados por verem o património do devedor “*injustificadamente diminuído*”¹²⁸. Como forma de acautelar estas

¹²³ Para maior detalhe sobre a proibição do pacto comissório e o “excesso de garantia”, v. PIRES, CATARINA MONTEIRO, *idem*, p. 249 ss.

¹²⁴ GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA, *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Lisboa, 2000, cit. p.94. Também neste sentido, NEVES, VÍTOR *in Afecção de receitas futuras em garantia*, Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano I N.º 2 – 2000, Almedina, Lisboa, 2000 p.179.

¹²⁵ GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA, *idem*, cit. p. 94

¹²⁶ GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA, *idem*, cit. p.94

¹²⁷ Neste sentido ver, entre outros, FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *idem*, p.250 ss.

¹²⁸ NEVES, VÍTOR, *idem*, cit. p. 180. “*Injustificadamente diminuído*” aqui por referência ao enriquecimento sem causa do cessionário.

preocupações (entre outras)¹²⁹, a doutrina tem recorrido ao pacto marciano para colocar o devedor “*a coberto de um locupletamento injustificado do credor*”¹³⁰, entendendo que “*não haverá nunca preterição da proibição do pacto comissório se a integração definitiva do bem cedido em garantia no património do credor for simultaneamente acompanhada da necessidade de proceder à avaliação desse bem no momento em que o incumprimento do devedor se verifique*”¹³¹ e esta necessidade for acompanhada da obrigação de o credor restituir o excedente (pacto marciano)¹³².

Apesar de em algumas das modalidades da cessão de créditos em garantia (cessão em garantia não condicional e cessão em garantia sujeita a condição resolutiva) a cessão operar (ainda que funcionalizada) independentemente do incumprimento do devedor, o *timing* da transmissão não nos parece exigir um tratamento diferente da figura quando comparada com as garantias reais tradicionais.

Assim sendo, parece-nos que esta proibição não deverá pôr em causa a admissibilidade da cessão de créditos em garantia enquanto negócio atípico, desde que se preveja a obrigação de avaliação dos créditos cedidos e exista pacto marciano. O “*efeito proibido*” reconduzir-se-á exclusivamente ao que PESTANA DE VASCONCELOS define como sendo o pacto comissório proibido pela disposição, *i.e.*, “*o acordo pelo qual é concedido à parte garantida o direito de, perante o incumprimento do devedor, ficar com a coisa (ou direito) transmitida em garantia, sem avaliação ou mediante avaliação efetuada pelo próprio credor*” (sublinhado nosso).¹³³

¹²⁹ Para maior detalhe sobre as múltiplas preocupações que a proibição visa acautelar v. MATOS, ISABEL DE ANDRADE, *O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, Lisboa, 2006

¹³⁰ FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *idem*, cit. p.251

¹³¹ NEVES, VÍTOR, *idem*, cit. p. 180

¹³² Figura atualmente já reconhecida pelo legislador no DL das Garantias Financeiras (v. art. 11.º)

¹³³ L. MIGUEL PESTANA DE, *Dos contratos de cessão financeira (factoring)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, cit. p. 330

V. CONCLUSÕES

Aqui chegados, muitas questões ficam ainda por tratar e/ou aprofundar. Ainda assim, este estudo permitiu-nos expurgar a colocação do problema do que sejam desafios já ultrapassados e construções dogmáticas de difícil enquadramento com a figura socialmente típica. Consequentemente, cabe-nos (i) destacar as principais tensões que se mantêm no contexto da admissibilidade da figura no contexto de um *project finance* e (ii) tecer breves conclusões a propósito da sua natureza jurídica e regime.

A propósito da admissibilidade, destacaríamos o desafio da definição do conteúdo mínimo da determinabilidade quando esteja em causa a cessão em garantia de créditos futuros (cenário mais comum em *project finance*). É nestas situações que se manifesta a tensão entre o mínimo exigido pelo artigo 280.º do CC e a vocação universalista do pacote de garantias nesta estrutura de financiamento. Pela complexidade e sensibilidade da temática, parecem-nos ainda de salientar os desafios relativos às regras de concurso de credores e o risco de fraude às leis da insolvência.

Não obstante, e ainda que a título meramente tentativo, não nos parece que nenhum destes desafios ponha em causa a admissibilidade da figura, abstratamente considerada, no contexto de um financiamento em *project finance*, já que (i) a determinabilidade terá de ser aferida à luz de cada cessão de créditos em garantia em concreto, não sendo um requisito que, por si só, implique o repúdio da figura pelo ordenamento jurídico; e (ii) o leque de credores (voluntários) da SP tende a ser circunscrito aos (a) credores financeiros (tipicamente representados pelo agente de garantias que será o cessionário) e (b) credores de projeto, que serão os devedores dos créditos cedidos e/ou que reconhecem a cessão em garantia, esbatendo-se, frequentemente, por uma questão prática, os desafios inerentes às regras de concurso de credores associadas ao recurso à propriedade como garantia.

Já no que à natureza jurídica da figura e respetivo regime diz respeito, parece-nos possível concluir que:

- a. A multiplicidade de modalidades não nos permite identificar uma natureza jurídica unitária para a figura socialmente típica;
- b. Em qualquer caso, não será (em nenhuma das modalidades) uma figura de efeitos (imediatamente) típicos, criando antes uma titularidade “instrumentalizada” com funções garantísticas; e

- c. Ainda que não se configure como garantia tradicional, há princípios e disposições que se deverão aplicar à cessão em garantia em razão da finalidade socioeconómica que desempenha, pensamos, principalmente, (a) na regra da publicidade ou não opacidade; e (ii) no artigo 121.º do CIRE.

7. BIBLIOGRAFIA E JURISPRUDÊNCIA

7.1. BIBLIOGRAFIA

AFONSO, ANA ISABEL

- *A condição – Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda*, Universidade Católica Editora Porto, Porto, 2014

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE

- *Alienação da propriedade em garantia – uma perspectiva prudente*, in Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011

COELHO, JOSÉ GABRIEL PINTO

- *Das cláusulas acessórias dos negócios jurídicos, I – A condição*, Coimbra Imprensa da Universidade, Coimbra, 1909

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES

- *A Posse: Perspectivas Dogmáticas Actuais*, 2ª Edição Actualizada, Almedina, Lisboa, 1999

- *Código Civil Comentado, I – Parte Geral / coord. António Menezes Cordeiro*, Almedina, Lisboa, 2020

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO

- *A admissibilidade do negócio fiduciário no direito português*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Stvdia Iuridica* 91 Ad Honorem – 3, Separata de *Ars Iudicandi* – Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves, Vol. II, Coimbra Editora, 2004

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO / PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO

- *Comentário ao Código Civil: parte geral / coord. de Luís Carvalho Fernandes, José Brandão Proença*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014

FIGUEIREDO, ANDRÉ

- *O Negócio Fiduciário Perante Terceiros – Com Aplicação Especial na Gestão de Valores Mobiliários*, Almedina, Lisboa, 2014

FREITAS, JOSÉ LEBRE DE

A ação executiva – À luz do Código de Processo Civil de 2013, 7ª edição, Almedina, Lisboa, 2017

GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA

- *Assunção Fidejussória de Dívida – Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Lisboa, 2000

GONÇALVES, NUNO BAPTISTA

- *Do Negócio sob condição (Estudo de Direito Civil)*, Edições Castilho – Coleção Jurídica, Lisboa, 1995

GRAÇA, DIOGO MACEDO

- *Os Contratos de Garantia Financeira*, Almedina, Lisboa, 2010

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES

- *Cessão de créditos*, Almedina, Coimbra, 2005

- *Direito das Obrigações, Volume III*, 8.ª edição, Almedina, Lisboa, 2013

LIMA, PIRES DE/ VARELA, ANTUNES

- *Código Civil anotado*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1967

MATOS, ISABEL DE ANDRADE

- *O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, Lisboa, 2006

MOKAL, RIZWAAN JAMEEL

- *The Floating Charge – an Elogy*, Commercial Law and Commercial Practice, Sarah Worhington, ed. Oxford: Hart, 2003

NEVES, VÍTOR

- *A afectação de receitas futuras em garantia*, Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano I N.º 2 – 2000, Almedina, Lisboa, 2000

- *A Cessão de Créditos em Garantia – Entre a realização das situações obrigacionais e a relativização das situações reais*, Lisboa, 2005

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA

- *Cessão da posição contratual*, Atlântica Editora, Coimbra, 1970

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto 2ª reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2012

PATRÃO, AFONSO

- *Reflexões sobre o reconhecimento de trusts voluntários sobre imóveis situados em Portugal*, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Vol. LXXXVII, Coimbra, 2011

PIRES, CATARINA MONTEIRO

- *Alienação em Garantia*, Almedina, Lisboa, 2010

PRATA, ANA

- *Código Civil Anotado* (volume I) / coord. de Ana Prata, Almedina, Lisboa, 2017

PROENÇA, JOSÉ CARLOS BRANDÃO

- *Comentário ao Código Civil, Direito das Obrigações. Das Obrigações em Geral* / coord. José Brandão Proença, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2018

RAMALHO, TIAGO

- *A cessão de créditos futuros e a insolvência – A posição do cessionário na insolvência do cedente*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano IX9, Porto, 2012

SERRA, ADRIANO VAZ

- *Cessão de Créditos e outros direitos*, BMJ, n.º especial, 1955

VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE

- *A cessão de créditos em garantia e a insolvência. Em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

- *Direito das Garantias*, 3ª edição, Almedina, Porto, 2019

- *Dos contratos de cessão financeira (factoring)*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES

- *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, Reimpressão da 7.ª edição, Almedina, Lisboa, 2001

VINTER, GRAHAM, PRICE GARETH e LEE, DAVID

- *Project Finance*, 4ª edição, Sweet & Maxwell, Londres, 2013

7.2. JURISPRUDÊNCIA

- Acórdão Uniformizador de Jurisprudência de 23.01.2001, Proc. n.º 197/00 – 1ª secção

- Acórdão do STJ de 11.05.2006, Proc. n.º 06B1501 – 7ª secção