



UNIVERSIDADE CATÓLICA
PORTUGUESA

DA PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO: FUNDAMENTO E EXTENSÃO

Dissertação apresentada à Universidade Católica Portuguesa

Para a obtenção do grau de Mestre em Direito

por

Maria Bárbara Teixeira Dias Valente Guedes

Orientadora: Professora Doutora Ana Afonso

ESCOLA DE DIREITO

Junho,

2015

AGRADECIMENTOS

Não poderia deixar de manifestar a minha gratidão a todos aqueles que, pelo grande apoio que me deram, tornaram possível a concretização deste meu objetivo.

A sua conclusão deveu-se, não só a um esforço individual, mas a uma união de forças, apoio, motivação e confiança, sem os quais não seria, seguramente, possível levar tal tarefa a bom porto.

Por todas essas razões, deixo aqui o meu profundo e reconhecido sinal de gratidão.

Em primeiro lugar, à minha Família, em especial aos Meus Pais ao Meu Irmão e aos Meus Avós, por acreditarem em mim e por todos os ensinamentos de vida.

À Professora Doutor Ana Afonso, pelo profissionalismo, pela sábia orientação e apoio incondicional. Também, e não só, pelas críticas construtivas indispensáveis ao desenvolvimento da presente dissertação e, ainda, pelo sentido de responsabilidade que me inculuiu em todas as fases deste trabalho.

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

Por tudo isto, a todos Vós dedico este trabalho.

ABREVIATURAS

Ac. da RC – Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra

Ac. da RL – Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa

Ac. da RP – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto

Ac. do STJ – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça

BGB - *Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil Alemão)

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CC – Código Civil

CCesp. – Código Civil espanhol

CCit. – Código Civil italiano

CDP – Cadernos de Direito Privado

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Cfr – Confira, Confronte

CPC – Código de Processo Civil

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

DR – Diário da República

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

Ed. – Edição

N.º - Número

Ob. cit., - Obra Citada

PIDCP – Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

ss. – Seguintes

vol. - Volume

ÍNDICE	
INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I	9
O PACTO COMISSÓRIO	9
1.1. O PACTO COMISSÓRIO: NOÇÃO E EFEITOS.....	9
1.2. BREVE REFERÊNCIA À PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO NOUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS	10
1.3. BREVE RESENHA HISTÓRICA.....	11
CAPÍTULO II	15
OS FUNDAMENTOS DA PROIBIÇÃO	15
2.1. PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DA PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO	15
2.2. A USURA	16
2.3. A TUTELA DO CONTRAENTE MAIS DÉBIL: O DEVEDOR	17
2.4. A INDERROGABILIDADE DAS REGRAS PROCESSUAIS E A PROIBIÇÃO DE AUTODEFESA.....	19
2.5 – O RESPEITO PELO PRINCÍPIO <i>PAR CONDITIO CREDITORUM</i>	21
2.6. CONCLUSÕES.....	22
CAPÍTULO III	23
A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO E A ADMISSIBILIDADE DO PACTO MARCIANO	23
CAPÍTULO IV	26
ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO LEGAL DO PACTO COMISSÓRIO	26
CAPÍTULO V	29
O PACTO COMISSÓRIO E AS GARANTIAS REAIS ATÍPICAS	29
4.1. INTRODUÇÃO	29
4.2. A VENDA A RETRO.....	30
4.2.1 A COMPATIBILIDADE DA VENDA A RETRO COM A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO	31
4.3. A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E OS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS. 33	
4.3.1 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E A SUA COMPATIBILIDADE COM O PACTO COMISSÓRIO	37
4.4. A OPERAÇÃO DE LEASE-BACK COMO MODALIDADE DO CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA	40
4.4.1 A COMPATIBILIDADE DO LEASE-BACK COM A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO	43
CONCLUSÃO	48

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	50
---	-----------

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a proibição do pacto comissório, cujo regime legal se encontra previsto no artigo 694.º CC, no qual se comina com a nulidade a convenção estabelecida entre o credor e o devedor, em virtude da qual se permite ao credor apropriar-se diretamente da coisa dada em garantia, perante o incumprimento da obrigação assumida pelo devedor.

Na atualidade é frequente encontrar referências à crise das garantias tradicionais, cujas causas têm sido reconduzidas fundamentalmente a três fenómenos. Em primeiro lugar, o extraordinário incremento da produção industrial, o aumento da circulação de bens e a expansão do recurso ao crédito. Em segundo lugar, temos a necessidade de encontrar formas eficientes, simples e expeditas de execução das garantias em caso de incumprimento do devedor, uma vez que não é possível ao credor salvaguardar o seu direito, apropriando-se da coisa objeto da garantia. Por último, as garantias reais tradicionais não resistem ao número crescente de credores privilegiados (Fisco, Segurança Social e Trabalhadores), cujos créditos preferem aos credores hipotecário e pignoratício.

Assim, pareceu-nos oportuno, no atual contexto histórico-económico, proceder a um exame do pacto comissório e sua proibição (máxime a sanção da nulidade) por forma a tentar aferir se, se justifica a sua extensão a outras garantias atípicas.

Como metodologia para alcançar tal desiderato iremos, nos primeiros capítulos, deste estudo, incidir a Nossa atenção sobre as origens da figura e as razões da sua proibição. Abordaremos sistematicamente o seu conceito e efeitos, a sua história e as várias razões apontadas para justificar a sua proibição. Proceder-se-á, nessa medida, a uma análise dos pontos existentes, quer ao nível do ordenamento jurídico nacional, quer ao nível de alguns dos restantes ordenamentos jurídicos da União Europeia.

Efetuada uma primeira abordagem à figura, iremos levantar e ponderar algumas questões que consideramos relevantes para cumprir os objetivos de investigação acima referidos: O pacto marciano é admissível na nossa ordem jurídica? Qual o âmbito de aplicação da proibição do pacto comissório? “A proibição do pacto comissório é extensível às garantias reais que não estão expressamente previstas na lei?

Questões estas às quais tentaremos dar resposta ao longo do nosso estudo. Uma vez que nos é impossível abordar todas as figuras existentes, optamos por analisar a compra e venda a retro, a alienação fiduciária em garantia e a locação financeira restitutiva, e aferir da sua compatibilidade com a proibição do pacto comissório.

CAPÍTULO I

O PACTO COMISSÓRIO

1.1. O PACTO COMISSÓRIO: NOÇÃO E EFEITOS

O pacto comissório pode definir-se como a convenção estabelecida entre o credor e o devedor, em virtude da qual se permite ao credor apropriar-se diretamente da coisa dada em garantia, perante o incumprimento da obrigação assumida pelo devedor¹.

O artigo 694.º do nosso CC, sob a epígrafe “pacto comissório” define-o como “a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir”, para estabelecer que tal convenção “é nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca”, “numa demonstração clara do destino que tem perseguido este pacto de origem romanista ao longo do tempo”².

Esta proibição do pacto comissório está prevista na lei civil a respeito da hipoteca, regime paradigmático das garantias reais, extraindo-se desse facto a consequência de a referida interdição dever considerar-se extensível às demais garantias reais.

Insere-se, assim, no capítulo dedicado às garantias especiais das obrigações. Encontra-se consagrada em matéria de hipoteca (artigo 694.º) e, é ainda aplicável por remissão em sede de consignação de rendimentos (artigo 665.º), e de penhor (artigo 678.º).

Enquanto negócio jurídico proibido, o pacto comissório é nulo, por força do artigo 280.º, n.º 1 e 294.º CC. O negócio nulo não produz quaisquer efeitos (artigos 286.º e 289.º do CC), sem prejuízo das regras especiais aplicáveis ao terceiro de boa-fé que tenha registado a sua posição jurídica (artigo 291.º CC). Por norma, a nulidade corresponde a um interesse geral, não convalesce com o tempo, nem se compadece com a faculdade de confirmação, podendo ser arguida a todo o tempo, por qualquer interessado e sendo apreciada oficiosamente.

¹ GIUSEPPE CRICENTI, “I Contratti in Frode Alla Legge”, 2ª edição, Giuffrè Editore, 2008, p. 74.

² ISABEL DE MATOS, “O Pacto Comissório – Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição”, Almedina, 2006, p. 23.

O nosso ordenamento jurídico refere-se ainda ao pacto comissório no DL n.º 105/2004, de 8/05³ em sede de penhor financeiro, em cujo n.º1 do artigo 11.º, se determina que “*no penhor financeiro o beneficiário da garantia pode proceder à sua execução, fazendo seus os instrumentos financeiros dados em garantia se tal tiver sido convencionado pelas partes e se houver acordo das partes relativamente à avaliação dos instrumentos financeiros*”. Dispõe ainda, o n.º 2 deste artigo, que o beneficiário da garantia fica obrigado a restituir ao prestador o montante correspondente à diferença entre o valor do objeto dado em garantia e o montante das obrigações financeiras garantidas.

Assim, preliminarmente, o pacto comissório reúne três elementos: a atribuição de uma faculdade de apropriação imediata, a ligação dessa faculdade ao bem de garantia e a respetiva imputação ao credor garantido. Iremos analisar os seus fundamentos, tendo em vista o apuramento do seu sentido e alcance.

1.2. BREVE REFERÊNCIA À PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO NOUTROS ORDENAMENTOS JURÍDICOS

A proibição do pacto comissório encontra-se também patente nas ordens jurídicas alemã, espanhola, francesa, e italiana, entre outras.

No direito alemão, a proibição surge tratada no § 1229 e no § 1149 do BGB. Do primeiro resulta a cominação de nulidade do acordo que preveja a possibilidade de o credor pignoratício, caso não seja satisfeito ou não o seja atempadamente, poder fazer sua a coisa onerada. Já o § 1149 do BGB refere-se à hipoteca e estipula que o proprietário não pode, enquanto o crédito não se tiver vencido, conceder ao credor, com o propósito de o satisfazer, o direito de exigir a transmissão da coisa ou dela se apropriar fora das vias executivas judiciais.

Na ordem jurídica espanhola, o artigo 1859 do CCesp dispõe que o credor não pode apropriar-se das coisas dadas em penhor ou em hipoteca nem pode dispor delas. A doutrina é praticamente unânime, no sentido de considerar nulo o pacto comissório e, apesar de a proibição apenas se estabelecer expressamente no âmbito das garantias reais

³ Publicado no DR - 1.ª SERIE A, N.º 108, de 08.05.2004 e alterado pelo DL n.º 85/2011, de 29/ 6 e pelo DL n.º 192/2012 de 23/8.

(penhor, hipoteca e consignação em rendimentos), a maior parte da doutrina considera a proibição extensível às garantias reais em geral.⁴

Já em França, o *Code Civil* proibiu o pacto comissório quanto ao penhor e à consignação de rendimentos. No entanto, a evolução legislativa veio a culminar no abandono da proibição, na recente reforma do Direito das Garantias, introduzida pela *Ordonnance* n.º 2006-346, de 23 de março de 2006. Nos termos da atual redação do artigo 2348 do *Code Civil*, as partes podem convencionar que, em caso de incumprimento da obrigação garantida, o credor poderá tornar-se proprietário do bem. No entanto, é imperativo que o valor do bem seja determinado no dia da transmissão por um perito designado por acordo amigável, pelo tribunal ou, se for caso disso, por referência à cotação do bem em mercado organizado.

De forma a terminar esta curta viagem europeia, em Itália, o artigo 1963 do CCit, referente à consignação de rendimentos, dispõe ser nulo qualquer pacto, ainda que posterior à conclusão do contrato, mediante o qual se convence que a propriedade do imóvel se transfere para o credor em caso de incumprimento pelo devedor. Da mesma forma que, de acordo com o artigo 2744 do mesmo código, não é permitida a convenção segundo a qual, e em caso de falta de cumprimento pelo devedor na data acordada, a propriedade da coisa hipotecada ou empenhada se transfere para o credor. Em 3 de junho de 1983, a jurisprudência⁵ veio defender que a venda a retro e a venda resolutivamente condicionada podiam ser anuladas, se a intenção das partes fosse a de garantir um crédito, abandonando assim o critério estrutural e enveredando por uma visão funcional ou teleológica.

1.3. BREVE RESENHA HISTÓRICA

Segundo o autor DURÁN RIVACOBA, “*pocas instituciones jurídicas de Derecho Privado tienen tanto abolengo en los ordenamientos continentales como el*

⁴ RAMÓN DURÁN RIVACOBA, “La propiedad en garantía: prohibición del pacto comisorio”, Pamplona, Aranzadi, 1998, p. 121 e ss; FELIU REY, Manuel Ignacio, “La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía”, Editorial Cívitas, Madrid, 1995, p. 65.

⁵ Ac. da Cassazione n.º 3800, cfr. JANUÁRIO DA COSTA GOMES, Manuel, “Assunção Fidejussória de Dívida; Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador”, Almedina; Coimbra, 2000, p. 92.

pacto comissório y su prohibición, establecida en el Cuerpo Jurídico comum desde la época de Constantino".⁶

A referida proibição encontra o seu fundamento numa ideia de justiça, plasmada na defesa da parte geralmente mais débil de uma relação de crédito: o devedor.

Esta necessidade de defesa dos direitos do devedor relativamente a eventuais abusos do credor foi desde logo reconhecida na Antiga Roma, quando a fidúcia, na sua modalidade destinada a garantir o cumprimento das obrigações, foi sendo substituída por novas figuras que permitiam uma satisfação mais eficaz dos interesses das partes como o penhor e a hipoteca. Em qualquer dos casos, o credor adquiria um direito real sobre a coisa dada em garantia que lhe permitia vender o direito constituído em garantia e satisfazer o seu crédito com o preço da venda, restituindo o excesso.

Permitia-se, na altura, que os contratos de compra e venda e os contratos de garantia incluíssem uma cláusula designada por *lex comissoria*⁷. Pode definir-se a *lex comissoria* como a cláusula, em virtude da qual se o devedor não cumprisse as suas obrigações dentro do prazo, o credor adquiria a coisa dada em garantia, cobrando assim o crédito não satisfeito. A *lex comissoria* era uma lei privada, baseada numa declaração das partes através de um negócio jurídico.

No entanto, a função e o alcance de tal cláusula variavam. Quando era introduzida num contrato de compra e venda, a *lex comissoria* concedia ao vendedor o direito de resolver o contrato, caso o preço não fosse pontualmente pago pelo comprador⁸. Quando era introduzida na *fidúcia*⁹, a *lex commissoria* permitia que o credor conservasse no seu património a coisa dada em garantia se a dívida não fosse

⁶ Ob. cit, p. 15.

⁷ *Lex* é utilizada no sentido de *pactum* e não de lei geral e abstrata, e comissória tem o significado de *cadere in commissum*, ou seja, o de violar o pacto acordado entre as partes. ISABEL DE MATOS, ob. cit., pp. 27-29.

⁸ ADOLFO WEGMANN STOCKEBRAND, "Algunas Consideraciones sobre La Prohibición del Pacto Comisorio y el Pacto Marciano", in *Revista Chilena de Derecho Privado*, n°13, pp. 95-122 (diciembre 2009).

⁹ O negócio fiduciário tem os seus antecedentes históricos na figura romana da *fidúcia*. Começando pelas origens – Direito Romano – podemos definir a fidúcia, em termos genéricos, como a "instituição jurídica" que "consistia na transferência da propriedade de uma coisa (*datio*) – ou do poder jurídico sobre uma pessoa – realizada através da *mancipatio* ou *iure cessio*, por alguém (fiduciante) a favor de outrem (fiduciário), para certos fins". Os autores que tratam da *fidúcia* Romana indicam-nos, geralmente, duas modalidades de *fidúcia*: *fidúcia cum creditore* e *fidúcia cum amico*. A *fidúcia cum creditore* terá sido a modalidade mais utilizada, sendo-lhe atribuída uma função de garantia de crédito. (Cfr. PAIS DE VASCONCELOS, "Contratos Atípicos", 2.ª edição, Almedina, Coimbra, 2009; VIEIRA CURA, "Fiducia Cum Creditore (Aspetos gerais)", BFDUC, Coimbra, 1990. Este último autor refere o aparecimento da *fidúcia* na época mais arcaica do Direito Romano e a sua abolição decretada por Justiniano.

paga, satisfazendo, desse modo, o respetivo crédito. Quando aposta num contrato de penhor ou de hipoteca, a cláusula permitia ao credor hipotecário ou ao credor pignoratício fazer sua a coisa dada em garantia, caso o devedor não cumprisse pontualmente, a sua obrigação¹⁰.

Assim, e segundo ISABEL ANDRADE MATOS,¹¹ pode afirmar-se que, quando inserta num contrato de garantia, a *lex comissoria* permitia que o credor se tornasse proprietário da coisa dada em garantia, caso o devedor não cumprisse a sua obrigação no prazo acordado.

Posteriormente, é ainda no Direito Romano que se encontram as origens do seu declínio e da sua proibição. A *lex comissoria* foi proibida pelo Imperador Constantino, mediante um édito datado do ano 320 d.C..

Édito este de Constantino motivado por três razões fundamentais: em primeiro lugar, porque a figura do penhor desenvolveu-se de tal forma que, por si mesma, constituía uma garantia suficiente. Em segundo lugar, através do pacto comissório ocultavam-se negócios usurários, uma vez que o valor da coisa era, em regra, muito superior ao valor do crédito garantido. De facto, os credores serviam-se do pacto comissório para se apropriarem dos bens dados em garantia a um preço muito inferior ao preço real, alcançando assim um enriquecimento indevido, às custas do devedor, isto é, em prejuízo do património do devedor¹². Em terceiro lugar, a proibição foi motivada pela influência exercida pelos princípios ético-religiosos cristãos¹³. Nas palavras de ISABEL DE MATOS, “os valores cristãos não se compadeciam com institutos como a *lex comissoria*, que serviriam os interesses dos mais fortes e possidentes (os credores) em detrimento dos interesses daqueles que se encontravam economicamente mais carenciados e que, portanto, eram mais fracos (os devedores).”¹⁴ De facto, a *lex comissoria* atingia a boa-fé e os bons costumes e, desde os primeiros tempos da Igreja

¹⁰ “A fonte histórica do pacto comissório situa-se na *lex comissoria* de Direito Romano, que assumia significados diversos: de cláusula resolutiva, expressa ou tácita, quando inserida em contrato sinalagmático; de cláusula acessória quando inserta em contrato de garantia real com o alcance de permitir ao credor apropriar-se do bem dado em garantia, uma vez verificada a falta de pagamento pontual do devedor”. Cfr. ANA ISABEL AFONSO, “A condição – Reflexão crítica em torno de subtipos de compra e venda”, Porto, Universidade Católica Editora, 2014, pp. 486-487.

¹¹ ISABEL DE MATOS, ob. cit., p. 32.

¹² Esta tese foi ratificada pela limitação à taxa de juro imposta pelo mesmo Imperador Constantino no ano 325 d.C.

¹³ A influência crescente da Igreja Católica foi reconhecida pelo édito de Milão datado de 313 d.C., uma vez mais, pelo imperador Constantino.

¹⁴ ISABEL DE MATOS, ob. cit., p. 37.

Católica, tanto os Apóstolos como os Padres, proibiam a usura, considerando-a um pecado. Assim, através do já referido édito, o imperador Constantino impôs, legalmente, o que já resultava da consciência religiosa e moral vigente naquela época¹⁵.

¹⁵ FELIU REY, ob. cit., p. 36.

CAPÍTULO II

OS FUNDAMENTOS DA PROIBIÇÃO

2.1. PRINCIPAIS FUNDAMENTOS DA PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO

Como defende JANUÁRIO GOMES “*a ratio da proibição do pacto comissório é plúrima e complexa*”¹⁶, devendo ser estudada à luz do elemento dogmático e das razões histórico-jurídicas¹⁷.

Apesar de o fundamento da proibição do pacto comissório ser uma questão controvertida, a maior parte da doutrina¹⁸ defende que este pode ser analisado através de quatro raciocínios primordiais: a tutela do devedor necessitado; a usura e a ilegalidade; a inderrogabilidade do procedimento judicial e a proibição de autotutela; e a proteção do princípio *par conditio creditorum*.

Neste sentido, REMÉDIO MARQUES¹⁹ aponta quatro fundamentos para justificar a opção legislativa de cominar com nulidade a celebração de pactos comissórios. Segundo o referido Autor, são eles: (i) evitar a violação da regra da *par conditio creditorum*, presente no artigo 604º CC, em face do incumprimento do devedor; (ii) prevenir a faculdade de o credor se poder apropriar da coisa constituída em garantia da dívida por um valor substancialmente inferior ao valor da dívida; (iii) assegurar o monopólio estatal no tocante à execução forçada dos deveres de prestar, se bem que sob iniciativa do credor; (iv) e promover a correção negocial, tendente a afastar comportamentos que possam legitimar a atribuição injustificada de privilégios a alguns credores e o aproveitamento da debilidade do devedor, já que poderá haver uma

¹⁶ JANUÁRIO GOMES, ob. cit., p. 94.

¹⁷ A “*ratio*” da proibição do predito pacto é plúrima, complexa, revelando, concomitantemente, o propósito de proteger o devedor da possível extorsão do credor e a necessidade, correspondente a um interesse geral do tráfico, de não serem iludidas as “regras do jogo” através da atribuição injustificada de privilégios a alguns credores, fora das vias objetivas em que repousa a bondade das exceções ao princípio das exceções ao princípio “*par conditio creditorum*”, Ac. do STJ de 21.12.2005.

¹⁸ DURÁN RIVACOBÁ, ob. cit., p. 99 e ss.; FELIU REY, ob. cit., p. 66 e ss.

¹⁹ REMÉDIO MARQUES, João Paulo Fernandes, “*Locação Financeira Restitutiva (sale and lease-back)* e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e acção executiva, in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 77, 2001, pp. 575-632.

desproporção entre o montante do débito e o conjunto de bens do património do devedor, sujeitos à execução forçada.

Por sua vez, JANUÁRIO GOMES²⁰ destaca como razões da suprarreferida proibição a necessidade de proteção do devedor de uma eventual coação exercida pelo credor e a inevitabilidade de observância de regras gerais em matéria de garantia das obrigações, sob pena de se atribuir um benefício a um ou mais credores por via da estipulação de um pacto comissório.

2.2. A USURA

Num primeiro momento, a proibição do pacto comissório deveu-se a um juízo de imoralidade, uma vez que se considerava que o pacto servia para ocultar negócios usurários, lesivos para o devedor.

Os negócios usurários²¹ pertencem aos negócios jurídicos com conteúdo desaprovado pela ordem jurídica, em virtude do desequilíbrio das prestações neles acordados devido à inferioridade de uma das partes²².

Com efeito, um dos fundamentos da proibição do pacto comissório aceite na doutrina é a usura e a imoralidade do mesmo, invocando o perigo de locupletamento do credor em prejuízo do devedor e dos demais credores deste, uma vez que o bem dado em garantia é habitualmente de valor muito superior ao da dívida.

Também, no entendimento de ANTUNES VARELA, “*o fundamento da proibição do pacto identifica-se, não só com a ratio da norma que pune a usura (art. 1146.º), mas ainda com o pensamento subjacente à condenação dos negócios usurários*”²³.

No entanto, apesar de esta tese colher o apoio praticamente unânime da doutrina, não é isenta de objeções.

²⁰ JANUÁRIO GOMES, ob. cit., pp. 94-95.

²¹ Artigo 282.º CC.

²² HÖRSTER, Heinrich Ewald, “A parte geral do código civil português – Teoria Geral do Direito Civil”, Almedina, Coimbra, 1992, p. 555.

²³ ANTUNES VARELA, João de Matos, “Das obrigações em Geral”, vol.II, 7ª edição, Almedina, Coimbra 1997, p. 555.

Em primeiro lugar, e como alude ISABEL DE MATOS, atendendo às razões históricas, se a usura estivesse na base da proibição do pacto comissório, os dois institutos deveriam ter tido destino idêntico, o que não se verificou. *“De uma proibição absoluta do pagamento de juros nos contratos de mútuo, evolui-se para a permissão da cobrança desses mesmos juros. Ao invés, a proibição do pacto comissório manteve-se. A diferente sorte dos dois institutos, demonstra, ou pelo menos indicia muito fortemente, que a sua proibição não tinha o mesmo fundamento e, sobretudo, que a usura não é a causa da proibição do pacto comissório.”*²⁴

Em segundo lugar, não se entende que o negócio usurário seja sancionado com a mera anulabilidade, enquanto o pacto comissório padece de nulidade. Se a razão da invalidade do negócio usurário fosse a mesma da do pacto comissório, estes deviam ter a mesma forma de invalidade²⁵.

Por outro lado, como questiona JÚLIO GOMES, porque seria necessária a proibição do pacto comissório se já existe a possibilidade de alegar que um determinado negócio é usurário? Como explicar que o negócio usurário é sancionado com a mera anulabilidade, enquanto o pacto comissório é nulo? Tentando a estes quesitos responder o mesmo Autor, que: *“a proibição do pacto comissório é, no fim de contas, um mecanismo preventivo da usura, de carácter geral, e cuja especial vantagem estaria precisamente no carácter drástico da sanção (a nulidade) e na circunstância de o devedor estar dispensado de provar a existência em concreto de um negócio usurário.”*²⁶

2.3. A TUTELA DO CONTRAENTE MAIS DÉBIL: O DEVEDOR

A necessidade de proteger o devedor é a razão aduzida pela maioria da doutrina e encontra o seu fundamento na necessidade de proteção da parte mais fraca, de forma a evitar situações de abuso de um contraente sobre o outro. Pretende-se evitar que o

²⁴ ISABEL DE MATOS, ob. cit., p. 64.

²⁵ O regime da nulidade pode ser invocado por qualquer pessoa interessada, a todo o tempo, e opera “*ipso iure*” podendo ser declarada oficiosamente. Enquanto a anulabilidade apenas pode ser invocada por pessoas dotadas de legitimidade, só pode ser arguida no prazo de um ano desde a cessação do vício que lhe serve de fundamento, carece de ser declarada e pode ser sanável mediante confirmação. MOTA PINTO, “Teoria Geral do Direito Civil”, Coimbra, Coimbra Editora, 1991, p. 611.

²⁶ JÚLIO GOMES, ob. cit., p. 64 e ss.

devedor, devido a necessidade de crédito, se veja obrigado a aceitar todas as imposições do credor, podendo, assim, estipular livremente os termos do contrato, de forma a conservar sempre uma (relativa) proporcionalidade ou equivalência entre as prestações.

Segundo esta tese, a lei pretende prevenir que o credor se aproveite da condição de carência do devedor, coagindo-o a aceitar celebrar um pacto comissório contra a sua livre vontade²⁷.

A presente tese encontra a sua base no princípio da proporcionalidade. Na verdade, como nos ensina VAZ SERRA²⁸, o fundamento da referida proibição “*está em que tal pacto pode representar um benefício injustificado para o credor (que adquire uma coisa acaso muito mais valiosa que o crédito), sobretudo quando obtido do devedor que, levado pela necessidade, facilmente consentiria nele*”. Desta forma, a imposição legal pretende corrigir eventuais desequilíbrios de forças, normalmente existentes entre devedor e credor.

Assim, para os defensores desta tese, a razão fundamental da proibição do pacto comissório é a proteção dos direitos do devedor, perante potenciais abusos do credor. Se a proibição do pacto não fosse consagrada na lei, o pacto comissório passaria a ser uma estipulação de estilo, uma vez que seria sempre exigida de forma a acautelar os direitos do credor²⁹.

No entanto, a tese que defende que a proibição do pacto comissório se fundamenta na tutela do devedor apresenta debilidades. Em primeiro lugar, o artigo 405.º CC consagra o princípio da liberdade contratual que tem a sua base no princípio da autonomia privada³⁰, e neste sentido, presume-se que todo o contrato celebrado, livre e espontaneamente, sem coação, é válido. Este princípio incorpora a liberdade de celebração e liberdade de estipulação. Segundo MENEZES CORDEIRO, “*a liberdade de celebração, a autonomia privada permite praticar ou não praticar o ato e, portanto, optar pela presença ou pela ausência de determinados efeitos de Direito, a ele associados. Na liberdade de estipulação, a autonomia vai mais longe: ela permite optar*

²⁷ ISABEL DE MATOS, ob.cit., p. 58.

²⁸ VAZ SERRA, “Penhor”, in *BMJ*, n.º 58, Lisboa, Julho de 1956, p. 217.

²⁹ ADOLFO WEGMANN STOCKEBRAND, ob. cit., pp 95-122.

³⁰ “O princípio da autonomia privada (embora acolhido no nosso ordenamento, como se viu, em termos não absolutos e ilimitados) implica que a vontade das partes deve considerar-se como a principal das fontes de determinação do regulamento contratual.” ENZO ROPPO, “O contrato”, Coimbra, Almedina, 2009, p. 142.

*pela prática do ato e, ainda, selecionar, para além da sua presença, o tipo de efeitos que se irão produzir*³¹.

Em segundo lugar, se a lei procura proteger o devedor e a sua liberdade contratual dos potenciais abusos dos credores, o regime aplicável deveria ser o da anulabilidade e não o regime da nulidade, em consonância com o regime estipulado para os negócios usurários e os negócios celebrados sob coação moral.

Em terceiro lugar, apresenta-se também o argumento de que, nem sempre, o devedor constitui a parte mais débil do contrato, pois ao crédito recorrem, não só aqueles que estão em condições de precariedade, mas também os profissionais e empreendedores que dele fazem uso como instrumento financeiro para o exercício da sua atividade³².

Por último, a proibição do pacto tem aplicação mesmo nas situações em que a coisa dada em garantia pertence a um terceiro, o que não se entenderia se o seu fundamento fosse apenas a proteção do devedor.

Assim, a presente tese concorre para explicar a razão da proibição do pacto comissório mas não se afigura suficiente.

2.4. A INDERROGABILIDADE DAS REGRAS PROCESSUAIS E A PROIBIÇÃO DE AUTODEFESA

Existe quem defenda como fundamento da proibição do pacto comissório razões estritamente processuais e a defesa da estrutura típica dos direitos reais de garantia, isto é, as regras gerais em matéria das garantias das obrigações.

De facto, as críticas já expostas à tese que fundamenta a proibição do pacto comissório na tutela do contraente mais débil originaram o nascimento de uma nova corrente de pensamento defensora da ideia de que a proibição obedece principalmente à necessidade de seguir um procedimento judicial.

³¹ MENEZES CORDEIRO, António, “*Tratado de Direito Civil*”, vol. I, 4ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, p. 952.

³² CARINGELA, FRANCESCO, “Il divieto del patto commissorio”, *Studi di Diritto Civile*, Milano, Giuffrè, 2003.

Abordado por este prisma, o fundamento principal da proibição do pacto em análise é a exclusividade do Estado na prossecução da função executiva, seguido da tutela dos interesses privados, tanto do devedor como dos seus demais credores.

Neste sentido, FELIÚ REY³³ defende que não sendo este o seu principal fundamento, não faria sentido o pacto comissório ser sancionado com a nulidade.

A inderrogabilidade das regras processuais está intimamente ligada à proibição de autodefesa e à garantia de acesso ao direito e aos tribunais previstas no artigo 20.º CRP, artigo 1.º e 2.º CPC, artigo 10.º DUDH, artigo 14.º, n.º 1 PIDCP e artigo 6.º, n.º 1 CEDH.

No entanto, esta teoria também não é isenta de críticas. Em primeiro lugar, pressupõe uma visão excessivamente processualista de um instituto que nasceu com o objetivo explícito de proteger os interesses do devedor, enquanto contraente mais débil, e que se encontra regulado primariamente em normas substantivas, designadamente o princípio do devedor necessitado e o princípio de proteção dos demais credores desse devedor.³⁴

Em segundo lugar, o princípio da exclusividade do Estado no exercício da ação executiva não é um princípio absoluto, admitindo diversas exceções, nomeadamente a cessão de bens aos credores³⁵, o direito de retenção, entre outros.

Por outro lado ainda, se o fundamento da proibição do pacto comissório se prende com razões processuais, a admissibilidade do pacto marciano não encontraria razão de ser. Isto é, se o fundamento da proibição do pacto comissório radica em princípios de ordem processual, designadamente nas normas de processo executivo, o pacto marciano deixaria de ser juridicamente admissível.

Assim, a presente tese é complementar mas não se demonstra suficiente para fundamentar, só por si, a proibição do pacto comissório.

³³ FELIÚ REY, ob. cit., p. 66 e ss.

³⁴ ADOLFO WEGMANN STOCKEBRAND, ob. cit., pp. 95-122.

³⁵ A cessão de bens ao credor está prevista nos art.º 831.º a 836.º do CC. “A cessão de bens aos credores representa um exercício consensual da responsabilidade patrimonial do devedor, já que através dela o devedor permite aos credores o exercício de poderes de administração e disposição do seu património por forma a obterem o pagamento dos seus créditos, sem terem de recorrer à acção executiva” MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de, “Garantia das Obrigações”, 4ª edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 267 e ss.

2.5 – O RESPEITO PELO PRINCÍPIO *PAR CONDITIO CREDITORUM*

Uma outra tentativa de fundamentar a proibição do pacto comissório prende-se com o respeito pelo princípio *par conditio creditorum*. De facto, há quem alegue a necessidade de proteger os interesses dos demais credores, uma vez que um hipotético empobrecimento injusto do devedor diminui as garantias patrimoniais e as expectativas de cobrança dos restantes credores³⁶.

O princípio da universalidade patrimonial encontra-se consagrado no artigo 601.º CC que estabelece que o cumprimento da obrigação é assegurado pelos bens que integram o património do devedor. O património do devedor constitui assim a garantia geral das obrigações. “*Garantia geral porque a cobertura tutelar dos bens penhoráveis do devedor abrange a generalidade das obrigações do respetivo titular*”³⁷. Acrescente-se que, nos termos do disposto no artigo 604.º, n.º 1, CC, o património é também a garantia comum das obrigações. Quer isto dizer que os credores, que não gozem de qualquer direito de preferência sobre os demais, são pagos em pé de plena igualdade uns com os outros. Segundo ANTUNES VARELA, “*esta é a famosa regra da par conditio creditorum, que cava um abismo entre os direitos reais e os direitos de crédito.*”

No entanto, este princípio não chega a constituir uma exigência de interesse e ordem pública, sendo por isso suscetível de limitações (artigo 602.º CC) e de exclusões de responsabilidade (artigo 603.º CC).

Apesar dos argumentos expostos, a presente tese não é exime de objeções. Por um lado, como nos ensina ISABEL DE MATOS³⁸, defender esta tese na íntegra “*equivaleria a estabelecer uma inadmissível limitação ao poder de disposição dos bens ao devedor*”, uma vez que todo e qualquer ato de disposição de bens do devedor poderia importar uma diminuição da garantia patrimonial dos seus credores.

Por outro lado, o nosso ordenamento jurídico consagra diversos meios para o credor salvaguardar os seus direitos quando o devedor aliene ou onere o seu património para os afetar, como a declaração de nulidade (artigo 605.º e ss CC)³⁹, a sub-rogação do

³⁶ A título exemplificativo, LOJACONO explica a proibição do pacto comissório à luz da necessidade de efetivação do princípio *par conditio creditorum*, “*Il patto comissório nei contratti di garanzia*”, p. 22 e ss.

³⁷ ANTUNES VARELA, ob. cit., p. 419 e ss.

³⁸ ISABEL DE MATOS, ob. cit., p. 70 e 71.

³⁹ “Nos termos do art. 120.º CIRE, podem ser resolvidos em benefício da massa insolvente os atos prejudiciais à massa que tenham sido praticados ou omitidos dentro dos dois anos anteriores à data do

credor ao devedor (artigo 606.º CC), a impugnação pauliana (artigo 610.º e ss CC), e o arresto (artigo 619.º e ss CC).⁴⁰

Assim, a tese que fundamenta a proibição do pacto comissório na tutela do princípio *par conditio creditorum* e na tutela dos terceiros credores, a par das teses anteriores, não se afigura suficiente, só por si, para justificar tal proibição.

2.6. CONCLUSÕES

Entendemos estas posições como procedentes e complementares, no sentido de fundamentar a proibição do pacto comissório.

Neste sentido, CONSTANZA⁴¹ considera que devem ser relevadas todas as razões apresentadas, que não são entre si incompatíveis ou contraditórias, respondendo, antes, à lógica unitária da correção negocial.

Se, por um lado, é fundamental assegurar a tutela do devedor, visto como a parte mais débil da relação contratual, por outro lado, é essencial preservar o regime de garantia das obrigações. Pretende-se, desta forma, prevenir que o devedor entregue como garantia um bem de valor manifestamente superior ao montante do crédito garantido e ainda garantir o princípio da igualdade dos credores. Hoje em dia, o interesse que visa alcançar identifica-se com o interesse geral do tráfico jurídico e não apenas com os interesses de determinados sujeitos (devedor e outros concorrentes), razão pela qual se comina com a forma mais grave de invalidade (nulidade) a violação da proibição legal.

início do processo de insolvência contra terceiro de má fé”, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, “Manual de Direito da Insolvência”, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2013, p. 211.

⁴⁰ “ Não se trata de «garantias», mas de meios conservatórios da garantia geral das obrigações; ou seja têm em vista a conservação do património (garantia de todos os credores), sem conferirem nenhuma preferência.”, PEDRO ROMANO MARTINEZ E PEDRO FUZETA DA PONTE, “Garantias de Cumprimento”, 5ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 15.

⁴¹ COSTANZA, MARIA, “Sulle alienazione in garanzia e il divieto del patto comissório”, GC, 1989, I, p. 1024.

CAPÍTULO III

A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO E A ADMISSIBILIDADE DO PACTO MARCIANO

O pacto marciano⁴² consiste na convenção pela qual, em caso de incumprimento pelo devedor, o bem dado em garantia se transfere para o credor, ficando este, porém obrigado a restituir ao devedor a soma correspondente à diferença entre o valor do bem e o montante do débito.⁴³⁻⁴⁴

Interpretado deste modo, tem sido defendido que o pacto comissório deve ser válido quando se assegure a restituição ao devedor do excesso do valor do bem em relação ao crédito garantido⁴⁵, conservando, assim, a correlatividade e o equilíbrio das prestações e garantindo ao devedor a diferença existente entre o valor do bem dado em garantia e o montante da dívida.

Neste sentido, a doutrina e jurisprudência italianas são concordes em admitir a validade do pacto marciano⁴⁶. Assim como, ao nível da doutrina nacional, os Autores pronunciam-se, maioritariamente⁴⁷, no sentido da sua admissibilidade⁴⁸.

⁴² O pacto Marciano deve o seu nome ao jurisconsulto Romano Marciano.

⁴³ ROPPO, “Note sopra il divieto del patto comissório”, p. 402 pode definir-se como a convenção pela qual, “em caso de incumprimento, o bem dado em garantia transfere-se ao credor, mas este é obrigado a pagar ao devedor uma quantia que corresponde à diferença entre o montante da dívida não paga e o valor do bem (...)”

⁴⁴ JANUÁRIO GOMES, ob. cit., p. 95

⁴⁵ Entre outros, ANA AFONSO, ob. cit., p. 488.

⁴⁶“BIANCA sustenta a validade e licitude do pacto marciano e a invalidade e ilicitude do pacto comissório. A solução justifica-se segundo o A., com base na seguinte argumentação: no pacto comissório, a equivalência entre o valor do débito garantido e o valor do bem dado em garantia é meramente eventual; já no pacto marciano a equivalência das prestações integra o conteúdo típico do contrato, fundando, mesmo, um verdadeiro direito do devedor à restituição do montante excedente, uma vez cumprida a obrigação respetiva (Patto comissório, NssD, XII, Utet, Unione Tipografico-Torinese, Torino, 1976, pp. 718-719)” Apud, ANA FILIPA MORAIS ANTUNES, “O Contrato de Locação Financeira Restitutiva”, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, p. 39.

⁴⁷ Em sentido contrário, VAZ SERRA, defendia que a proibição legal deveria ainda ser aplicável nas situações em que o credor se obrigasse a entregar o excedente de valor da coisa sobre o seu crédito. No Anteprojeto, publicado em 1960, esta posição foi consagrada no artigo 223.º, n.º 4 (Pacto Comissório): 4. *A proibição é aplicável ainda que o credor se obrigue a entregar o excedente de valor da coisa sobre o seu crédito, e não obstante mesmo ter a coisa um valor fixo de mercado*, “Direito das Obrigações (com exceção dos contratos em especial), Anteprojeto, Sep. Do BMJ, Lisboa, 1960.

⁴⁸ Entre nós reconhecem a validade do pacto marciano JANUÁRIO GOMES, ob. cit., p. 96, que nota ser esta a solução que melhor se harmoniza com o exposto reconhecimento legislativo da validade de outros institutos como a venda a retro e da razão de ser da invalidade do pacto comissório; REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 607; JÚLIO GOMES, “Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano”, in *CDP, n.º8, Outubro-Dezembro, CEJUR*, Braga, 2004, p. 66; ISABEL DE MATOS, ob. cit., p. 88; nesta linha, ver também a declaração de voto de Quirino Soares ao AC. STJ, de 30.01. 2003.

A admissibilidade do pacto marciano depende, assim, de dois requisitos, em primeiro lugar que o beneficiário da garantia restitua ao prestador o excesso apurado entre o valor verdadeiro do bem e o valor da dívida (esta obrigação pode resultar do artigo 11.º do DL n.º 105/2004 – ou pode ser retirada do próprio negócio jurídico, interpretado em termos conformes à boa-fé – artigos 239.º e 762.º, n.º 2 CC)⁴⁹. E de ficar previsto um mecanismo pautado por critérios de atualidade⁵⁰ e de correção que determine o eventual valor a devolver ao prestador da garantia (por exemplo, avaliação do bem por um terceiro⁵¹ imparcial no momento do incumprimento), suscetível de impedir que o credor se aproprie de um valor que exceda o necessário para satisfação do seu crédito. Nada impede que a avaliação corresponda à atuação de um mecanismo automático de determinação do valor, em termos do jogo da oferta e da procura de um mercado. Não é de exigir uma intervenção judicial, pelo que se deve admitir o pacto marciano sempre que a avaliação seja feita por um perito, ou decorra de uma atribuição automática.

Em sentido contrário, ANA ANTUNES defende que a *“proibição legal também se justifica por exigências de respeito pelo sistema da garantia das obrigações consagrado pelo legislador, bem como pela necessidade de garantir a ausência de violação da par conditio creditorum, não vindo, assim, em que termos poderá a cláusula marciana funcionar como um mecanismo idóneo a superar este obstáculo”*⁵².

Face ao exposto, entendemos que a proibição do pacto comissório não deve transpor a sua razão de ser, isto é, a definição de um mecanismo que impeça a obtenção de uma vantagem patrimonial infundada pelo credor deve, pois, resguardar a validade da convenção que prevê a apropriação pelo credor de um bem que lhe é reservado pelo devedor como garantia de satisfação do seu débito⁵³⁻⁵⁴.

⁴⁹ CATARINA MONTEIRO PIRES, “A Alienação em Garantia”, Almedina, 2010, p. 278.

⁵⁰ De maneira a que, a determinação final dos valores seja realizada aquando do incumprimento da obrigação.

⁵¹ Terceiro este, que reúna as características de isenção e imparcialidade e que tenha por base critérios objetivos de avaliação, de forma a salvaguardar os direitos do devedor e dos demais credores.

⁵² ANA ANTUNES, ob. cit., p. 42.

⁵³ No mesmo sentido encontramos o DL n.º 105/2004, que afasta em matéria de penhor financeiro, a aplicabilidade da proibição legal de pacto comissório.

⁵⁴ Afigura-se-nos, por isso, contraditória a este propósito a análise a que procede ANA ANTUNES, ob. cit., p. 43, *assimilando à razão de ser da proibição do pacto comissório a necessidade de tutelar a posição dos demais credores do devedor, parece que o juízo em abstrato sobre a licitude do pacto marciano não poderá deixar de ser negativo.*

Não deixamos, no entanto, de ressaltar ser pertinente uma intervenção legislativa, no sentido de clarificar e admitir expressamente o pacto marciano no nosso ordenamento jurídico.

CAPÍTULO IV

ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO LEGAL DO PACTO COMISSÓRIO

A questão em debate consiste em saber se a proibição do pacto comissório procede apenas em sede de hipoteca, penhor e consignação de rendimentos, tal como expressamente previsto e proibido no CC., ou, se se pode concluir que a proibição em causa é extensível a todas as figuras negociais que, indireta ou acessoriamente, possam prosseguir uma função de garantia⁵⁵.

Na opinião de JÚLIO GOMES, não existe, “*qualquer consenso relativamente à teleologia da proibição do pacto comissório, nem tão pouco, e como consequência, quanto ao real âmbito ou alcance desta proibição.*”⁵⁶

A maioria da doutrina considera que esta proibição inclui o pacto comissório autónomo⁵⁷, isto é, pacto estipulado à margem de uma garantia real típica, constituindo ele próprio uma garantia.

De forma a tentar resolver a questão devemos atender ou a um critério de tipo estrutural, que atende ao momento temporal em que opera a transferência da propriedade do bem, isto é, imediatamente ou dependente do incumprimento pelo devedor. Ou privilegiar um critério de natureza funcional, direcionado à especificação da finalidade que as partes visam prosseguir através do esquema negocial escolhido.

Se atendermos ao critério estrutural, qualificado o pacto comissório como uma alienação sob condição suspensiva⁵⁸, a proibição legal só afetaria as alienações que apresentassem a mesma estrutura, não sendo suscetível de atingir esquemas negociais em que a transferência da propriedade operasse imediatamente após a celebração do

⁵⁵ *O pacto comissório em garantia – aquele que está associado a uma garantia típica – pode ser definido como o acordo celebrado entre o devedor e o credor para que determinados bens do primeiro ingressem de maneira imediata no património do segundo se, vencido o crédito cuja satisfação aqueles bens salvaguardam, tal crédito não for pago*, ISABEL DE MATOS, ob. cit., p. 78.

⁵⁶ JÚLIO GOMES, ob. cit., pp. 64-65.

⁵⁷ O pacto comissório autónomo, tanto pode revestir a natureza de uma condição suspensiva, como de uma condição resolutiva.

⁵⁸ *O pacto comissório pode ser caracterizado como um contrato atípico condicionado, sendo a condição constituída pelo incumprimento da obrigação da parte do devedor, embora a transferência da coisa para a titularidade do credor não seja um evento automático do inadimplemento, uma vez que é a concorrência da vontade do credor em fazer sua a coisa onerada*, ISABEL MENÉRES CAMPOS, “Contributo para o estudo da reserva de propriedade – Em especial a reserva de propriedade a favor do financiador”, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, p. 325.

negócio jurídico, ainda que ficando sujeita a resolver-se se, entretanto, não se verificasse o cumprimento pontual das obrigações pelo devedor.

Se atendermos ao critério funcional, relevante é perceber qual a intenção visada pelas partes com a celebração do negócio. Se a alienação visa apenas servir uma função de garantia estamos perante um pacto comissório. Assim, nas hipóteses em que a transferência de propriedade está prevista para o caso de incumprimento esta assume uma função de garantia e, é de pacto comissório que se trata⁵⁹.

JANUÁRIO GOMES segue a doutrina dominante em Itália desde o Ac. da *Cassazione* n.º 3800, de 3 de junho de 1983. Defende assim, que deve ser adotada uma orientação do tipo funcional ou teleológica, estando abrangidas pela sanção da nulidade todas as situações em que se demonstre que a transferência da propriedade visou prosseguir uma função primária de garantia, independentemente do momento em que opera a transferência de propriedade⁶⁰.

LUMINOSO por seu turno, oferece uma justificação que se nos afigura bastante procedente, para proibição legal do pacto comissório, ao acentuar que a proibição não visa apenas impedir que o credor se locuplete com o excesso do valor da coisa em relação ao crédito, sendo necessário que se verifiquem três pressupostos cumulativos: que o pacto tenha escopo de garantia, ao destinar uma coisa à autossatisfação do credor; que ao devedor se reserve a faculdade de desonerar a coisa desse escopo de garantia, mediante o cumprimento da obrigação e que não seja assegurado, para a hipótese de incumprimento, o direito de o devedor obter a restituição do valor do excesso da coisa em relação ao crédito garantido. Assim, o Autor considera que a proibição deve abranger todas as situações em que o credor possa obter como garantia do seu crédito um bem de valor muito superior, tanto no momento em que o crédito é concedido, como no momento da sua renegociação⁶¹.

Para REMÉDIO MARQUES, a proibição legal pode ser aplicada, em abstrato, a todas as categorias de garantias atípicas, ainda que, para efeitos de atuação da norma

⁵⁹ Neste sentido, ANA AFONSO, ob. cit., p. 492.

⁶⁰ JANUÁRIO GOMES, ob. cit., pp. 92-94.

⁶¹ LUMINOSO, ANGELO, “Alla ricerca degli arcani confini del patto comissorio”, in *RDCiv*, 1990, I, p. 233.

legal, seja necessário averiguar os fins que presidiram as partes na celebração do negócio em causa⁶².

Do nosso ponto de vista, a proibição do pacto comissório deve impor-se sempre que estejamos perante um juízo de censura da estipulação comissória. O critério dominante deve ser o critério funcional, que privilegie a intenção das partes ao selecionar um determinado negócio jurídico. No entanto, esta posição não pode prescindir de uma análise casuística da existência ou não de uma intenção censurável das partes que consubstancie uma ilicitude negocial. Assim, no nosso entender, a norma legal será aplicável fora das hipóteses expressamente previstas na lei sempre que as partes tiverem como finalidade principal constituir uma garantia de um direito de crédito.

⁶² REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 598.

CAPÍTULO V

O PACTO COMISSÓRIO E AS GARANTIAS REAIS ATÍPICAS

4.1. INTRODUÇÃO

Do nosso CC decorrem cinco figuras que se podem qualificar como garantias reais: a consignação de rendimentos (artigo 656.º e ss); o penhor (artigo 666.º e ss); a hipoteca (artigo 686.º e ss); os privilégios creditórios (artigo 733.º e ss.) e o direito de retenção (artigo 754.º e ss). É nas garantias reais que se encontra prevista a proibição do pacto comissório, que como já abordado, se configura como uma convenção acessória, em que a transmissão da propriedade da coisa do devedor para o credor fica sujeita à verificação de uma condição suspensiva - o não cumprimento por parte do devedor⁶³.

Atendendo ao princípio da autonomia privada, há outras figuras negociais, para além das garantias reais ou pessoais que, indiretamente podem conferir a uma das partes, determinada garantia de cumprimento do seu crédito.

Iremos, assim, em seguida analisar o âmbito da proibição do pacto comissório nas denominadas garantias reais atípicas.

Não sendo possível abordar todos os institutos, escolhemos tratar sucessivamente da venda a retro, da alienação fiduciária em garantia e do contrato de locação financeira na sua modalidade de *lease-back*.

⁶³ Seguindo outra orientação, ANA AFONSO entende que “a falta de pagamento por parte do devedor não é porém, uma genuína condição, mas antes um pressuposto necessário para que o credor possa acionar a garantia que lhe foi concedida”, ob. cit., p. 495 e ss.

4.2. A VENDA A RETRO

A venda a retro consiste num “*contrato de compra e venda em que se confere ao vendedor a faculdade de, querendo, resolver o contrato*” e vem prevista nos artigos 927.º e ss. CC⁶⁴.

O elemento diferenciador deste tipo de venda consiste na atribuição ao vendedor do direito potestativo de extinguir o contrato, resolvendo-o, e, em consequência readquirir a propriedade da coisa. No entanto, a lei sujeita o exercício desse direito a condicionalismos apertados, em particular quanto ao prazo e forma. No que respeita ao prazo, a resolução só pode ser exercida dentro dos prazos máximos de dois anos, se se tratar de bem móvel ou de cinco anos, na eventualidade de se tratar de bem imóvel. Os prazos podem ser reduzidos pelas partes mas não alargados sob pena de redução aos limites legais (artigo 929.º, n.º 1 e 2). Isto porque o poder atribuído ao vendedor leva a uma situação de insegurança que não se pode prolongar indefinidamente no tempo.

No que concerne à forma de resolução, a lei impõe o exercício do direito através de notificação judicial avulsa (artigo 930.º CC). O exercício do direito de resolução pelo vendedor desencadeia a nulidade do negócio - o comprador deve restituir a coisa comprada e o vendedor deve restituir o preço (artigo 289.º CC).

O contrato de compra e venda a retro pode ser celebrado com uma finalidade de financiamento e de garantia, em que a propriedade do bem consubstancia uma garantia do cumprimento da obrigação. De acordo com PEDRO ROMANO MARTINEZ, este tipo contratual serve para financiar o vendedor, o qual sem recorrer a outros meios, designadamente ao crédito hipotecário, e sem perder a possibilidade de reaver a titularidade do bem, pode obter o dinheiro de que carece⁶⁵.

Afastando-se da opção tomada pelo legislador de 1867, o Código Civil de 1966 veio admitir expressamente a venda a retro. Considerou-se que a venda a retro, não obstante os perigos que poderia acarretar, por facilitar a conclusão de negócios

⁶⁴LUÍS M. PESTANA DE VASCONCELOS refere que “o elemento distintivo desta modalidade de venda consiste na atribuição ao vendedor do direito de discricionariamente, dentro do condicionalismo fixado pela lei, por negócio jurídico unilateral, extinguir o contrato, resolvendo-o, e, em consequência, readquirir a propriedade da coisa (ou outro direito, como se verá) vendida nestes termos”, “A Venda a retro como instrumento de concessão de crédito garantido. Do Direito Civil ao direito Bancário”, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, IV, 2007, p. 226

⁶⁵ PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Direito das Obrigações”, ob. cit. p. 83.

usurários, representava uma forma viável de resolver alguns problemas, designadamente o do recurso ao crédito⁶⁶. No entanto, com o intuito de evitar determinados abusos por parte dos credores, o legislador consagrou no artigo 928.º CC, uma forma de tutela do devedor de cujos números 1 e 2 resulta que, se na hipótese de resolução, o comprador, para devolver o bem, recebe um preço superior ao que pagou, estamos perante uma forma usurária, proibida pelo CC.

4.2.1 A COMPATIBILIDADE DA VENDA A RETRO COM A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO

Analisada a figura da venda a retro quanto à sua noção e características, iremos agora aferir da sua compatibilidade com o pacto comissório. Isto é, avaliar se a venda a retro não constitui apenas uma modalidade de pacto comissório e se a mesma não seria atingida pela proibição, caso não se reconhecesse expressamente a sua licitude nos artigos 927.º e ss.

A venda a retro e o pacto comissório apresentam várias características comuns. No entanto, e adotando a posição de ISABEL DE MATOS⁶⁷, somos da opinião que a venda a retro se distingue do pacto comissório, mesmo quando seja utilizada para garantia do cumprimento de uma obrigação, pelo momento em que se realiza a transferência da propriedade do vendedor para o credor. Atendendo a este critério (estrutural), estamos perante uma venda a retro se a transferência da propriedade for imediata e, cumprida a obrigação, o credor comprador ficar definitivamente proprietário. Por outro lado, estaremos perante um pacto comissório se a transferência da propriedade ficar suspensa até ao momento em que se verificar o incumprimento das obrigações por parte do devedor.

Assim, mesmo que a venda a retro não fosse expressamente reconhecida no CC, esta não se encontraria abrangida pela proibição do pacto comissório.

Questão diferente é a questão de aferir qual o fim visado pelas partes ao celebrarem uma venda a retro, para determinar se estas pretenderam efetivamente

⁶⁶ GALVÃO TELLES, “Contratos Cívicos”, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. X (1954), p. 161-245, *apud*, PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Direito das Obrigações”, ob. cit., p. 83.

⁶⁷ ISABEL DE MATOS, ob. cit., p. 174.

celebrar um contrato de compra e venda a retro, ou pretenderam apenas contornar a proibição do pacto comissório e atuar em fraude à lei⁶⁸. Isto é, não obstante a validade da figura, é necessário verificar se a venda a retro não consubstancia um outro negócio jurídico com uma solução não permitida por lei. Desta forma, se as partes pretendem ajustar uma hipoteca com pacto comissório e, para evitar a proibição legal, celebram uma venda a retro, esta via indireta pode determinar uma atuação contrária à lei⁶⁹.

Concretizando, se o que as partes pretenderam foi um negócio de crédito e de garantia, então, verificando-se o fim do prazo sem que o contrato tenha sido resolvido e firmando-se o direito adquirido na esfera do comprador, poder-se-ia afirmar que se atingiria um resultado semelhante ao do pacto comissório. De facto, atendendo ao fim de crédito e garantia visado pelas partes, violar-se-á a proibição do pacto comissório, cuja *ratio* impõe a sua extensão à venda a retro concluída com este fim⁷⁰.

No entanto, por norma, o que os contraentes pretendem com a celebração da compra e venda a retro é o fortalecimento da posição do concedente de crédito através da transmissão para a sua esfera de um bem a retransmitir ao devedor logo que este restitua o montante correspondente ao preço. De maneira que, só se as partes acordarem que, no caso de o vendedor não resolver o contrato, o comprador terá que avaliar o bem por um perito, ou transacioná-lo nas melhores condições de mercado, tendo que restituir à outra parte a diferença de valor obtido, se impede o resultado que a proibição do pacto comissório pretende afastar.

Dito de outra forma, um dos problemas que se pode colocar na compra e venda a retro é o de se o vendedor não exercer o direito de resolução ou deixar passar o prazo durante o qual o pode exercer, tem o comprador a faculdade de fazer sua a coisa? No nosso entender nestes casos deve ser aplicada a proibição do pacto comissório que estabelece que será nula a cláusula em que o comprador faz sua a coisa objeto de garantia. Isto porque, regra geral a coisa vendida tem um valor superior ao do crédito. Desta forma, se o vendedor não quiser reaver a propriedade do bem, este terá que ser avaliado por um terceiro independente, havendo lugar a restituição do excesso. Outra alternativa à verificação do pacto comissório é alienação do bem pelo comprador, restituindo-se o excesso ao vendedor.

⁶⁸ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, ob. cit., p. 251, O fim com que as partes celebram o contrato não pode deixar de ser relevante na solução das questões suscitadas pelo contrato.

⁶⁹ PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Direito das Obrigações”, ob. cit., p. 83.

⁷⁰ LUIS M. PESTANA DE VASCONCELOS, “Direito das Garantias”, ob. cit., p. 425.

Em suma, entendemos que o contrato de compra e venda na sua modalidade de venda a retro não se encontra abrangido pela proibição do pacto comissório sempre que as partes tenham efetivamente tido a intenção de celebrar o referido contrato. No entanto, consideramos que a venda a retro deve ser considerada inválida e, por consequência nula, sempre que seja usada de forma, indireta, ilícita e fraudulenta para ludibriar a proibição do pacto comissório.

Se se admitisse a venda a retro com função de garantia e a validade do pacto marciano, deixa de ser necessário aferir a real intenção das partes para decidir sobre a licitude ou ilicitude da convenção da transferência da propriedade de um bem em garantia.

4.3. A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E OS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS

O negócio fiduciário encontra as suas raízes no Direito Romano (cfr. supra nota n.º 12). A consagração de figuras como a hipoteca ou o penhor quase fez esquecer a alienação fiduciária em garantia, tanto na prática contratual, como na doutrina e na jurisprudência. É figura que, assim, de um modo geral, apenas pode fundar a sua existência, extensão e admissibilidade no princípio da liberdade contratual⁷¹.

A fidúcia é muito difícil de definir, como contrato atípico que é. No entanto, “o contrato fiduciário pode ser descrito como um contrato atípico, construído geralmente por referência a um tipo contratual conhecido, suscetível de ser adaptado a uma finalidade diferente da sua própria, através de uma convenção de adaptação”⁷².

Num entendimento tradicional, os negócios fiduciários “reconduzem-se a uma transmissão de bens ou de direitos, realmente querida pelas partes para valer em face de terceiros e até entre elas, mas obrigando-se o adquirente a só exercitar o seu direito em vista a certa finalidade”⁷³.

⁷¹ De acordo com o Ac. da RP de 10.05.2011, “em termos genéricos, concebe-se a figura da alienação em garantia, com base no princípio da liberdade contratual – art.º 405º C.Civ. – ou com apoio no facto de a lei prever expressamente a hipótese de restrições obrigacionais ao direito de propriedade – art.º 1306º n.º 1 C.Civ.”.

⁷² PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, ob. cit., p. 259.

⁷³ MANUEL DE ANDRADE, ob. cit., p. 175; CARVALHO FERNANDES, “Teoria Geral”, vol.II, ob. cit., p. 387.

A fidúcia pode ter finalidades distintas, pode ter uma finalidade de garantia de um crédito (*fiducia cum creditore*) ou uma finalidade de administração ou alienação por parte do transmissário (*fiducia cum amico*).

Quanto à sua estrutura, distingue-se no negócio fiduciário o tipo adotado, através do qual se procede à transmissão do direito real ou de crédito, e o pacto fiduciário (*pactum fiduciae*) pelo qual o fiduciário se obriga perante o fiduciante a fazer apenas determinado uso da coisa ou do direito transmitido e a restituir a coisa ou o direito, uma vez alcançado o fim tido em vista com a celebração do negócio. O negócio fiduciário assenta mais na confiança do fiduciante no fiduciário do que nos meios de tutela legal.

Ainda na conceção tradicional o negócio fiduciário traduz-se num excesso do meio utilizado em relação ao fim pretendido, ficando o fiduciário vinculado em termos simplesmente obrigacionais a cumprir a finalidade pretendida. Nesta perspetiva, o fiduciário é investido numa situação jurídica, usualmente na propriedade plena, que excede o que é necessário para a prossecução do fim tido em vista⁷⁴⁻⁷⁵.

É este excesso do meio em relação ao fim visado o principal motivo para a doutrina portuguesa ter suscitado a questão da sua admissibilidade ou validade, para além de questionarem a sua licitude com base nos critérios do artigo 280.º CC⁷⁶.

Acrescente-se que a questão do conteúdo dos poderes do fiduciário prende-se no direito português, também, com o princípio da tipicidade dos direitos reais. De acordo com o princípio enunciado no artigo 1306.º CC, as restrições impostas sobre o fiduciário e emergentes do pacto fiduciário são, em regra, simplesmente obrigacionais⁷⁷.

⁷⁴ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, ob. cit., p. 260.

⁷⁵ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, ob. cit., p. 260, é da natureza real ou plena da atribuição e da natureza obrigacional da limitação que resulta o excesso. Ainda segundo o mesmo autor, o meio é porque permite que o fiduciário exceda o convencionado, violando o pacto fiduciário, e venda a terceiro a coisa, aproprie-se dela, ou, mesmo involuntariamente, seja executado por um terceiro perdendo a coisa.

⁷⁶ De acordo com o Ac. da RP de 10.05.2011, “A questão da validade do negócio fiduciário é um problema que tem tanto sentido colocado para este como para qualquer outro negócio jurídico (o que até se pode verificar pelos critérios que se invocam para proceder ao juízo acerca da respetiva licitude: os contidos no artigo 280º). Ela explica-se unicamente pelo facto de a doutrina portuguesa mais tradicional, ao definir o negócio fiduciário, ter colocado a tónica no excesso do meio em relação ao fim visado (v.g. Carvalho Fernandes, *Estudos sobre a simulação*, Lisboa, *Quid Juris*, 2004, pág. 245): o que sugeria, de imediato, a eventual fraude à lei.”

⁷⁷ Há que atender que os tipos reais têm alguma elasticidade. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS considera que o princípio da tipicidade dos direitos reais, reconhecido por lei no art.º 1306.º CC, não impede nem dificulta a “admissibilidade” dos contratos fiduciários. Os contratos fiduciários são admissíveis no Direito Português no âmbito da autonomia privada, ob. cit., p. 283.

Após esta breve caracterização dos negócios fiduciários vamos focar-nos na alienação fiduciária em garantia.

A alienação fiduciária em garantia pode definir-se enquanto negócio nos termos do qual um sujeito (prestador da garantia) transmite a outro (beneficiário da garantia) a titularidade de um bem ou de um direito, com a finalidade de garantia de um crédito, ficando o beneficiário da garantia obrigado, uma vez extinta esta finalidade, a retransmitir-lhe aquela mesma titularidade⁷⁸.

Como nos ensina JANUÁRIO GOMES, na “*alienação em garantia há a utilização de um tipo contratual de alienação (normalmente compra e venda) como tipo de referência, para um fim indireto de garantia*”⁷⁹.

O caso típico de alienação fiduciária em garantia (ou seja, de fidúcia *cum creditore*) é representado pela venda em garantia: o devedor vende ao credor um bem que antes lhe pertencia mas este último não paga efetivamente o preço convencionado porque ele corresponde (efetivamente ou por declaração das partes) ao montante do seu crédito.

Na prática bancária e financeira das últimas décadas a alienação fiduciária em garantia redobrou a sua importância. Neste contexto, o DL n.º 105/2004, de 08 de maio, procedeu à consagração legal entre nós, juntamente com uma nova modalidade de penhor (o financeiro), da alienação fiduciária em garantia, embora para um destino específico: o relacionado com os contratos de garantia financeira.⁸⁰

Deu-se, neste diploma, execução à Diretiva n.º 2002/47/CE (do Parlamento Europeu e do Conselho). O objetivo do legislador comunitário foi o de evitar o risco de requalificação, efetuada com base na *lex fori*, do contrato com a eventual declaração de nulidade desses acordos num tribunal que aplicasse um direito à luz do qual esses contratos fossem inválidos.

Assim, “a possibilidade de as partes convencionarem a transmissão da propriedade a título de garantia” resulta de expressa imposição da diretiva agora transposta e constitui um dos aspetos mais inovadores do regime aprovado.

⁷⁸ CATARINA PIRES, ob. cit., p. 99.

⁷⁹ JANUÁRIO GOMES, ob. cit., p. 86.

⁸⁰ Somente podem ser sujeitos das relações jurídicas subjacentes a estas garantias as pessoas identificadas no artigo 3º do mesmo diploma e só se aplica às garantias financeiras que tenham por objeto um dos previstos no artigo 5.º. O seu campo de aplicação acaba por ser bastante restrito.

Com a consagração de uma nova forma de transmissão de propriedade, ainda que a título de garantia, é alargado o *numerus clausus* pressuposto pelo artigo 1306º do CC, o que permite o reconhecimento da validade das alienações fiduciárias em garantia e o fim da insegurança jurídica que resultava da necessária requalificação desses acordos como meros contratos de penhor (preâmbulo do DL n.º 105/2004)⁸¹.

De realçar que, no artigo 14.º deste diploma, consagram-se diversos deveres a cujo cumprimento fica adstrito o beneficiário da garantia financeira até à data combinada para o cumprimento das obrigações financeiras garantidas. Este apenas tem que cumprir essas obrigações se e quando o prestador da garantia tiver cumprido as suas obrigações. Se este não cumprir as suas obrigações até à data acordada para o efeito, o beneficiário da garantia não tem de restituir-lhe a garantia financeira prestada (alínea a)), como não tem de entregar-lhe “*quantia em dinheiro correspondente ao valor que o objeto da garantia tem no momento do vencimento da obrigação de restituição*” (alínea b)), nem de “*livrar-se da sua obrigação por meio de compensação*” (alínea c)). Em caso de incumprimento, a propriedade do bem alienado em garantia consolida-se na esfera jurídica do beneficiário. No entanto, tem que se proceder à avaliação do objeto da garantia no momento do vencimento da obrigação garantida, tal como estipulado nos termos do artigo 11.º do mesmo diploma para o penhor financeiro, ficando o beneficiário obrigado à devolução do excesso no caso de o valor apurado ser superior ao valor da obrigação garantida.

A alienação fiduciária em garantia não se confunde com a venda a retro. Em primeiro lugar, distinguem-se por opção legislativa quanto a restrição a determinados sujeitos (artigo 3.º DL n.º 105/2004) e quanto ao objeto que tem de ser definido como numerário, instrumentos financeiros ou créditos sobre terceiros (artigo 4.º e 5.º DL n.º 105/2004). Em segundo lugar, em caso de incumprimento, a alienação fiduciária em garantia não implica a retransmissão do mesmo direito, podendo ser substituída por uma quantia e, em certos casos, recorrer-se à compensação. Estruturalmente, as duas figuras também divergem porquanto na venda a retro, por força do direito de resolução do vendedor, o negócio extingue-se, na alienação a extinção opera pelo cumprimento do mesmo.

⁸¹ MARGARIDA COSTA ANDRADE, “A Propriedade Fiduciária”, Centro de Estudos Notariais e Registrais Instituto de Registo Imobiliário do Brasil, Separata de II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral (Coimbra – 10 e 11 de Maio de 2007), Coimbra Editora, 2009, pp. 55-87.

O que essencialmente demarca a alienação fiduciária em garantia é o facto de os respetivos autores utilizarem um negócio típico – a compra e venda – para desempenhar uma missão atípica. Daí não resulta necessariamente que deva prosseguir a função própria de qualquer outro tipo negocial, como sucede, por definição, no negócio indireto⁸². De acordo com o Ac. do STJ de 28.03.2006, “*o contrato fiduciário é um negócio atípico, pelo qual as partes adequam, mediante uma cláusula obrigacional – pactum fiduciae –, o conteúdo de um negócio atípico a uma finalidade diferente da correspondente à causa – função do negócio instrumental por eles seleccionado. Trata-se, assim, de um contrato indirecto, que pode assumir configurações diversas consoante o fim tido em vista pelos contraentes*”. No negócio fiduciário não há que procurar qualquer semelhança de papéis com outros negócios, basta que a função que o individualiza se distinga da típica. Por isso, para o descrever, é suficiente afirmar que se trata de negócio legalmente atípico; a possibilidade de, em simultâneo, ser indireto é eventual e duvidosa.

Aliás, caso desempenhasse a função de outro negócio, perguntar-se-ia qual seria: o contrato de constituição de hipoteca ou o contrato de constituição de penhor? Mas, a ser assim, para quê celebrar a alienação fiduciária em garantia e não outorgar diretamente um daqueles?

4.3.1 A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E A SUA COMPATIBILIDADE COM O PACTO COMISSÓRIO

O DL n.º 105/2004 resolveu a questão da admissibilidade da alienação fiduciária em garantia no ordenamento jurídico português, no entanto vamos agora aferir da validade deste tipo de contrato em face da proibição legal do pacto comissório.⁸³

⁸² ORLANDO DE CARVALHO, “O Negócio Jurídico Indirecto”, in *Boletim da Faculdade de Direito (Suplemento X)*, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1953, p. 13 e ss, “Um negócio de escopo indirecto importa como as próprias palavras indicam, que se analise em dois elementos essenciais: um negócio típico adotado e um fim indirecto”; “Em princípio, o negócio indirecto não é fraudulento nem deixa de ser. Os interesses que promovem são tão diversos quanto as situações da vida real, embora seja verdade que devendo, para o emprego indirecto contribuir geralmente um interesse grave, esse interesse pode, uma vez por outra ser atentatório das normas proibitivas do ordenamento.”

⁸³ Neste sentido JANUÁRIO GOMES refere que “*Onde a afirmação da validade da alienação em garantia, máxime da venda em garantia, depara, no nosso entender, com dificuldades – diríamos mesmo, com enormes dificuldades – é na sua harmonização com o pacto comissório (art. 694)*”, ob. cit., p. 90.

“Do juízo de mérito a que o contrato se tem, como qualquer outro de submeter pode resultar como conclusão que não merece tutela jurídica, que é ilícito porque celebrado em fraude, por exemplo à proibição do pacto comissório, ou por que é usurário”.⁸⁴

De acordo com JANUÁRIO GOMES a alienação fiduciária em garantia e o pacto comissório são dois institutos muito próximos, uma vez que tanto num caso como no outro há um alienação e tal alienação tem escopo de garantia. No entanto, no pacto comissório a possível transferência de propriedade sobre o bem dado em garantia não ocorre no momento do pacto, ficando dependente do incumprimento pelo devedor, o que, para o Autor, constitui uma diferença relativamente ao que ocorre na alienação fiduciária em garantia, na qual a transferência da propriedade é automática.⁸⁵ Todavia, na verdade o mesmo Autor considera que *“a mera invocação da incoincidência dos momentos de transferência da propriedade soa mais a alibi do que a argumento”*.⁸⁶

De facto, estas figuras partilham uma mesma finalidade de garantia de um crédito, de tal modo que, dificilmente se compreenderá que a norma do artigo 694.º CC possa considerar-se alheia ao regime jurídico de garantias atípicas. Pelo contrário, as razões de ser da norma impõem a sua extensão teleológica a estes casos.⁸⁷

Como defende o mesmo Autor *“ a sanção de nulidade estabelecida no artigo 694 não pode ser acantonada aos quadros estritos do penhor, da hipoteca e da consignação de rendimentos, valendo sempre que os sujeitos pretendam obter o mesmo efeito proibido, através do recurso a uma outra figura de referência”*.⁸⁸ Caso não se encontrassem outras diferenças entre a alienação fiduciária em garantia e o pacto comissório, chegaríamos à conclusão que ambos eram proibidos por lei.

Contudo, destacando que a conclusão referida é demasiado rígida e incoerente com o facto de a própria lei consagrar figuras como a venda retro, a venda com reserva de propriedade e a locação financeira. E uma vez analisados os fundamentos do pacto comissório para aferir se estes também se impunham na alienação fiduciária em

⁸⁴ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, ob. cit., p. 277.

⁸⁵ MENEZES LEITÃO, “Garantias das Obrigações”, ob. cit., p. 239.

⁸⁶ JANUÁRIO GOMES, ob. cit., pp. 91-92.

⁸⁷ Em sentido contrário Ac. do STJ 16.03.2011 defende que *“Não é de admitir a «extensão teleológica» da proibição contida no citado art. 694º, determinante do vício de nulidade, à venda fiduciária em garantia de bens imóveis, por tal envolver restrição desproporcionada do princípio fundamental da segurança e confiança no comércio jurídico”*.

⁸⁸ JANUÁRIO GOMES, ob. cit., p. 94.

garantia, JANUÁRIO GOMES considerou que “o que a norma pretende evitar não é a aquisição pelo credor insatisfeito mas o “aproveitamento” da debilidade do devedor (...) só devendo, assim, ser tratada como venda comissória aquela que em função de garantia se traduz numa «vantagem injustificada» para o credor”⁸⁹. Assim, considera que a alienação fiduciária em garantia é válida, desde que se verifique uma equivalência entre o valor do bem alienado e o montante da dívida⁹⁰.

Por sua vez, CARVALHO FERNANDES defende que “para a fidúcia cum creditore não implicar fraude da proibição do pacto comissório, não pode deixar de se exigir que no correspondente negócio se insiram disposições que, à semelhança daquela de que emerge a obrigação de restituição que caracteriza o pacto marciano, ponham o devedor a coberto de um locupletamento injustificado do credor, obtido mediante apropriação do bem transmitido. Sem tal estipulação, a transmissão atípica em função de garantia é nula”.⁹¹⁻⁹²

Pela nossa parte, a questão está em aferir se o interesse concretamente prosseguido corresponde efetivamente ao interesse tipificado, o que tem a ver com a qualificação, e se é digno de tutela jurídica, o que tem a ver com a licitude. A admissibilidade de um determinado negócio não deve ser fixada em abstrato, nem enquanto categoria contratual. Esta conclusão depende de um juízo concreto de analogia entre o âmbito da proibição e a intencionalidade do negócio, interpretando as declarações das partes. Assim, relevante é perceber qual a intenção visada pelas partes com a celebração do negócio. Ressalvada a equivalência entre o valor do bem alienado e o valor em dívida, ou seja, desde que o acordo preveja um modo de controlo da relação entre o valor da dívida garantida e o valor da coisa que é objeto de garantia, através de uma avaliação justa e isenta concluímos pela admissibilidade da alienação fiduciária em garantia. Contudo, nada impede que o devedor invoque a invalidade da alienação fiduciária em garantia quando se verificarem os pressupostos consagrados no artigo 282.º CC, ou que a alienação fiduciária em garantia seja considerada inválida quando se pretenda através da celebração da mesma contornar a proibição constante de normas legais imperativas, nomeadamente, a proibição do pacto comissório.

⁸⁹ JANUÁRIO GOMES, ob. cit., p. 96.

⁹⁰ No mesmo sentido manifesta-se MARGARIDA COSTA ANDRADE ob. cit., p. 75.

⁹¹ CARVALHO FERNANDES, “Teoria Geral do Direito Civil”, vol. II, ob. cit., pp. 317-318.

⁹² Obrigação esta estipulada no artigo 11.º do DL n.º 105/2004.

4.4. A OPERAÇÃO DE LEASE-BACK COMO MODALIDADE DO CONTRATO DE LOCAÇÃO FINANCEIRA

A locação financeira é o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados (artigo 1.º do DL n.º 149/95, de 24 de junho⁹³).

Trata-se de um contrato de crédito em que se pode autonomizar dois momentos distintos. Num primeiro momento, o financiador adquire o bem a financiar ou manda construí-lo por sua conta ao fornecedor, seguindo as indicações requeridas pelo locatário, de forma a, num segundo momento, colocá-lo à disposição deste, mediante um contrato de locação financeira.

O contrato de locação financeira pode conduzir a várias vantagens para as empresas, tais como implicar uma redução do endividamento das empresas junto das entidades bancárias, conceder imediata disponibilidade do bem a quem ainda não despendeu a totalidade do valor do mesmo, permitir um rápido acompanhamento do processo tecnológico e permitir às empresas uma melhor gestão no que concerne aos débitos a longo prazo⁹⁴.

Por seu turno, a locação financeira restitutiva “*é uma operação complexa de crédito pela qual o mutuário vende ao mutuante um bem móvel ou imóvel, adquirindo sucessivamente a sua fruição através de um contrato de locação financeira*”⁹⁵. Assim, o proprietário de um bem aliena-o a uma sociedade de locação financeira e, em seguida, entre os mesmos contraentes é celebrado um contrato de locação financeira. A falta de disponibilidade financeira do proprietário primitivo surge, em princípio, como principal

⁹³ O diploma referido foi publicado no DR - 1.ª SERIE A, Nº [144], de 24.06.1995 e alterado pelo DL n.º 265//97 de 2 de outubro e pelo DL n.º 285/2001, de 3 de novembro.

⁹⁴ Apesar das vantagens referidas, a operação poderá revelar-se demasiado onerosa para o locatário se lhe for exigido um preço demasiado elevado pelo pagamento das retribuições periódicas, em especial quando as taxas de juros são altas e pelo facto de lhe ser concedido o direito de propriedade, enquanto decorre o contrato.

⁹⁵ DIOGO LEITE DE CAMPOS, “O sale and lease-back: estrutura e função” in *Estudos em homenagem ao Professor Mário da Silva Pereira*, Rio de Janeiro, 1984, p. 32.

fator para a conclusão deste negócio, sendo que o futuro locatário poderá readquirir o bem no termo do contrato de *lease-back*⁹⁶.

Pondo em confronto a locação financeira e a locação financeira restitutiva deparamo-nos com algumas diferenças entre as duas operações. Em primeiro lugar, na locação financeira, a sociedade locadora, concedendo um crédito, proporciona à entidade beneficiária um alívio de tesouraria indireto, na medida em que adquire um bem que a empresa locatária não teria possibilidades de adquirir, ao passo que na locação financeira restitutiva é concedido um alívio direto de tesouraria, pois a sociedade de locação financeira adquire um bem que já pertencia ao beneficiário⁹⁷. Em segundo lugar, a locação financeira apresenta uma estrutura trilateral, onde são realizados dois contratos: o fornecedor celebra um contrato de compra e venda com o locador financeiro, e este celebra um contrato de locação financeira com o locatário; no contrato de locação financeira restitutiva encontramos antes uma estrutura bilateral, são realizados os dois contratos entre o locador e o locatário.

Apesar das diferenças referidas, não se suscitam dúvidas acerca da caracterização do *lease-back* como uma modalidade do contrato de locação financeira. Do ponto de vista estrutural, as duas operações têm fortes semelhanças, tanto o *lease-back* como a locação financeira comum, têm por objeto conceder o gozo da coisa.

Diferenciando o *lease-back* da venda a retro podemos destacar que, enquanto na venda a retro, o vendedor é credor do preço do bem, no *lease-back*, o locatário/vendedor, tem de restituir o preço que recebeu ao comprador/locador. Além disso, na venda a retro, o vendedor pretende ter a possibilidade de reaver o bem que vendeu e, por seu turno, no *lease-back*, o vendedor pretende continuar a fruir do bem locado. Por fim, na venda a retro a reaquisição do bem é realizada através da resolução do próprio contrato, enquanto no *lease-back* decorre do exercício do direito de compra, decorrente desse mesmo negócio, pelo valor residual.

A admissibilidade da locação financeira restitutiva nem sempre foi pacífica tanto em território nacional como ordenamentos jurídicos vizinhos. A favor da sua admissibilidade, podemos invocar que o DL n.º 171/79, que regulou o contrato de

⁹⁶ Podemos afirmar que este modelo contratual surgiu nos Estados Unidos da América, na primeira metade do século XX. (ISABEL DE MATOS, ob. cit., p. 200).

⁹⁷ Em resumo, a locação financeira constituiria o financiamento de um investimento novo, no momento da sua realização, enquanto a locação financeira restitutiva substituiria um investimento já realizado, mobilizando capitais já investidos.

locação financeira até à sua revogação pelo DL n.º 149/95, nunca excluiu a locação financeira restitutiva⁹⁸.

Desta feita, como nos disse DIOGO LEITE DE CAMPOS, “*bastaria a lei não excluir o lease-back para nós o podermos considerar permitido com base no princípio da liberdade contratual – se não houvesse, como não há, motivos para o afastar*”⁹⁹.

Na atualidade, o DL n.º 149/95, que rege o contrato de locação financeira, continua a não se pronunciar expressamente sobre a admissibilidade do contrato de locação financeira restitutiva. Da leitura do artigo 1.º, não resulta a proibição de que o bem que vai ser cedido em locação financeira seja adquirido ao futuro locatário, isto é, nada exclui que o locatário indique uma coisa do seu próprio património.

Assim, constata-se que a admissibilidade do contrato de locação financeira restitutiva já não é posta em causa pela doutrina¹⁰⁰, nem pela jurisprudência. Neste sentido pronunciou-se o Ac. da RL de 05.06.2014, “*A locação financeira restitutiva (ou lease-back) é uma modalidade de locação financeira que pressupõe a prévia compra do bem a ser dado em locação ao próprio locatário e situa-se nos primórdios deste instituto, concretamente, nos Estados Unidos da América, onde esta operação de crédito surgiu e se configurou; a doutrina e jurisprudência portuguesas não vêm colocando em causa a legalidade desta figura jurídica.*” Estamos perante um contrato legalmente atípico, mas dotado de tipicidade social, que deverá ser admitido ao abrigo do princípio da liberdade contratual. No entanto, como refere ANA ANTUNES, “tal não pode equivaler a uma adesão, pura e simples, por parte do nosso ordenamento jurídico, a essa modalidade de locação financeira”¹⁰¹.

⁹⁸ DIOGO LEITE CAMPOS, “Nota sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva («lease-back») no direito português”, in ROA, Ano 42, Lisboa, 1982, pp. 790-793. DUARTE PESTANA DE VASCONCELOS afirmava que “os argumentos utilizados administrativamente para impedir a realização de operações de *lease-back*, não poderão no entanto ser aceites. Os argumentos invocados pelas entidades competentes contra a admissibilidade da locação financeira restitutiva reconduziam-se a três: a operação de *lease-back* não estava especialmente prevista e autorizada, a noção legal de locação financeira não permitia a operação em questão e os capitais pagos pela sociedade locadora ao locatário não seriam aplicados na formação de capital de investimento mas sim em esbanjamento próprio.” Não se lhe afigurando procedentes os argumentos, o Autor conclui que “por razões de ordem comparativa e de ordem interna, por identidade de regimes jurídicos e de relançamento económico, será de admitir a figura (do lease-back) como uma modalidade de locação financeira”, ob. cit., p. 282.

⁹⁹ DIOGO LEITE DE CAMPOS, ob. cit., p. 791.

¹⁰⁰ A título exemplificativo, quer FERNANDO GRAVATO MORAIS (Manual da locação financeira, Coimbra, Almedina, 2011, p. 40), quer ANA ANTUNES (ob. cit., p. 21) se pronunciaram sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva, tendo ambos admitido a sua validade.

¹⁰¹ ANA ANTUNES, ob. cit., p. 22.

É neste ponto que entra a questão da compatibilidade da locação financeira restitutiva com a proibição do pacto comissório. De facto, o recurso à operação de *lease-back* pode acarretar riscos, designadamente para os credores do alienante, uma vez que o *lease-back* poderá ser utilizado para os defraudar, constituindo uma garantia especial a favor de um só credor.

4.4.1 A COMPATIBILIDADE DO LEASE-BACK COM A PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO

A locação financeira restitutiva, como já supra referido, não tem consagração legal no ordenamento jurídico português. No entanto, esse facto não é impeditivo da sua admissibilidade como se defendeu no acima exposto. Esta operação tem normalmente uma função primária de financiamento, função esta que tem sido invocada por alguma doutrina para contestar a sua admissibilidade. Alegam, nomeadamente que este esquema negocial serviria para encobrir um empréstimo garantido por penhor ou hipoteca. Isto é, o locatário não pretenderia obter o gozo do bem locado, mas sim autofinanciar-se, vendendo um bem da sua propriedade como garantia do crédito concedido. Desta forma, o *lease-back* aproximar-se-ia das clássicas garantias reais, sem o inconveniente de se recorrer à venda judicial em caso de incumprimento¹⁰².

Ao prosseguir atribuições características da hipoteca, do penhor e da consignação em rendimentos, o contrato de locação financeira restitutiva poderá estar funcionalizado a contornar a proibição legal do pacto comissório, caracterizando-se assim como um negócio de fraude à lei.

Como já exposto supra, o artigo 694.º não nos esclarece completamente se a proibição do pacto comissório é somente aplicável aos negócios que constituem hipoteca ou penhor com pacto comissório, ou também aqueles que têm outra natureza formal e outra qualificação e produzem um outro resultado típico, mas que, mediante

¹⁰² ANA ANTUNES, ob. cit., pp. 25-26. PEDRO ROMANO MERTINEZ E PEDRO FUZETA DA PONTE consideram que o *lease-back* “representa uma alternativa à hipoteca, pois prossegue a mesma finalidade deste negócio jurídico, sem a desvantagem da venda judicial em caso de incumprimento.”, ob. cit., p. 198. No entendimento de MENEZES LEITÃO, “um caso em que a utilização da locação financeira como garantia aparece como mais visível é o da locação financeira restitutiva”. (*Garantias das Obrigações*, ob. cit., p. 280.) ISABEL DE MATOS, coloca o contrato de *lease-back* no grupo das garantias reais atípicas, ob. cit., p. 161-162.

ajustes feitos pelas partes, acabam por resultar numa constituição de penhor ou hipoteca com pacto comissório¹⁰³.

Do nosso ponto de vista, a proibição do pacto comissório é suscetível de ser aplicada nas situações em que se demonstre que as partes se socorreram de um determinado esquema negocial com a finalidade primária de constituir uma garantia real de um direito de crédito, desrespeitando deste modo a proibição do pacto comissório.

No sentido da inadmissibilidade do contrato de locação financeira restitutiva por violação do pacto comissório temos de averiguar se o contrato de *lease-back* prossegue primariamente uma função de garantia de um crédito, dispensando o recurso às tradicionais garantias reais tipificadas na lei. Apesar de considerarmos que o *lease-back* tem também por fim conceder o uso da coisa, não podemos ignorar que a intenção das partes é, em regra, a obtenção de um financiamento por parte do alienante, futuro locatário, a qual se agrega uma função de garantia real, por parte do adquirente, futuro locador.

Abordado desta forma, defende-se que o contrato de locação financeira restitutiva constitui um negócio em fraude à lei, que visa contornar a já referida proibição. O *lease-back* serviria assim, para ocultar um empréstimo garantido por uma hipoteca ou por um penhor.

Na nossa opinião, nenhum destes argumentos é suficientemente sólido para contrariar a admissibilidade da locação financeira restitutiva por violação do pacto comissório. O negócio indireto é válido, salvo se for celebrado contra a lei¹⁰⁴. Ora, na hipótese de *lease-back*, não há, na nossa perspetiva, qualquer desrespeito pela lei. Não podemos induzir que estamos perante uma violação à lei, só pelo facto de o contrato de *lease-back* prosseguir uma finalidade de garantia, para além da sua função principal de financiamento. Esta finalidade secundária de garantia não é só por si suscetível de censura ou fator da sua inadmissibilidade à luz do nosso ordenamento jurídico. Neste sentido o Ac. da RL de 24.01.2012, defende que “*Sendo no essencial o contrato de locação financeira um negócio de crédito e de garantia, porque respectivamente são ambos as suas funções essenciais, a verdade é que no âmbito da outorga do referido*

¹⁰³ ANA ANTUNES, ob. cit., p. 31.

¹⁰⁴ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, ob. cit., pp. 245-246 e pp. 282-283; OLIVEIRA ASCENSÃO, Teoria Geral, vol. III, ob. cit., pp. 307-308; CARVALHO FERNANDES, Teoria Geral do Direito Civil, vol. II, ob. cit., p. 316.

contrato e sobretudo quando na modalidade de “sale and lease back”, está outrossim presente a finalidade de propiciar ao locatário o gozo de um bem, gozo esse do qual o locatário não se quer privar [...]”.

Argumenta-se ainda no sentido da sua inadmissibilidade que através do esquema de *lease-back* as partes lançariam mão de um negócio fiduciário com a única finalidade de garantir um crédito, o que seria inválido por afrontar o princípio do *numerus clausus* dos direitos reais. No nosso entender, este argumento também não procede uma vez que, em primeiro lugar, atualmente, não restam dúvidas sobre admissibilidade do negócio fiduciário na nossa ordem jurídica. Em segundo lugar, não cremos que o contrato de locação financeira restitutiva consubstancie na prática um negócio fiduciário, na medida em que não estão reunidos neste tipo de contrato todos os elementos característicos do negócio fiduciário: enquanto no primeiro o adquirente é pleno proprietário, no segundo o adquirente é proprietário no interesse do alienante. Ademais note-se que, o adquirente/locador é livre de alienar o bem objeto do contrato a um terceiro, sem necessidade de autorização do alienante/locatário, ao contrário do que acontece no negócio fiduciário, uma vez que neste a coisa deve ser devolvida quando alcançado determinado objetivo.

Não vislumbramos, assim, obstáculos que impeçam a admissibilidade do contrato de locação financeira restitutiva face à proibição do pacto comissório, a não ser, claro, se este for celebrado em desconformidade com a lei, a ordem pública ou os bons costumes.

A locação financeira restitutiva, não sendo proibida pelas normas que vedam a estipulação do pacto comissório, também não constitui um instrumento utilizado pelas partes para contornar a proibição legal do pacto comissório, pelo menos em abstrato¹⁰⁵.

Contudo, apesar de a locação financeira restitutiva ser estrutural e funcionalmente lícita e não violar a proibição do pacto comissório, as partes poderão fazer um uso anômalo, tentando contornar deste modo a proibição legal do artigo 694.º. Neste sentido podemos ver o Ac. da RL de 05.06.2014, “*A locação financeira restitutiva pode violar a proibição do pacto comissório, sendo inadmissível sempre que, no caso concreto, se destine a contornar aquela proibição*”. Isto é, este esquema poderá ser utilizado para ocultar um verdadeiro pacto comissório e procurar evitar a aplicação

¹⁰⁵ REMÉDIO MARQUES, ob. cit., p. 600.ss.

das normas legais que o proíbem e conduzem à sua nulidade. Assim, caso se verifique uma discrepância de valores entre o bem dado em garantia e o montante do débito, bem como a preexistência de uma relação creditícia entre as partes envolvidas no contrato, estaremos muito provavelmente perante um negócio nulo por violação do pacto comissório¹⁰⁶.

A circunstância de o utilizador se encontrar numa situação de grave dificuldade económica, bem como o facto de o locador não ser uma pessoa que habitualmente exerça a atividade de locação financeira, poderão igualmente contribuir para descredibilizar o contrato de *lease-back*¹⁰⁷.

Em suma, o contrato de *lease-back* deverá ser considerado inválido por fraude à lei, com a conseqüente sanção de nulidade, sempre que as partes o utilizem para contornar a proibição legal do pacto comissório.

Neste sentido, LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS entende que o contrato de locação financeira restitutiva viola a proibição legal em causa “*sempre que o locador financeiro possa fazer definitivamente sua a coisa em caso de incumprimento por parte do locatário financeiro sem uma avaliação ou com uma avaliação por ele realizada*”. O contrato de locação financeira restitutiva já não será atingido pela proibição “*quando o bem tenha nessa altura sido avaliado por terceiro independente, e um eventual excesso relativamente ao montante indemnizatório deva ser restituído ao locatário*”¹⁰⁸.

No mesmo sentido do Autor, entendemos que resolvido o contrato de *lease-back*, o locador deverá proceder à venda do bem ou ficar com ele, mas devendo fazer a sua avaliação por um terceiro independente, caso este não possua um valor de mercado. Se após tal operação ficar numa situação mais benéfica do que aquela em que estaria se o contrato tivesse sido integralmente cumprido, deverá, nessa altura, proceder à restituição dessa diferença. A existência destes deveres afastaria a aplicação da proibição do pacto comissório aos contratos de locação financeira restitutiva.

¹⁰⁶ REMÉDIO MARQUES, ob. cit., pp. 606-607. ISABEL DE MATOS, ob. cit., pp. 208-209.

¹⁰⁷ Neste sentido ver sumário do Ac. da RL de 05.06.2014, “Constituem factos-índice da utilização do *lease-back* para um fim ilícito. «em primeiro lugar, a preexistência de uma relação creditícia entre as partes; em segundo lugar, a circunstância de o utilizador se encontrar numa situação de grave dificuldade económico-financeira; em terceiro lugar, o facto de a posição do locador ser ocupada por um sujeito que não exerça, habitualmente, a atividade de locação financeira; em quarto lugar, a existência de uma desproporção entre o montante do bem dado em garantia e o do débito». “

¹⁰⁸ LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS, ob. cit., p. 448.

Do explanado resulta que só perante cada caso concreto, casuisticamente, mediante o apuramento e o exame dos indícios fácticos, é que será possível verificar qual a real intenção das partes, e a partir desta sujeitar, ou não, o contrato à nulidade como consequência da violação do pacto comissório.

CONCLUSÃO

O legislador português consagra no artigo 694.º CC uma definição legal de pacto comissório, enquanto convenção “pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir”, prevendo expressamente a proibição do mesmo, relativamente à consignação de rendimentos, ao penhor e à hipoteca e fulminando a sua celebração com a nulidade.

Tendo em conta a variedade e complexidade dos fundamentos que alicerçam a proibição do pacto comissório consideramos que devem ser harmonizadas e tidas em conta as razões que identificamos no decorrer do nosso estudo (a usura, a tutela do devedor, a inderrogabilidade das regras processuais e o respeito pelo *par conditio creditorum*), uma vez que se complementam entre si. Acrescentando que, hoje em dia, a *ratio* da proibição afeiçoa-se mais com o interesse geral do tráfico jurídico e não tanto com os interesses subjectivos de determinados sujeitos (devedor e outros credores): daí que se comine com a forma mais grave de invalidade (nulidade) a violação da referida proibição.

Ao contrário do pacto comissório *tout court* entendemos que o pacto marciano é válido, desde que o beneficiário da garantia restitua ao prestador o excesso apurado entre o valor do bem e o valor da dívida, valor este que deve ser quantificado por uma avaliação atual e imparcial.

Apesar da disposição legal dar a entender que apenas é proibido o pacto comissório em garantia, atendendo à sua razão de ser, não podemos deixar de concluir que o pacto comissório autónomo também se encontra proibido pelo artigo. A proibição do pacto comissório deve impor-se, fora das hipóteses expressamente previstas na lei, sempre que estejamos perante um juízo de censura da estipulação comissória. O critério dominante deve ser o critério funcional, que privilegie a intenção das partes ao seleccionar um determinado negócio jurídico. No entanto, esta posição não pode prescindir de uma análise casuística da existência, ou não, de uma intenção censurável das partes que consubstancie uma ilicitude negocial.

Acompanhando a maioria da doutrina nem a venda a retro, nem a alienação em garantia, nem a locação financeira restitutiva são incompatíveis com a proibição do

pacto comissório em abstrato. Contudo, qualquer uma destas figuras pode ser utilizada para ludibriar o pacto comissório. Assim, torna-se imprescindível proceder a uma avaliação casuística para aferir se as partes pretenderam, ou não, contornar a proibição do pacto comissório. Tendo celebrado estes contratos em fraude à lei, designadamente ao pacto comissório, estes contratos devem ser considerados nulos. Caso contrário, no nosso entender, são válidos e eficazes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, ANA ISABEL – *A CONDIÇÃO, REFLEXÃO CRÍTICA EM TORNO DE SUBTIPOS DE COMPRA E VENDA*, UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA, PORTO, 2014

ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE – *CONTRATOS, II*, ALMEDINA, COIMBRA, 2007

ANDRADE, MANUEL DOMINGOS DE – *TEORIA GERAL DA RELAÇÃO JURÍDICA*, VOL. II, ALMEDINA, COIMBRA, 1998 (REIMP.)

BIANCA, C. MASSIMO – *LA VENDITA E LA PERMUTA*, IN «TRATTATO DI DIRITTO CIVILE ITALIANO», VOL. II, T.I, 2.^a ED, UTET, TORINO, 1993

BIANCA, S. MASSIMO – *PATTO COMMISSORIO, NssDI*, DIRETTO DA ANTONIO AZARA E ERNESTO EULA, XII, UTET, INIONE TIPOGRAFICO EDITRICE TORINESE, TORINO, 1976

CAMPOS, DIOGO LEITE DE – *NOTA SOBRE A ADMISSIBILIDADE DA LOCAÇÃO FINANCEIRA RESTITUTIVA («LEASE-BACK») NO DIREITO PORTUGUÊS*, IN *REVISTA DA ORDEM DOS ADVOGADOS, ANO 43*, LISBOA, 1983

CAMPOS, DIOGO LEITE DE - *O SALE AND LEASE-BACK: ESTRUTURA E FUNÇÃO*, IN *ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR MÁRIO DA SILVA PEREIRA*, RIO DE JANEIRO, 1984

CAMPOS, MARIA ISABEL HELBLING MENÉRES - *CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DA RESERVA DE PROPRIEDADE – EM ESPECIAL A RESERVA DE PROPRIEDADE A FAVOR DO FINANCIADOR*, FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA, COIMBRA, 2009

CARVALHO, ORLANDO DE - *O NEGÓCIO JURÍDICO INDIRECTO*, IN *BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO (SUPLEMENTO X)*, UNIVERSIDADE DE COIMBRA, COIMBRA EDITORA, 1953

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *MANUAL DE DIREITO BANCÁRIO*, 2.^a ED., ALMEDINA, COIMBRA, 2001

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *TRATADO DE DIREITO CIVIL PORTUGUÊS, I* (PARTE GERAL), T. I, 4.ª ED., ALMEDINA, COIMBRA, 2012

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *TRATADO DE DIREITO CIVIL PORTUGUÊS, X* (DIREITO DAS OBRIGAÇÕES, GARANTIAS), ALMEDINA, COIMBRA, 2015

COSTANZA, MARIA - *SULLE ALIENAZIONE IN GARANZIA E IL DIVIETO DEL PATTO COMISSÓRIO*, GC, 1989, I

CRICENTI, GIUSEPPE – *I CONTRATTI IN FRODE ALLA LEGGE*, IL DIRITTO PRIVATO OGGI, 2.ª ED, GIUFFRÈ, MILANO, 2008

CURA, ANTÓNIO VIEIRA – *FIDUCIA CUM CREDITORE (ASPETOS GERAIS)*, BFDUC, COIMBRA, 1990

DUARTE, RUI PINTO – *TIPICIDADE E ATIPICIDADE DOS CONTRATOS*, ALMEDINA, COIMBRA 2000

EPIFÂNIO, MARIA DO ROSÁRIO - *MANUAL DE DIREITO DA INSOLVÊNCIA*, 5ª EDIÇÃO, ALMEDINA, COIMBRA, 2013

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO – *A ADMISSIBILIDADE DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO PORTUGUÊS IN «ESTUDOS SOBRE A SIMULAÇÃO»*, QUID JURIS, LISBOA, 2004

FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO – *TERORIA GERAL DO DIREITO CIVIL*, VOL. II, 4.ª ED. UNIVERSIDADE CATÓLICA LISBOA, LISBOA, 2007

GOMES, JÚLIO MANUEL VIEIRA – *SOBRE O ÂMBITO DA PROIBIÇÃO DO PACTO COMISSÓRIO, O PACTO COMISSÓRIO AUTÓNOMO E O PACTO MARCIANO/ ANOTAÇÃO AO AC. DO STJ DE 30.01.2003, REC. 3896/02, CDP, N.º 8 (OUTUBRO- DEZEMBRO), 2004, PP. 55- 72*

GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA – *ASSUNÇÃO FIDEJUSSÓRIA DE DÍVIDA. SOBRE O SENTIDO E O ÂMBITO DA VINCULAÇÃO COMO FIADOR*, ALMEDINA, COIMBRA, 2000

HÖRSTER, HEINRICH EWALD, *A PARTE GERAL DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS – TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL*, ALMEDINA, COIMBRA, 1992

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELLES DE MENEZES – *CESSÃO DE CRÉDITOS*, ALMEDINA, COIMBRA, 2005

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELLES DE MENEZES – *DIREITO DAS OBRIGAÇÕES*, VOL.II, 9.^a ED., ALMEDINA, COIMBRA, 2015; E VOL. III, 9.^a ED., ALMEDINA, COIMBRA, 2014

LEITÃO, LUÍS MANUEL TELLES DE MENEZES – *GARANTIAS DAS OBRIGAÇÕES*, 4.^a ED, ALMEDINA, COIMBRA, 2012

LIMA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE/ XAVIER, VASCO DA GAMA LOBO – *CÓDIGO CIVIL ANOTADO*, VOL. I, 4.^a ED, COIMBRA EDITORA, COIMBRA, 1987; VOL. II, 4.^a ED, COIMBRA EDITORA, COIMBRA, 1997; VOL. III, 2.^a ED, COIMBRA, COIMBRA, 1987

LOJACONO, VINCENZO – *IL PATTO COMMISSORIO NEI CONTRATTI DI GARANZIA*, GIUFFRÈ, MILANO, 1952

LUMINOSO, ANGELO - *ALLA RICERCA DEGLI ARCANI CONFINI DEL PATTO COMISSORIO*, RDCIV, 1990, I

MAESTRE, RUBIO TOMÁS – *EL PACTO COMISORIO*, UNIVERSIDAD DE MURCIA, SECRETARIADO DE PUBLICACIONES, MURCIA, 1961

MARQUES, J. P. REMÉDIO – *LOCAÇÃO FINANCEIRA RESTITUTIVA (SALE AND LEASE BACK) E A PROIBIÇÃO DOS PACTOS COMISSÓRIOS – NEGÓCIO FIDUCIÁRIO, MÚTUO E ACÇÃO EXECUTIVA*, BBFDUC, VOL. LXXVII, COIMBRA, 2001

MARTINEZ, PEDRO ROMANO – *CONTRATOS EM ESPECIAL*, 2.^a ED., UNIVERSIDADE CATÓLICA EDITORA, LISBOA, 1996

MARTINEZ, PEDRO ROMANO – *DIREITO DAS OBRIGAÇÕES (PARTE ESPECIAL), CONTRATOS (COMPRA E VENDA, LOCAÇÃO, EMPREITADA)*, 2.^a ED (4.^aREIMP.), ALMEDINA, COIMBRA, 2010

MARTINEZ, PEDRO ROMANO/ PONTE, PEDRO FUZETA DA – *GARANTIAS DE CUMPRIMENTO*, 5.^a ED, ALMEDINA, COIMBRA, 2006

MATOS, ISABEL ANDRADE DE – *O PACTO COMISSÓRIO/ CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DO ÂMBITO DA SUA PROIBIÇÃO*, ALMEDINA, COIMBRA, 2006

MORAIS, FERNANDO DE GRAVATO – *MANUAL DE LOCAÇÃO FINANCEIRA*, 2.^a ED, COIMBRA, ALMEDINA, 2011

PINTO, CARLOS ALBERTO DA MOTA - *TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL*, 3ª EDIÇÃO, COIMBRA EDITORA, LIMITADA, COIMBRA, 1991

PIRES, CATARINA MONTEIRO – *ALIENAÇÃO EM GARANTIA*, COIMBRA, ALMEDINA, 2010

PONTE, PEDRO FUZETA DA – V. MARTINEZ, PEDRO ROMANO/ PONTE, PEDRO FUZETA DA

FELIU REY, MANUEL IGNACIO FELIU, *LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISÓRIO Y LA OPCIÓN EM GARANTIA*, EDITORIAL CÍVITAS, MADRID, 1995

DURÁN RIVACOBIA, RAMÓN DURÁN - *LA PROPIEDAD EN GARANTIA: PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO*, PAMPLONA, ARANZADI, 1998

ROPPO, ENZO - *IL DIVIETO DEL PATTO COMMISSORIO*, IN TRATTATO DI DIRITTO PRIVATO DIRETTO DA RESCIGNO, XIX, T. 1, TORINO, 1985

ROPPO, ENZO – *LA RESPONSABILITÀ PATRIMONIALE DEL DEBITORE*, IN «TRATTATO DI DIRITTO PRIVATO», 19 (TUTELA DEI DIRITTI), T. I, DIRETTO DA PIETRO RESCIGNO, UTET, 1985

ROPPO, ENZO - *NOTE SOPRA IL DIVIETO DEL PATTO COMMISSORIO*, IN RIV. NOT., 1981, 401 SS. IN GIURISPRUDENZA, CFR. CASS. 10 MARZO 2011 N. 5740, IN RESP. CIV. PREV., 2011

ROPPO, ENZO - *O CONTRATO*, COIMBRA, ALMEDINA, 2009

SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ – *CESSÃO DE CRÉDITOS OU DE OUTROS DIREITOS*, BMJ, NÚMERO ESPECIAL, ANTEPROJETO, SEP. DO BMJ, LISBOA, 1960, PP. 5-471

SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ - *DIREITO DAS OBRIGAÇÕES (COM EXCEÇÃO DOS CONTRATOS EM ESPECIAL)*, ANTEPROJETO, SEP. DO BMJ, LISBOA

SERRA, ADRIANO PAES DA SILVA VAZ - *PENHOR*, BMJ, N.º 58 (JULHO DE 1956), PP. 2-123

SILVA, JOÃO CALVÃO DA – *LOCAÇÃO FINANCEIRA E GARANTIA BANCÁRIA*, IN *ESTUDOS DE DIREITO COMERCIAL (PARECERES)*, COIMBRA, ALMEDINA, 1999

STOCKEBRAND, ADOLFO WEGMANN - *ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO Y EL PACTO MARCIANO*, REVISTA CHILENA DE DERECHO PRIVADO, Nº13, PP. 95-122 (DICIEMBRE 2009)

VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES – *DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL*, VOL. II, 7.ª ED, ALMEDINA, COIMBRA, 2009

VASCONCELOS, DUARTE VIEIRA PESTANA DE – *A LOCAÇÃO FINANCEIRA*, ROA, ANO 45 (ABRIL), LISBOA, 1985, PP. 263-287

VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE – *A VENDA A RETRO COMO INSTRUMENTO DE CONCESSÃO DE CRÉDITO GARANTIDO. DO DIREITO CIVIL AO DIREITO BANCÁRIO*, IN REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO, IV, 2007

VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE – *DIREITO DAS GARANTIAS*, ALMEDINA, COIMBRA, 2011

VASCONCELOS, LUÍS MIGUEL PESTANA DE – *DIREITO DE RETENÇÃO, PAR CONDITIO CREDITORUM, JUSTIÇA MATERIAL*, CDP Nº 41 (JANEIRO/MARÇO) 2013, P. 5-17

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE – *CONTRATOS ATÍPICOS*, 2.ª ED, ALMEDINA, COIMBRA, 2009

JURISPRUDÊNCIA: TODOS OS ACÓRDÃOS REFERIDOS PODEM SER CONSULTADOS EM WWW.DGSI.PT