



# ***O CONTRATO DE DEPÓSITO "ESCROW"***

Dissertação

Curso de Mestrado em Direito

NUNO MIGUEL FERREIRA MORAIS

Maio/2014

*A presente dissertação é redigida de acordo com a grafia portuguesa anterior ao Acordo Ortográfico*

## ÍNDICE

1. Introdução .....	4
2. O Contrato de depósito .....	7
2.1. O Depósito-garantia.....	10
2.1.1. Depósito-caução .....	11
2.1.2. Depósito no interesse de terceiro .....	12
2.1.3. Depósito a favor de terceiro .....	13
2.1.4. Depósito de coisa controvertida .....	14
3. O Depósito escrow.....	16
3.1. Caracterização geral.....	16
3.2. O regime contratual.....	21
3.3. O depósito escrow como depósito-cumprimento.....	23
3.4. O depósito escrow como negócio fiduciário .....	31
BIBLIOGRAFIA.....	35

## 1. Introdução

A expressão *escrow* tem a sua origem etimológica na expressão latina de *scriptum* e sua posterior evolução, significando *escrito* ou *documento escrito*. Esta expressão, associada a um contrato de depósito, refere-se ao figurino de um depósito sujeito a um escrito que regule os termos em que é constituído e a titularidade da direito à restituição da coisa depositada.

O contrato de depósito *escrow* tem a sua origem numa enraizada tradição anglo-saxónica, onde é prática corrente as partes recorrerem a depositários, a quem entregam os objectos das prestações a que se hajam obrigado por contrato. São estes depositários quem assegura o regular cumprimento mútuo das obrigações de cada parte.

Esta figura contratual foi usada desde sempre nos países de tradição da *common law* essencialmente no âmbito dos negócios translativos de direitos sobre imóveis, entregando cada uma das partes o objecto da sua prestação<sup>1</sup> a um depositário, que assim poderia assegurar que ambos os contratantes estavam em condições de cumprir e, além disso, executava ele próprio o negócio, por conta das partes. Por outro lado, a figura do *escrow* assumiu uma especial relevância como advento das negociações sobre participações de capital social de sociedades comerciais, em que o valor ou vencimento do preço fica normalmente dependente de diligências de avaliação ou de auditoria - a chamada *due diligence*.

Por fim, o *escrow* foi um dos instrumentos preferenciais para o cumprimento de negócios internacionais à escala mundial<sup>2</sup> e bem assim para negócios sobre *know-how* e sobre direitos de exploração de *software*, cada vez mais vulgares, sempre como forma de proporcionar o efectivo e integral cumprimento das obrigações assumidas ou, consoante o caso, a plenitude da prestação originalmente

---

<sup>1</sup> O preço, por um lado, e o título de transmissão de propriedade, por outro.

<sup>2</sup> A este propósito, a par com a figura do crédito documentário. Merece aqui destaque o papel fundamental do *escrow* na ajuda internacional aos países africanos, em especial durante as décadas 70 e 80 do séc. XX. Era normal que a ajuda fornecida pelos países desenvolvidos tivesse por contrapartida o fornecimento de matérias-primas. Ora, estas eram normalmente objecto de depósitos *escrow*. E uma vez entregues em depósito, os países desenvolvidos cumpriam com a a sua obrigação de de fundos monetários ou bens alimentares.

acordada<sup>3</sup>. Foi a vulgarização do recurso a este figurino contratual nestas situações particulares que acabou por impor o depósito *escrow* aos países da *civil law*, levantando problemas próprios de interpretação e integração de cada contrato e do regime jurídico que lhe é aplicável.

Nas palavras de ENGRÁCIA ANTUNES, o depósito *escrow* é um "*contrato pelo uma das partes (depositante) confia a guarda de determinados bens móveis (v.g dinheiro, títulos, documentos) a um banco ou outra entidade (depositário) que se obriga, de acordo com as instruções irrevogáveis acordadas, a restituir os bens ao depositante ou a entregar estes a terceiro (beneficiário)*"<sup>4</sup>.

Em traços gerais, o depósito *escrow* consiste num contrato pelo qual duas partes, contratantes num contrato sinalagmático subjacente<sup>5</sup>, confiam a um terceiro (normalmente, com carácter confidencial) o objecto da prestação contratual de uma delas, obrigando-se o depositário a restituir a coisa depositada de acordo com as instruções que lhe forem dadas por aquelas. Tal restituição é sempre ponderada, com um maior ou menor grau de discricionariedade, pelo depositário de acordo com tais instruções ou procedimentos, em qualquer caso determinados pelas partes no contrato subjacente e transcritos no depósito *escrow*.

Diremos, ainda a título perfunctório, que o facto de o depósito *escrow* ser normalmente associado a funções de garantia de obrigações não quer dizer sem mais que ele próprio constitua uma garantia. Note-se, a este propósito, que garantia é o acervo patrimonial que assegura cumprimento das obrigações, constituindo "*um reforço da expectativa do credor criada pelo dever de prestar a cargo do devedor*"<sup>6</sup>. Já no

---

<sup>3</sup> No caso de negócios sobre *software*, mormente as licenças de utilização, é normal que apenas seja disponibilizado ao licenciado o código de utilização do *software*, ou seja, o código estritamente necessário para a exploração comercial e respectiva utilização pelo licenciado. Todavia, o licenciado tem todo o interesse em garantir que terá acesso ao código-fonte - código que está na base do programa informático e quer permite o seu desenvolvimento e edição - em caso de qualquer impedimento definitivo do licenciante. Por seu turno, ao licenciante interessará obviamente que o conhecimento de tal código por qualquer terceiro apenas ocorra no caso extremo da sua impossibilidade definitiva de exploração do *software* em causa. Para esse efeito, é usual que este código-fonte seja depositado, ao abrigo de um depósito *escrow*. Por esta razão se refere no texto que a prestação principal do contrato foi já prestada - o acesso ao código de utilização.

<sup>4</sup> in *DIREITO DOS CONTRATOS COMERCIAIS*, 2009, Almedina, pag. 564. Cremos que esta noção é relativamente redutora e simplista, desde logo por, pelo menos aparentemente, nos reconduzir a um contrato em favor ou no interesse de terceiro. Adiante veremos melhor que um depósito *escrow*, por norma, é um contrato com três partes, envolvendo por um lado os contratantes num contrato subjacente, e por outro a entidade depositária.

<sup>5</sup> Optamos por usar uma linguagem, porventura pouco rigorosa mas facilitadora da exposição, referindo-nos ao contrato celebrado entre depositantes, e que causa o depósito *escrow*, como contrato subjacente ou contrato principal

<sup>6</sup> Vide JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *DAS OBRIGAÇÕES EM GERAL*, Vol. II, 5ª Edição, 1992, Almedina, pag. 417.

depósito *escrow*, em causa estará, por via de regra e em nosso entender, a prestação propriamente dita, e não uma sua sucedânea<sup>7</sup>.

De todo o modo, a função de garantia normalmente atribuída a este contrato acaba por se resumir, em rigor, à fidúcia atribuída pelas partes ao depositário *escrow*, que, na prática, substitui o devedor original, nele confiando uma confiança acrescida, porventura maior do que na sua contraparte contratual.

Por essa razão, e sem prejuízo de as funções de depositário poderem ser atribuídas a qualquer pessoa ou entidade, associam-se, normalmente, a instituições financeiras<sup>8</sup> ou a profissionais como advogados ou notários, a quem tradicionalmente são confiados mandatos da mais variada natureza.

Procuraremos, nestas breves páginas, fazer uma análise deste contrato e dos problemas particulares que levanta, e que temos para nós poderão determinar a sua relevância nos dias vindouros.

Não podemos concluir esta introdução sem esclarecer que, uma vez apontado o nosso interesse neste tema, por via do estudo de preparação desta dissertação, ganhámos uma consciência da complexidade das matérias e problemas em discussão. Procuraremos identificar alguns desses problemas e bem assim adiantar algumas soluções para os mesmos.

Confessamos, aqui chegados, que este é um tema extremamente desafiante e que mereceria um tratamento, quer em termos preparatórios, quer em termos de consolidação de soluções que, reconhecemos, agora, não ter merecido a disponibilidade devida. Não se trata, tão só, de reconhecer aqui uma falha pessoal do candidato, mas também de reconhecer a vastidão e complexidade dos problemas que este tema importa, a que, pelas suas limitações regulamentares, um trabalho como este não permite responder.

---

<sup>7</sup> Esta posição está, contudo, longe de ser pacífica, como adiante se verá.

<sup>8</sup> Na grande maioria dos casos, a entidade depositária é efectivamente uma entidade bancária, talvez pela confiança que tais entidades, apesar de tudo, mantêm junto do mercado - neste sentido vide A. ENGRÁCIA ANTUNES in ob. cit., pag. 565, onde afirma que *“maugrado não seja necessariamente um contrato bancário, a praxis demonstra abundantemente que o depositário (escrowee ou escrow holder) é, por regra, uma instituição bancária ou financeira”*.

## 2. O Contrato de depósito

O depósito é definido nos termos do art. 1185º do Código Civil<sup>9</sup> como o *“contrato pelo qual uma das partes entrega à outra uma coisa, móvel ou imóvel, para que a guarde, e a restitua quando for exigida”*.

Desta definição ressaltam claramente três notas essenciais características deste contrato. A primeira tem a ver com a necessidade de, além de todas as estipulações entre as partes, uma delas proceder à entrega física da coisa a depositar, sendo por isso este contrato dito real quanto à sua constituição, ou seja, o depósito só se constitui com a transferência da detenção sobre a coisa.

Uma segunda nota tem a ver com a obrigação essencial de guarda da coisa depositada. De facto, esta obrigação constitui o núcleo central do contrato de depósito. Note-se que a guarda da coisa não constitui qualquer dever lateral ou acessório, mas antes a obrigação típica do contrato. Independentemente de a função que as partes pressuponham ou atribuam ao contrato, e que pode efectivamente variar, o certo é que a prestação central não pode deixar de ser nunca esta de guarda ou custódia.<sup>10 11</sup> É a natureza e essencialidade desta concreta obrigação que confere um carácter distintivo ao tipo contratual do depósito, distinguindo-o da restante panóplia de contratos de prestação de serviço, como o mandato ou a empreitada, casos em que até pode existir uma guarda de coisa, mas com natureza puramente incidental ou instrumental face ao objecto principal do contrato<sup>12</sup>.

Esta obrigação de guarda tem um conteúdo flexível em função da própria natureza da coisa depositada, em vista da salvaguarda da integridade física ou do valor económico desta, constituindo um

---

<sup>9</sup> Por uma questão de facilidade de exposição, todas as referências legislativas sem menção do diploma em que se inserem, devem ter-se por relativas ao Código Civil.

<sup>10</sup> Como melhor veremos adiante, as partes de um contrato de depósito - que pode ele próprio ser bilateral ou trilateral - podem perspectivar o depósito, além da mera custódia típica no contrato de depósito, como uma forma de prestação de garantia, ou como uma forma de cumprimento,.

<sup>11</sup> Vide neste sentido HUGO RAMOS ALVES, *DO PENHOR*, 2010, Almedina, pag. 243.

<sup>12</sup> Vide ANTUNES VARELA E PIRES DE LIMA in *CÓDIGO CIVIL ANOTADO- VOL. II*, 2ª Edição, pag. 754 e seguintes.

verdadeiro dever de protecção da coisa, mesmo contra o depositante, tal como prevê o art. 1188º, nº 2<sup>13</sup> 14.

Exactamente pelos poderes concedidos ao depositário, este contrato funda-se numa especial relação de confiança, podendo considerar-se como sendo um contrato "*intuitus personae*", no sentido em que a determinação da contraparte é inevitavelmente elemento essencial da decisão de contratar. Por essa exacta razão, o art. 1189º proíbe o subdepósito sem a autorização do depositante<sup>15</sup>.

Por fim, também caberá restituir a mesma findo o prazo do depósito, ou quando o depositante o exigir<sup>16</sup>, o que constitui a terceira nota à definição que acima deixámos.

O simples facto de a lei atribuir a mera guarda ou custódia da coisa é suficiente para se compreender que a propriedade da coisa depositada não é beliscada. De facto, o depositante (se proprietário) mantém como sua a propriedade da coisa, apesar de a confiar à guarda do depositário.

Já assim não se passa, todavia, no caso do depósito de coisas fungíveis. Aqui, a propriedade da coisa transfere-se para o depositário por força do depósito, adquirindo o depositante, por sua vez, um direito de crédito à restituição da coisa. O caso mais paradigmático desta situação é o do depósito bancário de disponibilidades monetárias, que tendo dinheiro por objecto, e sendo esta coisa fungível, implica que o banco-depositário adquira a propriedade sobre os fundos depositados. Por seu turno, o depositante apenas fica titular de um direito de crédito à restituição do valor depositado (eventualmente acrescido da remuneração acordada). É este regime, *grosso modo*, que resulta da aplicação do regime do mútuo a estes

---

<sup>13</sup> A este propósito ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO refere a possibilidade de o depositário "*guardar a coisa de modo diverso do convencionado quando deva supor que o depositante concordaria, perante as circunstâncias*" - vide MANUAL DE DIREITO BANCÁRIO, 4ª Edição, 2010, Almedina, pág. 570.

<sup>14</sup> Vide igualmente JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, *DO DEVER DE GUARDA DO DEPOSITÁRIO E DE OUTROS DETENTORES PRECÁRIOS*, in DIREITO E JUSTIÇA, Vol. IX, tomo 1, pags. 50 e 51.

<sup>15</sup> A este propósito dizem ANTUNES VARELA E PIRES DE LIMA in ob. cit., pág. 680: "*O depósito tem carácter pessoal; a sua base é a confiança na pessoa do depositário. É por isso que este não pode transferir para terceiro o encargo assumido, nem subdepositar a coisa*".

<sup>16</sup> Note-se que no depósito o prazo constitui um benefício do depositante, podendo este exigir a restituição a todo o tempo - vide art. 1194

casos, por força do disposto no art. 1206º, que regula o denominado depósito irregular<sup>17</sup> 18. Este regime quanto à transferência da propriedade é essencial desde logo pelas implicações que tem ao nível da distribuição do risco<sup>19</sup>.

De todo o modo, e para efeitos da economia desta exposição, importa reter que, efectivamente, o depósito parece ter por objecto e finalidade um fim em si mesmo de guarda para restituição de coisa e seus frutos - ou no caso especial do depósito bancário, de dinheiro e sua remuneração. O contrato parece esgotar-se na mera custódia ou guarda e subsequente restituição - e, por isso mesmo, o interesse primordial a proteger não pode deixar de ser o do depositante.

Vale isto por dizer que não se vislumbra na construção deste contrato típico qualquer finalidade ou virtualidade de garantia, no sentido de protecção de um qualquer direito de terceiro-credor.

O recurso à figura do depósito como garantia, ou como forma de cumprimento de contratos, se possível, implica, porventura, um desvio à sua natureza essencial. Isto significa que o contrato de depósito é susceptível de ser celebrado como um negócio indirecto, pelo qual as partes buscam efeitos típicos de instrumentos jurídicos diversos daquele que efectivamente empregam, e já não meramente os efeitos

---

<sup>17</sup> A aplicação do regime do mútuo deve ser feita apenas no que se revele possível, relevando essencialmente a transferência da propriedade da coisa dada em depósito, conforme dispõe o art. 1144

<sup>18</sup> MENEZES CORDEIRO afirma expressamente, in ob. cit., pág. 572, que o depósito irregular não é um verdadeiro depósito: "*temos para nós que é um contrato misto, com elementos do depósito e do mútuo e que, por estar há muito nominado e autonomizado, podemos apresentar como tipo próprio: precisamente o do depósito irregular*". Pela nossa parte não podemos concordar com esta posição. De facto, contrato misto será aquele contrato que combina prestações e funções de de outros contratos, eles próprios típicos ou não - vide a este propósito PEDRO PAIS DE VASCONCELOS in CONTRATOS ATÍPICOS, 2ª Edição, 2009, Almedina, pag. 217 Ora, o depósito irregular não deixa de ser um verdadeiro depósito, na medida em que o seu fim principal não deixa de ser a guarda, não de uma coisa concreta, mas do seu valor, operando a restituição da coisa em género e quantidade. A transferência da propriedade não deixa de ser apenas uma forma jurídica de habilitar o depositário a cumprir a sua função de custódia de forma perfeitamente discricionária. De resto, não restam dúvidas que o contrato é celebrado no interesse do depositante, e que é estritamente um depósito, sempre que a respectiva remuneração lhe seja devida. Não se vê, contudo, aqui qualquer elemento do mútuo que se possa invocar. O facto de ser aplicável o respectivo regime legal não implica, por si, que haja lugar a qualquer prestação típica deste quadro contratual, antes implica a importação, se e quando possível da respectiva regulamentação. Cremos que o depósito irregular mantém assim a identidade do contrato de depósito, implicando apenas um desvio dos normais efeitos das prestações típicas deste último. No sentido de que o depósito irregular é um subtipo do contrato de depósito, veja-se HUGO RAMOS ALVES in ob. cit., pag. 247.

<sup>19</sup> O risco, no depósito de coisa fungível, corre exactamente pelo depositante porquanto não tem qualquer poder de facto ou sequer qualquer direito de propriedade sobre os valores depositados, mas apenas um correspondente e proporcional direito de crédito - direito de exigir um comportamento de outrem. Concorrerá assim, por via de regras, o depositante com todos os credores comuns do depositário, sem que beneficie de qualquer direito especial ou privilegiado sobre a coisa ou valores depositados. Daí todos os instrumentos desenvolvidos pelo sistema bancário para proteger os depositantes contra as situações de incumprimento ou impossibilidade de cumprimento por parte das entidades bancárias. Vide a este propósito NUNO AURELIANO in O RISCO NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO - CONTRIBUTO PARA O ESTUDO DO DIREITO PRIVADO PORTUGUÊS, 2009, Almedina, pag. 395 e seguintes.

típicos do contrato de depósito que formalmente celebram<sup>20</sup>. Todavia, os desvios que tais cenários possam implicar não são de tal monta que acarretem uma descaracterização do tipo contratual. Referimo-nos concretamente a casos em que ao depósito se atribui uma função de garantia ou uma função de cumprimento, e que passaremos a analisar.

## 2.1. O Depósito-garantia

A confiança normalmente atribuída às habituais entidades depositárias<sup>21</sup>, acabou efectivamente por conduzir os agentes do comércio jurídico a procurar soluções de segurança das suas transacções através de quaisquer meios que obriguem a tais entidades, seja por transferência do dever de prestar das originais contrapartes para aquelas entidades, ou por acumulação de responsabilidade entre ambos.

Impõe-se, a este propósito, uma nota prévia que cremos da maior relevância sistemática.

Pensamos que uma garantia, em sentido estritamente jurídico - seja a garantia geral ou garantias especiais - será qualquer instrumento jurídico que ofereça ao credor uma prestação alternativa<sup>22</sup> relativamente àquela a que o devedor se obriga por via do contrato. Em suma, a garantia constitui nessas situações um sucedâneo da prestação principal efectivamente pretendida e que o devedor não logrou cumprir.

Toda e qualquer solução que passe pela entrega coerciva da exacta prestação originalmente acordada entre as partes não constituiu uma verdadeira garantia, resultando antes de uma qualquer forma de cumprimento, coercivo<sup>23</sup> ou voluntário.

---

<sup>20</sup> Vide a este respeito ORLANDO DE CARVALHO in *NEGÓCIO JURÍDICO INDIRECTO (TEORIA GERAL)* in Boletim da Faculdade de Direito (Suplemento X), 1952

<sup>21</sup> Onde pontificam as instituições bancárias, muito por força da supervisão prudencial e comportamental que se lhes associam como aval de solvência e confiança

<sup>22</sup> Quando referimos alternativa, podemos acrescentar também situações de cumulação de património que responda por determinada obrigação, seja pela afectação preferencial de determinados bens a determinadas obrigações - no caso de garantias reais-, ou pela cumulação de patrimónios que respondam em abstracto por uma obrigação, como sucede no caso de garantias pessoais. Neste último caso verifica-s apenas uma multiplicação de patrimónios que respondem pelo cumprimento de uma obrigação. Seja como for, o património oferecido como garantia é por regra distinto da prestação contratual a que o devedor se obriga originalmente por contrato, oferecendo ao credor uma forma de ser ressarcido pelo incumprimento do devedor.

<sup>23</sup> Vejam-se os exemplos da execução específica ou da figura da sanção pecuniária compulsória.

Dito isto, passaremos a analisar as situações mais comuns a que a doutrina atribui funções de garantia ao contrato de depósito.

### 2.1.1. Depósito-caução

No âmbito da figura do depósito-garantia, logo surge a hipótese do chamado depósito-caução.

A este propósito, o art. 623 n.º 1 prevê expressamente a possibilidade de ser prestada garantia por meio de depósito de dinheiro, títulos de crédito, pedras ou metais preciosos, sempre que alguém queira ou deva prestar caução.

Ora, este é um caso manifesto em que o valor da coisa depositada visa garantir o bom cumprimento de uma obrigação. No caso de inadimplemento de tal obrigação, então poderá o credor executar aquele depósito, com prevalência sobre outros credores comuns do depositante, e pagar-se do respectivo valor.

Note-se que o art. 666º n.º2 veio prever expressamente que este depósito deverá ser considerado como penhor. Levanta-se aqui a possibilidade de entrega da coisa a oferecer em caução ser feita ao próprio credor ou a terceiro<sup>24</sup>. Ao contrário de alguns autores, contudo, não entendemos que esta circunstância ponha em causa a qualificação desta figura como um depósito-garantia<sup>25</sup>. De facto, apesar de aquela disposição mencionar expressamente que deverá ser "*havido como penhor*", não é menos certo que também identifica a figura como um "*depósito*", mesmo quando feita directamente na pessoa do credor. Concluimos assim, por um lado, que o próprio legislador não entende como excludentes as duas figuras, admitindo que uma forma especial de depósito possa constituir um penhor e que, por outro, em rigor o

---

<sup>24</sup> Vide art. 669 n.º1.

<sup>25</sup> Neste sentido, vide JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES, in *DO CONTRATO DE DEPÓSITO ESCROW*, 2007, Almedina, pág. 103 e seguintes. O autor acaba por concluir que o facto de o depósito-caução se dever haver simplesmente por penhor, nos termos do referido art. 666º n.º2. Mais acrescenta que o direito empenhado é apenas o direito à restituição e não o objecto depositado.

Diríamos que estes argumentos acabam por se mostrar de certa forma falaciosos. De facto, o primeiro argumento resume-se a, incorrectamente, fazer coincidir o contrato com parte do regime que se lhe aplica - concretamente no que toca à determinação do titular do direito de restituição. Note-se que o direito de restituição não deixa de existir, simplesmente balança entre o devedor-depositante e o credor! O regime do penhor limita-se a resolver esta questão. Dir-se-á que ao depósito-caução são igualmente aplicáveis disposições relativas ao depósito, e concretamente relativas ao depósito irregular.

Já no que toca ao segundo dos argumentos aduzidos mais não faz o autor do que relevar nesta sede aquilo que é elemento diferenciador do contrato de depósito - o depositante tem sempre um direito à restituição, apenas se distinguindo entre o depósito comum e o depósito irregular os casos em que durante o depósito mantém o seu direito de propriedade sobre a coisa ou se o perde! Nenhum destes argumentos pode, quanto a nós, proceder nos termos em que são invocados.

legislador quis aplicar àquela concreta forma de depósito o regime do penhor<sup>26</sup>.

De facto, o depósito-caução é constituído com objectivo único de oferecer ao credor uma prestação alternativa à principal. Mais, aplicando-se as regras do penhor, prevê o art. 685º que o depositante só possa ser reembolsado da coisa ou fundos depositados com o acordo expresso do credor pignoratício. Por outro lado, o depósito, enquanto tal, não deixa nunca de obedecer ao regime próprio do depósito que seja aplicável à coisa depositada - fungível ou infungível -, ou seja, o depositante constitui o depósito pela entrega da coisa dada de caução, e por sua vez o depositário está obrigado à custódia da mesma coisa e sua restituição, se, e quando, extinguir a obrigação garantida (com o acordo do credor pignoratício se não coincidirem).

Em suma, o depósito-caução, apesar de constituído com a finalidade de oferecer ao credor formas alternativas de prestação - e por isso o considerarmos uma garantia -, não deixa de incorporar as normais características essenciais do depósito. Trata-se, pois, inequivocamente de uma situação de um depósito com funções de garantia<sup>27</sup>.

### 2.1.2. Depósito no interesse de terceiro

Por outro lado, é também considerado como depósito-garantia o chamado depósito no interesse de terceiro, nos termos em que se encontra previsto no art. 1193º.

Depósito no interesse de terceiro será todo o depósito realizado pelo depositante com menção expressa de que é feito no interesse de um qualquer terceiro. Note-se que é esta menção no próprio contrato de depósito que atribui ao terceiro, a partir do momento em que este comunique ao depositário a sua adesão, uma posição jurídica relevante neste contrato, limitando assim o depositante no seu direito de exigir a restituição da coisa depositada.

Seguindo de perto PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA<sup>28</sup>, a previsão do art. 1193º, que regula

---

<sup>26</sup> Em sentido contrário veja-se VAZ SERRA, *PENHOR*, in BMJ 59, pag. 108. Insistimos que a qualificação da caução como penhor não exclui de todo a natureza de depósito, resumindo-se aquela suposta qualificação jurídica a implicar a aplicação de um regime jurídico próprio do penhor.

<sup>27</sup> No mesmo sentido, vide HUGO RAMOS ALVES, ob. cit, pag. 252 e seguintes, afirmando este autor que “no essencial, a prestação de caução visa assegurar uma de duas finalidades, a saber: (i) assegurar o cumprimento de uma obrigação puramente eventual e (ii) prevenir o adimplemento de uma obrigação que, endo certa, é normalmente indeterminada” (pag. 254).

<sup>28</sup> Vide ob. cit., pág. 685.

exactamente esta hipótese, aplica-se aos casos em que o depositante mantenha um interesse directo no próprio depósito, reservando-se, ainda que limitado, o direito à restituição. Caso contrário, se o direito à restituição for atribuído a terceiro, então estaremos já perante um *contrato em favor de terceiro* e não apenas *no seu interesse*.

Nesta hipótese, desde que o terceiro comunique a sua adesão ao depósito celebrado naqueles termos, não poderá o depositante ser restituído da sua coisa sem o consentimento do depositário. O interesse do terceiro é assim protegido pela necessidade do seu consentimento para a restituição pelo depositário. Note-se que a restituição deverá ser sempre efectuada ao depositante, e não ao terceiro. Simplesmente, essa restituição fica dependente de autorização do terceiro. Esta circunstância permite ao terceiro garantir a existência de um activo patrimonial do depositante que lhe consinta, em caso de necessidade, cobrar-se pelo seu valor, coercivamente se necessário.

Por esta razão, resulta claro que também neste caso o depósito assume uma função de garantia inerente ao próprio contrato.<sup>29</sup>

### 2.1.3. Depósito a favor de terceiro

Pode, contudo, suceder que o depósito seja constituído a favor de terceiro. Este é um caso típico de um contrato a favor de terceiro, genericamente previsto nos arts. 443º e seguintes.

Neste caso, o depositante "oferece", no acto e contrato de depósito, o direito de restituição a um terceiro, renunciando, à partida<sup>30</sup>, ao direito de exigir para si a restituição dos fundos depositados, e tudo sem necessidade de aceitação ou adesão do terceiro.

Apesar de esta solução ser abstractamente concebível como prestação de garantia, pensamos que é mais configurável como uma verdadeira forma de cumprir uma obrigação, deixando na disponibilidade do

---

<sup>29</sup> JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES defende, in ob. cit., pág. 77, que o depósito no interesse de terceiro nem sempre realiza uma função de garantia. Exemplifica com a situação em que o direito do terceiro recai exactamente sobre o objecto depositado. Não concordamos com esta perspectiva, porquanto ao depósito assim celebrado também não pode ser atribuída a função de cumprimento, uma vez que o direito à restituição é sempre e apenas do próprio depositante e nunca do terceiro.

<sup>30</sup> O depositante poderá, ainda assim, recuperar o direito à restituição no caso de o terceiro rejeitar o depósito - art. 447º nº1 - ou ainda no caso de este não declarar aceitar ou rejeitar o mesmo depósito. Até tal declaração de aceitação, a promessa é livremente revogável - vide art. 448º nº1. Neste sentido, vide PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA in *CÓDIGO CIVIL ANOTADO, VOL. I*, 3ª Edição, pág. 399.

credor - o terceiro - o momento e concreta forma do cumprimento. Esta não nos parece, pois, uma situação típica em que as partes atribuam ao depósito a função de-garantia. Não se visa assegurar ao credor uma forma alternativa de cumprimento, mas antes, o cumprimento propriamente dito.

Pode, contudo, colocar-se a hipótese de depósito ser constituído com a função de garantia. Assim seria no caso de o credor não ser ainda determinado ou da obrigação não ser ainda exigível<sup>31</sup>.

Não podemos, contudo, concordar com tal qualificação. Cremos, ainda assim, que o devedor, ao proceder a um depósito a favor de um terceiro, mesmo que ainda sem determinação do beneficiário final ou sem que a obrigação seja já exigível, visa apenas liberar-se antecipadamente (antes de saber quem será o credor ou antes de se vencer a obrigação) de uma obrigação com origem em relação contratual a montante do próprio depósito entregando a prestação a uma entidade que fica dela depositária.

#### 2.1.4. Depósito de coisa controvertida

Igual entendimento temos no caso da hipótese prevista nos art.s 1202º e seguintes. De facto, neste caso, prevê-se expressamente que, existindo um litígio entre duas partes sobre a propriedade ou o destino a dar a determinada coisa<sup>32</sup>, poderão essas partes depositá-la junto de um terceiro que a entregará ao titular do direito que vier a ser apurado em resolução daquela controvérsia.

Estará também em causa um verdadeiro cumprimento antecipado de uma obrigação.

De todo o modo, cumpre aqui sublinhar que dispõe o art. 1204º que caberá, salva convenção em contrário, ao depositário a "administração" da coisa depositada. Cremos que esta administração tem como único critério aquele imposto pela obrigação de custódia a que já nos referimos supra, e que é imposto pelo regime geral do depósito, ou seja a preservação da integridade física ou do respectivo valor económico. Não

---

<sup>31</sup> Seguimos nesta parte JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES, in ob. cit., pág. 81 e seguintes a propósito do chamado contrato de depósito em favor de sujeito alternativamente determinado, sendo certo que na hipótese que o autor coloca de um tal depósito ser efectuado de forma trilateral, com a intervenção simultânea do credor-beneficiário, entendermos que estaremos já na presença de um depósito *in escrow*.

<sup>32</sup> Sublinhe-se que neste caso pressupõe-se expressamente um litígio actual sobre a propriedade ou destino a dar a determinada coisa. Não basta, para aplicação deste regime que exista sobre essa matéria qualquer tipo de incerteza na evolução de uma relação jurídica

obstante, tal obrigação, a mera noção de administração da coisa implicará determinada margem de discricionariedade, por ter ínsito um conteúdo distinto, *rectius*, mais amplo, que a mera guarda. Esta diferença da obrigação do depositário justifica-se pelo simples facto os direitos sobre a coisa depositada serem litigiosos, não se reconhecendo às partes os normais poderes de administração que um regular depositante mantém sobre a coisa depositada.

### 3. O Depósito escrow

JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES define o contrato de depósito escrow como *"a convenção pela qual as partes de um contrato bilateral ou sinalagmático acordam em confiar a um terceiro, designadamente um banco, a guarda de bens móveis (tais como dinheiro, valores mobiliários títulos de crédito e/ou documentos), ficando este irrevogavelmente instruído sobre o destino a dar aos referidos bens, que - em função do modo como vier a evoluir a relação jurídica emergente daquele contrato - poderá passar pela sua restituição ao depositante ou, eventualmente, pela sua entrega ao beneficiário do depósito"*<sup>33</sup>.

Em suma, trata-se de um contrato pelo qual as partes num negócio subjacente declaram depositar à ordem de uma terceira entidade a guarda de uma coisa, gerando na esfera do depositário a obrigação de a guardar e a restituir de acordo com os termos que sejam estabelecidos e comunicados por meio do próprio contrato, e que normalmente resulta na associação do depósito às vicissitudes do próprio contrato subjacente.

Estas aproximações permitem-nos identificar as principais notas distintivas desta figura.

#### 3.1. Caracterização geral

Desde logo, o depósito *escrow* é um contrato, ou seja, um acordo de vontades entre partes com interesses de conteúdo oposto mas concorrente<sup>34</sup>.

A este propósito, a grande maioria dos autores refere-se a este negócio como um contrato trilateral<sup>35</sup>. Ora, não podemos concordar com tal afirmação. Efectivamente, é certo que o contrato apresenta, quase necessariamente, três partes outorgantes. Todavia, daqui não resulta obrigatoriamente que se trate

<sup>33</sup> In ob. cit., pag. 173.

<sup>34</sup> Vide CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL*, 3ª edição, 1985, Coimbra Editora, pag. 387.

<sup>35</sup> Vide MORAIS ANTUNES, ob. cit, pag. 165, L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *DEPÓSITO: MODALIDADES E REGIMES INSOLVENCIAIS*, in *ESTUDOS EM HOMENAGEM AO PROFESSOR DOUTOR HEINRICH EWALD HÖRSTER*, 2012, Almedina, pag. 728

de um contrato trilateral. Pelo contrário, cremos tratar-se de um contrato bilateral, ou seja, com duas, e apenas duas, declarações de vontade convergentes, consubstanciando uma proposta e uma aceitação, e gerador de obrigações mútuas para os respectivos declarantes. Sucede, porém, que uma das declarações é emitida em conjunto pelos outorgantes do contrato subjacente, que assim agem como se de apenas uma parte se tratasse.

A entrega da coisa, e a unidade da declaração da regulamentação da atribuição ao depositário da obrigação de restituição, decorre directamente da execução daquele negócio principal, onde ambas as partes estabeleceram a sua vontade concorrente no sentido da emissão de uma única declaração para efeitos da celebração do contrato de depósito. Dir-se-ia que, em termos de formação do contrato, ambas as partes são depositantes. Apenas acontece que, sendo o depósito um contrato real quanto à constituição<sup>36</sup>, o acto de entrega será cumprido apenas por um daqueles depositantes. Esta circunstância, todavia, não implica a divisão da declaração contratual emitida. Trata-se, por isso, de uma posição jurídica uma assumida por aqueles "depositantes".

Por outro lado, o depósito *escrow* é normalmente associado a situações em que, num contrato sinalagmático, as prestações não são simultâneas. As partes determinam que quem tenha de prestar mais cedo deposite a sua prestação, associando a esse depósito instruções irrevogáveis de ambas as partes para a disposição dessa prestação em concretas circunstâncias de modo, tempo e lugar.

Estamos, como dissemos já, perante um contrato de depósito associado a um outro contrato, a que chamamos principal. Deste contrato principal resultam, naturalmente, obrigações para ambas as partes. Sucede, porém, que tais obrigações não são sempre simultâneas, como pode também suceder que as partes as sujeitem a condições suspensivas ou resolutivas, optando, por meio deste contrato por deixar uma das prestações "em suspenso", aguardando pelo evento condicionante ou pelo momento<sup>37</sup>, em que se mostre definido quem tem direito à restituição do depósito e em que medida.

Para este efeito, as partes determinam, de comum acordo, que a prestação "aguarde" então,

---

<sup>36</sup> Vide supra ponto 2

<sup>37</sup> No primeiro caso, estaremos perante uma condição suspensiva, ao passo que no segundo estaremos perante um termo, que por sua vez poderá ser certo ou incerto.

depositada num depositário - normalmente, um banco. Mais determinam um regime que o banco deverá observar na determinação de a quem, como e quando deve restituir os fundos depositados.

Apesar de termos afirmado que este tipo contratual cumpre uma finalidade social e económica de garantia pensamos que, juridicamente, como vimos já nos casos de contrato de depósito a favor de terceiro indeterminado ou condicionado, estamos perante um caso de em que o depósito assume uma função de cumprimento da prestação a que o devedor se obrigou no contrato principal. É mais uma forma de prestar do que uma forma de garantir.

Esta conclusão acaba por se assumir por contraposição aos tipos contratuais acima analisados sumariamente. De facto, como então dissemos, nos casos de prestação de garantia, visa o devedor atribuir ao credor uma forma alternativa de ver cumprido o seu crédito<sup>38</sup>, sendo que se deve sublinhar a ideia de alternativa inerente a esta ideia.

Queremos com isto defender que se a função social e económica do depósito *escrow* é normalmente de garantia<sup>39</sup>, juridicamente considerado, este tipo de depósito equivale ao cumprimento do dever de prestar de uma das partes do contrato principal. É, em rigor, uma regulamentação da forma de prestar.

Por conseguinte, pode afirmar-se que resulta uma clara e indelével associação entre o contrato subjacente<sup>40</sup> e o próprio contrato de depósito *escrow*. Efectivamente, o *escrow* constituirá um negócio de execução do primeiro contrato, sem que isso implique perder a sua própria identidade negocial. Aquele contrato principal regula os termos do próprio contrato de depósito, nomeadamente o destino, prazos e condições de atribuição dos fundos depositados. Esta situação acaba por configurar uma verdadeira coligação de contratos, como bem aponta JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES<sup>41</sup>, porquanto os dois contratos - o subjacente e o de depósito - estão funcional e inextricavelmente ligados e, com isso, também os seus

---

<sup>38</sup> Ou de ver ressarcido o seus danos pelo incumprimento da prestação principal a que o devedor estava obrigado.

<sup>39</sup> Que se atribui a um maior conforto do credor na celebração e execução do contrato pela acrescida confiança que as partes têm no depositário. Dedicaremos maior atenção quanto a este ponto *infra*.

<sup>40</sup> Independentemente de que contrato se trate em concreto.

<sup>41</sup> In ob. cit., pág. 164 e 165.

destinos ficam inelutavelmente associados, sendo patente um nexu juridicamente relevante entre eles<sup>42</sup>. Nessa medida, toda e qualquer causa de nulidade ou anulação do contrato subjacente reflectir-se-á no contrato "de execução" que é o depósito, sendo oponível ao depositário uma eventual situação desse tipo<sup>43</sup>. Dir-se-á, inclusivamente, que nem faria sentido lógico manter artificialmente o contrato de depósito num cenário em que a sua causa houvesse deixado de existir.

Diferente seria a hipótese de o *escrow* constituir um contrato autónomo, um negócio abstracto, no sentido de que valeria por si, por forma a prevenir efeitos de "contágio" de vicissitudes entre relações contratuais diferentes. Esta opção sempre privilegiaria a celeridade e a segurança jurídica, essencialmente no que toca à protecção da aparência e, em consequência, da posição de terceiros ao contrato que pudesse sofrer aquelas vicissitudes. Esta é uma solução, portanto, que privilegiaria de forma decisiva os terceiros ao contrato principal, no caso o depositário, a quem seriam inoponíveis causas de invalidade deste contrato ou outras qualquer situações relevantes que sobre ele se operassem<sup>44</sup>. Todavia, contra tal possibilidade desde logo podemos invocar o facto de o terceiro ao contrato principal ter aqui perfeito conhecimento da coligação contratual, e de, aliás, dela participar de forma expressa e consciente, não carecendo de qualquer protecção especial. Por outro lado, como vimos já, o depositário não adquire, em regra, qualquer tipo de direito real sobre a coisa que lhe é transmitida, antes lhe sendo imputada tão só uma obrigação de dela cuidar e, até mais, de restituição da mesma. Esta desnecessidade de protecção de direitos reais de gozo, com a possibilidade de livre disposição da coisa sobre que tais direitos incidissem também torna desnecessária uma tutela especial.

Acerca desta problemática, apenas uma nota final para o facto de as partes poderem livremente prever um regime que implique, em obediência a interesses concretos, a autonomia do contrato de

---

<sup>42</sup> A este propósito vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *TRATADO DE DIREITO CIVIL VII*, 2014, Almedina, pag. 273 e seguintes.

<sup>43</sup> Não cremos que esta possibilidade de oposição de invalidades do contrato subjacente ao depositário contradiga a natureza irrevogável do mandato recebido por este para efeitos da operação de restituição da coisa depositada. De facto, esta apenas se quer referir à impossibilidade de qualquer das partes, por si e unilateralmente proceder à revogação de tais instruções - o que naturalmente é bem distinto de qualquer das partes pretender opor ao depositário uma invalidade do contrato subjacente para assim pretender fazer extinguir o contrato de depósito. Sublinhe-se ainda que aquele irrevogabilidade unilateral sai reforçada pelo facto de termos para nós que as partes do contrato subjacente ocuparem uma única posição jurídica de depositantes, sendo que qualquer alteração à sua posição ou declaração apenas será eficaz se produzida conjuntamente.

<sup>44</sup> Vide a este propósito HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A PARTE GERAL DO CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS - TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL*, 1992, Almedina, pag. 607.

depósito. Esta hipótese parece-nos remota em face da causa do depósito *escrow*<sup>45</sup>, mas ainda assim possível.

Por outro lado, o depósito *escrow* é simultaneamente um contrato misto.

São contratos mistos aqueles contratos, em geral legalmente atípicos, em que se reúnem elementos típicos de vários contratos num único outro, que assim é diverso de cada um daqueles onde foi buscar a sua identidade<sup>46</sup>.

No caso que ora nos ocupa, estamos perante um contrato com elementos de uma prestação de serviço e do depósito - por um lado, é entregue uma coisa a um depositário, que a deve guardar, e se obriga a "restituir"; por outro lado, esta obrigação de restituição é objecto, neste caso de um regime próprio, resultante de instruções dadas ao depositário pelos depositantes. Daqui decorre uma combinação de elementos de pelo menos dois outros contratos, sem uma preponderância tal de um dos tipos contratuais sobre o outro que implique a sua consumpção. Sem prejuízo do que acabamos de afirmar, não é menos certo que no contrato em análise existe uma especial prevalência do depósito sobre o mandato. De facto, o regime do depósito apresenta-se aqui intacto na sua essência - as partes procuram ali uma custódia eficaz e segura, com a garantia da restituição da coisa depositada. Além do mais, a prestação de serviço realizada pelo depositário visa apenas e tão só a determinação da forma de cumprimento daquela obrigação de restituição. Isto significa que a referida prestação de serviço acaba por ser instrumental de uma das obrigações do depósito.

Esta prevalência do depósito será relevante para a determinação do regime legal aplicável, principalmente nas situações em que as regras referentes a cada um dos quadros legais típicos impliquem soluções diversas ou antagónicas.

A atribuição da prestação de serviço ao depositário consubstanciará, por regra, a celebração de um mandato porquanto a mera escolha do beneficiário último da restituição do depósito e, bem assim, a

---

<sup>45</sup> Não faz sentido que as partes contratem um depósito *escrow*, independentemente de o fazerem para cumprimento de uma obrigação emergente de um contrato ou para garantia dessa mesma obrigação, e que prevejam a sua autonomia relativamente ao contrato que visam assim cumprir ou garantir.

<sup>46</sup> Veja-se a este propósito PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, ob. cit., pag. 217, onde o autor refere que "*na maior parte dos casos, os contratos atípicos não são puros; são construídos a partir de um ou mais tipos que são combinados ou modificados de modo a satisfazerem os interesses contratuais das partes*".

verificação do preenchimento de todas as condições ou pressupostos para o seu cumprimento encerra em si a prática de pelo menos um acto jurídico, de escolha do beneficiário e de adjudicação da coisa depositada. Aquela tarefa será, em regra, um acto judicante, pelo que necessariamente jurídico.

Em conclusão, o contrato de depósito *escrow* é um contrato misto, composto por elementos típicos dos contratos de depósito e de mandato.

### 3.2. O regime contratual

A circunstância de se tratar de uma coligação de contratos, como vimos de concluir *supra*, não obsta, porém, a que se apliquem as normas próprias de cada um dos contratos em jogo: por um lado, as regras próprias do contrato principal e, por outro, as regras aplicáveis ao depósito *escrow*, sendo certo que estas resultam, elas próprias, da ponderação da aplicação de dois outros diferentes regimes, do contrato de depósito e do mandato.

Assim, contrato de depósito, o *escrow* vai buscar as obrigações essenciais de guarda da coisa<sup>47</sup> e de restituição da mesma. Já do contrato de mandato retira a prática de actos jurídicos por conta de terceiros.

Tendo em conta este contexto, e em obediência ao princípio da autonomia privada, o depósito *escrow*, tratando-se de um contrato atípico, será um caso em que a interpretação da vontade das partes, expressa no contrato, assume uma especial importância, valendo de forma sublinhada, desde que não viole qualquer tipo de norma imperativa. Todavia, o conhecimento das regras gerais aplicáveis é essencial para um enquadramento de actividade interpretativa.

Assim, no âmbito da autonomia privada e tendo em vista a prática mais conhecida, é desde logo comum as partes regularem a remuneração do depositário. De facto, se as funções de depositário são, por

---

<sup>47</sup> O conteúdo desta obrigação de guarda ou custódia é neste caso, cremos, em tudo semelhante a um normal depósito, e em concreto a um depósito irregular no caso particular do depósito de dinheiro.

via de regra, remuneradas<sup>48</sup>, no caso do depósito *escrow*, pela especial fidúcia depositada, tal remuneração merece um especial cuidado. Estamos perante uma situação em que as funções de depositário são normalmente exercidas a título profissional e, portanto, a sua remuneração é especialmente relevante. Ademais, a responsabilidade inerente ao exercício em concreto das funções neste quadro negocial é muito mais exigente do que num depósito normal, pois que à obrigação de custódia e restituição acresce a determinação, por vezes a título judicativo, do beneficiário, das condições e do tempo da restituição.

Por outro lado, é essencial que as instruções que as partes do contrato principal dão ao depositário sejam irrevogáveis.

Na verdade, a eficácia de um tal pacto *escrow* depende do facto de as partes conjuntamente se vincularem não apenas à realização do depósito, como também à restituição operada em termos em que o depositário possa determinar de acordo com as instruções que lhe são dadas. Fora permitido a qualquer das partes, mormente ao depositante, um qualquer direito ao arrependimento e a prestação (e consequentemente, o propósito a ela associado) ficaria posta em causa e, com isso, a eficácia deste tipo contratual.

A alteração dos termos do pacto do *escrow* depende, assim, do concurso das duas partes do contrato principal. Com efeito, deve o depositário tratar depositante e credor como se de uma única parte se tratasse, devendo agir em conjunto para emitir uma única vontade negocial, contendo instruções ou sua posterior modificação ou revogação<sup>49</sup>.

No que toca ao regime contratual aplicável, e sem prejuízo do que fica dito, sempre deveremos esclarecer que o banco depositário *escrow* deve assegurar que o âmbito e instruções do seu mandato estão

---

<sup>48</sup> Vide art. 1200º.

<sup>49</sup> Em face do exposto, as instruções serão, em bom rigor, revogáveis ou modificáveis. Apenas o serão, todavia, pelas partes depositantes agindo de forma conjunta... da mesma forma que agiram na celebração do contrato. Note-se a este propósito que, sem prejuízo do acabado expor, não vemos qualquer tipo de limitação à aplicação do art. 1194. De facto, tem-se o prazo estabelecido a favor dos depositantes, o que nos faz admitir que estes possam, sempre em conjunto, exigir a restituição a todo o tempo. Num tal cenário de alteração do depósito, naturalmente deverão as partes ordenantes esclarecer o depositário sobre o destino a dar à coisa, seja no sentido da devolução estrita ao devedor original (depositante material) a qualquer outra pessoa. Já no caso de revogação das instruções do *escrow*, deve o banco considerar que o depósito se converte num contrato de depósito nos termos gerais, constituído apenas a favor de quem lhe entregou a coisa depositada. Trata-se aqui de uma situação em que a revogação operada apenas tem incidência sobre o mandato, expurgando-o do contrato misto anteriormente celebrado, deixando "sobrevivo" o contrato de depósito, que a partir desse momento pode adoptar a sua forma e regime gerais.

suficientemente discriminados e claros e, não o estando, assegurar-se que a discricionariedade que assim lhe é confiada corresponde à efectiva vontade das partes. Tal decorre da essencial clareza de posições de todos os intervenientes e da delimitação da função "mediadora" do banco na relação contratual principal que este tipo de contrato exige. O mandato pode, e deve preferencialmente, prever claramente os actos jurídicos a praticar. Todavia, situações há em que o depositário *escrow* acaba por ser forçado a decidir, no sentido judicante do termo, em face de um litígio que se pode abrir quanto à restituição da coisa depositada.

Em tais cenários dir-se-á que o depositário assume quase que uma função de árbitro ou juiz.

Por essa razão, ao depositário não deve, por princípio, poder imputar-se qualquer tipo de responsabilidade a título de culpa leve pela sua decisão de restituir a coisa depositada a uma das partes, ou de efectuar tal restituição em determinada data. A decisão do depositário, salvas situações de claro dolo ou de negligência grosseira não pode, nem deve, ser sindicável, sob pena de se pôr em causa a sua neutralidade, e com isso o próprio mandato colectivo originariamente celebrado. Sem prejuízo de considerarmos que o mandato colectivo impõe esta neutralidade da actuação do depositário, e consequente exclusão de responsabilidade pela actuação judicante em cumprimento do mandato, a prática demonstra que o depositário imponha sempre uma cláusula com esse objetivo. Acresce que, exactamente porque a actividade judicante não integra o seu normal objecto, a entidade depositária pode socorrer-se de árbitros ou juízes a quem submeta o litígio em causa<sup>50</sup>. Esta é, naturalmente, uma forma de defesa do próprio depositário, mas cremos que também das partes do contrato principal, de modo a garantirem que a tensão contratual é dirimida de uma forma técnica e objectivamente adequada aos seus interesses e direitos.

### 3.3. O depósito *escrow* como depósito-cumprimento

Também quanto a esta matéria devemos esclarecer que o próprio contrato poderá regular os efeitos

---

<sup>50</sup> Esta possibilidade resulta claramente do disposto no art. 1165º, onde se prevê a possibilidade do mandatário se socorrer de auxiliares ou substitutos na execução do mandato. Note-se que o depositário *escrow* apenas delega, ou se socorre de auxílio, um dos actos jurídicos inerentes ao mandato que o *escrow* implica. O depósito, esse, deve mantê-lo na sua esfera, não podendo subdepositar, como vimos já *supra*.

da entrega dos fundos depositados ao depositário. De facto, nada obsta a que as partes disponham *prima facie* no contrato subjacente, sobre os efeitos da entrega da coisa depositada, ao abrigo de um depósito *escrow*, a um depositário. Para que essa questão não seja ela própria objecto de discussão, deve ser matéria objecto de regulamentação contratual.

Restam, contudo, as situações, que constituirão certamente a grande maioria em que as partes nada dispõem quanto a essa matéria.

Nesta matéria opomo-nos clara e abertamente ao que defende JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES<sup>51</sup>. Este autor vem a sufragar duas ideias com que não podemos concordar. Desde logo, afirma que o depósito *escrow*, sempre que tenha por objecto uma prestação ainda não vencida ou sob condição, tem essencialmente natureza de garantia de obrigações e, por outro lado, conclui que tal garantia é oferecida por uma duplicação de devedores por força do depósito. Acrescenta ainda que tal duplicação observa uma lógica de subsidiariedade, sendo o depositário o devedor principal e o devedor original o devedor subsidiário.

Como dissemos, não partilhamos destas conclusões. Vejamos as razões da nossa posição.

Desde logo, note-se que a obrigação nasce com a sua estipulação contratual. Pode é não ser exigível imediatamente, por força de um diferimento no tempo do seu cumprimento ou da estipulação de uma condição suspensiva. Todavia, mesmo em tais situações parece adequado podermos falar em cumprimento antecipado, uma vez que a obrigação não é meramente eventual, mas actual, eventualmente, como se disse, apenas ainda não vencida.

Por outro lado, ambas as partes celebram o contrato de depósito, não apenas de comum acordo como comungando da posição de depositantes, por forma a salvaguardar os efeitos do contrato principal que ambos desejam cumprir da forma mais segura possível. Para esse efeito, emitem uma, e só uma

---

<sup>51</sup> Este autor acaba por concluir que o depósito, nos casos de obrigações ainda não vencidas ou sob condição, se limita a oferecer ao beneficiário uma duplicação de devedores entre si obrigados numa lógica de subsidiariedade, em que o banco seria devedor principal e depositante o devedor subsidiário. Daqui retira aquela autor aliás a função de garantia do depósito - Vide ob. cit., pag. 225.

declaração negocial, partilhando o interesse na determinação de critérios uniformes que permitam ao depositário cumprir a sua obrigação de restituição.

Em rigor, há um interesse comum na celebração do contrato de depósito *escrow*. De resto, o depositante material tem interesse em cumprir a sua obrigação, reservando a possibilidade de recuperar o objecto da sua prestação até ao momento em que saiba que receberá a contraprestação. Por seu turno, ao beneficiário interessará saber que quando cumpra receberá a prestação do seu devedor.

Por outro lado, as mais das vezes, o depósito *escrow* visa normalmente assegurar diferenças temporais entre as prestações que, apesar de se referirem a obrigações sinalagmáticas, não são simultâneas, garantindo que uma delas fica assegurada, mas "em suspenso", aguardando a prestação da outra. O mesmo se diga relativamente a situações em que a prestação fica sujeita à verificação de determinada condição suspensiva, apenas sendo devida se e quando o evento condicionante se verificar.

Por esta razão dissemos já que, em rigor, as duas partes agem conjuntamente como depositantes. Ambas reconhecem o interesse e vontade em proceder ao depósito como condição e cláusula do seu negócio principal.

Por fim, a indicação da função de garantia que os autores normalmente associam ao depósito *escrow*, remete-nos para um mero conforto, mais subjectivo do que uma efectiva garantia no sentido de um acréscimo efectivo, um *plus* relativamente à garantia geral das obrigações<sup>52</sup>. Neste sentido, dir-se-á que admitimos que se possa atribuir ao *escrow* uma função de garantia, mas não essa natureza jurídica. Poderíamos enquadrar essa pretensa garantia naquelas que PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE chamam "garantias aparentes"<sup>53 54</sup>.

Pensamos que, na esteira de ANTUNES VARELA, garantias serão todos os meios ou instrumentos jurídicos que reforcem o património do devedor, que constitui a garantia geral das obrigações. Por isso, é

---

<sup>52</sup> Vide art. 601º.

<sup>53</sup> Vide *GARANTIAS DE CUMPRIMENTO*, 5ª Edição, 2006, Almedina, pag. 57

<sup>54</sup> Porventura de forma abusiva, por a definição ali dada não corresponder exactamente à ideia expressa no texto. Aqueles autores querem por aquela expressão referi-se aos casos de instrumentos de garantia com eficácia meramente obrigacional, sem que, por isso, possam ser opostas a terceiros, e concretamente em concurso de credores. Agrada-nos contudo o conceito, enquanto identificador da ideia de instrumento que aparenta algo mais do que efectivamente é, e por isso dele nos socorremos de forma análoga.

que as referidas garantias serão sempre garantias especiais. Esse reforço será obtido por via real, ou seja, pela especial afectação de determinado elemento patrimonial ao cumprimento de determinada obrigação<sup>55</sup>, ou por via pessoal, com uma multiplicação de patrimónios pessoais, abstractamente considerados, que respondam pelo cumprimento da obrigação<sup>56</sup>.

Note-se que se fala sempre de um reforço de património solvente para benefício do credor. Todavia, na garantia, estamos sempre perante algo distinto da prestação original. Está em causa uma prestação alternativa à prevista contratualmente, normalmente tendente não ao cumprimento estrito, mas à sua substituição por meio do ressarcimento do danos causado pelo incumprimento<sup>57</sup>. Caso contrário nunca estaremos a falar de garantia, mas de prestação - e eventualmente de meios coercivos de forçar à prestação. Como bem refere ANTUNES VARELA<sup>58</sup>, "*Embora a garantia geral, bem como as garantias especiais, só se destinem a ser executadas no caso de não cumprimento da obrigação, verdade é que a garantia geral acompanha a obrigação desde o nascimento desta, tal como as garantias especiais reforçam, desde a sua constituição, a consistência económico-jurídica do vínculo obrigacional*".

Ora, no caso do depósito *escrow*, e salvas raríssimas excepções<sup>59</sup>, a coisa objecto do depósito é a própria prestação devida pelo devedor no âmbito do contrato subjacente, e não coisa sua alternativa. Note-se que casos há em que o *escrow* tem por objecto a prestação prevista contratualmente como alternativa<sup>60</sup>

Casos há em que a coisa depositada não corresponde *strictu sensu* à prestação contratual. Vejam-se os casos em que uma parte licencia a utilização de *software*, fornecendo ao licenciado o chamado código de utilizador (ou binário). É habitual as partes convencionarem, nessas situações, o depósito *escrow* do

---

<sup>55</sup> Falamos aqui das garantias reais, que serão oponíveis a terceiros desde que cumpridos os respectivos requisitos constitutivos ou de publicidade.

<sup>56</sup> Referimo-nos agora às garantias pessoais como a fiança ou o aval, que poderão ter carácter solidário ou subsidiário, consoante os casos, mas sempre implicam um aumento quantitativo teórico do património que responde pela dívida.

<sup>57</sup> Pode acontecer que tendo o incumprimento por objecto uma prestação de valores monetários, o dano a ressarcir corresponda ao valor da própria prestação. Não deixam, todavia, de ter naturezas distintas, e consequentemente regimes distintos. JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA parece adoptar este mesmo princípio, in *LIÇÕES DE CUMPRIMENTO E NÃO CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES*, 2011, Coimbra Editora, pag. 399.

<sup>58</sup> Vide ob. cit., pag. 418.

<sup>59</sup> Poderão naturalmente existir situações em que as partes se socorram de um depósito *escrow*, mas que verdadeiramente implique uma verdadeira e simples caução - nesses casos a anomalia estará mais no *nomen juris* que as partes dão ao negócio que celebram. No *escrow* está em causa bem mais do que a garantia de uma obrigação, actual ou eventual, certa ou incerta.

<sup>60</sup> Veja-se o caso em que as partes no contrato subjacente prevêem uma indemnização para o caso de incumprimento contratual, e além disso convencionam que o devedor depositará o valor dessa mesma indemnização sob um acordo de depósito *escrow*. Mesmo neste caso, a coisa depositada - os fundos monetários - não constituem uma garantia, mas uma verdadeira entrega antecipada da própria prestação indemnizatória. Dito de outro modo, a indemnização é alternativa à prestação principal do contrato, mas os fundos depositados *in escrow* não são alternativa à indemnização - são eles próprios a indemnização!

chamado código-fonte, permitindo ao licenciado aceder à prestação de forma completa ou perfeita no caso de alguma circunstância impedir o licenciante de prosseguir a sua actividade de desenvolvimento do produto e atribuição da respectiva exploração ao licenciado. Nesta hipótese, a coisa depositada não constitui em si a prestação acordada, que vinha, de resto, sendo oferecida ao licenciado ao longo do tempo. Todavia, oferece a completude ou perfeição da prestação originalmente acordada e que, durante a normal execução do contrato, apenas é cedida de forma imperfeita - e nessa medida poderemos, ainda assim, afirmar que constitui o objecto da prestação contratual do devedor.

Enfim, o depositante oferece de imediato o objecto da sua prestação: simplesmente não a entrega ao seu credor, mas, por acordo com este, a um terceiro depositário que fica incumbido de gerir a sua ulterior restituição ao credor ou ao depositante, conforme a evolução da relação jurídica entre eles e os critérios que eles hajam pré-determinado no contrato de depósito. Seja como for, a prestação já está realizada.

O depósito *escrow* mais não é, pois, que uma forma especial de prestar. Esta forma de prestar resulta prevista e regulada pelas partes no contrato subjacente e, depois, no contrato de depósito.

Pode ter em vista a prestação de uma obrigação vencida ou vincenda. No primeiro caso, a situação não cremos que levante controvérsia<sup>61</sup>.

Todavia, já no segundo caso, na hipótese de a prestação, no quadro do contrato principal, não ser ainda devida (seja por não estar vencida, seja por não se ter verificado condição para o seu cumprimento) não vemos razões para modificar a nossa interpretação. De facto, o vencimento pendente ou a condição apenas existe no quadro do contrato principal, na relação directa entre devedor e credor. Todavia, nesse mesmo contrato é estabelecida a interposição de um terceiro, por via do contrato de depósito *escrow*, a quem o devedor deve entregar o objecto da sua prestação em tempo e de modo também convencionado no contrato principal. Esta entrega configura assim uma forma de cumprimento a terceiro. Esta prestação feita na pessoa de terceiro libera o devedor da sua obrigação nos termos do disposto no art. 770º, alínea a). A obrigação de constituir o depósito *escrow* é actual e efectiva, sendo que apenas o direito do credor receber do depositário o objecto desse depósito é que estará adstrito à condição ou termo estabelecidos entre as

---

<sup>61</sup> No mesmo sentido, veja-se L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *O DEPÓSITO: MODALIDADES E REGIMES INSOLVENCIAIS*, in ob. cit., pag. 728 e seguintes.

partes, e cuja verificação caberá ao depositário confirmar antes de lhe proceder à entrega da coisa.

Na esfera do credor, portanto, o direito de exigir a constituição do depósito é imediato<sup>62</sup>, e portanto nem sequer se justificará discutir a invocação de um cumprimento antecipado. Apenas o direito do mesmo credor a receber o objecto da prestação é que nascerá em momento ulterior.

A entrega do objecto da prestação ao depositário é, assim, feita em cumprimento de uma obrigação emergente do contrato principal. Este cumprimento é feito sob condição resolutiva do incumprimento pelo credor da sua contraprestação, ou da não verificação da condição prevista no contrato subjacente. A verificação ou não da condição ou de termo - estes referentes ao contrato principal - reflecte-se, por sua vez, na atribuição do direito alternativo à restituição a cumprir pelo depositário.

Após a constituição do depósito, e ressalvadas outras obrigações a que esteja adstrito, nenhuma outra diligência se exige ao devedor/depositante, activa ou passivamente. Como também não lhe compete reconhecer o cumprimento do beneficiário ou a verificação da condição - esta missão cabe agora ao depositário. Assim, parece-nos que a intervenção do depositante no contrato está já esgotada, restando-lhe aguardar a sorte da relação contratual e as decisões consequentes do depositário<sup>63</sup>.

Somos, pois, da opinião que, no plano do contrato principal, a entrega da prestação pelo depositante ao depositário libera o depositante do cumprimento da prestação a que estava adstrito para com o credor, transpondo aquilo que era originariamente uma condição deste contrato para um direito alternativo à restituição, consubstanciado no poder do depositário confirmar a verificação da condição original.

Uma solução distinta criaria um enorme desequilíbrio na economia do contrato principal, mormente quanto à distribuição do risco, porquanto quem efectivamente prestou perderia a eficácia da sua

---

<sup>62</sup> Ressalvada a possibilidade de ser convencionada para esta obrigação um termo ou condição próprios.

<sup>63</sup> Note-se, contudo, que não nos choca que *a posteriori* entre as partes contratuais possam ser imputadas responsabilidades *in eligendo*, imputando eventuais responsabilidades da outra parte na escolha do banco depositário *escrow*. Esta possibilidade resta principalmente em caso de dolo do depositante, por saber à data do contrato - ocultando do beneficiário - de uma situação relativa ao depositário que pudesse levar a um previsível incumprimento (v.g. insolvência).

prestação. É facto que o devedor cumpre, porventura, antecipadamente<sup>64</sup>. Mas não o faz de uma forma unilateral, antes cumpre no tempo e modo convencionados com o credor. Ademais, tal cumprimento é feito na pessoa de depositário escolhido por acordo entre devedor e credor, e que nessa medida, substituirá o devedor original quanto à obrigação de prestar<sup>65 66</sup>.

Paralelamente, no âmbito do contrato de depósito, a entrega do objecto da prestação em depósito *escrow* ao depositário gera um direito de restituição de titularidade alternativa<sup>67</sup> entre ambos os depositantes, sujeito às instruções ou condições que os depositantes tenham previsto neste contrato. Ao abrigo deste contrato, o depositário fica obrigado a restituir o objecto da prestação que recebeu em depósito ao devedor ou ao credor do contrato principal de acordo com as instruções que estes lhe tiverem comunicado.

Formalmente, e ao nível do direito de propriedade, todavia, as coisas merecem maior atenção. De facto, tratando-se o depósito de coisa infungível, a constituição do depósito não implica em nada com o direito de propriedade do efectivo depositante. Este entrega a coisa em depósito ao depositário, estando este obrigado, a, por contrato celebrado com o devedor e credor, guardá-la e restituí-la nos termos de critérios e instruções por estes comunicadas. Nos termos desses mesmos critérios e instruções, e por força do contrato, a propriedade da coisa transmitir-se-á por mero efeito do contrato<sup>68</sup>. Note-se que a transmissão

---

<sup>64</sup> A antecipação a que nos referimos tem a ver apenas com a não simultaneidade com a contraprestação a receber por via do mesmo contrato. Note-se que é o próprio contrato subjacente que prevê a constituição do depósito, como adianta os respectivos termos e condições.

<sup>65</sup> E não acrescerá como defende MORAIS ANTUNES. Note-se que falamos aqui de uma obrigação de prestar e não nos referimos ao dever de restituição. Não nos podemos esquecer que estamos perante dois contratos distintos - um contrato principal e o depósito *escrow*. Ora, a entrega da coisa em depósito (em princípio, a prestação do contrato subjacente) implica a substituição da entidade devedora. Paralelamente, a mesma entrega, e conseqüente constituição do depósito, implica a partilha de um direito de restituição a operar de acordo com o mandato colectivo conferido ao mandatário. Estas duas relações contratuais decorrem em paralelo uma com a outra.

<sup>66</sup> Não discutimos aqui a possibilidade de ser imputada a qualquer das partes uma eventual responsabilidade *in eligendo* do depositário. Cuidamos apenas e só de analisar o papel que o depósito *escrow* desempenha no cumprimento do contrato principal. De todo modo, estará sempre em aberto a possibilidade da discussão da responsabilidade civil com aquele fundamento conforme tenham decorrido as negociações entre as partes conducentes aos termos dos contratos principal e de depósito *escrow*.

<sup>67</sup> Relativamente a este aspecto particular, aproximamo-nos daquilo a que MORAIS ANTUNES designa "depósito em favor de sujeito alternativamente determinado" (vide ob. cit. pag. 81 seguintes).

<sup>68</sup> Logo que o contrato se torne perfeito, vencendo-se ambas as obrigações, por decurso do tempo, ou por verificadas as condições em falta.

do direito de propriedade sobre a coisa prende-se, apenas e tão-só, com os efeitos do contrato principal, nada tendo que ver com o contrato de depósito.

Apenas o dever de restituir constitui uma obrigação do contrato de depósito. E o correspectivo direito à restituição pertence alternativamente, durante toda a vida do contrato de depósito *escrow*, a ambos os outorgantes depositantes até que o depositário, em cumprimento do mandato e das instruções recebidas por via dele, decida pela entrega do objecto da prestação a uma das partes<sup>69</sup>.

No caso de depósito de dinheiro ou outras coisas fungíveis<sup>70</sup>, uma vez que a constituição do depósito implica a transferência da respectiva propriedade para o depositário, ao depositante (efectivo) restará um direito de crédito à restituição. Neste caso não se verifica qualquer tipo de distinção entre o regime dos direitos reais e dos direitos obrigacionais em jogo: o que nos permite afirmar que a entrega de fundos monetários ao abrigo de um depósito *escrow* implica como contrapartida imediata a atribuição do respectivo dever de restituição a ambos os depositantes (credor e devedor, agindo em conjunto).

A solução preconizada acarreta que o risco pelo eventual incumprimento do depositário correrá pelo credor, estando o devedor exonerado da sua obrigação com a entrega da coisa em depósito *escrow*<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> Esta regime de propriedade sobre a coisa depositada, a que dificilmente poderíamos fugir, por via do princípio da tipicidade dos direitos reais, levanta questões próprias de risco. Por exemplo, no caso de insolvência do depositante. Efectivamente, no caso de depósito de coisas, não havendo transferência de propriedade, e salva previsão contratual que previna esta situação, cremos que a coisa deve integrar a massa insolvente. Já quanto ao depósito de dinheiro, assim não será, porquanto o depositante apenas detém um direito de crédito em comunhão com o seu credor, direito esse que apenas se poderá liquidar por meio da decisão e execução do depositário.

<sup>70</sup> V.g. títulos de valores mobiliários livremente negociáveis em mercado.

<sup>71</sup> Neste sentido parece militar L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *O DEPÓSITO: MODALIDADES E REGIMAS INSOLVENCIAIS*, in ob. cit. pag. 733.

### 3.4. O depósito escrow como negócio fiduciário

Traçado o quadro negocial normal dos contratos de depósito *escrow*, cumpre verificar se este poderá ser qualificado como um negócio fiduciário. E em caso afirmativo, se daí resultarão consequências relevantes para o seu regime jurídico.

Esta análise é fundamental para a apreciação da distribuição do risco na economia do contrato de depósito *escrow* e suas repercussões sobre o contrato principal. O negócio fiduciário é um tipo de negócio que, pressupondo uma propriedade ou gestão autónoma do fiduciário sobre um determinado património, pode ter por consequência um princípio de separação ou autonomia patrimonial funcionalizada em ordem à prossecução de interesse de um terceiro. Essa possibilidade vem a criar cenários em que a separação de patrimónios tenha a sua origem em negócios meramente obrigacionais, com limitação de riscos e responsabilidade.

Este tipo de instrumento tem já grande tradição junto dos países anglo-saxónicos, onde a figura da propriedade fiduciária é pacífica, independentemente da forma que assuma, fornecendo soluções de separação patrimonial dirigida. Entre nós, apesar de se vislumbrarem manifestações do negócio fiduciário<sup>72</sup>, não está prevista qualquer possibilidade legal de separação de patrimónios com origem contratual, apesar de existir doutrina que tende a admiti-la.

Segundo ANDRÉ FIGUEIREDO, um negócio fiduciário poderá “*ser descrito como o contrato do qual resulta, directa ou indirectamente, uma atribuição plena e exclusiva (ainda que temporária) de um bem ao fiduciário - maxime, de um direito de propriedade sobre uma coisa -, gravada porém por um vínculo funcional de natureza obrigacional que instrumentaliza a situação jurídica em que fica investido o fiduciário à prossecução de um interesse alheio - pertencente ao fiduciante -, e que impõe, nos termos estipulados, a (re)transmissão daquele acervo patrimonial e respectivos frutos para a esfera do fiduciante*”<sup>73</sup>.

Esta descrição logo nos indica os pontos-chave que nos apontam estarmos perante um negócio fiduciário.

<sup>72</sup> Cujo exemplo principal é sempre o mandato sem representação, mas também os casos das cláusulas fideicomissárias ou o regime do Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada.

<sup>73</sup> In O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO PERANTE TERCEIROS, 2012, Almedina, pag. 83

Desde logo, a transferência da disponibilidade sobre uma coisa do fiduciante para o fiduciário. Apesar de o cenário mais típico pressupor a transferência do direito de propriedade não terá de ser assim necessariamente. É critério apenas que a disponibilidade sobre a coisa passe para o fiduciário, em termos que lhe confira a administração da coisa, para que este a possa exercer livremente.

Por outro lado, impõe-se que a administração que o fiduciário faça da coisa, independentemente de ser o proprietário dela ou não, seja por conta e no interesse do fiduciante ou de terceiro por este indicado. A prestação do fiduciário coincide exactamente com a prossecução do interesse do beneficiário. Esta prestação poderá beneficiar de uma maior ou menor discricionariedade do fiduciário, conforme as instruções do fiduciante, que se devem ter vinculativas.

Por fim, para que estejamos perante um negócio fiduciário é necessário que a disponibilidade sobre a coisa seja meramente temporária, estando o fiduciário obrigado a retransmitir a mesma ao fiduciante ou a beneficiário que ele indique.

Ora, ficou já claro que ao depositário *escrow* cabe não apenas a guarda da coisa depositada mas também garantir que ela é restituída de acordo com as instruções dos depositantes, ou pelo menos de acordo com os seus critérios. Esta actividade poderá, inclusivamente, ter uma natureza judicante. Não podemos deixar de concluir que este serviço prestado às partes do contrato subjacente tem ínsita uma actividade de gestão do destino da coisa. Tal gestão pode, ou não, obedecer a determinado grau de discricionariedade mas não deixa de ser uma actividade de gestão ou administração feita pelo depositário em nome próprio e no interesse de terceiro.

Por outro lado, a mera circunstância de estarmos perante um contrato de depósito implica que os depositantes (ou pelo menos um deles) transfere a disponibilidade fáctica sobre a coisa para o depositário<sup>74</sup>, passando a partir desse momento a gestão da coisa para este.

Vale isto por dizer que temos para nós que o depósito *escrow* é, efectivamente um negócio fiduciário, constituindo o contrato um verdadeiro pacto fiduciário, pelo qual os depositantes/fiduciantes entregam ao depositário/fiduciário a gestão de uma coisa, com o objectivo de que este a guarde

---

<sup>74</sup> Sendo certo que no caso dos depósitos irregulares (bens fungíveis), essa transferência ser, necessariamente, e por força do disposto no art. 1206º e 1144º, do próprio direito de propriedade.

estritamente com o objectivo central de a restituir a apenas um deles, de acordo com determinadas instruções que os próprios depositantes lhe tenham dado.

Dito isto, cabe agora analisar os riscos que o contrato de depósito *escrow* é susceptível de implicar.

Desde logo, o risco de perecimento da coisa necessariamente correrá por conta do depositário, por ter como obrigação, decorrente do contrato de depósito, a guarda dela. Caberá a este assegurar a integridade da coisa, respondendo pelos danos que o seu perecimento possa causar.

Como afirmámos *supra*, há autores que sustentam a possibilidade, de ser garantida a segregação do património fiduciário. Nesse sentido vejam-se ANDRÉ FIGUEIREDO<sup>75</sup> ou L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS<sup>76</sup>. Concretizando, defendem que o património dado em depósito não responderia em concurso para com os credores comuns de depositante ou depositário, em caso de insolvência de alguma daquelas partes, em virtude de se tratar de um património fiduciário, afecto apenas e tão só ao vínculo gerado pelo *escrow*.

*De jure condendo*, a solução não nos choca, principalmente com base ao argumento repetido de que a não separação patrimonial implica um enriquecimento injustificado dos credores do depositário, principalmente no caso de se tratar de um depósito irregular. Todavia, não vemos como ultrapassar a questão da titularidade jurídica, o princípio da tipicidade dos direitos reais e da plenitude do direito de propriedade.

Pela nossa parte, entendemos que à questão da responsabilidade por dívidas de devedor ou credor no contrato principal seja no quadro de uma insolvência, seja outro tipo de meio de apreensão patrimonial, se aplicarão as regras gerais da propriedade.

No caso de depósito *escrow* de coisa infungível, esta responderá pelas obrigações de quem for dela proprietário na data que for processualmente relevante para o efeito<sup>77</sup>. É, todavia, certo que a coisa não

---

<sup>75</sup> Vide ob. cit. pag. 300, onde o autor faz referência à prevalência do conceito de "património líquido ou económico", de que a titularidade jurídica é um mero indício, admitindo que um vínculo obrigacional anule os reconhecidos "benefícios e riscos" do direito de propriedade.

<sup>76</sup> In *DIREITO DAS GARANTIAS*, 2013, 2ª edição, Almedina, pag. 566, bem como *O DEPÓSITO: MODALIDADES E REGIMES INSOLVENCIAIS*, in ob. cit. , pag. 737.

<sup>77</sup> Vide *supra* o ponto 3.3.

responderá nunca por dívidas do depositário, uma vez que a propriedade nunca é sua. Poderão então os depositantes reclamar a separação de bens ou embargar de terceiro por forma a salvaguardar a coisa.

Já na hipótese de depósito *escrow* de coisa fungível, os depositantes concorrerão com os restantes credores comuns do depositário. De facto, nesse caso, a propriedade da coisa é transferida para o depositário, integrando o seu património, e assim respondendo pelas obrigações deste. A devedor e credor do contrato principal não restará senão reclamarem o seu direito de crédito em concurso com os demais credores.

## BIBLIOGRAFIA

- ➔ ALVES, HUGO RAMOS
  - *Do Penhor*, 2010, Almedina
  
- ➔ ANTUNES VARELA, JOÃO DE MATOS
  - *Das Obrigações em Geral, Vol. II*, 5ª Edição, 1992, Almedina
  
- ➔ AURELIANO, NUNO
  - *O Risco nos Contratos de Alienação*, 2009, Almedina
  
- ➔ BRANDÃO PROENÇA, JOSÉ CARLOS
  - *Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações*, 2011, Coimbra Editora
  - *Do dever de guarda do depositário e de outros detentores precários*, in *Direito e Justiça*, Vol. IX, tomo 1, pag. 45 e seguintes
  
- ➔ CALVÃO DA SILVA, JOÃO
  - *Direito Bancário*, 2001, Almedina
  
- ➔ CAMANHO, PAULA PONCES
  - *Do Contrato de Depósito Bancário*, 2005, Almedina
  
- ➔ CARVALHO, ORLANDO DE
  - *Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)*, in *BOLETIM DA FACULDADE DE DIREITO (Suplemento X)*, 1952
  
- ➔ ENGRÁCIA ANTUNES, JOSÉ
  - *Direito dos Contratos Comerciais*, 2009, Almedina
  
- ➔ FIGUEIREDO, ANDRÉ
  - *O Negócio Fiduciário Perante Terceiros*, 2012, Almedina
  
- ➔ HÖRSTER, HEINRICH EWALD

- *A Parte Geral do Código Civil Português - Teoria Geral do Direito Civil*, 1992, Almedina
  
- ➔ MENEZES CORDEIRO , ANTÓNIO
  - *Manual de Direito Bancário*, 4ª Edição, 2010, Almedina
  - *Tratado de Direito Civil - VII*, 2014, Almedina
  
- ➔ MORAIS ANTUNES, JOÃO TIAGO
  - *Do Contrato de Depósito Escrow*, 2007, Almedina
  
- ➔ MOTA PINTO, CARLOS ALBERTO DA
  - *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª Edição, 1985, Coimbra Editora
  
- ➔ PAIS DE VASCONCELOS, PEDRO
  - *Contratos Atípicos*, 2ª Edição, 2009, Almedina
  
- ➔ PESTANA DE VASCONCELOS, L. MIGUEL
  - *Depósito: Modalidades e Regimes Insolvenciais*, in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster, 2012, Almedina
  - *Direito das Garantias*, 2013, 2ª Edição, Almedina
  
- ➔ PIRES DE LIMA, FERNANDO ANDRADE e  
ANTUNES VARELA, JOÃO DE MATOS
  - *Código Civil Anotado*, Vol. I, 3ª Edição, Coimbra Editora
  - *Código Civil Anotado*, Vol. II, 2ª Edição, Coimbra Editora
  
- ➔ ROMANO MARTINEZ ,PEDRO e  
FUZETA DA PONTE, PEDRO
  - *Garantias de Cumprimento*, 2006, Almedina
  
- ➔ VAZ SERRA, ADRIANO
  - *Penhor*, in BMJ nº 59