

Publicação disponível em: <https://blook.pt/publications/publication/c83e33ab7a24/>

# A ADMISSIBILIDADE DA ALIENAÇÃO EM GARANTIA

---

**GONÇALO ALBUQUERQUE**

REVISTA DE DIREITO FINANCEIRO E DOS MERCADOS DE CAPITAIS, VOL. 1 (2019), NO. 1, 25-90



DR. GONÇALO ALBUQUERQUE\*  
Licenciado e Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito  
da Universidade Nova de Lisboa

## A admissibilidade da alienação em garantia

*The enforceability of title transfer collateral arrangement*

**RESUMO:** O objeto deste artigo pretende indagar sobre a admissibilidade do contrato de alienação em garantia no ordenamento jurídico português. Este artigo discute a validade dos contratos de alienação em garantia que não se sujeitam à regulação sobre os acordos de garantia financeira prevista no Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de maio. São analisados os primeiros obstáculos à sua validade, as figuras afins, a sua conexão ao negócio fiduciário e às garantias reais, a sua função e estrutura jurídica para, a final, ser adotada uma posição informada sobre a validade ou invalidade do negócio.

**Palavras-chave:** (i) alienação em garantia; (ii) garantias reais; (iii) negócio fiduciário

**ABSTRACT:** The purpose of this paper is to inquire about the admissibility of title transfer collateral arrangement in the Portuguese legal system. This paper discusses the enforceability of title transfer collateral arrangement which are not subject to the regulation on financial collateral arrangements provided by Decree-Law 105/2004, of 8 May. This analysis comprises the following: the first obstacles to its enforceability, resembling and closest contracts, the connection to the fiducia cum creditore and in rem collaterals, its function and legal framework and, at the end, a position is adopted regarding the validity or invalidity of the contract.

\* grlalbuquerque@gmail.com

**Keywords:** (i) title transfer collateral arrangement; (ii) in rem collaterals; (iii) fiducia cum creditore

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Aproximação ao contrato de alienação em garantia. 2. Natureza jurídica da alienação em garantia: 2.1. A teoria unitária e a teoria dualista do negócio fiduciário. 2.2. A recondução do contrato a um tipo legal: 2.2.1. A propriedade reservada. 2.2.2. O penhor e a hipoteca. 2.3. Compra e venda, em especial a venda a retro. 2.3. A negação da recondução do contrato a um tipo legal: 2.3.1. A alienação em garantia, enquanto contrato indireto de venda a retro. 2.3.2. 2.3.2. A utilização da compra e venda como tipo de referência da alienação em garantia e a prevalência da analogia sobre a integração contratual e interpretação complementadora. Crítica e posição adotada. 2.4. As coordenadas garantísticas da alienação em garantia. 2.4.1. A polissemia da noção jurídica de garantia. 2.4.2. Estrutura e função das garantias especiais do cumprimento das obrigações. 2.5. Natureza fiduciária da alienação em garantia. Crítica. 2.6. Conclusões sobre a natureza jurídica da alienação em garantia. 3. Problemas da admissibilidade da alienação em garantia: 3.1. A proibição do pacto comissório. 3.2. O pacto marciano e a sua inserção no quadro dos efeitos jurídicos da situação jurídica residual. Conclusões. Bibliografia.

## **Introdução**

O estudo do contrato de alienação em garantia surgiu com especial interesse nos últimos anos. Esta situação deveu-se à proliferação dos privilégios creditórios, morosidade dos processos de insolvência e execução, e onerosidade na constituição das garantias reais legalmente típicas. O estudo de novas figuras jurídicas impôs-se.

Não é analisado, especificamente, o contrato de alienação em garantia no âmbito dos acordos de garantia financeira previsto no Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de maio, cujo âmbito subjetivo foi recentemente cerceado pelo art. 306.º-E do CdVM.

O texto pode dividir-se em duas partes essenciais, ainda que informalmente.

A primeira parte tem o propósito principal de analisar o contrato de alienação em garantia procurando descobrir os elementos estruturais, determinar a função económico-social para descobrir, a

final, qual é a sua natureza jurídica (isto é, o regime jurídico que é inato à alienação em garantia quando as partes não estipulam em sentido contrário).

A segunda parte procura responder à questão que está subjacente à realização deste artigo: saber se o contrato de alienação em garantia é admissível no ordenamento jurídico português.

Ressalvamos que para o objeto deste artigo é dispensável a distinção que normalmente se faz atendendo ao objeto do contrato: cessão de créditos em garantia e alienação em garantia. A discussão sobre a admissibilidade do contrato é transversal e as conclusões são válidas para ambos. A distinção entre direitos de crédito e direitos reais pode ser aproximada pelo prisma da titularidade de uma situação jurídica com vocação para oponibilidade erga omnes, isto é, observando os direitos de crédito como objetos de negócios jurídicos, ao invés de efeitos de um negócio jurídico.

A alienação em garantia ressurgiu num período que a doutrina qualifica de crise de confiança dos credores nas garantias reais típicas<sup>1</sup>. A sua onerosidade, morosidade dos processos de execução e insolvência, a presença inopinada dos privilégios creditórios, os custos e a preferência dos créditos sobre a massa insolvente contribuem para o ressurgimento desta figura pela sua aptidão para não participar no concurso de credores do alienante e salvaguardar-se da penhora por parte dos credores deste durante a execução do contrato.

## **1. Aproximação ao contrato de alienação em garantia**

A alienação em garantia é uma figura vetusta, já conhecida no Direito Romano. A maioria da doutrina romanista considera que é

<sup>1</sup> Catarina Monteiro Pires, *Alienação em garantia*, Almedina: Coimbra (2010), 11 ss.; Isabel Andrade Matos, *O pacto comissório: contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, Almedina: Coimbra (2006), 9 ss.; Hugo Ramos Alves, *Dação em cumprimento*, Almedina: Coimbra (2017), 472 ss.; Rosely de Moraes Campos, *Alienação fiduciária em garantia em As operações comerciais*, Almedina: Coimbra (1988), 570-571.

a mais antiga garantia real do cumprimento das obrigações<sup>2</sup>. Designada por *fiducia cum creditore*, consistia no ato pelo qual o devedor (ou terceiro) transmitia o direito de propriedade de uma *res mancipi* para o credor, que se obrigava a restituí-la ao garante quando se verificasse o cumprimento do crédito garantido. Coexistia um negócio transmissivo da propriedade e um negócio jurídico obrigacional designado por *pactum fiduciae*, que se destinava a vincular o fiduciário na prossecução do interesse do fiduciante. Distingua-se da *fiducia cum amico* porque o fiduciante transmitia o direito de propriedade de uma *res mancipi* para o fiduciário para servir outros fins – nomeadamente, administração – no interesse do fiduciante, fiduciário ou de um terceiro<sup>3</sup>. A *fiducia cum creditore* e a *fiducia cum amico* estão na origem das categorias modernas que a doutrina denomina por negócios fiduciários para garantia e negócios fiduciários para administração, respetivamente.

A doutrina dividiu-se relativamente à natureza jurídica da figura na passagem do séc. XIX para o séc. XX: surgiu, por esta altura, a distinção entre a *fidúcia romana* e a *fidúcia germânica*<sup>4</sup>. A distinção assentava na natureza real da situação jurídica do fiduciário. Na *fidúcia romana* considerava-se que o adquirente era proprietário pleno da coisa alienada em garantia, obtendo todos os poderes e faculdades dessa situação jurídica, apenas limitado por obrigações que surgissem do pacto fiduciário<sup>5</sup>. Na *fidúcia germânica* considerava-se que o adquirente obtinha uma propriedade plena, mas sujeita a condição resolutiva se o objeto era bem imóvel, com natural eficácia *erga omnes*, sucedendo a condição se o fiduciário transmitisse o

<sup>2</sup> António Vieira Cura, “*Fiducia cum creditore*. Aspectos gerais”, sep., 34 BFDUC (1991), 150 ss..

<sup>3</sup> Sobre a *fidúcia cum creditore* e a *fiducia cum amico*, respetivamente, Sebastião Cruz, *Direito romano (Ius Romanum)*. Introdução. Fontes, I, 4.<sup>a</sup> ed., Dislivro, (1984), 242-245; Max Kaser, *Direito privado romano*, trad. de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa (1999), 148-149.

<sup>4</sup> A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do trust no direito civil*, Almedina: Coimbra (2014), 735 e ss..

<sup>5</sup> André Figueiredo, *O negócio fiduciário perante terceiros. Com aplicação especial na gestão de valores mobiliários*, Almedina: Coimbra (2012), 40; Mário Júlio Almeida Costa, *Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria: notas de direito comparado*, I D&J, n.º 1, (1980), 41-57, 44.

bem a terceiro ou se o fim acordado deixasse de ser possível. A produção dos efeitos resolutivos estava dependente do conhecimento do terceiro da natureza fiduciária da relação. Considerava-se que o terceiro sabia que adquirira um bem transmitido em virtude de uma relação fiduciária devido à publicidade na transmissão dos bens imóveis. Se a fidúcia tivesse como objeto bens móveis, a situação jurídica do fiduciário não estava sujeita a condição resolutiva, mesmo que o terceiro adquirente conhecesse a relação fiduciária, porque estes bens não estavam sujeitos a publicidade<sup>6</sup>.

A fidúcia germânica acabou por não prevalecer, com o argumento de que uma condição resolutiva implícita na alienação em garantia não decorria da sua natureza jurídica nem do seu regime jurídico. No seu desígnio de proteção real do alienante, a fidúcia germânica cinde a legitimidade para alienar (que pertence ao alienante) e a titularidade do direito (que pertence ao adquirente), estabelecendo a ineficácia de uma alienação por parte do adquirente a terceiro. No Direito português, esta construção não é possível devido ao princípio da tipicidade legal dos direitos reais (n.º 1 do art. 1306.º do Código Civil).

Até ao início da segunda metade do séc. XX, vários foram os argumentos encontrados pela doutrina para rejeitar a admissibilidade do negócio fiduciário no direito português.

Seguindo um critério cronológico, o primeiro argumento resulta da frequente estruturação do contrato de alienação em garantia como compra e venda com fim de garantia. As partes instrumentalizam o contrato de compra e venda (cuja função económico-social é a permuta ou a troca) porque, na realidade, o contrato que realmente querem celebrar é uma compra e venda com fim de garantia. Esta contradição, entre a causa do tipo legal da compra e venda e o fim prosseguido pelas partes, não seria possível. A lei, quando atribui eficácia à transmissão do bem na compra e venda, só o faz porque pressupõe a função económico-social de troca. A compra e venda

<sup>6</sup> Barreto Menezes Cordeiro, *Do trust* cit., 737-738.

com fim de garantia só podia ser admitida nos sistemas jurídicos em que é irrelevante a demonstração da causa da atribuição<sup>7</sup>.

Esta posição é criticável por duas razões: embora a falta de causa da atribuição reflita a inexistência do negócio jurídico causal porque a atribuição não foi realizada conforme ao Direito, seguindo esta linha de argumentação a existência do negócio jurídico não é colocada em causa por este motivo. Este argumento funda a invalidade do negócio jurídico na contradição entre a finalidade meta-jurídica do tipo legal da compra e venda (a troca) e a finalidade do contrato de alienação em garantia (naturalmente, a garantia). O juízo que se pode retirar da falta de correspondência pertence à teoria da qualificação dos contratos, devendo o intérprete concluir que não está perante uma compra e venda. A constatação que a função económico-social da compra e venda é a troca, enquanto na venda em garantia a causa-função é a garantia, não serve, per se, para fundamentar a invalidade do contrato porque é evidente a licitude da função económico-social de garantia.

O segundo argumento adota como paradigma a teoria dualista do negócio fiduciário e funda a invalidade no instituto da simulação. A transmissão da titularidade plena de um bem através de um negócio jurídico real, limitando os poderes do adquirente através de um negócio obrigacional aparenta uma certa contradição entre a vontade declarada e a vontade real. A alienação em garantia seria um negócio simulado em que as partes recorrem a um tipo causal translativo previsto na lei, mas escondem um negócio jurídico obrigacional (pacto fiduciário)<sup>8</sup>. Embora, curiosamente, se note que a vontade real e a vontade declarada das partes são coincidentes.

Esta posição não pode ser aceite. O critério de distinção reside na vontade das partes<sup>9</sup>. Enquanto na simulação existe uma diver-

<sup>7</sup> Beza dos Santos, *A simulação em direito civil*, I, Coimbra Editora: Coimbra (1921), 120-123.

<sup>8</sup> Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, II, reimp., Almedina: Coimbra (1983), 176-179.

<sup>9</sup> Cariota-Ferrara, *I negozi fiduciari: trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia*, CEDAM: Pádua (1933), 44.

gência entre a vontade declarada e a vontade real, no negócio fiduciário a vontade declarada e a vontade real estão em sintonia.

O terceiro argumento funda a invalidade do contrato de alienação em garantia no princípio da tipicidade legal dos negócios jurídicos com eficácia real<sup>10</sup>. Argumentou-se que no Direito português, em princípio, não é possível transmitir um direito sem alegação da causa da atribuição. Esta posição assumia a invalidade da alienação em garantia porque não estava legalmente tipificada uma transmissão fiduciae causa.

Embora seja certo que existe um princípio da tipicidade das causas transmissivas no direito português porque vigora o princípio da causalidade e da tipicidade dos direitos reais, não é possível retirar deste princípio a existência de um princípio da tipicidade dos negócios com eficácia real. Esta ideia resulta com clareza do art. 939.º porque a sua aplicação assume, naturalmente, especial relevância perante contratos legalmente atípicos. A norma que permite a atipicidade dos negócios jurídicos com eficácia real e que consagra o princípio da consensualidade é o art. 408.º quando, em termos amplos, prevê que “a constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato, salvas as exceções previstas na lei” e o n.º1 do art. 401.º que consagra o princípio da liberdade contratual<sup>11</sup>.

## **2. Natureza jurídica da alienação em garantia**

### **2.1. A teoria unitária e a teoria dualista do negócio fiduciário**

A conceção clássica da estrutura dos negócios fiduciários – e, historicamente por inerência, da alienação em garantia – identifica dois negócios jurídicos com efeitos distintos em união de negócios jurídicos. Une-se um negócio jurídico obrigacional negativo – o

<sup>10</sup> Manuel de Andrade, *Teoria geral* cit., II, 177.

<sup>11</sup> José de Oliveira Ascensão, *A tipicidade dos direitos reais*, Livraria Petrony: Lisboa (1968), 168 ss..

pacto fiduciário – que se destina a regular os poderes e deveres do adquirente em relação aos bens transmitidos com fim de garantia, nomeadamente constituindo-se a obrigação de restituição dos bens para o alienante, em caso de cumprimento do crédito garantido. O segundo é um negócio jurídico real positivo que opera a transmissão de um direito de crédito ou real para o adquirente<sup>12</sup>. Esta conceção foi denominada por Castro y Bravo de teoria do duplo efeito<sup>13-14</sup>.

Esta teoria só pode ser verdadeiramente entendida no contexto do ressurgimento da alienação em garantia no final do séc. XIX, na Alemanha. O pano de fundo da teoria do duplo efeito é o sistema jurídico alemão para a transmissão de direitos de crédito e reais. Neste sistema jurídico vigora o princípio da separação (*Trennungsprinzip*) entre a causa da atribuição (negócio jurídico obrigacional) e a transmissão (negócio jurídico real). De acordo com este princípio, a transmissão da propriedade só sucede com a celebração de um negócio jurídico real. A invalidade do negócio jurídico obrigacional não prejudica a validade do negócio jurídico real abstrato (*Abstraktionsprinzip*). A transmissão do direito de propriedade opera com a entrega da coisa ou o registo, e concomitante acordo em transmitir (cfr. §929, §873BGB)<sup>15</sup>. O sistema que está subjacente ao ordenamento jurídico alemão de transmissão de direitos é o sistema do modo<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> Francesco Ferrara, *Della simulazione dei negozi giuridici*, 3.<sup>a</sup> ed., Società Editrice Libreria: Milão (1909), 57.

<sup>13</sup> Frederico de Castro y Bravo, *El negocio jurídico*, Editorial Civitas: Madrid, 381 ss..

<sup>14</sup> Apoiando a teoria do duplo efeito no negócio fiduciário, cfr. acórdão do REv 28-jun.-2017 (Tomé de Carvalho), proc. n.º 687/16.2T8PTG.E1 e acórdão do REv 15-dez.-2009 (Fernando Bento), proc. n.º 283/2002.E1.

<sup>15</sup> Sobre o princípio da separação (*Trennungsprinzip*) do negócio jurídico obrigacional relativamente ao negócio jurídico real, cfr. Jens Thomas Fuller, *Eigenständiges Sachenrecht?*, Mohr Siebeck: Tübingen (2006), 261 ss.. O princípio da abstração foi cerceado, em casos excepcionais, pela construção da *Fehleridentität* (equivalência no erro) que sucede quando o negócio dispositivo abstrato é contaminado pelo mesmo vício do negócio obrigacional, invalidando ambos. Sobre os desvios ao princípio da abstração no Direito alemão, Fuller, *Eigenständiges Sachenrecht?* cit., 127 ss..

<sup>16</sup> Rui Pinto Duarte, *Curso de direitos reais*, 3.<sup>a</sup> ed., Principia: Cascais (2013), 59.

No sistema português vigora o princípio do consensualismo<sup>17</sup>. Em princípio, a entrega não é necessária para operar a transmissão da coisa. O sistema para a transmissão de direitos é o sistema do título e, convencionalmente, do título e do modo (o princípio do consensualismo conta com numerosas exceções, desde logo, as elencadas no n.º 2 do art. 408.º). Não se vislumbram razões quer de regime jurídico quer quanto à natureza jurídica para a complexificação da alienação em garantia em dois negócios jurídicos distintos, no sistema jurídico português em que a transmissão de direitos reais ocorre, por princípio, por mero efeito do contrato (n.º 1 do art. 408.º). Por analogia deve ser aplicado o mesmo preceito legal aos direitos de crédito porque existe lacuna<sup>18</sup>.

A aptidão transmissiva (ou negócio real na teoria do duplo efeito) não é um pressuposto do negócio fiduciário. Lipari classifica os negócios fiduciários em dinâmicos e estáticos. O negócio fiduciário dinâmico pressupõe a transmissão da titularidade de um direito previamente à eficácia da relação fiduciária, seja a transmissão protagonizada pelo fiduciante ou terceiro. Na fidúcia estática existe apenas a assunção da obrigação pelo fiduciário de exercer a titularidade do direito no interesse do beneficiário<sup>19</sup>. A conceção da teoria dualista não é suficientemente ampla para incluir a fidúcia estática porque não consubstancia um negócio translativo. Não é razoável negar a qualificação como negócio fiduciário à fidúcia estática apenas porque não consubstancia uma transmissão, verificando-se uma atuação do fiduciário que se comprometeu a atuar no interesse

<sup>17</sup> Por todos, sobre o princípio do consensualismo, Luís Menezes Leitão, *Direito das obrigações*, III, 12.ª ed., Almedina: Coimbra (2018), 20 ss..

<sup>18</sup> Esta posição é controversa. A doutrina divide-se quanto aos requisitos para a transmissão do direito de crédito. Para a maioria dos autores, a transmissão dos direitos de crédito carece de dois atos: o contrato e a notificação ao devedor cedido. Em caso de inexistência de notificação, a eficácia da cessão é circunscrita às partes porque a notificação é elemento necessário para a oponibilidade a terceiros. Na nossa opinião, o princípio do consensualismo aplica-se à transmissão dos direitos de crédito. Deve ser reconhecida à notificação um papel de tutela do devedor cedido e não notificado (relacionando-se com a eficácia liberatória do cumprimento feito ao cedente), Assunção Cristas, *Transmissão contratual do direito de crédito: do carácter real do direito de crédito*, Almedina: Coimbra (2005), 552-566.

<sup>19</sup> Nicolò Lipari, *Il negozio fiduciario*, reimpr. da ed. de 1966, Giuffrè: Milão (1971), 153.

e por conta do beneficiário, em relação a determinados direitos que já integravam o seu património.

O contrato de alienação em garantia não tem a sua estrutura assente numa união de negócios jurídicos. O contrato é unitário com eficácia real e obrigacional. A eficácia real produz a transmissão do direito e os efeitos obrigacionais esclarecem a posição jurídica do adquirente e do alienante, conformando-a com a função de garantia. A teoria dualista não é um elemento caracterizador do negócio fiduciário porque a estrutura dualista ocorre em outros tipos contratuais no sistema alemão de transmissão de direitos de crédito e reais.

É comum a doutrina<sup>20</sup> referir que é característica do negócio fiduciário a desproporcionalidade dos meios jurídicos que se utilizam, face aos fins económicos prosseguidos (sem justificar adequadamente este entendimento). As partes recorrem a um contrato típico, mas excedem os propósitos do tipo contratual legal pelo fim económico prosseguido. A teoria do duplo efeito é impressiva para, supostamente, demonstrar esta situação: o negócio jurídico real investe o fiduciário na titularidade de um direito, mas este é limitado na sua atuação pelo pacto fiduciário.

O fiduciante na transmissão da titularidade de um direito concederia mais poderes ao fiduciário do que aqueles que seriam necessários para o fim prosseguido pelas partes<sup>21</sup>. Na alienação em garantia, a transmissão da titularidade de um direito excederia o fim de garantia prosseguido pelas partes. Nas garantias reais do

<sup>20</sup> Adriano Vaz Serra, *Cessão de créditos ou de outros direitos*, BMJ, número especial (1955), 157-158; Fernando Pessoa Jorge, *O mandato sem representação*, Almedina: Coimbra (1961), 325; Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora: Coimbra (2002), 190. Contra, Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina: Coimbra (2009), 263-267, porque pensa que o meio é necessário para o fim em vista; Igualmente, Luís A. Carvalho Fernandes, *A admissibilidade do negócio fiduciário no Direito Português em Ars Iudicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, II: *Direito Privado*, coord. de Jorge de Figueiredo Dias/José Joaquim Gomes Canotilho/José de Faria Costa, Coimbra Editora: Coimbra (2008), 225-254, 229; Hugo Ramos Alves, *Do Penhor*, Almedina: Coimbra (2010), 309-310.

<sup>21</sup> Francesco Ferrara cit., 56 ss.; Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane: Nápoles (1994), 315.

cumprimento das obrigações previstas no Código Civil, não é necessário a transmissão da titularidade do direito para o credor garantido para satisfazer o fim económico de garantia prosseguido pelas partes. Existiria com a transmissão da titularidade do direito um excesso de poderes (abstratos) concedidos ao adquirente em relação ao objeto da situação jurídica de garantia face ao que seria necessário para garantir o cumprimento de uma obrigação.

Uma conceção unitária de negócio fiduciário concebe que as partes realizem um negócio jurídico com eficácia real e obrigacional, sem se poder dizer que exista uma desproporcionalidade dos meios jurídicos utilizados em relação aos fins económicos pretendidos porque a relação desenhada pelas partes corresponde, inteiramente, às suas pretensões<sup>22</sup>.

Aquela conceção<sup>23</sup> resulta de uma ideia de sujeição do fiduciante ao risco fiduciário aparentemente inerente ao negócio fiduciário, isto é, o risco de que o fiduciário abuse dos seus poderes e não cumpra o plano obrigacional acordado<sup>24</sup>. Este risco apresenta dois corolários: risco de recusa de retransmissão do bem após cumprimento da obrigação garantida e risco de alienação do bem a terceiros. Não se pode dizer que este risco seja privativo do negócio fiduciário e elevado a traço estruturante do negócio. O risco de não cumprimento existe em qualquer relação obrigacional. Não é elemento caracterizador do negócio fiduciário uma especial confiança (fiducia) do fiduciante perante o fiduciário, porque essa confiança existe normalmente em todos os tipos contratuais em que se desenvolvam relações entre credor e devedor. O excesso dos propósitos das partes face ao meio jurídico utilizado só pode ser avaliado no plano das vicissitudes da relação obrigacional, em concreto em caso de não cumprimento do acordo.

<sup>22</sup> Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos cit.*, 263 ss.; *Em tema de negócio fiduciário*, FDL (teses de mestrado): Lisboa (1985), 11-16.

<sup>23</sup> André Figueiredo, *O negócio fiduciário perante terceiros cit.*, 79-82.

<sup>24</sup> Tomando o risco fiduciário como característica essencial do negócio, cfr. acórdão do STJ 25-jun.-2013 (Fonseca Ramos), proc. n.º 532/2001.L1.S1.

## 2.2. A recondução do contrato a um tipo legal

A qualificação de um contrato como pertencente a um tipo legal tem consequências importantes na relação entre a sua parte dispositiva e as normas injuntivas que o regulam. Qualificar um contrato como pertencendo a um determinado tipo contratual legal, significa reconhecer que o legislador lhe atribuiu uma regulação, servindo de base para o intérprete procurar soluções para os problemas jurídicos que encontre.

A qualificação de contratos é um juízo que procura determinar se certo contrato é regulado por um tipo contratual legal. Esse juízo faz-se por uma pré-interpretação do contrato que se pretende qualificar, que tem de ser comparada com o tipo contratual legal proposto para a qualificação, isto é, com o sentido imanente que brota do tipo contratual e o texto do negócio jurídico<sup>25</sup>.

Os tipos contratuais legais, geralmente, não têm notas essenciais<sup>26</sup> que permitam fundar um juízo binário de inclusão ou exclusão no tipo quando se verificam. Os tipos legais têm características (índices do tipo) que nos auxiliam na qualificação de um contrato, mas esses índices não necessitam de se verificar na totalidade (nem com a mesma intensidade) para qualificarmos um contrato como pertencendo a determinado tipo legal. As fronteiras do tipo são fluídas, mas têm limites. Se concluirmos que o legislador não regulou o contrato através da comparação deste com o catálogo de tipos legais disponíveis, verificamos que o contrato em presença é legalmente atípico<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Citando José Lamego, *Heremênutica e jurisprudência. Análise de uma recepção*, Editorial Fragmentos: Lisboa (1990), 187, “A «pré-compreensão» significa uma antecipação de sentido do que se compreende, uma expectativa de sentido determinado pela relação do intérprete com a coisa no contexto de dada relação. A consciência da irredutibilidade da «pré-compreensão» (e a impossibilidade de um conhecimento crítico que não seja afetado por um conhecimento pré-predicativo) não significa resignação à subjetividade existencial, mas é ela própria condição de «verdade»”.

<sup>26</sup> Não é pertinente explicar em detalhe a teoria dos *essentialia* e o valor jurídico das definições. Sobre a teoria dos *essentialia* e o valor jurídico das definições, Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Almedina: Coimbra (2000), 79 ss..

<sup>27</sup> Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos* cit., 165-189.

A alienação em garantia pode ser descrita, provisoriamente, como o contrato pelo qual uma pessoa (alienante) transmite a titularidade de um direito para outra (adquirente), facultando ao adquirente o direito de liquidar os bens transmitidos em garantia e satisfazer-se com o seu montante em caso de incumprimento da obrigação garantida. Em caso de cumprimento da obrigação garantida o adquirente obriga-se a retransmitir o direito para o alienante. Ademais, aquele compromete-se, obrigacionalmente, em não comprometer o fim de garantia do contrato.

Partindo destas características, é necessário analisar os tipos legais catalogados pelo legislador para determinar se estamos na presença de um contrato legalmente típico ou atípico. Não é necessário realizar essa comparação com todos os tipos legais disponíveis, mas apenas com aqueles que partilhem semelhanças com a alienação em garantia.

### **2.2.1. A propriedade reservada**

O instituto da reserva de propriedade foi admitido, em termos amplos, pelo legislador português. A cláusula de reserva de propriedade pode ser estipulada em qualquer contrato de alienação, embora seja comum na prática a sua estipulação no contrato de compra e venda.

A diferença ao nível da estrutura é evidente. Na reserva de propriedade a titularidade do direito permanece no vendedor, na alienação em garantia é atribuído ao adquirente. Quanto à execução existem igualmente diferenças. Na propriedade reservada, o vendedor tem duas opções: pode permanecer na titularidade do direito, resolvendo o contrato se o evento que desencadeia a transmissão não suceder, e exigir a restituição da coisa. Se o evento é o cumprimento de uma obrigação pode insistir no cumprimento se tiver mais interesse nessa situação do que na resolução do contrato. Neste caso, a reserva de propriedade mantém-se até satisfação integral do credor<sup>28</sup>. A exe-

<sup>28</sup> Maria Peralta, *A posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*, Almedina: Coimbra (1990), 94.

cução nesta situação incide, segundo o n.º 1 do art. 735.º do CPC, sobre “os bens do devedor suscetíveis de penhora que, nos termos da lei substantiva, respondem pela dívida exequenda”. A coisa que é objeto da cláusula de reserva de propriedade não é meio alternativo de satisfação da dívida exequenda porque o titular do direito de propriedade é o vendedor. Não é possível executar bens próprios do exequente (art. 601.º). Na alienação em garantia, o adquirente é satisfeito através do produto da liquidação do bem (cuja titularidade lhe pertence) a terceiro ou permanecendo na titularidade do direito. Assim, a reserva de propriedade não se compadece com a constituição de uma relação de garantia porque não é possível o credor garantido imputar o montante da liquidação dos bens que são objeto da situação jurídica de garantia à satisfação da obrigação garantida.

A propriedade reservada, pela sua estrutura, não pode servir de modelo à alienação em garantia.

### **2.2.2. O penhor e a hipoteca**

O regime do penhor e da hipoteca têm, igualmente, diferenças estruturais consideráveis em relação à alienação em garantia. Em primeiro lugar, os primeiros constituem um direito real menor (na esfera do credor garantido) em relação à titularidade absoluta (a propriedade). Em segundo lugar, incidem sobre bens alheios ao património do credor garantido. Radicalmente distinta, a alienação em garantia incide sobre bens transmitidos ao credor garantido pelo alienante, isto é, o objeto da garantia são bens cuja titularidade pertence ao credor garantido. Conforme veremos, existem semelhanças importantes com a estrutura das garantias reais legalmente típicas (cfr. secção 2.4.2.).

### **2.2.3. Compra e venda, em especial a venda a retro**

Se observarmos, estruturalmente, notamos aparentemente semelhanças com a alienação em garantia. O comprador no con-

trato de compra e venda é o adquirente na alienação em garantia. O vendedor é o alienante. O preço é um empréstimo. É estipulada uma cláusula de venda a retro cujo preço é a soma do pagamento do capital e juros do empréstimo.

Esta conceção deve ser rejeitada. Por várias razões. Em primeiro lugar, funcionalmente o preço é “querido e estipulado pelas partes como contrapartida económica da coisa vendida, ainda que o valor não seja exatamente o mesmo para ambas as partes”<sup>29</sup>.

Na alienação em garantia, o montante pago pelo comprador (adquirente) ao vendedor (alienante) não é um preço. É um financiamento de capital que deve ser retribuído com juros (ou por qualquer outro meio) mais tarde. As partes não querem que esse montante seja uma contrapartida económica da coisa vendida, mas um empréstimo de capital.

A obrigação garantida não é querida e estipulada pelas partes como contrapartida económica da coisa vendida. O valor da obrigação garantida (coberta sobre a veste de uma cláusula a retro ou de um preço de um pacto de retrovenda) é um montante de capital e juros prestados, as mais das vezes, pelo adquirente ao alienante. A obrigação garantida corresponde ao pagamento de capital e juros de um contrato de financiamento que, em termos lógicos, coexiste com a alienação em garantia, mas que se distingue desta.

Na venda a retro o vendedor tem um direito potestativo à resolução do contrato que só pode ser exercido mediante o reembolso do preço ao comprador, colocando o comprador num estado de sujeição durante determinado período de tempo. Na alienação em garantia, o alienante exige o cumprimento da obrigação de retransmissão dos bens quando por qualquer causa é extinta a obrigação garantida.

Por outro lado, a qualificação de um contrato, com as características mencionadas acima, como compra e venda com cláusula a retro implicaria a aplicação do regime estabelecido no art. 928.º.

Por todas estas razões, estruturais e funcionais, pensamos que se ultrapassou a elasticidade do tipo, frustrando a aplicação direta

<sup>29</sup> Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos* cit., 146.

do regime da compra e venda, em especial da venda a retro, à alienação em garantia<sup>30</sup>.

## **2.3. A negação da recondução do contrato a um tipo legal**

### **2.3.1. A alienação em garantia, enquanto contrato indireto de venda a retro**

A desaplicação do regime da compra e venda não pode ser encerrada sem mais discussão. Houve quem defendesse que a venda em garantia podia ser estruturada como um contrato indireto de venda a retro<sup>31</sup>. As partes querem utilizar o tipo contratual da compra e venda para um fim que não corresponde à função económico-social típica de troca da compra e venda<sup>32</sup>. As partes desejam o regime da compra e venda para operar a transmissão, mas celebram um pacto de adaptação (o pacto fiduciário) para conformar o negócio com o fim de garantia que têm em vista.

O que nos parece decisivo para negar este pensamento é que a causa-atribuição do contrato de compra e venda revela a sua inaptidão estrutural para servir um propósito de garantia. O regime da venda a retro, como vimos, apenas atribui ao vendedor o direito potestativo à resolução do contrato, ao invés da atribuição de um direito de crédito à transmissão do objeto vendido. Ainda que se convencionasse um pacto de retrovenda (uma compra e venda com promessa de revenda) não se compreenderia, em caso de incumprimento de uma prestação do preço, a possibilidade de o putativo

<sup>30</sup> No mesmo sentido, Carvalho Fernandes, *A admissibilidade cit.*, 233, refere que não é uma “venda, se se tratar de direitos reais, nem uma cessão, se se referir a direitos de crédito”.

<sup>31</sup> Alguma jurisprudência sufraga que a alienação em garantia é um contrato indireto de compra e venda. Cfr. acórdão do RPt 10-maio-2011 (Vieira e Cunha), proc. n.º 1942/06.5TBMAI. P1 e acórdão do STJ 16-março-2011 (Lopes do Rego), proc. n.º 279/2002.E1.S1.

<sup>32</sup> O contrato indireto é um contrato legalmente atípico; a modificação do tipo resulta da sua utilização para um fim que não é típico desse tipo contratual. Cfr. José de Oliveira Ascensão, *Direito civil. Teoria geral: relações e situações jurídicas*, III, Coimbra (2002), 306 ss.; Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos cit.*, 248 ss..

vendedor exigir o direito à diferença entre o montante do preço não pago e o valor do bem à data do incumprimento através do recurso ao regime da compra e venda. Esta última possibilidade nominada por pacto marciano, desconhecendo-se autores que não admitam, só é explicada pela função económico-social de garantia e pela causa-atribuição deste tipo de contratos.

A função económico-social do contrato de compra e venda é a troca. Nos contratos de troca existe uma bilateralidade da relação custo/benefício, “isto é, pela existência de sacrifícios e vantagens para cada uma das pessoas envolvidas, e pela divergência de finalidades: a finalidade global do ato (troca de bens e/ou serviços) e as finalidades pessoais típicas. A bilateralidade, como tal, revela-se na própria estrutura do negócio, através da referência, que a função troca implica, a uma dualidade de pessoas, em cada uma das quais coincide a qualidade de sujeito e beneficiário, e a uma dualidade de objetos, integrados em diferentes sintagmas actanciais, isto é, representativos de custos que incidem sobre o património de cada um dos sujeitos<sup>33</sup>”.

Na compra e venda é a função de troca que explica o sinalagma que existe entre a obrigação de pagamento do preço e a obrigação de entrega da coisa. Este sinalagma não se insere na natureza jurídica da alienação em garantia porque o preço (empréstimo de capital) não é um efeito do contrato de alienação em garantia, mas de um outro contrato (normalmente, de financiamento) porque é pressuposto de constituição de uma situação jurídica de garantia a existência de uma situação jurídica garantida, neste caso uma obrigação (cfr. secção 2.4.2.). Ao invés, no contrato de compra e venda, em princípio, as obrigações de pagamento do preço e entrega da coisa vendida constituem-se simultaneamente, e através do mesmo negócio jurídico.

Na alienação em garantia, a finalidade global do ato é suprir a frustração de um direito de crédito cuja fonte, as mais das vezes, é um contrato de financiamento celebrado entre o adquirente

<sup>33</sup> Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, II, Almedina: Coimbra (1990), 521-522.

(mutuante) e alienante (mutuário). Conforme analisaremos, a sua função é uma função económico-social de garantia.

O regime jurídico da compra e venda não resolve as questões essenciais que sobrevêm à alienação em garantia no que respeita à sua validade, efeitos e conteúdo, é estrutural e funcionalmente desadequado e conseqüentemente é imprestável para lhe servir de base legal.

### **2.3.2. A utilização da compra e venda como tipo de referência da alienação em garantia e a prevalência da analogia sobre a integração contratual e interpretação complementadora. Crítica e posição adotada**

Pais de Vasconcelos<sup>34</sup> e Costa Gomes<sup>35</sup> reiteram que a venda em garantia é um contrato legalmente atípico e misto que, geralmente, utiliza o tipo contratual da compra e venda como tipo de referência. A modificação no tipo residiria na sua função económico-social. A nominação do contrato como “compra e venda em garantia” mais não é que uma qualificação errónea do contrato, cuja eficácia se limitaria à utilização da compra e venda como tipo de referência.

A relevância dos tipos de referência é desenvolvida por Pais de Vasconcelos<sup>36</sup>. Nos contratos mistos construídos por referência a um tipo, o conteúdo regulativo do tipo de referência pode servir de ajuda na concretização da regulação contratual para o intérprete. A aplicação das normas do tipo de referência deve, segundo o A., ser realizada com cuidado, sem consumir a regulação contratual que visa concretizar e a parte dispositiva do tipo, naturalmente, pode ser derogada por vontade das partes. No entanto, não podemos concordar quando sufraga que as estipulações das partes podem derogar preceitos injuntivos do(s) tipo(s) de referência, desde que não atentem contra a ordem pública.

<sup>34</sup> *Contratos atípicos* cit., 282-283.

<sup>35</sup> *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almeida: Coimbra (2000), 86.

<sup>36</sup> Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos* cit., 372-374.

Conforme expõe Pinto Duarte<sup>37</sup>, o art. 239.º parece conter pelos seus dois critérios – vontade hipotética das partes e boa fé – a solução para todos os problemas que o intérprete possa enfrentar. A interpretação complementadora e a integração contratual não podem prevalecer perante as normas do tipo legal desde que haja analogia. O A. argumenta que os arts. 939.º e 1156.º estendem a aplicação das normas dos tipos legais a contratos que a lei não tipificou, permitindo concluir “por uma “força expansiva” geral das normas dos contratos típicos”<sup>38</sup>. Considera não ser possível a prevalência das disposições contratuais que violem preceitos legais de natureza injuntiva, se for possível a aplicação analógica. Esta posição merece o nosso apoio.

Por outro lado, a referência apenas à compra e venda como tipo de referência na alienação em garantia (ou, como dizem os autores, venda em garantia) não é suficientemente explicativa, embora pudesse ser apoiada numa leitura tipológica do art. 939.º que refere que “as normas da compra e venda são aplicáveis aos outros contratos onerosos pelos quais se alienem bens ou se estabeleçam encargos sobre eles, na medida em que sejam conformes com a sua natureza [...]”. Como veremos na secção que dedicamos à estrutura e função das garantias especiais do cumprimento das obrigações, a alienação em garantia apresenta uma estrutura semelhante e partilha da mesma função económico-social. A diferença notória que a distingue de uma garantia real tipificada no Código Civil é que na alienação em garantia transmite-se a titularidade plena de um bem para o credor garantido. Naquelas constitui-se um direito real de garantia. A estrutura da compra e venda, como foi analisado, não é semelhante à estrutura da alienação em garantia e a função económico-social é distinta.

A alienação em garantia é um contrato atípico e misto, mas não se pode dizer que exista um tipo de referência predominante ou apenas um tipo de referência (recebe influências de vários tipos contratuais, sobretudo do regime das garantias reais legalmente

<sup>37</sup> *Tipicidade e atipicidade* cit., 136 ss..

<sup>38</sup> Pinto Duarte, *Tipicidade e atipicidade* cit., 141.

típicas e da compra e venda, enquanto regime subsidiariamente aplicável aos negócios de alienação) porque tem a estrutura e a função de uma garantia especial do cumprimento das obrigações, mas um efeito transmissivo de um negócio translativo. A insistência na não autonomização da alienação em garantia do tipo da compra e venda deve-se à caracterização do negócio fiduciário como “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 obrigacional de adaptação”<sup>39</sup>. Realizaremos uma crítica a esta última proposição nas páginas seguintes.

## **2.4. As coordenadas garantísticas da alienação em garantia**

### **2.4.1. A polissemia da noção jurídica de garantia**

São vários os sentidos em que o vocábulo “garantia” é utilizado no direito privado, em especial no direito civil e na prática comercial. Para além das garantias especiais existem outras figuras que se referem ao conceito de garantia.

Garantia pode entender-se que é um elemento da relação jurídica que consiste na suscetibilidade de utilização dos meios coercitivos que se colocam à disposição do titular do direito subjetivo para fazer valer o seu direito ou sancionar o obrigado.

No Direito das Obrigações por garantia entende-se que é a faculdade do credor de executar o património do devedor em caso de lesão do direito de crédito. Se se adicionam meios que reforçam a expectativa de satisfação do crédito, mas extravasam aqueles que são admitidos ex lege em qualquer relação obrigacional, garantia podem ser todos os meios cuja destinação é aumentar a probabilidade de satisfação do crédito.

Conexamente, a palavra garantia pode confundir-se com as situações jurídicas penhoráveis do património do devedor (art. 601.º)

<sup>39</sup> Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos* cit., 262.

surgindo o princípio de que o património do devedor é a garantia comum e geral dos credores<sup>40</sup>.

Por vezes, a lei adota o vocábulo garantia referindo-se à idoneidade do objeto contratual alienado em relação à prestação acordada. Por exemplo, na garantia da existência da posição contratual (n.º 1 do art. 426.º), garantia da exigibilidade do crédito cedido (n.º 1 do art. 587.º) ou garantia de bom funcionamento (art. 921.º).

O vocábulo garantia também é utilizado para distinguir uma espécie de contratos: os conhecidos “contratos de garantia”. São contratos em que uma das partes (garante) se obriga perante a outra (beneficiário da garantia) a “assumir o risco pela verificação de um certo resultado futuro ou pela manutenção de uma determinada situação, ficando obrigado ao pagamento de uma prestação equivalente ao prejuízo emergente ou à cobertura do lucro esperado”<sup>41</sup>.

Da prática comercial surgiram as denominadas “cláusulas de garantia”. São particularmente conhecidas as cláusulas de negative pledge, pari passu e cross default<sup>42</sup> no âmbito dos contratos de empréstimo internacionais. São cláusulas que funcionam como meios de pressão do credor porque da sua violação resulta, acopladas por convenção, o direito à resolução do contrato com eficácia ex nunc. A sua violação faculta ao mutuante a possibilidade de exigir, antecipadamente, o cumprimento das obrigações do mutuário (“aceleração” do contrato).

Resulta das figuras expostas que é complicado definir “garantia” quando esta compreende realidades muito diversas. Alguns autores

<sup>40</sup> Paulo Cunha, *Do património*, Tipografia Minerva: Lisboa (1934), 197 ss..

<sup>41</sup> Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado*, II, cit., 554-555.

<sup>42</sup> Sobre estas cláusulas e a sua natureza jurídica, Joana Pereira Dias, *Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a pari passu, a negative pledge e a cross default* em *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, IV, coord. António Menezes Cordeiro/Luís Menezes Leitão/Januário da Costa Gomes, Almedina: Coimbra (2003), 879-1030, 890 ss.; Fernando Pessoa Jorge, *A garantia contratual da igualdade dos credores nos empréstimos internacionais*, sep. da obra *Estudos* publicada por altura da comemoração do XX aniversário do Centro de Estudos Fiscais, Centro de Estudos Fiscais (1983), 20 ss..

reservam o vocábulo “garantia” para se referirem apenas às garantias especiais do cumprimento das obrigações<sup>43</sup>.

É possível adotar uma noção ampla de garantia cujo traço comum é uma finalidade de segurança<sup>44</sup>. Se um direito subjetivo ou uma expectativa jurídica são agredidos, o ordenamento jurídico atribui meios ao titular da expectativa ou do direito subjetivo para reagir contra essa agressão.

Esta noção ampla de garantia deve ser corretamente entendida. Deve ser clarificado que todas essas figuras jurídicas, que se referem a uma noção amplíssima de garantia, não estão sujeitas às normas e aos princípios comuns que o legislador criou, em especial, para as garantias especiais do cumprimento das obrigações. Cumpre descobrir os elementos estruturais e funcionais das garantias especiais para determinar se o contrato de alienação em garantia é uma garantia especial do cumprimento das obrigações. E, se sim, quais as implicações dessa qualificação na categoria jurídica das garantias especiais do cumprimento das obrigações.

#### **2.4.2. Estrutura e função das garantias especiais do cumprimento das obrigações**

Para a aplicação dos princípios e normas injuntivas resultantes das garantias especiais do cumprimento das obrigações é necessário distinguir estas de outros institutos que podem desempenhar um propósito de diminuição do risco de crédito.

Indispensável é discutir a estrutura e a função económico-social de uma garantia especial do cumprimento das obrigações para as distinguir de outras figuras que não partilham a mesma função

<sup>43</sup> Guilherme Moreira, *Instituições do direito civil português*, II, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora: Coimbra (1925), 293-295.

<sup>44</sup> Sobre o conceito jurídico de garantia se reconduzir a uma ideia de segurança, Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado*, II, cit., 556-557; Pereira Dias, *Contributo* cit., 1018-1022; Paulo Cunha, *Da garantia das obrigações*, I, Apontamentos das aulas de Direito Civil do 5.<sup>o</sup> ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa pelo aluno Eudoro Pamplona Côte-Real (1939), 22.

económico-social nem estrutura semelhante e, por isso, não estão sujeitas aos princípios e às normas injuntivas que o legislador consagrou para as garantias especiais. Salvo se pudermos concluir que as partes querem, fraudulentamente, subtrair-se aos princípios e normas injuntivas que o legislador consagrou para as garantias especiais do cumprimento das obrigações.

A distinção entre as garantias especiais e as garantias, em sentido amplo, é importante em termos metodológicos. As garantias especiais partilham uma estrutura semelhante e, por isso, devem ser sujeitas a regras e princípios comuns<sup>45</sup>. As garantias, em sentido amplo, para além do resultado de diminuição do risco de insatisfação do credor, carecem de qualquer elemento estrutural e funcional que as una às garantias especiais do cumprimento das obrigações.

É inerente ao direito de crédito a assunção do risco de crédito por parte do credor que confiou no cumprimento espontâneo do devedor poder ser frustrado porque o seu direito não foi pontualmente cumprido. As garantias especiais do cumprimento das obrigações servem para acautelar esta hipótese de incumprimento, proporcionando um meio de satisfação alternativa do seu direito.

As garantias especiais de cumprimento das obrigações têm sempre como função principal, isto é, como função económico-social, a garantia.

A função económico-social<sup>46</sup> “indica a finalidade metajurídica, fundamental e global, prosseguida pelo negócio jurídico”. “Não são, todavia, quaisquer finalidades económico-sociais que merecem ser erigidas em função negocial específica. Para além de serem relevantes e juridicamente lícitas, devem referir um escopo fundamental e global, isto é, que [...] seja comum aos interessados diretos e que sintetize ou unifique, no essencial, os eventuais fins diferenciados dos respetivos sujeitos e beneficiários”. Esta última proposição é especialmente relevante para não confundir os negócios com função económico-social de garantia com aqueles em que a propriedade

<sup>45</sup> Vítor Pereira das Neves, *A cessão de créditos em garantia: entre a realização das situações obrigacionais e a relativização das situações reais*, FDUNL (teses de doutoramento), (2005), 89.

<sup>46</sup> Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado*, II, cit., 499.

pode servir uma função de garantia do preço ou rendas, em sentido amplo, mas cujo negócio não serve um escopo fundamental e global de garantia (v.g., na locação financeira, compra e venda com reserva de propriedade, venda a retro, locação financeira restitutiva, etc.)<sup>47</sup>.

A função económico-social (ou causa objetiva do contrato) cumpre duas funções: negativamente, a falta da sua alegação ou demonstração pressupõe a incompletude da declaração negocial e, por isso, a sua inexistência. Positivamente, contribui para a determinação do conteúdo do negócio jurídico, para a sua recondução a um tipo contratual legalmente regulado e para a classificação dos atos negociais<sup>48</sup>.

Os negócios de garantia caracterizam-se pela sua função económico-social de garantia, que têm como finalidade própria suprir a frustração de um direito ou de uma expectativa. São negócios de risco, mas de um risco previsto e acautelado para conferir segurança ao beneficiário da garantia<sup>49</sup>.

Nem todos os negócios jurídicos que servem uma função económico-social de garantia são garantias especiais do cumprimento das obrigações. Os “contratos de garantia”, que referimos anteriormente, não apresentam as características estruturais para serem qualificados na categoria de garantias especiais porque a situação jurídica garantida é um evento<sup>50</sup>, embora partilhem a mesma função económico-social.

Imanente às garantias especiais, porque sempre se verificam, são os seguintes requisitos: o primeiro pressuposto de existência de uma garantia especial, relativamente à posição jurídica do beneficiário da garantia, é a individualidade estrutural desta situação

<sup>47</sup> Estes contratos têm uma função económico-social de troca. A leitura garantística destes contratos só é exigida quando as partes pretendem finalisticamente garantir um crédito, furtando-se às regras injuntivas que regulam as garantias reais.

<sup>48</sup> Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado*, II, cit., 513-514. Defendendo que a falta de causa do contrato não pode servir para arguir a invalidade do mesmo, Barreto Menezes Cordeiro, *Do trust* cit., 837, apenas relevando a causa subjetiva, quanto muito, em sede de vícios da vontade (art. 257.º) e a causa objetiva confunde-se com o conteúdo do negócio jurídico “e, de resto, com pouca importância prática”.

<sup>49</sup> Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado*, II, cit., 557.

<sup>50</sup> Cfr. nota de rodapé n.º 61.

jurídica de garantia em relação à obrigação garantida; o segundo pressuposto é a existência da obrigação garantida para a constituição de uma garantia especial<sup>51</sup>. A situação jurídica de garantia coexiste com um crédito garantido, sem se confundirem as duas situações jurídicas. A individualidade estrutural entre a obrigação garantida e a situação jurídica de garantia envolve, igualmente, uma independência quanto aos factos jurídicos que constituem as duas situações, inexistindo uma garantia especial das obrigações que seja eficaz para constituir a obrigação garantida.

As garantias especiais representam um reforço (ou seja, um plus) à tutela que o ordenamento jurídico providencia a qualquer crédito através da garantia geral das obrigações. Estes meios destinam-se a superar uma postura desconforme do devedor, que não quer, mas pode, cumprir a sua obrigação. Se o devedor, independentemente de desejar cumprir, não pode cumprir porque carece dos meios necessários para satisfazer o credor, a garantia geral não é adequada a proporcionar a efetiva satisfação do credor porque este concorre, em igualdade, com os restantes credores e só é integralmente satisfeito se o património do devedor for suficiente para solver todos os créditos<sup>52</sup>. As garantias especiais do cumprimento das obrigações constituem uma nova situação jurídica para o credor garantido, para que este se possa satisfazer, em alternativa, em caso de incumprimento do devedor<sup>53</sup>.

As garantias especiais podem alargar o acervo patrimonial responsável pelo cumprimento do crédito (garantias reais prestadas por terceiros ou garantias pessoais) ou individualizar um objeto do património do devedor (um objeto que se integra na garantia geral)

<sup>51</sup> O n.º 3 do art. 666.º limita-se a facultar às partes uma opção quanto ao momento relevante para aferir da preferência com o objetivo de assegurar a satisfação de obrigações futuras e condicionais. O processo de formação de uma garantia especial só termina quando as obrigações futuras se transformam em atuais, e nas obrigações condicionadas quando se verifique a condição. O penhor é válido, mas é futuro ou condicional. No mesmo sentido, Pereira das Neves, *A cessão de créditos* cit., 126.

<sup>52</sup> Pereira das Neves, *A cessão de créditos* cit., 97 ss.

<sup>53</sup> Pereira das Neves, *A cessão de créditos* cit., 100-101.

que se destina, a partir da constituição da nova situação jurídica sobre esse objeto, à satisfação preferencial do crédito garantido.

Todas as garantias especiais, quanto ao seu conteúdo, proporcionam “um avantajamento simultaneamente qualitativo e quantitativo”<sup>54</sup> da posição do credor garantido”<sup>55</sup> que se destina à satisfação primacial do crédito garantido.

<sup>54</sup> Finalisticamente diversa é a classificação dicotómica das garantias em geral: garantias qualitativas e garantias quantitativas. Os sujeitos jurídicos, independentemente da questão da validade perante o ordenamento jurídico português, podem recorrer a várias figuras jurídicas (legalmente tipificadas ou não) para a prossecução do mesmo fim de garantia desempenhado por uma garantia especial (em especial, garantia real) do cumprimento das obrigações. Para além dos institutos jurídicos em que a função de garantia é um elemento do tipo legal utilizado, as partes podem (1) celebrar um contrato legalmente atípico com função económico-social de garantia, (2) um contrato legalmente atípico com uma função económico-social distinta da garantia, mas apta ao fim de garantia prosseguido pelas partes, (3) ou utilizar a regulação de um tipo legal que, pela sua estrutura e/ou adaptação obrigacional, pode desempenhar um propósito de garantia, em sentido amplo.

A doutrina que versa sobre o Direito das Garantias (neste sentido, Miguel Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina: Coimbra (2013), 63; Januário da Costa Gomes, *Contratos comerciais*, Almedina: Coimbra (2012), 373-374; Paulo Cunha, *Da garantia das obrigações*, II, cit., 5) propõe, atenta esta miríade de figuras jurídicas habilitadas a garantir um crédito, uma classificação que divide dicotomicamente o universo das garantias: as garantias que reforçam qualitativa e quantitativamente a probabilidade de satisfação do crédito. Segundo Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias* cit., 61, esta nova classificação pretende suprir a incompletude que sofre a classificação entre garantias reais e pessoais.

As garantias que reforçam quantitativamente a probabilidade de satisfação do crédito são aquelas em que um terceiro se vincula a cumprir, respondendo o seu património. A semelhança com as garantias pessoais é evidente.

As garantias que reforçam qualitativamente a probabilidade de satisfação do crédito são aquelas em que o credor está investido numa posição de privilégio, em relação aos restantes credores do devedor, para a satisfação do seu crédito, na eventualidade de o património do devedor não ser suficiente para solver todas as dívidas. Esta classificação releva porque classifica as garantias reais (sobretudo, pela frequente sobreposição destas aos direitos reais de garantia) como um tipo de garantias qualitativas, ao lado de outras. As garantias qualitativas são, seguindo Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias* cit., 63-68, os direitos reais de garantia, a transmissão da titularidade de direitos com função de garantia (inserindo aqui, a alienação fiduciária em garantia, locação financeira e a reserva de propriedade) e os patrimónios autónomos constituídos com função de garantia.

Esta classificação prescinde de uma análise aos elementos estruturais e funcionais das garantias reais, implicando que a categoria de “garantia qualitativa” adquira, pela sua

Por consequência, quantitativo porque se adicionam à garantia geral (garantias reais prestadas por terceiros ou garantias pessoais) ou, embora já fizessem parte da garantia geral, os bens individualizados já não respondem nos termos do princípio do *par conditio creditorum*, mas tendencialmente pelo valor total do bem.

Qualitativo porque se assiste à constituição de uma nova situação jurídica dotada de poderes que permitem ao credor garantido satisfazer-se, em alternativa, caso o seu direito de crédito não seja cumprido.

A função económico-social das garantias reais apresenta dois nexos distintos: um nexo de dependência funcional e um nexo de dependência estrutural.

Embora a função económico-social seja particularmente útil para interpretação complementar da declaração do garante, o desempenho da função económico-social é sempre mediado e limitado pelas normas injuntivas e princípios do direito das garantias que se inscrevem no conteúdo da declaração do garante.

O nexo de dependência funcional da situação jurídica de garantia em relação à situação jurídica garantida cumpre dois fundamentos: internos e externos<sup>56</sup>.

Numa perspetiva interna, um propósito de conformação da posição das partes quanto ao conteúdo e aos efeitos da situação jurídica

extensão aplicativa a institutos jurídicos tão distintos, especiais dificuldades na análise das suas características comuns e, destarte, menor profundidade nessa análise. Não devemos renunciar à análise de uma noção ampla de garantia real, embora a extensão das figuras jurídicas que podem referir-se a esta categoria possa dar azo à mesma crítica que fizemos anteriormente sobre a categoria das “garantias qualitativas”. Pensamos, em todo o caso, que existe maior profundidade analítica na descoberta dos elementos comuns da categoria “garantia real”, ao invés da categoria “garantia qualitativa” que sempre implicaria maior abstração (ou seja, uma menor quantidade de notas comuns às diversas figuras jurídicas que se referem à categoria de “garantia qualitativa”).

<sup>55</sup> Pereira das Neves, *A cessão de créditos* cit., 103-104.

<sup>56</sup> Pereira das Neves, *A cessão de créditos* cit., 120 ss.. O A. descreve o nexo de dependência funcional como a “circunstância (e consequências daí derivadas) de a situação jurídica de garantia ter funcionalmente surgido (e aí fundamentar a sua concreta existência) para garantia do cumprimento da situação jurídica garantida, remediando os riscos de insolvência do devedor mediante a afetação, nos termos de uma nova situação jurídica, de um (novo) bem específico à satisfação do crédito garantido”.

de garantia. De um ponto de vista positivo<sup>57</sup>, implica a existência de um conjunto de requisitos para a prossecução de uma função de garantia, semelhante à prosseguida por uma garantia real tipificada no Código Civil.

Em primeiro lugar, o seu objeto é um bem com natureza patrimonial cujo destino é garantir uma determinada obrigação.

Em segundo lugar, a situação jurídica em que é investido o beneficiário da garantia deve contar com os poderes necessários para que o beneficiário da garantia possa dispor do bem afeto em garantia, aplicando o produto da disposição do bem à satisfação da obrigação garantida, mormente em caso de incumprimento da obrigação garantida. Não é necessário que esta faculdade de disposição resulte do conteúdo da situação jurídica de garantia porque pode resultar, igualmente, dos meios que o legislador disponibiliza a qualquer credor para tutelar o seu direito de crédito (nomeadamente, o recurso ao processo executivo). Necessário é que o credor garantido possa afetar, com prioridade sobre os demais credores comuns do devedor, o produto do bem afeto em garantia à satisfação do seu crédito.

Em terceiro lugar, deve gozar de um nível mínimo de oponibilidade a terceiros para permitir ao credor garantido opor a situação jurídica de garantia aos outros credores do garante, isto é, a sua primazia na afetação do produto da liquidação do bem à satisfação da obrigação garantida.

De um ponto de vista negativo<sup>58</sup> contribui para a delimitação dos poderes do beneficiário da garantia, em relação ao objeto que constitui a sua garantia real. Se a função das garantias especiais é proporcionar ao credor garantido um meio de satisfação alternativa do seu crédito garantido incumprido, afigura-se essencial que o credor garantido só utilize os seus poderes (convencionais ou legais, para se satisfazer em alternativa) se o seu crédito garantido não é cumprido. Tem o dever de afetar o valor da liquidação do bem à satisfação do crédito garantido, atendendo ao nexo de dependência funcional da situação jurídica de garantia em relação ao crédito

<sup>57</sup> Pereira das Neves, *A cessão de créditos* cit., 131 ss..

<sup>58</sup> Pereira das Neves, *A cessão de créditos* cit., 134 ss..

garantido. O eventual saldo que resulte da diferença entre o valor da liquidação do bem afeto em garantia e o crédito garantido deve ser entregue ao prestador da garantia, caso o primeiro valor exceda o segundo. Esta situação resulta de um princípio geral de neutralidade patrimonial das garantias especiais, na medida em que o resultado final da operação (ou saldo exauriente) não pode consubstanciar um locupletamento injustificado do credor garantido. Caso contrário, assistir-se-ia, as mais das vezes, ao enriquecimento injustificado<sup>59</sup> do credor garantido e essa situação não é compaginável com a causa-atribuição de garantia de uma garantia especial do cumprimento das obrigações. A situação inversa, quando o produto do bem afeto em garantia não é suficiente para satisfazer o credor garantido pode resultar em duas situações: o credor garantido transformou-se em credor quirografário quanto ao crédito insatisfeito remanescente ou, por convenção, estipulou-se que o credor garantido só podia ser satisfeito com o produto do bem afeto em garantia, não se facultando a possibilidade de exigir o montante do crédito não cumprido (art. 602.º).

O nexo de dependência estrutural<sup>60</sup> é uma consequência do nexo de dependência funcional porque, se um dos corolários do nexo de dependência funcional é a neutralidade patrimonial da garantia especial, o conteúdo da situação jurídica de garantia é conformado pelas vicissitudes da situação jurídica garantida. Caso não se repercutissem as causas constitutivas, modificativas e extintivas da situação jurídica garantida na situação jurídica de garantia, existiria um locupletamento injustificado do credor garantido que não podia ser atribuído à função que preside às garantias especiais. Este nexo de dependência estrutural<sup>61</sup> pode resultar da lei (no caso

<sup>59</sup> Note-se que não nos referimos ao enriquecimento sem causa previsto nos art. 473.º e ss., atenta a natureza subsidiária da obrigação de restituição prevista neste instituto.

<sup>60</sup> Pereira das Neves, *A cessão de créditos* cit., 371 ss..

<sup>61</sup> Na nossa opinião, o que distingue as garantias acessórias e as garantias não acessórias é que, nas primeiras, a conformação da situação jurídica de garantia pelas vicissitudes da situação jurídica garantida sucede *ex lege*, enquanto nas segundas tendencialmente essa conformação é mediada pelo negócio jurídico. Por isso, somos da opinião que a alienação em garantia é uma garantia não acessória. E o que distingue as garantias acessórias e

das garantias especiais acessórias sucede uma conformação *ipso iure*) ou de um comportamento que é devido pelo credor garantido (nas garantias não acessórias). O nexo de dependência estrutural não se identifica com a acessoriedade. A acessoriedade é uma espécie em relação ao género da dependência estrutural. A ligação entre a situação jurídica de garantia e a situação jurídica garantida pode não se manifestar através da acessoriedade, mas de uma relação de

as garantias não acessórias face às garantias autónomas é que, nas primeiras, a situação jurídica garantida é uma obrigação garantida, enquanto nas segundas é um evento (*v.g.*, ofensa de um direito absoluto) e ainda que haja *referência* ao não cumprimento de uma obrigação, não é necessário um juízo de incumprimento para espoletar definitivamente os efeitos da garantia.

A acessoriedade é uma técnica de ligação da situação jurídica de garantia à situação jurídica garantida (nas garantias reguladas por lei), mas é uma técnica que apenas revela uma especial relação de dependência qualificada da situação jurídica de garantia – que é conformada – pela situação jurídica garantida. É, não obstante, uma técnica que coexiste com outras técnicas de ligação da situação jurídica de garantia à situação jurídica garantida. O elemento que sempre se verifica na relação entre a situação jurídica de garantia e a situação jurídica garantida é a dependência da primeira face à segunda. Essa dependência (que se identifica como nexo de dependência estrutural) pode não ser realizada por meio da acessoriedade. Esta última é apenas uma especial forma de ligação do crédito principal ao direito acessório que se traduz – de um ponto de vista dinâmico – numa modelação automática do direito acessório (direito dirigido) pelo direito principal (direito dirigente), que se manifesta no nascimento, âmbito, manutenção, consecução e extinção, enquanto modalidades da acessoriedade. Para Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida cit.*, 116, nas garantias pessoais, em especial na fiança, o “âmago da acessoriedade [...] encontra-se, a um tempo, na invocabilidade das exceções derivadas da obrigação principal (n.º 1 do art. 637.º) e no âmbito da responsabilidade (n.º 1 do art. 631.º e 634.º). A ver bem, outras manifestações de acessoriedade na fiança [...] não deixam de ter expressão noutras garantias tidas como não acessórias. [...] Nestes casos, o que há a questionar é o grau de *dependência*” porque a acessoriedade, não acessoriedade e a autonomia apresentam diversas gradações, não sendo possível afirmar que a acessoriedade atinge o seu zénite na fiança, nem a autonomia na garantia bancária autónoma. Na fiança, Paulo Manuel Leal Lacão, *A prescrição da obrigação de indemnizar: notas sobre o artigo 498.º, n.º 1, do Código Civil*, FDUNL (teses de mestrado), (2017), 11-12, o fiador fica sujeito a um prazo de prescrição *próprio*, no entanto, pode opor ao credor a prescrição da obrigação principal (art. 637.º), funcionando como meio de defesa comum do devedor principal e devedor acessório. Supostas manifestações da acessoriedade na fiança (especialmente, nas suas causas extintivas) não deixam de se verificar nas garantias bancárias autónomas e, portanto, não se podem inscrever como consequências da acessoriedade.

dependência que não pode ser qualificada como acessória porque não alcança essa intensidade na dependência (sucede nas garantias não acessórias e autónomas). O princípio subjacente a todas as garantias especiais é o princípio da dependência estrutural, e não o princípio da acessoriedade que apenas é uma técnica, entre outras, de conformar a situação jurídica de garantia pela situação jurídica garantida. O nexo de dependência funcional é um pressuposto do nexo de dependência estrutural, não se admitindo a constituição de garantias abstratas (independentes), isto é, garantias em que inexistisse uma qualquer relação entre a situação jurídica de garantia e a situação jurídica garantida atento ao princípio da causalidade no direito português. O nexo de dependência estrutural tem como conteúdo mínimo a imposição da devolução de qualquer enriquecimento do credor garantido para o garante (como já vimos, um dos corolários da dependência funcional é o princípio da neutralidade patrimonial), para além do necessário à satisfação do crédito garantido (a afetação do bem é funcionalizada apenas para satisfazer, em alternativa, o credor garantido, e não para enriquecê-lo de algum modo), assumindo esta situação especial importância para as garantias reais legalmente atípicas. O conteúdo máximo do nexo de dependência estrutural reflete-se na repercussão das vicissitudes (as causas constitutivas, modificativas e extintivas) que a situação jurídica garantida possa sofrer na situação jurídica de garantia, atendendo aos elementos que apresentem uma relação de dependência (e do grau de intensidade da dependência) desta perante aquela.

Do ponto de vista externo, a função económico-social de garantia constitui um pressuposto essencial da declaração negocial (además, a classificação do contrato nos tipos contratuais com função económico-social de garantia permite descobrir a causa- atribuição de garantia do contrato), sob pena da sua inexistência, implicando uma relação entre a situação jurídica de garantia e a situação jurídica garantida.

A função económico-social da garantia real constitui, também, uma situação jurídica ativa para o garante designada por “situação jurídica residual”, cujo conteúdo é “coincidente com o aproveitamento das limitações temporais e materiais que a função de

garantia prosseguida impõe à situação jurídica de garantia<sup>62</sup> e das vicissitudes (causas constitutivas, modificativas e extintivas) decorrentes da situação jurídica garantida (e que conformam a situação jurídica de garantia) que podem ser aproveitadas pelo garante. Inscreve-se, igualmente, nesta situação jurídica do garante o direito de crédito de exigir os bens transmitidos em garantia, em caso de cumprimento da obrigação garantida e, assim, recuperar a plenitude dos poderes que se inscreviam no conteúdo da situação jurídica, antes da sua afetação em garantia (os poderes inerentes à titularidade do direito) ou, em caso de incumprimento da obrigação garantida, o direito de exigir a devolução do montante que corresponde à diferença entre o valor do bem no momento do incumprimento e o valor do crédito garantido incumprido. Durante a execução do contrato, o seu conteúdo revela a obrigação do credor garantido de não frustrar a prossecução da função de garantia inerente à transmissão daquele acervo patrimonial. Nos direitos reais de garantia, a situação jurídica residual (situação jurídica ativa do garante) apresenta-se como a mesma situação jurídica que existia previamente à constituição da garantia real, mas com um conteúdo distinto porque limitado por um direito real menor de garantia. Nas garantias reais atípicas, a situação jurídica residual é constituída ex novo na esfera jurídica do garante.

## **2.5. Natureza fiduciária da alienação em garantia. Crítica**

A maioria da doutrina portuguesa moderna<sup>63</sup> defende que o negócio fiduciário (e, por inerência, a alienação em garantia) é construído geralmente com base num negócio legalmente tipificado (neste caso, a compra e venda), mas é um negócio legalmente atípico devido às cláusulas que se inserem no contrato (o pacto fiduciário) para cumprir os fins prosseguidos pelas partes.

<sup>62</sup> Pereira das Neves, *A cessão de créditos* cit., 122-123, 147 ss..

<sup>63</sup> Em sentido concordante, Carvalho Fernandes, *A admissibilidade* cit., 247-248, 267-268; Pais de Vasconcelos, *Contratos atípicos* cit., 262; Lorenzo González, *Alienação fiduciária em garantia e negócios afins: delimitação de fronteiras*, 10 L.D., Série II, (2012), 51-138, 119.

Não nos parece decisivo para excluir esta posição da maioria dos autores portugueses a existência da fidúcia estática e, por isso, a desadequação da adoção de um tipo contratual legal (compra e venda ou doação) de base (ou tipo de referência) ao negócio fiduciário<sup>64</sup>. A fidúcia estática podia ser construída com base no mandato sem representação, enquanto modalidade de negócio fiduciário para administração.

O que é decisivo para subtrair a alienação em garantia dos tipos contratuais translativos previstos na lei constituindo-se como um contrato legalmente atípico e misto, com vários tipos de referência, são as diferenças estruturais e funcionais que apresenta (e que foram analisadas). Se o critério para a escolha do tipo de referência fosse o efeito transmissivo, resultaria indiferente o tipo concreto de referência desde que fosse adequado para esse efeito. Seria arbitrário escolher a compra e venda, mútuo ou a doação porque as partes adaptariam o contrato às finalidades pretendidas através do pacto fiduciário. A independência da alienação em garantia, perante os outros negócios translativos causais tipificados, revela-se pela sua estrutura e função económico-social e admite-se pela inexistência de um princípio da tipicidade dos negócios jurídicos com eficácia real.

Podia ser alegado que a causa de garantia (causa enquanto atribuição patrimonial) não é adequada à transmissão da titularidade de direitos. Esta posição não pode ser sufragada, quando mais não seja, perante o direito positivado. De facto, encontra-se positivada a alienação em garantia no quadro dos acordos de garantia financeira<sup>65</sup>, evidenciando a aptidão da causa de garantia para a transmissão da titularidade de direitos e constituição de situações

<sup>64</sup> Barreto Menezes Cordeiro, *Do trust* cit., 918.

<sup>65</sup> Cfr. Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de maio, que transpõe a Diretiva n.º 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de junho. O título III do Decreto-Lei nomina o contrato como alienação *fiduciária* em garantia, conforme veremos essa designação não é, na nossa opinião, adequada e refira-se que a Diretiva utiliza o termo neutro de “acordo de garantia financeira com transferência de titularidade” na alínea b), do n.º 1 do art. 2.º, ao invés, de alienação fiduciária em garantia.

jurídicas de garantia<sup>66</sup>. Ademais, como vimos na secção dedicada às origens da alienação em garantia, historicamente as garantias reais constituíam-se através da transmissão da propriedade<sup>67</sup>.

A autonomização de uma causa *fiduciae* (enquanto causa-função) subjacente aos negócios fiduciários consistia na transmissão da titularidade plena de um direito, mas subordinada obrigacionalmente às finalidades das partes. Essa seria a pedra de toque da causa *fiduciae* que a distinguiu da causa-função de outros negócios jurídicos<sup>68</sup>. Diferenciava-se da causa-função da compra e venda e da doação porque a transmissão não era definitiva. Essa autonomização redundaria em imprevistos, se aprofundada. Não pensamos que exista uma alteração da causa-função de um contrato legalmente tipificado quando as partes subordinam a utilização do objeto do contrato para uma certa finalidade porque a função económico-social não se confunde com o conteúdo do contrato, sob pena de existirem tantas causas-funções quanto contratos. A causa-função representa uma síntese objetiva dos fins comuns das partes, não se confunde com o conteúdo do ato.

A existência de uma causa *fiduciae* implica, pelo menos, a sua autonomia em relação às restantes causas-funções. Salvo melhor opinião (e classificação<sup>69</sup>), essa autonomia inexistente ou, pelo menos, não pode ser fundada (como até hoje) nas limitações obrigacionais à titularidade de um direito em virtude da celebração de um negócio jurídico translativo. Na alienação em garantia, a sua causa-função é

<sup>66</sup> Em sentido próximo, Werner Flume, *El negocio juridico. Parte general del derecho civil*, II, 4.<sup>a</sup> ed., trad. José María Miquel González e Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado: Madrid (1998), 196-197, refere que a causa-atribuição nos negócios jurídicos de garantia acessórios e não acessórios é a garantia de um crédito. Cfr., igualmente, Alessandro Bertini, *I negozi fiduciari di preparazione dell' adempimento*, Giuffrè Editore: Milão (1940), 19 ss..

<sup>67</sup> Cfr., igualmente, Ludwig Enneccerus/Theodor Kipp/Martin Wolff, *Tratado de derecho civil. Derecho de cosas*, II, tomo III, trad. Blas Pérez González e José Alguer, Bosch: Barcelona (1936), 166.

<sup>68</sup> Orlando de Carvalho, *Negócio jurídico indirecto em Escritos. Páginas de Direito*, I, Almedina: Coimbra (1998), 124-125.

<sup>69</sup> Seguimos, por entendermos ser a mais explicativa, a classificação de Ferreira de Almeida, *Texto e enunciado*, II, cit., 496 ss..

a garantia porque esta representa a síntese que unifica os fins objetivos das partes: garantir o cumprimento de uma obrigação.

Desprovida de uma causa *fiduciae* devemos questionar-nos o que sobeja para reconduzir a alienação em garantia na categoria de negócio fiduciário. Refutada a teoria dualista pela aceitação da *fidúcia* estática, negada a desproporção dos meios jurídicos utilizados em relação aos fins económicos prosseguidos e superada a questão do risco fiduciário; os únicos elementos jurídicos de ligação da alienação em garantia ao tipo do negócio fiduciário são a causa *fiduciae* e a obrigação de retransmissão.

A obrigação de retransmissão do acervo patrimonial não apresenta os mesmos traços na alienação em garantia e no negócio fiduciário para administração. No primeiro, essa obrigação decorre da causa-função das garantias reais: o princípio da neutralidade patrimonial, enquanto corolário da dependência estrutural da situação jurídica de garantia em relação à situação jurídica garantida, subjacente ao regime das garantias reais, implica que o adquirente reverta para o alienante os bens transmitidos em garantia quando cumprida essa função e que, em caso algum, a garantia real pode servir de meio para o locupletamento injusto do credor garantido. Esta situação decorre daquilo que designámos por situação jurídica residual do garante sobre o bem que é objeto da garantia. No negócio fiduciário para administração, a obrigação de retransmissão decorre, por um lado, da imputação dos benefícios resultantes da gestão do acervo patrimonial ao beneficiário da relação fiduciária e, por outro, de um vínculo de afetação funcional puramente obrigacional que condiciona o exercício dos poderes do fiduciário ao fim de satisfazer uma necessidade do beneficiário porque estamos perante um negócio realizado por conta e no interesse de outrem.

Esta situação permite reconduzir o negócio fiduciário para administração, pelo menos parcialmente, para o regime do mandato<sup>70</sup> porque o que é característico do mandato é a alheamento

<sup>70</sup> Inserindo o mandato sem representação na categoria de negócio fiduciário para administração, Carvalho Fernandes, *A admissibilidade cit.*, 238-239; Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral cit.*, 190-191; André Figueiredo, *O negócio fiduciário cit.*, 83; Pessoa Jorge, *O mandato sem representação cit.*, 328-329, diz que os negócios fiduciários não

do interesse<sup>71</sup> que determinou e impulsionou a contratação, sujeitando o mandatário à prossecução do plano de gestão traçado pelo mandante e explica a possibilidade de uma revogação ad nutum do mandato por parte deste. No mandato conferido também no interesse do mandatário ou de terceiro (n.º 2 do art. 1072.º), o critério para a determinação do interesse é estrutural<sup>72</sup>: revela-se pela existência de um direito subjetivo do mandatário ou terceiro, inerente à situação jurídica de gestão, que revela um interesse deste nesta situação jurídica, relevante para a não verificação dos requisitos para a revogação ad nutum do mandato por parte do mandante. No negócio fiduciário para administração, tipicamente, não existe qualquer interesse relevante do fiduciário nos objetos que compõem a situação jurídica de gestão em que é investido. A remuneração, as mais das vezes, auferida por este, não é critério para considerar a existência de um interesse do fiduciário. O interesse do fiduciário não incide sobre os bens fiduciários em si mesmo considerados, mas sobre a remuneração que obtém por administrá-los. Por outro lado, na situação jurídica em que fica investido o mandatário verifica-se uma atuação por conta do mandante porque o destinatário final dos efeitos jurídicos ou, mais rigorosa e amplamente, o destinatário das consequências económicas finais (resultados económicos vantajosos e desvantajosos) é o mandante<sup>73</sup>. Estas características da atuação do mandatário verificam-se na relação fiduciária para administrar.

O negócio fiduciário para administração apresenta uma característica essencial que não é elemento caracterizador da alienação em garantia: a prossecução, por parte do fiduciário, de um interesse

são admissíveis, mas refere que “o fim de administrar ou de realizar um ato jurídico, a que corresponde a *fiducia cum amico*, pode alcançar-se através do mandato sem representação [...]”. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil. Contratos em especial*, XII, 2.ª parte, Almedina: Coimbra (2018), 511-512, afirma que os negócios fiduciários e o mandato não se confundem, embora identifique semelhanças entre os dois negócios, especialmente, na característica comum da atuação por conta.

<sup>71</sup> Costa Gomes, *Em tema de revogação do mandato civil*, Almedina: Coimbra (1989), 91.

<sup>72</sup> Costa Gomes, *Em tema de revogação cit.*, 148-149.

<sup>73</sup> Costa Gomes, *Em tema de revogação cit.*, 93-94 (na esteira de Luminoso).

subjetivo<sup>74</sup> do beneficiário relativamente ao acervo patrimonial com fim de gestão que constitui a situação jurídica fiduciária em que é investido. Enquanto na alienação em garantia o interesse subjetivo radica no adquirente ser satisfeito, em alternativa, através da imputação dos montantes decorrentes da liquidação do bem, que é o objeto da garantia real, à satisfação do crédito garantido. O bem representa para o credor realmente garantido o objeto da sua situação jurídica de garantia, não lhe é indiferente o seu valor económico. A titularidade da situação jurídica de garantia e interesse no aproveitamento do bem pertencem à mesma pessoa. Inversamente, no negócio fiduciário para administração<sup>75</sup> sucede uma rutura entre a titularidade de uma situação jurídica fiduciária e o alheamento do interesse no aproveitamento do bem que é objeto da situação jurídica do fiduciário (o interesse é afetado ao beneficiário).

Pode ser invocado que o alienante tem interesse na situação jurídica residual que incide sobre os bens transmitidos em garantia, na medida em que o adquirente se obriga a retransmitir os bens transmitidos em garantia após a satisfação do seu crédito garantido ou a devolver o montante necessário para impedir o seu enriquecimento. Não podíamos, no entanto, estar mais afastados do regime do mandato. A situação jurídica residual cuja titularidade pertence ao alienante é uma consequência da dependência estrutural da situação jurídica de garantia em relação à situação jurídica garantida, comum à função económico-social das garantias reais e reveladora que a causa da atribuição patrimonial de garantia do cumprimento das obrigações não é adequada a deslocações patrimoniais que enriqueçam o credor garantido. No mandato sem representação para adquirir, a obrigação de retransmissão do mandatário é uma consequência da atuação de gestão (da situação jurídica em que é investido o mandatário) por conta do mandante.

<sup>74</sup> O conceito de interesse que utilizamos é subjetivo: interesse é a relação que existe entre um sujeito e um bem apto para satisfazer uma necessidade daquele. Sobre a distinção entre interesse subjetivo e interesse objetivo, Paulo Mota Pinto, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, Coimbra Editora: Coimbra (2008), 495-497.

<sup>75</sup> André Figueiredo, *O negócio fiduciário* cit., 88.

O negócio fiduciário de gestão pode ser descrito<sup>76</sup> como o “contrato do qual resulta, direta ou indiretamente, 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 respetivos frutos para a esfera do fiduciante”. Embora alguns autores admitam que existem negócios fiduciários que divirjam desta descrição (incluindo o negócio fiduciário para garantia) “quer na sua estrutura, quer na sua causa”<sup>77</sup> porque se afastam do mandato sem representação (enquanto modalidade de negócio fiduciário), não podemos concordar com esta posição. É, precisamente, por a alienação em garantia não partilhar os traços estruturais e funcionais do negócio fiduciário (em que o mandato sem representação se apresenta como uma modalidade legalmente típica de negócio fiduciário<sup>78</sup>) que não podemos inseri-la nesta última categoria jurídica<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> André Figueiredo, *O negócio fiduciário* cit., 83-84

<sup>77</sup> André Figueiredo, *O negócio fiduciário* cit., 93.

<sup>78</sup> Embora não seja única. A substituição fideicomissária é uma modalidade de negócio fiduciário para administração legalmente típica. As diferenças residem (em relação ao mandato sem representação) na situação jurídica real em que é investido o fiduciário. Neste instituto jurídico sucessório, a lei consagra um regime semelhante àquele que é plasmado no art. 1184.º. Os bens cuja titularidade temporária pertencem ao fiduciário, em virtude da substituição fideicomissária, são bens substancialmente alheios porque se encontram funcionalizados à prossecução de um interesse alheio (do fideicomissário que é titular de uma expectativa jurídica sucessória), não revelando um acréscimo patrimonial na esfera jurídica do fiduciário, por isso, estão imunes à penhora por parte dos credores pessoais deste (com exceção dos frutos originados por aqueles bens, cujo poder de disposição é de exercício livre). Cfr. arts. 2286.º ss..

<sup>79</sup> De um ponto de vista jurídico atual, Barreto Menezes Cordeiro, *Do trust* cit., 955-959, considera que o critério que distingue o negócio fiduciário para administração e o negócio fiduciário para garantia é a natureza das obrigações assumidas pelo fiduciário. No negócio fiduciário para administração constituem-se especiais deveres de lealdade e cuidado quanto aos bens que constituem a situação jurídica em que fica investido o fiduciário, enquanto no negócio fiduciário para garantia não existe, em princípio, qualquer atividade de adminis-

## **2.6. Conclusões sobre a natureza jurídica da alienação em garantia**

Depois de analisar a natureza das garantias especiais e, em especial, das garantias reais, é-nos permitido inserir a alienação em garantia nesta categoria jurídica. A alienação em garantia é um contrato que cumpre os requisitos que se encontram em qualquer garantia especial. A situação jurídica de garantia em que fica investido o credor garantido apresenta uma individualidade estrutural em relação à obrigação garantida. Essa individualidade estrutural é evidente quando se considera a causa-atribuição de garantia nas garantias especiais do cumprimento das obrigações: estas não são adequadas à constituição de obrigações garantidas, mas à constituição de uma situação jurídica de garantia funcionalizada à satisfação do credor, em alternativa, em caso de incumprimento da obrigação garantida.

Examinámos o conceito de garantia real e descobrimos três notas que sempre se verificam: o bem objeto de uma garantia real é sempre um bem patrimonial cujo destino é satisfazer, em alternativa, o cumprimento de uma obrigação; a situação jurídica de garantia em que fica investido o credor garantido deve contar com os poderes necessários para a liquidação do bem se a obrigação garantida não for cumprida e respetiva imputação do montante à satisfação da obrigação garantida, seja porque esses poderes resultam da garantia geral das obrigações ou foram estipulados, explícita ou implicitamente (neste último caso, atenta a utilidade da função económico-social do contrato para interpretação complementar da declaração do garante) por convenção; e a situação jurídica de garantia deve contar com um mínimo de oponibilidade aos credores comuns do garante porque o bem afeto em garantia já não responde nos termos do princípio do *par conditio creditorum*, mas com pre-

tração do fiduciário e, por outro lado, não existem os mesmos complexos deveres de lealdade e cuidado subjacentes ao negócio fiduciário para administração. Contudo, o A. rejeita que se abandone o termo *fidúcia* para a alienação em garantia, embora assuma que não merecem tratamento unitário.

ferência ou primazia relativamente aos credores do garante e tendencialmente (no caso da alienação em garantia, plenamente) pelo valor da obrigação garantida.

Verificámos a sobreposição sobre o mesmo bem afeto em garantia de duas situações jurídicas diferentes: uma situação jurídica de base constituída pelos poderes e faculdades que surgem da afetação do bem à satisfação, em alternativa, do credor garantido; e uma situação jurídica residual cujo conteúdo são os poderes e faculdades que sobejam para o garante, que não são atribuídos ao credor garantido porque ultrapassam a medida do necessário à função de garantia que presidiu à constituição da garantia.

Na alienação em garantia, o adquirente é o titular da situação jurídica de garantia e ao alienante é atribuída a situação jurídica residual, nos termos que descrevemos acima. Esta descoberta de duas posições jurídicas sobre o mesmo bem é importante para afirmarmos que a situação jurídica de base na alienação em garantia, não é uma titularidade plena ou absoluta, isto é, sem qualquer limite. Os limites à titularidade do adquirente encontram-se na causa objetiva do contrato: a garantia. Esses limites não são oponíveis erga omnes, a sua eficácia é meramente obrigacional, porque resultam da função económico-social do contrato de alienação em garantia, e não de uma qualquer alteração aos poderes que, em abstrato, a titularidade absoluta de um direito acarreta.

A função económico-social do contrato de alienação em garantia é inequivocamente a função de garantia. Esta função económico-social assume especial importância na conformação da declaração negocial do garante, nos termos em que já analisámos os nexos de dependência funcional e estrutural.

Podemos descrever a alienação em garantia como um contrato com função económico-social de garantia, que se qualifica como garantia real do cumprimento das obrigações, nos termos do qual o alienante transmite a titularidade de um direito para o adquirente, prevendo-se em caso de incumprimento da obrigação garantida a faculdade de o adquirente alienar os direitos transmitidos em garantia para terceiro ou apropriar-se destes, obtendo satisfação do seu crédito garantido. Se a obrigação garantida é cumprida o adquirente obriga-se a retransmitir a titularidade do direito para o

alienante<sup>80</sup>. Esta obrigação de retransmissão radica na função econômico-social de garantia e tem lugar através da celebração de um novo negócio jurídico translativo.

Atente-se que o adquirente aliena a situação jurídica de garantia cuja titularidade lhe pertence, funcionalizada à satisfação da obrigação garantida. Não se pode dizer que o credor garantido pode dispor de uma situação jurídica alheia, especificamente da situação jurídica residual<sup>81</sup>. A disposição de uma situação jurídica alheia celebrada em nome próprio pelo credor garantido é inadmissível porque o poder de disposição de um direito tem como pressuposto que o disponente seja o seu titular<sup>82</sup>.

<sup>80</sup> Pereira das Neves, *A cessão de créditos* cit., 468, 501, que se debruçou especificamente sobre a cessão de créditos em garantia sufraga a inexistência de uma obrigação de retransmissão dos créditos cedidos em garantia, e nota que não se pode, igualmente, subscrever uma obrigação de devolução da diferença entre o montante necessário à satisfação do crédito garantido e os bens transmitidos em garantia. O que existiria seria a cessação da causa justificativa da atribuição patrimonial de garantia com o cumprimento da obrigação garantida, que importaria o efeito automático de cessação da manutenção da titularidade dos créditos cedidos na esfera jurídica do credor garantido. Esta posição só merece acolhimento na alienação em garantia sujeita a evento resolutivo com o cumprimento da obrigação garantida porque a cessação da causa da atribuição pela verificação da condição implica a retroatividade dos efeitos à data da conclusão do negócio (art. 276.º). O regime subsidiário aplicável com a cessação da causa-atribuição de garantia não pode ser semelhante àquele que é estabelecido apenas por convenção na propriedade reservada ou que resulta da natureza provisória do direito de propriedade em que é investido o fiduciário na substituição fideicomissária, constitutivos de expectativas jurídicas de aquisição. Nestes negócios não é necessária uma nova declaração de vontade para suceder a transmissão do objeto, basta que se verifique o evento necessário para operar a transmissão subjacente ao negócio. Na alienação em garantia não é possível arguir que o alienante tem uma expectativa jurídica de (re) aquisição porque não se sabe *a priori* qual é o destino do bem: liquidação para imputar o montante na satisfação da obrigação garantida ou constituição de um direito de crédito à retransmissão do bem ao alienante com o cumprimento da obrigação garantida. De um ponto de vista funcional, o contrato aproxima-se mais daquela do que desta.

<sup>81</sup> Em sentido contrário, Pereira das Neves, *A cessão de créditos* cit., 490-491.

<sup>82</sup> Embora muito discutida, na nossa opinião, e por este motivo, o mandato sem representação para alienar pressupõe a transmissão fiduciária da propriedade para o mandante, não vigorando a teoria da projeção imediata.

Se o produto da alienação dos direitos é superior ao valor do crédito garantido, o adquirente obriga-se a devolver a diferença ao alienante, atento ao princípio da neutralidade patrimonial das garantias reais. Se o adquirente se recusar a retransmitir os bens, o alienante só pode fazer uso de ações pessoais e não reais (v.g., de reivindicação) porque o direito do alienante tem natureza creditícia cujo conteúdo é uma prestação de facere que consiste na celebração de um novo negócio jurídico translativo.

A inserção do contrato na categoria das garantias reais permite-nos procurar pelos princípios e normas injuntivas que regulam as últimas e procurar saber se o contrato é admissível. As próximas páginas procuram responder a esta questão, analisando os problemas que a doutrina aponta como relevantes para averiguar a admissibilidade da alienação em garantia, no quadro das garantias reais. Por outro lado, a exclusão da alienação em garantia da categoria dos negócios fiduciários ajuda-nos a evitar conclusões precipitadas sobre uma potencial adaptação das soluções jurídicas que a doutrina moderna encontrou para o negócio fiduciário para administração, sobretudo na sua vertente externa.

### **3. Problemas de admissibilidade da alienação em garantia**

#### **3.1. A proibição do pacto comissório**

A questão da admissibilidade da alienação em garantia deve ser perspectivada à luz das normas injuntivas que regulam as restantes garantias reais. Como afirmámos, a alienação em garantia é um contrato legalmente atípico e misto, com vários tipos de referência. Esses tipos de referência consagram normas injuntivas que têm de prevalecer perante a vontade das partes. A norma do art. 694.º é especialmente relevante porque é transversal às garantias reais previstas no Código Civil e prevê a hipótese de o garante alienar a coisa onerada ao beneficiário da garantia (credor da relação principal). O percurso para saber se é admissível a alienação em garantia deve iniciar-se com o fundamento da proibição do pacto comissório, isto é, por que é proibido ao garante transmitir o bem que é objeto

da garantia real ao beneficiário da garantia<sup>83-84</sup>, situação que se verifica na alienação em garantia.

Alguma doutrina tradicional aponta que a proibição do pacto comissório se destina a proteger o devedor que pela necessidade de obter crédito, facilmente consentiria na alienação da coisa que é objeto da hipoteca ao seu credor, em caso de não cumprimento do crédito<sup>85</sup>. Esta situação resultaria no locupletamento injusto do credor porque, em boa razão, a coisa que este adquirira tinha um valor económico superior ao crédito garantido incumprido. O art. 694.º representaria um corolário de uma condenação (mais geral) da lei em relação aos negócios usurários (art. 282.º)<sup>86</sup>. O pacto comissório real resulta expressamente proibido por lei.

O pacto comissório obrigacional não está expressamente proibido. Mas se é proibido o pacto real pelos motivos apresentados, o pacto obrigacional (o credor tem um direito de crédito à transmissão

<sup>83</sup> Costa Gomes, *Assunção fidejussória* cit., 90-92; Orlando de Carvalho, *Prefácio em Escritos. Páginas de Direito*, Almedina: Coimbra (1998), 27-28; Monteiro Pires, *Alienação em garantia* cit., 251 ss.; Pedro Romano Martinez/Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de cumprimento*, 5.ª ed., Almedina: Coimbra (2006), 247;

<sup>84</sup> Não há nada que impeça o devedor de extinguir a sua obrigação através de dação em cumprimento, eventualmente, através do objeto onerado com a garantia. Esta situação distingue-se do pacto comissório porque na dação em cumprimento (art. 837.º) o devedor entrega um *aliud*, com o assentimento do credor para extinção imediata da obrigação (*solvendi causa*). Naquela estabelece-se um meio alternativo de satisfação do credor cuja causa da atribuição patrimonial é a garantia de um crédito e, em princípio, só extingue a obrigação garantida se o credor é totalmente satisfeito. Em sentido semelhante, Franco Anelli, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè: Milão (1996), 89, refere que a estipulação comissória pode sintetizar-se numa modalidade de extinção alternativa e secundária do crédito mediante a transferência da propriedade do objeto da situação jurídica de garantia ao credor garantido. Este efeito transmissivo é estabelecido *in funzione satisfattiva*, antes de se verificar o incumprimento, no momento em que é constituída a situação jurídica de garantia. Igualmente, Andrea Sassi, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Edizioni Scientifiche Italiane: Nápoles (1999), 209 ss.. Argumentando que a estipulação comissória tem uma função solutória, Nicola Cipriani, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Edizioni Scientifiche Italiane: Nápoles (2000), 116 ss..

<sup>85</sup> Adriano Vaz Serra, *Penhor. Penhor de coisas, penhor de direitos*, 58 BMJ, (1956), 205.

<sup>86</sup> João Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, II, 7.ª ed. (reimpressão), Almedina: Coimbra (2012), 554-555; Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria geral do direito civil*, 8.ª ed., Almedina: Coimbra (2018), 569-570.

da coisa) é, também, proibido porque o resultado é semelhante através da execução específica da obrigação.

É discutido se a proibição do pacto comissório é circunscrita aos casos estipulados na lei ou se é aplicável a todos os negócios jurídicos em que as partes pretendem contornar a proibição legal<sup>87</sup>. Na nossa opinião, a aplicação é direta no caso de uma garantia real, sem prejuízo da sua aplicação analógica quando o negócio celebrado pelas partes revele um fim de garantia que visa afastar a razão da proibição legal<sup>88</sup>.

A questão subjacente é determinar o âmbito de aplicação da norma e harmonizar a estrutura do preceito com a razão da proibição. Parece evidente que a razão da proibição deve ser privilegiada na descoberta do âmbito de aplicação<sup>89</sup>, atendendo que o pacto obrigacional deve ser proibido (embora não resulte expressamente do art. 694.º) porque a razão de ser da norma não deixa de se verificar. O resultado seria semelhante ao que as partes conseguiriam com o pacto real proibido e a disparidade de regimes dificilmente podia ser justificada. Semelhante ideia que ajuda a rejeitar uma conceção meramente estrutural do pacto comissório é aquela que firma a distinção da alienação em garantia na estrutura do pacto comissório: na última, a transmissão do objeto está sujeita a condição suspensiva do incumprimento do crédito; naquela a transmissão não está sujeita a este requisito. A conceção estrutural seria facilmente ultrapassada pelas partes, bastava que convencionassem um evento suspensivo distinto do incumprimento do crédito garantido

<sup>87</sup> O problema é vetusto, Vaz Serra, *Penhor* cit., 208. O A. defende que a norma é aplicável a outros contratos em que os contraentes podem obter o mesmo resultado, mencionando, como exemplos, a venda com pacto de resgate e o pacto obrigacional de venda a retro.

<sup>88</sup> Em sentido semelhante, Costa Gomes, *Assunção fidejussória* cit., 95-96; Ramos Alves, *Dação em cumprimento* cit., 654; Ana Filipa Morais Antunes, *O contrato de locação financeira restitutiva*, UCP: Lisboa (2008), 37-38.

<sup>89</sup> Costa Gomes, *Assunção fidejussória* cit., 91-92; Morais Antunes, *O contrato* cit., 37; Francesco Macario, Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia<sup>7</sup> em *Diritto Civile. Attuazione e tutela dei diritti. L'attuazione dei diritti*. IV, tomo II, coord. Nicolò Lipari/Pietro Rescigno, Giuffrè: Milão (2009), 205. Adotando uma posição estrutural, Maria João Vaz Tomé/Diogo de Leite de Campos, *A propriedade fiduciária (trust). Estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina: Coimbra (1999), 214-215.

para operar a transmissão. A invocação dos diferentes momentos estruturais da transmissão do objeto para distinguir as duas figuras “soa mais a alibi do que a argumento”<sup>90</sup>, mister é analisar a validade da alienação em garantia à luz da ratio da proibição do pacto comissório.

A doutrina italiana<sup>91</sup> invocou que a razão de ser da proibição não podia somente ser alicerçada na proteção do devedor porque este motivo não era suficientemente explicativo. Se a razão de ser da norma é a proteção do devedor, estamos perante uma contradição valorativa no ordenamento jurídico. Enquanto os negócios usurários são anuláveis (art. 282.º), a lei comina com a nulidade a celebração do pacto comissório. Por outro lado, o art. 694.º pode suscitar o problema da cominação com a nulidade de pactos comissórios que, em concreto, até se podem manifestar favoráveis ao devedor. O bem que é o objeto do pacto comissório pode ser menos valioso que o crédito garantido e os contraentes podem convencionar a limitação da responsabilidade patrimonial àquele objeto (art. 602.º).

Proliferaram as teses sobre os motivos subjacentes à proibição<sup>92</sup>. Alguns autores alegaram que a proibição do pacto comissório é um corolário de um princípio geral que proíbe a autotutela e autossatisfação do credor<sup>93</sup>. Outros alegaram que existe um interesse geral em evitar o alastramento deste pacto porque causa um prejuízo social no regular desenvolvimento das relações jurídicas pelo maior peso negocial do credor<sup>94</sup>. Ademais, há quem radique na tutela conferida aos credores comuns do alienante pelo princípio do par conditio creditorum a razão da proibição. Para outros o problema reside na desproporção entre o valor patrimonial do objeto onerado e o montante

<sup>90</sup> Costa Gomes, *Assunção fidejussória* cit., 91-92.

<sup>91</sup> Cfr. a doutrina citada por Ugo Carnevali, *Patto commissorio* em *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Giuffrè: Milão (1982), 500.

<sup>92</sup> Sobre os vários fundamentos do pacto comissório, Andrade de Matos, *O pacto comissório* cit., 58-73; Feliu Rey, *La prohibición del pacto comisario y la opción en garantía*, Editorial Civitas: Madrid (1995), 66 ss..

<sup>93</sup> Esta teoria não pode ser aceite perante o direito português. Desde logo, pela convenção de venda extraprocessual do penhor prevista no n.º 1 do art. 675.º

<sup>94</sup> Cesare Massim Bianca, *Il divieto del patto commissorio*, Giuffrè: Milão (1957), 216 ss..

do crédito garantido, locupletando injustamente o credor. Finalmente, a razão de ser subjacente à proibição pode ser complexa: por um lado, a proteção do devedor perante negócios que locupletariam o credor, por outro, a necessidade de acautelar a posição dos credores do alienante e não desfigurar o regime aplicável aos credores garantidos através da concessão de privilégios convencionais para alguns credores<sup>95</sup>.

A teoria que fundamenta a proibição do pacto comissório na proteção do alienante enfrenta problemas. Em primeiro lugar, cumpre sublinhar que não é apoiada no texto do preceito legal (n.º 2 do art. 9.º); ao invés, fundamenta-se numa perspetiva histórica de proteção do alienante. Este, necessitado de crédito, podia alienar aquilo que, em boa verdade, não desejava. Em segundo lugar, se a razão de ser do art. 694.º é proteger o alienante de um negócio usurário, estamos perante (supostamente) uma norma especial porque o seu âmbito de aplicação é totalmente preenchido pelo art. 282.º. Este refere no seu n.º 1 que “é anulável, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade [...] de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados”. As duas normas têm consequências jurídicas distintas. O negócio usurário é anulável, o pacto comissório é nulo. Esta situação representaria uma contradição valorativa particularmente impressiva porque resulta de normas presentes no mesmo diploma e que vigoram concomitantemente desde o início da vigência do Código Civil. Se o valor protegido pelas duas normas radica na reprovação da usura (no sentido axiológico, não de vício do consentimento e conteúdo) para tutela da liberdade contratual do devedor, as distintas consequências jurídicas não têm aparente explicação. A existência de uma contradição valorativa é gravosa

<sup>95</sup> Esta última posição é a que reúne maior consenso entre a doutrina moderna e foi acolhida por Costa Gomes, *Assunção fidejussória* cit., 94; Andrade de Matos, *O pacto comissório* cit., 73-75; João Remédio Marques, *Locação financeira retributiva (sale and lease back) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e ação executiva*, 77 BFDUC (2001), 607; João Calvão da Silva, *Banca, bolsa e seguros. Direito europeu e português*, tomo I, 5.ª ed., Almedina: Coimbra (2017), 314; Ramos Alves, *Dação em cumprimento* cit., 650; Morais Antunes, *O pacto comissório* cit., 34-35.

porque é um desvio ao princípio de igualdade de tratamento (corolário de uma ideia de justiça) do que é, segundo as valorações do ordenamento jurídico, igual ou idêntico. Evitar estas contradições valorativas é um dever para o intérprete, embora não signifique que a contradição tenha necessariamente de ser eliminada<sup>96</sup>.

Seguindo a diferença de consequências jurídicas que resultam dos dois preceitos legais, devemos questionar-nos se estamos verdadeiramente perante uma contradição valorativa ou, na realidade, na presença de dois valores distintos prosseguidos por aquelas normas.

Para concluirmos que estamos perante um negócio usurário é necessário que o negócio seja viciado por usura (em sentido de vício do conteúdo e do consentimento) que representa simultaneamente um vício da vontade e uma lesão<sup>97</sup>. Para verificarmos que estamos perante um negócio usurário é necessário que se verifiquem dois elementos: subjetivo e objetivo. O elemento subjetivo diz respeito ao lesado e ao usurário, o elemento objetivo reflete-se no conteúdo do negócio jurídico. O elemento subjetivo reflete uma situação de inferioridade do lesado que é aproveitada conscientemente (não é necessário que aproveite intencionalmente) pelo usurário. O elemento objetivo consiste numa lesão excessiva e injustificada causada pela celebração de um negócio jurídico.

Com este pano de fundo compreende-se por que a lei sancionou o negócio usurário com a anulabilidade. A sanção da anulabilidade é harmoniosa com os casos, previstos no Código Civil, em que o interesse tutelado é a contratação livre de vícios.

A inserção sistemática do art. 694.º, no capítulo VI, relativo às garantias especiais das obrigações merece que se faça uma análise garantística do preceito procurando pelos princípios que regem os capítulos relativos à garantia geral e garantia especial. A leitura conjugada do art. 694.º com o n.º 1 do art. 605.º, na nossa opinião, permite concluir que o fundamento (ratio) do pacto comissório não é tutelar o alienante ou o devedor. A tese de que o fundamento do art.

<sup>96</sup> Repare-se que estamos perante uma contradição de valorações, e não perante uma contradição de normas, Karl Larenz, *Metodologia da ciência do Direito*, 7.ª ed., trad. José Lamago, Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa (2014), 471-472.

<sup>97</sup> Pedro Camargo de Sousa Eiró, *Do negócio usurário*, Almedina: Coimbra (1990), 19 ss..

694.º reside na tutela do devedor necessitado de crédito pressupõe que o devedor e o alienante são a mesma pessoa. No entanto, pode assim não suceder. De facto, o alienante podia ser terceiro à relação principal (v.g., um mútuo), mas parte na relação de garantia que estabeleceu com o credor da relação principal. Esta situação não se pode dizer estranha se atendermos à localização sistemática do art. 694.º; este encontra-se no capítulo dedicado às garantias especiais das obrigações, cuidando a lei de esclarecer que as garantias reais podem ser constituídas por terceiros à relação principal (n.º 2 do art. 658.º; n.º 1 do art. 666.º e n.º 1 do art. 686.º). O art. 694.º não faz referência explícita à qualidade do alienante porque pode ser o devedor ou terceiro apenas refere que é nula a convenção pela qual o credor adquire a coisa onerada, em consequência do não cumprimento do devedor. A sanção prevista pelo art. 694.º procede ainda que o devedor e o alienante sejam pessoas diferentes e, assim é, porque o interesse tutelado pela norma não radica no devedor da relação principal. Não se pode afirmar que o interesse tutelado pela norma se destina *prima facie* à proteção do devedor porque pode não contratar em “situação de necessidade” (n.º 1 do art. 282.º) para a obtenção de crédito porque, em primeiro lugar, pode não ser parte na relação de garantia e, em segundo lugar, ainda que fosse o pacto comissório não tem que lhe ser desfavorável.

Outra corrente na doutrina alega que o pacto comissório e o negócio usurário têm âmbitos de aplicação distintos e aquele não tem o elemento subjetivo do negócio usurário<sup>98</sup>. Argumentam que a proibição do pacto comissório encontra o seu fundamento na desproporcionalidade das atribuições patrimoniais quando a relação de

<sup>98</sup> Alguma doutrina, porventura aquela que dominou o pensamento sobre o pacto comissório no séc. XX, não menciona a usura (nem o negócio usurário) ou eventual debilidade do devedor, mas a desproporção existente, normalmente, entre o valor do bem e o montante do crédito. Assim, Guilherme Moreira, *Instituições*, II, cit., 336-337; Paulo Cunha, *Da garantia das obrigações*, II, cit., 215-216; Pestana de Vasconcelos, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência: em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, Coimbra Editora: Coimbra (2007), 626-627; Contra, Ramos Alves, *Dação em cumprimento* cit., 642-643, que refere que não existe qualquer elemento no texto da norma que permita aferir a ilicitude do pacto comissório pela desproporção entre o valor do bem alienado e o valor do crédito garantido.

garantia está sobreposta à relação principal e na tutela da parte mais débil. Tipicamente, a coisa alienada tem um valor patrimonial superior ao crédito garantido. O pacto comissório visaria tutelar o alienante que perderia um bem, sem restituição da diferença entre o valor deste e o valor do crédito, provocando um locupletamento do credor. Esta ideia não pode ser aceite. Em princípio, a desproporcionalidade do valor patrimonial das atribuições patrimoniais não é, por si só, tutelada pelo direito. V.g., na compra e venda pode ocorrer que a prestação do preço seja significativamente mais elevada que o valor de mercado da coisa vendida, locupletando o vendedor. Esta situação não desencadeia quaisquer consequências jurídicas per se. A liberdade contratual possibilita que o vendedor estabeleça o preço que melhor lhe aprouver e a mesma liberdade goza o comprador de aceitar o preço<sup>99</sup>. Veja-se igualmente o art. 837.º, em secção dedicada à dação em cumprimento, que refere que “a prestação de coisa diversa da que for devida, embora de valor superior, só exonera o devedor se o credor der o seu assentimento”. Neste instituto, a lei valida uma situação clara de desproporcionalidade entre o valor patrimonial da prestação devida e o valor patrimonial do aliud. A proibição do pacto comissório não pode residir somente na desproporcionalidade do valor patrimonial das atribuições inerente à natureza do pacto comissório por respeito ao princípio da liberdade contratual<sup>100</sup>.

Se o fundamento da proibição não se encontra no alienante (ou devedor da relação principal) devemos ponderar o interesse dos credores do alienante que através do pacto comissório observam a transmissão da titularidade de um direito para garantia de uma obrigação de um credor específico.

<sup>99</sup> Sobre as exceções à liberdade de estipulação de preço para os profissionais, Jorge Morais Carvalho, *Direito do consumo*, 5.ª ed., Almedina: Coimbra (2018), 80-82.

<sup>100</sup> Sobre a liberdade de estipulação de preço, Paolo Greco/Gastone Cottino, *Della vendita (art. 1470.º-1547.º)*, *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Bianca*, Livro IV, *Delle obbligazioni*, 1.ª ed. (reimpressão), Nicola Zanichelli Editore, Società Editrice del Foro Italiano (1964), 92-94.

### **3.2. O pacto marciano e a sua inserção no quadro dos efeitos jurídicos da situação jurídica residual**

Devemos saber se é admissível a convenção através da qual o alienante transmite a propriedade da coisa para o credor da relação principal (adquirente na relação de garantia) em caso de incumprimento da obrigação garantida, ficando este obrigado a restituir ao alienante a diferença entre o valor do crédito garantido incumprido e o valor do bem, se o último é de valor superior em relação ao primeiro. Esta convenção é denominada por pacto marciano e a sua distinção em relação ao pacto comissório é a não verificação de um locupletamento do credor da relação principal. O pacto marciano não é expressamente proibido no Código Civil e a sua admissibilidade depende da posição que seja assumida perante o fundamento da proibição do pacto comissório<sup>101</sup>.

O pacto marciano é uma consequência da causa da atribuição patrimonial de garantia na alienação em garantia, nessa medida não é necessário que o pacto seja expresso no texto do contrato. Conforme aduzimos, a função económico-social das garantias reais conforma a declaração do garante, assim (após a qualificação do contrato) a causa-atribuição de garantia destes negócios não é apta a realizar atribuições patrimoniais que locupletam o credor garantido, ao invés, regem-se pelo princípio da neutralidade patrimonial. O que se impõe questionar é a validade da alienação em garantia quando está pressuposto o pacto marciano. O pacto marciano é uma consequência da causa-atribuição de garantia que se constitui na situação jurídica residual em que está investido o garante com o incumprimento da obrigação garantida após a execução da garantia.

O efeito jurídico de constituição de um direito de crédito à devolução do montante desnecessário à satisfação da obrigação garantida é um efeito possível da causa-atribuição de garantia que se constitui na situação jurídica residual cuja titularidade pertence ao

<sup>101</sup> Costa Gomes, *Assunção fidejussória de dívida* cit., 95 ss..O pacto marciano foi expressamente admitido para os contratos de alienação em garantia, no quadro dos contratos de garantia financeira, que se regem pelo Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de maio, no seu art. 11.º.

garante. Caso a obrigação garantida seja cumprida, o efeito jurídico espoletado por esse sucesso e justificado pela causa-atribuição de garantia é a constituição de um direito de crédito do alienante à retransmissão dos concretos bens alienados em garantia.

A maioria da doutrina<sup>102</sup> pronuncia-se favoravelmente sobre a admissibilidade do pacto marciano, por não se verificarem os perigos usurários e/ou de desproporcionalidade das atribuições patrimoniais que, supostamente, o pacto comissório acarreta.

Esta posição parte de um fundamento da proibição do pacto comissório que recusámos por inadequada a proporcionar uma explicação satisfatória da norma. Os autores justificam a validade do pacto marciano pressupondo que o desvalor do pacto comissório radica na desproporcionalidade do valor das atribuições patrimoniais quando a relação de garantia e relação principal estão sobrepostas. A reprovação da usura seria aqui perspetivada no prisma axiológico, proibindo uma convenção adequada à criação de uma lesão enorme para o garante. Conforme aludimos, essa não é a nossa posição.

As consequências do pacto marciano devem ser ponderadas à luz da proteção dos restantes credores do alienante. O pacto marciano representa um desvio à tutela que o ordenamento jurídico providencia aos credores garantidos por uma garantia real<sup>103</sup>. Estes credores em caso algum previsto no n.º 2 do art. 604.º subtraem a situação jurídica de garantia ao concurso de credores. V.g., o credor hipotecário não tem prioridade perante o credor que beneficie de um privi-

<sup>102</sup> Costa Gomes, *Assunção fidejussória* cit., 95; Luís Menezes Leitão, *Garantias das obrigações*, 6.ª ed., Almedina: Coimbra (2018), 267-268; Tiago Soares da Fonseca, *O penhor de acções*, Almedina: Coimbra (2007), 137-138; Ramos Alves, *Dação em cumprimento* cit., 659-662; Remédio Marques, *Locação financeira restitutiva* cit., 607-608; Júlio Vieira Gomes, *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano*, 8 CDP (2004), 55-72, 71-72; Carvalho Fernandes, *A admissibilidade* cit., 250-251; Pestana de Vasconcelos *A cessão de créditos* cit., 285, 633-642. Anelli, *L'alienazione* cit., 453. Contra, Vaz Serra, *Penhor* cit., 219, argumenta que o credor adquiriria uma coisa que o devedor, se não fosse a necessidade de crédito, não lhe queria alienar.

<sup>103</sup> No mesmo sentido, Morais Antunes, *O pacto comissório* cit., 38-43. Embora admita a validade do pacto marciano em “relações jurídicas caracterizadas por um equilíbrio de posições contratuais”.

légio imobiliário especial (art. 751.º) ou sobre o credor que beneficie de direito de retenção nos termos do n.º 2 do art. 759.º. Ademais, o produto da liquidação do objeto que constitui uma garantia real legalmente típica pode suportar a totalidade das dívidas da massa insolvente desde que essa situação seja indispensável à satisfação integral das mesmas e na respetiva medida (n.º 2 do art. 172.º CIRE). O pacto marciano representa um desvio para os credores do alienante devido à subtração do adquirente às regras que dominam a satisfação dos credores garantidos e restantes credores consolidando um afastamento do princípio da igualdade dos credores (n.º 1 do art. 604.º) porque o bem que é objeto da situação jurídica de garantia não se encontra no património do alienante.

A subtração da situação jurídica de garantia ao concurso de credores deve ser analisada em dois momentos. Em primeiro lugar, as consequências para os credores do alienante durante o tempo que medeia entre a constituição da garantia real e o cumprimento ou incumprimento da obrigação garantida. Em segundo lugar, quais são as consequências para os credores do alienante com a declaração de insolvência do adquirente.

O art. 601.º consagra o princípio de que o património do devedor é a garantia geral dos credores. A transmissão da titularidade dos direitos do alienante para o adquirente tem uma consequência jurídica durante a pendência da garantia: a impossibilidade para os credores do alienante de executarem uma situação jurídica que é alheia ao património do devedor<sup>104</sup>.

Os credores comuns podem penhorar o bem onerado com um direito real de garantia que se encontra no património do devedor<sup>105</sup>, citando-se v.g., o credor hipotecário para reclamar o pagamento do seu crédito (alínea b), n.º 1, do art. 786.º do CPC). A penhora do bem hipotecado implica que o credor hipotecário tenha que reclamar um crédito (que pode ser vincendo) sujeitando-se a que o pagamento seja realizado com o desconto correspondente ao benefício da

<sup>104</sup> Pestana de Vasconcelos, *A cessão de créditos* cit., 204.

<sup>105</sup> Repare-se que entre os titulares de direitos reais de garantia não se estabelecem relações de incompatibilidade, mas de coexistência através da respetiva graduação de créditos. Augusta Ferreira Palma, *Embargos de terceiro*, Almedina: Coimbra (2001), 94-95.

antecipação (n.º 3 do art. 791.º CPC)<sup>106</sup>. Esta situação dificilmente ocorre na alienação em garantia devido ao carácter oculto do contrato. A situação jurídica de garantia não está sujeita a qualquer publicidade, ao invés das garantias reais convencionais tipificadas no Código Civil que publicitam as situações jurídicas de garantia, ainda que com diversos graus de intensidade.

A falta de publicidade da situação jurídica de garantia é determinante para desconsiderar a possibilidade de execução dos bens alienados por parte dos credores do alienante, sobretudo para aqueles autores que consideram que a transmissão que sucede na alienação em garantia não é plena e exclusiva, mas apenas tendencialmente plena e exclusiva. Esta situação abre a possibilidade aos credores do alienante de penhorarem a situação jurídica de garantia. O credor garantido deveria ser satisfeito de forma semelhante a qualquer credor que beneficie de uma garantia real, não podendo deduzir embargos de terceiro por ações executivas movidas pelos credores do alienante.

A transmissão seria tendencialmente plena e exclusiva<sup>107</sup> porque o acervo patrimonial transmitido materialmente pertence ao alienante, apenas formalmente o seu titular é o adquirente<sup>108</sup>. O credor garantido não beneficiaria de oponibilidade absoluta da situação jurídica de garantia face aos credores do alienante. Atendendo às consequências jurídicas que a lei estabelece para os credores que beneficiam de garantias reais, em caso de penhora dos bens que são objeto dessas garantias (antecipação do momento do cumprimento para o devedor e desconto pelo benefício da antecipação para o credor), nenhuma das partes tem interesse na publicidade da situação jurídica de garantia. A alienação em garantia é um contrato hábil para contornar o princípio da publicidade dos direitos reais de garantia que, com maior ou menor intensidade, se verificam nas situações jurídicas de garantia constituídas por garantias reais convencionais legalmente típicas.

<sup>106</sup> Pestana de Vasconcelos, *Direito das garantias* cit., 231-232.

<sup>107</sup> Pereira das Neves, *A cessão de créditos* cit., 568.

<sup>108</sup> Sobre a distinção entre titularidade material e formal. Monteiro Pires, *Alienação em garantia* 222 ss.; André Figueiredo, *O negócio fiduciário* cit., 172 ss..

Ademais, na nossa opinião, embora a distinção entre titularidade formal e titularidade substancial seja adotada no art. 1184.<sup>109</sup> e justifique a separação de patrimónios em caso de execução movida pelos credores do mandatário ou insolvência deste, esta norma deve ser lida à luz das considerações que tecemos sobre a relevância do interesse no tipo contratual do mandato sem representação. Embora o mandatário seja titular formal dos bens que são objeto do contrato de mandato sem representação para adquirir, o interesse sobre o destino dos bens radica no mandante que é o seu titular substancial, isto é, em termos económicos as perdas decorrentes de uma execução movida pelos credores do mandatário seriam imputadas ao mandante, atendendo que aquele atua por conta deste.

Situação distinta nas garantias reais porque inexistente uma dissociação da titularidade de uma situação jurídica de garantia e imputação do interesse nos bens em sujeitos distintos. Esta posição é corroborada pelo art. 701.º sobre a substituição ou reforço da hipoteca. A redação do artigo alude à hipótese de perecimento ou insuficiência da coisa hipotecada para garantia do cumprimento da obrigação garantida, por causa não imputável ao credor, facultando ao credor garantido a possibilidade de exigir a substituição ou reforço da coisa hipotecada ao devedor. Este artigo é demonstrativo da simbiose entre titularidade e interesse nas situações jurídicas de garantia. O credor garantido pode exigir a substituição ou reforço da coisa hipotecada ao devedor porque não lhe é indiferente a perda ou insuficiência dos objetos que constituem a sua garantia real e funcionam como meio de satisfação alternativa da obrigação garantida, ao invés do que sucede no mandato sem representação na relação entre o mandatário e os objetos do contrato. Devemos rejeitar a aplicação analógica do art. 1184.º para o contrato de alienação em garantia por insuficiência do juízo valorativo de ocorrência de um caso análogo ao contrato de mandato sem representação, atendendo às diferenças estruturais e funcionais apresentadas nos dois casos.

<sup>109</sup> Sobre o art. 1184.º, André Figueiredo, *Mandato sem representação, segregação patrimonial e concurso de credores em Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, I, coord. Armando Marques Guedes/Maria Helena Brito/Rui Pinto Duarte/Mariana França Gouveia, Coimbra Editora: Coimbra (2013), 193-236, 197 ss..

A rejeição da aplicação analógica do art. 1184.º ao contrato de alienação em garantia tem consequências importantes. Se os credores do alienante não podem penhorar a situação jurídica de garantia, os credores do adquirente não têm qualquer obstáculo para requerer em execução os objetos que constituem a situação jurídica de garantia, fundando a sua pretensão na regra geral que o património do devedor é a garantia geral dos credores (art. 601.º).

Clarificando as premissas do nosso juízo nas linhas anteriores, as conclusões em caso de insolvência são claras. Se o adquirente é declarado insolvente durante a execução do contrato, os bens transmitidos são integrados na massa insolvente para satisfação dos credores no processo insolvencial. A obrigação garantida vence-se com a declaração de insolvência, obrigando o devedor a prestar. Os bens transmitidos em garantia devem ser liquidados para pagamento dos credores comuns do adquirente, encontrando-se o alienante como credor comum da insolvência. Se o devedor incumpe a obrigação garantida, na situação jurídica residual do alienante deve constituir-se um direito de crédito à devolução da diferença entre o valor do acervo patrimonial transmitido e o valor da obrigação garantida incumprida. Se o devedor cumpre a sua obrigação, na situação jurídica residual constitui-se um direito de crédito no valor dos bens transmitidos (atendendo ao princípio da neutralidade patrimonial inerente à causa-atribuição de garantia) e, entretanto, liquidados para satisfação do seu crédito e dos restantes créditos comuns. Esta situação, mais uma vez, representa um desvio significativo em relação às garantias reais legalmente típicas. Nas últimas, os credores comuns do credor garantido insolvente não se satisfazem diretamente com o montante da liquidação da titularidade absoluta dos bens que são objeto da situação jurídica de garantia.

No entanto, a situação jurídica residual pode aproximar-se a uma tutela absoluta (real) quando a situação jurídica de garantia está, convencionalmente, sujeita a evento resolutivo com o cumprimento da obrigação garantida (por aplicação analógica do art. 276.º previsto para os negócios condicionais) porque a verificação do evento resolutivo implica que os efeitos do evento se retrotraem à data da conclusão do contrato de alienação em garantia. Esta proteção é extensível à situação de alienação a terceiro dos bens que são

objeto do contrato de alienação em garantia (art. 274.º) por parte do adquirente, ressalvando as normas registrais. É importante frisar que essa proteção só se verifica com o cumprimento da obrigação garantida porque esse é o evento resolutivo que espolia a eficácia retroativa da alienação. Não se verificando o cumprimento da obrigação garantida, inexistente qualquer proteção absoluta da situação jurídica residual cuja titularidade pertence ao alienante.

As situações elencadas representam uma degradação da garantia geral para os credores do alienante e um risco contratual para o alienante que, na nossa opinião, não harmoniza o princípio da autonomia privada para a constituição de garantias reais convencionais com a tutela do interesse creditório previsto em vários institutos jurídicos.

É comum dizer-se que o princípio do *par conditio creditorum* só opera em concurso de credores e só releva quando o património do devedor não é suficiente para o pagamento de todos os créditos do insolvente. Convém notar que, efetivamente, o processo de insolvência não visa a satisfação do direito individual de cada credor, pelo contrário, visa o tratamento igualitário de todos os credores do devedor nos termos do *par conditio creditorum* porque é um processo de execução coletivo<sup>110</sup>, embora surja inicialmente como processo declarativo que visa declarar e apreciar a situação de insolvência<sup>111</sup>. Enquanto na execução individual domina o princípio do *vigilantibus et non dormientibus jura subveniunt* porque não são prejudicados os restantes credores do devedor, porquanto o património é, pelo menos, aparentemente solvente para a satisfação de todos os créditos. Se o devedor é incapaz de cumprir as suas obrigações, seja por ausência de liquidez momentânea ou, em certos casos, porque o total das suas responsabilidades excede os bens que pode dispor para as satisfazer pode ser declarado insolvente. Já não rege o princípio do *vigilantibus et non dormientibus jura subveniunt*, mas o princípio do *par conditio creditorum* porque, neste caso, a execução individual importa um tratamento desigual dos credores,

<sup>110</sup> Luís Menezes Leitão, *Direito da insolvência*, 8.ª ed., Almedina: Coimbra (2018), 18-19.

<sup>111</sup> Rosário Epifânio, *Manual de direito da insolvência*, 6.ª ed., Almedina: Coimbra (2014), 15.

visto que seriam pagos primacialmente os credores que se adiantaram na execução<sup>112</sup> e o devedor podia continuar a dispor do seu património, podendo onerá-lo ou dissipá-lo<sup>113</sup>.

As garantias reais só relevam se o património do devedor não é suficiente para a satisfação de todos os créditos (se o património do devedor é suficiente para a satisfação de todos os créditos é irrelevante qualquer garantia especial porque a garantia geral é bastante), portanto o princípio do *par conditio creditorum*, na sua vertente de partilha proporcional das perdas entre os credores, opera na sua plenitude precisamente no mesmo momento em que as garantias reais relevam: em concurso de credores quando o património do devedor é apreciado como insuficiente para a satisfação de todos os créditos.

## Conclusões

O fundamento da proibição do pacto marciano é um reflexo da proibição do pacto comissório. A nulidade é imposta para tutela de terceiros (credores do alienante) por violação do princípio do *par conditio creditorum*. Nas duas situações, se admissíveis, seriam adequadas à criação de uma preferência legalmente atípica porque o credor do pacto marciano seria satisfeito pela imputação do montante da liquidação dos bens transmitidos em garantia à satisfação da obrigação garantida, com primazia em relação a todos os credores do devedor através da subtração da situação jurídica de garantia ao concurso de credores, situação que é proibida pelo n.º 2 do art. 604.º que estabelece a tipicidade legal das causas legítimas de preferência.

<sup>112</sup> Na execução singular só os credores titulares de uma garantia real são chamados ao processo, se o bem onerado é penhorado por outros credores do titular do direito real de gozo sobre aquele bem, por outro lado, vigora o princípio da prioridade. Miguel Teixeira de Sousa, *A verificação do passivo no processo de falência*, 36 RFDUL (1995), 353.

<sup>113</sup> Pedro de Sousa Macedo, *Manual de direito das falências*, I, Almedina: Coimbra (1964), 13.

Por causa legítima entende-se que os institutos jurídicos hábeis à atribuição de preferência a uma situação jurídica devem estar legalmente tipificados<sup>114</sup>.

Quanto às garantias reais, por preferência deve entender-se que consiste na atribuição legal à situação jurídica de garantia legalmente típica, estabelecida a favor de determinado credor de afetar o produto da liquidação do bem (objeto da situação jurídica de garantia) à satisfação da obrigação garantida com um certo grau de oponibilidade a terceiros (mormente, aos credores comuns do devedor). A situação de preferência de que é dotada a situação jurídica de garantia consiste na atribuição de primazia à satisfação do credor preferido em relação aos credores não preferidos sobre o montante da liquidação de um bem. Em caso de concurso de créditos sobre o mesmo bem, a lei estabelece uma graduação entre credores garantidos pelo mesmo objeto, determinando que uns se satisfazem com primazia em relação aos outros e abona pelo rateio proporcional em caso de crédito graduados na mesma posição.

A transmissão da titularidade de direitos para constituição de uma situação jurídica de garantia (ainda que acompanhada de publicidade no caso das garantias reais típicas) é nula por violação do princípio do *par conditio creditorum* que está subjacente à proibição do pacto comissório, transversal à tutela do interesse dos credores após a insolvência do devedor. A cominação da nulidade do pacto, independentemente das suas características, é uma medida preventiva para a tutela do interesse dos credores na conservação da máxima amplitude do património do devedor permitido por lei para satisfação dos seus créditos sobre o património remanescente do devedor.

Esta situação é clarividente se se atentar que no processo de insolvência do alienante os bens que constituem a situação jurídica de garantia não são liquidados em concurso de credores porque são bens alheios à massa insolvente, ao invés do que sucede com as garantias reais típicas. O credor garantido subtrai-se à satisfação em concurso de credores, executando a situação jurídica de garan-

<sup>114</sup> Ana Prata, *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Almedina: Coimbra (1999), 337.

tia com o incumprimento da obrigação garantida (apropriando-se dos bens ou alienando-os a terceiro, extinguindo a situação jurídica de garantia) devendo apenas restituir o montante que consiste na diferença entre o valor da obrigação garantida e os bens transmitidos ao devedor, quando o valor dos últimos é superior, nos termos da situação jurídica residual. A oponibilidade da titularidade da situação jurídica de garantia aos credores do alienante é de tal forma ampla que o credor garantido pode opor a situação jurídica de garantia a qualquer credor com pretensões no processo insolvencial do alienante, situação que não ocorre nesses termos com as garantias reais legalmente típicas.

A questão que deve levantar-se é se a transmissão da titularidade de direitos com função de garantia é uma causa legítima de preferência, em geral. A sanção para a atipicidade legal da causa da preferência deve ser, pelo menos, a inoponibilidade aos credores do garante da situação jurídica dotada de preferência legalmente atípica. Atendendo ao conteúdo do n.º 2 do art. 604.º, devemos concluir negativamente quanto a esta questão porque a lei não prevê como causa legítima de preferência a transmissão da titularidade de direitos para a constituição de uma situação jurídica de garantia<sup>115</sup>, não lhe atribuindo qualquer regulação que limite a amplitude da oponibilidade da situação jurídica de garantia aos credores do alienante.

A constituição de uma garantia real legalmente atípica que recorra à transmissão da titularidade de direitos é genericamente inadmissível, como reflete a proibição do pacto comissório que sanciona com a nulidade a transmissão da titularidade de um direito do garante para o credor garantido em prejuízo dos credores do garante. Esta norma é diretamente aplicável a todas as garantias reais, incluindo o contrato de alienação em garantia. Tomando em consideração que o conteúdo da norma se destina a proteger os credores do devedor, conforme anteriormente se defendeu, as partes

<sup>115</sup> Carlos Ferreira de Almeida, *Alienação da propriedade em garantia – uma perspectiva prudente em Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, I, UCP (2011), 311-328, 328.

não conseguem suprir adequadamente a proteção que a lei projeta através da regulação por lei das situações jurídicas de garantia. Nomeadamente, a não participação da situação jurídica de garantia em concurso de credores do alienante; a inexistência de proteção do bem alienado em garantia perante a penhora por parte dos credores do adquirente durante a pendência do contrato de alienação em garantia; a impossibilidade de os credores do alienante penhorarem a situação jurídica de garantia; a liquidação do bem alienado em garantia em concurso de credores do adquirente para satisfação dos credores deste; e a falta de procedimentos que se destinam, pelo menos, a evitar a clandestinidade da situação jurídica de garantia constituída pelo contrato de alienação em garantia. As precauções de publicidade das situações jurídicas de garantia constituídas através da transmissão da titularidade de direitos e a definição da posição do credor garantido em concurso de credores do alienante são refletidas no direito comparado<sup>116</sup> e nacional<sup>117</sup> não servindo como lugar de apoio a favor da admissibilidade do contrato.

<sup>116</sup> Repare-se que, no direito inglês, as *Bill of Sales Act* de 1878 e 1882 (secção IX) exigem o registo da convenção nominada *bill of sale* nos termos daquelas leis, sem o que será nulo. No direito norte-americano, o capítulo IX do UCC exige o registo (*filing*) de todos os atos aptos a servirem uma função de garantia. No direito alemão, o titular da situação jurídica de garantia que tenha por objeto bens móveis ou direitos de crédito participa no concurso de credores do alienante (§51/1 InsO), aplicando-se diretamente o regime das garantias reais.

<sup>117</sup> A alienação em garantia, no quadro das garantias financeiras (Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de maio), está sujeita ao princípio da publicidade (n.º 2 do art. 6.º).

## Bibliografia

- Almeida, Carlos Ferreira de, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, II, Almedina: Coimbra (1990);  
\_\_\_ *Alienação da propriedade em garantia – uma perspectiva prudente em Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, I, Universidade Católica Portuguesa: Lisboa (2011), 311-328.
- Alves, Hugo Ramos, *Dação em cumprimento*, Almedina: Coimbra (2017);  
\_\_\_ *Do Penhor*, Almedina: Coimbra (2010).
- Andrade, Manuel de, *Teoria geral da relação jurídica*, II, Almedina: Coimbra (1983).
- Anelli, Franco, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè: Milão (1996).
- Antunes, Ana Filipa Morais, *O contrato de locação financeira restitutiva*, Universidade Católica Portuguesa: Lisboa (2008).
- Ascensão, José de Oliveira, *A tipicidade dos direitos reais*, Livraria Petrony: Lisboa (1968);  
\_\_\_ *Direito civil. Teoria geral: relações e situações jurídicas*, III, Coimbra ed.: Coimbra (2002).
- Bertini, Alessandro, *I negozi fiduciari di preparazione dell' adempimento*, Giuffrè: Milão (1940).
- Betti, Emilio, *Teoria generale del negozio giuridico*, Edizioni Scientifiche Italiane: Nápoles (1994).
- Bianca, Cesare Massimo, *Il divieto del patto commissorio*, Giuffrè: Milão (1957).
- Bravo, Frederico de Castro y, *El negocio jurídico*, Editorial Civitas: Madrid (1985).
- Campos, Diogo Leite de/Tomé, Maria João Romão Carreiro Vaz, *A propriedade fiduciária (trust). Estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina: Coimbra (1999).
- Campos, Rosely de Moraes, *Alienação fiduciária em garantia em Operações comerciais*, Almedina: Coimbra (1988).
- Cariota-Ferrara, Luigi, *I negozi fiduciari: trasferimento cessione e girata a scopo di mandato e di garanzia*, CEDAM: Pádua (1933).
- Carnevali, Ugo, *Patto commissorio em Enciclopedia del diritto*, XXXII, Giuffrè: Milão (1982).

- Carvalho, Jorge Morais, *Direito do consumo*, 5.<sup>a</sup> ed., Almedina: Coimbra (2018).
- Carvalho, Orlando de, *Prefácio em Escritos. Páginas de Direito*, I, Almedina: Coimbra, (1998), 6-30;
- *Negócio jurídico indirecto em Escritos. Páginas de Direito*, I, Almedina: Coimbra (1998), 35-159.
- Cipriani, Nicola, *Patto commissorio e patto marciano. Proporzionalità e legittimità delle garanzie*, Edizioni Scientifiche Italiane: Nápoles (2000).
- Cordeiro, A. Barreto Menezes, *Do trust no direito civil*, Almedina: Coimbra (2014).
- Cordeiro, António Menezes, *Tratado de direito civil. Contratos em especial*, XII, 2.<sup>a</sup> parte, Almedina: Coimbra (2018).
- Costa, Mário Júlio de Almeida, *Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria. Notas de direito comparado*, I D&J, 1980, 41-57.
- Cristas, Maria da Assunção Oliveira, *Transmissão contratual do direito de crédito: do carácter real do direito de crédito*, Almedina: Coimbra (2005).
- Cunha, Paulo, *Do património*, Tipografia Minerva: Lisboa (1934);
- *Da garantia das obrigações*, II, Apontamentos das aulas de Direito Civil do 5.<sup>o</sup> ano da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa pelo aluno Eudoro Pamplona Côrte-Real (1939).
- Cura, António Vieira, *Fiducia cum creditore. Aspectos gerais*, sep., BFDUC, Suplemento XXXIV (1991).
- Dias, Joana Forte Pereira, *Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a pari passu, a negative pledge e a cross default em Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, coord. António Menezes Cordeiro/Luís Menezes Leitão/Januário da Costa Gomes, Almedina: Coimbra (2003), 879-1030.
- Duarte, Rui Pinto, *Curso de direitos reais*, 3.<sup>a</sup> ed., Principia: Cascais (2013);
- *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Almedina: Coimbra (2000).
- Eiró, Pedro Camargo de Sousa, *Do negócio usurário*, Almedina: Coimbra (1990).
- Enneccerus, Ludwig / Kipp, Theodor / Wolff, Martin, *Tratado de derecho civil. Derecho de cosas*, II, tomo III, trad. Blas Pérez González e José Alguer, Bosch: Barcelona, (1936).

- Epifânio, Maria do Rosário, *Manual de direito da insolvência*, 6.<sup>a</sup> ed., Almedina: Coimbra, (2014).
- Fernandes, Luís A. Carvalho, *A admissibilidade do negócio fiduciário no Direito Português em Ars Iudicandi: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, II: Direito Privado, coord. de Jorge de Figueiredo Dias/José Joaquim Gomes Canotilho/José de Faria Costa, Coimbra Editora: Coimbra (2008), 225-254.
- Ferrara, Francesco, *Della simulazione dei negozi giuridici*, 3.<sup>a</sup> ed., Società Editrice Libreria: Milão (1909).
- Figueiredo, André, *O negócio fiduciário perante terceiros. Com aplicação especial na gestão de valores mobiliários*, Almedina: Coimbra, 2012;
- *Mandato sem representação, segregação patrimonial e concurso de credores*, *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, I, coord. Armando Marques Guedes/Maria Helena Brito/Rui Pinto Duarte/Mariana França Gouveia, Coimbra Ed., Coimbra (2013), 193-236.
- Flume, Werner, *El negocio juridico. Parte general del derecho civil*, II, 4.<sup>a</sup> ed., trad. José María Miquel González/Esther Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado: Madrid (1998).
- Fonseca, Tiago Soares da, *O penhor de ações*, Almedina: Coimbra (2007).
- Füller, Jens Thomas, *Eigenständiges Sachenrecht?*, Mohr Siebeck: Tübingen (2006).
- Gomes, Júlio Manuel Vieira, *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano*, CDP, n.º 8, outubro, 2004, 55-72.
- Gomes, Manuel Januário da Costa, *Assunção fidejussória de dívida: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina: Coimbra (2000);
- *Em tema de revogação do mandato civil*, Almedina: Coimbra (1989);
- *Contratos comerciais*, Almedina: Coimbra (2012).
- González, José A. R. Lorenzo, *Alienação fiduciária em garantia e negócios afins: delimitação de fronteiras*, Lusíada. Direito, Série II, número 10, Universidade Lusíada Editora: Lisboa (2012), 51-138.
- Greco, Paolo / Cottino, Gastone, *Della vendita (art. 1470.º – 1547.º)*, *Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Bianca*, Livro IV: *Delle obbligazioni*, 1.<sup>a</sup> ed. (reimpressão), Nicola Zanichelli Editore, Società Editrice del Foro Italiano: Roma (1964).

- Jorge, Fernando Pessoa, *O mandato sem representação*, Almedina: Coimbra (1961);
- *A garantia contratual da igualdade dos credores nos empréstimos internacionais*, sep. da obra Estudos publicada por altura da comemoração do XX aniversário do Centro de Estudos Fiscais, Centro de Estudos Fiscais: Lisboa (1983).
- Lacão, Paulo Manuel Leal, *A prescrição da obrigação de indemnizar: notas sobre o artigo 498.º, n.º 1, do Código Civil*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (teses de mestrado) (2017).
- Lamego, José, *Hermenêutica e jurisprudência. Análise de uma recepção*, Editorial Fragmentos: Lisboa (1990).
- Larenz, Karl, *Metodologia da ciência do direito*, 7.ª ed., trad. José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa (2014).
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, *Garantias das obrigações*, 6.ª ed., Almedina: Coimbra (2018);
- *Direito das obrigações*, vol. III, 12.ª ed., Almedina: Coimbra (2018);
- *Direito da insolvência*, 8.ª ed., Almedina: Coimbra (2018).
- Lipari, Nicolò, *Il negozio fiduciario*, Giuffrè: Milão (1971) (reimp. da ed. de 1966).
- Macario, Francesco, *Il divieto del patto commissorio e la cessione dei crediti in garanzia em Diritto Civile. Attuazione e tutela dei diritti. L'attuazione dei diritti*, vol. IV, tomo II, coord. Nicolò Lipari/Pietro Rescigno, Giuffrè: Milão (2009).
- Macedo, Pedro de Sousa, *Manual de direito das falências*, I, Almedina: Coimbra (1964).
- Marques, João Remédio, *Locação financeira restitutiva (sale and lease back) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e acção executiva*, LXXVII BFDUC (2001), 575-632.
- Martinez, Pedro Romano/Ponte, Pedro Fuzeta da, *Garantias de cumprimento*, 5.ª ed., Almedina: Coimbra (2006).
- Matos, Isabel Andrade, *O pacto comissório: contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, Almedina: Coimbra (2006).
- Moreira, Guilherme, *Instituições do direito civil português*, II, 2.ª ed., Coimbra Ed.: Coimbra (1925).
- Neves, Vítor Pereira das, *A cessão de créditos em garantia: entre a realização das situações obrigacionais e a relativização das situações reais*,

- Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (teses de doutoramento) (2005).
- Palma, Augusta Ferreira, *Embargos de terceiro*, Almedina: Coimbra (2001).
- Peralta, Ana Maria, *A posição jurídica do comprador no contrato de compra e venda com reserva de propriedade*, Almedina: Coimbra (1990).
- Pinto, Paulo Mota, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, Coimbra Ed., Coimbra (2008).
- Pires, Catarina Monteiro, *Alienação em garantia*, Almedina: Coimbra (2010).
- Prata, Ana, *O contrato-promessa e o seu regime civil*, Almedina: Coimbra (1999).
- Rey, Manuel Ignacio Feliú, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Editorial Civitas: Madrid (1995).
- Santos, José Beleza dos, *A simulação em direito civil*, Coimbra Ed.: Coimbra (1921).
- Sassi, Andrea, *Garanzia del credito e tipologie commissorie*, Edizioni Scientifiche Italiane: Nápoles (1999).
- Serra, Adriano Vaz, *Cessão de créditos ou de outros direitos*, sep., BMJ, número especial, 1955;
- *Penhor. Penhor de coisas, penhor de direitos*, sep., 59, BMJ, 1956.
- Silva, João Calvão da, *Banca, bolsa e seguros. Direito europeu e português*, I, 5.<sup>a</sup> ed., Almedina: Coimbra (2017).
- Sousa, Miguel Teixeira de, *A verificação do passivo no processo de falência*, 36 RDFUL, 1995, 353-369.
- Telles, Inocêncio Galvão, *Manual dos contratos em geral*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Ed., Coimbra (2002).
- Varela, João de Matos Antunes, *Das obrigações em geral*, II, 7.<sup>a</sup> ed. (reimpressão), Almedina: Coimbra (2012).
- Vasconcelos, Luís Miguel Pestana de, *Direito das garantias*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina: Coimbra (2013);
- *A cessão de créditos em garantia e a insolvência: em particular da posição do cessionário na insolvência do cedente*, Coimbra Ed.: Coimbra (2007).
- Vasconcelos, Pedro Pais de, *Contratos atípicos*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina: Coimbra (2009);

\_\_\_ *Em tema de negócio fiduciário*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (teses de mestrado): Lisboa (1985);

\_\_\_ *Teoria geral do direito civil*, 8.<sup>a</sup> ed., Almedina: Coimbra (2018).