Universidades Lusíada

González, José A.R. Lorenzo, 1965-

Alienação fiduciária em garantia e negócios afins : delimitação de fronteiras

http://hdl.handle.net/11067/975
https://doi.org/10.34628/hfbb-m896

Metadados

Data de Publicação 2014-07-15

Resumo O presente texto versa sobre o tema do contrato fiduciário cum creditore. Considera-se essencialmente a sua natureza, eficácia e contornos específicos, bem como o carácter e a espécie dos remédios colocados à disposição do fiduciante para o caso de infedelidade do fiduciário. A delimitação do instituto envolve o estabelecimento de fronteiras com a reserva de propriedade, a venda a retro, a locação-venda, o trust, o mandato sem representação e a cessão de bens aos credores....

Palavras Chave Negócios fiduciários, Execução específica

Tipo article

Revisão de Pares Não

Coleções [ULL-FD] LD, s. 2, n. 10 (2012)

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-10-12T09:35:51Z com informação proveniente do Repositório

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA E NEGÓCIOS AFINS: DELIMITAÇÃO DE FRONTEIRAS [1]

José Alberto González [2]

Resumo: O presente texto versa sobre o tema do contrato fiduciário *cum creditore*. Considera-se essencialmente a sua natureza, eficácia e contornos específicos, bem como o carácter e a espécie dos remédios colocados à disposição do fiduciante para o caso de infedelidade do fiduciário. A delimitação do instituto envolve o estabelecimento de fronteiras com a reserva de propriedade, a venda a retro, a locação-venda, o *trust*, o mandato sem representação e a cessão de bens aos credores.

Palavras-chave: Contratos; negócio fiduciário; execução específica.

Abstract: This lesson deals with the topic of fiduciary contract cum creditore. It is particulary considered its nature, effects and specific contours, as well as the nature and kinds of remedies available to the settlor in case of truetee infidelity.

The delimitation of the institute envolves establishing borders with the reservation of wonership, the retro sale, the hire-purchase, the trust, the mandate without representation and the transfer of assets to creditors.

Key-words: Contracts; fiduciary contract; Specific performance.

---

[1] Lição para provas de agregação, nos termos do artigo 5.º, alínea c), do Decreto-Lei n.º 239/2007, de 19 de Junho, revista tendo em conta as observações suscitadas quando da respectiva discussão.

[2] Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade Lusíada; Doutor em Direito.

1. Alienação fiduciária em garantia e negócios afins

1. 1. Alienação fiduciária em garantia: considerações gerais

I) Fiduciário vem do latim *fiducia*; e esta, por seu turno, vem de *fides*.

Fides traduz a fidelidade que uma pessoa observa perante outra; vale, portanto, como sinónimo de manutenção da palavra dada.

Fiducia define-se reversamente: denota a confiança que se deposita noutrem[3].

Assim, numa breve definição aproximativa, negócio fiduciário será aquele ao qual subjaz a confiança que uma parte depõe na outra: "fiducia is an agreement of trust"[4].

II) É evidente, logo à primeira vista, que não é isto que pode estar em causa quando se considera o tema da alienação fiduciária em garantia, na medida em que então, pelo menos, todo o negócio obrigacional seria fiduciário. De facto, sempre que através de acto jurídico voluntário se instituam obrigações, o credor confia que aquele sobre quem elas recaem esteja na disposição de lhes dar efectivo cumprimento.

Por outro lado, o termo "confiança", bem como a expressão "tutela ou protecção da confiança" vulgarizou-se e generalizou-se de tal modo hoje em dia, que certamente também não é ao sentido que lhes está inerente que se associa o negócio fiduciário.

III) Como sempre sucede em Direito Civil, o conteúdo dos respectivos institutos somente pode ser compreendido a partir da sua apreensão histórica.

No Direito Romano, berço conhecido da figura, a fiducia consistia num "agreement (*pactum fiduciae*) in addition to a transfer of property through mancipatio (*or in iure cessio*) by which the transferee assumes certain duties as to the property transferred or the later retransfer thereof to the transfer. (…) The transferer had an action (actio fiduciae) against the trustee if … the later refused to retransfer the property"[5].

Distinguiam-se fundamentalmente duas espécies de negócios fiduciários: a *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditore. Fiducia contrahitur aut cum creditore pignoris iure aut cum amico, quo tutius nostre res apud eum essent, si quidem cum amico contracta sit fiducia* (Gaio, Inst. 2.60)[6].

---

[3] H. H. Arnold, Doderlein's Hand-Book of Latin Synonymes, London, Printed for J.G.F. & J. Rivington, 1841, pág. 81.

[4] Continua o texto: "whereby the transferee in a mancipatio undertakes to divest himself of the ownership which has been conveyed to him, and more especially … to remancipate the thing he has received" (Rudolph Sohm, *The Institutes of Roman Law*, trad. ing. de James Ledlie, Gorgias Press, New Jersey, 2002, pág. 34).

[5] Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey, seventh printing, 2008, pág. 471.

[6] Sublinha-se, contudo, que ao *pactum fiduciae* podia dar-se uso para múltiplos fins. Por exemplo, através da *fiducia remancipationis causa*, o *pater familias* vendia o filho a outro *pater*, assumindo este a obrigação de o libertar em seguida, conseguindo-se assim

A primeira acontecia quando através de "agreement concluded with a friend on the occasion of transfer of ownership under specific circunstances for the purpose «that the thing be safer with him». Such a transaction could serve for a deposit or a gratuitous loan of a thing (commodatum), the fiduciary assuming the duty to retransfer it to the depositor or commodator"[7].

A segunda, diversamente, sucedia sempre que o "debtor transferred the ownership of a thing given as a real security through mancipatio or in iure cessio. The later assumed the obligation to retransfer the thing to the debtor after the debt was paid"[8].

III) O *contractus fiduciae cum creditore*[9] existia, assim, quando um bem fosse transmitido por *mancipatio* ou cessio in jure, mas com a condição de que sendo certa quantia em dinheiro paga até certo dia aquele bem deveria ser retransmitido (*fiducia est cum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in jure ceditur*). "The creditor held the legal ownership subject to a trust (…). But as soon as the debtor discharged the debt, the fiducia or trust-clause gave him a right to claim the thing back again"[10].

Colocava-se de imediato, obviamente, o problema da eventual infidelidade do credor/fiduciário. Ou seja, por outras palavras: e se, uma vez efectuado o pagamento da quantia em dívida, este último não procedesse à retransmissão tal qual se tinha comprometido?

Gaio dizia que então o ex-devedor/fiduciante poderia recorrer à designada *actio fiduciae*, parte integrante dos chamados *iudicia bonae fidei* (Inst. 4.62)[11]: *sunt*

obter a respectiva emancipação (Elza Canuto, Alienação fiduciária de bem imóvel, Del Rey Editora, Belo Horizonte, 2003, pág. 86).

[7] Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, pág. 472.

[8] Adolf Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, pág. 472.

[9] Na sistematização de Gaio, a fiducia não se enquadrava dentro das espécies contratuais. Pelo que, portanto, as obrigações dela emergentes não assentavam nem no contrato, nem (muito menos) no delito. *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto* (Gaio, Inst. 3.88). *Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quator genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu* (Gaio, Inst. 3.89). Seria, por isso, um negócio com causa específica (*causa fiduciae*) a qual se incluiria numa *mancipatio fiduciae causa* (*cum creditore ou cum amico*) (Pablo Fuenteseca, Líneas generales de la «fiducia cum creditore», in Derecho Romano de Obligaciones de Parício Serrano – Arnaldo Biscardi, Editorial Centro de Estúdios Ramón Areces, Madrid, 1994, pág. 388, nota2).

[10] Rudolph Sohm, The Institutes of Roman Law, trad. ing., pág. 34.

[11] Nestes, "the praetor assumed that in certain legal relations such as emptio venditio (sale), locatio conductio (hire), societas (partnership) and mandatum (mandate), the obligation was not created by the use of ritual words or by the performance of prescribed acts but by fides, namely by the duty of people to keep their word" (Olga Tellegen-Couperus, A short history of Roman Law, Routledge, London, 1993, pág. 156). Há, de resto, quem entenda que a *actio fiduciae*

autem bonae fidei iudicia haec: ex empto uendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro sócio, tutelae, rei uxoriae.

IV) O negócio fiduciário *cum creditore* encontra as suas raízes no Direito Romano. Não tendo sido, porém, objecto de compilação através do Corpus Iuris Civilis[12], também, fundamentalmente por esta razão, não foi acolhido nas Ordenações Afonsinas, Manuelinas ou Filipinas[13] (Liv. IV, Tit. 3). Nem, primeiro, pelo Código Napoleónico, nem, segundo, pelos demais Códigos Civis europeus do século XIX. A consagração de figuras como a *hypotheca* ou o *pignus* quase fez esquecer a alienação fiduciária em garantia, tanto na prática contratual, como na doutrina e na jurisprudência. É figura que, assim, de um modo geral, apenas pode fundar a sua existência, extensão e admissibilidade no princípio da liberdade contratual[14] (artigo

é precisamente uma precursora dos *iudicia bonae fidei* (Josef Schermaier, Bona Fides in Roman Contract Law, in Good Faith in European Contract Law, publicado por Reinhard Zimmermman – Simon Whittaker, Cambridge Studies in International and Comparative Law, 2000, pág. 82).

[12] "This kind of pledge" (*a fiducia cum creditore*) "did no longer exist in Justinian's law. The term was cancelled by the compilers of the Digest everywhere in classical texts and substituted by another term, primarily by pignus" (Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, pág. 472).

[13] O que se diz no Livro IV, título III, destas últimas ["se o devedor, que obrigou alguma sua cousa ao seu credor, a vender a outrem, ou a alhear per qualquer outra maneira, e a passar a seu poder, passará a cousa com seu encargo da obrigação, e poderá o credor demandar o possuidor della, que ou lhe pague a divida, por que lhe foi obrigada, ou lhe dê e entregue a dita cousa, para haver per ella pagamento de sua divida; demandando porém o credor primeiro o seu devedor, e fazendo em seus bens e de seu fiador (se o tiver dado) execução, como se per Direito deve fazer"] representa a consagração de uma figura de garantia real (muito próxima da actual hipoteca) que já nada tem a ver com a clássica construção da alienação fiduciária.

[14] Acórdão da Relação do Porto de 10/05/2011, Proc. n.º **1942/06.5TBMAI.P1**: "I – Como verdadeiro negócio indirecto, não pode afirmar-se, à partida, lícito ou ilícito, o contrato de alienação fiduciária em garantia, ou a sua simples promessa, antes havendo de sujeitar-se ao casuístico juízo de mérito que recuse a validade a um acto fiduciário que colida com a Lei, a Moral ou a Natureza (art.º 280º C.Civ.) – não pode extrair-se de um meio inadequado ao tipo uma ilicitude geral do negócio; é a ilicitude concreta do fim que descaracteriza a licitude do negócio-meio. II – Neste sentido, em termos genéricos, concebe-se a figura da alienação em garantia, com base no princípio da liberdade contratual – art.º 405º C.Civ. – ou com apoio no facto de a lei prever expressamente a hipótese de restrições obrigacionais ao direito de propriedade – art.º 1306º n.º 1 C.Civ. III – A dúvida sobre o montante que a fidúcia garante resolve-se favoravelmente ao devedor, podendo paralisar os efeitos da promessa de alienação em garantia, em função de determinados pagamentos provados, por parte do devedor, e mais a mais se o montante do pedido relacionado com a devolução do sinal em dobro atinge perto de 100.000, quantia que não se prova que se encontre em dívida, por parte do Réu, ao Autor". A questão da validade do negócio fiduciário é um problema que tem tanto sentido colocado para este como para qualquer outro negócio jurídico (o que até se pode verificar pelos critérios que se invocam para proceder ao juízo acerca da respectiva licitude: os contidos no artigo 280º). Ela explica-se unicamente pelo facto de a doutrina

405º, Código Civil[15]).

V) Na chamada formula baetica sobre a mancipatio[16] fiduciária dizia-se[17]:

Dama L(ucii) Titi ser(vus) fundum Baianum, qui est in agro qui Veneriensis vocatur, pago Olbensi, uti optimus maximusq(ue) esset HS (sestertio) n(ummo) I et hominem Midam HS (sestertio) n(ummo) I fidi fiduciae causa mancipio accepit

portuguesa mais tradicional, ao definir o negócio fiduciário, ter colocado a tónica no excesso do meio em relação ao fim visado (v.g. Carvalho Fernandes, Estudos sobre a simulação, Lisboa, Quid Juris, 2004, pág. 245): o que sugeria, de imediato, a eventual fraude à lei.

[15] Daqui em diante, qualquer remissão para uma disposição legal desacompanhada da indicação do diploma que a contém entende-se dirigida ao Código Civil português, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47.344 de 25/11/1966.

[16] A mancipatio consistia numa transferência de manus: translação, ao menos originalmente, de uma pessoa para outra de todos os elementos que compunham a familia – a unidade inseparável de pessoas sobre a terra. Os elementos que formavam a família (abrangendo as pessoas, o solo, as árvores, arbustos e todas as demais coisas essenciais à exploração da terra) constituíam as chamadas res mancipi. As res nec mancipi eram as coisas não principais (Reynold Noyes, The Institution of Property: A Study of the Development, Substance and Arrangement of the System of Property in Modern Anglo-American Law, New York – Toronto, Longmans, Green and Co.; London: Humphrey Milford, 1936, págs. 113/114.).

A realização da *mancipatio* implicava a presença de testemunhas (cinco, pelo menos – Gaio, Inst. 1.119), do *libripens* (aquele que segurava a balança), desta e da quantidade de moeda correspondente ao preço (daí a expressão *aes et libram*) e, obviamente, do alienante e do adquirente. A *mancipatio* representou assim a forma primitiva da compra e venda. Mas serviu, também, como modelo para outros contratos translativos; incluindo, por exemplo, a doação, através do estabelecimento de um preço fictício (*mancipatio nummo uno*). Por isso dizia Gaio (Inst. 1.119) que "*est autem mancipatio… imaginaria quaedem uenditio*". Com as compilações de Justiniano desapareceram as referências quer à *mancipatio*, quer à distinção entre *res mancipi* e *res nec mancipi* (Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, pág. 574).

"There was nothing to prevent the parties from naming in the ceremony of mancipatio, not the real price, but a fictitious one… The outcome of this device was the so-called «mancipatio sestertio nummo uno». (…) So far as mancipatio took the form of a «mancipatio sestertio nummo uno», it had passed from from a genuine to a purely fictitious sale.

The result was that mancipatio developed into a general mode of conveying ownership… It could now be employed for a variety of purposes. It was, for instance, available for the purpose of making a gift. But there was another and a more important use to which it could be turned: the so-called «mancipatio fiduciae causa» had now become practicable. The … «fiducia» was a qualified mancipatio which imposed a duty on the transferee" (Rudolph Sohm, The Institutes of Roman Law, trad. ing., pág. 34).

[17] Textos de Derecho Romano, Rafael Domingo (Coordinador), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pág. 280. A referida fórmula recebe esta designação em virtude de o achado arqueológico que a contém (chapa de bronze do século I) ter ocorrido em Sanlúcar de Barrameda, província de Cádiz, comunidade autónoma da Andaluzia, antiga Baetica durante o período de dominação romana.

ab L(ucio) Baianio, libripende, antest(ato), adfines fundo dixit L(ucius) Baianius L(ucium) Titium et C(aium) Seium et populum et si quos dicere oportet.

Pactum co[n]ventum factum est inter Damam L(ucii) Titi ser(vum) et L(ucium) Baianum: Quam pecuniam L(ucio) Baiano dedit dederit credidit crediderit expensumve tulit tulerit sive quid pro eo promisit promiserit spopondit [spoponderit] fideve quid sua esse uissit iusserit, usque eos in fundus eaque mancipia fiducia[e] essent donec ea omnis pecunia [persoluta] fidesve {persoluta} L(ucii) Titi soluta liberataque esset. Si pecunia sua quaque die L(ucio) Titio h(eredi) ve eius data soluta non esset, tum uti eum fundum eaque mancipia sive quae mancipia ex is vellet L(ucius) Titius h(eres)ve eius vellet, ubi et quo die vellet, pecunia praesenti venderet; mancipio pluris HS (sestertio) n(ummo) I invitus ne daret, neve satis secundum mancipium daret, neve ut in ea verba quae in verba satis s(ecundum) m(ancipium) dari solet repromitteret neve s(inplam) neve d[uplam…

(Dama, escravo de Lúcio Tício, adquiriu de Lúcio Baiano, numa mancipatio realizada por causa de fiducia, o fundo Baiano livre de servidão, sito num terreno chamado Veneriense, na povoação Olbense, por um sestércio, e, noutra mancipatio, o escravo Midas, por outro sestércio, na presença do portador da balança e de uma testemunha; Lúcio Baiano declarou que a sua terra confrontava com a de Lúcio Tício, a de Caio Seio, com a via pública e com outros que se fosse necessário poderiam declarar-se).

(Entre Dama, escravo de Lúcio Tício, e Lúcio Baiano acordou-se que o dinheiro que deu ou tiver dado a Lúcio Baiano, emprestou ou tivesse emprestado, registou ou tivesse registado nos seus livros, ou que prometeu ou tivesse prometido a seu favor, garantiu ou tivesse garantido, fiou ou tivesse fiado, fica fiduciariamente garantido pela terra e pelo escravo até que tenham sido satisfeitos todos os créditos de Lúcio Tício ou liberadas as garantias. Se a quantidade devida não for paga a Lúcio Ticio, ou ao seu herdeiro, no prazo previsto aquele poderá vender a contado a terra e o escravo, ou aqueles objectos do fundo ou do escravo que entender, no lugar e no momento que quiser. E não ficará obrigado a transmitir por mais de um sestércio, nem a dar caução com fiadores para garantir a evicção, nem a fazer repromissio[18] com as mesmas palavras da caução dos fiadores, nem a estipular o singelo ou o dobro…).

VI) Adoptando, diferentemente, uma definição legal (por contraposição, geral e abstracta), "por la fiducia de garantía se transmite al acreedor la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho mediante una forma eficaz frente a terceros. Cumplida la obligación garantizada, el transmitente podrá exigir del

[18] *Repromissio* = contra-promessa, ou seja, para o efeito, caução estipulatória de uma obrigação preexistente. Noutros termos: a *repromissio* é uma *cautio* por meio da qual o devedor promete através de *stipulatio* o cumprimento de uma obrigação já existente judicialmente exigível ou de uma obrigação natural (Adolf Berger, Encyclopedic Dictionary of Roman Law, pág. 676).

fiduciario la retransmisión de la propiedad o del derecho cedido; el fiduciario, en su caso, deberá restituir y responder com arreglo a lo establecido para el acreedor pignoratício (…). No obstante, si así se hubiere pactado, podrá el acreedor, en caso de mora del deudor, adquirir irrevocablemente la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho, y quedará extinguida la obligación garantizada" (Ley 466 da Compilação Foral de Navarra).

Devem destacar-se dois pontos a partir desta descrição:

– por um lado, o fiduciário equipara-se ao credor pignoratício no que respeita à obrigação de restituição (uma vez cumprida a obrigação assegurada);

– por outro lado, se resultar do contrato com o fiduciante, concede-se-lhe o poder de se tornar potestativamente titular consolidado do direito fiduciariamente adquirido (com a consequente extinção da obrigação garantida).

VII) O caso típico de alienação fiduciária em garantia (ou seja, de *fiducia cum creditore*) é representado pela venda em garantia: o devedor vende ao credor um bem que antes lhe pertencia mas este último não paga efectivamente o preço convencionado porque ele corresponde (efectivamente ou por declaração das partes) ao montante do seu crédito[19].

Mesmo sem considerar a (incerta) similitude com o *trust* (que adiante se levará em conta), a edificação da figura levanta grandes embaraços não tanto no que tange à sua admissibilidade, pois esta funda-se sem dificuldade na autonomia da vontade, mas antes no que respeita à situação em que ficam quer o fiduciante quer terceiros na eventualidade de o fiduciário ser infiel (não dando execução à obrigação assumida)[20].

VIII) Na prática bancária e financeira das últimas décadas a alienação fiduciária em garantia recobrou importância. Neste contexto, o Decreto-Lei n.º 105/2004 de 08 de Maio procedeu à consagração legal entre nós, juntamente com uma nova modalidade de penhor (o financeiro), da alienação fiduciária em garantia, embora para um destino específico: o relacionado com os contratos de garantia financeira. De acordo com o seu artigo 2º, n.º 2, "*são modalidades de contratos de garantia financeira, designadamente, a alienação fiduciária*

[19] É indispensável, todavia, que do acto translativo empregado fiduciariamente conste o *pactum fiduciae* sob pena de aquele produzir os seus efeitos típicos normais: "3. O negócio fiduciário, atípico, é aquele pelo qual as partes, mediante a inserção de uma cláusula obrigacional – pactum fiduciae – adequam o conteúdo de um negócio típico à consecução de uma finalidade diversa, por exemplo a de garantia. 4. Não constando da escritura do contrato de compra e venda do prédio alguma declaração fiduciária, não pode o referido contrato ser considerado como negócio fiduciário de garantia, nem releva a prova testemunhal produzida sobre o *pactum fiducia*" (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/05/2006, Proc. n.º 06B1501).

[20] Pedro Pais de Vasconcelos, Contratos Atípicos, Almedina, Coimbra, 1995, págs. 285 a 291.

em garantia e o penhor financeiro, que se distinguem consoante tenham, ou não, por efeito a transmissão da propriedade com função de garantia" (itálico acrescentado)[21].

Assim, "a possibilidade de as partes convencionarem a transmissão da propriedade a título de garantia resulta de expressa imposição da directiva agora transposta e constitui um dos aspectos mais inovadores do regime aprovado. Com a consagração de uma nova forma de transmissão de propriedade, ainda que a título de garantia, é alargado o *numerus clausus* pressuposto pelo artigo 1306º do Código Civil, o que permitirá o reconhecimento da validade das alienações fiduciárias em garantia e o fim da insegurança jurídica que resultava da necessária requalificação desses acordos como meros contratos de penhor" (preâmbulo do Decreto-lei n.º 105/2004 de 08/05).

Deu-se, neste diploma, execução à Directiva n.º 2002/47/CE (do Parlamento Europeu e do Conselho). Segundo esta deve entender-se por «acordo de garantia financeira com transferência de titularidade», aquele "acordo, incluindo os acordos de recompra, ao abrigo do qual o prestador da garantia transfere a propriedade da garantia financeira para o beneficiário da garantia a fim de assegurar a execução das obrigações financeiras cobertas ou de as cobrir de outra forma"; "numerário" é sinónimo de "dinheiro creditado numa conta, em qualquer moeda, ou créditos similares que confiram o direito à restituição de dinheiro, tais como depósitos no mercado monetário"; e "instrumentos financeiros" são "acções e outros valores mobiliários equivalentes a acções, bem como obrigações e outros instrumentos de dívida, se forem negociáveis no mercado de capitais, e quaisquer outros valores mobiliários habitualmente negociados e que confiram o direito a adquirir tais acções, obrigações ou outros valores mobiliários através de subscrição, compra ou troca ou que dêem lugar a uma liquidação em numerário (com a exclusão dos meios de pagamento) incluindo as unidades de participação em organismos de investimento colectivo, os instrumentos do mercado monetário e os créditos ou direitos sobre quaisquer dos instrumentos referidos ou a eles associados" [alíneas c), d) e e), respectivamente, do n.º 1 do artigo 2º].

Num aspecto, contudo, a consagração legal desta figura não trouxe

[21] "O presente diploma é aplicável às garantias financeiras que tenham por objecto: a) «Numerário», entendido como o saldo disponível de uma conta bancária, denominada em qualquer moeda, ou créditos similares que confiram direito à restituição de dinheiro, tais como depósitos no mercado monetário; b) «Instrumentos financeiros», entendidos como valores mobiliários, instrumentos do mercado monetário e créditos ou direitos relativos a quaisquer dos instrumentos financeiros referidos; c) «Créditos sobre terceiros», entendidos como tal os créditos pecuniários decorrentes de um acordo mediante o qual uma instituição de crédito concede um crédito sob a forma de empréstimo" (artigo 5º, Decreto-Lei n.º 105/2004).
Somente podem ser sujeitos das relações jurídicas subjacentes a estas garantias as pessoas identificadas no artigo 3º do mesmo diploma. O seu campo de aplicação acaba, assim, por ser bastante restrito.

inovações: a alienação fiduciária em garantia (tal como o penhor financeiro, conjuntamente regulado) destina-se a assegurar uma obrigação – embora de carácter financeiro (artigo 4º, Decreto-Lei n.º 105/2004: obrigações financeiras são aquelas "abrangidas por um contrato de garantia financeira cuja prestação consista numa liquidação em numerário ou na entrega de instrumentos financeiros"). Mantém-se presente, assim, a característica da acessoriedade que demarca a generalidade dos direitos de garantia (pessoal ou real).

1. 2. Alienação fiduciária em garantia: construção geral

I) Para fundamentar e explicar o fenómeno, na situação paradigmática da venda em garantia, várias construções têm sido avançadas[22]:

a) teoria do efeito duplo;
b) teoria da propriedade formal na titularidade do fiduciário;
c) teoria da titularidade fiduciária;
d) teoria do negócio atípico subordinado a condição;
e) teoria do negócio indirecto.

II) Pela teoria do efeito duplo consideram-se celebrados dois negócios: primeiro, o de transmissão da propriedade, eficaz *erga omnes*; segundo, o obrigacional *inter partes* (que se traduz no *pactum fiduciae*[23]). Corresponde, sem

[22] Cf. Carrasco Perera – Cordero Lobato – Marín López, Tratado de los Derechos de Garantía, Aranzadi, Cízur Menor (Navarra), 2002, págs. 1059 a 1061; Carvalho Fernandes, Estudos sobre a simulação, págs. 245 a 253.

[23] O *pactum fiduciae* pode ser ocultamente celebrado. Isso não significa, porém, que haja necessariamente simulação; uma coisa é (apenas) esconder, outra é encobrir com o intuito de enganar terceiros (artigo 240º, n.º 1). Por isso, neste contexto, ele não é automaticamente nulo (artigo 240º, n.º 2). Cf. acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16/03/2011, Proc. n.º 279/2002.E1.S1: "1. Não pode configurar-se como venda «a retro» o negócio jurídico de venda de imóvel, celebrado por escritura pública, que omite qualquer cláusula resolutiva, validamente estipulada, reconhecendo ao vendedor o direito potestativo de resolver o contrato, mediante restituição do preço e acessórios – não sendo possível inferi-la do acordo verbal e informal subjacente à escritura, de que resulta tratar-se, afinal, de venda com o fim indirecto de garantia de dívida emergente de mútuo, reconhecendo as partes o carácter meramente temporário da alienação. 2. Na verdade, a razão determinante da forma legal e imperativamente imposta para a celebração de negócios de alienação de imóveis aplica-se plenamente à estipulação da dita cláusula resolutiva, que não pode deixar – enquanto produtora de efeitos reais, susceptíveis de afectar a consolidação do efeito aquisitivo do direito de propriedade pelo comprador – de revestir a forma exigida para o negócio pela lei civil. 3. Pode qualificar-se como venda fiduciária em garantia o negócio jurídico de venda de imóvel celebrado com um fim indirecto de garantia de uma relação obrigacional, de que era credor o comprador no confronto do vendedor, emergente de um mútuo entre eles celebrado, consubstanciando-se o carácter «temporário» da alienação das fracções prediais na estipulação de uma obrigação pessoal de conservar e revender a coisa que lhe

dúvida, ao entendimento mais enraizado.

Quer isto dizer que o negócio basicamente utilizado – normalmente, o contrato de compra e venda – é celebrado para produzir os seus efeitos normais (aqueles que lhe estão tipicamente associados), não só entre as partes mas também em confronto de terceiros. Existe, contudo, uma cláusula entre devedor/alienante e credor/adquirente por via da qual este último assume a obrigação de retransferir, para o primeiro, o direito obtido através daquele negócio assim que ele satisfizer o crédito do segundo. Tendo a referida cláusula valor estritamente obrigacional, se suceder que o credor/adquirente transfira para terceiro o direito que deveria retransmitir para o devedor/alienante, este não dispõe de instrumentos que contra tal lhe permitam reagir.

Uma deficiência se pode de imediato apontar a esta concepção: somente em termos analíticos o *pactum fiduciae* é separável do negócio translativo ao qual surge associado. Do ponto de vista material, trata-se de um único acto.

III) Através da concepção que separa entre propriedade formal, na titularidade do fiduciário, e propriedade material, na titularidade do fiduciante, a atribuição daquela ao primeiro justifica-se, essencialmente, pela necessidade de protecção de terceiros de boa fé. Aparentemente a titularidade do direito cabe ao fiduciário e é nisso que terceiros se podem fiar; daí a razão para que ele se considere proprietário.

Por esta perspectiva obtém-se, assim, um resultado similar àquele que se extrai através da concepção anterior. Mas as perplexidades que sugere são de monta. Propriedade formal será equivalente a titularidade do direito mas sem possibilidade de proceder ao respectivo exercício? E propriedade material

foi alienada logo que se mostrasse exaurido o fim de garantia que estava subjacente à venda – e resultando tais obrigações de um pacto fiduciário, informalmente acordado, embora de forma encoberta ou oculta, pelos interessados. 4. A estrutural diversidade jurídica entre as figuras da constituição de direitos reais de garantia (ainda que a oneração do bem seja acompanhada de uma inadmissível estipulação do pacto comissório) e da venda fiduciária em garantia, imediatamente geradora de um efeito transmissivo do direito de propriedade, obsta à directa subsunção desta segunda categoria normativa no âmbito do art. 694º do CC, cujo programa normativo se dirige – e confina – ao plano das garantias reais das obrigações, vedando ao credor a autotutela que resultaria da faculdade de apropriação da «coisa onerada» no caso – e no momento – em que o devedor não cumprir a obrigação garantida. 5. Não é de admitir a «extensão teleológica» da proibição contida no citado art. 694º, determinante do vício de nulidade, à venda fiduciária em garantia de bens imóveis, por tal envolver restrição desproporcionada do princípio fundamental da segurança e confiança no comércio jurídico, ao facultar aos outorgantes a invocação e a consequente oponibilidade da nulidade a terceiros de boa fé, subadquirentes do imóvel alienado, nos termos do art. 291º do CC, mesmo nos casos em que o pacto fiduciário estivesse oculto e dissimulado, relativamente às cláusulas contratuais integradoras do negócio formal de alienação e do teor do respectivo registo, de modo a afectar a consistência jurídica dos direitos que aqueles fundadamente supunham ter adquirido".

corresponderá a posse? Do ponto de vista da construção jurídica, não estando em causa o conceito de propriedade dividida, a separação entre propriedade formal e propriedade material dá origem a conceitos que não têm um conteúdo tecnicamente firmado.

Celebrada a alienação fiduciária em garantia, a coisa objecto do negócio poderá continuar na posse do fiduciante, não se efectuando, portanto, a respectiva entrega. Nesta hipótese, cabendo-lhe o uso e a fruição, será admissível dizer-se que o fiduciário, tal qual o reservante/vendedor que tenha efectuado a traditio a favor do reservatário/comprador, é um proprietário aparente; substancialmente, nada tem. Todavia, nada impede que a alienação seja acompanhada da correspondente transferência possessória, caso em que o fiduciário é proprietário tanto em termos formais como em termos materiais (em virtude de a posse também lhe pertencer)[24]. Nestas circunstâncias a diferenciação carece de sentido.

IV) Pela teoria da titularidade fiduciária (ou, talvez melhor, da titularidade aparente) instituída pela alienação fiduciária em garantia a favor do credor, entende-se que ela decorre da celebração de um negócio simulado – tipicamente o de compra e venda – e um dissimulado – o de constituição da garantia[25]. Tem subjacente o relativamente comum entendimento segundo o qual, na celebração do negócio fiduciário, este se configura como um instrumento excessivo para o fim tido em vista pelo respectivo utilizador[26].

Esta perspectiva acarreta, desde logo, uma óbvia consequência, provando-se a simulação: o negócio usado para efectuar a transferência – *v.g.* a compra e venda – é nulo (artigo 240º, n.º 2). Subsistirá então, sendo possível, o negócio dissimulado – o que constitui a garantia – por aplicação da regra estatuída no n.º

[24] "La fiducia adunque supponeva innanzi tutto la dazione della cosa; cioè la trasmissione della proprietà nell'accipiente; e il datore stesso doveva per conseguenze esserne proprietario e avere la capacità di alienare. Non era però essenciale che lo accipiente ne ne avesse anche il possesso e il godimento. Ciò non avveniva certamente nella custodia; che se la cosa era data affine di assicurare l'esecuzione di un'obbligazione, l'uno e l'altro erano lasciati ordinariamente al debitore, sia gratuitamente, precario, sia verso un canone che il debitore pagava al creditore. Anzi quand'anche il creditore avesse avuto il possesso e il godimento della cosas, egli non godeva dei frutti, dell'opera dei servi ecc. che a condizione di diminuirei l credito in proporzione del godimento" (Francesco da Chioggia, Corso di Diritto Romano, Il Diritto delle Obbligazioni, Editrice Sacchetto, Padova, 1868, pág. 334).

[25] "I – Configura negócio fiduciário, com escopo de mandato, a doação de bens pelo devedor a outrem para que este, vendendo-os, pague responsabilidades assumidas por aquele. II – Tal negócio é nulo por simulação relativa, já que não corresponde à real vontade das partes a doação ostensiva. III – Essa simulação não pode ser oposta pelos simuladores ao credor do doador" (acórdão da Relação de Coimbra de 04/06/1991, R. 43.990).

[26] Por exemplo, Castro Mendes, Teoria Geral do Direito Civil, AAFDL, Lisboa, vol. II, 1979, págs. 164/165.

1 do artigo 241º.

Esta configuração padece, de imediato, de uma dificuldade intuitiva: assim sendo, as partes não gozam de autonomia (artigo 405º) para estabelecer e conformar a garantia tal qual pretendem. Na medida em que apenas esta se entende constituída, não há alienação, como os intervenientes pretendem, mas apenas um acto institutivo de uma garantia real.

Acresce que, ao dizer-se que as partes quiseram celebrar ocultamente um negócio constitutivo de uma garantia, esta não fica automaticamente identificada. E aqui, das duas, uma: ou se considera instituída uma garantia real inominada, o que, pelo menos, é uma afirmação contestável atendendo ao disposto no artigo 1306º, n.º 1; ou se entende estar constituída alguma das garantias reais legalmente típicas, e então fica por determinar qual (hipoteca? – penhor? – privilégio creditório?).

Por fim, moldar a alienação fiduciária em garantia neste figurino, representa uma violentação da realidade. Impõe-se uma qualificação que não se ajusta àquilo que as partes fizeram. É que, como nada simularam, inexiste acordo simulatório; e, portanto, em rigor, não há simulação[27].

V) Conforme a teoria do negócio atípico subordinado a condição, decide-se que a compra e venda fiduciária assume função atípica e está sujeita à condição resolutiva da extinção do crédito.

Quanto à primeira parte, a conclusão afigura-se inegável. A compra e venda usada para servir como alienação fiduciária em garantia não cumpre a função que tipicamente lhe está associada – troca de um bem por uma certa quantidade de moeda – antes serve para assegurar o adimplemento de uma obrigação. O que, de imediato, a torna legalmente atípica.

Já no que concerne ao segundo aspecto – sujeição da venda fiduciária a condição resolutiva –, isso não consegue descrever[28], pelo menos, a sua formatação

[27] De acordo com a definição que se extrai do n.º 1 do artigo 240º, a existência de simulação pressupõe:

– um acordo (acordo simulatório) entre declarante e declaratário no sentido de se produzir uma declaração não conforme com a respectiva vontade (por isso se diz que a simulação é um vício da declaração que se caracteriza por ser intencional e bilateral, não obstante se dever sublinhar que: "2. A simulação, como vício da vontade negocial, de acordo com os requisitos estabelecidos no artigo 240º do Código Civil, não corresponde apenas ao somatório das vontades de cada um dos contraentes de não querer o negócio declarado, exigindo ainda o acordo entre eles em fazer divergir a declaração da vontade real bem como o intuito de enganar terceiros" – acórdão da Relação de Coimbra de 12/02/2008, Proc. n.º 578/04.0TBTNV.C1);

– uma declaração efectivamente não correspondente às respectivas vontades (ou seja, encaminhada para um efeito jurídico não ambicionado);

– com o objectivo de iludir outrem (quem não for declarante nem declaratário).

[28] Embora tenha ido exactamente neste sentido a opção tomada, por exemplo, pelo recente

clássica tal qual nos é fornecida pelo Direito Romano[29]. De facto, o *pactum fiduciae* funciona como cláusula que obriga o fiduciário à observância de uma certa conduta – a de retransferir para o fiduciante o direito que este anteriormente lhe transmitira –, não produzindo, por isso, de modo automático, o seu regresso à titularidade do autor da alienação. Aliás, se o *pactum fiduciae* devesse ser concebido como uma cláusula resolutiva, coarctar-se-ia fortemente a liberdade contratual das partes: é que, assim sendo, o negócio só poderia qualificar-se como venda a retro (artigo 927º), subordinando-se ao respectivo regime.

VI) Por intermédio da teoria do negócio indirecto, muito similar à antecedente, atribui-se esta classificação à alienação fiduciária em garantia por causa da inserção de certa cláusula – o *pactum fiduciae* – num negócio

Código Civil Brasileiro:
"Artigo 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.
§ 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.
§ 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.
§ 3º A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária.
Artigo 1.362. O contrato, que serve de título à propriedade fiduciária, conterá:
I – o total da dívida, ou sua estimativa;
II – o prazo, ou a época do pagamento;
III – a taxa de juros, se houver;
IV – a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.
Artigo 1.363. Antes de vencida a dívida, o devedor, a suas expensas e risco, pode usar a coisa segundo sua destinação, sendo obrigado, como depositário:
I – a empregar na guarda da coisa a diligência exigida por sua natureza;
II – a entregá-la ao credor, se a dívida não for paga no vencimento.
Artigo 1.364. Vencida a dívida, e não paga, fica o credor obrigado a vender, judicial ou extrajudicialmente, a coisa a terceiros, a aplicar o preço no pagamento de seu crédito e das despesas de cobrança, e a entregar o saldo, se houver, ao devedor.
Artigo 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.
Parágrafo único. O devedor pode, com a anuência do credor, dar seu direito eventual à coisa em pagamento da dívida, após o vencimento desta".

[29] "La trasmissione della proprietà accadeva nella solita forma della mancipatio e della in jure cessio. (…)
Alla trasmissione veniva aggiunta la clausola fiduciaria per la remancipazione o retrocessione della cosa e anche questo era essenziale al concetto" (Francesco da Chioggia, Corso di Diritto Romano, Il Diritto delle Obbligazioni, pág. 335).

legalmente típico – a compra e venda – dotada da susceptibilidade de modificar a sua particular função[30].

No negócio indirecto, os seus efeitos são pretendidos; sucede, no entanto, que, tal como ele foi moldado pelos respectivos autores, a respectiva eficácia não corresponde àquela que tipicamente lhe está coligada mas é antes própria de alguma outra espécie negocial, típica ou atípica[31] (*v.g. negotium mixtum cum donatione*)[32].

O que essencialmente demarca a alienação fiduciária em garantia é o facto de os respectivos autores utilizarem um negócio típico – a compra e venda – para desempenhar uma missão atípica. Daí não resulta necessariamente que deva prosseguir a função própria de qualquer outro tipo negocial, como sucede, por definição, no negócio indirecto. No negócio fiduciário não há que buscar qualquer similitude de papéis com outros negócios; basta que a função que o individualiza se distinga da típica. Por isso, para o descrever, é suficiente afirmar que se trata de negócio legalmente atípico; a possibilidade de, em simultâneo, ser indirecto é eventual e contingente. Aliás, caso desempenhasse a função de

[30] "I – O contrato fiduciário é um negócio atípico, pelo qual as partes adequam, mediante uma cláusula obrigacional – pactum fiduciae –, o conteúdo de um negócio atípico a uma finalidade diferente da correspondente à causa – função do negócio instrumental por eles seleccionado. II – Trata-se, assim, de um contrato indirecto, que pode assumir configurações diversas consoante o fim tido em vista pelos contraentes" (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/03/2006, R. 4191/2005).

[31] "Para que certa formação negocial possa dizer-se emprego indirecto de um negócio jurídico … importa … que se analise em dois elementos essenciais: um negócio típico adoptado e um fim indirecto" [Orlando de Carvalho, Negócio Jurídico Indirecto (teoria geral), Boletim da Faculdade de Direito, suplemento X, 1952, Coimbra, pág. 13].

[32] "I – Para além dos três requisitos cumulativos da simulação absoluta – divergência entre a vontade real e a vontade declarada, intuito de enganar terceiros e acordo simulatório – a simulação relativa exige ainda a verificação de um quarto requisito, também cumulativo: a existência de negócio dissimulado formalmente válido. II – Quer na simulação absoluta quer na relativa, o negócio simulado é nulo. III – A simulação subjectiva pressupõe a interposição fictícia de pessoas, não adquirindo o interposto direitos e obrigações no respectivo contrato. IV – No negócio indirecto, as partes visam com um negócio típico um fim ulterior diverso do que normalmente emerge da causa desse tipo negocial. V – Se a única divergência na declaração constante de uma escritura pública de compra e venda de um imóvel é a de que foram os autores que pagaram o preço e não a ré, sua filha, que aí figura como compradora, com a finalidade de serem eles a pagar, por espírito de liberalidade, o preço da compra e venda à vendedora, a doação que daí emerge é do dinheiro e não do mencionado imóvel por ser aquele e não este que sai do seu património e enriquece o da ré. VI – Tal factualidade não integra simulação relativa nem negócio indirecto ou doação indirecta, pois, a doação do dinheiro é directa e resulta do acordo entre os autores e a ré que, com a outorga da escritura, aceita a doação" (acórdão da Relação do Porto de 05/06/1997, R. 1083/95, Col. de Jur., 1997, 3, 208).

outro negócio, perguntar-se-ia de imediato qual seria: o contrato de constituição de hipoteca ou o contrato de constituição de penhor? Mas, a ser assim, retorna-se à questão: para quê celebrar a alienação fiduciária em garantia e não outorgar directamente um daqueles?

2. Distinção de figuras funcionalmente próximas

2.1. Reserva de propriedade

I) Nos termos do artigo 409º, n.º 1, a reserva de propriedade resulta da estipulação de uma cláusula contratual mediante a qual se obtém a garantia de cumprimento de uma obrigação (*maxime* a de pagamento do preço numa compra e venda, que constitui o âmbito paradigmático de aplicação da figura) "guardando-se" a titularidade de determinado direito (tipicamente, o de propriedade) até que aquela seja cumprida.

II) As objecções que historicamente se ergueram à admissibilidade do *pactum reservati dominii* ligaram-se, grosso modo, à dificuldade em conceber um elemento essencial da compra e venda – o preço – como sendo, simultaneamente, um seu elemento acidental[33]. A sua expressa consagração legal afastou, porém, tais objecções.

III) Apesar de, na sua formulação, a hipótese se caracterizar muito linearmente, a construção subjacente não é fácil. De facto, podem identificar-se, pelo menos, as seguintes concepções acerca da natureza e, portanto, do modo de funcionamento do *pactum reservati dominii*[34]:

1. como um termo ou condição suspensiva;
2. como uma garantia real autónoma;
3. como uma espécie de condição resolutiva (para o adquirente);
4. como um caso de propriedade dividida;

[33] Ver Galvão Telles, Contratos Civis (projecto completo de um título do futuro Código Civil português e respectiva exposição de motivos), Boletim do Ministério da Justiça n.º 83, pág. 138. Pires de Lima – Antunes Varela no Código Civil Anotado, Coimbra Editora, Coimbra, vol. II, 3ª edição, 1986, pág. 52, ainda consideravam que os "contratos de alienação com cláusula de reserva de domínio... não podem ser considerados como realizados sob condição suspensiva visto o evento condicionante da sua plena eficácia recair sobre um elemento essencial do contrato (pagamento do preço)".
Na perspectiva mais usual entre nós, as cláusulas acessórias típicas (como o termo, a condição, a cláusula penal ou a modal) fazem parte do chamado conteúdo acidental do negócio jurídico (cf., por exemplo, Castro Mendes, Teoria Geral do Direito Civil, vol. II, págs. 215 a 246).

[34] Carrasco Perera – Cordero Lobato – Marín López, Tratado de los Derechos de Garantía, págs. 971 a 973.

5. como uma hipótese de alienação fiduciária.

IV) A primeira explicação é a dominante na doutrina, portuguesa 35 e estrangeira[36], bem assim como na jurisprudência[37]. Chegando esta última a recusar explicitamente a concepção da reserva de propriedade como um direito real de garantia[38].

Estabelecida a reserva de propriedade num contrato de compra e venda, por exemplo para garantia de pagamento do preço, a titularidade do direito de

[35] E funda-se indubitavelmente na tradição proveniente do Direito Romano (neste sentido, Reinhard Zimmermann, Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press, Oxford, 1996, pág. 276).

[36] Cf. Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft, trad. esp. (El Negócio Jurídico), Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pág. 857.

[37] Ver, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 01/02/1995, Proc. n.º 86.350: I – Nos termos do disposto no artigo 274º, n.º 1, do Cód.Civil, na pendência da venda com reserva de propriedade o vendedor pode dispor do direito de propriedade da coisa vendida (nomeadamente dando-a em hipoteca), mas a eficácia desses actos de disposição fica dependente, condicionada à ineficácia do primeiro contrato, o de compra e venda (à sua resolução). II – Desta sorte, o evento futuro que integra a cláusula de reserva de propriedade funciona, a um tempo, como condição suspensiva da transmissão do direito de propriedade (condição suspensiva parcial dos efeitos da compra e venda) e como condição resolutiva do acto de disposição ou oneração feito pelo vendedor «medio tempore». III – Ocorrido esse evento futuro, opera-se a transmissão da propriedade da coisa do vendedor para o comprador como efeito do contrato, sem necessidade de outra conduta das partes [artigos 879º, alínea a), e 408º, n.º 1, do Cód.Civil], a qual, por outro lado, retroage a data da conclusão do contrato de compra e venda (artigo 276º do Cód.Civil). IV – Em relação a terceiros (v. g. credor hipotecário) os efeitos da compra e venda só se produzem depois da data do respectivo registo, sendo que o registo convertido em definitivo conserva a prioridade que tinha como provisório, conforme o disposto nos artigos 2º, nº 1, alínea a), 5º, nº 1, e 6º, nº 3, do Cód.Reg.Predial. V – Daí que, adquirida a prioridade do registo da compra e venda com reserva de propriedade, do mesmo passo que a ocorrência do referido evento futuro (que condicionara parcialmente a compra e venda) opera a ineficácia dos actos de disposição ou oneração da coisa objecto do contrato, praticados pelo vendedor «medio tempore», também determina a caducidade da respectiva inscrição no registo, nos termos do primeiro segmento do artigo 11º, nº 1, do Cód.Reg.Predial.

[38] Ver, por exemplo, o Acórdão da Relação de Lisboa de 23/09/2004. R. 1828/2004: I – A penhora de veículo automóvel objecto do contrato de compra e venda a prestações com reserva de propriedade, uma vez que o adquirente é ainda titular do direito de propriedade mas tão só duma expectativa de aquisição, não é juridicamente admissível. II – Penhorável será, apenas, a dita expectativa de aquisição. III – A não ser que o titular do direito de propriedade (o vendedor) prescinda da reserva de propriedade e proceda, por sua iniciativa, ao cancelamento do registo respectivo. IV – É que a reserva de propriedade não configura um direito real de garantia, antes, quando concomitante com a venda da coisa consubstancia uma alienação sob condição suspensiva, por dependente de um evento futuro, o cumprimento total das obrigações por parte do comprador.

propriedade manter-se-á, diz-se, no alienante (vendedor) até que o adquirente (comprador) cumpra a obrigação a que está adstrito. O pagamento do preço, no exemplo, funciona assim como facto futuro de verificação incerta. E a conclusão vai pois neste sentido: até que tal facto ocorra, o efeito translativo da compra e venda [artigo 879º, alínea a)] não sucede. *Mutatis mutandis* o mesmo se diga, ao menos, para os demais actos translativos ou constitutivos de direitos (reais ou não) sobre coisas corpóreas.

O direito objecto de um acto desta natureza mantém-se, por conseguinte, na titularidade do alienante até que o evento condicionante eventualmente se produza[39].

IV.I) Resta saber se existe ou não, de imediato (salvo cláusula em sentido contrário), a obrigação de proceder à entrega da coisa [no caso da compra e venda, nos termos do artigo 879º, alínea b)].

Por uma razão de pura lógica formal dir-se-á que sim, uma vez que somente se "reservou" a propriedade, ou seja, a respectiva titularidade. A realização da entrega da coisa surge já na vertente relativa à cedência da posse e não no aspecto atinente à titularidade de direitos.

Mas, particularmente no que toca às coisas móveis, se a entrega for realizada imediatamente após a celebração do contrato pode levantar-se um problema de efectividade, de consistência, na satisfação do seu crédito para o credor/alienante: na verdade, a garantia de cumprimento que obtém pela inserção da cláusula de reserva de propriedade pode esfumar-se facilmente[40].

Por isso, embora o credor/alienante tenha, a maior parte das vezes, interesse prático em proceder à entrega imediata, julga-se que a tal não deve estar juridicamente vinculado, a menos que o contrário tenha sido convencionado[41]. Fora desta última hipótese, a entrega só pode constituir um acto de mera tolerância [artigo 1253º, alínea b)].

IV.II) No Código Civil, nada se dizendo, ao menos parece certo que, sendo a coisa entregue ao comprador, a sua restituição somente se pode obter nos termos do artigo 934º – ou seja, mediante a resolução do contrato de compra e venda verificados os pressupostos ali enunciados. O que já significa, de todo o

[39] O que faz com que não cometa "o crime de furto aquele que, em virtude de o comprador ter deixado de pagar parte do preço, se apodera do veículo automóvel que lhe vendera com reserva de propriedade" (acórdão da Relação do Porto de 22/11/2000, R. 934/2000).

[40] Aliás, veja-se que mesmo no caso da hipoteca (em que a coisa objecto da garantia fica em poder do respectivo autor e, em geral, não é deslocável) se pode convencionar que a obrigação se vença caso o bem hipotecado seja alienado ou onerado (artigo 695º, *in fine*).

[41] Acórdão da Relação de Évora de 23/04/1992, R. 45, Col. de Jur., 1992, 2, 291: "No contrato de compra e venda com reserva de propriedade o pagamento do preço é devido independentemente da entrega da coisa, objecto do contrato".

modo, que a sua entrega não pode ser perspectivada como um acto de "mera tolerância". E, de facto, por comparação, na Ley 483 da Compilação Foral de Navarra estabelece-se que "mientras tanto" (isto é, enquanto se está à espera da verificação do evento condicionante) "corresponde al comprador la posesión y el disfrute de la cosa vendida … asi como estarán a su cargo el riesgo y todos los gastos inherentes a àquella".

Esta não constitui, contudo, a forma clássica de construção da reserva de propriedade. Aliás, foi justamente para permitir ao comprador sob reserva de propriedade o acesso imediato ao poder de facto sobre a coisa que se "inventou" o mecanismo jurídico da locação/venda (artigo 936º, n.º 2)[42].

Quer dizer que, a menos que o vendedor se tenha obrigado a realizar a *traditio* antes da verificação do evento suspensivo, o comprador não tem direito à obtenção do domínio de facto até tal momento.

V) Esta concepção sobre a reserva de propriedade manifesta alguns pontos criticáveis.

Por um lado e antes de mais, o facto de não levar em consideração o essencial: a função que a *reservati dominii* desempenha. Esta serve para garantir o cumprimento de certas obrigações a cargo do reservatário/adquirente[43]. Pelo que a manutenção do direito retido da titularidade no reservante/alienante tem carácter marcadamente formal. Em substância, o titular de tal direito (*maxime* o de propriedade) convinha que fosse já o reservatário/adquirente:

– por ser ele quem, antes de mais, tem interesse na utilização da coisa;

– por, para o reservante/alienante, o destino da coisa e a preservação do seu valor apenas terem significado para protecção da integridade da sua garantia;

– e por, sobretudo, o amparo dos interesses deste último não demandar uma tutela tão débil para aquele.

[42] E isto porque (dizia Galvão Telles, *Arrendamento*, Lisboa, 1944/45, págs. 45 e seguintes) a protecção de que gozava o locatário/comprador seria mais forte do que aquela que era conferida ao reservatário/comprador. Justamente por este último não ter qualquer direito ao uso da coisa, e, portanto, por, se esta lhe fosse entregue, o ser a título de mera tolerância do vendedor [actualmente, artigo 1253º, alínea b)]. A sua situação jurídica consubstanciaria, assim, uma mera expectativa jurídica real. Diversamente, já o mesmo não sucederia na locação/venda, pois o locatário/comprador adquiriria desde logo o direito ao uso da coisa por força da componente locativa do contrato.

[43] *A* vende a *B* um automóvel sob reserva de propriedade e entrega-lho. Este, entretanto, coloca-o na oficina *C* para reparação, não cumprindo, porém, a obrigação de pagamento das inerentes despesas, o que a leva a exercer direito de retenção (nos termos gerais do artigo 754º). Para efeitos do artigo 759º, n.º 2, o facto de *A* permanecer proprietário permite tratamento diferente daquele que lhe seria concedido caso eventualmente fosse titular de uma hipoteca?

Além de que a solução que aqui se critica produz o resultado, quase despropositado[44], que se descreve, por exemplo, no acórdão da Relação de Lisboa de 02/06/1999, R. 3295/99) e que sucede recorrentemente: "I – Os direitos reais que caducam com a venda em execução, nos termos do artigo 824º do Cód.Civil, são apenas os direitos reais de garantia e, ainda, os demais direitos reais que não tenham registo anterior ao da penhora, arresto ou garantia. II – Estando registada a reserva de propriedade de veículo penhorado, reserva essa a favor da exequente, não pode prosseguir a execução para venda, sem que o exequente cancele a reserva e comprove o mesmo cancelamento"[45]. Corolário que, contudo, foi explicitamente admitido e sancionado pelo Supremo Tribunal de Justiça através do acórdão de Uniformização de Jurisprudência n.º 10/2008 (DR n.º 222, série I, de 14/10/2008) segundo o qual "a acção executiva na qual se penhorou um veículo automóvel, sobre o qual incide registo de reserva de propriedade a favor do exequente, não pode prosseguir para as fases de concurso de credores e da venda, sem que este promova e comprove a inscrição, no registo automóvel, da extinção da referida reserva"[46].

VI) A segunda concepção a que se aludia – recorde-se, a atribuição ao reservante/alienante de uma garantia real autónoma fruto da estipulação de reserva de propriedade – implica a concessão imediata ao reservatário/

[44] Já que, se é verdade que o reservante/vendedor, precisamente quando haja sido estipulada a reserva de propriedade, pode resolver o contrato de compra e venda, nos termos do artigo 886º, quando o comprador falte definitivamente ao cumprimento da obrigação de pagar o preço, o exercício deste poder funciona como "mal menor". A ele interessa-lhe, sobretudo, a obtenção do preço e não a cessação do contrato.

[45] Tal cancelamento far-se-á, neste entendimento, com fundamento em renúncia ["tal reserva é passível de renúncia abdicativa (ou renúncia stricto sensu) por parte do respectivo titular, através de um negócio ou acto unilateral que, constituindo ex nunc uma nova situação de direito, tem como efeito real a perda ou extinção do direito renunciado, dele ficando privado o respectivo titular" – acórdão da Relação de Lisboa de 06/02/2007, Proc. n.º 10411/2006-7]. Não se alcança, todavia, se está em causa a renúncia ao direito de propriedade reservado ou à própria cláusula de reserva! É que se o caso for o primeiro, o seu efeito deveria consistir, tratando-se imóveis, na atribuição da respectiva propriedade ao Estado (artigo 1345º), ou, tratando-se de móveis, na sua colocação como res nullius. E se o caso for o segundo, não se vislumbra (nesta concepção, sublinha-se) qual o direito objecto da renúncia.

[46] As garantias reais desempenham comummente uma dupla função: *a)* por um lado, *forçam* (coagem) o devedor ao cumprimento da obrigação assegurada (ao menos sempre que tal garantia tenha sido prestada pelo próprio devedor); *b)* por outro lado, concedem ao respectivo titular o *ius distrahendi* para o caso de a referida obrigação não ser cumprida. A admitir-se o acerto da concepção perfilhada pelo acórdão uniformizador em causa, esta segunda função fica excluída (dado que enquanto a *reservati dominii* se mantiver em vigor inexiste o poder de promover a alienação forçada do direito reservado pelo alienante).

adquirente da propriedade da coisa logo após a celebração do contrato em cujo conteúdo aquela se integra. É praticamente o inverso da concepção anterior.

A admitir-se esta construção, dela decorre que o reservante/alienante fica numa situação jurídica fortemente análoga à do credor hipotecário: não tem a posse da coisa[47] mas sujeita o reservatário/adquirente ao seu *ius distrahendi* para o caso de este incumprir a obrigação assegurada pelo estabelecimento da reserva de propriedade.

Justamente daqui procedem as duas principais dificuldades que esta configuração apresenta (embora, saliente-se, ambas sejam de direito positivo e não de conceptualização):

– inexistência de um regime jurídico próprio, pois é necessário ir buscar (talvez) a analogia com a hipoteca (ao invés do que sucede na construção anterior que arrasta a aplicação do regime típico do negócio condicional – artigos 270º a 277º);

– inexistência do ónus intensificado de inscrever no registo predial o estabelecimento da reserva de propriedade uma vez que, ao contrário do que sucede com a hipoteca, o efeito do registo só pode ser aqui o efeito-regra, ou seja, o consolidativo (e não o constitutivo, como se verifica em relação àquela outra – artigo 687º).

VII.I) A perspectivação da reserva de propriedade como uma cláusula resolutiva[48] liga-se intimamente, no fundo, à construção anterior. Na verdade, se o reservatário/adquirente se torna titular da propriedade e se a favor do reservante/alienante se constitui uma garantia real, deve afirmar-se necessariamente, todavia, que a titularidade do primeiro não pode ter carácter estável. Ao invés, é titular precário até que a obrigação garantida se cumpra, caso em que se torna titular consolidado, ou até que o seu não cumprimento definitivo dê origem (eventualmente) à resolução do facto que é fonte da mesma (artigo 801º, n.º 2). Nesta última hipótese, o direito de propriedade há-de regressar à titularidade do reservante/alienante e, em princípio, com força retroactiva (artigo 276º).

[47] É claro que não é impossível sustentar o contrário, isto é, que o reservante/alienante fica com a posse da coisa a menos que consinta na sua cedência ao reservatário/adquirente. Nesta hipótese ficaria então equiparado ao credor pignoratício. Mas aí, a vantagem prática desta construção perder-se-ia, pois o que se pretende é compatibilizar a atribuição do gozo imediato da coisa ao segundo com o estabelecimento de uma garantia de cumprimento a favor do primeiro.

[48] Nesta versão construtiva integra-se decerto a *venda a retro* (artigos 927º a 933º), quando ela desempenhe função de garantia (o que não é uma necessidade, embora seja seguramente a hipótese característica). Esta modalidade de venda tem como cunho distintivo o facto de a condição resolutiva a que fica sujeita ter carácter potestativo e arbitrário – a pura vontade do vendedor em resolver – e de esta dever ser manifestada dentro de certo prazo (artigo 929º) sob pena de a condição ficar sem efeito.

Considerada isoladamente, esta construção apenas autoriza o reconhecimento ao reservante/alienante de uma expectativa jurídica de (re)aquisição que é aquilo de que justamente é titular qualquer alienante sob condição resolutiva. Assim esfuma-se a garantia que através da estipulação da reserva de propriedade se pretende instituir a seu favor.

E acresce, no fim de contas, que para os negócios de alienação sujeitos a condição tudo não passa, em geral, de uma questão de perspectiva: a condição que seja suspensiva para o adquirente actua resolutivamente para o alienante; a condição que seja resolutiva para o adquirente funciona suspensivamente para o alienante. O que significa uma coisa, aplicando o que fica dito ao caso concreto: a construção da reserva de propriedade como condição resolutiva ou como condição suspensiva não implica a afirmação de perspectivas contraditórias mas antes complementares.

VII.II) A *reservati dominii* pode implicar a imposição de um desvio ao princípio do consentimento sempre que (e é esta a situação típica) aquele que transmite ou constitui o direito real[49], paralise este efeito até à verificação de um qualquer evento que não consista na entrega da coisa (artigo 409º). E tanto pode representar uma condição suspensiva (por exemplo: "até ao pagamento do preço pela contraparte"), como um termo suspensivo (por exemplo: "até certo dia de certo mês").

Mas da estipulação da reserva pode também decorrer o surgimento de uma excepção ao funcionamento do aludido princípio sempre que o acontecimento futuro do qual fica dependente a produção de efeitos consista na própria entrega da coisa[50].

Do que antecede resulta, assim, que até a própria atribuição da natureza de cláusula condicional ("*incertus an incertus quando*") à *reservati dominii* pode não quadrar ao caso concreto, na medida em que nada impede que ela se configure, no outro extremo, como uma estipulação "*certus an certus quando*".

VIII) A concepção da reserva de propriedade como uma hipótese de propriedade dividida implica o seguinte: que, entre reservante/alienante e

[49] Embora a designação da cláusula em apreço pareça indicar o contrário, nada impede que se reserve a titularidade ou a constituição de *qualquer outro direito real* até à verificação de certo acontecimento.

[50] Considerando que o sistema de aquisição de direitos reais rigorosamente antagónico é aquele que exige, para o efeito (e além do *título*), a *traditio*, os casos em que o princípio consensualístico é afastado podem agrupar-se sob duas rubricas: *excepções* e *desvios*.
As *excepções* são representadas por aquelas hipóteses em que a *traditio* é condição necessária para a aquisição do direito real. São situações em que, por conseguinte, se adoptou o sistema aquisitivo de direitos reais que historicamente se contrapõe ao sistema aquisitivo assente na suficiência do acordo de vontades.
Os *desvios* ocorrem naqueles casos em que, não se exigindo a *traditio*, tão-pouco basta o acordo de vontades para que o efeito constitutivo/translativo se produza.

reservatário/adquirente, o direito de propriedade se fraccione de tal modo que nenhum se possa considerar proprietário pleno mas também nenhum possa ser tido como titular de um direito real menor perante o outro[51]. É assim legítimo dizer-se, acomodando ao caso, que o reservante/alienante mantém a propriedade para efeitos de garantia de cumprimento da obrigação assegurada pela *reservati* e o reservatário/adquirente obtém a propriedade para todos os demais efeitos (ou seja, *grosso modo*, para os efeitos descritos no disposto no artigo 1305º).

Acontece que asseverar a existência de uma propriedade dividida entre reservante/alienante e reservatário/adquirente não é suficiente para explicar a situação de ambos. Não pode deixar de se acrescentar que a situação deste último é precária por estar sujeita a resolução caso a obrigação assegurada pela *reservati* seja incumprida. O que apela, de novo, para a perspectivação da reserva de propriedade como uma modalidade de condição suspensiva.

Além disso, e mais importante, a propriedade dividida é um conceito que apenas quadra verdadeiramente ao direito de propriedade enquanto direito de gozo: ou seja, quando o que está em causa é a divisão do *ius utendi fruendi et abutendi* entre diversos titulares (os quais, por isso, se tornam todos proprietários). O *ius distrahendi* concedido ao titular de qualquer garantia real, ao invés, é um extra que obviamente não faz parte do gozo e que concorre com o poder de disposição concedido a cada proprietário. De facto, enquanto a livre disponibilidade dos direitos patrimoniais (artigo 62º, Constituição) constitui uma característica natural mas não necessária da propriedade, o *ius distrahendi* compõe a própria essência da garantia real. Razão pela qual se afigura impossível fundar esta naquela.

2.2. Venda a retro

I) "Licita cousa he, que o comprador e vendedor ponham na compra e venda, que fizerem, qualquer cautela, pacto e condição, em que ambos acordarem, com tanto que seja honesta, e conforme ao Direito: e por tanto se o comprador e vendedor na compra e venda se acordassem, que tornando o vendedor ao comprador o preço, que houvesse pela cousa vendida, até tempo certo, ou quando quizesse, a venda fosse desfeita, e a cousa vendida tornada ao vendedor, tal avença e condição, assi acordada pelas partes val: e o comprador, havendo a cousa comprada a seu poder, ganhará e fará cumpridamente seus todos os fructos e novos, e rendas, que houver da cousa comprada, até que lhe o dito preço seja restituido" (Ordenações Filipinas, Livro IV, Tít. IV).

[51] Na fórmula de Wolff – Raiser, Derecho de Cosas, tomo III, vol. I, trad. esp. de González – Alguer, Barcelona, Bosch, 1971, pág. 613, que é aquela que se adopta no texto, há propriedade dividida quando, «"entre dois sujeitos", os poderes contidos no direito de propriedade se desagregam "de modo a que cada um deles tenha uma parte das faculdades e pretensões contidas na propriedade, sem que por isso um deles apareça como «proprietário» e o outro como «titular de um direito limitado sobre coisa alheia»».

Mais simplesmente reza o artigo 927º que se diz "a retro a venda em que se reconhece ao vendedor a faculdade de resolver o contrato".

II) Qualquer que seja a formulação, a hipótese é subsumível ao conceito de negócio sujeito a condição resolutiva (artigo 270º: "acontecimento futuro e incerto" ao qual as partes subordinam a "resolução" ou "destruição" dos efeitos do negócio[52]). E atendendo à sua configuração, conduz isto à conclusão que a mencionada cláusula corporiza uma condição resolutiva de momento incerto[53]. Assim, ocorrendo o evento resolutivo, tudo se deve passar, em regra, como se os efeitos produzidos pelo negócio ao qual ele foi aposto como condição nunca tivessem ocorrido[54]. É a solução determinada pelo disposto no artigo 276º[55] e que se funda no facto de isso corresponder, normalmente, à vontade dos contraentes: estes vinculam-se hipoteticamente; logo, se soubessem, no instante em que contratam, que a hipótese da qual fazem depender a sua vontade era insusceptível de concretização, não teriam acordado no que quer que fosse[56].

A regra constante do artigo 276º sofre duas ordens de excepções. Não haverá retroactividade quando:

– a "vontade das partes" tenha estabelecido outra solução qualquer (o que se justifica facilmente uma vez que a referida regra está assente na sua vontade conjectural; por isso, pretendendo elas outro qualquer desfecho são livres para tanto – artigo 405º);

– a "natureza do acto" imponha igualmente resultado diverso (que é o que sucede, por exemplo, com os contratos de execução continuada ou periódica –

[52] A condição é resolutiva "sempre que o negócio deixe de produzir efeitos após a eventual verificação do evento em causa" (Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Coimbra, Almedina, vol. I, tomo I, 1999, pág. 443).

[53] O *incertus an incertus quando* constitui seguramente uma condição. O *incertus an certus quando* "deve entender-se" como "uma condição, quando se não prove ter sido outra a intenção das partes. E é possível uma tal intenção" (Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Coimbra, Almedina, vol. II, 1987, pág. 387). Para o presente efeito, no entanto, dá no mesmo qualificar o evento em avaliação como condição resolutiva ou como termo resolutivo (é sempre a resolução de efeitos que está em causa e o regime daquela aplica-se a este – artigo 278º). Ainda que pareça mais adequada a primeira qualificação.

[54] "Verificada a condição… considera-se que os efeitos nunca se produziram, se a condição é resolutiva" (Oliveira Ascensão, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. III, *Acções e factos jurídicos*, Lisboa, 1992, pág. 400).

[55] Por isso é que no artigo 270º "a lei fala intencionalmente de *resolução* – e não apenas na *cessação* – dos efeitos do negócio, visto a verificação da condição, ter, como regra, efeito *retroactivo*" (Pires de Lima – Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Coimbra, Coimbra Editora, vol. I, 1982, pág. 250).

[56] "Apoiada no negócio jurídico, a condição é a limitação negocial da operatividade do negócio" (Werner Flume, *El Negócio Juridico,* trad. esp., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1998, pág. 804).

artigo 277º, n.º 1).

III) "A condição opera ipso iure". O que, tratando-se de condição resolutiva, significa que a destruição dos efeitos do negócio se produz automaticamente. Ou seja, esta destruição de efeitos desencadeia-se "imediatamente, sem necessidade de qualquer das partes invocar em juízo ou fora dele a verificação da condição, ou praticar algum outro acto (por ex., uma notificação à contraparte)"[57] [58].

Por outro lado, em simultâneo, "os efeitos do negócio deixam de existir… mesmo em confronto de terceiros.

A este efeito retroactivo da condição resolutiva, mesmo em confronto de terceiros, … dá-se o nome de eficácia real"[59].

IV) O preenchimento da condição resolutiva, particularmente quando tal suceda com efeito regressivo, configura um caso de caducidade[60].

"A caducidade do negócio por decurso do prazo pode decorrer da lei ou de estipulação. (…)

A caducidade resulta de estipulação negocial, principalmente nos casos de termo final e de condição resolutiva"[61].

A caducidade opera o efeito extintivo que lhe surge associado de modo automático[62], sem necessidade de invocação por aquele a quem aproveita[63]: por isso se trata de um caso de ineficácia ipso jure[64]. É que ela "é estabelecida com o fim de, dentro de certo prazo, se tornar certa, se consolidar, se esclarecer determinada

---

[57] Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, pág. 381.

[58] Como mais adiante se acentuará, nisto se distingue a condição resolutiva do direito (potestativo) à resolução, legal ou convencionalmente concedido a uma das partes (artigo 432º, Código Civil).

[59] Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, pág. 383.

[60] Há quem chegue mesmo a configurar o caso como de extinção do negócio jurídico: "só se pode falar de extinção de um negócio jurídico quando este mesmo negócio, como título, é eliminado do mundo do direito. (…) Assim acontece … quando sobrevém uma condição resolutiva" (Oliveira Ascensão, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. III, pág. 501).

[61] Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 5ª edição, 2008, pág. 775.

[62] "A *caducidade*… não consiste num acto jurídico. É um efeito jurídico automático de extinção do negócio jurídico e da sua eficácia em consequência do ocorrer de um facto jurídico" (Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, pág. 775).

[63] As causas de extinção do negócio jurídico "podem ser objecto de distinção radical em causas de extinção" automáticas e potestativas. "As causas de extinção automática são aquelas que resultam de um mero facto, portanto sem a configuração de um negócio extintivo. As potestativas são todas as restantes".
"A causa de extinção automática geral é a caducidade" (Oliveira Ascensão, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. IV, *Relações e Situações Jurídicas*, 1993, pág. 312).

[64] Dias Marques, *Noções Elementares de Direito Civil*, Lisboa, Centro de Estudos de Direito Civil, 1973, pág. 102.

situação jurídica"[65]. Também por isso "a caducidade é apreciada oficiosamente pelo tribunal e pode ser alegada em qualquer fase do processo" (artigo 333º)[66], ainda que, dado o seu automatismo, não exija "tipicamente a declaração em juízo para que se produza"[67].

"A caducidade do negócio jurídico consiste… na cessação da sua eficácia, decorrente da verificação de um facto jurídico stricto sensu, o qual opera umas vezes retroactivamente (caducidade resolutiva) e outras tão só in futurum (caducidade extintiva)"[68].

V.I) Como se disse, a venda a retro envolve a subordinação do contrato a condição resolutiva. Essa condição, por ser dotada de natureza potestativa, tem um carácter muito particular em virtude de a sua verificação ficar dependente de declaração de vontade do vendedor nesse sentido dirigida ao comprador[69] [70]. Ou seja, por outras palavras, "no caso de venda a retro, ou venda a remir, a resolução depende apenas da vontade do vendedor, sendo confiada apenas ao seu poder discricionário, não tendo ele de invocar os fundamentos da sua decisão de resolver o contrato" (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/07/1994, Proc. n.º 9340640)[71].

V.II) Nos termos do artigo 1174 do Código Civil francês[72], a condição puramente potestativa origina a nulidade do respectivo acto constitutivo quando deste resulte uma obrigação que fique (unicamente) dependente daquela.

---

[65] Vaz Serra, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 107º, pág. 24.

[66] "Na caducidade… *só o aspecto objectivo* da certeza e segurança é tomado em conta. O que explica, p. ex., que a caducidade seja apreciada oficiosamente pelo tribunal – ao contrário da prescrição, que tem de ser invocada –, bem como o facto de influírem sobre o prazo de prescrição, e não sobre o da caducidade, situações e acontecimentos … que podem suspender ou interromper a prescrição, mas não a caducidade" (Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, pág. 376).

[67] Oliveira Ascensão, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. IV, pág. 313.

[68] Dias Marques, *Noções Elementares de Direito Civil*, pág. 105.

[69] Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, págs. 367/368.

[70] Por isso, "não se reconhecendo, à parte, uma faculdade na sua inteira disponibilidade de resolver o contrato, e ficando antes, essa resolução dependente do não cumprimento tempestivo da contraprestação acordada, não se configura uma venda «a retro», do artigo 927 do aludido diploma substantivo, mas uma permuta ou troca, sob condição resolutiva" (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/06/1999, Proc. n.º 99B163).

[71] Pelo que, por exemplo, "não constitui venda a retro a venda sob condição suspensiva de falta de cumprimento da obrigação de construir, visto que a falta de cumprimento dessa obrigação é, afinal, o próprio fundamento de resolução" (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/07/1994, Proc. n.º 9340640).

[72] "Toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige".

A condição a que venda a retro se sujeita é certamente potestativa[73]. Mas não é puramente potestativa; pelo menos não no sentido decorrente da referida disposição do Code Civil. Talvez a compra e venda à experiência (artigo 924º) seja o único caso legalmente previsto de negócio sujeito a condição puramente potestativa (ainda que, na verdade, a respectiva resolução não seja inteiramente arbitrária na medida em que fica dependente "de a coisa não agradar ao comprador").

De todo o modo, diga-se que a questão da admissibilidade da condição puramente potestativa se tem colocado, acima de tudo, a propósito da condição suspensiva. Em tal caso, o negócio condicionado concederá, no fundo, um direito de opção[74] àquele de cuja vontade depende a correspectiva eficácia.

Diversamente, a estipulação de uma condição resolutiva puramente potestativa acaba por redundar num direito de resolução[75] a exercer nos termos gerais dos artigos 432º a 436º. A condição a que se sujeita a venda a retro tem pois (tal como sucede, por exemplo, com a chamada condição resolutiva tácita – artigo 801º, n.º 2) carácter impróprio[76].

VI) Dita "resolução fica… sem efeito se, dentro do mesmo prazo de quinze dias, o vendedor não fizer ao comprador oferta real das importâncias líquidas que haja de pagar-lhe a título de reembolso do preço e das despesas com o contrato e outras acessórias" (artigo 931º).

Daqui se deduz a finalidade da celebração da compra e venda com cláusula a retro. Ela destina-se a proporcionar uma garantia de cumprimento ao comprador. Ou seja: tipicamente, o comprador mutuou determinada quantia a favor do vendedor[77]; este, a título de garantia de cumprimento da obrigação de restituição

[73] Acórdão da Relação do Porto de 11/07/1994, Proc. n.º 9340640: "I – Em princípio os contratos só podem ser resolvidos com fundamento na lei ou em convenção, o que significa que, por via de regra, a resolução assenta num poder vinculado, que pode caber a qualquer das partes, tendo o rescindente de invocar (de alegar e provar) o fundamento de resolução, que terá de ser necessariamente uma disposição da lei ou uma convenção das partes. II – No caso de venda a retro, ou venda a remir, a resolução depende apenas da vontade do vendedor, sendo confiada apenas ao seu poder discricionário, não tendo ele de invocar os fundamentos da sua decisão de resolver o contrato. III – Não constitui venda a retro a venda sob condição suspensiva de falta de cumprimento da obrigação de construir, visto que a falta de cumprimento dessa obrigação é, afinal, o próprio fundamento de resolução".

[74] "O pacto de opção é um contrato …" para cuja conclusão "*é suficiente a manifestação de vontade do beneficiário*: se este aceita, exercendo o seu direito potestativo, o contrato aperfeiçoa-se, inelutavelmente, sem necessidade de nova declaração da contraparte" (Calvão da Silva, *Sinal e Contrato-Promessa*, 9ª edição, Almedina, Coimbra, 2002, págs. 25/26).

[75] Werner Flume, *El Negocio Juridico*, págs. 799 a 803.

[76] Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, pág. 611.

[77] "A venda a retro prevista nos arts. 927º e segs. do Cód. Civil é compatível com a existên-

(pelo menos) da quantia mutuada, em vez de *v.g.* constituir a favor daquele uma hipoteca, vendeu-lhe o bem que poderia ter sido hipotecado, mas conservando o direito de o reaver desde que (essencialmente):

1º – resolva a compra e venda; e,

2º – coloque o comprador na situação em que este estaria caso o contrato nunca tivesse sido celebrado (o que, no fundo, resultaria já da aplicação da regra contida no artigo 276º)[78].

A posição do mutuante/comprador torna-se assim mais segura em virtude de:

– por um lado, o bem que lhe pertencia a título precário, se tornar irreversivelmente seu, caso a quantia mutuada não lhe seja restituída, na medida em que a impossibilidade de resolver a compra e venda dentro dos prazos legais (artigo 929º) consolida a aquisição; e,
– por outro lado, não ficar dependente nem da necessidade de intentar acção executiva (como sucederia se fosse titular de alguma hipoteca ou de qualquer outro direito de garantia), nem da consequente concorrência dos demais credores do mutuário, em caso de não cumprimento da obrigação a seu cargo.

VII) Do que antecede resulta com mediana clareza que a compra e venda com cláusula a retro (ou a remir) desempenha, geralmente, a função de hipoteca ou penhor (consoante a natureza imobiliária ou mobiliária da coisa dada em garantia) a que se tenha associado um pacto comissório.

Ora, tendo a proibição desta convenção (artigo 694º) um sério fundamento (prevenir a hipótese de o credor de certa quantia pecuniária se tornar titular, por causa do incumprimento do respectivo devedor, de um direito sobre uma coisa de valor económico muito superior ao montante daquela), não se pode permitir que, indirectamente, se obtenha resultado similar através do mecanismo da venda a retro.

Daí que sejam nulas as seguintes cláusulas (artigo 928º):

– "a estipulação de pagamento de dinheiro ao comprador ou de qualquer outra vantagem para este, como contrapartida da resolução";
– a convenção "que declare o vendedor obrigado a restituir, em caso de resolução, preço superior ao fixado para a venda".

cia de um contrato de mútuo em que o mutuário é ali vendedor e o mutuante é ali comprador, servindo aquela venda de garantia do cumprimento do mútuo, cumprimento este que determinará ou não a resolução daquela venda" (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/09/2006, Proc. n.º 06A2092).

[78] "*No contrato de compra e venda condicional, se a condição é resolutiva*", sobrevinda esta, "*os efeitos do contrato são retroactivamente anulados e o vendedor, voltando outra vez a ser proprietário, é considerado como nunca tendo perdido essa qualidade*" (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19/10/2004, Proc. n.º 04B2740).

VIII) Mas, por outro lado, para que a situação do comprador/credor não se mantenha indefinidamente instável, sujeito à declaração de resolução por banda do vendedor/devedor, fixaram-se prazos máximos dentro dos quais ela poderá ser proferida: cinco anos para as coisas imóveis e dois anos para as coisas móveis (artigo 929º).

Igualmente para garantia do comprador/credor, o vendedor/devedor deve fazer, dentro do prazo de quinze dias após a notificação (judicial – artigo 930º) da declaração de resolução, a "oferta real das importâncias líquidas que haja de pagar-lhe a título de reembolso do preço e das despesas com o contrato e outras acessórias" (artigo 931º).

IX) A finalidade da venda a retro assemelha-se fortemente à da *fiducia cum creditore*. A grande marca distintiva reside no mecanismo por força do qual se opera a retransferência para o devedor/alienante: verificação de condição resolutiva no caso da venda a retro; negócio (re)transmissivo no caso da *fiducia*[79].

Tendo em conta o se disse até agora, a venda a retro, em termos genéricos, não é mais do que um vulgar negócio condicional. Uma das razões que levou o actual Código Civil[80] a ordenar o respectivo regime com alguma minúcia liga-se ao entendimento, predominante na época da sua elaboração e entrada em vigor, segundo o qual o negócio fiduciário seria nulo por fraude à lei. Isso tornava necessário proporcionar aos interessados um instrumento alternativo.

2.3. Locação/venda

I) Locação/venda é o acordo pelo qual, de harmonia com a definição dada pelo n.º 2 do artigo 936º, se procede à locação de uma coisa com a cláusula de que ela "se tornará propriedade do locatário depois de satisfeitas todas as rendas ou alugueres pactuados".

Funcionalmente, portanto, a locação/venda assemelha-se à compra e venda a prestações com reserva de propriedade. O que resulta até da sua inserção no articulado relativo a outros contratos com finalidade equivalente (à venda a prestações, entenda-se), da norma que estabelece, para aquele acordo, um regime

[79] Embora, na verdade, a venda a retro nem sempre tenha sido concebida como uma venda sujeita a condição resolutiva potestativa. Ao invés, foi durante muito tempo entendida como um fenómeno de retrovenda. Veja-se, por exemplo, Vicente Ferrer, Curso de Direito Natural, 2ª edição, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1856, pág. 150: "pertencem ao accidental da compra e venda alguns accessorios… e taes são os contractos secundarios: 1.º o pacto de retrovendendo, no qual se convenciona ou que o comprador será obrigado a vender dentro de certo tempo a cousa comprada ao vendedor…; ou a tornar a entregal-a ao vendedor, quando este lhe restituir o preço".

[80] Aliás, segundo a tese dominante, "na vigência do Código de 1867 era proibida a venda a retro e nula a venda realizada contra essa proibição" (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14/06/1983, Proc. n.º 070799).

particular de resolução por não cumprimento (justamente o n.º 2 do artigo 936º).

"O esquema previsto no artigo 936º, n.º 2 CC... procura – através de um arranjo que permite obter resultado prático semelhante – ladear as dificuldades postas em alguns sistemas jurídicos à venda a prestações com a cláusula de reserva de propriedade"[81]. É que, de facto, em ambos os casos, a transmissão da propriedade[82] fica dependente da verificação de um evento condicionante de certa eficácia contratual: o pagamento das prestações acordadas.

Dizia Galvão Telles[83], porém, que o fim prático prosseguido pelos contraentes era essencialmente distinto num e noutro caso[84]. E isto porque a protecção de que gozava o locatário/comprador seria mais forte do que aquela que era conferida ao reservatário/comprador. Justamente por este último não ter qualquer direito ao uso da coisa, e, portanto, se esta lhe fosse entregue, sê-lo-ia a título de mera tolerância do vendedor. A sua situação jurídica consubstanciaria, assim, uma mera expectativa jurídica. Diversamente, já o mesmo não sucederia na locação/

[81] Pereira Coelho, *Arrendamento* (lições ao curso do 5º ano de ciências jurídicas no ano lectivo de 1986-1987), Coimbra, 1987, pág. 23.

[82] Pelo seu carácter acentuadamente típico, considerar-se-á sempre nesta análise, como protótipo, a locação/venda ou o *pactum reservati dominii* funcionalmente dirigidos à transmissão do direito de propriedade. Nada impede, no entanto, ao abrigo da autonomia da vontade, a sua extensão à oneração da propriedade, bem como à transmissão/oneração de outros direitos patrimoniais disponíveis (como, por exemplo, o de usufruto ou o de superfície). Note-se até que a própria constituição de um direito real menor *per deductio* pode funcionar, por vontade da/s parte/s, precisamente com a mesma finalidade.

[83] *Arrendamento*, págs. 45 e segs.

84 Cf., não obstante, o acórdão da Relação de Coimbra de 07/02/2006, Proc. n.º 4134/05: "1. A catalogação de um contrato como pertencendo a um determinado tipo contratual, é uma operação lógica subsequente à interpretação das declarações de vontade das partes e dela dependente, constituindo matéria de direito sobre a qual o tribunal se pode pronunciar livremente, sem estar vinculado à denominação que os contraentes tenham empregado. 2. Há, pois, que proceder a uma interpretação da actividade negocial das partes, tendo por elementos de trabalho o texto contratual, as negociações que o antecederam e a vivência da relação negocial estabelecida, de modo a verificar a correcção da nomenclatura utilizada pelos outorgantes. 3. Apesar da figura do contrato de locação-venda se encontrar referida no art.º 936º, n.º 2, do C. Civ., que lhe impõe o regime da compra e venda a prestações, com cláusula de reserva de propriedade, a mesma caiu em desuso, pela perda da sua utilidade, face à admissão deste pacto nos contratos de alienação, expressamente regulada no art.º 409º do C. Civ.. 4. Tendo-se provado que o que a autora e a ré realmente quiseram com o contrato celebrado foi vender e comprar, respectivamente, reservando a propriedade da coisa a favor da autora até ao pagamento do preço, deve interpretar-se o acordado no sentido da enunciada vontade real das partes, segundo o critério imposto pelo art.º 236º, n.º 2, do C. Civ., assim se devendo qualificar juridicamente o contrato celebrado como um contrato de compra e venda, com cláusula de reserva de propriedade sobre o bem vendido ".

venda, pois o locatário/comprador adquiriria desde logo o direito ao uso da coisa por força da componente locativa do contrato (independentemente da natureza real ou pessoal do direito do locatário).

Parece, no entanto, que esta posição tem as suas dificuldades. É que, embora não haja unanimidade, tudo indica que o reservatário/comprador tem algo mais do que uma (simples) expectativa jurídica. Tendo em conta, designadamente, o disposto no artigo 934º, pode retirar-se que, feita a entrega da coisa ao comprador, a sua restituição somente pode ser requerida como consequência da resolução do contrato (artigos 433º e 289º, n.º 1), o que já nada tem a ver com a precariedade própria do acto de tolerância. Não quer dizer, naturalmente, que a locação/venda se não distinga da compra e venda a prestações com reserva de propriedade, como adiante se irá tentar demonstrar.

A locação/venda assemelha-se igualmente à locação financeira ou leasing. Aliás, antes da entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 171/79 de 6 de Junho, que entre nós deu pela primeira vez regulamentação a este instituto, procurou-se fundamentar a sua admissibilidade justamente na disposição contida no n.º 2 do artigo 936º. Num ponto essencial se distingue o *leasing* da locação/venda: no primeiro caso, a celebração da compra e venda do bem anteriormente locado depende de uma manifestação de vontade nesse sentido proferida pelo locatário, ao passo que, no segundo, a "transformação" da locação em venda opera automaticamente.

II) Nas alienações com preço fraccionado, para obtenção da finalidade prática pretendida pelo adquirente e pelo alienante, podem imaginar-se duas formas de associação da locação com outros contratos: junção entre o contrato de locação e o contrato de compra e venda ou junção entre o contrato de locação e o contrato-promessa de compra e venda.

Em qualquer dos casos, o alienante fica obrigado a entregar a coisa ao adquirente a título de locação [artigo 1031º, alínea a)]. Este último obtém assim o direito ao uso e a uma limitada fruição [artigo 1031º, alínea b)] da coisa cuja propriedade futuramente irá adquirir.

Também em qualquer dos casos, o alienante obtém o direito de exigir ao adquirente as rendas ou alugueres convencionados [artigo 1038º, alínea a)]. Mas como a finalidade última das partes é proceder à transmissão ou à constituição de certo direito (real, em princípio), representando a locação apenas uma situação jurídica transitória e instrumental, aquelas rendas ou alugueres serão havidos, se o negócio translativo ou constitutivo entrar em vigor, como parcelas do preço neste estipulado.

A diferença, intuitiva, entre ambas as situações reside no facto de, no segundo caso, a transmissão ou a constituição do direito em causa apenas se verificar quando o contrato prometido for celebrado[85], ao passo que, no primeiro, satisfeita a última

[85] O que acarretará inúmeras dificuldades na definição da situação jurídica caso se verifi-

prestação, a locação transforma-se automaticamente em venda.

Dos termos em que no n.º 2 do artigo 936º se encontra formulado, decorre, sem dúvida, que, uma vez pagas todas as rendas ou alugueres pactuados, a venda produz automaticamente todos os seus efeitos. Não há pois necessidade de uma nova declaração de vontade: a verificação daquele evento torna-a imediatamente eficaz, o que faz supor que ela já existia enquanto acto (ou seja, já estava celebrada) antes de as rendas ou alugueres pactuados terem sido pagos.

Ora, a justificação para a locação passar mecanicamente a venda só pode encontrar-se no facto de a componente venditícia do contrato se encontrar já potencialmente apta a produzir os seus efeitos, funcionando o pagamento das referidas rendas ou alugueres como simples requisito de eficácia.

É certo que o artigo 936º, n.º 2, não nomina o facto que dá origem à transmissão da propriedade a favor do locatário "depois de satisfeitas todas as rendas ou alugueres pactuados". No entanto, se esse facto não fosse a compra e venda mas antes a promessa de compra e venda, o pagamento das "rendas ou alugueres pactuados" não seria suficiente para operar a transmissão da propriedade. Seria ainda necessário que o contrato prometido (a compra e venda) se celebrasse efectivamente. Tal não estaria, porém, minimamente de acordo com a disposição em causa, uma vez que esta faz depender a transmissão da propriedade, unicamente, do referido pagamento.

Sempre se poderia argumentar que as situações jurídicas do comprador e do vendedor contêm as posições jurídicas do promitente-vendedor e do promitente-comprador. E, nessa medida, poder-se-ia sustentar, por exemplo, que o locador/alienante apenas promete vender até ao pagamento de todas as "rendas ou alugueres pactuados", e só verificado tal condicionalismo se daria a "conversão" automática da locação/promessa de compra e venda em compra e venda (definitiva, se assim se pode dizer). O pagamento da totalidade das prestações funcionaria, portanto, não como requisito de eficácia, mas como pressuposto de celebração (portanto, de existência) da própria compra e venda.

Esta tese, porém, para além de muito rebuscada, poderia implicar uma extensão absurda: é que então, por analogia, toda a compra e venda sujeita a condição suspensiva poderia ser concebida como promessa de compra e venda até à sua efectivação funcional.

Só pode concluir-se, pois, no sentido de que a situação tipicamente prevista no artigo 936º, n.º 2, apenas abrange os casos em que a locação surge associada à compra e venda e não à promessa de compra e venda. Este último caso, embora admissível (relembre-se a comparação com o leasing), não se subsume à previsão da citada disposição.

III) Esta associação entre locação e compra e venda processa-se, em termos meramente estruturais, da seguinte forma:

---

que mora na celebração do contrato prometido.

A. Deve considerar-se que a inserção da cláusula de que a coisa "se tornará propriedade do locatário depois de satisfeitas todas as rendas ou alugueres pactuados", traduz-se na celebração de duas convenções:

1ª – cedência do gozo através da locação e

2ª – transmissão da propriedade através da venda.

É que, por um lado, a locação, só por si, não tem eficácia translativa da propriedade; e, por outro, a mencionada "cláusula" implica a realização de uma troca – entre uma coisa e uma quantia monetária – à qual, pelos índices normais 86, corresponderá a qualificação compra e venda.

B. O pagamento da última "renda ou aluguer pactuado" funciona "como condição resolutiva da locação e suspensiva da compra e venda"[87]. Por conseguinte, a cessação de efeitos da componente locativa e a produção de efeitos da componente venditícia, são vicissitudes que ocorrem automaticamente[88] após a verificação do facto futuro e objectivamente incerto na dependência do qual as partes colocaram as convenções celebradas.

IV) Um dos mais difíceis problemas que a locação/venda levanta é justamente o da sua qualificação jurídica. Consistirá ela, designadamente, numa união de contratos ou, antes pelo contrário, num contrato misto?

A dúvida, aparentemente sem fundamento dada a quase unanimidade da doutrina que considerou a questão na defesa da primeira solução[89], tem a sua razão de ser. É que o regime de resolução da locação estabelecido pelo artigo 936º, n.º 2, 2ª parte, não corresponde ao modelo típico dos contratos de execução periódica ou continuada (artigo 434º, n.º 2), caindo antes na regra geral (artigo 434º, n.º 1). Mas ainda assim com especialidades, dado que, feita a resolução, deve o "locador restituir as importâncias recebidas, sem possibilidade de convenção em contrário".

Ao invés, na compra e venda a prestações – que, como se viu, desempenha função análoga à da locação/venda – admite-se a referida convenção em contrário (embora com as limitações estabelecidas pelo artigo 935º)[90].

Ora, sucede que, na simples união de contratos, não é habitual, precisamente por os contratos unidos manterem a sua individualidade, que a celebração de um deles interfira com o regime aplicável ao outro.

---

[86] Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, págs. 140 a 149.

[87] Pereira Coelho, *Arrendamento*, pág. 24.

[88] É neste sentido, pois, que se fala de conversão automática da locação em venda, e não no sentido técnico correspondente ao instrumento do *favor negotii* que recolhe o artigo 293º do Código Civil.

[89] Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 3ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1965, pág. 398; Pereira Coelho, *Arrendamento*, pág. 23.

[90] Cf., por exemplo, Baptista Lopes, *Do contrato de compra e venda (no direito civil, comercial e fiscal)*, Almedina, Coimbra, 1971, pág. 215(nota1).

IV.I) "Os contratos mistos têem carácter unitário, e resultam da fusão de dois ou mais contratos ou, pelo menos, de partes de contratos distintos. (…) há uma fusão, e não um simples cúmulo: o contrato misto é um contrato só, não se identifica com a união de contratos..."[91] [92]. É a esta categoria contratual que se refere o n.º 2 do artigo 405º[93].

Embora a elaboração de verdadeiras classificações acerca dos contratos mistos seja tarefa praticamente impossível, dada a infinitude de variações admissíveis ao abrigo do princípio da autonomia da vontade, a doutrina tem, ainda assim, apresentado alguns géneros típicos. Porventura a mais conhecida e divulgada é a de Enneccerus – Lehmann, que Vaz Serra se encarregou de divulgar entre nós[94], segundo a qual os contratos mistos se distinguem em[95]:

– contratos combinados, quando um dos contraentes se obriga a diferentes prestações principais, correspondentes a diversos tipos contratuais (…) e o outro contraente se obriga a uma contraprestação unitária;
– contratos de duplo tipo, quando o conteúdo total do contrato se enquadra em dois tipos distintos de contrato, de modo que o contrato se manifesta como contrato tanto de uma espécie como de outra; e,
– contratos mistos em sentido estrito, quando o contrato contém um elemento que representa, ao mesmo tempo, um contrato de outro tipo.

IV.II) Diversamente, "numa perspectiva tipológica, os contratos mistos são contratos atípicos que se situam numa posição intermédia entre tipos. (...) Os contratos mistos, nesta perspectiva, são contratos que, sem corresponderem francamente a qualquer dos tipos em questão, são formas de transição entre

[91] Galvão Telles, *Dos contratos em geral*, Coimbra Editora, Coimbra, 1947, págs. 325/326.

[92] O contrato misto não é, pois, "un contratto a sé, ma solo ... un modo per considerare la realtà di una varia composizione negoziale" (Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, CEDAM, Padova, 1981, pág. 666).

[93] "O negócio é *típico* quando a sua regulação conste da lei; é *atípico* quando tenha sido engendrada pelas partes. Pode ainda suceder que as partes vertam, num determinado negócio que celebrem, elementos típicos e atípicos – nesse sentido depõe, de modo expresso, o artigo 405º do Código Civil; fala-se, então, em negócio *misto*" (Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, vol. I, tomo I, págs. 264/265).

[94] Vaz Serra, *União de contratos. Contratos mistos*, in Boletim do Ministério da Justiça n.º 91, págs. 41 a 50.

[95] Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, págs. 385 e segs., acrescenta à enumeração que se segue a classe dos *contratos complementares*, que corresponde, em Enneccerus – Lehmann, aos *contratos típicos com prestações subordinadas de outra espécie* – quando existe um contrato único que, segundo o seu conteúdo principal, só se enquadra dentro de um tipo único. Mas, de todo o modo, obriga também a uma prestação subordinada ao fim principal e que é regulada dentro de outra espécie de contrato. Todavia, como assinala Antunes Varela (*Das Obrigações em Geral*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1989, pág. 281, nota(4), esta espécie de contratos é aquela "que Enneccerus considera fora daquela categoria geral" (a dos contratos mistos).

esses tipos"[96]. Assim, "numa perspectiva genética, pode distinguir-se dentro dos contratos atípicos mistos aqueles que são construídos a partir de um tipo, que é modificado" (contrato de tipo modificado) "e aqueles que são construídos a partir da conjunção de mais de um tipo contratual" (contrato de tipo múltiplo)[97].

IV.III) Justamente porque os "contratti misti sono classificabili tra i contratti innominati"[98], o problema prático consistente na determinação do regime jurídico aplicável a um contrato misto subsiste, seja qual for a classificação ou a tipologia adoptada.

"Segundo a teoria da absorção, há que individualizar no contrato misto o elemento predominante. É ele que imprime carácter ao negócio e, portanto, deve aplicar-se ao contrato misto a disciplina do contrato típico em que esse elemento decisivo se integra.

Mas pode não existir um elemento predominante.

(…)

A superação dessas dificuldades é procurada pela teoria da combinação. Sustentam os seus defensores que se aplicam aos vários elementos do contrato misto as normas dos diversos tipos contratuais a que os mesmos se ligam"[99] [100].

Há ainda quem defenda a analogia com os tipos legais que mantenham alguma relação com o concreto contrato misto, bem como, quando falte um tipo de referência, o recurso "à criação de uma solução concreta, através da interpretação complementadora", "com base nos princípios, cláusulas gerais e «standards», tais como a boa fé, ou a equidade..."[101]

---

[96] Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, pág. 222.

[97] Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, págs. 226 a 230.

[98] Adriano de Cupis, *Istituzioni di Diritto Privato*, Giuffrè, Milano, 1983, pág. 352. *Innominati* tem aqui o sentido de atípico (ou seja, não previsto na lei, ao menos naquela concreta combinação). Há quem afirme, no entanto, a total coincidência entre contrato típico e contrato nominado [por exemplo, Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 1991, pág. 97(nota1)].

[99] Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 10ª edição, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 376.

[100] "Isto equivale a dizer, também, que, em grande número dos casos os contratos atípicos se reduzem – ou melhor, são reduzidos em sede de interpretação e qualificação por parte do juiz – a contratos mistos, nos quais se reconhece a presença de prestações próprias de contratos típicos, e por esta via à disciplina fixada pelo legislador para os tipos legais" (Enzo Roppo, *O Contrato*, Almedina, Coimbra, 1988, pág. 137).

[101] a) Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, pág. 239. Cf., igualmente, Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 144 e segs..

b) A determinação do regime jurídico aplicável aos contratos mistos levanta "um problema que cabe resolver dentro dos *critérios gerais de integração dos negócios jurídicos* (Código Civil, a. 239º), que tanto podem conduzir à aplicação dos preceitos do C. típico que constitua o elemento principal ou a disciplina resultante da combinação das normas dos contratos típicos que se reflectem no C. misto, como a soluções diversas das rigo-

IV.IV) Do contrato misto distingue-se a união de contratos, a qual sucede "quando se celebram dois ou mais negócios diferenciados, mas ligados entre si"[102].

As respectivas modalidades serão as seguintes[103]:

– uniões externas, quando os contratos unidos conservam a sua autonomia, pelo que "cada um deles é regulado pelas suas próprias normas";
– uniões com dependência recíproca ou unilateral, quando "os dois contratos (ou o dependente, se a dependência for unilateral), dependem um do outro, de modo que, se um for nulo, o é também o outro e, se um for revogado, se entende revogado também o outro, salvo se da interpretação da vontade das partes outra coisa se concluir; independentemente disto, cada um dos contratos rege-se, como é natural, pelas suas próprias regras";
– uniões alternativas, quando há dois contratos mas, "consoante se verifique ou não determinada condição, se considera celebrado um desses contratos ou o outro ...", razão pela qual, "verificada ou não a condição, se tem por concluído apenas um dos contratos"[104].

"A união simplesmente externa é concebível, mas é rara na prática. (...) A união alternativa é outra figura que..., pouca realidade encontrará na prática". Portanto, "a união com dependência, também designada união interna, constitui o modo, em princípio, natural de união de contratos"[105].

V) Tradicionalmente, entre nós, a locação/venda tem sido qualificada como uma espécie dentro da união alternativa. Todavia, quem assim pensa trabalha com um conceito de união alternativa que não corresponde inteiramente ao que

rosamente postuladas pelas teorias da absorção ou da combinação" (Almeida Costa, *Contrato*, Enciclopédia *Polis*, vol. I, colunas 1236/1237).

c) "Os usos são apenas chamados, na falta de preceito especial que para eles remeta, como outros possíveis elementos integrantes da boa fé, no quadro em que esta releva para a disciplina dos contratos (Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, pág. 155).

[102] a) Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. II, Lisboa, 1979, pág. 206.

b) "Figura diversa" (do negócio misto) "é a das *uniões* ou *conexões de negócios*, na qual dois ou mais negócios foram colocados, pelas partes, numa situação de interdependência" (Menezes Cordeiro, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, Lisboa, AAFDL, 1990, pág. 533).

c) A união de contratos é categoria não legal dado que "inexistem preceitos legais que se refiram às ligações entre negócios jurídicos" (Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, págs. 50/51).

[103] Continua a seguir-se Vaz Serra, *União de contratos. Contratos mistos*, págs. 29 a 32.

[104] "... e, enquanto a condição estiver pendente, não se sabendo, portanto, qual dos contratos se julga realizado, as medidas cautelares podem fundar-se em que qualquer dos contratos é susceptível de se haver como celebrado".

[105] Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, págs. 218/219.

acima ficou enunciado. De facto, segundo Galvão Telles[106], podem conceber-se duas hipóteses (de união alternativa): "ou ambos" (os contratos) "ficam em suspenso, ou um entra logo em vigor, embora a título precário, ficando suspenso o restante". E exemplifica precisamente com a locação/venda[107].

Nos termos em que a união alternativa foi concebida por Enneccerus – Lehmann, pressupõe-se que, verificada ou não determinada condição, se considera celebrado um contrato ou o outro. Aplicando isto à locação/venda, temos que: verificada a condição do pagamento das rendas ou alugueres pactuados, se considera celebrada a venda; não se verificando tal condição, considera-se celebrada a locação. Isto, porém, não corresponde à mecânica da locação/venda: o não pagamento, além de impedir a eficácia da venda, fundamenta também, nos termos gerais[108], a resolução da locação.

Por outro lado, na concepção daqueles autores, a união alternativa implica a não produção de efeitos de ambos os contratos unidos enquanto a condição não se verificar. Ora não é isso, com certeza, que sucede no caso da locação/venda. Como já se referiu atrás, a condição do pagamento suspende a eficácia da venda, mas não a da locação. Bem pelo contrário: condição de eficácia da venda é a eficácia da própria locação. A não ser assim, como é que se poderia entender, por exemplo, que um contrato ineficaz produzisse o efeito jurídico consistente na obrigação, imposta ao locador/vendedor, de proporcionar ao locatário/comprador o gozo da coisa locada?

É que, note-se, na concepção em apreço, do preenchimento da condição depende a celebração de um ou de outro contrato. Ao passo que, na locação/venda, do preenchimento da condição do pagamento das rendas ou alugueres pactuados, depende a resolução do primeiro e a eficácia do segundo. Tratar-se-á de um argumento meramente formal, mas importante, na medida em que se celebração pode até ser sinónimo de eficácia[109], não o é, com certeza, de resolução.

VI) Na concepção de união alternativa de Galvão Telles, procede-se a uma extensão do conceito a casos em que a união já não é propriamente alternativa, mas antes cumulativa. Na verdade, se um contrato entra logo em vigor, ficando suspenso o outro, isto significa que, quando este último gerar efeitos, a sua eficiência ir-se-á cumular com a do primeiro, ainda que estes cessem quando se iniciarem aqueles.

A menos que esta liquidação de efeitos opere retroactivamente[110]; o que,

[106] *Manual dos Contratos em Geral*, pág. 398.

[107] *Manual dos Contratos em Geral*, pág. 398, nota(2).

[108] Isto é, nos termos dos artigos 934º, 808º e 801º, n.º 2, dado o disposto no artigo 936º, n.º 1.

[109] E crê-se que é precisamente neste sentido que, na classificação de Enneccerus – Lehmann, o termo em causa deve ser entendido.

[110] Na concepção de Enneccerus – Lehmann este problema não se coloca dado que "quando se convencionar que se realiza um contrato ou outro, conforme se verificar ou não certa condição, aplica-se, de acordo com as regras dos negócios condicionais, apenas o

de qualquer modo, não pode suceder com a locação/venda. É que das duas, uma: ou a venda, verificada a condição, tem também eficácia retroactiva, o que, para além de constituir uma violentação da vontade das partes[111], traz graves complicações práticas ao nível dos actos de utilização, fruição, administração e disposição medio tempore; ou a venda não tem eficácia retroactiva, e então os efeitos práticos produzidos medio tempore perdem suporte jurídico.

Por outro lado, a resolução retroactiva da locação traria ainda como consequência, que as rendas ou alugueres pagos tal como acordado deveriam ser restituídos ao locatário/comprador (artigos 433º, 434º, n.º 1, e 289º, n.º 1). Não se compreenderia, então, como é que simultaneamente se poderia proceder à sua conversão em fracções do preço global. Estas prestações, para tal, teriam que sair e reentrar ao mesmo tempo no património do locador/vendedor[112 113].

VII) É indiscutível que, na locação/venda, o regime da venda absorve a locação, pelo menos no tocante aos aspectos relacionados com a resolução por falta de pagamento das rendas ou alugueres pactuados (artigo 936º, n.º 2, 2ª parte). O que evidencia uma interligação entre ambas bastante mais profunda do que aquela que normalmente resultará da simples união de contratos.

"Saber onde se encontra a autonomia suficiente para que haja uma união de contratos e não um contrato misto..., é algo que a doutrina tradicional mal consegue expor e dificilmente consegue pôr em prática"[114]. A "... transição entre a união de contratos e os contratos mistos é fluida"[115].

No caso concreto da locação/venda parece mais acertado começar por descobrir, ainda que sumariamente, a medida em que esta associação contratual traz desvios ou excepções em relação aos regimes típicos da venda e da locação. O que é sempre um importante indício de qualificação como contrato misto, dado que "se dois contratos, com todos os seus elementos separados, salvo eventualmente o acto de celebração, forem queridos apenas como um todo, dependendo recìprocamente, ou um do outro, mas não este daquele, a nulidade ou a revogabilidade ou rescisão de um dos contratos produz a dos contratos dele

regime do contrato que se considera como celebrado, consoante a condição se verificar ou não" (Vaz Serra, *União de contratos. Contratos mistos*, pág. 133, artigo 2º, n.º 3). É que, nesta concepção, todos os negócios unidos alternativamente estão sob condição suspensiva.

[111] Se as partes diferiram o momento translativo da propriedade para um momento ulterior, constitui violação da autonomia privada antecipar *a posteriori* esse momento.

[112] Era aproximadamente este, aliás, o argumento que o próprio autor em causa apresentava anteriormente contra a admissibilidade da união entre a locação e a promessa de compra e venda ou entre a locação e a compra e venda (*Arrendamento*, págs. 49/50).

[113] A menos que seja concebível *traditio brevi manu* do preço (!) e o problema se resuma à alteração da qualificação (de *renda/aluguer* para fracções do *preço*).

[114] Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, pág. 218.

[115] Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, pág. 225.

dependentes, de harmonia com a intenção das partes, sendo, no resto, aplicáveis, a cada um dos contratos, as disposições, que lhes respeitem"[116].

a) Forma

No que respeita à forma da declaração negocial, a locação/venda deve, obviamente, ser celebrada, em regra, por escritura pública ou documento particular autenticado se tiver por objecto direitos inerentes a coisas imóveis [artigos 204º, n.º 1, alínea d), e 875º].

Embora o contrato de arrendamento, em todos os seus tipos, deva ser celebrado, no máximo, por escrito particular simples (*v.g.* artigo 1069º), a verdade é que, estando o arrendamento subordinado à venda, aquele tem de submeter-se necessariamente à mesma forma exigida para esta. Aliás, mesmo que assim não fosse, o simples facto de a forma exigida para a venda ser mais solene do que a forma exigida para o arrendamento urbano já levaria à aplicação do artigo 875º. A razão que leva a lei a exigir escritura pública ou documento particular autenticado para a compra e venda de imóveis é claramente extensível à locação/venda de imóveis.

b) Legitimidade do locador/vendedor

Por quais disposições se deve aferir a legitimidade do locador/vendedor? Pelas relativas à venda de bens alheios (artigos 892º a 904º) ou pelas relativas à ilegitimidade do locador (artigos 1034º e 1035º)?

Sem dúvida, pelas primeiras.

Antes de mais, porque, como já se disse atrás, pela locação/venda tem-se em vista, acima de tudo, operar a transferência da titularidade do direito e não a simples cedência do uso da coisa. Portanto, a (i)legitimidade do locador/vendedor é, principalmente, (i)legitimidade para vender ou, em geral, para transmitir.

Por outro lado, porque entre o regime da venda ilegítima e o regime da locação ilegítima existem discrepâncias difíceis de conciliar. Na verdade, enquanto o artigo 1034º, n.º 1, alínea a), na remissão que faz para o art. 1032º, considera não cumprido o contrato de locação "se o locador não tiver a faculdade de proporcionar a outrem o gozo da coisa locada", com a sua consequente responsabilização nos termos gerais dos artigos 798º a 808º, o artigo 892º considera nula a venda "de coisa alheia como própria" (artigo 904º), sujeitando o vendedor à obrigação (de meios) de a convalidar nos termos do artigo 897º[117].

[116] Vaz Serra, *União de contratos. Contratos mistos*, págs. 132/133, artigo 2º, n.º 2.

[117] a) "A natureza real da venda, contra o que em regra se supõe, não traz como corolário forçoso a nulidade da venda de objecto não pertencente ao vendedor. A validade desta venda é compatível com a aludida natureza. Pode o legislador decretá-la: o que significa que a legitimidade do vendedor, resultante da condição de proprietário, deixa então de ser requisito de *validade* do acordo, para se tornar mero requisito de *eficácia*. A venda é válida; ninguém pode pedir a sua anulação; simplesmente ela não transfere logo a propriedade..." [Galvão Telles, *Contratos Civis (projecto completo de um título do futuro*

c) Resolução

É necessário distinguir.

Tratando-se de resolução por falta de pagamento das prestações acordadas, há disposição legal expressa sobre a matéria: mais exactamente, a contida no artigo 936º, n.º 1. Assim, o locador/vendedor só poderá, eventualmente, resolver o contrato por falta de pagamento das "rendas ou alugueres pactuados" se o montante da prestação em mora exceder a oitava parte do preço ou então se estiverem em atraso duas ou mais prestações, independentemente do seu montante (artigo 934º)[118].

Como, em regra, a prestação pecuniária nunca é, em si mesma, definitivamente impossível[119], o locador/vendedor somente adquire o direito à

Código Civil Português), Boletim do Ministério da Justiça, n.º 83, págs. 125/126].

b) Em geral, tem-se entendido que a natureza meramente obrigacional de certo contrato acarreta, como consequência lógica, a sua validade mesmo quando incida sobre bens alheios (cf., por exemplo, em relação à compra e venda, Galvão Telles, *Contratos Civis*, pág. 125). "No caso da locação..., o contrato gera apenas um *efeito obrigacional* ou, por outras palavras, uma *vinculação pessoal*..., nada impedindo que esta vinculação seja assumida em relação a coisa não pertencente ao locador" (Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 1990, pág. 165). No entanto, e apesar de defender a natureza obrigacional do direito do locatário (*Arrendamento*, págs. 16 a 21), Pereira Coelho sustenta que a locação de bens alheios é nula por aplicação analógica do artigo 892º (*Arrendamento*, pág. 105). Ora, seguindo esta concepção, o regime aplicável à locação "de coisa alheia como própria" seria precisamente o mesmo que a lei manda aplicar à venda celebrada nas mesmas circunstâncias, inclusive no que respeita às indemnizações devidas.

[118] a) Pires de Lima – Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. II, pág. 233.

b) Consequentemente, a resolução opera nos termos gerais dos artigos 432º a 436º e não nos termos dos artigos 1047º e segs..

c) Quer dizer, portanto, que, para excepcionar a regra contida no artigo 886º, a locação/venda se equipara (novamente) à venda com reserva de propriedade.

Acórdão da Relação do Porto de 20/01/2005, Proc. n.º 0436995: "Na locação-venda – art. 936.º/2 do CC – as partes declaram estipular uma locação, mas convencionam que a propriedade passará para o locatário automaticamente com o fim do pagamento de todas as rendas ou alugueres convencionados. O que implica que as prestações não correspondam a uma contrapartida do gozo temporário da coisa, mas ao pagamento da transmissão da propriedade sobre ela, apenas com a diferença de que o pagamento ocorre antes da transmissão. O contrato, apesar de qualificado pelas partes como locação, desempenha a mesma função económica da venda a prestações com reserva de propriedade, sendo sujeito pelo legislador ao mesmo regime. Pretende-se impedir que as partes derroguem o regime da venda a prestações, determinando-se que a resolução tem obrigatoriamente efeito retroactivo, afastando-se o regime do art. 434.º/2, e impondo-se ao vendedor, em caso de resolução por incumprimento, a devolução das prestações recebidas, apenas podendo exigir uma indemnização nos termos gerais, ou estipular uma cláusula penal nos mesmos termos do art. 935.º".

[119] Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, vol. II, Almedina, Coimbra, 1990, pág. 109:

resolução verificado algum dos requisitos estabelecidos pelo artigo 808º, n.º 1, por via dos quais se equipara a mora ao incumprimento definitivo.

Resolvido o contrato nestes termos, dá-se a sua destruição retroactiva (artigo 936º, n.º 2, 2ª parte). Não há aqui, porém, qualquer excepção à regra contida no n.º 2 do artigo 434º[120], justamente por a locação/venda não se configurar como um contrato de execução continuada ou periódica, no que diz respeito à prestação a que se encontra vinculado o locatário/comprador, mas antes como um contrato de prestação fraccionada. É que, se as "rendas ou alugueres pactuados" irão inteirar o preço, total ou parcialmente, é porque constituem fracções de uma prestação única – a de pagamento desse mesmo preço – e não prestações repetidas ou reiteradas, como seriam se de verdadeiras rendas ou alugueres se tratasse. Na realidade, embora o seu cumprimento se protele no tempo, "o objecto da prestação está previamente fixado, sem dependência da duração da relação contratual"[121], o que é característico, precisamente, das prestações fraccionadas[122].

Diversamente, estando em causa a resolução com qualquer outro fundamento, é de aplicar o regime geral (artigos 432º a 436º). Não choca, todavia, que, até à verificação da condição do pagamento de todas as "rendas ou alugueres pactuados", se aplique o regime próprio da locação[123].

d) Acções possessórias

Na venda com reserva de propriedade, a situação possessória do comprador é, pelo menos, questionável. Embora tudo esteja dependente da opção que se tomar na disputa entre a concepção objectiva e a concepção subjectiva da posse[124].

2... há casos em que, como sucede no comum das obrigações pecuniárias, a prestação mantém sempre o seu interesse para o credor, mesmo que não seja realizada na data estipulada".

[120] Com opinião diferente, Pereira Coelho, *Arrendamento*, pág. 24.

[121] Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, pág. 95.

[122] Só este argumento que se retira do artigo 936º, n.º 2, 2ª parte, já é indício mais do que suficiente para demonstrar a óbvia subordinação da locação à venda.

[123] Salvaguarda-se, bem entendido, em todos estes casos, o que concerne (pelo menos) à resolução por falta de pagamento da renda ou aluguer, a qual, como se disse, segue o regime estabelecido no artigo 934º.

[124] Pela concepção objectiva, quem tiver o poder de facto sobre a coisa tem, em princípio, a sua posse (artigo 1252º, n.º 2). Pela concepção subjectiva, tem posse quem, para além do referido poder de facto, actue com uma determinada intenção (*animus possidendi*). Esta intenção pode ser avaliada em concreto ou em abstracto. No primeiro caso, tudo se decide em função dos actos concretamente praticados (constitui exemplo paradigmático desta orientação o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 1996/11/19, Proc. n.º 96A362: "*I – Em contrato-promessa de compra e venda de imóvel, a tradição da coisa para o promitente-comprador, acompanhada de factos que traduzam o «animus sibi habendi», transfere a respectiva posse para este, sem necessidade de registo, podendo ele defender a sua posse mediante embargos de terceiro em execução movida contra o promitente-vendedor, ainda que tenha havido penhora registada. II – Efectivamente, a tradição da coisa para o promitente-comprador, após este ter feito o pagamento integral*

Parece que, de qualquer modo, a opinião dominante, relativamente à situação do comprador sob reserva de propriedade, é ainda a de Galvão Telles[125] segundo a qual a entrega da coisa ao comprador se configura como um acto de mera tolerância, do qual apenas pode, por isso, resultar detenção [artigo 1253º, alínea b)]. A defesa possessória fica assim excluída[126].

Inversamente, no caso da locação/venda, a qualificação da situação possessória do locatário é, a este nível, uma questão irrelevante, dado que a própria lei estendeu (explicitamente) os meios de defesa da posse ao locatário [artigo 1037º, n.º 2]. Razão pela qual, enquanto a componente locativa do contrato estiver em vigor, as acções possessórias podem ser legitimamente intentadas tanto pelo locatário/comprador, como pelo locador/vendedor (já que este apenas perderá a sua posse, por traditio brevi manu, quando aquele efectuar o pagamento da última renda ou aluguer pactuado).

e) Registo predial

Em geral, o contrato de arrendamento não está sujeito a registo predial. Salvaguarda-se o caso em que o mesmo seja celebrado por um prazo inicial superior a seis anos [artigo 2º, n.º 1, alínea m), Código do Registo Predial]. Ao invés, a venda que tenha por objecto qualquer direito real de gozo autonomamente transmissível é registável [artigo 2º, n.º 1, alíneas a) e b) do mesmo diploma].

A locação/venda que tenha por finalidade operar a transmissão ou a constituição de algum dos direitos a que se referem as alíneas a) e b) do nº1 do artigo 2º do Código do Registo Predial ou o artigo 12º, n.º 1, do Decreto-Lei nº 275/93 de 5 de Agosto (direito real de habitação periódica) está sujeita a registo, por força justamente das disposições citadas.

A respectiva razão de ser é dupla: por um lado, a venda consome a locação,

do respectivo preço, recebido as chaves e ocupado o imóvel em que passou a fazer obras de beneficiação, traduz o «animus sibi habendi» acompanhado do corpus, ainda que, no título inicial do contrato-promessa, se haja estipulado que a posse só seria transmitida após a escritura definitiva de compra e venda"). No segundo caso, a referida intenção presume-se a partir do acto jurídico que fundamenta a aquisição do poder de facto – assim, haverá *animus possidendi* sempre que tal acto tenha aptidão potencial para transmitir/constituir o direito real ao qual a actuação de facto se refira. Cf., por exemplo, Manuel Rodrigues, *A Posse, Estudo de Direito Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1996, págs. 69 a 104; Menezes Cordeiro, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, Almedina, Coimbra, 1997, págs. 51 a 69. Assim, aplicando o que fica exposto ao caso do comprador sob reserva de propriedade, teremos, respectivamente: posse, posse e detenção.

[125] *Arrendamento*, págs. 47/48.

[126] Menezes Cordeiro, *A Posse: perspectivas dogmáticas actuais*, parece entender que a situação do comprador sob reserva de propriedade é parcialmente assimilável à do locatário, o "que justifica as acções possessórias, por via do artigo 1037º/2" (pág. 79). Uma outra via consistirá em estender a defesa possessória a todos os casos em que o poder de facto se baseie num direito pessoal de gozo (Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, pág. 51, nota), o que até adquiriu um renovado fundamento com a extensão conferida pelo Código de Processo Civil aos embargos de terceiro (artigo 351º, n.º 1).

precisamente porque a finalidade última da locação/venda é produzir uma das vicissitudes previstas nas disposições em causa; por outro lado, só assim se garante que o respectivo sucesso seja invocável perante terceiro (artigo 5º, n.º 1, do Código do Registo Predial)[127].

Para efeitos de oponibilidade, não basta efectuar o registo em causa no momento em que é satisfeita a última renda ou aluguer pactuado, dado que até aí a oponibilidade a terceiro imposta pela lei através do disposto no artigo 1057º do Código Civil apenas garante a eficácia da componente locativa do contrato e só, mesmo assim, perante "o adquirente do direito com base no qual foi celebrado2 (o contrato de locação)[128].

f) Risco

Na pendência da condição suspensiva, "o risco de perecimento ... corre por conta do alienante" (artigo 796º, n.º 3).

Tratando-se de reserva de propriedade *donec pretium solvatur*, e sendo a coisa entregue ao comprador (a título de mera tolerância ou por este ter direito

[127] Note-se que a locação/venda desempenha para o locador/vendedor uma função de garantia. Integra-se, portanto, nas *sûretés-propriétés*. Afirmar, por isso, a sua oponibilidade a terceiros sem publicidade (sureté consensuelle occulte) apresenta "une double insecurité: pour le creancier lui-même, qui risque de voir sa revendication se heurter à la possession dún tiers de bonne foi" (o que, entre nós, não pode suceder dado que a posse não vale título), "et pour les autres créanciers exposés au risque dúne revendication insoupçonnée2 (Jacques Auger, *Problèmes actuels de sûretés réelles*, *http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol31num3/auger.pdf*, pág. 638).

Para tentar evitar atribuir oponibilidade a factos potencialmente ocultos, o artigo 1524/1 do Código Civil italiano faz depender a eficácia, perante os credores do comprador, da reserva de propriedade sobre coisas móveis não registáveis da realização de "atto scritto avente data certa anteriore al pignoramento" (cf. o artigo 104º, n.º 4, Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas).

[128] Tratando-se de aluguer/venda, parece que a sua oponibilidade a terceiro independe da boa ou má fé deste (excepto, como é óbvio, se incidir sobre coisa móvel registável). Pelo menos, é o que muitas vezes se sustenta para outras *sûretés-propriétés* como a reserva de propriedade ou a venda a retro [artigos 409º, n.º 2, *a contrario*, e 932º, *a contrario*. Cf., por exemplo, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, pág. 298]. A opção pela regra *posse vale título* (artigos 2279, 464 e 1153 dos Códigos Civis francês, espanhol e italiano, respectivamente) seria, sem dúvida, mais ajustada, especialmente para protecção dos credores que "aspirent à une sûreté simple et efficace" (Jacques Auger, *Problèmes actuels de sûretés réelles*, pág. 632). A lei catalã *de garanties possessòries sobre cosa moble* (Llei 22/1991 de 29 de Novembro) considera, nesta linha, que 2el posseidor de bona fe de cosa aliena que l'hagi de lliurar a una altra persona pot exercir el dret de retenció en garantia del pagament dels deutes a que fà referència l'article 4" (artigo 3). Entre nós, o direito de retenção também se pode constituir num caso semelhante, mas apenas para garantia de pagamento das compensações devidas ao possuidor de boa fé nos termos do artigo 1273º do Código Civil [artigos 754º e 756º, alíneas a) e b)].

à entrega imediata[129], tanto importa para este efeito), tem-se entendido 130, no entanto, que o risco de perecimento da coisa corre por conta do adquirente[131].

Crê-se que, por força do disposto no artigo 939º e da analogia funcional que existe entre a locação/venda e venda com reserva de propriedade, até ao pagamento do preço, o mesmo regime não pode deixar de ser estendido à primeira. Por conseguinte, o risco de perecimento da coisa correrá por conta do locatário/comprador.

VIII) No fundo, o que as partes pretendem ao celebrar o contrato de locação/venda é comprar e vender, ou seja, transmitir definitivamente a titularidade do direito que constitui objecto da venda mediante um preço correspectivo.

Exactamente por isso a locação surge subordinada à venda como um meio processualmente inserido no *iter* dirigido à obtenção daquela finalidade principal. A locação desempenha uma função meramente acessória em relação à venda num duplo sentido: garante[132] ao locador/vendedor o pagamento do preço e confere ao locatário/comprador, na pendência da condição, o direito ao uso da coisa. Parece ser este o esquema que melhor quadra à intenção das partes.

Ora, como é que tal esquema opera?

Até ao pagamento das "rendas ou alugueres pactuados", a componente locativa do contrato obsta à produção dos efeitos essenciais da compra e venda estabelecidos pelo artigo 879º. Mas não de todos. Ficam efectivamente suspensos os efeitos previstos na alínea a) – o direito em causa transmite-se uma vez verificada a condição do pagamento das prestações acordadas – e na alínea b) – a obrigação de entregar a coisa só deve ser cumprida igualmente após o preenchimento da referida condição [embora opere através da *traditio brevi* manu, dado que a entrega efectiva é anterior por ser um efeito da componente locativa do contrato – artigo 1037º, alínea a)].

O efeito previsto na alínea c) do artigo 879º, no entanto, não fica suspenso.

---

[129] É o que se estabelece, por exemplo, na Ley 483/1 da Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.

[130] Somente é aceitável dizer que o risco de perecimento da coisa corre por conta do alienante, (como fazem Pires de Lima – Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, vol. II, pág. 52), entendendo-se que até à verificação do evento que condiciona a transferência da propriedade, este não está obrigado a entregar a coisa. É que se é certo que existem outras garantias reais cuja constituição não pressupõe o apossamento da coisa a favor do credor privilegiado, *maxime* a hipoteca, instituíram-se aí, no entanto, meios subsidiários de manutenção do privilégio para o caso de perecimento (desvalorização, inutilização, etc.) da coisa (cf., por exemplo, os artigos 701º ou 702º).

[131] Código Civil Italiano, artigo 1523; Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, Ley 483/1.

[132] Neste aspecto, a função da locação/venda é absolutamente idêntica à função que a reserva de propriedade desempenha quando é estabelecida até que se verifique o "cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte" (artigo 409º, n.º 1).

De facto, a obrigação de pagar as "rendas ou alugueres pactuados" não pode ser entendida literalmente já que, se estas todas somadas irão perfazer parte ou a totalidade do preço, é porque são preço e não qualquer outra coisa. Não se pode admitir, como diz Galvão Telles[133], que as prestações pagas debaixo do nome e com a côr de renda ou aluguer se convertam de um momento para o outro" (com o preenchimento da condição do pagamento), "como por encanto, em preço. Assistiríamos ao caso único de o credor se cobrar da dívida – dívida do preço – através de valores do seu próprio activo, os valores que o devedor lhe pagará com fundamento em outro contrato".

Ao invés, entendendo-se, como parece mais ajustado, que as "rendas ou alugueres pactuados" são fracções do preço, então a correspondente obrigação de *dare* só se pode fundamentar no contrato de compra e venda e não no de locação.

O que não impede que no montante do preço se leve em conta o uso que o locatário/comprador faz da coisa locada até se tornar titular do direito de propriedade sobre ela. Na verdade, a contraprestação a que este se obriga pode destinar-se, por um lado, a retribuir o uso e, por outro, a pagar o direito vendido. Acontece é que este duplo aspecto da prestação a que se encontra vinculado o locatário/comprador, em regra, não será separável.

Assim, pode dizer-se que a locação serve quase exclusivamente para fundamentar o direito de uso do locatário/comprador. O que traz pelo menos uma vantagem, do ponto de vista da segurança jurídica, pois remete para um regime legal muito minucioso como é o do arrendamento.

IX) Pergunta Vaz Serra[134]: "quando poderá dizer-se que há um contrato misto, e não uma simples união de contratos, isto é, quando é que haverá a unidade de contrato que caracteriza o contrato misto?"

Segundo o que se diz, tal dá-se "quando os diferentes tipos tidos em vista pelas partes são entre si conexos. (...) Afirma-se..., que decisiva é a circunstância de o contrato ter uma causa única, a causa mista, isto é, uma causa específica do contrato novo, distinto dos contratos que entram na sua formação"[135] [136] [137].

---

[133] *Arrendamento*, pág. 50.

[134] *União de contratos. Contratos mistos*, págs. 48/49.

[135] Dentro dos contratos atípicos "una sottocategoria è costituita dai contratti misti la cui funzione causale, anziché essere originale, unisce in sè le cause proprie di diversi contratti nominati..." (Adriano de Cupis, *Istituzioni di Diritto Privato*, pág. 352).

[136] "A causa do contrato identifica-se ... com a *operação jurídico-económica* realizada tipicamente por cada contrato, com o *conjunto dos resultados e dos efeitos essenciais* que, tipicamente, dele derivam, com a sua *função económico-social*, como frequentemente se diz" (Enzo Roppo, *O Contrato*, pág. 197).

[137] "A única especialidade que aqui" (nos negócios mistos) "se pode assinalar é, no fundo, a de a vontade se referir a fins económicos ou sociais complexos, não recondutíveis à função de um só tipo de negócios" (Carvalho Fernandes, *A Conversão dos Negócios*

Parece realmente que esta perspectiva é correcta e fundamental. Como afirma Galvão Telles[138], "a autonomização da causa objectiva, como síntese dos elementos específicos..., permite pôr em relêvo a unidade de função do negócio..., e sobretudo se constitui um contrato misto. A unidade de função comunica-se ao negócio jurídico[139].

Além disso, "a comparação da função própria de um certo contrato com(o)? a função típica de um ou mais tipos contratuais permite aproximá-lo ou afastá-lo e, acima de tudo, permite estabelecer um processo comparativo que é frutuoso na descoberta da disciplina concreta, designadamente quando se trata da interpretação complementadora"[140] [141].

Ora, certo é que a locação/venda desempenha uma função social típica distinta daquela de que caracteriza cada uma das partes que a integram (e, de resto, flagrantemente similar à da compra e venda a prestações com reserva de propriedade).

Em que se cifra então essa função?

Transmitir definitivamente um direito em relação a uma coisa, possibilitando o pagamento fraccionado do respectivo preço e atribuindo ao adquirente o direito ao uso da mesma, sem retirar ao disponente a titularidade daquele direito, até que se cumpra a obrigação em causa.

Como se vê a causa-função da locação/venda não se limita a ser a justaposição da causa-função da compra e venda com a causa-função da locação. É que, aqui, a função da locação não consiste apenas em proporcionar o gozo da coisa mediante retribuição periódica, como é próprio deste contrato; consiste também em garantir o pagamento das "rendas ou alugueres pactuados" (ou seja, do preço). Só que esta segunda função, não sendo característica da locação, apenas surge quando ela é associada à compra e venda nos termos previstos no n.º 2 do artigo 936º.

Esta finalidade desempenhada pela locação integrada no contrato de locação/venda permite ao locatário/vendedor (tal como acontece com o vendedor sob reserva de propriedade) utilizar o direito de propriedade sobre a

Jurídicos Civis, Lisboa, *Quid Juris*, 1993, pág. 83).

[138] *Dos Contratos em Geral*, pág. 212.

[139] "Diz-se que todo o negócio deve ter uma função socialmente relevante. Mas a afirmação pouco adianta em relação aos negócios típicos …

Porém, a importância é grande nos negócios atípicos. Em relação a cada figura, será necessário valorar se é socialmente admissível" (Oliveira Ascensão, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. III, pág. 340).

[140] Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, pág. 125.

[141] "Positivamente" (a causa) "contribui para a determinação do negócio jurídico e do seu texto, a partir de relações de implicação e de incompatibilidade extraídas dos respectivos enunciados, e ainda, conjuntamente com outros elementos, para a qualificação, classificação e tipificação dos actos negociais" (Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, vol. I, Almedina, Coimbra, 1992, págs. 513/514).

coisa vendida de uma forma tipicamente diversa daquela que aparece prevista pelo artigo 1305º. Isto é, permite-lhe usar o direito de propriedade como garantia real[142].

X) Pode assim concluir-se que, numa perspectiva tipológica, a locação/venda está muito mais próxima da compra e venda (como aliás já resultava da brevíssima exposição do seu regime a que se procedeu) do que da locação.

Para além disso, parece indesmentível, face ao que antecede, que a locação/venda deve ser tida como um contrato misto e não como uma união de contratos.

Antes do mais, a própria distinção entre contrato misto e união de contratos, não pode, ela própria, deixar de ser gradativa. E, no caso concreto da locação/venda, esta afigura-se estar mais perto da unidade do que da pluralidade contratual. Efectivamente, em todas as modalidades de união de contratos, supõe-se que os regimes jurídicos especialmente previstos na lei para cada um dos contratos conexionados entram em vigor (cumulativamente, portanto). Ora, julga-se ter demonstrado, embora em termos sumários, que na locação/venda o regime da locação só muito restritamente pode ser aplicado[143].

Por outro lado, afigura-se preferível, dentro das várias tipologias de contratos mistos atrás enunciadas, perfilhar aquela cujo critério pareça mais maleável e, portanto, mais adaptável às circunstâncias. É que, no domínio da autonomia da vontade, todo o quadro que se apresente muito rígido corre o risco de facilmente ficar ultrapassado. Ora, como "a abordagem conceptual e classificatória é mais clara na exposição que na aplicação, ao contrário da tipológica que é mais clara na aplicação do que na exposição"[144], afigura-se mais conveniente adoptar esta última perspectiva.

Nesta perspectiva tipológica, em matéria de contratos mistos, "não se trata propriamente da mistura num mesmo contrato de cláusulas ou características próprias de mais do que um tipo contratual, mas sim da intermediação entre esses tipos"[145].

Assim, por esta via, a locação/venda será um contrato de tipo múltiplo[146], dado que "não existe um tipo contratual de referência que forneça ao contrato a

[142] Na tradição romana, que integrava a *fiducia cum creditore* no género das garantias reais (ver, por exemplo, Santos Justo, *Direito Privado Romano-III – Direitos Reais*, Coimbra, 1997, pág. 213), a Ley 463 da Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra considera também, no capítulo das garantias reais, a existência de uma série de *surêtés-propriétés*: "el cumplimiento de una obligación, o los efectos de su incumplimiento, podrán asegurarse con fiducia, arras, prenda, hipoteca, anticresis, derecho de retención, depósito de garantía, pacto de retracto, reserva de dominio, condición resolutória, prohibición de disponer u otras cualesquiera formas de garantía real o personal".

[143] Cf. Vaz Serra, *União de contratos. Contratos mistos*, págs. 132/133, artigo 2º.

[144] Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, pág. 218.

[145] Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, pág. 222.

[146] Embora se reconheça que, no caso concreto, a fronteira perante o contrato de *tipo modificado* não esteja muito longínqua.

base da sua disciplina, mas uma pluralidade de tipos[147]: no caso concreto, o tipo locação e o tipo compra e venda.

O respectivo regime jurídico determinar-se-á por isso, basicamente, através da *Kombinationstheorie* já que, sendo embora a compra e venda o tipo claramente dominante, a presença do outro (a locação) "obriga à combinação. A combinação é graduada consoante o peso específico da cada tipo de referência no contrato"[148].

2.4. O trust

I) No dizer do Código Civil francês, "la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires" (artigo 2011). O que significa que, no quadro desta operação, os elementos do activo e do passivo transferidos formam um património de afectação, um património autónomo. A especial destinação a que os bens ficam então submetidos determina que não pode ser atribuída a qualquer pessoa a categoria de fiduciante nem de fiduciário (artigos 2014 e 2015)[149].

No que toca à relação entre o fiduciário e terceiros estabelece-se (artigo 2023) que: "dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs".

O contrato de constituição "prend fin de plein droit si le contrat le prévoit ou, à défaut, par une décision de justice, si, en l'absence de stipulations prévoyant les conditions dans lesquelles le contrat se poursuit, la totalité des bénéficiaires renonce à la fiducie" (artigo 2029) e "lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant" (artigo 2030).

II.I) Da descrição deste regime pode concluir-se que está aqui em causa uma figura próxima (ou recortada dentro) do *trust* de raiz anglo-saxónica

[147] Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, pág. 227.

[148] Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, pág. 242.

[149] Artigo 2014: "Seules peuvent être constituants les personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés. Les droits du constituant au titre de la fiducie ne sont ni transmissibles à titre gratuit, ni cessibles à titre onéreux à des personnes autres que des personnes morales soumises à l'impôt sur les sociétés".
Artigo 2015: "Seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances".

(*Treuhandvertrag*, no Direito alemão[150]).

"The term «trust» refers to the legal relationships created – *inter vivos* or on death – by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose".

"A trust has the following characteristics –

a) the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate;

b) title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee;

c) the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law.

The reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust"[151].

II.II) No Uniform Trust Code (drafted by the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, 2005), fixa-se o seguinte em matéria de Definitions (Article 1, Section 103):

(3) "Beneficiary" means a person that:

(A) has a present or future beneficial interest in a trust, vested or contingent; or

(B) in a capacity other than that of trustee, holds a power of appointment over trust property.

(15) "Settlor" means a person, including a testator, who creates, or contributes property to, a trust. If more than one person creates or contributes property to a trust, each person is a settlor of the portion of the trust property attributable to that person's contribution except to the extent another person has the power to revoke or withdraw that portion.

(20) "Trustee" includes an original, additional, and successor trustee, and a cotrustee.

No Article 4, Section 401, enunciam-se os Methods of Creating Trust:

[150] Ainda que se devam contrapor duas "formas distintas de conceber el negocio fiduciario: *fiducia* de tipo romano o latino y *fiducia* de tipo germánico. Esta se diferencia profundamente de aquélla porque mientras en la *fiducia* romana el poder de abuso del fiduciario encuentra un correctivo imperfecto en el vínculo obligacional (de ahí la importancia del juego de la *fides*), en la *fiducia* germanica dicho poder queda totalmente eliminado *ope legis*, frente a todos, por via real" (Jordano Barea, *Perspectiva histórica de la Fiducia*, in "Homenaje al Profesor Alfonso Otero", Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1981, pág. 157).

[151] Article 2, CONVENTION OF THE HAGUE ON THE LAW APPLICABLE TO TRUSTS AND ON THEIR RECOGNITION, de 1 de Julho de 1985 ("This Convention specifies the law applicable to trusts and governs their recognition" – Article 1).

A trust may be created by:

(1) transfer of property to another person as trustee during the settlor's lifetime or by will or other disposition taking effect upon the settlor's death;

(2) declaration by the owner of property that the owner holds identifiable property as trustee; or

(3) exercise of a power of appointment in favor of a *trustee*.

No Article 8 descrevem-se os deveres do trustee.

Na Section 802, o Duty of Loyalty:

(a) A trustee shall administer the trust solely in the interests of the beneficiaries.

Na Section 803, a Impartiality:

If a trust has two or more beneficiaries, the trustee shall act impartially in investing, managing, and distributing the trust property, giving due regard to the beneficiaries' respective interests.

Na Section 809, o Control and Protection of Trust Property:

A trustee shall take reasonable steps to take control of and protect the trust property.

Por fim, no Article 10, Section 1001, enumeram-se os Remedies for Breach of Trust:

(a) A violation by a trustee of a duty the trustee owes to a beneficiary is a breach of trust.

(b) To remedy a breach of trust that has occurred or may occur, the court may:

(1) compel the trustee to perform the trustee's duties;

(2) enjoin the trustee from committing a breach of trust;

(3) compel the trustee to redress a breach of trust by paying money, restoring property, or other means;

(4) order a trustee to account;

(5) appoint a special fiduciary to take possession of the trust property and administer the trust;

(6) suspend the trustee;

(7) remove the trustee as provided in Section 706;

(8) reduce or deny compensation to the trustee;

(9) subject to Section 1012, void an act of the trustee, impose a lien or a constructive trust on trust property, or trace trust property wrongfully disposed of and recover the property or its proceeds; or (10) order any other appropriate relief.

Na Section 1012, intitulada Protection of Person Dealing with Trustee, diz-se:

(a) A person other than a beneficiary who in good faith assists a trustee, or who in good faith and for value deals with a trustee, without knowledge that the trustee is exceeding or improperly exercising the trustee's powers is protected from liability as if the trustee properly exercised the power.

(b) A person other than a beneficiary who in good faith deals with a trustee is not required to inquire into the extent of the trustee's powers or the propriety of their exercise.

III.I) Num aspecto fundamental, o *trust* diferencia-se profundamente do negócio fiduciário: no que respeita às consequências da violação da obrigação de restituir ao fiduciante os *assets* objecto do *trust*. A infracção do *pactum fiduciae* apenas acarreta, em geral, a obrigação de o indemnizar pelos prejuízos sofridos, não podendo ele, normalmente, recuperar tais bens quando colocado em confronto com terceiro. Ao invés, se o trustee (*Treuhänder*), violando as obrigações emergentes do *trust*, confundir os *assets* nele incluídos com o seu património ou se os alienar a terceiro, torna-se possível, pelo menos, ao *settlor* (*Treugeber*) ou ao *protector* actuar directamente para os recuperar.

III.II) Especificamente em relação à alienação fiduciária em garantia, a figura do *trust* diverge, não só por razões construtivas, como também, sobretudo, por considerações de ordem funcional.

Em primeiro lugar, por, em termos de titularidade formal, não ser absolutamente seguro que o *trust* represente uma alienação *stricto sensu*. Apesar de nos Direitos da Common Law estes problemas não se colocarem de forma tão marcada como nos Direitos da Civil Law, mesmo que o *trust* envolva transmissão de direitos sobre o seu *corpus*, o *trustee* adquire a respectiva *ownership* gravada com um fim muito particular[152]: gerir os bens que dela sejam objecto em benefício de terceiros. Daí que, por exemplo, se o não cumprir, a sua remoção e substituição possa ser requerida pelos interessados; o que desde logo significa que o *trustee*, mais do que exercer um direito, cumpre uma função[153]. O que não sucede com o adquirente fiduciário em garantia.

---

[152] Na definição de um autor escocês do século XIX (John McLaren, *A treatise on the law of trusts and trusts settlements*, vol. I, T&T Clark, Law-Booksellers, Edinburgh, 1863, pág. 12), o *trust* "is *an interest* created by the conveyance of property to a trustee, in order that he may carry out the truster's injunctions respecting its management and disposal". *Conveyance* é o acto através do qual se produz a transferência da propriedade (*ownership*) sobre um imóvel de uma pessoa para outra.

[153] "The most general division of trusts is into Simple and Special.
A simple trust has been defined as a conveyance of property to one person upon trust for another; in which case, the nature of the trust, not being qualified by the settlor, is left to the construction of law. In this case, the trust is held to be executed as soon as the trustee has made up a title to the property; and the beneficiary has then the right to call upon the trustee to denude, either in favour of the beneficiary himself, or of any other person he may appoint.
As an example of the *simple* trust, we may mention, trusts of heritable property for behoof of a partnership or joint stock company. A special trust may be resolved into a simple in consequence of the impossibility of executing the special purpose; as, where trustees are directed to hold land for behoof of A. in liferent, and B. in fee, and A. predeceases the testator. The estate is then a simple trust for B. and his heirs.
A *special* trust is constituted, where the aid of a trustee is sought for the execution of a specified purpose. It is only in the special trust that the trustee can be said to exercise the functions of a mandatory; and in the execution of such trusts, the duties of the trustee may vary to any extent compatible with the nature of the subject, and the scope of the

Em segundo lugar, em virtude de, muito simplesmente, a sua finalidade não consistir na concessão de uma garantia de cumprimento de uma obrigação a favor de certo credor[154].

IV) De todo o modo, o *trust* envolve (também) uma ampla dose de fiducia do *settlor* sobre o *trustee*. Por isso o negócio que lhe dá origem se apresenta como uma variedade dentro dos negócios fiduciários.

O *trustee* pode ser visto, de facto, como uma figura próxima do depositário[155] na medida em que:

– não pode tirar proveitos para si próprio a partir dos bens incluídos no *trust*[156];

– deve actuar honestamente na administração dos *assets*.

Há um aspecto, contudo, que não permite qualificá-lo como um puro depositário: ele está absolutamente obrigado a cumprir os propósitos e objectivos do *trust*, tal como foram definidos pelo *settlor*. Algo que vulgarmente não sucede com o depositário.

O *trustee* tanto pode assumir a obrigação de actuar no interesse de terceiro (*beneficiary*), como em benefício do próprio settlor (o qual, nessa medida, assume a veste de *beneficiary*); pode também, em vez do que antecede, dirigir a sua actuação à prossecução de (outros) certos fins. Em qualquer caso, o respectivo acto constitutivo pode ainda instituir um protector destinado a vigiar o cumprimento das regras para o efeito preestabelecidas pelo settlor para enquadrar a *performance* do *trustee*.

truster's intention.

Special trusts have been subdivided into *ministerial* (or *administrative)* and *discretionary.* The former, being such as any intelligent and skilful person is presumed to be capable of performing, may be executed by the Court through the instrumentality of a factor. Discretionary trusts are those, the administration of which depends to a certain extent upon the pleasure of the trustee, guided by discretion and his knowledge of the circumstances of the beneficiaries; as in the case of a trust for apportioning a fund amongst children. Such trusts partake of the nature of powers; and are presumed to have been conferred upon the trustee from the exuberant confidence which the testator had in his discretion. They are, therefore, strictly personal rights. And while the exercise of a discretionary trust is imperative on the trustee, if he accepts the trust; yet, if he declines to accept, or dies without executing it, the trust cannot be carried into effect by the Court" (John McLaren, *A treatise on the law of trusts and trust settlements*, 1863, págs. 15/16).

[154] Assim, atendendo à função, o trust tão-pouco mantém semelhança com o outro caso típico de negócio fiduciário reconhecido desde o Direito Romano clássico: a *fiducia cum amico*.

[155] John McLaren, *A treatise on the law of trusts and trust settlements*, pág. 7.

[156] John McLaren, *A treatise on the law of trusts and trust settlements*, pág. 13: "It is clear, however, that a trust can only exist for the benefit of some other person than the trustee".

Nada impede, por outro lado, que, por acto unilateral, o settlor se institua a si próprio como trustee em relação aos assets que pretenda administrar em proveito alheio ou na realização de certos fins. O que configura uma espécie de negócio consigo mesmo, o qual se situa, porém, fora do âmbito dos actos ligados ao exercício de poderes representativos.

2.4.1. Substituição fideicomissária e *trust*

I) Atendendo aos seus propósitos, o trust apresenta semelhanças com a substituição fideicomissária (artigo 2286º): o settlor equipara-se ao testador ou doador; o trustee equivale ao fiduciário; o beneficiary compara-se ao fideicomissário.

II) Diferenças significativas separam ambos os institutos no que toca, antes do mais, à questão da titularidade dos bens objecto do *trust* ou da referida substituição.

O fiduciário tem fundamentalmente poderes de gozo (artigo 2290º) sobre os bens atingidos pelo fideicomisso. Mas, excepcionalmente, pode praticar, em relação a eles, actos de disposição (artigo 2291º).

Sendo certo, assim, que o fiduciário, para proprietário, tem o poder de disposição extraordinariamente limitado (quando se faça a comparação com o modelo descrito no artigo 1305º), a outra solução concebível é francamente pior. De facto, o fiduciário, para usufrutuário, tem poderes "a mais" (o «usufructo con facultad de enajenación» – artigo 467, in fine, do Código Civil espanhol[157] – é coisa que, entre nós, não existe com carácter real – cf. artigo 1439º). Além de que, a admitir-se esta construção, deveria entender-se que a propriedade ficaria temporariamente (até à morte do fiduciário) sem sujeito.

Afigura-se, nestes termos, que outra solução não resta a não ser aquela que passa por reconhecer a qualidade de proprietário àquele que estiver na situação do fiduciário[158], embora com carácter transitório[159]. O carácter (subjectivamente)

[157] Cf. Manuel Albadalejo, *Curso de Derecho Civil Español*, vol. III, *Derecho de Bienes*, Bosch, Barcelona, 1982, págs. 291 a 293.

[158] Na vigência do anterior Código Civil, esta conclusão nunca foi unânime. Veja-se, por exemplo, Hintze Ribeiro, *Dos Fideicomissos no Direito Civil Moderno*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1872, págs. 160 a 164. O tema afigura-se hoje mais pacificado e resolvido no sentido enunciado no texto (cf. *v.g.* acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/12/1985, Proc. n.º 072955: "I – Na substituição fideicomissária, que se caracteriza por uma sucessão na propriedade, o fiduciário encontra-se na situação de proprietário dos bens, com o encargo de os conservar e devolver ao fideicomissário com a abertura da substituição, podendo esta revestir a forma condicional, dado a lei não exigir que seja puro e simples o encargo de transmitir; verificado o evento de que depende a substituição, cessa o direito do fiduciário e começa o direito – também de propriedade – do fideicomissário. II – Na deixa testamentária condicional, a nomeação pelo testador do segundo instituído (ou substituto) é feita sob condição suspensiva e, verificada a condição, que é resolutiva para o primeiro instituído, ela tem eficácia retroactiva, não se verificando, portanto, a ordem sucessiva na propriedade, que caracteriza o fideicomisso").

[159] Acórdão da Relação de Guimarães de 12/01/2010, Proc. n.º 564/07.8TBVLN.G1: "1. O

temporário da propriedade fiduciária resulta do facto de o fideicomissário não ser havido como herdeiro, ou seja, como continuador, do fiduciário mas antes como herdeiro do autor da sucessão[160]. O que significa que a titularidade do fiduciário não tem continuação – é, neste sentido, interina.

III) Por comparação, e pese embora não ser indisputável, a concepção dominante vai no sentido de conceder ao *trustee* a propriedade dos *assets* objecto do *trust*, ainda que com a obrigação de os gerir no interesse de terceiro. E, de todo o modo, formando um património autónomo (mas não personalizado), que não pode ser agredido pelos credores pessoais do *trustee*[161]. Todavia, ainda que a característica da autonomia se vinque de forma mais acentuada em relação ao *trustee*, ela deve ser igualmente afirmada quer para o *setttlor*, quer para o eventual *beneficiary*.

A propriedade dos bens cabe ao *trustee*, mas apenas de um ponto de vista formal, pois é o *beneficiary* que retira os proveitos correspondentes ao seu exercício. Parece, à primeira vista, que o caso será de propriedade dividida (tal qual sucedia, embora para distintos fins e com diferente teia de relações jurídicas, com a extinta enfiteuse).

---

fideicomissário que haja sobrevivido ao fiduciário tem legitimidade para a acção em que peticione que se declare a validade do testamento em que foi instituído o fideicomisso; 2. O fiduciário tem a propriedade temporária (vitalícia) dos bens objecto do fideicomisso, sem possibilidade de dispor deles, revertendo os mesmos para o fideicomissário, imediatamente após a morte daquele, desde que este último lhe sobreviva; 3. Os bens que integrem o fideicomisso não fazem parte da herança do fiduciário; 4. Falecendo o fideicomissário antes do fiduciário, caduca a substituição fideicomissária, devendo considerar-se adquirida pelo fiduciário, desde a morte do testador, a titularidade dos bens que integravam o legado que estava destinado àquele".

[160] A ideia é, *mutatis mutandis*, aplicável aos fideicomissos estabelecidos por contrato de doação (artigo 962º).

[161] Article 11, CONVENTION OF THE HAGUE ON THE LAW APPLICABLE TO TRUSTS AND ON THEIR RECOGNITION, de 1 de Julho de 1985: Admitir a figura do *trust* "shall imply, as a minimum, that the trust property constitutes a separate fund, that the trustee may sue and be sued in his capacity as trustee, and that he may appear or act in this capacity before a notary or any person acting in an official capacity.
In so far as the law applicable to the trust requires or provides, such recognition shall imply, in particular –
a) that personal creditors of the trustee shall have no recourse against the trust assets;
b) that the trust assets shall not form part of the trustee's estate upon his insolvency or bankruptcy;
c) that the trust assets shall not form part of the matrimonial property of the trustee or his spouse nor part of the trustee's estate upon his death;
d) that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets. However, the rights and obligations of any third party holder of the assets shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum".

Na substituição fideicomissária, uma vez que o fiduciário apenas é titular de poderes de disposição dentro do estrito âmbito definido pelo artigo 2291º ("evidente necessidade ou utilidade para os bens da substituição" ou "evidente necessidade ou utilidade para o fiduciário"), daí resulta, a contrario, que os respectivos credores não podem executar os bens objecto do fideicomisso (o que constitui um exemplo característico de património autónomo a que se alude no artigo 601º, in fine), mas tão-somente os seus eventuais frutos (artigo 2292º). É que o exercício do *ius distrahendi* pelos credores pressupõe que o titular dos bens a penhorar deles possa dispor (v.g. artigos 657º, 667º ou 715º). Nesta medida se assemelha, de facto, a substituição fideicomissária ao *trust*.

Ainda assim, uma marca acentua a diferença: o fiduciário é proprietário a título provisório (no máximo, até à sua morte); o trustee é proprietário a título definitivo. Ainda que, a este propósito, se torne necessário levar em conta que, de modo subjacente à instituição do *trustee*, duas hipóteses são concebíveis:

– se ele for pessoa singular, o *trust* há-de cessar com a sua morte, a menos que o *settlor* haja instituído regras específicas relativas à destinação dos *assets* em tal eventualidade;

– se for pessoa colectiva[162], o *trust* pode perdurar indefinidamente, excepto se o próprio *settlor* lhe houver fixado um prazo máximo de duração.

De todo o modo, a titularidade temporária do fiduciário não é uma necessidade; ele pode tornar-se proprietário a título definitivo (sem o encargo de conservar os bens para outrem) caso o fideicomissário faleça antes (artigo 2293º, n.º 2) 163. Algo que no *trust* apenas pode suceder, em moldes análogos (isto é, cessando o *trust* e atribuindo a propriedade dos *assets* ao *trustee*, que, por isso, deixa de o ser), se o *settlor* assim o tiver predisposto no respectivo acto de instituição (o que não é configurável como um fenómeno típico).

IV) Sempre que o *trustee* seja pessoa distinta do settlor, a erecção do *trust* supõe a ocorrência simultânea de dois actos jurídicos:

– o negócio institutivo através do qual o *settlor* dita as regras do trust;

– o negócio translativo dos *assets* para o *trustee*.

[162] O que na substituição fideicomissária é inviável, uma vez que, por definição, o fiduciário é pessoa singular.

[163] Acórdão da Relação de Guimarães de 12/01/2010, Proc. n.º 564/07.8TBVLN.G1: "1. O fideicomissário que haja sobrevivido ao fiduciário tem legitimidade para a acção em que peticione que se declare a validade do testamento em que foi instituído o fideicomisso; 2. O fiduciário tem a propriedade temporária (vitalícia) dos bens objecto do fideicomisso, sem possibilidade de dispor deles, revertendo os mesmos para o fideicomissário, imediatamente após a morte daquele, desde que este último lhe sobreviva; 3. Os bens que integrem o fideicomisso não fazem parte da herança do fiduciário; 4. Falecendo o fideicomissário antes do fiduciário, caduca a substituição fideicomissária, devendo considerar-se adquirida pelo fiduciário, desde a morte do testador, a titularidade dos bens que integravam o legado que estava destinado àquele".

Este último está sujeito a inscrição no registo predial; é o que se extrai a partir do disposto no artigo 12 da Convenção de Haia[164].

Diversamente, a instituição do fiduciário e atribuição dos bens objecto da substituição fideicomissária, quer opere por testamento, quer se funde em contrato de doação, fundam-se exclusivamente num destes actos. Não há uma pluralidade de negócios conexionados mas um único. A razão de ser para esta diferença é simples: o estabelecimento do *trust* fica inteiramente subordinado ao princípio da autonomia da vontade do *settlor*, o qual deve, em conformidade, definir as regras a que o sujeita, intervindo a lei de forma marginal apenas para prescrever limitações à sua actuação; ao invés, o testador ou o doador somente devem declarar que pretendem promover a substituição fideicomissária, ficando sob a direcção da lei, a partir daí, a enunciação do regime a que ela se subordina.

V) Acresce a distinção fundamental entre fiduciário e *trustee*: aquele recebe os bens em propriedade (ainda que temporária) para deles tirar as correspondentes vantagens em seu benefício; este, por definição, deve tirar proveitos em prol do *beneficiary*, que não pode ser ele próprio.

A titularidade do fiduciário, na substituição fideicomissária, proporciona-lhe os normais poderes de gozo associados ao direito de propriedade. Retira-se-lhe, em geral, o poder de disposição, se bem que os poderes de uso e de fruição devam ser exercidos levando em conta a necessidade de preservar*165*, no interesse do fideicomissário, os bens objecto do fideicomisso (dado que ele adquire os bens com o "encargo de conservar a herança, para que ela reverta, por sua morte, a favor de outrem" – artigo 2286º[166]).

---

[164] Article 12, CONVENTION OF THE HAGUE ON THE LAW APPLICABLE TO TRUSTS AND ON THEIR RECOGNITION, de 1 de Julho de 1985: "Where the trustee desires to register assets, movable or immovable, or documents of title to them, he shall be entitled, in so far as this is not prohibited by or inconsistent with the law of the State where registration is sought, to do so in his capacity as trustee or in such other way that the existence of the trust is disclosed".

[165] Embora nem sempre assim suceda: "*I – São elementos da substituição fideicomissária a dupla liberalidade, o encargo de conservação e transmissão dos bens e a ordem sucessiva. […] IV – No fideicomisso de «resíduo», o herdeiro fiduciário não tem o encargo de conservar a herança, gozando da faculdade de alienar, por actos inter vivos, os bens que a integram desde que, cumulativamente, se verifique que não tem bens próprios, com exclusão do prédio da sua residência habitual, e que obteve, para esse efeito, autorização do fideicomissário ou o seu suprimento judicial. V – Aqueles requisitos da inexistência de bens próprios, com exclusão do prédio da residência habitual, e da autorização do fideicomissário, ou o seu suprimento judicial são elementos constitutivos do direito de alienar, cabendo a prova da sua verificação ao fiduciário*" (acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23/10/2003, Proc. n.º 03B2197).

[166] Por isso é que "*I – Tendo o testador, casado no regime de comunhão geral de bens, consignado no testamento que, falecendo antes da esposa, a institui herdeira de todos os bens e direitos, mas no caso de ela não ter necessidade de os alienar, que lega, em*

A titularidade do trustee é-lhe conferida exclusivamente no interesse de terceiros: os *beneficiaries*. Por isso, não só não lhe pertence o poder de disposição, como tão-pouco lhe cabe o gozo dos assets, ao menos para deles se aproveitar.

VI) Por fim, no *trust*, os respectivos beneficiaries têm o direito de exigir do *trustee* as prestações a que haja lugar por força da respectiva instituição 167. Ao invés, na substituição fideicomissária, o fideicomissário, enquanto aguarda a extinção da propriedade do fiduciário nada mais pode ter do que uma simples expectativa de aquisição 168. Esta terá carácter jurídico em virtude de o fiduciário se poder considerar um adquirente sob termo suspensivo, o qual, nesta medida, se sujeitará ao regime próprio do negócio condicional, por remissão do artigo 278º para os artigos 272º e 273º.

2.4.2. Fundação e trust

I) À primeira vista, entre instituição de fundação e constituição de trust não há confusão possível. O trust, não obstante implicar uma separação patrimonial entre os bens próprios do trustee e os bens naquele inseridos, não dá origem a um novo ente jurídico ao invés do que geralmente sucede com o estabelecimento de uma fundação.

Esta, porém, tem em vista a satisfação de interesses de terceiros (determinados de uma forma mais ou menos ampla) e não do próprio instituidor ou daqueles que a governam. Os referidos terceiros aproximam-se, assim, do conceito de beneficiary que tipicamente resulta da constituição do trust.

---

substituição fideicomissária, determinados bens especificados aos seus sobrinhos, e intervindo a esposa no testamento a autorizar o seu marido à disposição de bens, assim feita, porque existe uma dupla instituição sucessiva, estamos perante um fideicomisso irregular, de resíduo (art.º 2295º, nº 1, al. b), do C. Civ.), sujeito ao mesmo regime dos regulares, com as especificidades do nº 3 do art.º 2295º C. Civ." (acórdão da Relação de Coimbra de 18/05/2010, Proc. n.º 551/03.5TBTND.C1).

[167] "The acquired by the beneficiary is a *jus ad rem*, which he may enforce by action against the trustee" (John McLaren, *A treatise on the law of trusts and trust settlements*, pág. 92). A qualificação exacta do *ius ad rem* não se tem afigurado historicamente incontestável; todavia, pela própria designação, retira-se estar em causa um "direito à coisa" e não um "direito sobre a coisa" (*ius in re*). Razão pela qual a sua natureza não pode ser real mas apenas creditícia (ainda que, eventualmente, a pretensão contida no *ius ad rem* acompanhe, do lado passivo, as sucessivas transmissões do direito por ele onerado).

[168] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21/11/1996, Proc. n.º 96B721: "I – O fideicomissário goza de uma mera expectativa aos bens doados com substituição fideicomissária, não sendo, por isso, titular de qualquer direito paralelo ao do autor, em acção por este instaurada para anular a revogação daquela doação. II – É, pois, inadmissível a intervenção principal do fideicomissário na acção proposta pelo fiduciário para anulação, declaração de nulidade ou inexistência, da revogação da doação".

II) Numa classificação usual, que a lei adoptou, as pessoas colectivas distinguem-se em corporações e fundações.

As primeiras constituem conjuntos organizados de pessoas destinados à prossecução de um determinado fim (de interesse privado – egoísta ou altruísta – ou público): são as *universitas personarum*.

As segundas são conjuntos de bens igualmente afectados à prossecução de determinados fins: são as *universitas rerum*.

As fundações podem distinguir-se em fundações de interesse social e fundações de interesse privado.

O Código Civil apenas reconhece personalidade jurídica às primeiras (n.º 1 do artigo 188º). Pelo que as segundas apenas poderão existir e funcionar a título de entidade colectiva atípica e, portanto (que é o que importa acentuar), não personificada nem personificável.

III) Uma vez que, por definição, o princípio da liberdade de associação (artigo 46º, Constituição) é inextensível à constituição de fundações, a obtenção de personalidade jurídica por estas supõe a organização de um procedimento bastante mais longo e complexo que culminará, eventualmente, com a realização do acto individual e concreto de reconhecimento.

O processo constitutivo de uma fundação inicia-se com a celebração do negócio unilateral, *inter vivos* ou *mortis causa* (n.º 1 do artigo 185º), de instituição, através do qual o instituidor (ou instituidores, se tal negócio for inter vivos) declara, antes de mais, a intenção de a constituir. Em simultâneo, e no mínimo, deve dotar a eventual futura fundação dos bens que entender atribuir-lhe e indicar o fim de interesse social a que os afecta (n.º 1 do artigo 186º). Em seguida, cabe iniciar o processo de reconhecimento (a instância do instituidor, herdeiros ou executores testamentários ou oficiosamente – n.º 2 do artigo 185º). Só com a respectiva concessão a fundação adquirirá personalidade jurídica.

Por esta via se evidencia, desde já, uma similitude com o estabelecimento do *trust*: o fundador deve, através do acto de instituição, identificar o conjunto de bens de que a fundação beneficiará inicialmente, e cabe-lhe, também, muni-la do conjunto de regras que a hão-de de reger uma vez reconhecida (através da elaboração dos competentes estatutos, ainda que isto não se afigure decisivo para determinar o seu nascimento – artigo 186º, n.º 2). O fundador, nestas vestes, assemelha-se assim ao *settlor*.

IV) A condição elementar de que depende a concessão do reconhecimento à fundação reside no interesse social de que o seu fim seja revestido. Não é fácil defini-lo. Mas uma coisa tem sido, no entanto, objecto de consenso: não pode estar em causa exclusivamente o interesse de pessoas determinadas e/ou individualizáveis à partida. Excluir-se-ão assim, à partida, as chamadas "fundações familiares".

Mas isto não passa de uma restrição. Não se retira, a contrario, aquilo em que se deve consubstanciar o "interesse social". E dado que as fundações podem ser objecto de declaração de utilidade pública, daí decorre que esta não coincide automaticamente com o "interesse social".

Avança-se um pouco mais quando se assevera que o interesse prosseguido pelas associações tanto pode ter natureza altruísta como egoísta, ao passo que as fundações se caracterizam necessariamente pela prossecução de interesses altruístas.

Não é possível, contudo, fazer mais do que proceder sucessivamente por exclusão de partes. O que significa que apenas se pode apontar, caso a caso, quando é que inexiste "interesse social". No máximo, poder-se-á dizer, pela positiva, que este pressupõe o prosseguimento do interesse de pessoas indeterminadas.

Entretanto, a Lei n.º 24/2012, de 9 de Julho (Lei-Quadro das Fundações), através do seu artigo 3º, n.º 2, procedeu a uma (longa) enumeração (ainda assim com carácter meramente exemplificativo) de hipóteses em que a lei presume verificado o interesse social. Assim, "são considerados fins de interesse social aqueles que se traduzem no benefício de uma ou mais categorias de pessoas distintas do fundador, seus parentes e afins, ou de pessoas ou entidades a ele ligadas por relações de amizade ou de negócios, designadamente: a) A assistência a pessoas com deficiência; b) A assistência a refugiados e emigrantes; c) A assistência às vítimas de violência; d) A cooperação para o desenvolvimento; e) A educação e formação profissional dos cidadãos; f) A preservação do património histórico, artístico ou cultural; g) A prevenção e erradicação da pobreza; h) A promoção da cidadania e a proteção dos direitos do homem; i) A promoção da cultura; j) A promoção da integração social e comunitária; k) A promoção da investigação científica e do desenvolvimento tecnológico; l) A promoção das artes; m) A promoção de ações de apoio humanitário; n) A promoção do desporto ou do bem-estar físico; o) A promoção do diálogo europeu e internacional; p) A promoção do empreendedorismo, da inovação ou do desenvolvimento económico, social e cultural; q) A promoção do emprego; r) A promoção e proteção da saúde e a prevenção e controlo da doença; s) A proteção do ambiente ou do património natural; t) A proteção dos cidadãos na velhice e invalidez e em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho; u) A proteção dos consumidores; v) A proteção e apoio à família; w) A proteção e apoio às crianças e jovens; x) A resolução dos problemas habitacionais das populações; y) O combate a qualquer forma de discriminação ilegal".

V) Entre fundação e *trust*, a equiparação, em termos formais, só pode fazer-se entre aquela e o *trustee*. Este é que consubstancia um ente jurídico autónomo, não o próprio *trust*. Na constituição de fundação, diversamente, os *assets* pertencem a ela própria, enquanto pessoa jurídica, e não aos titulares dos respectivos órgãos (ainda que o fundador deles faça parte).

Esta precisão não impede, todavia, que também por aqui se descortine, de forma até mais vincada, a proximidade entre *trust* e fundação. Uma vez que ela somente deve ser reconhecida se o seu fim "for considerado de interesse social pela entidade competente" para o reconhecimento (artigo 188º, n.º 1), isto significa, desde logo, que os titulares dos órgãos da fundação não podem, nessa qualidade, beneficiar da respectiva actividade. A fundação constitui-se para prosseguir fins necessariamente altruístas, e estes não podem coincidir exclusivamente com os interesses dos referidos titulares ou com os interesses do fundador. Tal qual sucede com o *trust*, nada impede que entre os *beneficiaries* se encontrem estas pessoas; mas a fundação não se pode estabelecer para atender unicamente às respectivas conveniências.

VI) Acresce ainda que "extinta a pessoa colectiva, se existirem bens que lhe tenham sido doados ou deixados com qualquer encargo ou que estejam afectados a um certo fim, o tribunal, a requerimento do Ministério Público, dos liquidatários, de qualquer associado ou interessado, ou ainda de herdeiros do doador ou do autor da deixa testamentária, atribui-los-á, com o mesmo encargo ou afectação, a outra pessoa colectiva" (artigo 166º, n.º 1). O que significa, aplicado às fundações, que uma vez verificada a sua extinção e remanescendo bens, o fim visado pelo fundador deve ser cumprido por outra pessoa colectiva fundacional de finalidade análoga. Tal qual como sucede no *trust* quando o *trustee* tenha falecido, sido extinto ou, de todo o modo, tenha ficado impossibilitado de cumprir as obrigações inerentes ao encargo assumido. Pretende-se, assim, dentro do possível, que se eternize a afectação dos *assets* ao objectivo prefigurado.

VII) Uma diferença básica, contudo, se apresenta de imediato entre beneficiaries do trust e beneficiários da fundação: enquanto os primeiros adquirem, com o seu estabelecimento, pretensões creditícias contra o trustee, e por isso têm, por inerência, o direito de o demandar pelo cumprimento das prestações que lhe correspondam – através da chamada acção de tracing[169] –, os segundos não podem exigir, nessa qualidade, qualquer conduta da fundação em seu proveito[170].

[169] Cf. alínea d) do Article 11, CONVENTION OF THE HAGUE ON THE LAW APPLICABLE TO TRUSTS AND ON THEIR RECOGNITION, de 1 de Julho de 1985

[170] Podem existir, todavia, regimes especiais. Por exemplo, a criação da Fundação INATEL motivada pela extinção do Instituto Público INATEL, levou a lei a estatuir que "sem prejuízo do disposto nos estatutos e regulamentos da Fundação, os actuais sócios do INATEL — Instituto Nacional para o Aproveitamento dos Tempos Livres dos Trabalhadores, I. P., mantêm os direitos e deveres de que sejam titulares à data da entrada em vigor do presente decreto-lei" (artigo 10º, Decreto-Lei n.º 106/2008, de 25 de Junho). Mesmo em situações deste género, porém, não se pode entender que os ditos beneficiários passem a integrar a fundação: isso seria contrário à sua própria natureza (*universitas rerum*). Apenas sucede que passa a existir um vínculo obrigacional entre a fundação e cada qual dos respectivos beneficiários. O qual, aliás, tanto pode emergir (como no exemplo) directamente da lei, como pode resultar de acto jurídico voluntário.

No máximo, caberá considerá-los como titulares de uma expectativa, mas que dificilmente se pode qualificar como jurídica dado não se vislumbrar os meios que estarão ao seu dispor para lhe conferir tutela enquanto tal.

VIII) Por outro lado, o próprio fundador não dispõe de qualquer pretensão dirigida contra a fundação para que esta dê execução aos actos capazes de cumprir o fim que presidiu à sua instituição. Uma vez obtido o reconhecimento, aquele perde a titularidade dos bens com que dotou o património da fundação (artigo 185º, n.º 1), mas não adquire, em contrapartida, o direito de interferir na sua vida interna[171]. Tanto assim que o poder para uma eventual alteração de estatutos (artigo 189º) ou para promover a sua possível transformação (artigo 190º) pertence à entidade competente para o reconhecimento. O fundador perde o controlo sobre os bens e sobre a própria fundação a partir do instante em que se inicia o processo administrativo de reconhecimento (artigo 185º, n.º 3). Daí poder sustentar-se um princípio de independência da fundação, tanto perante o instituidor, como perante a autoridade administrativa que lhe conferiu personalidade jurídica. Na verdade, aquele apenas desempenha um papel determinante até ao momento em que se dá início ao processo de reconhecimento. E esta última apenas tem uma função crucial no momento em que o concede ou recusa.

IX) Desta forma, caso a fundação não cumpra o fim para o qual foi constituída, não há quem, externamente, disponha dos poderes necessários para a forçar à conduta contrária. Logo, ou ocorre alguma das causas de extinção das enumeradas no artigo 192º – em especial, a falta de coincidência entre o fim expresso no acto institutivo e o fim realmente prosseguido – ou então não há como obter a execução dos propósitos do fundador. Trata-se, no fundo, de um corolário do reconhecimento de personalidade jurídica à fundação: sendo ela um ente autónomo, a susceptibilidade de actuar livremente, como a qualquer sujeito de Direito Privado, é-lhe reconhecida por inerência (salvo, como sempre, os limites legais, gerais e especiais), pelo que se torna impossível vinculá-la à observância da vontade de terceiros (incluindo o fundador).

Há, é certo, a possibilidade implicitamente aberta pelo disposto no artigo 191.º: podem os bens ser deixados à fundação – no todo ou em parte – com algum encargo a ser cumprido por ela. Mas aí, das duas, uma: ou a entidade competente para o reconhecimento considera que o respectivo cumprimento impossibilita ou

[171] Ver, por exemplo, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24/10/1996, Proc. n.º 96B214: "I – É nula a cláusula estatutária da fundação que reza assim: «O fundador reserva para si o direito de dispor, por morte ou por acto entre vivos, dos bens que afectar à Fundação». II – É que o fundador não pode ficar com o direito de, sózinho, por vontade e decisão suas e sem intervenção do órgão colegial de administração, dispor de todo o acervo de bens que antes afectara à fundação, o que acarretaria a violação do artigo 162º do Código Civil e, ainda dos artigos 12 n. 1 e 13 n. 1, ambos do DRR 3/84/M de 22 de Março".

dificulta gravemente o preenchimento do fim institucional, caso em que pode, "sob proposta da administração, suprimir, reduzir ou comutar esses encargos, ouvido o fundador, se for vivo" (n.º 1); ou pode entender, ao invés, que ele foi o "motivo essencial da instituição", hipótese em que cabe qualificar "o seu cumprimento como fim da fundação" (n.º 2). O que significa, nesta segunda circunstância, que tudo se passa como se o encargo constituísse o fim originário da fundação (ou seja, aquele que fundamentou o respectivo reconhecimento), inexistindo assim especialidades no que toca ao direito de exigir a prática dos actos que o concretizam: ele é negado ao fundador bem como aos beneficiários da actuação institucional.

Claro que, como em relação a qualquer pessoa jurídica, é possível efectuar liberalidades a favor de certa fundação nelas incluindo cláusulas modais[172]. Em tal caso, o beneficiário do encargo pode demandar o respectivo cumprimento, nos termos gerais dos artigos 963º a 967º (cf., em especial, o artigo 965º) ou 2244º a 2248º (cf., em especial, o artigo 2247º). A doação ou o testamento com cláusula modal não são, todavia, negócios fiduciários, mas sim negócios obrigacionais típicos: o doador, os seus herdeiros ou os do autor da deixa testamentária ou o beneficiário do encargo são titulares de pretensões dirigidas contra o donatário ou contra o sucessor com ele gravado destinadas a obter o adimplemento das obrigações daí emergentes.

2.5. Mandato sem representação

I) Tal como resulta do artigo 1180º, no contrato de mandato sem representação, o mandatário, uma vez que, por definição, actua em nome próprio, adquire para si os direitos e assume as obrigações decorrentes dos actos que celebra, ainda que o mandato seja conhecido dos terceiros que com ele se relacionem. Fica vinculado, porém, a posteriormente transferir para o mandante as posições jurídicas por si adquiridas em execução do mandato (artigo 1181º, n.º 1)[173].

[172] Acórdão da Relação de Lisboa de 07/07/1994, R. 7333, Bol. do Min. da Just., 439, 642: "I – O disposto no artigo 2194º do Código Civil tem natureza excepcional, não sendo por isso susceptível a sua aplicação por analogia. II – Assim, não é nula a doação feita a uma Fundação se esta aceitar o encargo proposto pelo doador de suportar as despesas com o seu internamento em hospital pertencente àquela, e bem assim todas as despesas decorrentes da doença e ainda os gastos com o seu funeral".

[173] Acórdão da Relação de Lisboa de 16/04/2009, Proc. n.º 5642/08-8: "I. No mandato sem representação, o mandatário, apesar de intervir por conta e no interesse do mandante, não aparece revestido da qualidade de seu representante. Pelo contrário, age em nome próprio e não em nome do mandante, pelo que é ele, mandatário, que adquire os direitos e assume as obrigações decorrentes dos actos que celebra. II. Os elementos essenciais do mandato sem representação são: 1 – O interesse de uma pessoa na realização de um negócio, sem intervenção pessoal; 2 – A interposição de outra pessoa a intervir no negócio, por incumbência, não aparente, do titular do interesse; 3 – A celebração do negócio pela interposta pessoa, sem re-

À letra, diz-se ter sido adoptada a concepção correspondente à chamada dupla transferência: os efeitos produzem-se primariamente na esfera jurídica do mandatário, tornando-se indispensável um negócio posterior autónomo (e atípico) para os transladar ao mandante[174]. Salvo quando, através do mecanismo da sub-rogação, se autorize o mandante a substituir-se ao mandatário no exercício dos direitos por este adquiridos na execução do mandato, no pressuposto de eles terem natureza creditícia (artigo 1181º, n.º 2).

Entre muitos outros fins, o mandato pode destinar-se à vinculação do mandatário:

– à aquisição de bens a favor do mandante;
– à alienação de bens pertencentes ao mandante;
– à sua administração.

II) No mandato para alienar, admitem-se duas modalidades:

– que os bens permaneçam na titularidade do mandante até que o mandatário os translade para a esfera jurídica de terceiro;
– que os bens se transfiram para a titularidade do mandatário para que este, depois, os possa transmitir a favor de terceiro.

A primeira hipótese pressupõe que, em simultâneo, o mandatário seja procurador do mandante; só assim fica dotado de legitimidade (indirecta) para actuar em nome deste (artigos 1178º, n.º 2). Nessa justa medida, "o negócio jurídico realizado pelo representante em nome do representado, nos limites dos poderes que lhe competem, produz os seus efeitos na esfera jurídica deste último" (artigo

ferência ao verdadeiro interessado; 4 – A transmissão para o mandante dos direitos obtidos pelo mandatário. III. Para a configuração do mandato sem representação, não é necessário que o direito adquirido pelo mandatário se mostre já transferido para o mandante, bastando a perspectiva da transmissão e não que esta esteja efectivamente concretizada".

[174] Acórdão da Relação do Porto de 02/10/2008, Proc. n.º 0832919: "III – Da conjugação do disposto no art. 1180º do CC com o disposto no art. 1181º, nº 1 do mesmo diploma conclui-se que a nossa lei civil, pelo menos em relação ao mandato para adquirir, consagra a teoria da dupla transferência, o que é reforçado pelo disposto no art. 1184º do mesmo Cod., que permite que, em regra, os bens adquiridos pelo mandatário em execução do mandato respondam pelas dívidas deste, o que só é possível porque se entende que os bens pertencem ao mandatário. IV – Do mandato para adquirir resultam efeitos meramente obrigacionais: a obrigatoriedade, para o mandatário, de proceder à aquisição do bem; uma vez adquirido este – rectius, uma vez praticado o acto gestório, identificado como tal, os efeitos reais radicam-se na esfera do mandatário que está ainda adstrito à obrigação de transferência para o principal dos direitos adquiridos em execução do mandato (art. 1181º, nº 1, do CC), não podendo pois, o mandante reivindicar directamente do património do mandatário os bens por este adquiridos na execução do mandato, mas apenas obter judicialmente a condenação do mandatário no cumprimento da obrigação de lhe transmitir os bens – alienação solutionis causa –, defendendo alguns autores que é também possível recorrer à execução específica".

258º). O caso não pode ser, pois, de mandato sem representação.

A segunda hipótese envolve a celebração de uma alienação fiduciária entre mandante e mandatário: este adquire previamente a titularidade do direito em causa a partir daquele mas com a obrigação de a retransmitir a terceiro. O que significa que o negócio translativo celebrado a favor do mandatário tem carácter fiduciário: subentende-se que este último não pode reter o bem para si, não o pode deixar em sucessão aos seus herdeiros ou legatários, nem o pode retransferir a terceiro fora das condições previamente acordadas com o mandante. Trata-se de um caso de interposição real de pessoas: a interposta pessoa – o mandatário – é parte efectiva, pois adquire a posição jurídica emergente do acto em que interveio; todavia, por anteriormente ter assumido essa obrigação, deve transferi-la depois para outra pessoa 175.

III.I) Por seu turno, no mandato para administrar, o mandatário obriga-se a gerir em nome próprio, mas por conta do mandante, certo conjunto de bens. O respectivo governo pode dar-se em benefício deste último ou de terceiros.

Permanecendo os bens a administrar na titularidade do mandante, o mandatário só poderá aliená-los se dispuser de poderes para tanto (artigo 1159º, n.º 2). O que supõe que lhe tenha sido concedida procuração para o efeito.

Ao invés, se tais bens tiverem sido previamente transferidos para o mandatário surge uma titularidade fiduciária a seu favor (na modalidade de *fiducia cum amico*). Esta transmissão pode decorrer de um acto translativo contemporâneo ao próprio mandato (e com ele conexionado) ou de um negócio autónomo posterior.

III.II) Quando a administração do mandatário deva ser exercida no interesse de terceiros, verifica-se uma forte similitude com a instituição de um *trust*. Uma diferença, contudo, permanece bem visível: enquanto os *beneficiaries* têm o

[175] Acórdão da Relação de Lisboa de 23/03/2000, R. 2173/2000, Col. de Jur., 2000, II, 110: "I – Ocorre a interposição fictícia de pessoas quando o intermediário apenas empresta o seu nome no quadro da contratação, realizando-se de facto o negócio jurídico entre as pessoas que dele se serviram para ocultar as relações jurídicas a estabelecer entre elas, o que implica necessariamente acordo simulatório entre estas e aquele. II – Dá-se interposição real quando o negócio jurídico se realiza indirectamente por meio do intermediário, que intervém como verdadeiro outorgante e cujo resultado económico é igual ao que se obteria se nele interviessem os reais interessados. III – O mandato sem representação verifica-se quando uma pessoa, em execução de contrato celebrado com outra, assume a obrigação de fazer seu o resultado de determinado negócio jurídico e de lho transmitir, caso em que os seus efeitos se projectam na esfera jurídica da primeira e esta fica obrigada a transferi-los para a segunda. IV – Há mandato sem representação quando uma pessoa outorga numa escritura pública de doação de uma fracção predial na posição de donatário, sob acordo com outra no sentido de, obtido o respectivo divórcio, a primeira lhe transmitir o direito de propriedade em causa".

direito de exigir ao *trustee* o cumprimento dos deveres assumidos através da sua investidura, os terceiros em cujo interesse o mandatário esteja obrigado a gerir os bens não são titulares de pretensão análoga, pois este apenas se vincula perante o mandante [artigos 1157º e 1161º, alínea a)][176].

Pode suceder, porém, que o mandato seja celebrado a favor de terceiro, nos termos gerais dos artigos 443º a 451º. Nesta parte, o contrato não corresponde inteiramente ao tipo previsto no artigo 1157º, na medida em que o mandatário não se vincula apenas perante o mandante. De todo o modo, a delimitação de estremas ante o *trust* mantém-se clara. A obrigação, em benefício de terceiro, contraída pelo mandatário (a título de promitente) diante do mandante (como promissário) tem carácter pessoal, ou seja, vincula-o exclusivamente. Ao invés, as obrigações em que o *trustee* é investido sujeitam-no nessa qualidade: de facto, sucedendo que *v.g.* fique impossibilitado, seja removido ou substituído do exercício da função, aquelas serão continuadas por quem se sub-rogar no seu lugar.

IV) É, por fim, no mandato para adquirir que o carácter fiduciário do acto aquisitivo celebrado em sua execução se manifesta mais distintamente. O mandatário obtém o direito em causa tendo em vista a sua ulterior transferência para o mandante, que foi, aliás (se a aquisição sucedeu a título oneroso), quem lhe forneceu "os meios necessários à execução do mandato" [artigo 1167º, alínea a)].

A prova de que assim é resulta do disposto no artigo 1184º: "Os bens que o mandatário haja adquirido em execução do mandato e devam ser transferidos para o mandante nos termos do n.º 1 do artigo 1181º não respondem pelas obrigações daquele, desde que o mandato conste de documento anterior à data da penhora desses bens e não tenha sido feito o registo da aquisição, quando esta esteja sujeita a registo". Trata-se de mais uma hipótese de património autónomo a que a parte final do artigo 601º faz referência.

[176] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11/12/2003, Proc. n.º 03B3634: "I – Essencial no contrato a favor de terceiro como figura típica autónoma (artigo 443.º do Código Civil) é que os contraentes procedam com a intenção de atribuir, através dele, um direito (de crédito ou real) a terceiro ou que dele resulte, pelo menos, uma atribuição patrimonial imediata para o beneficiário, assim se distinguindo o verdadeiro contrato a favor de terceiro daqueles contratos (obrigacionais) cuja prestação principal se destina a terceiro, mas sem que este adquira previamente, segundo a intenção dos contraentes e o próprio conteúdo do contrato, qualquer direito (de crédito) à prestação; neste caso, atribui-se ao promissário o direito de exigir que se faça a prestação a terceiro, não adquirindo este crédito algum, podendo somente receber a prestação como destinatário dela – trata-se, pois, de um falso contrato a favor de terceiro, contrato a favor de terceiro impróprio ou contrato com prestação a terceiro; no primeiro caso, já o terceiro se torna verdadeiramente titular do crédito – tratando-se agora de contrato a favor de terceiro verdadeiro e próprio".

V) Literalmente, este preceito apenas se aplica ao mandato para adquirir. Sempre que, no entanto, no mandato para alienar e no mandato para administrar, a titularidade do mandatário tenha carácter fiduciário, há razão para estender a aplicação da mesma exacta regra. Está ainda em causa uma titularidade transitória e instrumental, que tem em vista a satisfação do interesse do mandante (ou do mandante e de terceiro).

Assim, na medida em que a titularidade do mandatário seja fiduciária, os bens por ele adquiridos (para transferir para o mandante ou para alienar a terceiro) ou os bens obtidos para ou no exercício da administração, devem ser tidos como um património separado.

VI) "O mandatário é obrigado a transferir para o mandante os direitos adquiridos em execução do mandato" (artigo 1181º, n.º 1).

O mandatário sem poderes de representação torna-se titular dos direitos adquiridos em execução do mandato. Deve, depois, transladá-los para o mandante 177. Assim sendo, não se cumprindo a obrigação correspondente, este pode accionar aquele ou, tratando-se de direitos de crédito, "pode substituir-se ao mandatário no exercício dos respectivos direitos" (artigo 1181º, n.º 2). A acção tem carácter pessoal 178, pelo que, sendo os bens alienados a favor de outrem, o mandatário responde contratualmente pelos prejuízos causados ao mandante (nos termos gerais dos artigos 798º a 808º), permanecendo eficazes os actos celebrados a favor de terceiro.

VII) O mandatário-proprietário constituirá uma espécie dentro da figura geral do proprietário-fiduciário?

A resposta depende inteiramente do entendimento que se tiver acerca da eficácia do *pactum fiduciae*. Entendendo-se que ele está dotado de eficácia meramente obrigacional, não se descortina distinção, para além da nominal. Ao invés, considerando-se que ele tem carácter real *ab origine* (servindo o registo público a que estiver sujeito, quando for caso disso, como condição da respectiva permanência), a diferença é de monta: para além da responsabilidade aquiliana a que haja lugar, o fiduciante pode recorrer à acção de execução específica inclusivamente contra terceiro.

---

[177] Acórdão da Relação de Lisboa de 25/05/2010, Proc. n.º 144/06.5TBVLS.L1-1: "I – O mandatário sem poderes de representação a quem foi vendido um prédio e assim o adquiriu, tornando-se dono dele, tem subsequentemente e, por seu turno, de o alienar ao mandante através de um novo negócio jurídico. II – Este novo negócio jurídico não é uma venda, mas é, em todo o caso, um acto de alienação – uma modalidade alienatória específica, cuja causa justificativa está no cumprimento de uma obrigação advinda do mandato para o mandatário, nas suas relações internas com o mandante".

[178] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/05/2002, Proc. n.º 02B1342: "II – A acção do mandante sobre o mandatário tem no nosso direito carácter pessoal e não real, consagrando a lei uma dupla transferência – do terceiro para o mandatário e deste para o mandante".

VIII) Quando os beneficiários da actuação do trustee não obtenham os benefícios devidos, por este deles se ter apropriado ou por os ter transferido para terceiro, podem reclamá-los, a um ou ao outro, por via da acção de tracing.

Ao invés, no silêncio da lei, tratando-se de mandato, ainda que a favor de terceiro, essa possibilidade inexiste. Quer o mandante (artigo 1181º, n.º 1), quer o terceiro beneficiário (artigo 444º), apenas são titulares do direito à prestação à qual o mandatário se encontra vinculado. Ambos os direitos têm natureza creditícia, pelo que, nesta medida, apenas valem (como é próprio das relações intersubjectivas) entre credor e devedor.

2.6. Cessão de bens aos credores

I) A cessão de bens aos credores é uma figura *sui generis*, próxima da representação e da gestão de negócios, que se destina a proporcionar aos credores mais fácil "satisfação dos seus créditos".

Ao invés do que tipicamente se passa quando há procuração, os credores cessionários não actuam no interesse do devedor mas unicamente no seu. A verdade, porém, é que a própria lei admite que o representante também esteja a actuar interesses próprios quando exerce os poderes representativos (artigo 265º, n.º 3); e não se vê obstáculo que interdite a concessão de procuração no interesse exclusivo do próprio procurador[179]. A ser assim, a cessão de bens aos credores poderia ser entendida como uma espécie dentro deste último género. Sucede, todavia, que esta construção não consegue explicar a razão pela qual o *ius distrahendi* é inteiramente extraído ao devedor (artigo 834º, n.º 1); havendo procuração, mesmo exclusivamente concedida no interesse do procurador, o exercício dos poderes nela contidos cabe ao representante e ao representado, em concurso[180]. Por consequência, não resta outra opção a não ser aquela que passa pela concepção da figura como uma situação em que o devedor translada para o credor o poder de disposição contido no direito cedido, mantendo, quanto ao mais, a titularidade deste; só isso justifica, aliás, que a cessão esteja sujeita a registo nos termos do n.º 2 do artigo 832º.

II) O direito à execução do património do devedor é universalmente reconhecido aos respectivos credores. Por isso, os que não beneficiam da cessão conservam o poder de recorrer ao processo executivo para obter a alienação judicial dos bens compreendidos no património do devedor. Já, ao invés, os

[179] Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, págs. 303/304.

[180] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02/03/2004, P. 4441/2003, Col. de Jur., 2004, I, 90: "III – Fora de casos pontuais que passam por factos simulatórios ou fraudulentos, a procuração no interesse exclusivo do procurador não implica transmissão da posição jurídica de representado nem resulta dela, mantendo-se este juridicamente como titular da posição, podendo revogar a procuração com justa causa e agindo o procurador em seu nome".

cessionários, tendo obtido o *ius distrahendi* por intermédio do devedor e podendo exercê-lo extrajudicialmente, perdem a possibilidade de recurso à via coactiva (artigo 833º).

Os bens objecto da cessão permanecem integrados no património do devedor até à sua alienação; daí que sobre eles, enquanto aquela não suceder, possa igualmente recair acção executiva desencadeada por credores não intervenientes na cessão. Como ambas – alienação judicial e não judicial – percorrem processos separados mas paralelos, prevalecerá a que tiver prioridade temporal, salvaguardadas as regras próprias de registo.

III) Enquanto perdurar a cessão, a administração dos bens cabe aos credores cessionários, assim como, em exclusivo, o *ius distrahendi*. O que não acarreta necessariamente que a detenção dos referidos bens se deva transferir para estes últimos. Essa será, contudo, a situação típica (artigo 834º).

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/11/1982, Proc. n.º 070370: "I – Dá-se a cessão de bens aos credores quando estes são encarregados, pelo devedor, de liquidar o seu património, ou parte dele, revertendo o produto para satisfação dos seus créditos, mas não podendo dizer-se que passem a actuar por forma correspondente ao exercício do direito de propriedade ou de outro direito real, antes ficando na posição de simples detentores ou possuidores precários. II – Nem exercem a posse de tais bens em nome próprio, embora lhes pertençam poderes de disposição apenas porque, de outro modo, não poderiam levar a cabo a sua missão. III – Como possuidores em nome alheio, não gozam da protecção possessória que o Código Civil confere aos possuidores em nome próprio".

IV) Se a cessão é feita a favor dos credores para estes repartirem entre si o produto da venda dos bens, é natural que só uma vez atingido este fim, e na medida em que ele se complete, fique o devedor liberado. Entre os credores, a partilha faz-se segundo a regra par condicio creditorum.

Existindo garantias reais constituídas sobre os bens cedidos aos credores, estas, ao contrário do que sucede na alienação judicial (artigo 824º, n.º 3), não se podem considerar transferidas para o produto da venda promovida pelos credores cessionários. Ao invés, como é próprio de qualquer transmissão de bens onerados, a garantia acompanhará o direito com ela gravado, passando a atingir, a partir de então, o adquirente. O que significa que, não obstante os bens objecto da cessão terem sido alheados em proveito dos credores cessionários, não se encontrando entre estes o credor dotado de garantia real, o devedor não fica exonerado perante ele.

V) Os bens que integram o património do devedor nele permanecem após a cessão. É isto que, essencialmente, a demarca da alienação fiduciária em garantia. Os credores (todos ou alguns deles), apenas adquirem, a partir do devedor, o direito de proceder à liquidação do seu património (pelo modo mais conveniente:

venda, permuta, etc.), repartindo entre si, depois, "o respectivo produto". Os cessionários recebem os bens, não para deles usufruírem, mas para promover a respectiva alienação; o que significa que lhes é atribuído um papel similar ao do tribunal quando este procede à venda executiva (artigo 824º). Quer o tribunal, em sede de processo executivo, quer os credores beneficiários da cessão de bens, exercem o poder de disposição sobre o património do devedor. Sucede, porém, que, no primeiro caso, o procedimento é coactivo, ao passo que, no segundo, o *ius distrahendi* é conferido pelo próprio devedor. Acresce que este poder, até à venda judicial, pode ser igualmente exercido pelo devedor executado (embora os actos em que ele se consubstancie se tornem, depois, inoponíveis ao exequente – artigo 819º); diversamente, na cessão de bens aos credores, o poder de disposição pertence exclusivamente a estes (artigo 834º, n.º 1).

A cessão de bens aos credores, não acarretando transferência da sua titularidade, contém, todavia, um elemento fiduciário: o devedor cessionário espera que aqueles não exerçam o ius distrahendi a não ser para obter mais fácil "satisfação dos seus créditos".

No que toca, porém, à possibilidade de reacção que o devedor fiduciante mantém ante a eventual infidelidade dos credores cessionários, a diferença frente à situação do devedor alienante em garantia é acentuada. A cessão de bens aos credores aos credores está sujeita a registo (artigo 95º, n.º 1, Código do Registo Predial). Logo, os terceiros que adquirirem bens ao devedor por via do ius distrahendi exercido pelos credores cessionários presume-se (inilidivelmente) conhecerem a razão que justifica a transmissão. Por consequência, caso os estes se desviem do fim que lhes permitiu obter o poder de disposição sobre os bens do devedor, considerar-se-ão ineficazes os actos de alienação através dos quais ele se manifestou. E o cedente tem legitimidade para pedir a respectiva declaração com os respectivos corolários.

Além disso, o devedor pode, até à data em que os bens cedidos forem alienados, pôr termo unilateralmente à cessão, desde que cumpra "as obrigações a que está adstrito para com os cessionários" (artigo 836º). O devedor alienante em garantia não beneficia de poder similar.

3. A infidelidade do fiduciário

3.1. Natureza do pactum fiduciae

I) Na alienação fiduciária em garantia, o *pactum fiduciae* é o acordo celebrado entre alienante e adquirente por via do qual este último se compromete a não exercer todos os poderes que por aquela via lhe são conferidos, vinculando-se, em consequência, a retransferir o direito adquirido de volta para o alienante uma vez verificado o cumprimento da obrigação assegurada por dita alienação. Assim, o adquirente fica adstrito a, sucedendo determinado evento futuro (e incerto), proferir a declaração de vontade adequada à transmissão para a esfera jurídica do alienante do direito anteriormente dele adquirido.

Nestes termos, o *pactum fiduciae* configura-se, primeiro, como um acordo de natureza obrigacional. E, segundo, como uma convenção que não dá corpo a mais do que uma simples cláusula dentro do negócio que por esta via passa a ter carácter fiduciário: a alienação em garantia.

Tipicamente, as partes recorrem ao contrato de compra e venda. Mas o efeito translativo ou constitutivo que por ela normalmente se obtém – alínea a) do artigo 879º – não se pretende, à partida, que seja definitivo. Ao invés, como aquisição a favor do comprador se produz para garantir o cumprimento de alguma obrigação paralelamente assumida pelo vendedor perante ele (emergente *v.g.* de um contrato de mútuo), este último não paga preço ou paga-o apenas pela diferença entre o montante convencionado e aquele que corresponda à obrigação garantida (tal qual ocorresse um fenómeno de compensação). Daqui resulta que a inserção do *pactum fiduciae* no contrato legalmente típico (*maxime* no de compra e venda) torna-o num negócio atípico[181]. De facto, a sua causa-função é significativamente alterada: de contrato de troca passa a contrato para garantia.

II) Distingue-se a alienação fiduciária em garantia da venda a retro precisamente por, na segunda, o comprador não assumir qualquer obrigação de declarar a sua vontade no sentido de (re)transmitir o direito antes adquirido para o vendedor. A retransferência dá-se automaticamente no preciso instante em que se verifica a condição resolutiva a que ela se sujeita consistente na declaração de resolução operada pelo devedor/vendedor (como sucede com qualquer acto sujeito a condição ou termo). Trata-se, por isso, de um comum negócio condicional com a única particularidade, do ponto de vista técnico, de a destruição de efeitos assentar numa declaração de vontade nesse sentido veiculada pelo vendedor.

[181] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/03/2006, R. 4191/2005, Col. de Jur., 2006, I, 153: "I – O contrato fiduciário é um negócio atípico, pelo qual as partes adequam, mediante uma cláusula obrigacional – pactum fiduciae –, o conteúdo de um negócio atípico a uma finalidade diferente da correspondente à causa – função do negócio instrumental por eles seleccionado. II – Trata-se, assim, de um contrato indirecto, que pode assumir configurações diversas consoante o fim tido em vista pelos contraentes. III – Na modalidade «fiducia cum amico», em que o escopo é servir de garantia, «fiducia cum creditore», são conferidos a outra pessoa (fiduciário), para certo fim específico, poderes que a mesma fica obrigada a usar apenas para o fim tido em vista por quem lhe conferiu esses poderes. IV – Muito embora tal figura contratual não se encontre expressamente prevista no nosso ordenamento jurídico, todavia, é de aceitar a mesma, pelo menos em tese geral, devendo-se, depois, formular um juízo de mérito para aferir da sua validade ou invalidade. V – Integra-se na caracterização de tal figura o contrato através do qual os 1ºs RR declararam vender aos 2ºs RR, e estes declararam comprar-lhes, um prédio urbano, destinando-se a transferência dessa propriedade a garantir o pagamento de dívidas de uma sociedade, de que os 1ºs eram sócios, para com outra sociedade, de que os 2ºs eram também sócios, e no qual ficou ainda acordado que os adquirentes-compradores devolveriam, por escritura pública, o referido imóvel aos transmitentes-vendedores logo que fossem acertadas as contas entre as aludidas sociedades".

Diversamente, na alienação fiduciária em garantia, a ocorrência do facto futuro e incerto em que se cifra o cumprimento da obrigação por ela assegurada apenas determina a exigibilidade da obrigação de fazer a retransferência: enquanto a declaração de vontade que a provocará não for pronunciada, o fiduciário/adquirente permanecerá titular do direito que antes lhe foi alienado em garantia[182].

[182] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16/03/2011, Proc. n.º 279/2002.E1.S1: "1. Não pode configurar-se como venda «a retro» o negócio jurídico de venda de imóvel, celebrado por escritura pública, que omite qualquer cláusula resolutiva, validamente estipulada, reconhecendo ao vendedor o direito potestativo de resolver o contrato, mediante restituição do preço e acessórios – não sendo possível inferi-la do acordo verbal e informal subjacente à escritura, de que resulta tratar-se, afinal, de venda com o fim indirecto de garantia de dívida emergente de mútuo, reconhecendo as partes o carácter meramente temporário da alienação. 2. Na verdade, a razão determinante da forma legal e imperativamente imposta para a celebração de negócios de alienação de imóveis aplica-se plenamente à estipulação da dita cláusula resolutiva, que não pode deixar – enquanto produtora de efeitos reais, susceptíveis de afectar a consolidação do efeito aquisitivo do direito de propriedade pelo comprador - de revestir a forma exigida para o negócio pela lei civil. 3. Pode qualificar-se como venda fiduciária em garantia o negócio jurídico de venda de imóvel celebrado com um fim indirecto de garantia de uma relação obrigacional, de que era credor o comprador no confronto do vendedor, emergente de um mútuo entre eles celebrado, consubstanciando-se o carácter «temporário» da alienação das fracções prediais na estipulação de uma obrigação pessoal de conservar e revender a coisa que lhe foi alienada logo que se mostrasse exaurido o fim de garantia que estava subjacente à venda – e resultando tais obrigações de um pacto fiduciário, informalmente acordado, embora de forma encoberta ou oculta, pelos interessados. 4. A estrutural diversidade jurídica entre as figuras da constituição de direitos reais de garantia (ainda que a oneração do bem seja acompanhada de uma inadmissível estipulação do pacto comissório) e da venda fiduciária em garantia, imediatamente geradora de um efeito transmissivo do direito de propriedade, obsta à directa subsunção desta segunda categoria normativa no âmbito do art. 694º do CC, cujo programa normativo se dirige – e confina – ao plano das garantias reais das obrigações, vedando ao credor a autotutela que resultaria da faculdade de apropriação da «coisa onerada» no caso – e no momento – em que o devedor não cumprir a obrigação garantida. 5. Não é de admitir a «extensão teleológica» da proibição contida no citado art. 694º, determinante do vício de nulidade, à venda fiduciária em garantia de bens imóveis, por tal envolver restrição desproporcionada do princípio fundamental da segurança e confiança no comércio jurídico, ao facultar aos outorgantes a invocação e a consequente oponibilidade da nulidade a terceiros de boa fé, subadquirentes do imóvel alienado, nos termos do art. 291º do CC, mesmo nos casos em que o pacto fiduciário estivesse oculto e dissimulado, relativamente às cláusulas contratuais integradoras do negócio formal de alienação e do teor do respectivo registo, de modo a afectar a consistência jurídica dos direitos que aqueles fundadamente supunham ter adquirido".

III) Cabe distinguir ainda a simulação do negócio fiduciário. Naquela, os intervenientes (simuladores) não pretendem obter os efeitos jurídicos associados ao negócio simulado, o qual, precisamente por isso, é nulo. Neste, a eficácia derivada do negócio celebrado é pretendida, mas, por causa da cláusula fiduciária, pressupõe-se (espera-se) que o fiduciário não exerça, ao menos, uma parcela dos poderes que o fiduciante lhe concedeu através daquele (*v.g. "fiducia cum creditore"* ou *"fiducia cum amico"*)[183]. Nisto se consubstancia a fidúcia, a confiança, depositada pelo segundo na fidelidade do primeiro.

"II – O contrato fiduciário é constituído por uma atribuição patrimonial real – já que o fiduciário é investido numa situação jurídica, normalmente a propriedade plena – com eficácia «erga omnes», limitada por uma convenção de natureza meramente obrigacional entre fiduciante e fiduciário (pacto fiduciário), oponível apenas entre estes, pela qual este se compromete a não exceder, no exercício do direito, o que seja necessário para a prossecução do fim e a restituir a coisa uma vez alcançado o fim" (acórdão da Relação de Évora de 15/12/2009, R. 283/2002, Col. de Jur., 2009, V, 237).

IV) A alienação fiduciária em garantia constitui, assim, uma espécie contratual próxima do negócio indirecto. Neste, os efeitos do negócio celebrado são inteiramente pretendidos; sucede, no entanto, que, tal como ele foi moldado pelos respectivos autores, tais efeitos não correspondem àqueles que tipicamente lhe estão coligados mas são antes próprios de algum outro negócio, típico ou atípico184.

[183] Acórdão da Relação de Évora de 15/12/2009, Proc. n.º 283/2002.E1: "V – Os negócios fiduciários reconduzem-se a uma transmissão de bens ou direitos, realmente querida pelas partes para valer em face de terceiros e até mesmo entre elas, mas obrigando-se o adquirente a só exercitar o seu direito em vista de certa finalidade, que tanto pode ser uma finalidade de administração ou uma finalidade de garantia. VI – O conceito romanístico de fiduciae é constituído por dois elementos: de um lado, a parte real, traduzida na transferência do dominium da res para o fiduciário e, de outro, a parte obrigacional, o acordo mediante o qual o fiduciário assume, perante o beneficiário ou fideicomitente, os deveres de administrar o bem em benefício do último sob determinadas condições e de retransferir a propriedade aquando do cumprimento do objectivo. VII – O contrato fiduciário distingue-se do contrato simulado, porque naquele as partes querem real e seriamente o contrato adoptado enquanto na simulação as partes, na realidade, não querem o contrato aparente, mas um outro (dissimulado) ou mesmo nenhum".

[184] Acórdão da Relação do Porto de 28/06/2001, Proc. n.º 0130851: "I – O negócio indirecto é, por regra, válido e pode ser definido como o negócio típico cujas cláusulas são concretizadas de maneira a fazer desempenhar ao negócio funções diferentes da do seu tipo". Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12/10/2010, Proc. n.º 67/07.OTCGMR. G1.S1: "I – O contrato de aluguer de longa duração (ALD) é um contrato atípico, com a natureza de um negócio indirecto, sendo o tipo de referência o aluguer e o fim indirecto a venda a prestações com reserva de propriedade, ao qual se aplicam as regras do DL n.º 354/86, de 23-01, que disciplina o aluguer de veículos automóveis sem condutor – rent

O negócio indirecto, por seu turno, quando tenha natureza contratual, qualifica-se como um contrato misto na medida em que reúne "no mesmo contrato regras de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei" (artigo 406º, n.º 2): o modelo contratual base e a causa-função correspondente a outro contrato. Ora, isto já não é imprescindível para a caracterização da alienação fiduciária em garantia: aqui usa-se como tipo básico o contrato de compra e venda, o qual, através da estipulação do *pactum fiduciae*, é modificado no que toca à respectiva função de tal modo que se obtém a constituição de uma garantia real específica (não confundível, portanto, com qualquer outra). A venda em garantia torna-se, assim, um contrato atípico em virtude de a sua causa-função ser igualmente atípica. Esta não tem que corresponder, porém, à causa-função de qualquer outra espécie contratual.

V) Se o *pactum fiduciae* gera, contra o fiduciário/adquirente, a obrigação de promover a retransmissão a favor do fiduciante/alienante assim que, por seu lado, se encontrar extinta (pelo cumprimento ou por outra causa) a obrigação assegurada, daí resulta que ele tem carácter pessoal: isto é, vincula o primeiro perante o segundo, em virtude de este se tornar credor e aquele devedor. Como é próprio de qualquer relação obrigacional, só ao fiduciário pode o fiduciante exigir o cumprimento da correlativa obrigação; apenas ao último é devida a prestação.

As consequências associadas ao não cumprimento da obrigação de accionar a retransferência estão, assim, automaticamente identificadas, no pressuposto de haver culpa do fiduciário (artigo 799º, n.º 1), o que se presume:

– o fiduciário entra em mora no instante em que a obrigação assegurada se extingue, a menos que estipulação diversa fixe momento diverso para dar execução àquela;

– a mora pode converter-se em não cumprimento definitivo nos termos do artigo 808º;

– num caso ou no outro, é o fiduciário responsável pelos prejuízos que tiver provocado ao fiduciante com o cumprimento retardado ou com o incumprimento.

VI) De acordo com as ideias preconcebidas 185 mais divulgadas acerca das consequências ligadas ao não cumprimento da obrigação de retransferir:

---

a car –, bem como as da locação em geral, em tudo o que não contrarie o dito diploma legal, bem como as cláusulas contratuais estipuladas ao abrigo do princípio da liberdade contratual. II – Os negócios indirectos são todos aqueles em que as partes se servem de um tipo legal de negócio (negócio típico), com a finalidade de conseguirem, através dele, um fim que não é o fim próprio desse tipo negocial, mas que, apesar disso, ele permite, de algum modo, alcançar. III – No caso concreto do ALD de automóveis novos o fim indirecto que é tido em vista pelos contratantes é conseguido através da conjugação de estipulações típicas dos contratos de aluguer e da venda a prestações com reserva de propriedade, gerando-se um verdadeiro contrato misto".

[185] Cf., por exemplo, Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, pág. 176.

– como a cooperação da vontade do fiduciário é sempre indispensável, o fiduciante não dispõe de instrumentos que dependam unicamente de si para obter a execução daquela;

– por maioria de razão, e por força do carácter meramente obrigacional do pactum fiduciae, tendo o fiduciário transmitido ou onerado a favor de terceiro o direito dado em garantia, não tem o fiduciante meios para reagir contra tal e, designadamente, para actuar directamente contra aquele[186].

3.2. Não cumprimento da obrigação de retransmitir

I) A obrigação de promover a retransferência tem por objecto uma prestação de contornos muito especiais. Ela configura-se como uma prestação de facto positivo a cargo do fiduciário mas com a particularidade de consistir na emissão de uma declaração de vontade: é esta a causa da transmissão, para o fiduciante, do direito antes alienado em garantia.

Salta de imediato à vista a forte similitude com a obrigação que o promitente-alienante assume através da celebração de qualquer contrato-promessa de alienação (mas, em especial, através de contrato-promessa de compra e venda). Em ambos os casos, a prestação devida consiste na manifestação de uma certa vontade; e, igualmente em ambos os casos, o seu fundamento reside numa obrigação nesse sentido voluntariamente assumida por intermédio de contrato anterior.

Daí que a possibilidade de recurso analógico ao instrumento predisposto pelo artigo 830º para a execução específica do contrato-promessa seja uma ideia que se apresenta intuitivamente[187].

---

[186] O fundamento para este entendimento deve buscar-se, ainda, na natureza de que, no Direito Romano, estava dotada a *actio fiduciae*. Sendo uma espécie dentro das acções *bonae fidei* (aquelas que, por contraposição às *actio stricti iuris*, se fundavam na boa fé e na equidade), tinha carácter pessoal, pelo que, em virtude de a actuação contrária à boa fé somente ser imputável ao fiduciário, não se podia obter a restituição da coisa contra o terceiro mas antes a condenação daquele em *infamia* (W. W. Buckland, *A text--book of Roman Law*, third editon, Cambridge University Press, Cambridge, 1963, págs. 432/433).

[187] Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, pág. 286.
A afirmação está, contudo, longe da unanimidade. Cf. v.g. o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 22/01/2008, P. 4417/2007, Col. de Jur., 2008, I , 57: "IV – A execução específica, prevista no artigo 830º, n.º 1, do CC, apenas é aplicável à obrigação emergente de contrato-promessa, face à letra do indicado preceito e aos respectivos trabalhos preparatórios. V – Por isso, o instituto da execução específica não tem aplicação à obrigação do mandatário de transferir para o mandante os direitos adquiridos em execução de mandato sem representação". Em sentido contrário v.g. acórdão da Relação de Lisboa de 02/11/1999, R. 4484/99, Col. de Jur., 1999, 5, 74: "I – O mandatário em nome próprio a quem foi vendido um prédio, tem, subsequentemente, de o alienar ao mandante através de um novo negócio jurídico, que consubstancia uma modalidade

II) Em rigor, a prestação a que se submetem as partes de um contrato-promessa é insusceptível de execução coactiva. Por seu intermédio, os promitentes vinculam-se, tipicamente, à emissão de uma declaração de vontade correspondente ao contrato prometido (*v.g.* sendo a promessa de compra e venda, o promitente-vendedor obriga-se a declarar vender e o promitente-comprador obriga-se a declarar comprar); esta, enquanto tal, somente pode ser proferida, por natureza, pela pessoa que se comprometeu, o que significa que tem carácter infungível. Para forçar o seu cumprimento, restaria assim a sanção pecuniária compulsória (artigo 829º-A). Por via do que se preceitua no artigo 830º abre-se, porém, uma outra possibilidade: a obtenção de decisão judicial que faça as vezes da declaração negocial daquele que se encontra em falta. Verdadeiramente, a declaração negocial do promitente não faltoso também não é proferida: a sua vontade está, porém, consubstanciada na prática do conjunto de actos que desencadeiam o procedimento. E a decisão judicial que alcança, sendo-lhe favorável, substitui, para todos os efeitos, o documento eventualmente requerido por lei para a válida celebração do contrato prometido[188].

São condições da respectiva prolação:

1º: Que inexista convenção em contrário, ou seja, que as partes não tenham, no próprio contrato ou em momento posterior, excluído o direito de recurso à execução específica.

A lei tirou, à partida, duas ilações (n.º 2) através das quais se firma a presunção (ilidível – artigo 350º, n.º 2) de que os promitentes não pretenderam manter a referida opção: a existência de sinal ou de cláusula penal (moratória ou compensatória). Sendo este o caso, para que a possibilidade de execução específica se mantenha, torna-se indispensável:

– declaração dos promitentes nesse sentido; ou,

– que esteja em causa algum contrato-promessa daqueles a que se reporta o n.º 3 do artigo 410º, hipótese em que o seu afastamento nem sequer se admite.

2º: Que o cumprimento ainda seja exequível. Normalmente, isto implica que apenas haja *mora debitoris*. Ante a falta definitiva de cumprimento, a execução carece de sentido (por ter havido, por exemplo, interpelação admonitória – artigo 808º) ou é irrealizável (por impossibilidade material – 801º – ou perda de interesse do credor – artigo 808º).

alienatória específica, cuja causa justificativa está no cumprimento de uma obrigação advinda para o mandatário, nas suas relações internas com o mandante. II – O mandante pode recorrer à execução específica da obrigação de contratar, nos termos do artigo 830º do Código Civil, no caso de o mandatário não cumprir aquela obrigação".

188 Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18/07/2006, Proc. n.º 06A2243: "1. A sentença que, nos termos do n.º 1 do artigo 830º do Código de Processo Civil produz os efeitos do contrato prometido substituindo não só a manifestação de vontade do faltoso como a do contraente que sempre a emitiria. 2. A única diferença entre a sentença e a escritura pública de compra e venda é a forma de expressão da vontade dos contraentes aqui afirmada perante notário e ali em decisão judicial substitutiva das declarações negociais dos outorgantes, agora a coincidir com o afirmado no contrato promessa".

No caso de conversão da mora em falta definitiva de cumprimento mediante interpelação admonitória, contudo, apenas se produz uma equiparação entre a primeira e a segunda; nada impede o credor, por isso, de aceitar a prestação não obstante já a ter emitido e de o prazo cominatório se encontrar decorrido (a menos que outra causa de impossibilidade culposa de adimplemento se tenha, entretanto, verificado). Por isso, quando intenta a acção de execução específica, o credor desenvolve uma conduta da qual se pode deduzir que abdica dos efeitos que aquela interpelação lhe poderia proporcionar; pelo que, portanto, ela ainda é viável[189]. O mesmo se diga *mutatis mutandis* para os casos em que tenha sido instituído um termo essencial para a realização do cumprimento.

3º: Que a natureza da obrigação assumida seja compatível com a sua execução coerciva. O que desde logo significa que obrigações de carácter estritamente pessoal – como as assumidas através de promessa de casamento ou promessa de contrato de trabalho – não admitem a respectiva realização por esta via; por razões distintas, mas com semelhante consequência, a execução específica é igualmente inadmissível estando em causa promessa de contrato real *quoad constitutionem*.

4º: Que o clausulado contido no contrato-promessa seja suficientemente preciso para permitir ao tribunal dar conteúdo ao acto (contido na respectiva decisão) que sub-ingressa no lugar do contrato prometido.

A estes requisitos especificamente instituídos para a pronúncia da decisão que supre o contrato prometido, acrescem os que se exigem para a generalidade dos negócios jurídicos (*v.g.* capacidade ou legitimidade das partes, idoneidade do objecto), salvaguardados os que se ligam às especialidades próprias a que se sujeita o regime do contrato-promessa. Assim, por exemplo, não é passível de execução específica o contrato-promessa de compra e venda bens alheios em virtude de a regra *nemo dat quod non habet* não poder deixar de se aplicar, independentemente da natureza, voluntária ou coerciva, do acto translativo (cf. n.º 1 do artigo 824º).

III) Quando o contrato prometido seja de alienação, obtida a decisão judicial que promove a execução do contrato-promessa, esta, fazendo as vezes daquele, é causa da transferência ou constituição do direito em causa a favor do promitente-adquirente.

Não se vislumbra obstáculo à extensão analógica da acção de execução específica a favor do fiduciante quando o fiduciário eventualmente recuse efectivar a obrigação de retransferência. O direito fiduciariamente alheado a

[189] Acórdão da Relação do Porto de 07/06/2010, Proc. n.º 2094/09.4TVPRT.P1: "I – Mesmo na hipótese de incumprimento definitivo de contrato-promessa, pode o promitente não faltoso lançar mão da execução específica, sendo esta ainda possível. II – A tal não obsta ter sido estabelecido prazo limite, absoluto, para a celebração da escritura. III – É que tal não significa que uma vez ultrapassado sem celebração da escritura, o contrato definitivo deixou de ter interesse para o promitente-comprador".

favor do credor/fiduciário retransmitir-se-á a favor do ex-devedor/fiduciante quando a decisão de execução específica seja proferida. Na óbvia condição de a obrigação assegurada pela aludida alienação se encontrar extinta.

Claro que, todavia, se ergue aqui uma questão prática suplementar que a execução de contrato-promessa não suscita: o pactum fiduciae pode ter sido celebrado secreta ou dissimuladamente. Nestas circunstâncias, a dificuldade probatória pode constituir obstáculo intransponível ao cumprimento coercivo.

Por outro lado, as condições de prolação da decisão de execução específica supra enumeradas requerem adaptação, *mutatis mutandis*, quando estendidas à realização coactiva da retransferência devida pelo fiduciário. Designadamente, por exemplo: a convenção em contrário considera-se inadmissível, pois, caso contrário, a alienação deixaria de ser fiduciária; não há maneira de a obrigação a que o fiduciário se encontra adstrito se tornar insusceptível de execução específica; etc.

3.3. Eficácia do pactum fiduciae perante terceiros

I) O *pactum fiduciae* tem, por natureza, carácter obrigacional uma vez que resulta de uma cláusula, colocada no contrato de alienação (tipicamente de compra e venda), nesse sentido estabelecida entre fiduciante e fiduciário.

Se a infidelidade do fiduciário resultar exclusivamente de mora no cumprimento da obrigação de retransferência, o fiduciante, além do recurso aos meios que lhe são fornecidos pela responsabilidade contratual (artigos 798º a 808º), pode ainda usar, por aplicação analógica do disposto no artigo 830º, da acção de execução específica.

Questão diferente coloca-se, todavia, quando a referida infidelidade proceder de não cumprimento definitivo por, entretanto, o fiduciário ter alienado a favor de terceiro o direito objecto da obrigação de retransferência. Este, tal qual como aquele que adquire a partir do promitente alienante, não se vinculou àquela e, portanto, por ela não pode ser atingido.

II) Uma maneira através da qual se poderia supor a extensão a terceiro dos efeitos do *pactum fiduciae* seria sujeitando-o à inscrição em registo público, existindo ele.

O artigo 94º do Código do Registo Predial procede à enumeração de uma série, mais ou menos longa, das vulgarmente designadas cláusulas acessórias de negócios jurídicos que se devem inscrever. Cabe ao Conservador, ao abrigo dos poderes que legalmente lhe são conferidos para qualificar o pedido de registo, extractá-las a partir dos documentos apresentados para o efeito.

Não constituindo a lista ali contida uma enumeração taxativa, a chave que essencialmente demarca a respectiva aplicação decorre da fórmula contida na sua alínea b): "[outras] cláusulas suspensivas ou resolutivas que condicionem os efeitos de actos de disposição ou oneração".

III) Como as restantes cláusulas sujeitas a registo estão individualmente nominadas (reserva de propriedade, venda a retro, substituição fideicomissária, contrato para pessoa a nomear, reserva de dispor de bens doados ou de reversão deles, cláusulas que excluam da responsabilidade por dívidas o beneficiário de bens doados ou deixados, convenção de indivisão da compropriedade), resta concluir que a possibilidade de levar a registo o *pactum fiduciae* apenas se poderia fundar na locução acima transcrita.

A verdade, porém, é que a cláusula fiduciária nem se pode qualificar como uma condição (seja suspensiva, seja resolutiva), nem, de qualquer modo, condiciona os efeitos da alienação fiduciária em garantia. Efectivamente, os seus efeitos, designadamente os reais [artigo 879º, alínea a)], produzem-se definitivamente, não obstante aquela cláusula. Justamente por isso é que se torna necessário estabelecê-la de modo a que o alienante fique com o direito de exigir a retransferência. Se o *pactum fiduciae* de alguma maneira condicionasse a eficácia da alienação, a imposição de uma obrigação de retransmissão contra o fiduciário careceria de razão: a resolução da alienação fiduciária em garantia produzir-se-ia, automaticamente, no instante em que a obrigação assegurada se extinguisse (ao menos, por causa do cumprimento) sem necessidade de qualquer outro acto complementar.

IV) Assim a conclusão só pode tirar-se no sentido de o *pactum fiduciae* ser facto que "não está sujeito a registo" [artigo 69º, n.º 1, alínea c), in fine, Código do Registo Predial)[190]. Logo, ao invés do contrato-promessa de alienação, que pode ingressar nas *tabulas* por via da atribuição de eficácia real (artigo 413º) ou através do registo provisório de aquisição (artigo 47º, n.º 3, Código do Registo Predial), a cláusula fiduciária é insusceptível de inscrição predial. O que, acrescente-se, está inteiramente de harmonia não só com a concepção tradicional que a ela não reconhece outra eficácia a não ser a obrigacional, mas também com o entendimento segundo o qual os factos sujeitos a registo predial estão subordinados a uma enumeração taxativa[191].

---

[190] Em sentido contrário, Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, págs. 275/276.

[191] No registo predial, não se inscrevem quaisquer factos. Inscrevem-se apenas aqueles que provoquem uma das vicissitudes enumeradas pela lei, fundamentalmente, nos artigos 2º e 3º do Código do Registo Predial.

Significa isto que existe uma taxatividade *indirecta* de factos registáveis. Taxatividade que se estabelece por referência às vicissitudes que na lei se identificaram e que é indirecta precisamente porque não há uma enumeração explícita de factos registáveis.

Poderá entender-se que a referida taxatividade é de vicissitudes – embora não de quaisquer vicissitudes, mas apenas daquelas que se repercutam sobre uma das situações jurídicas identificadas, *grosso modo*, pelos referidos artigos.

Isto acarreta, como corolário, no fim de contas, que a taxatividade acaba por ser relativa às situações jurídicas (em geral, direitos subjectivos) por referência às quais se autoriza a inscrição de determinados factos jurídicos.

Significa isto, em conclusão, que se o fiduciário transmitir a terceiro o direito que estava obrigado a transferir para o fiduciante, este nada pode fazer, em geral, para actuar contra o adquirente. Resta-lhe o recurso à responsabilidade contratual contra o fiduciário para reparação dos danos sofridos.

V) Admitindo, contudo, que o fiduciante tem legitimidade para recorrer à acção de execução específica tendo em vista reagir contra o fiduciário em mora, abre-se pelo menos uma via através da qual ele pode (também) tirar efeitos contra terceiro a partir da respectiva decisão (supondo que lhe é favorável). De facto, inscrita [provisoriamente por natureza – artigo 92º, n.º 1, alínea a), Código do Registo Predial)] a propositura daquela acção, todas as aquisições que se produzam posteriormente assentes no direito do fiduciário não podem ser mantidas, em virtude de o seu beneficiário não poder deixar de ter tido conhecimento da respectiva pendência. Ora, nos termos do n.º 3 do artigo 271º do Código de Processo Civil, "a sentença produz efeitos em relação ao adquirente, ainda que este não intervenha no processo, excepto no caso de a acção estar sujeita a registo e o adquirente registar a transmissão antes de feito o registo da acção".

Justifica-se a (óbvia) solução na fé pública de que a inscrição predial está dotada. Como o registo predial se destina "essencialmente a dar publicidade à situação jurídica dos prédios, tendo em vista a segurança do comércio jurídico imobiliário" (artigo 1º do Código correspondente), presume-se em conformidade que o conteúdo das inscrições prediais é de público conhecimento[192]. Pelo que,

Parece razoável afirmar, por isso, que a própria enumeração de vicissitudes é apenas *quase taxativa*, pois o relevante é que a situação jurídica em relação à qual se admitem inscrições registais conste da lista legal. É possível, assim, que algum facto que produza alguma vicissitude sobre alguma das situações constantes da lista legal seja registável, ainda que a vicissitude em causa não esteja precisamente identificada na lei.

É o que se passa, nomeadamente, com o registo da acção de preferência ou com o registo da acção de execução específica do contrato-promessa, as quais, só com um grande esforço interpretativo se pode considerar caberem na previsão da alínea a) do nº1 do artigo 3º do Código do Registo Predial. A primeira, porque tem em vista obter a produção de uma modificação subjectiva numa determinada relação jurídica, pelo que só indirectamente produz a aquisição de um direito. No caso da segunda, porque aquilo que se pretende é a celebração coactiva de um contrato através de um acto sucedâneo, ou seja, através de uma sentença "que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso" (artigo 830º, n.º 1), pelo que, também aqui, só indirectamente se obtém a aquisição de um direito.

[192] Pese embora a letra do artigo 7º do Código do Registo Predial reportar a fé pública exclusivamente ao registo definitivo, não há razão para não a estender igualmente à inscrição provisória por natureza. As justificações para que a inscrição definitiva goze da presunção contida no artigo em causa são plenamente extensíveis àquela outra, ainda que, naturalmente, no âmbito e com a extensão possível, ou seja, para os efeitos que do facto provisoriamente registado por natureza seja possível retirar. Noutros termos: para a generalidade dos casos de inscrição provisória por natureza, a presunção de que o direito existe e pertence ao titular inscrito não pode tirar-se no preciso sentido que deriva

estando em curso um procedimento judicial cuja existência esteja publicamente anunciada pelo meio próprio para o efeito, presume-se (inilidivelmente) que qualquer interessado disso está ciente; e, particularmente, que reconhece o carácter litigioso do direito pretensamente adquirido, sujeitando-se às eventuais consequências prejudiciais provenientes da procedência do pedido formulado pelo exequente. Por consequência, o fiduciante pode, através da acção de execução específica instaurada contra o fiduciário[193], tirar efeitos contra o terceiro adquirente da decisão que lhe seja favorável. Por outras palavras, o acto do qual este beneficia é-lhe inoponível.

VI) A questão colocada pela citada disposição do Código de Processo Civil resolve o conflito a favor do autor da acção se a inscrição da respectiva propositura for anterior à data do registo a favor do terceiro adquirente. O que constitui um caso típico de pura aplicação do princípio da prioridade registal tal como ele decorre do n.º 1 do artigo 6º do Código do Registo Predial.

Mas pode dar-se o caso de o registo a favor do referido terceiro ser anterior à data da inscrição da acção de execução específica e, não obstante isso, se conseguir fazer prova de ele ter tido conhecimento prévio do carácter fiduciário da alienação a favor da pessoa de quem adquire e de, por conseguinte, conhecer a existência da cláusula fiduciária. Neste sentido, cabe considerá-lo de má fé.

Pretendendo-se manter até às últimas consequências a caracterização do *pactum fiduciae* como cláusula dotada de carácter estritamente obrigacional, a má fé do terceiro será irrelevante. A prioridade do registo a seu favor dá-lhe prevalência sobre o fiduciante e, portanto, a acção de execução por este interposta deverá improceder.

Esta consequência, embora se afigure formalmente correcta, produz uma consequência inaceitável. A razão de ser de qualquer registo público está, de facto, na publicitação de certo evento; mas isto no óbvio pressuposto de a pessoa a quem ela se dirige não o conhecer por qualquer outra via. Conhecendo-o, não pode alegar a fé pública registal para se amparar. Para demonstrar este ponto, basta recorrer ao argumento que se retira a partir do disposto no artigo 1920º-C, *a contrario*: se mesmo em situações em que o registo (civil, no caso) tem efeito

do artigo 7º do Código do Registo Predial, mas ainda se pode estabelecer ainda que com alcance diferente ou mais reduzido.

Antes de mais, pode certamente presumir-se, no mínimo, que o facto registado *existe*. Caso contrário, o próprio acto de registo seria impossível.

Dependendo do facto em causa, será ainda possível retirar outras ilações. Por exemplo, registando-se provisoriamente a constituição da propriedade horizontal [artigo 92º, n.º 1, alínea b), Código Registo Predial) cabe presumir, pelo menos, que aquele que a constitui tem na sua titularidade o direito sobre o solo (de propriedade ou de superfície) que lhe permite celebrar o referido acto de constituição.

[193] A acção não pode, de facto, deixar de ser proposta contra o fiduciário na medida em que apenas ele, e não o terceiro, se comprometeu a retransmitir para o fiduciante.

probatório[194], constituindo então o único meio de prova admissível dos factos a ele sujeitos (artigo 2º, Código do Registo Civil), a má fé de terceiro permite que, não obstante a falta de inscrição, contra ele sejam invocados, é por maioria de razão que o mesmo há-de suceder quando o registo tenha valor consolidativo (como sucede com a inscrição da instauração de acção judicial – artigo 5º, n.º 1, Código do Registo Predial). É de concluir, assim, que, nestas circunstâncias, a presteza do terceiro não pode erguer obstáculo à execução específica intentada pelo fiduciante. É evidente, porém, que a realização prioritária da inscrição a favor do terceiro inverte o ónus probatório: caberá então ao fiduciante produzir a demonstração de que aquele está de má fé.

Dentro deste contexto, acresce um outro argumento ligado à função que a obrigação de indemnizar é chamada a desempenhar. Em princípio, a restauração natural deve prevalecer sobre a compensação pecuniária[195]. Por isso, onde e quando for possível, deve o lesado "reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação" (artigo 562º). Aplicando ao caso, isto significa que deve prevalecer a susceptibilidade de execução específica sempre que a protecção de interesses de terceiro não a impeçam.

---

[194] A publicidade jurídico-privada pode assumir diversos graus, que se distinguem em função das repercussões que ela pode ter sobre a realidade que manifesta.
Numa ordem crescente de importância, existe num primeiro nível, a publicidade correspondente à simples *notícia*, que se verifica sempre que se dão a conhecer situações que, independentemente da comunicação, já são públicas por si, notórias. É exemplo prototípico aquele que resulta do disposto nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 5º do Código do Registo Predial.
Num segundo nível, há a publicidade que constitui o único meio de *prova* da situação em causa. É o caso típico, regra geral, do registo civil (artigo 2º, Código do Registo Civil). Neste caso, a publicidade, ao contrário do que possa parecer, não é constitutiva em virtude de, uma vez efectuado a inscrição, o facto registado passar a produzir efeitos desde a data em que ocorreu e não apenas a partir da data daquela. Mas, enquanto a inscrição não se faz, o facto a ela submetido é juridicamente inatendível.
Em terceiro lugar, existe aquilo que se pode designar como publicidade *legitimadora* em função da qual se faz prevalecer, a favor de certos terceiros, a "realidade aparente" (ou seja, a que resulta da publicidade) sobre a realidade substantiva (ou seja, a não publicitada ou a erradamente publicitada), em caso de discrepância entre ambas. É a regra geral do registo predial (artigo 5º, n.º 1, do respectivo código).
Há, por fim, a publicidade a que se pode chamar *constitutiva*, quando a eficácia absoluta (típica) de certo facto esteja dependente da sua publicitação. É o exemplo paradigmático do registo de constituição de hipoteca (artigo 4º, n.º 2, Código do Registo Predial).

[195] A restauração natural tem óbvia prioridade (artigo 566º), salvo se:
– não for material ou juridicamente realizável;
– não tiver aptidão para realizar a total reparação dos danos;
– for excessivamente custosa para o devedor.

VII) Questão distinta, embora partindo do pressuposto antecedente, é a da eventual responsabilização do terceiro de má fé pelos danos causados ao fiduciante. Independentemente da possibilidade de recurso à execução específica (embora o problema se coloque mais acentuadamente na hipótese de tal não ser possível), poderá imputar-se responsabilidade contra aquele desde que se admita a extensão da obrigação de indemnização, com fundamento em responsabilidade aquiliana, sobre quem não seja parte da relação creditícia.

O tema – classicamente epigrafado como «eficácia externa da obrigação» – não encontra ainda suficiente consenso. Uma coisa afigura-se certa: para o efeito não basta o preenchimento dos pressupostos que se enumeram no artigo 483º. A responsabilidade civil extracontratual está concebida a pensar na violação de direitos absolutos: de personalidade, reais, de propriedade industrial, de autor. Ora, há uma característica que os identifica (ainda que em alguns se demonstre com maior vigor do que em outros) e que os permite tornar equivalentes para este efeito: a passibilidade de conhecimento por terceiros no que toca à sua existência, em virtude de se dar uma medida de publicidade espontânea (*v.g.* posse, existência da pessoa, exploração da invenção, utilização da obra) e/ou provocada (*v.g.* registo predial, civil ou de propriedade industrial) de que a totalidade comunga. Daí que a ilicitude e o juízo de censurabilidade pessoal de que o autor do dano é susceptível sejam mais facilmente alicerçáveis.

Ao invés, tratando-se de direitos de crédito emergentes de contratos ou, em geral, de negócios jurídicos, não sujeitos a qualquer espécie de publicitação – ainda que de carácter espontâneo – é reduzida a possibilidade de terceiros saberem da sua existência. Por isso, a imputação de responsabilidade deve, nestes casos, depender, antes do mais, da demonstração de que eles conheciam ou deviam conhecer a existência do crédito[196].

[196] Sucede por vezes, que o devedor é aliciado por terceiro para não cumprir, ou, outras vezes, que o próprio terceiro actua com a finalidade de impedir o cumprimento do devedor, com o intuito de lesar o credor.

No entendimento tradicional, somente em casos extremos se admite a responsabilidade de terceiro pela violação de direito de crédito alheio: quando a actuação do terceiro seja de tal modo escandalosa que possa configurar um caso de abuso da liberdade de contratar (nos termos gerais do artigo 334º).

Ao invés, para quem considere genericamente admissível a responsabilização civil de terceiro por lesão de direito de crédito alheio (Santos Júnior, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, Almedina, Coimbra, 2003, págs. 485 e segs.), são condições da mesma:

1º – que esse terceiro *conheça* a existência do referido crédito; e

2º – a verificação dos requisitos gerais da responsabilidade civil aquiliana (artigo 483º, n.º 1).

Santos Júnior (*Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito*, pág. 504) entende que "pelo menos, é difícil ou raramente configurável uma situação em que a acção interferente de terceiro, *que conheça* o crédito, não se assuma como dolosa, configurando-se como meramente negligente".

Reconheça-se todavia que, juntando este entendimento com a necessidade de conheci-

Bibliografia

Albadalejo, Manuel
Curso de Derecho Civil Español, vol. III, Derecho de Bienes, Bosch (Ed.), Barcelona, 1982.

Almeida, Carlos Ferreira de
Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico, vol. I, Almedina (Ed.), Coimbra, 1992.

Andrade, Manuel de
Teoria Geral da Relação Jurídica, vols. I e II, Almedina (Ed.), Coimbra, 1987.

Ascensão, José de Oliveira
Teoria Geral do Direito Civil, vol. III, Acções e factos jurídicos, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (Ed.), Lisboa, 1992; vol. IV, Relações e Situações Jurídicas, idem, Lisboa, 1993.

Auger, Jacques
Problèmes actuels de sûretés réelles, *http://www.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol31num3/auger.pdf*, acedido em 12 de Fevereiro de 2012.

Berger, Adolf
Encyclopedic Dictionary of Roman Law, 7ª edição, The Lawbook Exchange, Ltd (Ed.), New Jersey 2008.

Buckland, William Warwick
A text-book of Roman Law, 3ª edição, Cambridge University Press (Ed.) Cambridge, 1963.

mento efectivo para que surja a responsabilidade de terceiro por violação de direito de crédito, os resultados a que conduz esta construção não diferirão grandemente daqueles a que a concepção tradicional chega por via da aplicação do instituto do abuso do direito se este não for estreitamente entendido.

A vantagem da admissão da possibilidade de lesão do crédito por terceiro é acima de tudo de ordem técnica e explicativa: de facto, a responsabilidade não advém do abuso da liberdade de contratar mas antes da violação danosa e culposa da *esfera jurídica alheia* (ainda que, na situação em análise, o abuso de direito possa ser visualizado só como um critério de imputação objectiva – ver, por exemplo, Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, págs. 98/99).

Canuto, Elza Maria Alves
Alienação fiduciária de bem imóvel, Del Rey (Ed.), Belo Horizonte, 2003.

Carrasco, Ángel Perera / Cordero, Encarna Lobato / López, Jesús Marín
Tratado de los Derechos de Garantía, Aranzadi, Cízur Menor (Ed.) (Navarra), 2002.

Carvalho, Orlando
Negócio Indirecto, in "Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra", suplemento X, Coimbra, 1952.

Chioggia, Francesco da
Corso di Diritto Romano, Il Diritto delle Obbligazioni, Editrice Sacchetto (Ed.), Padova, 1868.

Coelho, Francisco Pereira
Arrendamento (lições ao curso do 5º ano de ciências jurídicas no ano lectivo de 1986-1987), Coimbra, 1987.

Cordero Lobato, Encarna
(vide Carrasco Perera, Ángel / Cordero Lobato, Encarna / Marín López, Jesús)

Cordeiro, António Menezes
Tratado de Direito Civil Português, Almedina (Ed.), vol. I, tomo I, Coimbra, 1999. Teoria Geral do Direito Civil, vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (Ed.), Lisboa, 1990.
A Posse: perspectivas dogmáticas actuais, Almedina (Ed.), Coimbra, 1997.

Costa, Mário Júlio de Almeida
Direito das Obrigações, 10ª edição, Almedina (Ed.), Coimbra, 2006.
Contrato, Enciclopédia Polis, vol. I, Verbo (Ed.), Lisboa – São Paulo, 1983, colunas 1236/1237.

Cupis, Adriano de
Istituzioni di Diritto Privato, Giuffrè (Ed.), Milano, 1983.

Doederlein, Johann Ludwig Christoph
Doderlein's Hand-Book of Latin Synonymes (trad. de H. H. Arnold), Printed for J.G.F. & J. Rivington (Ed.), London, 1841.

Domingo Oslé, Rafael (Coordinador),
Textos de Derecho Romano, Aranzadi, Cizur Menor (Ed.) (Navarra), 2002.
Duarte, Rui Pinto

Tipicidade e atipicidade dos contratos, Almedina (Ed.), Coimbra, 2000.

Fernandes, Luís Carvalho
Estudos sobre a simulação, Quid Juris, Lisboa, 2004.
A Conversão dos Negócios Jurídicos Civis, Quid Juris (Ed.), Lisboa, 1993.

Flume, Werner
El Negócio Jurídico (trad. esp. de José María Miquel González e Esther Gómez Calle), Fundación Cultural del Notariado (Ed.), Madrid,1998.

Fuenteseca, Pablo
Líneas generales de la «fiducia cum creditore», in "Derecho Romano de Obligaciones de Parício Serrano – Arnaldo Biscardi", Editorial Centro de Estúdios Ramón Areces (Ed.), Madrid, 1994.

Jordano Barea, Juan
Perspectiva histórica de la Fiducia, in "Homenaje al Profesor Alfonso Otero", Universidad de Santiago de Compostela (Ed.), Santiago de Compostela, 1981.

Júnior, Eduardo Santos
Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito, Almedina (Ed.), Coimbra, 2003.

Justo, António Santos
Direito Privado Romano III – Direitos Reais, Coimbra, 1997.

Lima, Fernando Pires de / Varela, João de Matos Antunes
Código Civil Anotado, vol. I, 3ª edição, Coimbra (Ed.), Coimbra. 1982; vol. II., 3ª edição, idem, 1986.

Lopes, Manuel Baptista
Do contrato de compra e venda (no direito civil, comercial e fiscal), Almedina, Coimbra, 1971.

Marín López, Jesús
(vide Carrasco, Ángel Perera / Cordero, Encarna Lobato / Marín López, Jesús)

Marques, José Dias
Noções Elementares de Direito Civil, Centro de Estudos de Direito Civil (Ed.), Lisboa, 1973.

McLaren, John
A treatise on the law of trusts and trusts settlements, vol. I, T&T Clark, Law-Booksellers (Ed.), Edinburgh, 1863.

Mendes, João de Castro
Teoria Geral do Direito Civil, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (Ed.), vol. II, Lisboa 1979.

Mesquita, Manuel Henrique
Obrigações Reais e Ónus Reais, Almedina (Ed.), Coimbra, 1990.

Noyes, Reynold
The Institution of Property: A Study of the Development, Substance and Arrangement of the System of Property in Modern Anglo-American Law, Longmans, Green and Co (Ed.), New York – Toronto, 1936; Humphrey Milford (Ed.), London, 1936.

Paiva, Vicente Ferrer Neto de
Curso de Direito Natural, 2ª edição, Imprensa da Universidade (Ed.), Coimbra,1856.

Pinto, Carlos Alberto da Mota
Teoria Geral do Direito Civil, 4ª edição, Coimbra (Ed.), Coimbra, 2005.

Raiser, Ludwig
Sachenrecht (vide Wolff, Martin)

Ribeiro, Ernesto Hintze
Dos Fideicomissos no Direito Civil Moderno, Imprensa da Universidade (Ed.), Coimbra, 1872.

Rodrigues, Manuel
A Posse, Estudo de Direito Civil Português, Almedina (Ed.), Coimbra, 1996.

Roppo, Enzo
O Contrato (trad. port. de Ana Coimbra e Januário Gomes), Almedina (Ed.), Coimbra, 1988.

Schermaier, Josef
Bona Fides in Roman Contract Law, in "Good Faith in European Contract Law, pub. por Reinhard Zimmermman – Simon Whittaker", Cambridge Studies in International and Comparative Law, Cambridge, 2000.
Serra, Adriano Paes da Silva Vaz

União de contratos. Contratos mistos, in "Boletim do Ministério da Justiça" n.º 91 (1960), Lisboa.

Silva, João Calvão da
Sinal e Contrato-Promessa, 9ª edição, Almedina (Ed.), Coimbra, 2002.

Sohm, Gotthold Julius Rudolph
The Institutes of Roman Law (trad. ing. de James Ledlie), Gorgias Press (Ed.), New Jersey, 2002.

Tellegen-Couperus, Olga
A short history of Roman Law, Routledge (Ed.), London, 1993.

Telles, Inocêncio Galvão
Contratos Civis (projecto completo de um título do futuro Código Civil português e respectiva exposição de motivos), in "Boletim do Ministério da Justiça" n.º 83 (1959), Lisboa.

Arrendamento, Lisboa, 1944/45.
Manual dos contratos em geral, 3ª edição, Coimbra (Ed.), Coimbra, 1965.
Dos contratos em geral, Coimbra (Ed.), Coimbra, 1947.

Trabucchi, Alberto
Istituzioni di Diritto Civile, CEDAM (Ed.), Padova, 1981.

Varela, João de Matos Antunes
Das Obrigações em Geral, vol. I, Almedina (Ed.), Coimbra, 1989; vol. II, idem, Coimbra, 1990.
Código Civil Anotado (vide Lima, Fernando Pires de).

Vasconcelos, Pedro Pais de
Contratos Atípicos, Almedina, Coimbra, 1995.
Teoria Geral do Direito Civil, 5ª edição, Almedina (Ed.), Coimbra, 2008.

Wolff, Martin (Raiser, Ludwig)
Derecho de Cosas, tomo III, vol. I e vol. II (trad. esp. de González – Alguer), Bosch (Ed.), Barcelona, 1971.

Zimmermann, Reinhard
Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford University Press (Ed.), Oxford, 1996.

– Salvo explícita indicação em sentido contrário, toda a jurisprudência

citada ou referida foi obtida no sítio www.dgsi.pt.