



Armindo Gideão Kunjiquisse Jelembi

O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO CARACTERIZAÇÃO, CONSTITUIÇÃO E EFEITOS

Tese de Doutoramento em Direito, ramo do Direito Civil, orientada pelo Prof. Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro e apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Janeiro de 2017



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



• U • C • FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Armindo Gideão Kunjiquisse Jelembi

O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO CARACTERIZAÇÃO, CONSTITUIÇÃO E EFEITOS

Tese de Doutoramento em Direito, ramo do Direito Civil, orientada
pelo Prof. Doutor Jorge Ferreira Sinde Monteiro e apresentada na
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Janeiro de 2017

Ao meu pai, fonte da minha inspiração.
À Joana, companheira compreensiva,
Aos meus filhos, razão do meu viver.

SIGLAS E ABREVIATURAS

MODO DE CITAR

Adoptamos a forma de citar da seguinte forma: indicação da identidade do autor, título da obra, editora, local da publicação, ano seguido do número da página. Sempre que tiver ocorrido já a citação, apenas ficamos com o nome do autor, o título da obra abreviada seguida da indicação obra citada (ob. cit.) e o número da página.

Relativamente à lei, sempre que a indicação do artigo não se fizer acompanhar da fonte é porque é o Código Civil em vigor em Portugal, pois quando fizer referência a outro Código Civil (como o angolano), observaremos este facto. Pode acontecer que, estando a discorrer sobre a explicação ou entendimento sobre questões relativas a um diploma legal específico e indicarmos na sequência várias normas, bastará a referência do diploma na primeira norma, porque quando haver mudança de diploma a referência será feita na primeira norma correspondente ao novo diploma. Muita legislação angolana não será citada porque está em curso uma reforma do Direito, mas quando razões ponderáveis o justificarem faremos recurso das mesmas.

As referências jurisprudenciais terão por indicativo a data da decisão, acompanhada da fonte da investigação, com pequena excepção às decisões dos tribunais da *common law*, cuja indicação é os nomes dos litigantes.

AcP – Archiv für die civilistische Praxis

ADC – Anuário de Derecho Civil

al. – alínea

Alb L Rev – Albany Law Review

art. – artigo

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

BtÄndG – Betreuungsrechtsänderungsgesetz.

CadMVM – Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários

CC – Código Civil

CcQ – Code Civil Quebecoise

CDP – Cadernos de Direito Privado

Cfr. - Conforme

CI – Contratto e Impresa

CIRE – Código da Insolvência e Recuperação de Empresa

cit. - Citado

CJ – Colectânea de Jurisprudência

CENoR – Cadernos do Centro de Estudos Notariais e Registais

CPC – Código de Processo Civil

CT – Código do Trabalho

CVM – Código dos Valores Mobiliários

CVMA – Código dos Valores Mobiliários de Angola

CSC – Código das Sociedades Comerciais

DCFR – Draft Common Frame of Reference

Del – Delaware Supreme Court

Del Ch – Delaware Court of Chancery

Dir – O Direito

DJ – Direito e Justiça

DR – Diário da República

ed. – edição

EIRL – Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada

EOA – Estatuto da Ordem de Advogados

Foro It – Il Foro Italiano
ICLQ – International and Comparative Law Quarterly
IRIB – Instituto de Registo Imobiliário do Brasil
InsO – Insolvenzordnung (lei alemã da insolvência)
J Corp L – Journal of Corporation Law
JuS – Juristische Achulung
JZ – Juristenzeitung
LL – Revista La Ley
LQR – Law Quarterly Review
Melb U L Rev – Melbourne Law Review
NDI – Nouvo Digesto Italiano
NJ – New Jersey Reports
NJW – Neue juristische Wochenschrift
NLR – Nebraska Law Review
NYL Sch L Rev – New York Law School Law Review
Ob. – obra
Pág. – página
PALOP – Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa
PECL – Principles of European Contract Law
Qdr. – Quadrimestre
RB – Revista da Banca
Rev. dir. civ. – Rivista del Diritto Civile
RCDI – Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDBB – Revista de Derecho Bancário y Bursátil
RDCDGObb – Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni
RDE – Revista de Direito e Economia
RDES – Revista de Direito e Estudos Sociais
RDM – Revista de Derecho Mercantil
RDN – Revista de Derecho Notarial
RDP – Revista de Derecho Privado
RFDUL – Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

RFDCP – Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
RGICSF – Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
RJC – Revista Jurídica de Catalunya
RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência
ROA – Revista da Ordem dos Advogados
RSJ – Revue Suisse de Jurisprudence
SCIENTIA IURIDICA – Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro
Seg. – seguinte
SGP – Sociedade Gestora de Patrimónios
SI – Scientia Iuridica
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
THEMIS – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Trad. – tradução
UCP – Universidade Católica Portuguesa
Vol. – volume
WM – Zeitschrift für Wirtschafts – und Bankrecht (Wertpapier-Mitteilung)
ZHR – Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftrecht

AGRADECIMENTOS INSTITUCIONAIS

Não devo iniciar a escrita desta tese sem antes deixar expressa a minha gratidão pelas pessoas e instituições que directa ou indirectamente estiveram ligadas ao meu desempenho investigativo. Em primeiro lugar ao Prof. Jorge Sinde Monteiro pela sua singular orientação. Mestre incansável e de pronta disponibilidade para atender as nossas preocupações.

Dirijo especial agradecimento ao Magnífico Reitor da Universidade José Eduardo dos Santos, Prof. Doutor Cristóvão Simões, pela compreensão demonstrada no apoio às viagens e dispensas para as sucessivas deslocações a Coimbra.

Devo agradecer também à Biblioteca da Faculdade da Universidade Coimbra, Biblioteca da Faculdade de Direito de Lisboa, Biblioteca da Ordem dos Advogados de Portugal, Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidad Autónoma de Madrid, Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidad Nacional do Litoral de Santa Fé – Argentina.

Por fim, um agradecimento aos meus colegas de doutoramento que de diversas formas ajudaram para que este projecto se realizasse.

“ (...) a perfectibilidade desejada para os modelos normativos não se coaduna com a
imperfectibilidade dos seus criadores”

Adrian Sgarbi

Revista de Direito, Estado e Sociedade

Rio de Janeiro, Vol. 9, nº 29, Jul/Dez, 2006, pág. 14.

INTRODUÇÃO

O ESTUDO DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

1 – Complexidade do estudo das fontes do Direito Romano

I. Estudar um instituto jurídico que nasceu há longos séculos, numa sociedade que é radicalmente diferente da actual, ao que acresce o facto de que ele, pelo menos o seu *nomen iuris*, continua a ser sempre empregue carregando diversas formas de aplicação, implica um forte estudo das suas fontes. Os documentos que fazem a história de determinado instituto jurídico não podem ser apenas os elaborados por autores antigos. Ninguém que queira fazer uma viva referência histórica deverá servir-se exclusivamente de textos literários tão pouco (apenas) de literatura jurídica antiga. Bretone¹ afirma que “tudo o que o homem diz ou escreve, tudo o que constrói ou que toca, pode e deve fornecer informações sobre ele”, o que justifica que o jurista deve aproveitar toda informação histórica sem, no entanto, deixar de seguir o método jurídico, que é o próprio da actividade na Ciência do Direito². Mas o método jurídico parece que não responde a uma investigação coerente das fontes do Direito Romano³. Para este, terá de ser um método que tenha como ponto de partida uma noção histórica e constitutiva do Direito Romano, bem como a natureza e o estado das suas fontes, valorando-as

¹ Mário Breton, *História do Direito Romano*, Estampa Editorial, trad. Isabel Teresa Santos e Hussein Seddighzadeth Shooja, Lisboa, 1988, pág. 18. O autor considera que o direito romano deve estar ligado ao mundo antigo, pois, como fenómeno antigo, deve manter-se distinto da tradição romana que se alicerçou sobre os seus códigos, na Europa medieval e moderna; mesmo que sob entendimento de um fenómeno antigo, o direito romano não constitui uma realidade unitária.

² Karl Larenz, *Metodologia da Ciência do Direito*, 4ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, trad. José Lamego, 2005, pág. 1. Diz o autor que “cada ciência lança mão de determinados métodos, modos de proceder, no sentido da obtenção de respostas às questões por ela suscitadas. Quais são os métodos a que recorre a ciência do Direito?” Na sua obra o autor responde à pergunta colocada referindo a confrontação que o jurista encontra em dar solução às questões jurídicas. A. Castanheira Neves, também faz a mesma pergunta: “o que é a metódica jurídica?” Referindo-se ao mesmo posicionamento do alemão Friedrich Müller quanto à pergunta e sua resposta, Castanheira Neves diz que o método jurídico “é a metódica de trabalho dos juristas”. *Digesta*, Vol. 2º, Coimbra Editora, 1995, pág. 283.

³ H. De Page, defende que “a história do direito é muitas vezes tratada com um condescendente desdém, por aqueles que entendem ocupar-se apenas do direito positivo. Os juristas que se interessam por ela, quase sempre à custa de investigações muito longas e muito laboriosas, são frequentemente acusados de pandetismo. Uma apreciação deste género não beneficia aqueles que a formulam. Quanto mais avançarmos no direito civil, mais constatamos que a História, muito mais do que a Lógica ou a Teoria, é a *única* capaz de explicar o que as nossas instituições são e porque é que são as que existem”. *Apud* John Gilissen, *Introdução Histórica ao Direito*, trad. António M. Hespana e Manuel L.M. Malheiros, 6ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pág. 13.

especificamente para alcançar resultados que nos propomos sem deixar a possibilidade de abertura de outros caminhos investigativos para que o estudo do Direito Romano seja formulado e conduzido de forma a ser melhor compreendido⁴.

Em Direito Romano a grande dificuldade a enfrentar é o estudo das suas fontes⁵. Não é fácil extrair delas o conhecimento da evolução por que percorreu cada um dos institutos aí identificados, *maxime*, a *fiducia*. Mas um exercício intelectual exaustivo permite catalogar os seus princípios básicos, partindo da premissa de que é um direito histórico e o estudo dos seus institutos deve ser feito tendo em consideração as diferentes etapas de evolução e tendo presente as características dominantes de cada etapa. A ocupação romana nas diferentes províncias fez perder fortemente as características do sistema romano clássico dando lugar a sobrevivência e transformação de direitos encontrados nos colonatos. Este facto e outros acontecimentos marcantes nas culturas encontradas, levaram a que as instituições e os princípios jurídicos se fortalecessem, ganhando preponderância as fontes consuetudinárias⁶.

II. É devido à evolução que o conceito de *fiducia* experimentou em diversos pontos no mundo que foi recebendo nova roupagem, ficando sempre a ideia geral de que, a partir da confiança ou do *trust*, seria possível estruturar um negócio. O negócio fiduciário tornou-se elástico⁷, permitindo vários “mecanismos fiduciários”⁸ que vieram reforçar o campo do

⁴ Francisco Cuenca Boy, “La investigación en Derecho Romano. Consideraciones sobre algunos métodos en particular”. Jornadas Romanísticas, *BFDUC*, *STVDIA IVRIDICA*, 70, Coimbra Editora, 2003, pág. 109-135. Também muito recentemente Paulo Pulido Aragão, *Lições de História do Direito Romano, Peninsular e Português*, Almedina, Coimbra, 2016, pág. 13-19 e 111-149.

⁵ Na verdade a história do Direito Romano tem uma idade de 22 séculos, mas foi sendo fragmentada no tempo. Assim, há que registar uma época que vai desde o século VII a. C. até ao século VI d. C. Um novo período correspondente ao tempo de Justiniano que se prolongou até ao século XV no império bizantino. A partir do século XII renasceu no Ocidente Europeu. Desde esta altura até aos nossos dias a sua influência é notória em todos os sistemas romanistas de direito. Cfr. John Gilissen, *Introdução ...*, ob. cit., pág. 80.

⁶ Mário Júlio de Almeida Costa, *História do Direito Português*, 5ª ed., revista e actualizada, com a colaboração de Rui Manuel de Figueiredo Marcos, Almedina, Coimbra, 2016, pág. 110-113.

⁷ A elasticidade que propusemos é no sentido de entender que a evolução da *fiducia* levou a que outras figuras jurídicas sejam vistas e entendidas como figuras atípicas cujos elementos estruturais sejam os mesmos, ou, pelo menos, com ele tenham similitudes umbilicais, tais como: “(1) uma relação de confiança constituída entre as partes intervenientes (...); (2) segregação ou autonomização dos bens (...); (3) protecção da posição jurídica dos beneficiários tanto contra terceiros adquirentes de boa fé, como no caso de o fiduciário entrar em insolvência”. Cfr. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 703. Assim, é possível encontrar negócios com as características anunciadas, nomeadamente, o *trust* (e as suas mais variáveis manifestações) e o *fideicomiso* da América latina, para citar como exemplos. Assim, Héctor Turuhpial Cariello, *El Fideicomiso*, Contratos Bancários, Vol. I, Caracas, 1999, pág. 83, afirma, a propósito da natureza jurídica del *fideicomiso*, que “(...) *el fideicomiso debe verse como una especie del negocio fiduciario, que implica siempre*

Direito Civil, fazendo uma clara e manifesta ligação entre a autonomia privada e a criação de modelos negociais⁹, o que provocou uma invasão no Direito Empresarial, área jurídica em que vem conhecendo um forte desenvolvimento principalmente no Direito das Sociedades. Veja-se, por exemplo, o emprego de manifestações fiduciárias nos mercados de capital na Colômbia. O chamado *negocio fiduciario de inversión* é um veículo fiduciário através do qual se adoptam mecanismos de protecção para o fiduciante e o terceiro/beneficiante, como investidores do mercado de capital¹⁰. No Direito anglo-saxónico foi uma eficaz resposta ao dinamismo do desenvolvimento económico verificado naquele espaço¹¹. No Direito português podemos indicar, a título inicial, a actividade de intermediação de valores mobiliários – art. 306º seg., do CVM – e no Direito angolano conforme art. 316º e 317º do CVM. Mais adiante voltaremos a falar das potencialidades funcionais dos negócios fiduciários para a realização de vários negócios jurídicos.

Por isso, no decurso do presente trabalho poderemos fazer referência a negócio fiduciário para indicar a sua forma ampla¹² e anotaremos quando a referência é feita para o negócio fiduciário do tipo romano, que é, de resto, o que mais está familiarizado na comunidade da *civil law*, não obstante ter-se assistido a uma recepção com uma velocidade até há pouco tempo inimaginável, nos ordenamentos internos da Convenção da Haia de 1985 sobre o *Trust*¹³.

fiducia o encargo fundamentado en la confianza en aquel a quien se hace la atribución patrimonial, elemento fundamental de los negocios fiduciarios”.

⁸ Sérgio Rodriguez Azuero, “Negócios Fiduciários Civiles y Planificación Patrimonial”, *Planificación Patrimonial y Sucesoria*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2012, pág. 35. O autor diz que “*En Colombia y en no pocos países de la región, los mecanismos fiduciarios son bien conocidos por sus grandes beneficios al momento de estructurar negocios (...)*”.

⁹ A. Menezes Cordeiro, “Do contrato de franquia («franchising»): autonomia privada *versus* tipicidade negocial”, *ROA*, Vol. I, 1988, pág. 64-84.

¹⁰ Aguirre Soriano/ David Andrés, “Negócio fiduciário de inversión”, in <http://revistas.uesternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3485>. Acessado a 3 de Agosto de 2015.

¹¹ William J. Carrey/ George B Shepherd, *The Mystery of Delaware Law's Continuing Success*, U Ill L Ver, 2009, pág. 1-19.

¹² Não há dúvidas de que, em pleno século XXI, a evolução doutrinária, jurisprudencial e até legal a respeito dos negócios fiduciários atingiu consensos significativos de que este instituto jurídico trouxe consigo notável ductilidade relativamente à sua facilitação nos negócios, por partes dos particulares e dos agentes empresariais. Revelou-se com uma capacidade de se adaptar a mais variáveis e complexas estruturas da “engenharia jurídica”, hoje necessárias para satisfação das necessidades dos agentes económicos em constante crescimento e em mais diversificados mercados, o que vai criando uma decisiva protecção do património e a realização de operações comerciais com menor custo. Cfr. Á. Mariano González, *El fideicomiso de acciones*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, pág. 13.

¹³ Luigi Francesco Risso/ Daniele Muritano, “Il Trust: Diritto interno e Convenzione de L’ Aja”. *I Trust Interni e le loro clausole*, Consiglio Nazionale del Notário, Gli Autori, Roma, 2007, pág. 37-70.

2 - Justificação

I. O negócio fiduciário¹⁴ é das figuras jurídicas que oferece, no plano prático e teórico, agudos problemas de investigação e dogmatização devido à sua origem longínqua no tempo e intermitente na sua evolução, por isso, a sua problematização impõe-se¹⁵. O tempo longínquo desde o seu nascimento levou a que determinados juristas desvalorizassem a sua utilização, tanto pela distância temporal como pela sua estrutura¹⁶; de resto, é emblemático o desespero apresentado por Albaladejo quando disse que tinha percorrido um longo “caminho de Damasco” até atingir e percorrer “os caminhos do deserto do negócio fiduciário”¹⁷. Os institutos jurídicos não desaparecem, ninguém os consegue destruir por vontade, apenas se reconfiguram ficando aptos para novas realidades sociais, culturais e económicas¹⁸. Importa

¹⁴ A denominação “negócio fiduciário” foi proposta por Ferdinand Regelsberg para designar a cessão com finalidades específicas distinguindo-o da simulação e defendendo-o como um tipo negocial admissível, com eficácia puramente obrigacional. “Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession”, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, Vol. 63, Tübingen/Leipzig, 1881, pág. 157 seg.

¹⁵ Como bem refere Carmen Perez de Ontiveros Baquero, “*La simple alusión al término negocio fiduciario entraña para el estudio del Derecho civil una dificultad raramente comparable a la de otras figuras jurídicas; ello no obstante, lo cierto es que apesar de no venir regulado por el Derecho positivo (sin perjuicio de la regulación que la fiducia hace el Fuero Nuevo de Navarra), la práctica cotidiana y la jurisprudencia, amparadas en el amplio campo que el art. 1 255 del C.c. atribuye a la autonomía de la voluntad, han consagrado su utilización, hecho este que por sí solo justifica que nos referimos (...) tendo como punto de partida para ellos dos recientes sentencias de nuestro Tribunal Supremo de fechas 30 de Enero y 7 de Mayo de 1991 respectivamente*”. In *Consideraciones en Torno al «Pacto de Fiducia Cum Creditore»*, encontrado em <http://www.navarra.es/.../default.aspx>. Última consulta foi a 22 de Dezembro de 2014.

¹⁶ Beza dos Santos, (*A simulação em direito civil*, vol. I, Coimbra, 1955) e Orlando de Carvalho, (*Negócio jurídico indirecto (teoria geral)*, in Orlando de Carvalho, *Escritos. Páginas de direito*, I, Almedina, Coimbra, reimpressão, 1998). Estes autores olham para o negócio fiduciário de uma forma tradicional, como também Lipari (*Il negozio fiduciario*, Giuffrè, Milano, 1971, pag. 64 e segs.). Beza dos Santos considerava inadmissível no ordenamento português a existência de negócios fiduciários. No seu livro (*Simulação..., ob. cit.*, pag.), pergunta se “serão admissíveis no nosso direito os actos fiduciários?” e em seguida respondeu em como “parece-me que se impõe uma resposta negativa”. Em defesa da sua posição expôs que “nos actos fiduciários existe um contrato positivo de transmissão, cuja configuração jurídica pressupõe uma determinada causa. Mas o pacto fiduciário que limita essa convenção vem revelar que a causa daquele contrato, a sua razão de ser económico-jurídica não é aquela que a lei pressupõe para lhe atribuir os efeitos. E assim, tratando-se de um contrato de compra e venda com o fim de garantia, vê-se que esse acto jurídico para que a lei supõe como causa a permuta da prestação preço, pela prestação entrega da coisa vendida (Código Civil na altura), não foi realmente determinado por essa causa, não tendo o comprador querido pagar o preço para adquirir a coisa transmitida, mas sim para garantir o seu crédito.

Os actos jurídicos desta natureza são, portanto, em si mesmos contraditórios, os efeitos jurídicos que a lei lhes atribui estão em desarmonia com a sua causa real”.

¹⁷ *El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente*, Actualidad Civil, Madrid, 1993, pág. 663 seg. Esta posição do autor indicia as grandes dificuldades que esta figura ainda hoje apresenta, no que diz respeito à sua dogmatização e posicionamento jurisprudencial.

¹⁸ Há figuras jurídicas que em determinados ordenamentos jurídicos desapareceram por imposição de valores de um Estado Democrático e de Direito. Por exemplo, a pena de morte é considerada atentadora ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

mesmo recordar que o negócio fiduciário, nas suas diversas formas de apresentação, é uma instituição muito antiga no Direito que remonta quase ao início da nossa civilização, tendo sido utilizada para diversos fins e hoje se manifestam sob a forma diversa mas com identificação na finalidade, na intenção económica e no fim legal, como o *fideicomiso*, o *trust* e o negócio fiduciário *proprio sensu*. Historicamente, a razão da nossa posição encontra fundamento no facto de que a *fiducia cum amico* foi utilizada pelos Romanos antes da *iurisprudencia* criar o *depositum*¹⁹, por isso, a versatilidade desta figura antiga apresenta-se presente.

II. Numa primeira aproximação conceitual, afirmamos que quando falamos de negócio fiduciário estaremos a indicar aquela manifestação contratual em que se opera a transferência de propriedade com um escopo funcionalizado a proteger interesses económicos querido pelas partes²⁰. No âmbito da autonomia privada é importante valorar a liberdade de cada indivíduo nas relações intersubjectivas de definir o conteúdo da sua conduta decisória referente aos direitos sobre os seus bens, delimitando a sua transmissão ou até alterar a sua substância. O direito de propriedade envolve em si custos. Custos resultantes da sua transacção, mas também custos na sua manutenção, por isso, é justo que os proprietários tenham uma margem significativa de liberdade para poder medir e definir o valor económico da sua propriedade e dar um melhor aproveitamento do conteúdo do direito de propriedade²¹.

A *fiducia* está marcada na história de forma muito profunda. Obriga-nos a fazer um exercício de reavivamento de escritos que são antecessores da era de Cristo²². No entanto, o

¹⁹ A. Santos Justo, “O depósito no direito romano. Algumas marcas romanas do direito português”. *O Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual. RFDUL*, Edição Especial, Coimbra Editora, 2010, pág. 21-74.

²⁰ Luz M. Martínez Velencoso, “Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria”, in www.indret.com, visitado a 02 de Janeiro de 2015.

²¹ Pires de Lima/ Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. III, 2ª ed., revista e actualizada (reimp.), Coimbra Editora, pág. 92 seg. (comentário ao art. 1305º). Também José Alberto C. Vieira, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2008, pág. 669 seg.

²² Entretanto, a sua evolução reveladora da sua grandeza e influência universal, e a revelação da capacidade invulgar do povo romano, aconteceu apenas na época da jurisprudência clássica, nos primeiros dois séculos e meio d. C. Cfr. Max Kaser, *Direito Privado Romano* 2ª ed., trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011, pág. 17.

mais importante para esta investigação é a descoberta realizada a partir do final do século XIX até meados do século XX²³.

Vivemos actualmente momentos de grande aceleração histórica, e a ânsia das novidades de pequena e de grande escala do conhecimento jurídico faz com que alguns institutos sejam “sacrificados” na sua estrutura original, sejam compreendidos na sua conformação actual sem prestar atenção às suas origens. O negócio fiduciário não é entendido sem um fundamento metodológico em que a valoração normativamente enunciada pelos factos historicamente localizados²⁴ justificam a sua utilização como instrumento capaz de responder aos actuais problemas. Esta velocidade que o nosso conhecimento enfrenta, traz consigo um outro dado: o tempo que passa não o podemos agarrar, mas deixa-nos grandes sinais, faz-nos reflectir sobre a questão da inovação, do moderno. Na Ciência Jurídica a metamorfização dos institutos jurídicos opera-se através das circunstâncias económicas, políticas, sociais e culturais de cada época, do seu processo linguístico²⁵ e da delimitação conceptivo-ideológica que levam a uma “história evolutiva do instituto”²⁶.

A *fiducia* romana, por ser tão antiga, milenar para melhor expressar, passou a vida em movimento de renovação ou redimensionamento da sua estrutura, não envelheceu, e foi capaz de responder aos desafios dos novos tempos²⁷ e, sob sua inspiração, trouxe nova roupagem aos mesmos negócio fiduciário²⁸. São exemplos entre outros, a cessão de crédito em garantia, a

²³ Juan P. Cajaville Peluffo, “El Dideicomiso: Información Básica sobre el Instituto y algunas Consideraciones sobre su Admissibilidad en el Derecho Uruguayo”, in *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, Montevideo, 1981, nº 17, pág. 178 seg.

²⁴ A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, BFD, Coimbra Editora, 1993, pág. 187.

²⁵ Miguel Teixeira de Sousa, “Linguagem e Direito”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Oliveira Ascensão*, Vol. I, Coimbra Editora, pág. 267-290.

²⁶ João Baptista Machado, *Introdução ao ...*, ob. cit., pág. 10 seg.

²⁷ Juan Maria Del Sel y Sílvia Lisoprawski, “*Los fideicomisos pantalla y la estafa*”, *LL*, 2008-E, 820, pág. 13, indicam que “(...) *la fidúcia abre un amplio espacio a la imaginación de los operadores al permitir combinar un ilimitado número de bienes y finalidades legítimas, a punto tal que puede caracterizárlo como un abanico de posibilidades bajo las cuales basta con transferir un bien cualquiera con el propósito de obtener una finalidad lícita para llenar esse continuamente con aquel contenido (...)*”.

²⁸ A era moderna da fidúcia começou com a sua redescoberta na pandetística. A construção das figuras jurídicas como o *Manusfidelis* e do *Salmann* vieram modelar não só a ordem jurídica germânica como também relançaram o debate doutrinário e jurisprudencial continental europeu sobre a autonomia da fidúcia. No Direito anglo-saxónico a figura fiduciária manifestou-se no *trust*, constituindo assim uma modalidade ou tipo de um dos diferentes institutos fiduciários que a história registou. Blandine Mallet-Bricout, “Le fiduciaire, véritable pivot ou simple rouage d’opération de fiducie?” *McGill Law Journal*, LJ 58: 4, 2013, pág. 905-935, defende mesmo a ideia de uma “universalité” dos pontos de identificação entre a fidúcia e o *trust*. Oicamo-la: “*On mesure à quel point les interrogations que pose la fiducie au regard du droit français ne sont pas facielment exportables en dehors des systèmes juridiques civilistes. En effet, contrairement à la fiducie française qui repose à la fois sur le pilier du*

alienação em garantia, a propriedade fiduciária. Mas não se ficou por estes institutos cuja fonte é fielmente a *fiducia* romana. Ela deu lugar ao *trust* e à *fiducia* germânica, que também tiveram influências de outros institutos jurídicos oriundos de sistemas jurídicos²⁹, como, por exemplo, a influência germânica no *trust*³⁰, a influência islâmica no *trust*³¹, bem como a influência canónica na construção da *fiducia* germânica³².

III. Este instituto nascido em Roma espelhava a vida que aí se vivia, era o resultado do circunstancialismo na época³³. Na sequência da evolução social, ao jurista foi-lhe sendo cobrado várias respostas aos novos problemas apresentados, que marcaram uma nova dinâmica histórica³⁴ que foi crescendo até aos nossos tempos, diferenciando-se de comunidade

contrate et sur le pilier de la propriété, on sait que le trust anglo-américain relève historiquement du champ du droit des biens non de celui des contrats. Il s'agit là d'un élément essentiel, qui permet de mieux saisir la diversité des approches de la fiducie civiliste et du trust anglo-américain. Certains sont même allés jusqu'à considérer que la comparaison du trust et de la fiducie était dès lors impossible et qu'en tout état de cause une transposition des droits issus du trust dans les catégories civilistes était irréalisable. Il nous semble au contraire que la comparaison est judicieuse dès lors que l'on s'intéresse au fiduciaire, qui présente un certain nombre de points communs avec le trustee. Du moins faut-il admettre que de nombreuses questions que posent la qualité et le rôle du fiduciaire peuvent être transposées à la qualité et au rôle du trustee, et réciproquement. Il y a là, sans doute, le signe d'une certaine «universalité», si ce n'est de nos solutions juridiques, au moins de nos questionnements, sur les pouvoirs, les devoirs, la responsabilité du fiduciaire et du trustee. Les fonctionnalités recherchées au travers d'une fiducie civiliste ou d'un trust anglo-américain constituent probablement le lien le plus net entre ces institutions". Pág. 910-911.

²⁹ Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 63 e seg. O autor opta por um critério em que os sistemas jurídicos estão dentro de uma família jurídica. Define família jurídica como “um conjunto de sistemas jurídicos dotados de afinidade técnico-jurídica, ideológica e cultural, representativo de determinado conceito de Direito” – pág. 68. Assim, quando falamos de sistema jurídico islâmico, temos de atender que ele faz parte de uma família jurídica muçulmana, cuja gênese e evolução devem ser referenciadas tendo em atenção aquela afinidade técnico-jurídica, ideológica e cultural.

³⁰ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust ...*, *ob. cit.*, pág. 341 e seg.

³¹ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust ...*, *ob. cit.*, pág. 383 e seg. Como é sabido, o direito muçulmano é um direito de uma determinada comunidade religiosa e não de determinado espaço territorial. Não é uma ciência autónoma, mas uma parte da religião que é também constituída pela teologia, que determina os dogmas, única fonte de crença do muçulmano, e a Châr'ia, que preceitua os deveres dos crentes. Existe o Figh que é o conjunto de regras estabelecidas para obedecer a Châr'ia, e é a ciência dos direitos e dos deveres dos homens, das recompensas e das penas espirituais. De notar que os muçulmanos consideram a ciência do direito como uma árvore: as quatro fontes são raízes, a Lei revelada constitui o tronco e os ramos são as soluções especiais deduzidas da Lei revelada por Maomé. Cfr. John Gilissen, *Introdução ...*, *ob. cit.*, pág. 119.

³² A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust ...*, *ob. cit.*, pág. 351-353.

³³ M. Citroni/ F. E. Consolino/ M. Labate/ E. Narduccie, *Literatura de Roma Antiga*, trad. Margarida Miranda e Isáias Hipólito, Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, pág. 35-36. Os autores explicam com uma clareza cristalina o desenvolvimento cultural, social, económico, político e jurídico da época arcaica.

³⁴ O próprio Direito Romano teve muitas fases, cuja explicação indicativa pode ser encontrada nos manuais de História do Direito Romano. Podemos considerar as seguintes épocas/períodos que marcaram a História do Direito Privado Romano da seguinte maneira: o primeiro período é o considerado período arcaico, por volta do séc. III a.C. Seguiu-se-lhe a época da República tardia que vai até ao séc. I a. C. A época do principado coincide com o segundo período do Direito Privado Romano, onde pontificava um regime imperial moderado. O período

para comunidade³⁵. Ao ser recuperado, revivido e incorporado na nova forma de vida, da condição social e económica actual, o negócio fiduciário actualizou-se, deixando de ser apenas o instituto que visava a transmissão plena do direito, quer seja para administração quer seja em garantia, passando ele próprio a ser fonte de tipos novos contratuais³⁶, como por exemplo a Cessão de Créditos em Garantia³⁷. Atrevemo-nos a afirmar que o Direito no geral é uma revisitação às nossas origens, um labor dos juristas que consiste em descobrir e interpretar o Direito hodierno, contextualizando-o e na absorção do mesmo na realidade presente toma nova configuração, actualizando-o simplesmente ou dando-lhe nova qualificação. É o esforço que se sente actualmente de revisitação dogmática do tema dos negócios fiduciários³⁸ onde são encontradas muitas teses que devem ser afastadas por estarem amarradas ao passado e não responderem aos desafios de hoje.

Se a *fiducia* se mantém como base de negócios novos, se não mesmo modernos, impõe-se imperioso indagar sobre a validade das teorias apoiadas sobre o velho, o passado, o antigo, deixando para trás a compreensão e validade da necessidade de compreender como o actual direito, as figuras jurídicas que a constituem, se formou e desenvolveu ao longo dos séculos. Mas não é menos verdade que a ânsia da novidade pode trazer consigo riscos eminentes, quais sejam, a de falharmos nas avaliações sobre o novo ou até na sua interpretação.

Assim, há que repensar o instituto do negócio fiduciário nas suas originais matrizes. Repensar poderá significar re-dogmatização do instituto; actualizá-lo; capacitá-lo para responder aos fenómenos das mudanças do nosso tempo. Como ensinou Orlando de Carvalho, “perante o desenrolar da vida prática, com necessidades que diariamente se renovam, formas

pós-clássico, do século III até ao fim do mundo antigo, onde se começa a revelar a decadência. Para mais desenvolvimentos, ver Max Kaser, *Direito ...*, ob. cit., pág. 18 seg.

³⁵ Amadeo Escolán Remartínez, “Antecedentes de la Fiducia Sucessória Aragonesa”. *Separata da Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, Vol. 11, 2013, Universidad Alfonso X El Sábio.

³⁶ Este reavivamento é resultado de um processo de renascimento do próprio direito romano. “O elemento comum aos direitos romanistas é a influência exercida sobre o seu desenvolvimento pela ciência do direito que foi elaborado nas universidades a partir do século XII.” Cfr. John Gilissen, *Introdução ...*, ob. cit., pág. 203.

³⁷ Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência*, Coimbra Editora, 2007, pág. 543 seg.

³⁸ André Figueiredo, *O Negócio Fiduciário Perante Terceiro*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 15. Diz o autor que “hoje, o negócio fiduciário permanece mais popular e controverso do que nunca, o que comprovado pela profusão de estudos e monografias sobre o tema; fenómenos a que, de resto, o direito português não é alheio”. Também, A. Santos Justo, *Direito ...*, ob. cit., pág. 167. Lá para os lados da América-latina, Rodolfo Batiza, *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciaria*, México, 1985, pág. 25, expressa que “*Su utilidad práctica para resolver sin limitación los problemas familiares o comerciales de toda índole ha despertado la admiración universal de los juristas*”.

sempre mais complexas e variáveis, não pode o jurista alhear-se como em ‘torre de marfim’ nos esquemas de uma ciência puramente lógica. De vez em quando, há-de curvar-se para o que lateja à sua roda, avaliar e criticar os seus próprios juízos de valor, vendo a que distância o formulário estreito de uma contingente ordenação fica dos novos interesses e das reais aspiração da prática”³⁹.

IV. É justo agora perguntar se o negócio fiduciário é hoje necessário, numa altura em que acelerou a “legalização” do espaço de autonomia privada das pessoas. A dinâmica da vida, resultado do crescimento das actividades sociais, obriga à formação de novas formas jurídica, renovando umas e criando outras, para o refortalecimento das instituições existentes. A doutrina maioritária a nível mundial tem admitido que o negócio fiduciário está a tomar um lugar de destaque no mundo dos negócios jurídicos por culpa das fragilidades das relações jurídico-contratuais, fundamentalmente típicas, de um lado e, por outro, do crescente regime oferecido pelas diversas legislações dos limites da autonomia privada, da actualidade.

A referida dinâmica da vida social e económica tem os seus reflexos no tráfico jurídico. O legislador não está capaz de seguir ao mesmo ritmo a actividade económica em qualidade e em quantidade, ficando a lei a quem de oferecer respostas conforme com o pensamento jurídicos deste desenvolvimento. Assim, urge impulsionar soluções de Direito *extra legem* com potencialidades de, cientificamente, ir criando Direito. Esta é uma tarefa que se alcança por meio da doutrina, através da “dogmática da fundamentação”⁴⁰ e da jurisprudência, através da realização judicativo-decisória do direito⁴¹, cujo desenvolvimento deve estar comprometido com o superar de um modelo assente no labor legislativo que é redutor de um permanente reclamar do desenvolvimento juscientífico. Assim, muitas das nossas posições tenderão a oferecer questionamentos porque nem sempre as soluções encontradas terão por base a lei, mas fundamentos dogmáticos e jurisprudenciais, e por isso, *intra jus*.

³⁹ *Negócio jurídico indirecto (Teoria Geral)*, Escritos. Páginas de Direito, Almedina, Coimbra, 1998, pág. 35.

⁴⁰ F. José Bronze, *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª ed. reimp., Coimbra Editora, 2005, pág. 832.

⁴¹ Castanheira Neves, *Metodologia ...*, ob. cit., pág. 205.

3 – Sequência

I. O objecto de estudo da presente tese é o negócio fiduciário. A adopção de um método investigativo oferece sempre inquietações da parte de quem investiga e discussões de quem a vem apreciar. Por isso, e para encurtar a curiosidade exploratória, vamos seguir a metodologia da aplicação do Direito, utilizar as ferramentas próprias da actividade dos juristas, que fica mais expressiva com a afirmação responsiva de Friedrich Müller⁴², “é a metódica de trabalho dos juristas” através do qual podemos encontrar normativas soluções, por meio da função judicativo-decisória, para os problemas fiduciário-socialmente colocados no dia a dia, oferecendo critérios para uma posterior realização judicativo-decisória do Direito⁴³, sem deixar de parte os valores que brotam e se reproduzem a partir do pensamento jurídico contemporâneo assente num Estado constitucional de Direito⁴⁴. O que pretendemos afinal é contribuir para que a responsabilidade pelo direito dito tenha o seu ponto de partida no caso concreto através da *prudentia juris*.

Faremos recurso às coordenadas históricas, que nos oferecem os indicadores através do qual o homem se foi afirmando na resolução dos diferentes problemas⁴⁵, ao “direito comparado”⁴⁶, cuja importância para o conhecimento do Direito e como método jurídico aproveita ao desenvolvimento da tese. Apesar do termo “direito comparado” sugerir o estudo de um sector de conhecimento cujo objecto de estudo é a comparação de ordenamentos jurídicos, consideramos não ser a denominação mais correcta, preferindo o que os alemães chamam *Rechtsvergleichung*, que literalmente significa “comparação jurídica”, que se demarca de um estudo de um sector determinado do ordenamento jurídico. Consideramos que

⁴² *Apud* A. Castanheira Neves, “Método Jurídico” *DIGESTA*, Vol. 2º, Coimbra Editora, 1995, pág. 283-336.

⁴³ A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, BFDUC, Studia Iuridica, Coimbra Editora, 1993, pág. 162-283.

⁴⁴ A. Castanheira Neves, “Método jurídico”, *DIGESTA*, Vol. 2º, Coimbra Editora, 1995, pág. 289. Este autor entende que “pensamento jurídico é aquele sector cultural em que se assume e cumpre o sentido com que o direito se compreende a determinar as relações sociais, a ordenar a conveniência comunitária – sentido esse que não só se revela o regulativo constituinte do direito que normalmente perspectiva essas relações e essa convivência, como é ainda o fundamento último da solução dos problemas que aí se suscita *sub specie iuris* (os problemas jurídicos)”.

⁴⁵ Antonio Hernandez Gil, *La Ciencia Jurídica Tradicional y su Tradicional Transformación*, Madrid: Civitas, 1981, pág. 100 seg. O autor expressa que “las grandes coordenadas a las cuales se desenvuelven las sociedades modernas están constituídas por la historicidad y la racionalización (...) la historicidad e la consciencia del cambio”.

⁴⁶ Dário Moura Vicente, *Direito Comparado*, ob. cit, pág. 20-32.

se trata de uma disciplina metodológica⁴⁷ cujo carácter funcional estabelece a sistematização dos estudos jurídicos comparativos com o fim de que possam utilizar-se de maneira a aproximar-se de outras disciplinas metodológicas⁴⁸. A comparação empregue neste estudo é feita como meio para um melhor e, talvez, mais correcto entendimento do nosso Direito (português e angolano), como um problema imediato, prático e contemporâneo e pela importância e utilidade, que pode oferecer, para a compreensão de outros sistemas jurídicos⁴⁹.

II. Devido à influência do direito anglo-americano sobre o estudo do *trust* e, a partir dela, do estudo dos negócios fiduciários e a relação inevitável com institutos que as ordens jurídicas da *civil law* vêm recepcionando ou criando, não podemos deixar de efectuar uma “ronda” por diversos países cujo conhecimento e aplicação do *trust* tem merecido consideração, não podemos assim alhearmo-nos, ainda mais numa altura em que o mundo se vai aproximando cada vez mais – com a criação, por exemplo, das mais diversas organizações económicas regionais, como a União Europeia, a SADCC, na África Austral – e pretender resolver as questões jurídicas com instrumentos exclusivamente nacionais sem ter em consideração que estamos num mundo no qual se vai percebendo uma crescente e variável intensidade das influências e dos contactos com os sistemas jurídicos mais diversos, que lentamente se aproximam numa reciprocidade e reconstrutiva convivência.

III. O presente trabalho está dividido em três partes começando por uma introdução, seguida de uma caracterização geral e terminando com um estudo comparado. A primeira parte ocupa-se fundamentalmente com aspectos históricos do negócio fiduciário. A segunda parte corresponde à estrutura do negócio fiduciário, cabendo nele o elemento subjectivo do contrato fiduciário, os bens fiduciários, a constituição, modificação, transmissão e extinção do negócio fiduciário, e as várias modalidades de negócios fiduciários; por fim, a terceira parte é dedicada ao negócio fiduciário em Portugal, com referências ao estudo da tipicidade ou atipicidade do

⁴⁷ A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, 1993, pág. 9. O autor debruçando-se sobre o “problema metodológico-jurídico”, afirma que, “ (...) o problema específico do método jurídico é actualmente e porventura mais do que nunca, uma dimensão da problemática do direito e do correlativo pensamento jurídico”.

⁴⁸ Konrad Zweigert, “Methodological Problems in Comparative Law”, *Israel Law Review*, Jerusalém, Outubro, 1972, pág. 465-474.

⁴⁹ Gino Gorla, *El Contrato. Problemas Fundamentales Tratados segun el Método Comparativo y Casuístico*, trad. José Ferrandis Vilella, Vol. I, BOSCH, Barcelona, 1959, pág. 5.

negócio fiduciário, da sua pretensa vulnerabilidade, da natureza da obrigação fiduciária, da natureza jurídica do negócio fiduciário e da posição que adoptamos entre as várias posições doutrinárias recolhidas.

Nas páginas seguintes apresentamos um resumo do plano de trabalho.

PLANO DO TRABALHO

1 – Siglas e Abreviaturas

2 - Agradecimentos

3 – Introdução

3.1 – Complexidade do estudo das fontes do Direito Romano

3.2 – Justificação

3.3 – Plano de trabalho

PARTE I

Capítulo I

Caracterização Geral

Secção I

Aspectos Gerais

Secção II

Aspectos Históricas

PARTE II

Capítulo II

Admissibilidade do Negócio Fiduciário

Estudo Comparado

Secção I

Negócio Fiduciário no Direito Alemão

Secção II

Negócio Fiduciário no Direito Italiano

Secção III

Negócio Fiduciário no Direito Espanhol

Secção IV

Negócio Fiduciário no Direito Francês

Secção V

Negócio Fiduciário no Direito Suíço

Secção VI

Negócio Fiduciário no Direito Japonês

Secção VII

Negócio Fiduciário no Direito Anglo-americano

Subsecção I

Outros Tipos de *Trust*

Secção IX

Negócio Fiduciário no Direito Brasileiro

Secção X

Negócio Fiduciário nos Países da América Latina

Secção XI

Negócio Fiduciário na China

Secção XII

Negócio Fiduciário na África do Sul

Secção X

Conclusão Intercalar

PARTE III

Capítulo III

Estrutura do Negócio Fiduciário

Secção I

Elemento Subjectivo

Secção II

Os Deveres Fiduciários

Secção III

Causa Fiduciária

Capítulo IV

Os Bens Fiduciários

Secção I

Bens ou Direitos?

Secção II

Bens Próprios dos Negócios Fiduciários

Capítulo V

Constituição, Modificação, Transmissão e Extinção do Negócio Fiduciário

Secção I

Constituição

Secção II

Modificação

Secção III

Transmissão

Secção IV

Extinção

Capítulo VI

Modalidades dos Negócios Fiduciários

PARTE III

Capítulo VII

Admissibilidade do Negócio Fiduciário no Direito Português

Secção I

Tipicidade dos Negócios Fiduciários

Secção II

Negócios Fiduciários para Administração

Secção III

Negócios Fiduciários para Garantia

Capítulo VIII

A pretensa Vulnerabilidade do Negócio Fiduciário

Secção I

Risco Fiduciário

Secção II

Violação do Pacto Fiduciário

Capítulo IX

Natureza das Obrigações Fiduciárias

Secção I

Obrigações de Meio ou de Resultado?

Secção II

Contratação com Terceiros

Capítulo X

Natureza Jurídica do Negócio Fiduciário

Secção I

Negócio Fiduciário e Simulação. Crítica

Secção II

Negócio Fiduciário e Fraude à Lei. Crítica

Secção III

Negócio Fiduciário e Contrato a Favor de Terceiro. Crítica

Secção IV

Posição Adoptada

Secção V

Meios de defesa do Fiduciante

Notas Conclusivas

PARTE I

CAPÍTULO I CARACTERIZAÇÃO GERAL

SECÇÃO I

1 - Tentativa de Reconstrução de um Conceito

I. O sentido vocabular de um conceito é o significado de uma representação mental, genérica e abstracta da essência de um objecto ou o resultado de determinada concepção⁵⁰ que importa distinguir de um conceito jurídico⁵¹, que é o que vamos adoptar e que será seguido à risca porque, e como disse o Prof. Fernando Bronze, a perspectiva normativa é a “única que se adequa à específica tarefa do jurista, pois o jurista é aquele que assume a intenção nuclear do direito para a projectar regulativamente”⁵², do conceito filosófico e naturalístico. Entretanto, não nos afastamos das possíveis perspectivas em que as questões jurídicas devem ser abordadas, já que a temática central do presente trabalho exige que se faça uma avaliação sociológica e histórica – o direito é um fenómeno social e a *fiducia* é das manifestações da criatividade mais antigas da nossa história – uma problematização no ângulo filosófico – no sentido de podermos indagar sobre os fundamentos da razão, porque do negócio fiduciário podem resultar direitos e deveres e por esta via imputar responsabilidades – e, por fim, numa perspectiva epistemológica – no sentido de ser o instituto em estudo um objecto dirigido ao nosso conhecimento.

⁵⁰ Dicionário de Língua Portuguesa Contemporânea, Academia das Ciências de Lisboa, Verbo, I Volume, Lisboa, 2001, pág. 900.

⁵¹ António Braz Teixeira, *Breve Tratado da Razão Jurídica*, Zéfiro Editores, Sintra, 2012, pág. 31 seg. Depois do autor ensaiar uma noção e identificar algumas especificidades dos conceitos jurídicos, elabora uma classificação dos mesmos de que importa aqui fazer uma resenha: parte do princípio de que a dita classificação tem por base as categorias de qualidade, quantidade, relação e extensão. Quanto à qualidade eles podem ser conceitos lógico-jurídicos ou conceitos jurídicos puros e conceitos jurídicos ou empíricos; atendendo à quantidade os conceitos podem ser singulares, plurais ou universais; já no diz respeito à sua relação podem ser dependentes ou independentes, compatíveis ou incompatíveis, correlativos e supra ordenados ou subordinados; por fim, quanto à sua extensão, podem ser determinados ou indeterminados.

⁵² *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, 2001, pág. 12.

Tem sido notório na doutrina um arrastar do conceito de negócio fiduciário com os caracteres que dizem respeito ao modelo tradicional romano⁵³. É preciso ter cuidado com esta forma de estudo, apesar de se admitir que muitos dos termos que são hoje utilizados em diversos ordenamentos jurídicos são tributo das civilizações antigas, e foram sofrendo alterações “sazonais” em diversos períodos da história. Ainda assim, é justo reconhecer que se mantiveram durante séculos graças à sua maleabilidade semântica e da sua estrutura, possibilitando o nascimento de novas formas negociais⁵⁴. Assim, nem sempre a *fiducia* romana é um óptimo referente para compreender as características, constituição e efeitos do moderno negócio fiduciário, mas é-o quando serve de referente histórico. É assim que autores autorizados concluíram que “as técnicas fiduciárias, tal como são aplicadas nos ordenamentos da *civil law*, apresentam um carácter anglo-saxónico, recorre-se mesmo ao *trust* para todas as espécies de propósitos fiduciários e em todas as ocasiões. Na *civil law* não existe uma técnica fiduciária genérica, mas antes um número de específicas instituições fiduciárias que variam de acordo com as partes envolvidas ou o propósito visado”⁵⁵.

II. Existem evidências de que o conceito de negócio fiduciário não é fechado, por isso, não há semelhanças totais entre a *fiducia* romana com o estado actual da construção dogmática sobre o negócio fiduciário, como Melhim Namem Xhalhub chamou negócio fiduciário pós-romano⁵⁶. Sendo criação social, a *fiducia* romana foi sofrendo os efeitos do tempo, adaptando-se aos movimentos sociais, económicos e linguísticos e a eles foram acompanhados pela criação doutrinal e jurisprudencial de forma contínua⁵⁷. Assim, não se compreende como certa doutrina moderna se encontra amarrada ao conceito romano, principalmente nos elementos

⁵³ Pais de Vasconcelos, “O efeito externo da obrigação no contrato-promessa”, *Scientia Iuridica*, Tomo XXXII, 1983, pág. 107 seg. Considerou o autor que os conceitos nem sempre andam próximos com a realidade da vida, o que faz desvirtuar o sentido do Direito. Mesmo referindo-se ao efeito externo do contrato-promessa, este é o seu pensamento: “O que no mundo dos conceitos parecia saudável revelava-se mórbido na vida e, não sendo o Direito um puro exercício intelectual, começou a doutrina a inquietar-se (...)”.

⁵⁴ Melhim Namem Chalhub, *Negócios Fiduciários*, 4ª ed., revista e atualizada, Renovar, Rio de Janeiro, 2009, pág. 32, diz, a propósito da modificação que os institutos jurídicos sofrem com o passar do tempo, que “ (...) como nenhum sistema jurídico é capaz de renovar-se com a velocidade das inovações ocorridas no campo económico, sucede que, a cada nova necessidade de ordem económica ou social, vão sendo adaptados velhos institutos jurídicos, mediante renovação de suas funções, para atender a essas novas necessidades”.

⁵⁵ M^a João Vaz Tomé/ Diogo Leite de Campos, *A Propriedade Fiduciária (Trust). Estudo para a sua consagração do Direito português*. Almedina, Coimbra, 1999, pág. 199.

⁵⁶ *Negócio ...*, ob. cit., pág. 39.

⁵⁷ Fernando Bronze, *Lições ...*, ob. cit., pág. 423, a propósito da função histórica do problema constitutivo das questões decididas, diz que “estão expostas à reconstituente dinâmica histórica, estão abertos à inovação no tempo”.

que a constituem, nomeadamente, quanto ao elemento confiança e ao elemento risco fiduciário, que não podem ser considerados da mesma forma, com a mesma intenção e funcionalidade⁵⁸. É possível defender a ideia de que aqueles elementos estruturais do conceito de negócio fiduciário ainda hoje permanecem, mas não com os fundamentos de ontem, senão, por outras razões que por via “dialéctico-argumentativa” e de intenção prática, poderão justificar uma nova compreensão.

Em função das dificuldades resultantes destes factores, em Espanha já se defendeu a ideia de que o negócio fiduciário não é uma figura jurídica nascida do ambiente sócio-cultural mas sim uma construção jurídica⁵⁹. São várias as dificuldades que se podem adicionar, como, por exemplo, indagar sobre a natureza do objecto a definir ou saber o que é afinal uma definição. Aqui recordamos Santo Agostinho quando abordava a noção de tempo: “O que é, pois, o tempo? Se ninguém me perguntar, eu sei; se desejar explicá-lo àquele que me pergunta, não sei”⁶⁰. É um pouco nesta linha que muitos autores têm tomado posição sobre o conceito de negócio fiduciário. Enunciam-no mas, quando se lhe solicita o fundamento ou as razões subjacentes à estrutura do referido conceito, nada encontramos. Regelsberger⁶¹ ensaiou uma definição que deu início ao estudo do moderno negócio fiduciário, e incentivou autores como Grassatti⁶² que definiu desta forma:

⁵⁸ O conceito de negócio fiduciário não faz parte dos conhecidos *conceitos gerais abstractos*. Mas considero que alguns, se não mesmo todos, os elementos estruturais do negócio fiduciário (confiança, risco) são conceitos que carecem de concretizações. Por isso, e como sabiamente afirmou Pais de Vasconcelos (“O efeito externo da obrigação no contrato-promessa”, *Scientia Iuridica*, Tomo XXXII, 1983, pág. 101-123), “A construção dos *conceitos gerais abstractos* é inevitavelmente feita pela fusão, num conceito superior, das «notas» de cada uma que não sejam comuns. Os conceitos assim construídos ir-se-ão sucessivamente fundidos em novos conceitos progressivamente superior, em que as características incomuns irão sendo sucessivamente separadas e os núcleos comuns isolados em conceitos de cada vez maior extensão e menor compreensão. O último dos conceitos, logicamente concebível, terá o cosmos por extensão e o vácuo por compreensão”. Esta fusão de conceitos apenas é possível quando entendemos que o Direito recepciona o conteúdo de novas realidades sociais capazes de oferecer juridicidade.

⁵⁹ António Martín León, *Negócios Fiduciários, Simulación y Transmisión de la Propiedad*. Aranzi. Pamplona, 2012, pág. 28. Este autor indicou outros autores, na nota de referência nº 7, como defensores desta posição. Também o autor disse que a diversidade de soluções doutrinárias quanto a natureza, conceito e estrutura do negócio fiduciário, chegou-se, com exagero de cada jurista ao fazer uma abordagem sobre a figura em questão, formular suas próprias concepções o que causou uma quase impossibilidade de oferecer um conceito que seja completo e goze de reconhecimento generalizado por parte da doutrina.

⁶⁰ *Confessiones*, XIV, pag. 7.

⁶¹ “Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession”, AcP, nº 63º, 1880, pág. 173.

⁶² Cesare Grassetti, “Del Negozio Fiduciario e della sua Ammissibilità nel nostro Ordinamento Giuridico”, in *Revista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Vol. 34 ed. Vallardi, 1936, pág. 363.

“Per negozio fiduciario intendiamo una manifestazione di volontà con cui si attribuisce ad altri una titolarità di diritto a nome proprio ma nell’interesse, o anche nell’interesse, del trasferente o di un terzo”.

Mariano Martorell⁶³, por sua vez, define negócio fiduciário assim:

“ (...) aquellos en que una persona (fiduciária) recibe de outra (fiduciante), que confia en ella, una plena titularidad de derecho en nombre proprio, comprometiendose a usar de ella solo en lo preciso para el fin restringido acordado, ya en interés suyo, ya también en el del transmitente o de un tercero”.

Na área do *trust* podemos indicar o inglês Sir Frederick Maitland⁶⁴ para quem o *trust* deve ser assim definido:

“When a person has rights which he is bound to exercise upon behalf of another or for the accomplishment of some particular purpose he is said to have those rights in trust for that other or for that purpose and he is called a trustee”.

Existem autores que na linha tradicional com raízes fortes no use, elaboraram definições mais clássicas. Foi assim com Lord Coke⁶⁵, que é datada do longínquo século XVII; no mesmo caminho seguiu Keeton⁶⁶, cujo conceito mais se parece com uma caracterização dos elementos estruturantes externos do *trust* do que com o seu verdadeiro conceito.

Fora do espaço tradicional do *trust*, a *Common Law*, o francês Pierre Lepaulle⁶⁷ estruturou uma definição assente na separação do património, facto que gerou polémica na

⁶³ *La Propiedad Fiduciaria*, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1950, pág. 67 seg.

⁶⁴ *Lectures on Equity*, 7th publ., of the 1st edition, Cambridge, 1932, pág. 44 seg. Este autor reconhece que a sua definição é vaga, mas era a melhor que podia oferecer. Nesta definição podemos vislumbrar que o seu autor pontifica a natureza jurídica da relação fiduciária e acentua os caracteres *in personam* da mesma.

⁶⁵ Cfr. David B. Parker / Anthony R. Mellows, *The Modern Law of Trusts*, 5ª ed., London, 1983, pág. 4 seg.

⁶⁶ Cfr. Donovan W. Waters, “The institution of the trust in civil and common law”, in *Recueil des Cours*, Vol. 252, 1995, pág. 117-451.

⁶⁷ *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, pág. 31.

doutrina da família jurídica de que fazia parte, mas veio problematizar a questão da titularidade do direito de propriedade. Disse assim o ilustre jurista:

“ (...) *Le trust est une institution juridique qui consiste en un patrimoine indépendant de tout sujet de droit et dont l'unité est constituée par une affectation qui est libéré dans les limites des lois en vigueur et de l'ordre public (...)*”.

Com o andar do tempo, o italiano Remo Franceschelli⁶⁸ compreendeu que definir e caracterizar o *trust* a partir das bases do *use* era negar o desenvolvimento das sociedades e a influência que elas têm nos institutos jurídicos. Mesmo vivendo fora do ambiente da *Common Law*, procurou elaborar uma definição que melhor se aproxima com a realidade. Para ele:

“*Il trust è un rapporto fiduciario, derivante dalla volontà privata o dalla legge, in virtù del quale colui (fiduciario, 'trustee') che ha su determinanti beni o diritti la proprietà formale ('trust-ownership', 'legal estate') o la titolarità è tenuto, per effetto della proprietà sostanziale ('beneficiary.ownership', 'equitable estate') che non è in lui, a custodirli e (o) ad amministrarli, o comunque a servirse a vantaggio di uno o più beneficiari, tra i quali può anche essere compreso, o di uno scopo*”.

A Convenção de Haia sobre a lei aplicável ao *trust*, de 1 de Julho de 1985, também oferece uma definição, que conforme o art. 2º, o termo *trust* refere-se a todas as relações jurídicas criadas – por acto *inter vivos* ou *mortis causa* – por uma pessoa, o constituinte (*settlor*), mediante a entrega de bens a um gestor (*trustee*) no interesse de um beneficiário ou com um fim determinado. O mesmo artigo, nas suas alíneas, descreve as características que um *trust* deve ter. Assim, a) os bens do *trust* constituem um fundo separado e não fazem parte do património do *trustee*; b) o título sobre os bens do *trust* está em nome do *trustee* ou de outra pessoa por conta do *trustee*; c) o *trustee* tem a faculdade e a obrigação prestar contas, de administrar os bens, de dispor dos bens nos termos do *trust* e obrigações particulares que resultarem da lei⁶⁹.

⁶⁸ *Il Trust nel Diritto Inglese*, 1ª ed., Cedam, Padova, 1935, pág. 138.

⁶⁹ Livre tradução.

No que ao *fideicomiso* diz respeito, figura que é um misto da fiducia romana com o *trust*, encontramos muitos conceitos que se vão alterando de uma ordem jurídica para outra, observando-se aí as diferenças de conceitualização, algumas com aproximação a *fiducia* romana, tendo como factor decisivo a confiança, considerando uma relação *uberrima fides*; noutros lugares ela tem mais conotações com o *trust* sem deixar de considerar a ligação do *fideicomiso* que se faz com o mandato irrevogável. Começemos por visitar o ordenamento jurídico do México onde a lei define *fideicomiso* como⁷⁰:

“En virtud del fideicomiso, el fideicomitente destina ciertos bienes a un fin lícito determinado, encomendando la realización de este fin a una institución fiduciaria”

Já a voz autorizada da doutrina mexicana o define como⁷¹:

“El acuerdo de voluntades cuya finalidad es la transmisión de ciertos bienes o derechos de un atorgante a otro, con la obligación adquirida por este último, de destinar el objeto transmitido a una finalidad específica”.

Encontramos no Porto Rico a lei e uma corrente doutrinária que aproxima o *fideicomiso* ao mandato e que é temperado pelo *trust* e se define como⁷²:

“El fideicomiso es un mandato irrevocable en virtud del cual se transmiten bienes a una persona, llamada fiduciario, para que disponga de ellos conforme lo ordena la que transmite, llamada fideicomitente, a beneficio de un tercero, llamado fideicomisario”

Como resultado do estudo para a unificação do direito privado na Europa, consta do *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) uma definição (Livro X, art. X.-1:201) que coloca em relevo os aspectos relacionados com as obrigações do *trustee*, nomeadamente o dever de

⁷⁰ Conforme se pode ler no art. 381º da Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC).

⁷¹ J. M. Villagorda Lozano, *Doctrina General del Fideicomiso*, Porrúa, 3ª ed., 1998, pág. 93 seg. Para este autor, o *fideicomiso* criado pela lei mexicana traduz-se num negócio fiduciário através do qual o fideicomitente transmite a titularidade de certos bens e direitos ao fiduciário, que está obrigado a dispor-se dos bens e a exercer os direitos para a realização dos fins estabelecidos em benefício do fideicomissário. Parece uma justificação muito mais próxima dos negócios fiduciários com raízes romanas.

⁷² Código Civil de Puerto Rico, art. 834º.

administrar os bens do *trust* e os poderes de disposição sobre tais bens⁷³. A norma define assim:

The trust as “a legal relationship in which a trustee is obliged to administer or dispose of one or more assets (the trust fund) in accordance with the terms governing the relationship (trust terms) to benefit a beneficiary or advance public benefit purposes”

III. O que de próximo pode ser apontado às definições de *fideicomiso* são serem um contrato unitário (acompanha a nova tendência de que apenas há um contrato com um aspecto real contraposto a uma obrigação), oneroso (parece serem muito poucos os acordos de gratuidade na actividade fiduciária), bilateral⁷⁴ (no sentido de que, mesmo naquelas situações em que o acto não é *inter vivos*, a legislação na maioria esmagadora dos casos considera o fideicomiso uma relação jurídica bilateral, ainda que na sua configuração pareça existirem três partes: fideicomitente, fiduciário e fideicomissário) e solene⁷⁵ (são seguidas com muito rigor as formalidades e as formas no acto constitutivo do negócio), nuns casos típicos e noutros atípicos.

O negócio fiduciário é muito mais do que resumidamente está dito⁷⁶. Primeiro temos que admitir que o negócio fiduciário abrange toda a relação jurídica fiduciária, seja a de origem romana, germânica, anglo-saxónica ou até o modelo fiduciário mais recente, que

⁷³ Veja-se a explicação deixada na página 271. Também, Sief van Erp, Arthur Salomos, Bram Akkermans, *The Future of European Property Law*, Selp, Munich, 2012, pág. 32.

⁷⁴ Jorge Hugo Lascala, *Prática del fideicomiso*, 3ª reimpr., Astrea, Buenos Aires, 2013, pág. 137.

⁷⁵ Mário A. Carregal, *Fideicomiso*, Heliasta, Buenos Aires, 2008, pág. 144 seg.

⁷⁶ O ponto assente e que não oferece discussão é que o negócio fiduciário nasceu em Roma. A sua expansão já é mais discutível, mas entendemos com Cristina Fuenteseca que “(...) *el origen del trust que algunos autores alemanes situán en Roma, quizá s’podría efectivamente encontrarse allí. Y no solo porque resulte lógica la explicación que aportan al indicar como probable que la fiducia se recibiese en Alemania manifestándose a través de la Treuhand y que fuese esta última figura la que se acogió en los países anglosajones. Quizá cabría entender que la fiducia se encuentra en el origen del trust porque muchos de los supuestos a través de los cuales esta se manifiesta recuerdan o muestran un gran parecido con figuras que historicamente existieron en Roma. A todo ello hay que añadir que hay que operar con las nuevas y modernas necesidades del tráfico que conllevan novedosas formulaciones de figuras que basicamente fueran ya conocidas en la historia. Como consecuencia de ello surge toda la problemática de encajar tales figuras en los diversos Ordenamientos*”. “Análisis de la posible relación entre la *fiducia* romana e el *trust* anglosajón”, *Revista de Derecho Privado*, nº 1, 1998, pag. 41-49

domina a América-Latina: estamos a falar no negócio fiduciário *stritu sensu*⁷⁷ ou de origem romana, na *fiduziarische Treuhand*⁷⁸, no *trust*⁷⁹ e no *fideicomiso*⁸⁰.

A *fiducia* nasceu em Roma. Já o sabemos. Com o passar do tempo foi sofrendo as influências das vicissitudes do tempo, também está claro. Com a expansão do Império, a cultura romana foi-se confrontando com outras formas de viver, de cultivar as terras e de organização social e política, bem como de crenças religiosas das zonas ocupadas. Estamos a falar do que aconteceu com o contacto com os povos nórdicos da Europa, indicamos o contacto com os povos árabes, os ingleses e com as diversas religiões, sendo as que mais significativo contacto tivera o Cristianismo⁸¹ e o Islão⁸². Este conjunto de influências fez com que a *fiducia* passasse a apresentar-se com nova roupagem mantendo, no entanto, sempre fiel o seu núcleo, observando-se nalguns casos alargamento do seu âmbito de aplicação.

⁷⁷ Cfr. António Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014, pag. 939.

⁷⁸ Foi Regelsberger quem desenvolveu a ideia do negócio fiduciário (*fiduziarischen Rechtsgeschäft*) na doutrina alemã. No entanto, Schultze, pensando de forma diferente, desenvolveu uma doutrina segundo a qual todos os casos que não eram reconduzíveis ao negócio fiduciário seriam tratados nos termos do conceito de *Treuhand*, próprio do Direito alemão. Naquele o autor defende que a quem foi confiado um determinado poder jurídico só usará a sua posição jurídica para um fim concreto e o outro não convencionado. Também defendeu que uma das marcas características do negócio fiduciário é a desproporção entre a forma jurídica adoptada e a finalidade prosseguida; já o último autor considera que haver a possibilidade de instituir-se testamentos e substituições fideicomissárias, para ele os dois institutos podem ser considerados como tipos diferentes da mesma categoria. Naquilo que não cabe, somos de preferência aderir a ideia de que todas as relações demonstradas pelos autores germânicos constituem verdadeiros negócios fiduciários entendidos de forma ampla, seguindo a linha conclusiva de Schultze.

⁷⁹ Giuseppe Messina, *Scritti Giuridici – Negozi Fiduciari*. Milano: Dott. A. Giufrè, Editores, Vol. I, 1948, pág. 100 e 166. Este autor é de opinião que no Direito inglês a figura do *mortgage* se assemelhava à *fiducia pignoratícia*, com a diferença de o *estate* poder ser atribuído ao credor sob condição resolutiva, situação que não ocorre na *fiducia romana*.

⁸⁰ Sobre o *fideicomiso* é importante a observação feita por Rafael De Piria Vara, *Derecho Mercantil Mexicano*, Editorial Porrúa S.A. México, 1978, pág. 309, segundo a qual o negócio fiduciário é fundamentado na confiança entre as partes que celebram o contrato; o fundamental do negócio fiduciário é o elemento confiança, ou seja, “o essencial, o básico, o definitivo”. Por este motivo o fideicomiso é uma espécie de negócio fiduciário. Ainda pode ser consultado Sérgio Rodrigues Azuero, “Negócios fiduciários em América Latina”, 1ª ed., Legis Editores S. A., Colômbia, 2005, pág. 2.

⁸¹ Franz Wieacker, *História do Direito Privado Moderno*, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, trad. António Manuel Botelho Hespana, 1993, pág. 17 seg. Defende o autor que “a cristandade fixou desde o início o conceito de direito”.

⁸² Quanto a influência além Reno, podemos destacar a figura do Salmann com as suas especificidades fiduciárias e a existência do *use* próprio dos germanos, das figuras do *Hand*, *Treue* e *Treuhand*. A ocupação romana nos territórios de cultura muçulmana criou uma mescla que atingiu fortemente o Direito Romano. Simplesmente esta influência surgiu num momento em que o Direito Islâmico se identificava abertamente como estando sobre a base de um Lei Divina, o que para os Romanos não era concebível. Para mais desenvolvimentos, apesar de ser referência para o *Trust*, veja-se A. Barreto Menezes Cordeiro, *O Trust ...*, ob. cit. pag. 305-401.

IV. O termo negócio fiduciário foi criação de Regelsberger que a descreveu como sendo “um negócio seriamente desejado, cuja característica consiste na incongruência ou heterogeneidade entre o escopo visado pelas partes e o meio jurídico empregado para atingi-lo”. A paternidade desta criação, mais caracterizadora do elemento funcional da figura jurídica do que de um conceito, pode ser provada com um extracto de uma afirmação proferida pelo Autor: “eu quero propor para esta forma jurídica a denominação negócio fiduciário, para a qual nós temos um exemplo nas fontes”⁸³, preferindo fazer um enunciado na base de elementos práticos existentes e não uma definição como tal.

O conceito resumido de que negócio fiduciário seria aquele através do qual o fiduciante transmite de forma plena um direito, máxime, de propriedade, ao fiduciário para que este, nos termos de um acordo, fique obrigado a exercê-lo e a retransmiti-lo ao fiduciante ou a um terceiro decorrido um lapso de tempo ou se cumprir um determinado fim, parece-se mais com o negócio fiduciário de origem romana, mas a sua vocação expansiva e também congregadora, nos permite avançar para o entendimento de que o instituto fiduciário abarca o negócio fiduciário continental, verdadeiramente de origem romana, a *fiducia* criada além Reno⁸⁴, o trust anglo-saxónico⁸⁵ com assinalável desenvolvimento moderno nos EUA e o *fideicomiso* da América Latina. Esta constatação dogmática é possível se adoptarmos a

⁸³ Livre tradução.

⁸⁴ John Gilissen, *Introdução ...*, ob. cit., pág. 17. Este autor informa que “o sistema jurídico dos povos germânicos que viviam a leste do Reno e a norte dos Alpes na época romana era ainda um direito tribal arcaico e pouco desenvolvido. Alguns destes povos invadiram a parte ocidental do Império Romano, sobretudo no século V; assim, os Francos instalaram-se nos territórios da Bélgica actual e do Norte da França, os Visigóticos na Península Ibérica e no Sudoeste da França”. Avança dizendo que “a partir da época carolíngia, a fusão dos dois sistemas jurídicos – o romano e o germânico – realizou-se aí, mas num quadro político e social novo, que dá origem a um sistema jurídico de tipo feudal (séculos X a XII)”.

⁸⁵ Sebastião Cruz, *Actualidade e utilidade dos estudos romanísticos*, 2ª ed., Coimbra, 1982, pág. 18. O autor assevera que “O Direito Romano é, pois, mais dogma do que história, e até mais prática do que teoria”. Fica aqui expressa a importância que o Direito Romano exerceu na construção do instituto fiduciário e nas várias formas como se apresenta: com *roupagens* diferentes, o que faz apresentar processos de funcionalidade com pontos semelhantes mas, no geral, com identidade diferente. O negócio fiduciário continental nasceu na Roma antiga. A *fiducia* germânica nasceu com os estudos de Regelsberger – *Zwei Beiträge zu Lehre von der Cession*, 63 AcP, 1880, pág. 157-207. Tendo como pressuposto da sua doutrina fiduciária a posição sobre a distinção entre negócios simulados e negócios fiduciários, pela primeira vez determinou que o negócio fiduciário não se baseava na desconformidade entre a vontade real e a vontade declarada, mas numa verdadeira intenção. Quanto à dita desproporção entre o meio e o fim, o pandetista desdramatiza a questão rebatendo que, apesar do fiduciário ser titular do direito da propriedade a si transmitida, na prática ele fica vinculado ao acordo (*pactum fiduciae*) e obrigado perante o fiduciante a cumprir nos exactos termos do acordo. O *Trust* surgiu na Inglaterra e é precedente dos *uses*. Nasceu no século XIII e sofreu bastantes metamorfoses como resultado, entre outras causas, da resistência que a Coroa foi fazendo – Frederic William Maitland, *Equity: A course of lectures*, Org. Chaytor/Whittaker, Ver. Brunyate, 2ª ed., Cambridge, University Press, 1936, pág. 130. Cada uma das “modalidades” sofreu com os sinais do tempo, moldando-se segundo as necessidades dos homens, sendo uma resposta pronta aos problemas que os indivíduos encontravam no seu labor.

doutrina da expansão do conceito de negócio fiduciário que ultrapassa as relações clássicas fiduciárias⁸⁶ caracterizada pela deslocação do conceito do círculo dos institutos jurídicos próprios do Direito Real, indo congregando relações pessoais e não patrimoniais⁸⁷, mas situadas no largo campo das situações fiduciárias.

Contra a doutrina expansionista existem várias teorias que defendem a ideia de que todas as relações fiduciárias são tipificadas, o que facilita a qualificação de uma relação como fiduciária e possibilitaria a aplicação do seu regime jurídico⁸⁸. No entanto, esta doutrina não logrou espaço de unanimidade, num primeiro momento no Direito anglo-saxónico⁸⁹ e depois no espaço luso, que tendo havido alguma timidez⁹⁰, foi-se afirmando⁹¹, considerando que as regras do mandato sem representação podem muito bem expandir-se para todas as relações fiduciárias, ainda que não estejam tipificadas na lei. Com a aceitação da doutrina que defende a expansão do conceito fiduciário aos dois elementos clássicos do conceito de negócio fiduciário – a relação de *especial* confiança e o risco de abuso (?) – é de acrescentar dois outros: primeiro, a deslocação para a esfera jurídica do fiduciário da titularidade plena e exclusiva de um direito, tendencialmente patrimonial, que o coloca numa posição de proprietário

⁸⁶ Sobre um entendimento diferente veja-se A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014, pag. 477, para quem a concepção expansionista dificultaria um entendimento sobre as relações fiduciárias. Já uma tese de construção fiduciária unitária convocaria uma aproximação dogmática das diferentes relações fiduciárias.

⁸⁷ J. Harris, *The Hague Trusts Convention: Scop, Application and Preliminary Issues*, Hart Publishing, Oxford, 2002

⁸⁸ Não é a doutrina unitária de que fala A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust ...*, ob. cit., pág. 509. Esta doutrina congrega várias teorias. O autor enumera as seguintes: Teoria da propriedade (que define a relação fiduciária como sendo a que apresenta uma separação entre a titularidade do direito de propriedade ou o exercício do seu controlo e o benefício efectivo do bem ou direito); Teoria da actuação no interesse de terceiro (que defende a relação fiduciária com aquela em que “um sujeito que se compromete em actuar no interesse de terceiro”); Teoria do poder ou da discricionariedade (caracterizada pelo facto de que ao fiduciário lhe são atribuídos amplos poderes discricionários, “cujo exercício deve sempre guiar-se pela prossecução dos fins e objectivos que estão na sua constituição”); Teoria do enriquecimento sem causa (os benefícios obtidos pelo fiduciário podem ser qualificados como enriquecimento sem causa se ocorrer “violação do dever de lealdade” e “má fé do enriquecido”); Teoria do escopo (quando o fiduciário aceitar tomar esta posição contratual, deve comprometer-se “a prosseguir os objectivos para os quais foi contratado”, não podendo em nenhuma circunstância afastar-se desse fim, “sob pena de violar os deveres assumidos”), e Teoria da expectativa razoável (a “relação fiduciária emerge em situações nas quais foi criada, na esfera jurídica do beneficiário, numa expectativa de que o fiduciário irá dar prevalência aos interesses do beneficiário em detrimento dos seus interesses pessoais ou interesses de terceiros”).

⁸⁹ Vera Bolgar, “Why no Trusts in the Civil Law?”, 2 *Am. J. Comp.*, 1953, L. 204. Na mesma linha e mais recentemente, F. Guillaume, “Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s’effrite”, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2000, n° 1, pág. 1.

⁹⁰ Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 251 seg.

⁹¹ André Figueiredo, *O Negócio ...*, ob. cit., pág. 67-71.

fiduciário⁹² e, segundo, os deveres do fiduciário para com o fiduciante e para com os beneficiários, fazendo valer a importância do *pactum fiduciae*.

V. Para avançar para uma proposta de um conceito que represente ser mais actual, é imperioso fazermos uma caracterização dos elementos estruturantes do negócio fiduciário. Já existem elementos suficientes para, a partir deles, fazermos a demonstração de algumas incongruências existentes na doutrina, levantar-se o véu que obscurece as relações internas e as projecções externas da relação fiduciária, na insistente permanência na ideia vaga de que o risco negocial é especial na relação fiduciária, e que o negócio fiduciário deve ser conceitualizado convocando a confiança.

Em primeiro lugar, não é exclusivo do negócio fiduciário a presença da confiança. Este princípio existe em todas as relações sociais. A confiança, que dá paz e tranquilidade, deve estar na base das relações que o homem estabelece. Sem confiança não pode existir uma vida de relação apetecível, digna de ser vivida. Sabemos que o “consumismo” trouxe a contratualização em massa e esta muitas vezes ofereceu fragilidades que levaram a desconfiar da “confiança”. Por isso, não é mais feliz o panorama contratual, que já foi apelidado de “crise do contratualismo”⁹³. Vive-se um pouco a ideia do “cumpro se me convém, ao contrário não cumpro e discuto os danos”. Muitíssimas vezes não se cumpre com o imperativo moral de

⁹² Preferimos a expressão “proprietário fiduciário” para não oferecermos uma discussão vã. Na verdade, transmissão ou aquisição do direito de propriedade pelo fiduciário está funcionalizada em atenção a finalidade do negócio fiduciário.

⁹³ José Hermano Saraiva, *O que é o Direito? A crise do Direito e outros estudos jurídicos*, Editora Gravita, Lisboa, 2009, pág. 334. Para justificar a afirmação, o autor expõe o seguinte: “por *crise do contratualismo* podem entender-se várias realidades diversos. Dentro de uma primeira orientação – a que chamaremos *positiva*, porque ela se reporta às inovações surgidas no terreno do direito positivo – designa-se com essa expressão ora uma aguda, de decadência ou de metamorfose profunda, da própria instituição contratual do contrato considerado nele mesmo (sentido restrito), ora a própria subversão, considerada iminente ou possível, de todo um sistema que via na contratualidade o ideal a atingir, «a forma perfeita e definitiva, a forma de equilíbrio, para a qual os fenómenos sociais tendem sem cessar» (sentido amplo). Para uma outra orientação, a que se poderá chamar *doutrinária*, a *crise* é mais de teoria dos contratos que dos contratos em si; consiste no desajustamento dos conceitos contratuais aos novos factos, na distância, que cada nova análise verifica ser maior, entre a dogmática das obrigações e a respectiva realidade.

É no último dos sentidos indicados que nós tomamos a fórmula. É só nesse sentido, parece-nos, que ela designa um problema de interesse capital para o civilista, e especificadamente da sua competência. Na realidade, o exame dos factos positivos – se o contrato tende a aumentar o seu campo e a florescer sob novas formas, denunciadoras de vitalidade, ou se, pelo contrário, dado o facto de não corresponder às necessidades da vida actual, ele vê chegar a hora do seu crepúsculo – constitui matéria de história ou de sociologia, e matéria de que podem resultar as mais úteis consequências para a ciência jurídica; mas não é, considerado em si mesmo, um problema jurídico. Pelo contrário, o problema que consiste no divórcio da teoria e da realidade, da dogmática e da técnica, esse é já um problema caracterizadamente do âmbito da ciência do direito; porque no fundo das coisas, é a própria ciência do direito que está em jogo, é ela que é chamada a fazer a sua justificação”.

respeitar a palavra dada e fazer fé ao prometido. Também poucos seguem o princípio segundo o qual o contrato deve unir utilidades com justiça e que às partes no negócio deve ser repartido os benefícios, tirar um proveito para ambas as partes⁹⁴, e não cada um buscar o máximo benefício para si e se desinteressar da situação da contraparte, alegando que são as consequências do mercado.

Portanto, a confiança, na esfera do Direito, constitui uma janela através da qual o elemento ético ingressa no mundo jurídico, seja como princípio básico da vida social – sem a qual seria impossível conceber uma convivência em sociedade – mas também, e fundamentalmente, criando deveres específicos de conduta conforme as expectativas criadas e razoáveis por parte dos sujeitos. Para a área contratual a confiança é um importante princípio da contratação e para o Direito dos danos é um centro de atribuição objectiva de responsabilidade.

Assim, não pode conceber-se como factor exclusivo dos negócios fiduciários, que seja opinião generalizada que a característica relevante dos negócios fiduciários é que são negócios de confiança. O facto da denominação sugerir a indicação confiança – fiducia que provém do latim *fides*, que significa confiança – não significa, como expressou Ambrosini, “que os negócios de confiança são negócios fiduciários em sentido lato”, muito menos podemos andar na esteira de Kiper e Lisoprawski que entendem que, vinculada a confiança, está *la potestad* de abuso do fiduciário relativamente ao negócio que lhe foi confiado, estando adstrito a ele o perigo de que possa não cumprir, nos termos acordados, os seus deveres ou ir mais longe do que deveria, considerando que a situação de perigo constitui “*el nervio*” do negócio fiduciário⁹⁵.

⁹⁴ Não nos esqueçamos que hoje é doutrina aceite que os danos podem registar-se para lá das partes contratuais e virem inscrever-se na esfera jurídica de terceiros. Cfr. Fernando Oliveira e Sá, “Contrato e Liquidação de Dano de Terceiro – Análise de uma Hipótese”, *Novas Tendências da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 207-251. Noutro sentido, há responsabilidade civil de terceiro, ou seja, a acção geradora do dano não é imputável ao devedor, mas sim a um terceiro. Cfr. E. Santos Júnior, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, Almedina, Coimbra, 2003. No prefácio da sua dissertação, o autor, logo no seu início, coloca o centro da investigação: “o problema nuclear desta dissertação é o de saber se um *terceiro* pode ser responsabilizado, perante o credor, por lesar o direito de crédito ou, noutra perspectiva, por interferir com o contrato obrigacional”. Continua defendendo-se que “vai de si que uma resposta positiva ao problema passará, em face da clarificação do conceito de terceiros, em relação à obrigação e ao contrato obrigacional, e da consideração das diferentes *formas de interferência* por parte de terceiros, pela determinação da *natureza* dessa sua responsabilidade, bem como pela definição de quando e como podem ser responsabilizados”.

⁹⁵ *Tratado de Fideicomiso*, Tomo I, 3ª ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2012 pág. 15. André Figueiredo, nesta senda, explica que “a principal consistência das tentativas de conceptualização do fenómeno fiduciário, mesmo na doutrina mais actual, reside na *contaminação* do conceito de negócio fiduciário com

V. Há outros autores que consideram que o negócio fiduciário se apresenta como um negócio complexo em virtude de existir nele uma combinação entre um negócio real de transmissão plena vinculado a um negócio obrigacional que tende a moderar os efeitos daquela transmissão. Um sistema binário onde cada um dos negócios produz os seus efeitos próprios independente do outro. É a doutrina seguida por Ferrara⁹⁶, antecedido por Regelsberger⁹⁷, que sustentou que o negócio fiduciário é uma forma complexa que resulta da união de dois negócios de índole e efeitos diferentes: um contrato real positivo (a transferência da propriedade, ou do crédito, tem lugar de modo pleno e irrevogável) e um contrato obrigacional negativo ou *pactum fiduciae* (obrigação do fiduciário praticar determinados actos e depois retransmiti-lo ao fiduciante ou a terceiro). Daqui resulta, defendem, a desarmonia entre o fim, que as partes se propuseram realizar e o meio jurídico utilizado.

Esta posição não é de aceitar, pois, na doutrina portuguesa, duas conclusões e, possivelmente, um casamento entre a doutrina e jurisprudência, vêm afasta-la, de resto foi a base desta doutrina que levou a que muito tarde fosse admitido o negócio fiduciário no território luso. São: a consideração da existência de forma autónoma da prática de um acto de

alegados traços do regime, relacionados com a quase sempre pressuposta *debilidade* que caracteriza a posição do fiduciante – mas que são afinal incertos. Persiste a identificação generalizada da essência do negócio fiduciário com uma alegada possibilidade de abuso da parte do fiduciário ou, visto da perspectiva do fiduciante, com o chamado risco fiduciário, identificado com a recusa de (re)transmissão do bem fiduciário, com a insolvência do fiduciário ou com a alienação a terceiros do acervo patrimonial que constitui o objecto da relação fiduciária. Isto em consequência da transmissão de uma situação jurídica plena para o fiduciário (*efeito real*), limitada apenas nos termos do *pactum fiduciae* (*efeito obrigacional*), da qual resultaria, como traço incontornável da relação fiduciária, aquela de especial vulnerabilidade em que ficaria investido o fiduciante.

Em si mesmo, a possibilidade de *abuso* por uma das partes de uma relação contratual, ou melhor, de incumprimento de um programa contratual não constitui, seguramente, um traço distintivo do negócio fiduciário; esta é antes uma característica (*rectius*, uma contingência) comum a todos os tipos contratuais em que credor e devedor se apresentam com pretensões recíprocas de fonte negocial. Assim sendo, pouco sentido faz, nem é sequer comum (salvo no que ainda diz respeito à doutrina do negócio fiduciário...), caracterizar dogmaticamente uma determinada categoria contratual tomando como elemento definidor o risco de incumprimento. Alias, a situação potencialmente *arriscada* que a doutrina insiste em assinalar como característica distintiva do negócio fiduciário – o reconhecimento, a uma das partes, de uma posição plena e, a outra, de uma posição creditícia que se projecta sobre o bem que é objecto daquele direito – pode, com relativa facilidade, ser identificada noutros quadrantes, incluindo em contratos tipificados, sem que isso lhes seja apontado como traço diferenciador. Na verdade, se se pretender definir o negócio fiduciário com base na possibilidade de incumprimento, pelo fiduciário, do acervo de obrigações de fonte negocial a que se encontrava vinculado e, por essa via, com base no risco de desvio do bem fiduciário para fins que não os constantes do *pactum fiduciae*, não se estará a identificar um traço que, por si só, distinga esta categoria negocial da generalidade dos tipos contratuais. Isto para além da aparente contradição, presente ainda na literatura actual, que é assinalar como traço característico do negócio fiduciário a situação de debilidade do fiduciante, para depois encontrar, no direito positivo, fundamentos sólidos que afastam essa debilidade”. *O Negócio Fiduciário Perante Terceiros*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 77-78.

⁹⁶ Francesco Ferrara, “La simulación de los negocios jurídicos” (Della simulazione dei negozi giuridizi), *R. D. P.* Madrid, 1956, pág. 57.

⁹⁷ Ferdinand Regelsberger, “Zwei Beiträge ...” ob. cit., pág. 174.

atribuição de um direito ao fiduciário e outro que é a obrigação do fiduciário retransmitir o bem ao fiduciante ou dar outro destino, conforme o estabelecido na causa *fiduciae*; a admissibilidade da posição jurídica de proprietário temporário, por isso, tendencialmente pleno e exclusivo do fiduciário, leva a existência de negócios com eficácia real fora do princípio do *numerus clausus*⁹⁸ constante no art. 1306º do CC. Voltaremos ao assunto.

Para não arriscar uma definição, vamos tentar demonstrar muito sumariamente os pontos estruturais do negócio fiduciário, tendo em atenção a forma como é olhada a figura nos diferentes ordenamentos jurídicos: assim, na maioria do direito da *civil law*, *fiducia*, no direito germânico o *Treuhand*, no sistema anglo-americano o *trust*, no direito latino-americano o *fideicomiso*, constituem diferentes denominações para referir o conceito através da qual uma parte (“fiduciante”, “constituyente”, “settlor”) transfere a titularidade de um ou vários direitos a outra (“fiduciário”, “trustee”), para sua afectação a uma determinada gestão em benefício próprio ou de terceiro, ou para garantia de um crédito. Esta estrutura básica tem de comum entre todos os ordenamentos jurídicos citados o facto de haver “fiduciário e fiduciante”, mesmo com nomes diferentes, separação entre titularidade e benefício económico e afectação do bem a um fim específico negocialmente determinado, havendo diferenciação, por vezes substancial, na regulamentação específica da figura⁹⁹.

Por isso, dependendo do sistema legal de cada ordenamento jurídico e tendo em atenção o espaço que cada um oferece ao princípio da autonomia da vontade, seriam distintas as fontes de onde procedem o instituto jurídico, os instrumentos utilizados para o desdobramento entre titularidade e benefício, a capacidade de exercício de direitos activa e passiva, os fins que se podem prosseguir, os bens que podem ser seu objecto, os direitos e deveres das partes e os “remédios” para assegurar o cumprimento, entre outras questões. No entanto, não obstante as semelhanças apontadas, podendo considerar-se que os negócios fiduciários acolhem várias manifestações fiduciárias, há pontos que os tornam figuras jurídicas diferenciadas, autónomas, com tipicidade técnica e social própria, susceptível de ser estudada e aplicada com critérios independentes umas de outras. Não desistindo da ideia central, se apela a um esforço de uma aproximação das diferentes relações dogmáticas, cujo núcleo congregacional seria a titularidade fiduciária. Antecipamos que trata-se de um instituto muito

⁹⁸ André Figueiredo, *O Negócio...*, ob. cit., pag. 66.

⁹⁹ David J. Haydon, “The distinctive characteristics of the Trust in Anglo-Saxon law”, in *Trust & Fiducie – la Convention de La Haia et la nouvelle législation luxembourgeoise*, Ed. Montchrestien, Paris, 2005 pág. 1.

rico em detalhes técnicos no vasto campo da ciência jurídica, o que por si só oferece dificuldades em fundamentar posicionamento dogmático.

2 - *Fiducia* e confiança

I. Os institutos jurídicos de origem romana exigem dos seus estudiosos um esforço acrescido, primeiro porque corresponde a uma sociedade extinta com o tempo, depois esforço no que toca a interpretação das suas fontes e, por fim, um recuar a realidade histórico-social que rodeava os romanos, a influência que deixava nos territórios conquistados mas também a influência que recebiam das culturas “conquistadas”.

Muitos dos conceitos que hoje são utilizados na ciência jurídica têm forte influência do direito romano, apesar da distância secular que nos separa, o que muitas vezes leva a interpretações erradas de institutos jurídicos cuja ligação umbilical é por demais hoje patente¹⁰⁰.

Epistemologicamente *fiducia* significa sentimento de confiança ou de segurança. Provém do vocábulo *fides*, que representava uma divindade do culto politeísta romano. A mitologia envolta nesta divindade justifica-se pelo facto de que os Romanos sempre que celebravam um negócio este Deus era invocado para proteger o seu cumprimento, punindo os incumpridores e tutelando os cumpridores¹⁰¹. Foi por este factor religioso e de honorabilidade

¹⁰⁰ Diga-se, a propósito, da referência que Fustel de Coulanges, *A cidade antiga*, Clássica Editora, Lisboa, 1988, pág. 5, fez sobre a influência greco-romana sobre a nossa cultura hoje: “O nosso sistema de educação, obrigando-nos a viver desde a infância na tradição dos gregos e dos romanos, habituou-nos a compará-los sempre connosco, a julgar a sua história pela nossa e a explicar as nossas revoluções pelas deles. Quanto de gregos e romanos conservamos e por estes nos foi legado faz-nos ver quanto a estes povos nos assemelhamos; pesa-nos, pois, ter de considerá-los como povos estrangeiros; e assim, a estes, quase sempre os interpretamos como a nós mesmos. Deste modo de ver, procedem inúmeros erros. Enganamo-nos redondamente quando só apreciamos estes povos antigos através de opiniões e á luz de factos do nosso tempo”.

¹⁰¹ António dos Santos Justo, *Direito Privado Romano I* (Parte Geral. Introdução. Relação Jurídica. Defesa dos Direitos) 5ª ed., Studia Iuridica 50, 2011, pág. 24, dissertou que “a *fides*, cujo significado originário terá sido o acto por que uma pessoa se vinculava a outra, adquiriu, mais tarde, o sentido de razão ou causa justificativa desse vínculo: ‘ter confiança’, ‘ter fé’, e, reciprocamente, ‘merecer a fé de alguém’. Depois passou a significar ‘responsabilidade’, o ‘cumprimento fiel da palavra’ e dos contratos, o sentimento de lealdade contratual. Porém, embora não fosse exigível juridicamente (equivalia a honorabilidade, proibidade, honradez, confiança), a *fides* constituía uma força moral que se impôs no mundo do direito, onde desempenha uma função importante: nas relações entre o Estado e magistrado e entre Roma e os povos submetidos; na obrigação de o magistrado respeitar as normas fixadas no seu *Edictum*; no reconhecimento e na sanção jurídica dos contratos não formais; na recusa da faculdade de resolução de contratos; na força vinculativa do juramento; na sanção de numerosos contratos que têm por base a fidúcia (*mancipatio* e *coemptio fiduciae causa*, *usureceptio fiduciae*, *fiduciae* propriamente dita, etc.) e nos *negotia bonae fidei*”.

que despiu a *fiducia*, nas suas origens, de tutela jurídica, preferindo-se o temor pela regra divina.

A confiança que está ligada à figura da *fiducia* não deve ser ligada à responsabilidade pela confiança no geral. Na *fiducia*, e nos termos historicamente considerados, a confiança resultará de um acordo em que a transferência da propriedade é operada fiduciariamente por meio de *mancipatio* ou *in iure cessio*, acordo que constará num *pactum fiduciae*. Na *fiducia* a confiança é elemento constituinte do *pactum*, logo, aqui se está a falar da confiança romana que era pois um *nudum pactum* operante na era pré-clássica, mediante a *mancipatio* ou a *in iure cessio* se transmitia a propriedade sobre o bem do fiduciante ao fiduciário através de um *pactum* oposto ao acto de transmissão e pelo qual o fiduciário ficava obrigado a restituir o bem ao fiduciante ou a dar-lhe determinado destino. Como este *pactum* era um “pacto nu”, sem capacidade para a *actio*, apenas a confiança que o fiduciante depositava no fiduciário servia de garantia de cumprimento¹⁰². Terá sido o pretor quem sancionou o *pactum* através da *actio in factum* que, com o passar do tempo, talvez no fim da República, se dividiu em duas *in ius*, reconhecendo o *ius civile* a *fiducia* como um verdadeiro *contractus* transmissível¹⁰³. Passou a haver a *actio fiduciae* directa, que podia ser utilizada pelo fiduciante, sempre que o fiduciário não cumprisse com o estabelecido no *pactum*, e a *actio fiduciae contraria*, que era um direito do fiduciário que poderia utilizar contra o fiduciante sempre que este não cumprisse com alguma obrigação que a execução do *contractus* fizesse nascer para si¹⁰⁴. Postos aqui, é importante saber se hoje podemos comparar ou parificar a *fiducia* da confiança como fonte de responsabilidade civil ou como elemento integrador ou constituinte de uma relação contratual.

II. A responsabilidade civil pela confiança está consagrada no nosso ordenamento jurídico. Tem a sua matriz no facto de que quem causa confiança à outra pessoa, e a frustrar, deve responder, sob determinadas condições, pelos danos que causar. Encontramos vários sinais interpretáveis, dentro da nossa experiência jurídica, de exteriorização da responsabilidade pela confiança. Entretanto, para que haja responsabilidade pela confiança, é

¹⁰² Tiago Reis de Athayde Matta, *FIDUCIA*, Relatório de Mestrado FDUC, Coimbra, 2006.

¹⁰³ A. Santos Justo, *As acções do pretor (actiones praetoriae)*, separata do vol. LXV do BFDUC, 1989, pág. 22 seg.

¹⁰⁴ José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, 15ª ed. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2012, pág. 487.

importante que se registem os seguintes pressupostos: a) um facto; b) uma justificação objectiva; c) um investimento de confiança; e d) uma imputação da situação a outrem¹⁰⁵.

Na outra situação, a confiança está relacionada com o sistema jurídico no seu todo¹⁰⁶. Na verdade, a confiança tem um grande relevo quando, na base da autonomia da vontade, se abrem espaços de livre regulação, por fragilidade de regulamentação legal ou por insuficiência ou incompletude contratual, é possível assistir-se “a uma especial confiança depositada pelo fiduciante na capacidade de o fiduciário adoptar o seu comportamento e tomar as decisões certas no espaço de discricionariedade que lhe é reconhecido, conformes com a prossecução do objecto que subjaz àquele arranjo contratual”¹⁰⁷.

Como muitas vezes se constata, não é possível ao legislador normatizar tudo, existindo sempre um “campo livre de vinculação jurídica”¹⁰⁸ que se constitui em interdependência com o “problema dos limites do direito ou da jurisdição”¹⁰⁹, outras vezes, também não é possível às partes conseguirem prever todos os comportamentos devidos por eles ante as situações que não são passíveis de uma avaliação prática antes da execução do contrato. No entanto, esta dificuldade não é exclusiva dos negócios fiduciários, pelo contrário, são transversais ao direito dos contratos. Logo, no que tange à relação fiduciária, importa observar que a confiança depositada pelo fiduciante ao fiduciário está ligada ao programa contratual em si, ao espaço normativo livre definido por lei ou pelas partes, em que se possa tomar decisões que estejam em consonância com o interesse do fiduciante ou de terceiro e possa assegurar a realização do escopo fiduciário, situação que nos negócios ditos de confiança esta não faz cobertura do espaço normativo de actuação das partes, apenas sendo convocada quando “se

¹⁰⁵ Carneiro da Frada escreveu a propósito destas matérias que “o nosso ponto de partida e a imagem que a responsabilidade pela confiança apresenta de si mesma, pela voz dos seus mais autorizados defensores, e que se exprime em determinados pressupostos, hoje sedimentados também na jurisprudência. Passado por cima de discrepâncias ou pontualizações, de pormenor para o propósito de agora, importa reconhecer que a responsabilidade pela confiança exige, antes de mais, uma atitude de confiança alicerçada num facto apto a produzi-la; depois, uma justificação objectiva para essa confiança (pois de ordinário a ligeireza ou a falta de cuidado não merecem ser atendidas); um investimento de confiança, traduzido numa atitude ou actuação que o confiante tenha desenvolvido com base na sua convicção; finalmente, numa imputação da situação a outrem, em termos que justifiquem no plano ético-jurídico a sua responsabilidade”. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2007, pag. 585.

¹⁰⁶ Carlos Ferreira de Almedina, Contartos, I, ob. cit., pág. 200 seg., considera a confiança como um critério geral de tutela. Também Baptista Machado, *Tutela da Confiança e “venire contra factum próprio”*, em “Obras Diversas”, I, Braga, 1991, pág. 345 seg.

¹⁰⁷ André Figueiredo, *O Negócio...*, ob. cit., pág. 80-81.

¹⁰⁸ A. Castanheira Neves, *Metodologia ...*, ob. ci., pág. 206.

¹⁰⁹ A. Castanheira Neves, *Metodologia ...*, ob. cit., pág. 206-229.

trate de assegurar o cumprimento de expectativas ou de compensar a sua frustração em si mesmo, sem absorver desta protecção às mãos de outro fundamento”¹¹⁰.

III. O negócio fiduciário não é um negócio de confiança, mas é um negócio em que o fiduciante necessita de requisitar nas qualidades do fiduciário os elementos necessários que possam assegurar-lhe que pode contratar, não sendo importante que o fiduciário *induza* o fiduciante a confiar nele; pelo contrário, são as qualidades do fiduciário para executar o tipo negocial em concreto, avaliadas pelo fiduciante e não lhe oferecidas, e a protecção do seu interesse, que criam a confiança, por isso, é de considerar fundadamente que um dos activos mais importantes do sistema contratual fiduciário é a confiança¹¹¹, porque neste sentido, a confiança é elemento essencial do negócio fiduciário, não como elemento relacionado com situações de ordem declarativa, mas da sua estrutura funcional. Dito de outra forma: não estamos em sede do “sistema de protecção da confiança”¹¹², enquanto instituto dogmaticamente independente; estamos sim na *estrutura orgânica*, não para justificar uma possível *causa* de ineficácia do negócio fiduciário, porque não foi legítima a declaração negocial¹¹³, mas como elemento cujo sentido axiológico leva a considerar como aspecto interno do negocio fiduciário, e não como elemento *produtor* de um efeito externo, manifestado com a exteriorização da vontade negocial¹¹⁴. Nem todos aceitam esta teoria, no entanto, se averiguarmos a dimensão jurídico-normativo, bem como a teleologia subjacente à ideia de protecção, facilmente concluiremos que o ordenamento faz valer os seus valores, desabrochar as ideias de estabilidade, segurança e confiabilidade jurídicas. O normal na vida

¹¹⁰ Carneiro da Frada, *Teoria da...*, ob. cit., pág. 552-553.

¹¹¹ A palavra *confiança* não deve ser tomada no sentido linguístico que *ontologicamente* estabelece uma relação entre o *significante* e o *significado*. Não devemos qualificar a *confiança* como significação fechada no seu sentido puramente linguístico e específico, mas sim compreender postulando as diferenciações que os conceitos de *sentido*, *significação* e *intenção* nos oferecem. Pois bem, o *sentido* que se deve ter da *confiança* no negócio fiduciário é particular, como deve ser próprio o *significado* e *intenção* da *confiança* nas relações fiduciárias, procurando assim distanciar-se duma atitude «contratualista» entre a comunidade para considerar que o significado linguístico resulta da prática cultural desta comunidade linguística. Por isso, se a confiança está presente em todos os negócios jurídicos, a verdade é que o *sentido* e *intenção* com que ele existe nos negócios fiduciários são de outra natureza, não basta a sua importância semiótica, importa sim o *conteúdo* significativo e a *intenção* deste conteúdo. Para melhor desenvolvimento sobre a problemática entre significante, significação, objecto significado e toda a envolvente linguística de interpretação, veja-se Castanheira Neves, *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica*, I, Coimbra Editora, 2003, pág 159 seg.

¹¹² Carneiro da Frada, *Teoria ...*, ob. cit., pág. 67.

¹¹³ Carneiro da Frada, *Teoria ...*, ob. cit., pág. 67.

¹¹⁴ Emílio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Scientifche Italiane, 1994, pág. 86 seg., para quem “como categoria, sua previsão normativa leva em conta a existência de um facto, visto socialmente como um acto de vontade”.

das pessoas é, no plano das relações inter-subjectivas, poderem criar expectativas, actuando dentro de um quadro de normalidade por forma a que seja possível desenhar os seus planos na esfera pessoal e económica com certa segurança, podendo antecipar riscos e assegurar a produção de efeitos jurídicos queridos na base da sua autonomia da vontade. O que se pretende aqui clarificar é a questão de que, nos negócios fiduciários, a ideia de confiança deslocou-se do significado de *fiducia* romana (enquanto elemento histórico), sendo importante agora considerá-la como estrutura umbilical da posição do fiduciário e não do seu comportamento e, por isso, elemento essencial do quadro *fisiológico* do tipo negócio fiduciário, não só para impedir que o fiduciário possa introduzir alterações jurídicas dentro do esquema determinado no pacto fiduciário e que sejam susceptíveis de surpreender o fiduciante e susceptíveis de criar na sua esfera jurídica desequilíbrios desproporcionais, mas também, e muito importante, porque sem *essa* confiança, não há contratação susceptível de criar posições fiduciárias, património afectado ao cumprimento de um fim, muito menos a separação patrimonial para a responsabilidade por dívidas. Nestes termos, dizer que a confiança de que falaremos não tem sinonímia vocabular com a confiança romana ou com a confiança que deve estar presente em todas as relações jurídicas, muito menos com a confiança que é fonte de responsabilidade civil. É uma confiança que deve ser julgada a partir de um esforço metodológico e não simplesmente epistemológico¹¹⁵, partindo da prática contratual fiduciária actual, servida pela experiência, interpretada com valores subjacentes à natureza própria das relações fiduciárias, em que o conhecimento das qualidades do fiduciário determinam extraordinariamente na decisão de contratar¹¹⁶. Por isso e porque no campo do Direito dos

¹¹⁵ Carneiro da Frada, *Teoria ...*, ob. cit., pág. 17 seg, diz que “a confiança não é, em Direito, um tema fácil”. Na verdade é muito difícil porque não encontramos na lei uma definição. “O seu conceito apresenta-se fortemente indeterminado pela pluralidade ou vaguidade de empregos comuns que alberga, tornando difícil traçar com ele as fronteiras de uma investigação jurídica.”

¹¹⁶ Poderá dizer-se que, mesmo nestas situações, a confiança existirá em todas as relações contratuais. É verdade mas não é menos verdade que nas relações fiduciárias, como no *living trust*, no *voting trust*, na *sauvegarde de justice* e na *amministrazione si sostegno* – que desenvolveremos mais adiante – por estar em causa situações de índole pessoal ou de relações patrimoniais familiares, tenha de haver uma especial confiança do fiduciante para com o fiduciário. Mesmo sendo já bastante duvidoso integrar na categoria de negócios fiduciários o testamento vital é, pelo menos, para melhores explicitações de considerar que nestas situações a escolha da pessoa que irá manter os contactos com o pessoal médico nas situações em que o autor do testamento não o puder fazer, apenas acontece quando haja uma especial confiança entre o autor e a pessoa mandatada. Por isso, quando hoje se fala em “confiança” como elemento integrador das relações fiduciárias, é preciso distanciar-se na época em que a confiança servia como garantia do contrato do entendimento que se reserva para hoje: elemento determinante para decidir com quem e às vezes quando negociar. Também poderá dizer-se que em qualquer circunstância deverá ser convocada a confiança para contratar. Sim, mas com a diferença de que, entre muitas soluções, se pode escolher uma (entre muitas lojas, supermercados, escolhe-se quem oferece preços baixos, alimentos biológicos,

Contratos a confiança não se apresenta uniforme, havendo manifestações diversas e com intensidade diferenciada, podendo ser graduada em função do tipo de relação jurídica; há, por isso, que flexibilizar, tomando um tratamento jurídico diferenciado e admitindo que o sentido dogmático da confiança nas relações fiduciárias é metodologicamente difícil mas é o único caminho¹¹⁷.

IV. O percurso que a *fiducia* teve e as várias influências que sofreu, não a afastou do processo evolutivo que a própria Ciência Jurídica teve. O conceito de confiança deve ser encontrado no campo da linguagem técnico-jurídica e deve ser considerada como resultando da condensação de múltiplos factores¹¹⁸. Admitimos que a *fiducia*, criação romana, passou por um processo que atingiu nos nossos dias um entendimento que resultou da tradução para “confiança”, entre nós, e para *trust*, no espaço anglo-saxónico. Este processo absorveu linguisticamente não só a tradução como também os valores e o sentido dogmático do instituto recepcionado. Houve um reenvio da confiança enquanto princípio jurídico que é transversal a todo o fenómeno negocial, para as relações fiduciária, mas como um elemento essencial à sua estruturação. O princípio geral da confiança é elástico, e para ser aplicação nas relações fiduciárias necessita de concretização, processo metodológico que não deve descurar as características funcionais e estruturais dos elementos constituintes do negócio fiduciário. É neste plano que deve ser entendida a confiança aqui abordada.

Já dissemos que o negócio fiduciário é uma relação jurídica complexa, pois se assiste ao avolumar de relações sociais complexas típicas que reclamam tutela jurídica, cuja dogmatização também se apresenta complexa, facto que pode transporta uma (falsa) incerteza na identificação e definição dos seus elementos. Por isso, é importante ligar a este estudo uma já conhecida compartimentação dos elementos do negócio jurídico: elementos essenciais,

etc.). Para as relações fiduciárias a questão não se coloca neste prisma. A escolha deve recair sobre quem nos inspira profissionalismo (a lista de intermediários financeiros catalogada pela CMVM não é extensa, e depois a lei obriga a um conjunto de requisitos que transmitem certa segurança a quem procure os seus serviços), certa relação de intimidade (quem puder vir a gerir os bens de menores quando o seu progenitor falecer, ou quem vier a cuidar da nossa saúde se ficarmos incapazes pela idade, etc.), ou até certa proximidade com a família e seus negócios para poder conduzi-los com certa segurança, nas circunstâncias em que os sucessores não tenham apresentado capacidades profissionais para por si só efectuarem a gestão dos mesmos negócios.

¹¹⁷ Carneiro da Frada, *Teoria da ...*, ob. cit., pág. 18.

¹¹⁸ Miguel Teixeira de Sousa, *Linguagem e Direito*, em Estudos em Honra ao Professor Doutor Oliveira Ascensão, Vol. I, Coimbra Editora, 2008, pág. 267-290.

elementos naturais e elementos acidentais¹¹⁹. Os dois últimos não interessam, preferindo ficar fixados nos elementos essenciais. Estes subdividem-se em elementos essenciais gerais dos negócios jurídicos e elementos essenciais de cada tipo de negócio jurídico. Aqueles dizem respeito as condições de validade de todo e qualquer negócio, desde os sujeitos, objecto e declarações de vontade. O importante agora e para o negócio fiduciário são os elementos essenciais que caracterizam esse tipo negocial, que incutindo sinal distintivo ao acordo das partes como contrato de um tipo negocial concreto¹²⁰ e, como estamos a falar da confiança, é a ele que nos devemos cingir.

A confiança está ligada a posição dos sujeitos e é essencial porque a declaração negocial do fiduciante apenas é possível se as condições para investir a contra-parte numa posição fiduciária activa for possível, e apenas assim também a elevação à titularidade de direitos e a operacionalização fiduciária da transferência patrimonial será possível. Dentro do quadro geral, o estado de confiança é obtido pelo declaratário quando este é induzido a confiar. É o declarante que a partir do seu comportamento leva o outro sujeito a confiar nele¹²¹. No negócio fiduciário o fiduciante negoceia também porque confiou no fiduciário, mas não é este que através de um acto declaratório induz aquele a confiar nele. É o *estatuto do fiduciário* que faz despoletar a confiança, resultado de uma situação estática (o *status* do fiduciário) e não dinâmica (a declaração do fiduciário). Como neste tipo de relação negocial ocorre transmissão de direito, *maxime*, de propriedade, criando titularidade que deve ser exercida em determinados termos e colocando o transmitente numa posição de *aparente* fragilidade, só estabelecendo-se uma *posição jurídica de confiança* é possível assumir o risco. Em alguns casos resulta apenas da autonomia privada, sendo as partes responsáveis da estruturação negocial. Por exemplo, **A** decide encarregar **B** a realizar a gestão de determinado acervo patrimonial porque está convencido de que quem estudo gestão na Universidade **X**, por essa instituição reputar profissionalismo, quem lá é formado é um grande profissional. Como se vê, são as qualidades de **B** e não a tomada de algum procedimento por parte dele que

¹¹⁹ Manuel de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1974, pág. 34. Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª reimp. 4ª ed., Coimbra Editora, 2012, pág. 384

¹²⁰ Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 4ª ed., refundida e actualizada, Coimbra Editora, 2002, pág. 254, separa este estudo em elementos essenciais e elementos específicos. Aqueles seriam os que formam o núcleo do contrato e estes os que imprimem carácter à convenção como contrato de certo tipo.

¹²¹ Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado. Teoria do Negócio Jurídico*, Vol. I, Almedina, Coimbra, pág. 69. Este autor perante o debate sobre a influência da “vontade” na teoria do negócio jurídico, propõe a “necessidade de superar a ideia de vontade como critério e como limite do negócio jurídico”

convenceram A. Noutros casos, em busca de segurança jurídica, o legislador ordena a regulamentação total ou parcial determinados negócios. Por exemplo, os negócios em mercado regulamentado de valores mobiliários. O legislador exige a segregação patrimonial para não haver contaminação entre responsabilidade por dívidas entre as partes¹²². Aqui, o fiduciante confia que aquela estrutura negocial legal e profissional assegura a realização do negócio com o fiduciário que se encontrar naquela situação, porque a lei estrutura as relações jurídicas a estabelecer no mercado com exigências especiais (deveres profissionais) ao intermediário financeiro/fiduciário. A confiança não funciona como um princípio geral, mas como princípio estruturante daquele tipo negocial em concreto, porque o fiduciário investido de determinados poderes e deveres actuará de determinada forma, que é própria daquele tipo contratual, sem o qual a produção os efeitos jurídicos pretendidos não se efectuarão, nomeadamente, a transferência da titularidade do direito de propriedade para a realização de determinado fim, e não se confundirá o património do titular fiduciário com o património indicado para realizar um fim determinado¹²³. Em conclusão, a existência desta especial confiança não desnatura a obrigação que qualquer devedor em numa relação creditícia. A posição de credor obrigacional

¹²² O Fundo de Pensões, que pode ser administrado por Sociedades gestoras ou por empresas de seguros – art. 32º do Dec.-Lei nº 12/2006, de 20 de Janeiro, com as alterações introduzidas pela da lei nº 147/2015, de 9 de Setembro, são patrimónios autónomos afectados exclusivamente ao financiamento de planos de pensões. Esse património é constituído por activos cujo objectivo é proporcionar aos seus beneficiários (que são os contribuintes dos fundos), o pagamento futuro, nos termos acordados no respectivo plano. A autonomia patrimonial do fundo tem um duplo significado: primeiro, as pensões previstas no plano de pensões são asseguradas exclusivamente pelos activos do fundo – art. 5, nº 1, logo, e em segundo lugar, são os únicos responsáveis pela concretização do plano de pensões, não respondendo por obrigações estranhas aos activos – nº 2. O próprio do Código de Valores Mobiliários exige uma clara separação entre o património do intermediário financeiro e o património dos seus clientes – artº 306º. Os deveres dos intermediários financeiros, de uma forma geral, são chamados deveres profissionais, na medida em que fazem parte do estatuto de uma determinada profissão; o seu exercício está dependente de autorização de determinada autoridade legal e está submetida a fiscalização e controlo para uma melhor defesa do mercado e dos interesses dos clientes – cfr. Fazenda Martins, “Deveres dos Intermediários Financeiros, em especial, os deveres para com os Clientes e Mercados”, em *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, nº 7, 2000, pág. 331-349. Neste sentido, os clientes (fiduciantes) sentem-se confiados em realização contratação nestes mercados porque o legislador estabeleceu regras de garantias do seu interesse e porque as fiduciárias (intermediários financeiros) são profissionais (categoria chancelada por autoridade pública e controlada jusadministrativamente) erradiam segurança e confiança no êxito da execução contratual.

¹²³ No âmbito dos estudos a volta da actividade dos intermediários financeiros, Paulo Câmara (*Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pág. 397-398) no seu ensino, explica o conteúdo de um dos deveres do intermediário financeiro/fiduciário (o dever de adequação) dizendo que o mesmo teve origem na doutrina e jurisprudência americana com terminologia inglesa de *suitability rule* cujo fundamento “estaria ligado ao investimento de confiança depositado pelo cliente na posição profissional do intermediário ou na relação contratual entre ambos”. Na nota nº 1105, o autor em roda pé enumera bibliografia americana sobre o temo.

de que está investido o fiduciante não o coloca numa alegada *posição de fraqueza*¹²⁴ na relação interna com o fiduciário pelo facto de que, no quadro das relações externas, o fiduciário ser aparentemente detentor de um poder sobre os bens transferidos mais forte do que o necessário para o cumprimento do *pactum fiduciae*; o que temos que realçar é que existe na nossa ordem jurídica um dever geral de respeito pelos acordos assumidos – art. 406º, nº 1.

¹²⁴ Pestana de Vasconcelos, *A cessão de Crédito em Garantia*, Coimbra Editora, 2007, pág. 246 seg. Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pág. 289 seg.

SECÇÃO II

ASPECTOS HISTÓRICOS

1 - *Fiducia* romana

I. Os estudos referentes ao negócio fiduciário tendem a ter como ponto de partida a análise da *fiducia* no direito romano. Com este método se procura encontrar alguma similitude com as modernas manifestações fiduciárias. Sem necessidade de efectuar defesa deste caminho ou lançar mão a crítica, somos de admitir que o estudo das origens históricas da *fiducia* romana tem a vantagem de compreender os múltiplos significados semânticos que constituem o velho instituto jurídico, apesar de ser ponto assente que o Direito Romano tem natureza dispersa e casuística típica, não deixa de ter a sua importância no desenvolvimento do Direito e, fundamentalmente, pelo facto de que a nossa civilização é resultado da transformação imprimida no nosso pensamento jurídico, função que teve na tradição judaico-cristã¹²⁵. Esta é a posição que Zimmermann levou mais longe ao considerar o significado e importância do Direito Romano no actual contexto da Europa, observando que o facto de se estar a viver ainda uma situação de existência de Direitos nacionais que, divergindo entre si, encontram como ponto de encontro para a resolução dos seus problemas no Direito Romano¹²⁶.

A *fiducia* surgiu, provavelmente, no século IV a. C., durante o período arcaico¹²⁷, não se encontrando a data de nascimento do instituto devido ao distanciamento temporal e pela ausência de fontes seguras¹²⁸. Como figura genuína das práticas jurídicas romanas, vigorou

¹²⁵ Rudolf von Ihering, *El espíritu del Derecho romano*, trad. Fernando Vela, Marcial Pons, Madrid, 2005, pág. 30.

¹²⁶ Reinhard Zimmermann, *Europa y el Derecho Romano*, trad. Ignacio Cremades Ugarte, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 15-19.

¹²⁷ Max Kaser, *Direito Privado ...*, ob. cit., pág. 44 seg.

¹²⁸ A longa vida que tem a *fiducia* romana torna muito difícil a sua reconstituição. Procurar com razoável exactidão o seu nascimento, estrutura e função dum instituto milenar e a partir dele fazer um estudo comparatístico com determinadas figuras jurídicas modernas, é obra ingrata porque a realidade social económica e jurídica presente nada têm a ver com o que ocorreu em séculos antes de Cristo. Neste sentido referiu-se Ricardo Marcelo Fonseca, *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*, São Paulo, Editora LTr, 2002, pág. 26; entende que “o estudo linear da história (e de modo particular da história do direito), que amontoa tudo o que já passou numa superposição harmónica e coerente de institutos jurídicos através do tempo, acaba impondo uma lógica ao passado que em verdade lhe é estranha, ao mesmo tempo em que lança

durante o tempo clássico e começou a perder a sua solidez e vigência na véspera da compilação de Justiniano, que veio determinar a sua substituição pelo *pignus*, *pignus hypotecae* e, em alguns casos, pelo *depositum vel commodatum*¹²⁹.

O que constitui dado adquirido é que a *fiducia* surgiu numa altura em que se registava a formação do Estado e das instituições jurídicas romanas. Neste período, o arcaico, eram os sacerdotes-pontífices¹³⁰ quem ditava as regras de comando, de sorte que os limites da moral, do direito e da religião¹³¹ eram impostas por vontade daquelas autoridades.

II. Na origem, a *fiducia* nasceu como um contrato formal através do qual um proprietário confiava a sua propriedade, uma *res Mancipi*, a alguém, chamado fiduciário, que se obriga a restituir em determinado momento aquela propriedade ao fiduciante ou a outra pessoa designada por este¹³². Com o passar do tempo o fiduciante passou a ter um meio de defesa que serviu de modelo das acções de boa fé: a *actio fiduciae*¹³³.

sobre a época pretérita as questões, preocupações, valorações e ansiedades que pertencem ao presente (e ao cientista que produz tal tipo de Conhecimento)”.

¹²⁹ Vide António dos Santos Justo, *Direito Privado Romano II* (Direito das Obrigações), *Studia Iuridica* 76, 2003, pag. 39. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia cum creditore*, *BFDUC*, XXXIV, pag. 77 e, também, Xavier D’Ors, *Elementos de Derecho Privado Romano*, 4ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, S.S., Pamplona, 2010, pág. 257. Este último autor define fidúcia como sendo “un contrato formal por el que un propietario confía la propiedad de una res Mancipi a alguien, llamado fiduciário, el cual se obliga a restituir en determinado momento aquella propiedad al fiduciante dispone de una acción civil que servió de modelo a las acciones de buena fe: la actio fiduciae”.

¹³⁰ Mário Breton, *História do Direito Romano*, Editorial Estampa, trad. Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadeh Shooja, Lisboa, 1988, pág. 87.

¹³¹ Por todos, vide Sebastião Cruz, *Direito Romano* (Ius Romanum) I. Introdução. Fontes. Coimbra, 1984, pág. 44.

¹³² Rodolfo Sohm, “Instituciones del Derecho Privado Romano. História y Sistema”, *Editorial Revista de Derecho Privado*, Madrid, pág. 577.

¹³³ Xavier D’Ors, *Elementos ...*, ob. cit., pág. 257. António dos Santos Justo, *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra Editora, 2010, pág. 168, definiu *fiducia* como “o contrato em que uma pessoa (fiduciante), utilizando um negócio jurídico formal (*mancipatio* ou *in iure cessio*), transfere a propriedade de uma pessoa para outra (fiduciário), que se obriga a restituí-lo depois de realizado o fim definido num acordo não formal designado pacto de *fiducia* (*pactum fiduciae*)”. André Figueiredo, *O Negócio Fiduciário Perante Terceiros*, Almedina, 2012, pág. 31, diz que “a *iusprudentia* romana desenvolveu a *fiducia*, operação jurídica através da qual, na prossecução de fins diversos, se transmitia de forma plena uma *res* para um sujeito – o fiduciário – que se obrigava a usá-la por conta e no interesse de outro sujeito – o fiduciante – e, por regra, a retransmiti-la a este no final da vigência do acordo, ou uma vez atingido o propósito definido. De um prisma estrutural, a fidúcia romana assentava em dois actos jurídicos distintos: um negócio abstracto e formal de transmissão da propriedade, tipicamente sob a forma de uma *mancipatio*; e uma convenção cujo propósito era o de vincular o fiduciário, e novo proprietário da coisa, a actuar por conta e no interesse do fiduciante – o chamado *pactum fiduciae*. Deste instrumento emergia também o dever de o fiduciário devolver o bem da fidúcia ao fiduciante (ou terceiro por este designado) e que, em caso de infidelidade – especificamente, em caso de recusa da fiduciário na retransmissão da *res* –, constituía o fundamento para uma acção pessoal contra o fiduciário.”

A influência da *fiducia* foi transversal a todo o Direito romano: no Direito das obrigações está ligada a *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditore*; do Direito da família, principalmente, nas relações matrimoniais e tutelar; no Direito sucessório com o *fideicommissum* e com os instrumentos testamentais; no Direito das coisas com a *mancipatio*¹³⁴.

No acordo de *mancipatio* (ou da *in re cessio*) constava a menção da *fiducia* como causa do acto, no entanto, esta menção não era suficiente para tipificar o acto, pois, desta causa apenas se vislumbrava a obrigação de restituir sem determinar como e em que momento¹³⁵. Para determinar com segurança o momento e em que termos o fiduciário deveria restituir a coisa era necessário um pacto especial que tutele o direito do fiduciário e graças ao qual se podia afirmar que o negocio fiduciário foi celebrado com o fim de garantia (*cum creditore*) ou com o fim de depósito, comodato ou mandato (*cum amico*)¹³⁶.

Vários factores levaram à desvalorização da *fiducia* romana, sendo de destacar¹³⁷:

a) O desenvolvimento económico e social registado no período clássico fez-se acompanhar de uma evolução no campo da criação jurídica e assim surgiram novas figuras jurídicas que melhor respondiam aos problemas da época – o depósito, o comodato, o penhor, a hipoteca.

b) Como a estrutura da *fiducia* não congregava a *traditio*, as novas formas de negócios vieram revolucionar as formas de transferência da propriedade, passando a implicar uma causa típica aliada à entrega, situação que antes não acontecia pelo facto da *fiducia* ter sido um negócio formal e abstracto, onde a transferência era operada mediante a *mancipatio* e a *in iure cessio*.

¹³⁴ A. Santos Justo, *Breviário do Direito Privado Romano*, Coimbra Editora, 2010.

¹³⁵ Encontramos nos escritos de Gaio (II, 60) referências sobre a fidúcia dita com a seguinte mestria: “*sed cum fiducia contrahatur aut cum creditore pignoris iure, aut cum amico quo tutius nostrae res apud eum essent, siquidem cum amico contacta sit fiducia, sane omni modo comptit usureceptio; si uero cum creditore, soluta quidem pecunia omni modo competit, nondum uero soluta ita demum competit, si neque conduxerit eam rem a creditore debitor, neque precario rogauret ut eam rem possidere liceret; quo casu lucratiua susucapio competit*”. (Na transmissão em garantia pode ser convencionado que nossas coisas fiquem em poder de um credor pignoratício ou mesmo de um amigo. Se a transmissão em garantia se acordou com um amigo, sem dúvida que pode sempre haver a *usureceptio*; quando não está pago, somente acorrerá na hipótese de o devedor não ter recebido a coisa do credor em arrendamento ou se possui-la em precário, oportunidade nas quais ocorrerá a usucapião lucrativa – livre tradução).

¹³⁶ Cfr. António Alberto Vieira Cura, *Fiducia cum creditore*, ob. cit., pag. 29 e seg.

¹³⁷ Pietro Bonfante, “História del Derecho Romano”, *Editorial Revista de Derecho Privado*, Vol. I Madrid, 1944.

c) A estrutura frágil da *fiducia* possibilitava o abuso, da parte do fiduciário, pois apenas era a confiança o elo de ligação contratual entre as partes, o que levava com alguma facilidade à utilização diferente do fim acordado dos bens fiduciários.

A *fiducia* era essencialmente composta pelos seguintes elementos¹³⁸:

a) A entrega do bem ao fiduciário – através da *mancipatio* ou da *in iure cessio* a propriedade do fiduciante transfere-se para o fiduciário e devido a este mecanismo de transferência apenas era possível celebrar o *contractus* quem era cidadão romano e que tinha uma relação quirritária com a propriedade, que devia ser fungível¹³⁹.

b) O acordo de vontade, que hoje é comum ser chamado *pactum fiduciae*, entre o fiduciante e o fiduciário. As obrigações e os direitos das partes são colocadas neste *pactum*, ou seja, a obrigação do fiduciante de vir a restituir ou dar uma destinação ao bem e o direito de usar a *actio* no caso de incumprimento. Há, assim, que distinguir dois actos: o acto de alienação do bem, que é o *contractus fiduciae*, do *pactum fiduciae* que é um requisito do *contratus*.

III. Gaio (Ins., II, 59-60; e III, 201) ensina que a *fiducia* foi utilizada para diversos fins. Havia a *fiducia* contraída *cum creditore pignoris iure* (que era acordada para constituição de uma garantia real; através da *mancipatio* ou a *in iure cessio* o credor de uma obrigação tornava-se proprietário de um bem do devedor, ficando o credor na obrigação de restituir o bem assim que a dívida fosse paga) e a *fiducia* contraída *cum amico, quo tutis nostra res apud eum sint* (que era utilizada para assegurar-se de uma coisa junto de um amigo que através do *pactum fiduciae* se obrigava a retransmiti-lo, quando solicitado pelo fiduciante).

No capítulo das obrigações podemos indicar o seguinte:

Quanto ao fiduciário:

a) Cumprir com o estatuído no *pactum fiduciae*, nomeadamente, em restituir a coisa ao fiduciante ou a dar o destino pactuado e, por esta razão;

b) Conservar o bem dado em *fiducia*;

¹³⁸ António S. Justo, *Direito ...*, ob. cit., Vol. II, pág. 38 e 167.

¹³⁹ C. Longo, *Corso di Diritto Romano – La fiducia*, Milano, 1946, pág. 23 seg.

c) Responder pelas perdas ou outros prejuízos que o bem sofrer por culpa ou negligência sua.

Quanto ao fiduciante:

a) Ressarcir as despesas que o fiduciário realizou para a manutenção e conservação da coisa;

c) Indemnizar o fiduciário dos danos que a coisa possa lhe ter causado (aqui é importante verificar se o dano não ocorreu por culpa do próprio fiduciário).

No caso de incumprimento das obrigações do fiduciante, o fiduciário tem o *ius retentionis*, direito que poderá exercer até ao cumprimento cabal das obrigações do fiduciante¹⁴⁰.

2 - *Fiducia* germânica

I. A *fiducia* germânica surge no período medieval. Como está bem espelhado em diversas obras jurídicas e outras de história, o império romano atingiu a Europa até à Escandinávia. A convivência da cultura germânica com a romana fez nascer figuras e técnicas afins da *fiducia*. Na verdade, o direito alemão tinha a *fiducia* regulada de forma uniforme e a instituição, que parece ter encarnado as suas notas essenciais – *Treuhand* –, recebe conotações multívocas¹⁴¹.

A doutrina germânica sobre os negócios fiduciários, aqui enumeramos Enneccerus, define a figura jurídica como “a transmissão de um direito para um fim económico que não exige tal transmissão, por exemplo, transmissão da propriedade para fins de administração ou para assegurar um crédito, cessão de um crédito ou endosso pleno de uma letra para sua cobrança (*fiducia* para administração ou *fiducia* para segurança)”¹⁴².

¹⁴⁰ C. Longo, *Corso ...*, ob. cit., pág. 75.

¹⁴¹ H. Coing, “Die Treuhandtheorie als Beispiel der geschichtlichen Dogmatik des 19. Jahrhunderts”, *RabelsZ*, 37 (1973), pág. 202 seg.

¹⁴² *Apud* Rodolfo Batiza, “El trust en el Derecho Civil”, *Revista Jus*, nº 97, México, 1946, pág. 144.

A *carta venditionis* era a figura mais utilizada para fins de garantia da transmissão de propriedade que, no mesmo momento, o adquirente se comprometia a restituir em caso de pagamento estipulada numa *contracarta*¹⁴³. Há registos entre os séculos VI e XII de como os germânicos utilizavam modelos retirados da *fiducia* romana.¹⁴⁴

No entanto, no século XIX registou-se uma tensão na forma de pensar o Direito¹⁴⁵: a imposição do Direito Justinianeu ou a consideração dos Direitos locais costumeiros? Os germanos defendiam a supremacia do Direito local, superando o Direito Romano; estes consideravam que o Direito alemão não estava preparado para adoptar o *Corpus Juris Civilis*¹⁴⁶. O facto de que a actividade e evolução da vida cultural e histórica dos povos germânicos criaram conceitos jurídicos próprios e estes tiveram de sofrer as influências das necessidades do status da vida quotidiana e dos contactos que sofreu com a cultura e Direito Romano, resultando numa redescoberta da *fiducia*, adoptando a linguagem dos povos germânicos: *Treuhand*. Esta evolução é, na verdade, resultado de um fenómeno eminentemente prático, essencialmente produto do *ius vevens* de um povo com uma capacidade criativa reconhecida, muitas vezes atribuída à escola histórica.

II. A figura da *Treuhand* (*mano fiel*) designa a pessoa que administra bens alheios e que aparece definido pela primeira vez na Lei de Bancos Hipotecários de 1899 e a seguir na Lei sobre Hipotecas de Edifícios de 1909.

¹⁴³ Vide para mais desenvolvimentos, Pedro Pais de Vasconcelos, *Em Tema de Negocio Fiduciário*, Policopiado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1985 e Pestana de Vasconcelos, *A cessão de créditos em Garantia e a Insolvência*, Coimbra Editora, 2007, Coimbra, pag. 35.

¹⁴⁴ Pedro Pais de Vasconcelos, *Em Tema...*, ob. cit., advoga que “em documentos lombardos, entre os séculos VI e XII, é frequente a inclusão de fórmulas importadas da fidúcia romana. Encontram-se em muitos casos de compra e venda a referência de que a coisa vendida se encontra livre e não foi alienada ou *infiduciata* a outrem. Do mesmo modo e em casos de constituição de penhor são vulgares as expressões *dare et tradere in affiduciato*, *opponere in affiduciato*, *in logo pignoris seu fiducio* ou *per pignoris infiduciare*. Estes termos, se por um lado revelam uma forte influência da fiducia romana, não correspondem contudo exactamente à mesma realidade. O termo *infiduciatus*, se por vezes é utilizado com o significado de “obrigado”, por outras vezes é entendido no sentido de *enfeudado*.”

¹⁴⁵ Peter G. Stein, *El Derecho Romano en la Historia de Europa*, trad., César Hornero e Armando Romanos, Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 2000, pág. 155 seg.

¹⁴⁶ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust ...*, ob. cit., pág. 728. Este autor, numa assinalável busca bibliográfica, identifica a evolução doutrinal alemã que tinha um pensamento romano (*Fiduziarische Geschäfte*), e os que defendiam o surgimento da fidúcia a partir da *Treuhand* germânica. O pensamento destas duas teorias é, afinal, “(...) reflexo do pensamento jurídico de então, caracterizado pelo equilíbrio entre as necessidades práticas e o percurso histórico das construções” – *Idem*, pág. 735.

O conceito de *Treuhänder* é mais amplo que o de fiduciário¹⁴⁷, pois o campo de actuação fiduciária é extenso, não se limitando, de forma imediata, ao exercício da titularidade do direito sobre o bem transferido do fiduciante, como também da aquisição do direito fiduciário a um terceiro, para depois se cumprir com a finalidade estabelecida no pactum. O Tribunal Supremo Alemão definiu *Treuhänder* como transferência de propriedade com o convénio através do qual quem recebe a propriedade – *Treuhänder* – deve actuar como titular do direito de propriedade, mas não aproveitando as suas vantagens. Em consequência, o beneficiário é protegido contra os credores do *Treuhänder* e, em caso de insolvência deste, o fiduciante tem o direito a subtraí-los da massa insolvente mediante uma rei *vindicatio utilis*. No mesmo sentido, o fiduciário pode opor-se a qualquer medida de execução ou agravamento sobre um objecto do património afectado¹⁴⁸.

Na *Treuhänder*, a transmissão é feita sob condição resolutiva, estabelecendo-se uma propriedade limitada em atenção à reversão automática do bem a favor do cedente, melhor dito, a transmissão fiduciária é feita condicionalmente e, no caso, o negócio submete-se ao regime legal disperso em diferentes codificações – *Vollrechestreuhänder*¹⁴⁹. Olhemos para algumas particularidades importantes da *Treuhänder*:

- Se o *Treuhänder* transfere a propriedade, o beneficiário não tem acção para sua defesa contra o adquirente, salvo no caso de cumplicidade entre o adquirente e o *Treuhänder* em que pode reclamar a reparação dos danos depois do adquirente não ser um terceiro;

- As acções em certos aspectos reais – *quasi dingliche* – que nascem do *Treuhänder*, apenas dizem respeito aos bens directamente e *ab initio* constituídos como património separado; no entanto, os bens que posteriormente poderiam ser substituídos, comprados com dinheiro do património afectado, podendo os mesmos ser executados pelos credores do fiduciário e formando parte da massa de bens em caso de insolvência do *Treuhänder*. Não se encontra

¹⁴⁷ O antecedente do *Treuhänder* é o *Salmann*. Num estudo conduzido por Richard Schröder/ Eberhard F. von Künssberg, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 7ª ed., Berlin/Leipzig, Verlag Walter de Gruyter & Co., 1932, pág. 306 seg., enumeram um conjunto de figuras jurídicas ou formas fiduciárias e nalguns casos com escrita e pronúncia romana como o *affiduciantum*, o *pignus ad frudandum*, o *Verfallpfand* e as *Gewerebürgen*. Também os autores explicam com detalhe a figura da *wadiatio*.

¹⁴⁸ Martin Henssler, “*Treuhändergeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit*”, AcP, Vol. 196, 1996, pág. 41 seg.

¹⁴⁹ Este é o tipo de negócio jurídico no ordenamento jurídico alemão que apresenta maiores semelhanças práticas e conceptuais com o negócio fiduciário. Também tem sido designado indistintamente como *Echte Treuhänder*.

tipificada a situação do beneficiário em caso de morte do *Treuhänder* e em particular no caso de que este último disponha da propriedade por testamento.

III. Importa destacar que no ordenamento jurídico alemão existem aplicações práticas da figura onde a autonomia da vontade das partes contratantes decidem livremente estipular o conteúdo das cláusulas, principalmente a reciprocidade obrigacional; há outras em que a dita autonomia é limitada por normas ou regras específicas não derogáveis pela vontade das partes. O exercício livre da autonomia da vontade contratual das partes encontra tutela jurídica nos seguintes dispositivos legais: na *Hypothekbankgesetz*, § 29 a 34, e no *Versicherungsaufsichtsgesetz*, § 70, nos quais o negócio jurídico fiduciário se aplica especificamente como mecanismo de controlo das empresas de seguros, os créditos hipotecários e a utilização por parte das instituições de crédito especializadas.

No que diz respeito à limitação da autonomia da vontade, encontramos os negócios fiduciários para regular a situação dos herdeiros sucessivos – *Vor- und Nacherbeshaft* – em conformidade com o previsto no art. 2100º e seguintes do Código Civil Alemão, sobre a execução de testamentos – *Testamentsvollstreckung* – e as normas relativas à colocação pública de capitais, previstas na Lei de Colocação de Capital – *Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften* – modificada em 1970 e em virtude da qual se incluiu uma minuciosa regulamentação da figura do fiduciário¹⁵⁰.

A jurisprudência da Corte da Justiça Federal defendeu, em 1970, que ao *Treuhänder* são aplicáveis supletivamente as regras do mandato – *Auftrag* – figura que na prática inspira a maior parte das obrigações específicas do *Treuhänder* e, adicionalmente, tem vindo a definir com maior precisão os pressupostos de aplicação e interpretação do *Treuhänder*¹⁵¹.

¹⁵⁰ Roberto Goldsmichidt, “Trust, fidúcia y simulación” en *Estudios de Derecho Comparado*. Caracas, Facultad de Derecho de la UCV, Vol. XXII, 1958, pág. 380 seg.

¹⁵¹ Cariota Luigi Ferrara, *El Negócio Jurídico*, Madrid, 1956, pág. 196.

3 - *Fiducia* inglesa

I. Na verdade, o negócio fiduciário de origem inglesa é denominado por *trust*¹⁵². Alguma doutrina defendeu a origem do *trust* ou *use* no *fideicommissum* romano e outros no *Treuhand* ou *Salmann* do direito primitivo germânico, sem se ter chegado a uma clara fundamentação das suas conclusões¹⁵³. O que constitui verdade é que a Inglaterra foi ocupada pelo Império Romano entre os séculos I e V. A influência do direito romano não foi extensa, mas deixou a sua marca no direito e nas instituições jurídicas posteriores¹⁵⁴.

Historicamente o *trust*, tal como o conhecemos hoje, é obra do *use* e da *Equity Law* e do labor jurisprudencial de criação e aplicação da mesma figura pelo *Court of Chancery* cuja actividade coexistiu com a *Common Law Courts* desde o século XIV até finais do século XIX, quando se unificou esta dupla jurisdição por obra da *Supreme Court of Judicature Acts* de 1873, que declarou a integração e fusão entre a *Common Law* e a *Equity*¹⁵⁵⁻¹⁵⁶, determinando que a equidade como conjunto de princípios reguladores do *trust* prevalecia sobre o Direito criado até então pelos tribunais da *Common Law*, ficando na obrigação de aplicar o Direito já estabelecido pelos tribunais de equidade¹⁵⁷.

¹⁵² David Johnston, *The Roman Law of Trusts*, Clarendon Press, Oxford, 1988, pág.

¹⁵³ Entre os que defendem a origem germânica do *trust* encontramos Holdsworth, Cheshire e Holmes, afirmando este último que a figura do *feoffee to use* no primitivo ou contemporâneo direito inglês corresponde ponto por ponto ao *Salmann* do primitivo direito germânico, descrito por Beseler no principio do século XX. Este autor afirmou que “*The salman, like the feoffee, was a person to whom land was transferred in order that he might make a conveyance according to his grantor’s directions*”. Holmes, «Early English Equity», 2 Select Essay in Anglo-American Legal-History, 705, 706. Por sua vez, Gilbert, Sanders, Blackstone e Spence defendem a origem romana do *trust*.

¹⁵⁴ John Gilissen, *Introdução ...*, ob. cit., pág. 209.

¹⁵⁵ Sobre a formação e evolução da *equity*, veja-se René David, *Les Grands Systèmes de Droit Contemporains*, 8ª ed., Paris, Ed. Dalloz, 1982, pág. 331.

¹⁵⁶ A fusão fez desaparecer as nítidas notas características da *common law* e da *equity*: primeiro quanto à origem: as regras da *common law* tiveram como origem os tribunais de Westminster; as regras da *equity* provinham da jurisdição do Chanceler. Em segundo lugar, quanto à sua autonomia: a jurisdição dos tribunais de Westminster e do Chanceler gozavam de independência. Em terceiro lugar, quanto a oralidade: os processos da *common law* eram orais e integravam um júri, já na *equity* os processos eram escritos e não admitiam a constituição de júri. Em quarto lugar, quanto as soluções: ambos os tribunais seguiam soluções diferentes que entre si não se podiam substituir. Por último e quinto lugar, quanto à natureza das decisões: as da *common law* não atendiam a um sistema discricionário; as providas do Chanceler eram dicricionárias e não eram objecto de recurso – cfr. Remo Franceschelli, *Il “trust” nel Diritto Inglese*, 1ª ed., Cedam, Padova, 1935, pág. 44 seg.

¹⁵⁷ Blake Bromley, “Relevance of England’s Charity Trust Law to China’s Charity Law”, Seminário Sino-UK sobre Charity Legislation, Suzhou, China, 10-30 de Julho de 2010, in <http://www.beneficgroup.com/.../Relevance%20of%20Eng..>, acessado a 20-03-2015, entendeu oferecer um conceito de *trust*, que o próprio fez questão de chamar “definição conceptual de Bromley” e que constitui diferentes noções: 1) Um *trust* é um mecanismo legal informal para trazer boas condutas morais na gestão de activos/bens no interesse de outros; 2) Ao *trust* importa a conduta moral e ética ensinadas pelo cristianismo,

O *trust* tem sido considerado como uma das criações mais fortes do direito inglês que teve uma expansão à escala mundial, apesar das dificuldades de assimilação por parte do labor dos juristas de origem romana. É importante referir que o surgimento do *trust* e o seu notável desenvolvimento registou-se apenas no direito inglês, que era aplicável apenas na Inglaterra e no País de Gales, e não na totalidade dos países de língua inglesa nem no espaço da *Commonwealth*. Sabe-se que o que Roma foi para os países continentais latinos, o direito inglês foi para os membros daquela comunidade.

Continua sem haver unanimidade sobre as origens dos *uses* e do *trust* e, entre as fontes disponíveis, se tem orientado para três linhas¹⁵⁸:

a) O direito romano: abona como certo o facto de que os romanos ocuparam a Grã-Bretanha durante cinco séculos¹⁵⁹;

b) O direito germânico: os defensores desta ideia fundamentam a origem do *trust* nas figuras do *Salmannus* e do *Treuhand*, que os ingleses receberam durante as conquistas normandas por volta do século XI;

c) O direito islâmico: o *waqf*, que correspondia a uma doação feita com a finalidade de ser usufruída por determinados beneficiários, mas administrados por um fiduciário, que foi levado à Inglaterra por monges franciscanos quando regressavam das cruzadas, por volta do século XII¹⁶⁰.

sendo os ensinamentos éticos e religiosos dominantes na sociedade inglesa no momento; 3) A *trust* está apenas disponível para gerir activos/bens dedicados a beneficiar outras pessoas ou propósitos. Um fiduciário não pode ter activos/bens para seu próprio benefício; 4) O *trust Charity* evoluiu da necessidade através dos tribunais mais do que da legislação por causa da sua inadequação ao Direito e às Instituições legais existentes para gerir e proteger activos/bens detidos para o benefício público; 5) Os fiduciários (o guardião dos bens, proprietário do interesse de outrem) têm direito sobre os bens mas não sobre os frutos dos activos/bens; 6) o *trust* para caridade incorpora o ADN dos valores éticos e morais ingleses do bem-estar; 7) Os fiduciários têm o dever fiduciário de agir no melhor interesse do *trust* e dos seus beneficiários através do exercício de melhor juízo e da melhor discricção.

¹⁵⁸ Susy Inês Bello Knoll, *Fideicomiso Público*, Tese de Doutoramento, Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, 2011, pág. 44.

¹⁵⁹ John Gilissen, *Introdução ...*, ob. cit., pág. 350-351. A “romanização dos direitos dos países europeus” não foi fácil. Ela foi, no entanto, recebida em quase toda extensão da Europa durante quase quatro séculos e foi considerada como direito supletivo das leis e dos costumes. Era utilizada para preencher lacunas do Direito em vigor nestes espaços. Este autor faz uma correção à forma de «recepção» como foi tratada na Europa pois, “quase em nenhum lugar o *ius commune* suplantou o direito nacional ou local”.

¹⁶⁰ Importa dizer que o Islão teve durante a sua história escolas jurídicas e teológicas. A própria ciência religiosa era tratada por exclusivo por juristas e muito desenvolvida pelos *fuqahā* (especialista em *fiqh*, correspondente com que tratamos como jurisprudência). As escolas mais conhecidas foram a maliquita, hanafita, chafiita e a hambalita – cfr. Henri Tincq, Rachid Banzine, Dominique Chivot, Salomon Malka, Jean Mercier e Éric Rommaluère, *As Grandes Religiões do Mundo*, Vol. I, Edições Texto & Grafia, Lisboa, 2016, pág. 333 seg.

II. Existe, entre a *fiducia* romana e o *trust*, algo de comum: a confiança. *Trust* é um termo inglês que significa confiança¹⁶¹. O que os diferencia é o facto de que, na origem, o *trust* funcionava com uma clara separação da propriedade: existia o *dominium legitimum*, que transforma o fiduciário como um proprietário formal, e o *dominium naturale* que conservava a titularidade sobre a propriedade na pessoa do settlor. Esta situação não era possível na *fiducia* romana uma vez que a propriedade plena era transmitida ao fiduciário, ficando o fiduciante com um direito obrigacional: o de exigir a retransmissão da *res*¹⁶².

O *trust* consistia fundamentalmente em que uma pessoa proprietária de bens imóveis e denominada *settlor* transfere para outra pessoa denominada *feoffe to use* o domínio sobre os seus bens ou parte deles e, através de um acordo entre as partes, quando o *feoffe to use* seja o legítimo proprietário destes bens, uma terceira pessoa, o *cestui que use*, passará a ter o direito de gozo e fruição de todos os direitos de um verdadeiro proprietário dos referidos bens.

Assim, o *feoffe to use* recebia a propriedade de todas as coisas objecto do *trust* de maneira formal e plena com a responsabilidade fundada na sua boa fé, de que a posse plena dos bens era para o uso e benefício do *cestui que use*. Como pode observar-se, o *feoffe to use* não assumia uma obrigação legal ou contratual *qual tale*, senão um dever moral e de consciência.

O caso mais frequente nestas situações era a de um nobre ou senhor feudal que, chamado a combater nas cruzadas, encontrava nesta instituição um meio para proteger o património que desejava deixar para seus herdeiros em caso de morte em combate e, em consequência, transferia a titularidade dos seus bens a amigos dignos de fé e confiança, com o fim de os administrar em benefício (*to the use of*) de seus herdeiros¹⁶³.

III. Houve casos em que a figura foi utilizada pela Igreja. Para os Franciscanos, que defendiam com algum extremismo as consequências do voto de pobreza, o *trust* ou o *use* tinha a finalidade de transferir a titularidade dos bens a terceiros para que estes os administrassem em benefício da Ordem, facto que permitia conciliar os seus votos de pobreza, respeitando um mandamento espiritual, com as necessidades de subsistência material. Segundo Maitland, as

¹⁶¹ David Johnston, “Trust and trust-like devices in Roman Law”, *Itinera Fiduciaae – Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Org. Helmholz/Zimmermann, Humbolt, Berlin, 1998, pág 45 seg.

¹⁶² Joaquin de Arespacochaga, *El Trust, la fidúcia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pag. 20 e seg.

¹⁶³ J.A. Jolowicz, *Derecho Inglés*. Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992.

congregações religiosas foram as primeiras a empregar o *use* de forma muito extensa e intensa¹⁶⁴.

A utilização do *trust* revelou-se perigosa para o Rei dado que, antes da Magna Carta, na Inglaterra, a Igreja por meio das corporações eclesiásticas chegou a adquirir porções imensas de terras. Como consequência desta posição de proprietárias de um bem que era o mais valioso naquela altura, produziu-se um estado ocioso e improdutivo das referidas terras e as corporações eclesiásticas chegaram a ter um poder superior à maioria dos senhores feudais.

Para combater o poder da Igreja, desde o ano de 1217 foram aplicadas várias leis denominadas «Statutes of mortmain», que declaravam nula a alienação de terras por corporações eclesiásticas ou de qualquer semelhante e proibiam de uma forma geral que as congregações religiosas adquirissem propriedade imóvel.

Na verdade, o *trust* serviu para se esquivar dos impostos, da proibição de fazer testamento, privar a mulher casada de seus bens, etc.¹⁶⁵ A própria Igreja conseguiu ludibriar a proibição e a declaração de nulidade previstas no *statutes of mortmain*, transferindo a propriedade das terras a um terceiro considerado capaz pelos ditos estatutos, o *feoffe to use*, que passava a possuí-las para uso ou benefício da respectiva corporação eclesiástica. Desta forma, o *feoffe to use* era dono legítimo da coisa, mas uma terceira pessoa, *cestui que use*, tinha o direito de gozo e fruição de todos os benefícios de um verdadeiro proprietário¹⁶⁶.

Em apoio à solução encontrada por quem pretendia beneficiar-se do *trust*, os tribunais de direito comum reconheciam que quem tinha o título de propriedade era o adquirente fiduciário – *feoffee to use* – em razão do qual não havia violação das leis do *statutes of mortmain*. No mesmo sentido, o *Court of Chancery*¹⁶⁷, a quem competia aplicar a equidade,

¹⁶⁴ Maitland, «The Origin of uses», Biblioteca da Universidade Boliveriana, monografia sem data.

Para outros a utilidade da figura não era religiosa. O *trust* ou *use* permitia dispor de um bem imobiliário para o dia da sua morte, possibilidade vetada pela *Wills Act* de 1540 antes da Lei sobre o Testamento de 1540. De igual forma, servia para reter um bem imóvel dentro do património de uma família e para evasão fiscal derivados da guarda, matrimónio e assistência alimentar.

¹⁶⁵ Outras formas em que o *trust* foi usado como meio de defraudar alguma regra, por exemplo os impostos feudais, tais como o *relief*, *wardship*, *marriage*, etc., também os nobres transmitiam os seus bens a terceiros para que estes os utilizassem em seu benefício, enganando não apenas a administração fiscal como também iludindo a proibição de se fazer testamentos mediante a constituição de um grupo de benefícios que podiam ser substituído quando fossem morrendo, sob a capa da figura do *jointtenancy* ou o *jointtenants*.

¹⁶⁶ Jaime Lara Meléndez, *La Fidúcia en Colômbia*, Bogotá, Editorial Temis, 1972, pág. 32 seg.

¹⁶⁷ John M. Headley, *The Emperor and His Chancellor: a Study of the Imperial Chancellors under Gattinara*, CUP, Cambridge, 1983, pág. 17 seg.

garantia o cumprimento da vontade das partes, obrigando o fiduciário a conservar as terras em seu poder para benefício do *cestui que use*, que podem ser as corporações eclesiásticas.

Como o *statutes of mortmain* não estava a responder às exigências do comércio jurídico, Henrique VIII promulgou, em 1535, o *statute of uses*. Este estatuto dispunha que quem gozava do uso devia ser considerado como proprietário de pleno direito. Desta forma, se a uma pessoa fosse transmitido um bem para uso de uma corporação, o estatuto estabelecia que a propriedade se considerava transmitida para a corporação beneficiária do dito uso, com a qual a transmissão se considerava feita com violação das leis do *statutes of mortmain*.

O estatuto permitiu que toda a transferência de um bem a determinada pessoa para uso de outra produzia o efeito jurídico da transmissão da propriedade, tanto a chamada legal como a denominada equitativa, directamente ao beneficiário do uso e eliminando o intermediário. O *statute* não declarou ilegais os *uses* mas declarou «executed the use», considerando o beneficiário como verdadeiro e único proprietário, ignorando a existência do *feoffe to use*.

O surgimento deste novo *statutes* originou numerosos casos de fraudes muito mais naqueles casos em que os bens eram certos ou determinados; tanto o direito comum como o direito da equidade haviam reconhecido a legitimidade na instituição do *use* e o carácter de verdadeiro proprietário do *feoffe to use*, não protegiam o *settlor* ou o *cestui que use* em caso do *feoffe to use* ficar com os bens traindo a confiança que se havia depositado nele. A *Common Law* manifestou-se incapaz de resolver as controvérsias que se suscitaram entre o *feoffe* e o *cestui que use*, dado que o *use* contradizia a consideração que o direito comum havia conferido ao *feoffe* como verdadeiro proprietário. Por esta razão, as vítimas dirigiam-se às cortes do *equity*, que apreciavam os casos conforme a consciência e a equidade, prescindindo se fosse necessário do direito comum. A intervenção das cortes da *equity* transformou o *use* em *trust*, alterando um dever moral numa obrigação dotada de juridicidade e exigível o seu cumprimento. Desta forma, concluiu Blackstone, a equidade foi a correcção do que dentro da lei, por razão da universalidade, era deficiente. Em consequência, a vigência do *statutes* não modificou a prática fundamental de que as Cortes ou Tribunais de equidade deviam fazer cumprir toda a obrigação de consciência que carecia de sanção legal, por não estar reconhecida na lei ordinária.

Desde o século XV que a competência dos tribunais de equidade para conhecer casos relacionados com o *use* se encontrava consolidada e foi se estendendo até que as Chancelarias

declararam estarem vinculadas ao *use* não apenas com reconhecimento das pessoas que tinham os direitos dos *feoffees*, seus herdeiros, por exemplo, senão também os terceiros que haviam adquirido algum bem afecto ao *use* conhecendo tal afectação. Em virtude do que ficou descrito, nos casos em que se constituem patrimónios legais mediante a via da confiança – *trust* – os juízes da equidade tinham o poder de exigir o cumprimento das obrigações de consciência ao *feoffe*. Em concreto, o *Chancellor*, encarregado de conhecer o abuso da confiança dos *feoffees*, ameaçava em processá-los por *contempt of court* – ultraje à Corte – se não cumprissem com as suas obrigações o pacto de administrar bem em benefício de outro.

IV. O exercício de um poder de exigir judicialmente as obrigações resultantes do *trust* fez surgir uma outra forma de se escapar à lei dos usos que ficou conhecida como *use limited upon a use*. Uma vez que a lei dos usos era aplicada a um determinado uso, a sua forma legal esgotava-se neste uso. Assim, quando uma pessoa transmitia a titularidade do direito a uma segunda pessoa, primeiro para o benefício de uma terceira pessoa e, depois, para o uso de uma quarta pessoa, a lei considerava nulo o primeiro uso instituído, convertendo-se a terceira pessoa num proprietário de pleno direito em benefício da quarta. Por esta via ficou restabelecida a aplicação do *trust* e a divisão definitiva entre a esfera legal representada pelos tribunais da *common law* e a esfera da equidade representada pelos antigos tribunais de equidade até a vigência da Lei de Organização Judicial de 1873, que unificou ambas as esferas e estabeleceu que, em caso de conflito entre as normas de direito comum e da equidade, prevaleciam estas últimas.

O *Chief Justice of the Common Pleas*, Sir Edward Coke, no início do século XVII, definiu o *trust* como uma obrigação imposta pela equidade a uma pessoa, o *trustee*, em benefício de outra, o beneficiário. Aqui, o direito do beneficiário definia-se como um direito de actuar em equidade contra o *trustee* para uma correcta administração do *trust*, mas sem lhe ser reconhecido um direito real em equidade – *equitable interest*¹⁶⁸.

¹⁶⁸ G. H. Jones, «El Derecho del Trust», in *Derecho Inglés*. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1992, pag. 323.

Actualmente o *trust* fundamenta-se nos mesmos princípios gerais estabelecidos pelo direito de equidade aplicáveis ao regime dos *uses*.¹⁶⁹ O *Statute of uses* foi revogado pela *Law of Property Act* (Schedule VII) de 1925.

Com efeito, na Inglaterra, as fontes reguladoras do *trust* são tanto as consuetudinárias criadas e desenvolvidas pela *Equity Law*, cujos princípios foram sendo corrigidos e modernizados pela *Chancery Division da High Court*, como também pelas fontes legais representadas por diversas actas que regulam variados aspectos essenciais do *trust*.

É assim que as questões relacionadas com aspectos fundamentais das relações do trustee com o beneficiário e o alcance das suas faculdades perante terceiros estão reguladas no *Trustee Act* de 1925. A modificação judicial do *trust* na *Variation of Trusts Act* de 1958. A duração máxima do *trust* na *Perpetities and Accumulation Act* de 1964 e o regime dos *trusts* sobre bens imóveis no *Trust of Land and Appointment of Trustees Act* de 1966.

4 - A *fiducia* e a experiência histórico-cultural do grupo etnolinguístico Umbundo¹⁷⁰

I. Os povos *bantu* e, fundamentalmente os Umbundos, realizam bastantes negócios tipicamente sociais, mas com relevância jurídica notória, na área sucessória, familiar e contratual de vastíssima riqueza numa zona em que a confiança é determinante¹⁷¹. É o reconhecimento da prevalência do costume sobre a lei principalmente nas áreas de domínio do

¹⁶⁹ George Gleason Bogert, *The Law of Trust and Trustees*, Vol. I, Vernon Law Book Company. Kansas City, West Publishing Co., 1935. Este autor define *trust* da seguinte forma: “A *trust* may be defined as a fiduciary relationship in which one person holds a property interest, subject to an equitable obligation to keep or use that interest for the benefit of another”.

Podemos apontar outras definições que autores ingleses ensaiaram e que são interessantes para o nosso estudo. Por exemplo, Hart defende que “a *trust* is an obligation imposed, either expressly or by implication of law, where by the obligor is bound to deal with property over which he has control for the benefit of certain persons, of whom he may himself be one and one of whom may enforce the obligation”. Já Bispham entende que “a *trust*, in its technical sense, is the right, enforceable solely in equity, to the beneficial enjoyment of property of which the legal title is in another”. Ambos os autores foram citados por George Bogert, *The Law of ...*, ob. cit.

¹⁷⁰ É um povo que insatou-se na região do planalto central de Angola, fundamentalmente na região do Huambo, tendo-se mais tarde expandido para as áreas do litoral e do leste. Aqui atingiram as regiões do Bié. É o grupo étnico-linguístico mais vasto de Angola, basta observar que não há em região provincial aonde não se fale umbundo. Cfr. Moisés Malumbu, *Os Ovimbundo de Angola: Tradição, Economia e Cultura Organizativa*, Edizioni Vivere In, 2004, pág. 41 seg., onde, além de especificar a ramificação dos ovimbundos, apresenta mapas e gráficos bastantes elucidativos.

¹⁷¹ A riqueza contratual das relações comerciais deste povo levou a que determinados historiadores chegassem a rotolar o seu sucesso nesta área como *the Ovimbundo miracle*, cfr. também Moisés Malumbu, *Os ...*, ob. cit., pág. 35, que cita H. Pössinger, “Interrelations Between Economic and Social Change in Rural Africa: The Case of the Ovimbundo of Angola”, in *Social Change in Angola*, München, Weltforum Verlag, 1973.

poder tradicional, apesar de que, em determinadas comunidades constituídas por famílias, as suas relações são basicamente costumeiras¹⁷². É importante observar que as relações familiares são fortemente influenciadas pela superioridade dos filhos dos parentes de linhagem materna sobre os paternos. Na área sucessória, por exemplo, se falecer o progenitor, o filho vai viver para a casa do tio materno que apresenta mais experiência na educação de pessoas ou que o falecido pai tenha especificamente indicado, passando a desempenhar o papel de tutor. Os bens deixados pelo de cujos passam a ser geridos por um parente da sua linhagem materna¹⁷³ (irmão ou sobrinho) que tenha demonstrado capacidade de gestão e lealdade à família, recebendo responsabilidades fiduciárias idênticas à *fiducia cum amico*.

É importante lembrar que a questão do costume como fonte do direito apenas foi corrompida pelo fundamentalismo do positivismo legalista. Em Roma o costume constituiu a fonte primeira do Direito. Os *mores maiorum* eram normas com amplitude jurídica e religiosa e eram sempre elevadas a algo digno, moral, honesto, cuja imitação constituía uma virtude de um bom homem¹⁷⁴. O funcionamento do costume pode ser explicado da seguinte forma: os *mores* provinham da tradição e a *consuetudo* era uma regra jurídica cuja base factual era a manifestação espontânea de um consenso¹⁷⁵.

II. Em vastas áreas de territórios africanos, a consciência da obrigatoriedade das normas jurídicas não é um facto. Muitas comunidades convivem com normalidade com as normas positivas e os costumes e em algumas circunstâncias as normas costumeiras superam as normas legais, sendo a existência inegável de um pluralismo jurídico. Quando estas situações acontecem tem sido invocada em sua defesa a possibilidade aberta pelo art. 348º CC, impondo uma espécie de actuação colaborante entre quem invoca o direito costumeiro e o tribunal¹⁷⁶, na medida em que o tribunal pode “decidir com base no direito consuetudinário” desde que seja provado por quem o invocar. Esta disposição legal posiciona-nos em condições

¹⁷² Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos I. Conceito. Fontes. Formação*. 3ª ed. Almedina, Coimbra, 2005, pág. 64. O Professor admite o reconhecimento do costume no ordenamento jurídico português. Diz o autor que “passado o auge do positivismo legalista, em que era grande a relutância em reconhecer o costume como fonte de direito, a doutrina portuguesa tem evoluído em sentido favorável à sua admissibilidade, embora o perfil de costume que porventura se tem em vista (costume local restrito a zonas rurais) não seja muito relevante no direito dos contratos”.

¹⁷³ Moisés Malumbu, *Os ...*, ob. cit., pág. 158, trata de chamar “linhagem de descendência uterina”.

¹⁷⁴ Sebastião Cruz, *Direito Romano (ius romanum)*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, 2002, pág. 169 -171.

¹⁷⁵ A. Santos Justo, *Direito Privado ...*, ob. cit., pág. 78 -79.

¹⁷⁶ Menezes A. Cordeiro, *O costume, Polis*, Vol. I, pág. 1362.

de afirmar que o costume foi sempre, na República de Angola, fonte primária de Direito¹⁷⁷, tendo em atenção que a sua avaliação positiva está em paridade com a lei, só não será assim quando da sua avaliação negativa constatarmos que não cumpre com os requisitos que a norma constitucional exige: não ser contra a própria Constituição nem atentar contra a dignidade da pessoa humana.

Pelo que ficou dito, pode confirmar-se que o referente do direito é a sociedade, a partir da qual despoletam os comportamentos constantes e repetidos que objectivamente passam a constituir-se como um ser social que convoca uma juridicidade para a regulamentação dos ditos comportamentos que, por sua vez, constitui o “corpus da juridicidade reguladora”¹⁷⁸. É através da prática social constante e reiterada que o costume jurídico se manifesta e é aí que radica a sua normatividade jurídica. É assim que pensa Castanheira Neves ao expressar-se da seguinte forma: “ (...) a manifestação da juridicidade, enquanto normatividade, e o seu cumprimento, enquanto realização social dessa normatividade, são simultâneos e indivisíveis: cumpre-se porque é costume jurídico e no comportamento em que ele se cumpre afirma-se (reafirma-se) e subsiste como jurídico costume”¹⁷⁹.

III. A experiência jurídica consuetudinária¹⁸⁰ angolana está presente até aos nossos dias com a ainda viva prática normativa costumeira constitutiva da nossa tradição. Esta prática comportamental não se revela apenas através da conduta dos próprios membros da comunidade que são, simultaneamente, os destinatários do costume, mas também através comportamentos decisórios. Neste último, importa apontar a existência nos actuais dias de tribunais tradicionais que resolvem diferentes diferendos que são do âmbito costumeiro e a lei permite mesmo que determinados litígios sejam primariamente resolvidos pelas autoridades tradicionais, como é o caso da lei de terras, quando surjam litígios no interior das comunidades rurais¹⁸¹, e a lei geral do trabalho, nos casos em que a presença do trabalhador nos actos do

¹⁷⁷ José de Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., refundida, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 271. Carlos Alberto Burity da Silva, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., revista e actualizada, Luanda, 2014, pág. 49 -52.

¹⁷⁸ A. Castanheira Neves, “Fontes do Direito”, in *DIGESTA*, Vol. 2º, Coimbra Editora, 1995, pág. 18.

¹⁷⁹ “Fontes de Direito”, *ob. cit.*, pág. 18.

¹⁸⁰ Terminologia usada por A. Castanheira Neves, “Fontes do Direito”, *ob. cit.*, pág. 18.

¹⁸¹ A Lei de Terras (Lei nº 9/04 de 9 de Novembro) tem no Cap. IV, Secção IV sob epígrafe “Justiça Comunitária”, determina no art. 82º o seguinte: “1 – Os litígios relativos aos direitos colectivos de posse, gestão, uso e fruição e domínio útil consuetudinário dos terrenos rurais comunitários são decididos no interior das comunidades rurais de harmonia com o costume vigente na comunidade respectiva. 2 – Se uma das partes não

funeral sejam conforme os hábitos e costumes da sua comunidade¹⁸². O certo, porém, é que a organização dos tribunais costumeiros não tem merecido consenso, primeiro porque a guerra desvirtuou o direito costumeiro e depois, e em consequência do que ficou dito, a transferência do poder tradicional deixou de ter obediência às regras tradicionais para ter influências externas ao seu círculo costumeiro¹⁸³ que com a ideologia marxista se passou a um estágio de “estatalidade do direito e juridicidade vinculada ao Estado, como único sujeito histórico capaz de transformar em jurídica uma vaga regra social”¹⁸⁴. Em cada uma das zonas de influência que as partes estiveram na guerra depois dos acordos de Alvor, foram criados os seus representantes do poder tradicional, o que, devido à nova realidade política constitucional, não se estão a adaptar às suas reais funções, pois o Estado libertou-se do absolutismo jurídico¹⁸⁵, porque o direito já não deve manifestar-se unicamente através da voz do Estado. Na verdade, as autoridades tradicionais têm sido mais figurantes de actos políticos e os mais dotados de avareza tiram proveitos económicos das suas posições.

Como observámos, os Ovimbundu eram exímios comerciantes e numa etapa da história africana foram considerados grandes comerciantes depois dos árabes do Zanzibar. Citado por Moisés Malumbu¹⁸⁶, Childs fez a seguinte caracterização dos Ovimbundu:

estiver de acordo com a resolução dos litígios nos termos enunciados no número anterior, é o mesmo decidido pelos tribunais, sendo aplicável, neste caso, o disposto na Secção II do presente capítulo”.

¹⁸² A Lei Geral do Trabalho (lei nº 2/00 de 11 de Fevereiro) determina no seu artº 159º o seguinte: “O empregador pode autorizar a falta do trabalhador pelo falecimento de pessoas que não estejam previstas nas alíneas do nº 1 do artigo 153º, sempre que presença do trabalhador nos actos do funeral esteja em conformidade com as tradições do seu povo, sendo aplicável o nº 2 do mesmo artigo e ficando o pagamento da remuneração sujeito ao disposto no nº 3 do artigo 152º”. Esta disposição legal tem sido criticada por empregadores estrangeiros, fundamentalmente ocidentais e orientais que sentem fraco desempenho dos empregados nacionais, pois, como eles justificam, cometem muitas faltas invocando óbitos e estas ausências vão-se repercutir no rendimento da empresa.

¹⁸³ Há uma organização que se pode chamar tribunal que tem no topo, com denominação em língua umbundu, o *Onganji ou Ukwakssombisa*. O advogado é também tratado *Onganji*, por isso, passou-se a tratar o julgador por *Utet*. O julgador é sempre o Soma e um dos seus adjuntos exerce as funções de advogado. Esta relação não influenciava a sua posição no tribunal, pois os constituintes do tribunal estavam submetidos a um único fim: dizer a verdade conforme as normas que existem desde os seus antepassados. O julgamento era desenvolvido por uma linguagem proverbial pois assentava na tradição oral. Os provérbios distinguiam-se de comunidade para comunidade e a diferenciação tem por base a visão que as comunidades tinham dos factos jurídicos, sociais, religiosos e supersticiosos, que muitas vezes atravessava toda a vida dos indivíduos.

¹⁸⁴ Paolo Grossi, *Primeira Lição sobre direito*, trad. Ricardo Fonseca, Forense, Rio de Janeiro, 2006, pág. 52.

¹⁸⁵ Paolo Grossi, “Absolutismo jurídico (ou da riqueza e da liberdade do historiador do direito)”, in Paolo Grossi, *Historia da propriedade e outros ensaios*. trad. Ernani Luiz Fritoli e Marcelo Fonseca, Renovar, Rio de Janeiro, 2006, pág. 123-137.

¹⁸⁶ *Os ...*, ob. cit., pág. 133. O autor angolano adianta que as caravanas dos Ovimbundu atingiam a Costa Ocidental até próximo ao Oceano Índico.

“From the fest the Portuguese traders began to utilize in their trade the services of natives of the old kingdom of Angola. Early in the nineteenth century the Ovimbundu began to be noticed as traders and soon came to be known as the greatest traders of Bantu África, after the Zanzibar Arabs”

IV. Na maioria esmagadora das vezes os negócios de alguém não eram realizados pelos seus filhos e dificilmente pela mulher. É o filho de um irmão (sobrinho) que toma a gestão ou pelo menos acompanha a gestão dos mesmos. Com a influência cristã esta situação foi reduzindo, pois os valores judaico-cristãos consideram os filhos continuadores dos seus progenitores. A organização do comércio com outras regiões levou à criação de caravanas e nelas apenas eram integrados membros da família alargada¹⁸⁷. Nem sempre era possível trazer toda a mercadoria adquirida como também muitas vezes não era possível comprar ou trocar o que se desejava. Nestes casos, confiava-se alguém que recebesse em depósito a mercadoria que não era possível transportar de imediato ou deixava-se com outro comerciante a incumbência de adquirir o que naquela altura não fora possível. Em ambos os casos a pessoa confiada era um verdadeiro fiduciário para administração com deveres de guarda, conservação e, acima de tudo, cuidado e lealdade, pois nada garantia, para além da confiança, que o fiduciário iria cumprir com o pactuado.

Também se registavam negócios cujo elemento “confiança” era essencial, com fim de garantia. A prestação de garantia para que a alguém lhe seja cedido um crédito, não era feita através de um objecto ou bem. A garantia era uma pessoa que prestava a sua palavra, e assim o concedente passava a confiar no devedor por intermédio do “testemunho” de um terceiro que verdadeiramente é em quem o credor confia. No caso do devedor não honrar com o acordo, quem prestou pessoalmente a garantia passava a ser o responsável pela dívida e, pagando-a ou não, sofria uma censura pública pelo facto de ter prestado “fiança moral” a uma pessoa que, afinal, é incumpridora. Esta censura atingia de tal forma a honra da pessoa que podia ser considerado pela comunidade como um incumpridor. Para fugir a desonra, foram encontrados outros mecanismos de garantia como quando alguém precisava, por exemplo, de uma vaca para reprodução, oferecia como garantia um touro para cultivo através de tracção animal.

¹⁸⁷ Moisés Malumbu, *Os ...*, ob. cit., pág. 138.

V. No que se refere à sucessão, ela não é universal. A divisão da herança pode ser feita em vida do *de cuius* ou, se falecer sem ter deixado indicações, serão os tios a fazer a distribuição e ela baseava-se fundamental a partir de um critério da idade e depois da responsabilidade. Por exemplo, não se entregava a alguém terrenos para cultivo quando o herdeiro sempre deu sinais de não gostar da agricultura, mesmo que, por este facto, a distribuição venha a causar desigualdades económicas entre os herdeiros. Se os herdeiros forem todos menores de idade, por isso, incapazes, é escolhido um adulto a quem confiam a entrega da herança e a responsabilidade de conservar os bens e fazer frutificá-los para que, com os seus frutos, possa cuidar dos alimentos e saúde da viúva e dos filhos. É uma aproximação ao *fideicomissum*.

Outra manifestação da *fiducia*, e talvez mais discutível, é a atribuição de nome a uma pessoa. Os critérios para atribuição de nome diferenciam-se de cultura para cultura¹⁸⁸. Até hoje, apesar de ser em poucas áreas, acredita-se que, se atribuir o nome de alguém ao filho, este se identificará no futuro com esta pessoa¹⁸⁹. É uma espécie de transmissão de personalidade através do nome. Assim apenas é atribuído o nome de alguém quando se deposita uma especial confiança nela, com excepção quando se trate de pai ou mãe, em que há a natural propensão de continuidade da identidade familiar através do nome. Quem recebia o nome efectuava uma retribuição material e este sinal significava que quem recebeu o nome o representava. A pessoa que recebe o nome deve ser tratada de forma como se trata o titular do nome dado. Se for o sogro, este filho deverá ser tratado no meio familiar com o respeito que se deve a um sogro.

VI. A Constituição angolana entrou em vigência no ano de 2010 e prevê no seu art. 7º o costume como fonte de direito¹⁹⁰. O legislador constituinte angolano veio separar-se

¹⁸⁸ Jorge Simeão Ferreira Chimbinda, *O Nome da Identidade Umbundu. Contributo Antropológico*, Edição ETU, Huambo, 2009, pág. 1.

¹⁸⁹ Um fenómeno muito curioso que ocorreu em Angola depois do 25 de Abril de 1974, mas a que hoje as pessoas não fazem referência nenhuma: foi a atribuição de nomes aos seus filhos de pessoas com distinção naquele processo revolucionário e, algumas vezes os líderes dos “movimentos de libertação”, mas que assim que eclodiu a guerra foram imediatamente retirados. António Spínola também teve muitas solicitações para atribuição de seu nome a rebém nascidos.

¹⁹⁰ Assim determina a Constituição angolana no art. 7º: “É reconhecida a validade e a força jurídica do costume que não seja contrária a Constituição nem atente contra a dignidade da pessoa humana”. Claude du Pasquier, *Introduction à la theorie générale et à la philosophie du droit*, Paris, Delachaux et Niestlé, 1978, pág. 47, afirma que a fonte da regra jurídica “é o ponto pelo qual ela se sai das profundezas da vida social para aparecer à superfície do Direito”.

claramente da posição tradicional que tinha na lei a categoria de fonte imediata do direito (cfr. art. 1º do CC) e a consideração do costume, juntamente com os usos, como prática reiterada com a convicção da sua obrigatoriedade, sendo a sua admissibilidade dependente da qualificação que a lei atribui¹⁹¹. Assim, a tradicional forma de qualificar o costume *secundum legem, praeter legem e contra legem*¹⁹² parece perder consistência. Em Angola, e por força da Constituição, o costume tem força jurídica desde que não seja contra a dignidade da pessoa humana ou contra a Constituição¹⁹³. A primeira grande diferenciação é a que resulta da hierarquia de onde provém a fonte (uma é na Constituição e a outra depende da sua conformação com a lei) e a segunda está relacionada com a composição estrutural das fontes de Direito, ou seja, identificarmos separadamente a entidade com competência para criar estas fontes; a natureza do acto normativo originário desta entidade; o documento emitente do acto criado pela entidade e a avaliação da interpretação do acto contido no conteúdo do documento¹⁹⁴. Por isso, para que determinada prática reiterada seja considerada costume, e por esta via fonte de direito, para além da já indicada conformação com a Constituição e não ofensiva à dignidade da pessoa humana, é necessário que tenha vigência, enquanto modo de existência da realidade cultural entranhada nos seus valores sociais, éticos e revelada pela sua

¹⁹¹ A lei de introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de Setembro de 1942), determina no seu art. 4º a integração de lacunas através de uma operação realizada pelo juiz aplicando o costume. Diz assim a norma: “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, **os costumes** e os princípios gerais de direito”.

¹⁹² A. Pedro Barbas Homem, “Sobre as fontes do Direito angolano”, em *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 319-341.

¹⁹³ É de aceitar a existência na prática reiterada de uma experiência jurídica que tem por objecto colocar à prova uma determinada regra de acção ou de conduta humana, tendo por critério o juízo que fazemos sobre a acção, de acordo com determinado princípio, ideal ou valor e, por fim, esta experiência reporta-se a uma ordem humana, imanente e virtual – cfr. António José de Brito, “Da obrigatoriedade do direito positivo”, *NOMOS, Revista Portuguesa de Filosofia do Direito e do Estado*, nºs 3 e 4, Amadora, 1987, pág. 25. Consideramos, pois, que a ininterrupta actividade humana que o grupo étno-linguístico umbundu tem levado a cabo de forma continuada e com a convicção da sua obrigatoriedade, expõe uma experiência histórico-cultural, envolvendo um conjunto de dados que estão relacionados com os membros da comunidade e com realidades das suas vidas, bem como com valorações, necessidades, pretensões e expectativas cuja validade e vigência reclamam para servirem de base a sua qualificação como fonte de direito, até porque o Direito é realidade cultural e a realidade humana é criação cultural que é marcada pela sua temporalidade e historicidade, para depois evoluir para o patamar de um Direito como ordem normativa, não esgotada na norma jurídica mas expansiva a valores, princípios ou a “elementos normativos extra-textuais e transpositivos” – cfr. A. Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*. BFD, Coimbra Editora, 1993, pág. 30.

¹⁹⁴ A. Pedro Barbas Homem, “Sobre ...”, *ob. cit.*, pág. 321.

normatividade jurídica¹⁹⁵. É por esta razão que elencamos os exemplos que consideramos estarem de acordo com a dogmática sobre a fiducia¹⁹⁶.

Como sabemos, a língua falada dos povos *bantu* apenas foi passada para um alfabeto a partir dos finais do século XIX e os Ovimbundu tiveram a felicidade de ter a língua escrita pelo labor dos missionários evangélicos e católicos. No primórdios, a ausência de documentos escritos onde as partes numa relação jurídico-contratual pudessem firmar as obrigações de cada um, fez desenvolver mecanismos para firmar oralmente a confiança pela palavra dada, invocando a fidelidade num ritual, da mesma forma como os romanos fizeram quando consideraram a *fides* como sendo uma divindade de um culto politeísta, que era invocado para que na realização de um negócio ficasse protegido o cumprimento e punido o faltoso¹⁹⁷. Na realidade *bantu* a investigação sobre a existência de instituições sociais com configuração fiduciária obriga-nos a um exercício compreensivo da origem poética sobre a conceitualização dessas instituições, associada aos valores e importância jurídica dos provérbios, das fábulas e das adivinhas no mosaico jurídico cultural de Angola¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Fernando José Bronze, *Lições de Introdução ao Direito*, Coimbra Editora, 2002, pág. 527-551. Diz o Professor que “uma cultura diz-se vigente quando for efectiva dimensão da existência comunitária (...)”, e “a vigência (tanto cultural, como jurídica) identifica, portanto, a subsistência histórico-social de uma normatividade” – pág. 531. A. Castanheira Neves, “As fontes do direito e o problema da positividade jurídica”, *BFDUC*, LI, Coimbra, 1975, pág. 116. Entende o Mestre que a “vigência (vigência normativa e, v. gr., vigência jurídica) aquele fenómeno ou modo-de-ser do normativo que se verifica quando uma validade e um regulativo normativos são assumidos vinculativamente e informam praticamente, como sua dimensão culturalmente real, a vida histórica de uma determinada comunidade social”.

¹⁹⁶ É bom observar que as questões por nós levantadas carecem ainda de um aprofundamento exaustivo. A Ciência Jurídica em Angola é devedora de um estudo sobre o seu legado histórico, sócio-cultural e jurídico.

¹⁹⁷ Milagros Koteich Khatib/ Martha Lúcia Neme Villarreal/ Edgar Cortés, “Formalismo negocial romano y neoformalismo. ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil?”, in *Revista de Derecho Privado*, nº 9, 2005, pág. 239 seg.

¹⁹⁸ Sobre a consideração da realidade local africana para a construção de uma História do Direito Angolano veja-se Eduardo Vera-Cruz Pinto, “O que pode ser o Direito Angolano? Ensaio preliminar para elaboração de uma resposta jurisprudencial”, (Conferência), Edição do Centenário da Revista da AAFDL e em Homenagem ao Prof. Miguel Galvão Telles, 2015, pág. 173-213. Sobre o valor das adivinhas e fábulas consultamos algumas constantes de uma obra de Reverendo Henrique Etaungo Daniel, *Alupolo, Adivinhas*, 2ª ed., Lisboa, 2010. Apesar da obra ser titulada de “Adivinhas” o autor faz questão de advertir que “este é o livro de Adivinhas, Adágios, Máximas e Ditados”. As adivinhas, adágios máximas e ditados, não devem ser interpretados no seu sentido vocabular, pelo contrário, deve ser entendido na sua significação filosófico-jurídica, indo buscar a riqueza cultural que carrega e os valores sociais que visa proteger. Vejamos alguns exemplos: a) *Ca mola isso, ombulungu yi sule*; significa que o testemunho ocular vale mais do que as provas sofismáticas. Contra factos, não há argumentos; b) *Caku sanga vuti ku ka linge hati, ndinde, puã linga hoti, ndimunu*; significa que em todas as circunstâncias da vida, deve assumir-se como responsável pelos seus actos. Ninguém deve fugir das suas responsabilidades; c) *Camale ka ci kuete utondo, (utondua, etondelo)*. Não se deve ter direito à coisa alheia. Do seu ao seu dono; d) *Kandimba weya; ovisetaika via pua*. Já chegou quem conhece melhor a questão; acabaram-se as conjecturas. Dito quando alguém nega todas as acusações que lhe fazem e, de repente, aparece uma testemunha ocular; e) *Umalehe ka tonyo ongulu yuvala; pekonjo pa siala*. Não se deve esperar, de um jovem inexperiente, trabalho perfeito.

Hoje, graças a sedimentação da escrita Ovimbundu, as relações de ordem comercial são traduzidas a escrito e, por isso, as relações fiduciárias são conformadas através da autonomia privada, imperando o consensualismo lá aonde a lei não exija uma forma especial.

5 – Breve conclusão

Sem voltar a entrar em detalhes históricos, importa frisar que tanto o *trust* como a *fiducia* tem uma dupla finalidade. Em primeiro lugar, e sem afastar as já indicadas finalidades de gestão e de garantia, há que sublinhar uma finalidade financeira, com vista a garantir o acesso ao crédito por parte das famílias e agentes económicos. Estes dois mecanismos fiduciários oferecem aos agentes económicos uma garantia importantíssima na medida em que o proprietário se encontra numa posição avantajada, pois é reconhecido que a propriedade pode ser cedida em garantia. A outra finalidade é de ordem familiar fundada em valores humanos. Nem sempre as famílias podem socorrer-se do instituto da tutela para proteger situações de incapazes por menoridade ou por interdição e inabilitação. É mais comum nos países anglo-saxónicos constatarmos a existência de mecanismos do *trust* para resolver os mecanismos rígidos da tutela e curatela e das disposições sucessórias, como constataremos adiante. Hoje há vários países da América Latina a seguirem o exemplo bem como Estados da Europa Ocidental. Afinal, desde tempos idos o *trust* e a *fiducia* estiveram ao serviço dos mais diversos interesses e necessidades humanas.

A quando das discussões sobre a reforma do Código Civil francês, o Ministro da Justiça deste País, M. Pascal Clément, afirmou o seguinte: “compartimos todos um objectivo: introduzir o negócio fiduciário no nosso direito para oferecer aos actores económicos um instrumento útil comparável aos *trusts* com a finalidade fundamental de atrair investidores e de evitar a deslocalização de operações financeiras para o estrangeiro”. É mais uma demonstração do processo evolutivo dos negócios fiduciários e dos *contactos* ou *vias comunicantes* que a sua estrutura tem com o *trust*, facto que nos leva a afirmar que o negócio fiduciário é um mecanismo elástico pois, permite realizar todas as finalidades lícitas que as necessidades exigem, ou que a imaginação humana permite.

CAPITULO II

ADMISSIBILIDADE DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO ESTUDO COMPARADO

SECÇÃO I NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO ALEMÃO

I. Importa lembrar que o desenvolvimento doutrinário sobre a *fiducia* germânica tem dois momentos importantes. O primeiro diz respeito ao facto de que muitos dos escritos germânicos sobre a *Treuhand* datarem do século XIX, como, por exemplo, a obra F. Regelsberger que é de 1880, registando elementos históricos da época. Depois, e em segundo lugar, os alemães procuraram criar institutos jurídicos com vestígios da *fiducia* mais com características muito particulares¹⁹⁹, e tinham como ponto de partida o estudo das relações externas, quer dizer, entre fiduciário e terceiros e, já numa relação interna, entre fiduciante e fiduciário, para compreender as várias relações fiduciárias existentes²⁰⁰ e assim intentar construir um conceito amplo e geral de negócio fiduciário²⁰¹.

O único autor que, no início do século passado, admitiu a existência de uma transmissão da propriedade foi Von Thur no ido ano de 1918 quando publicou a obra *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts* pois, nesta altura, a maioria dos autores alemães recusava tal posição²⁰².

Outra posição que fez carreira na Alemanha, comandada por Dernburg e em alguns aspectos seguidos por Ennecerus e Larenz, defendia a ideia de que a relação fiduciária se

¹⁹⁹ Conforme explicação de Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 43, ao distinguir o negócio fiduciário de origem romana da de origem germânica, afirmou que “foi para debelar o risco que o fiduciante corria em virtude das limitações de carácter meramente obrigacional ao exercício do direito, que Schultze, inspirando-se num outro modelo histórico, desta vez retirado do direito dos povos germânicos, construiu o denominado negócio fiduciário germânico”.

²⁰⁰ K. Rusch *Gewinnhaftung bei Verletzung von Treupflichten – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum englischen und deutschen Recht*, Mohr, Berlin, 2003, pág. 170 seg.

²⁰¹ G. Grundmann, *Der Treuhandvertrag: insbesondere die werbende Treuhand*, München, 1997, pág. 125 seg.

²⁰² Vol. I, 2, Band, 2. Hälfte, 1914. Também há uma tradução em espanhol feita por Tito Ravà, DePalma, Buenos Aires, 1946.

equiparava ao mandato. Para eles, na relação fiduciária haveria uma relação interna e outra externa e, naquela, o fiduciário era um simples detentor de um poder, sendo a coisa ou a obrigação para ele algo alheio²⁰³.

II. Medicus desenvolveu um estudo sobre as associações sem capacidade jurídica que por vezes transmitem imóveis a uma pessoa de confiança como *Treuhander*. Na explicação deste autor, o fiduciário enquanto pessoa com capacidade jurídica é proprietário, no entanto, nos termos do *Treuhandvertrag*, cujo regime jurídico em alguns aspectos se confunde com o mandato, o fiduciário deve cumprir com as orientações da associação²⁰⁴. Existe também a chamada fundação fiduciária ou não autónoma (*unselbstandiger Stiftung*)²⁰⁵. Esta, por estar desprovida de personalidade jurídica própria, entrega os seus direitos a outra pessoa física ou jurídica para administração e exige que seja empregue aos fins similares a de uma fundação regular²⁰⁶.

De uma forma geral, no direito germânico há aceitação do fenómeno fiduciário. Entenderam os alemães que o negócio fiduciário deve ser entendido como a transferência de propriedade sob condição resolutiva com efeitos reais, que fará operar o retorno da propriedade do fiduciário para o fiduciante. O regresso da titularidade para o fiduciante opera *ipso iure*, registado o cumprimento dos termos constantes no *pactum*. Assim, o fiduciário nunca chega a ser um verdadeiro proprietário, situação que desaparece logo que a condição resolutiva é accionada.

²⁰³ Cristina Fuenteseca, *El Negocio Fiduciaria en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, J. M. Bosch Editora, 1997, pág. 93 seg, explica que Ennecerus reconhece dois aspectos ou relações (interna e externa) e sustenta que o fiduciário frente ao fiduciante será mandatário ou administrador. Derbung e Larenz comungam da primeira ideia, já Larenz e Medicus apoiam a segunda. Larenz distingue a cessão de um crédito em garantia, da cessão para cobrança.

²⁰⁴ Cristina Fuenteseca, *El negocio ...*, ob. cit., pág. 94.

²⁰⁵ J. W. Hedemann, no seu *Tratado de Direito Civil*, faz referências ao fideicomisso familiar, mas com a derrogação total da legislação do III Reich foi relançada nova legislação depois de 1947 com sinais de influência americana, mas sem ter adoptado grandes detalhes à figura. Se ocupa do negócio fiduciário e da propriedade fiduciária, mas tratando as figuras jurídicas como negócios simulados. Com novos desenvolvimentos no campo da ciência jurídica, se ocupou da *Treuhander*, o fiduciário, nos negócios hipotecários dos bancos, nas hipotecas de garantia de títulos ao portador, nas várias relações pignoratícias, mas em momento alguns anuncia normas jurídicas sobre o tema, ficando pela análise dos direitos e obrigações dos sujeitos destas relações sem nunca fazer uma referência ao negócio fiduciário como fenómeno tipificado ou não na lei. Ainda neste sentido, M. Alberto Azpetía, “Curso sobre *leasing* inmobiliário, derecho de superficie y fideicomiso inmobiliario”, *Revista del Notariado*, Colégio de Escrivãos da Cidade de Buenos Aires, transcrição taquigráfica da aula 24 de Abril de 1985, pág. 425 seg.

²⁰⁶ Eduardo Estrada Alonso, *El Fideicomiso...*, ob. cit., pág. 54.

A Alemanha foi a criadora do chamado “património autónomo” (*Sondervermögen*)²⁰⁷. No conjunto do desenvolvimento doutrinal e jurisprudencial criou o *Treuhand*, que permite transmitir a uma pessoa um património com determinadas faculdades e obrigações. Este património será utilizado em determinados casos com finalidades determinadas²⁰⁸. Podemos assinalar uma característica da fidúcia germânica que está relacionada com a titularidade fiduciária e com a transmissão do bem fiduciário. Assim, a transmissão do *Treugut* não investia o *Treuhänder* numa posição plena e exclusiva porque tinha como contraponto a valoração intencional do interesse do fiduciante com propensão real. É o que acontecia, consideravam os seus autores²⁰⁹, com a transmissão fiduciária do bem sujeita a condição resolutiva.

II. Não havendo paz sobre os vários entendimentos, a doutrina e a jurisprudência avançaram para outros quadrantes. Nesta esteira, Gernhuber ofereceu uma definição de “*fiduziarische Treuhand*”, considerando como o negócio jurídico que tem por objecto um bem que o fiduciante transmite ao fiduciário de pleno direito, com a condição de ele ficar obrigado a utilizar o bem fiduciário apenas dentro de limites acordados²¹⁰, entendimento que se aproxima mais a fidúcia romana e, por conseguinte, despoletou algumas aproximações que convergiram numa dupla caracterização do negócio fiduciário, cuja constituição e estrutura influenciam na forma de actuação e dos fins pretendidos: a admissibilidade do *Ermächtigungstreuhand*, contrato utilizado para que um terceiro, em nome próprio mas no interesse alheio, disponha de um direito fiduciário dentro de determinados limites definidos numa autorização previamente concedida²¹¹ e amplamente utilizado no campo dos poderes de disposição fiduciária de títulos de crédito²¹² e de administração/gestão de patrimónios. O espírito criativo alemão trouxe ao mundo jurídico uma outra figura fiduciária: a *Vollmachstreuhand*. Neste instituto jurídico, diferentemente da *Ermächtigungstreuhand*, o

²⁰⁷ H. Coing, *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts*, Beck, München, 1973, pág. 94 seg. e Hein Kötz, *Trust und Treuhand, Eine rechtsvergleichende Darstellung des anglo-amerikanischen trust und funktionsverwandler Institute des deutschen Rechts*, Göttingen, Vandenoek & Ruprecht, 1963, pág. 134 seg.

²⁰⁸ Eduardo Estrada Alonso, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica*, Editorial Universitaria Ramon Areces, Madrid, 2010, pág. 52 seg.

²⁰⁹ H. Coing, *Die Treuhand ...*, ob. cit., pág. 98.

²¹⁰ *Apud* Pais de Vasconcelos, *Contratos...*, ob. cit., pág. 259.

²¹¹ Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, *A cessão ...*, ob. cit., pág. 44 a 45.

²¹² W. Siebert, *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis – Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeine Treuhandptoblem*, Marburg in Hassen, 1933, pág. 246 seg.

fiduciário actua em nome e por conta do fiduciante, podendo aplicar-se, na falta de regulamentação própria, regime do contrato de mandato²¹³. O *Treuhänder* é investido numa posição de titular de um direito que a exerce de forma plena e exclusiva, mas limitado por deveres obrigacionais perante o *Treugeber*. Esta segunda posição caracterizadora é a que tem sido mais citada e utilizada e depois porque a *fiduziarische Treuhand* ao fiduciário é atribuída a titularidade de um direito de forma plena e exclusiva, cujo exercício deve atender os interesses do fiduciante, e como mecanismos de segurança, é estabelecido um património separado, que é afectado a realização do acordo²¹⁴. Descompondo a estrutura deste negócio, verificamos que tem dois elementos fundamentais: um de natureza real, concretizado na atribuição do direito pleno e exclusivo sobre o bem; um elemento de natureza obrigacional concretizado no vínculo fiduciário que se manifesta no acordo fiduciário (*Treuhandabrede*), que funciona como o fiel da balança, assegurando os interesses do fiduciante (*Treugeber*) e a retransmissão do bem para o fiduciante assim que se verifique o cumprimento do estipulado no acordo²¹⁵.

²¹³ H. Coing, *Die Treuhand ...*, ob. cit., pág. 92.

²¹⁴ H. Coing, *Die Treuhand ...*, ob. cit., pág. 110 seg.

²¹⁵ É devido a esta configuração contratual que alguns autores consideram haver um desequilíbrio das posições jurídicas. O poder excessivo do fiduciário não seria contraposto pelo dever do fiduciante, ocorrendo mesmo um poder de abuso, cfr. Karl Larens/ Martin Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9ª ed., Beck, München, 2004, pág. 845 seg.

SECÇÃO II

NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO ITALIANO

I. A discussão à volta dos primeiros registos sobre o reconhecimento ou não do negócio fiduciário no ordenamento jurídico italiano foi no sentido da sua não admissibilidade.

Certos autores, dos quais destacamos o conceituado Professor Betti²¹⁶, qualificavam o *pactum fiducie* como causa de cobertura de um acto de disposição abstracto. Apoiavam a ideia de que o negócio fiduciário configura um negócio abstracto negando, assim, a sua admissibilidade na ordem jurídica italiana.

Noutro sentido, mas na mesma corrente, alinhava Cariota-Ferrara²¹⁷, que admitia a propriedade plena e irrevogável do fiduciário sem limitação interna com a obrigação de cumprir escrupulosamente com a forma de uso do direito estabelecido no *pactum fiducie*. Este autor considera a distinção entre *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore* mas, no entanto, afasta a ideia de admissibilidade do instituto no direito interno. Outros autos dão qualificações diversas sobre o negócio fiduciário. Galgano, por exemplo, estabelece também a distinção entre *fiducia cum amico* da *fiducia cum creditore*, equiparando esta última a venda em garantia, defendendo-se das críticas contra ele dirigidas, que a propriedade adquirida mediante um contrato fiduciário é plena e ilimitada.

II. Entretanto, o actual *Codice Civile* contém uma norma cuja epígrafe é “disposizione fiduciaria” – art. 672º –, que consiste na chamada, a título de herdeiro ou de legatário, por parte do testador, de um sujeito com acordo que os bens, objecto da atribuição, estejam em benefício de um sujeito diferente. É convicção geral da doutrina que a disposição fiduciária representa uma hipótese de *fiducia cum amico* com eficácia *mortis causa*²¹⁸. A disposição legal em causa foi fonte de muita discussão doutrinária devido à forma como foi sendo interpretada. Primeiro, pelo facto de não resultar da letra da norma o reconhecimento de eficácia obrigatória a declaração de execução da disposição fiduciária, mas apenas um efeito

²¹⁶ *Teoria generale delle obbligazioni*, Vol. II, Giuffrè, Milano 1953, pág.

²¹⁷ *I negozi fiduciari – trasferimento, cessione e girata a scopo de mandato e di garanzia. Processo fiduciario*, CEDAM, Milano, 1933, pág. 131.

²¹⁸ Laura Santoro, *Il Trust in Itália*, 2ª ed., Giuffrè Editore, 2009, pág. 165.

da *soluti retentio*, leva a concluir que a disposição fiduciária representa uma hipótese de obrigação natural²¹⁹. Outros defendem que a disposição fiduciária oferece a hipótese de interposição fictícia de pessoa, ou seja, é uma simulação relativa subjectiva, pois quando a norma determina a possibilidade da chamada a título de herdeiro ou legatário por intermédio de um fiduciário, na verdade é uma atribuição aparente àquela querida na realidade²²⁰.

As maiores divergências que a doutrina italiana debateu sobre a validade do negócio fiduciário prenderem-se com a causa e a simulação. A primeira questão ficou ultrapassada ao considerar-se que a *causa fiduciae* além de ser autónoma era atípica e a sua validade assentava na existência legítima do interesse das partes e na sua conformidade com os comandos legais²²¹⁻²²². Alinhavam a favor da existência de causa própria, o facto da que a autonomia privada era um veicula através do qual é possível a partir do negócio fiduciário, porque atípico, promover-se a produção de efeitos reais²²³. Quanto a simulação²²⁴, o debate ficou superado porque se considerou que o fim que as partes se propõe atingir não visa enganar porque elas querem na verdade os efeitos jurídicos produzidos pelo negócio²²⁵. Como determinou a *Cassazione civile, sez. II, 18 ottobre 1988 n. 5663*, que o negócio fiduciário

²¹⁹ Laura Santoro, *Il Trust ...*, ob. cit., pág. 168.

²²⁰ Laura Santoro, *Il Trust ...*, ob. cit., pág. 168. A autora expressa esta posição da seguinte forma: “La disciplina dettata dall’art. 627 risulta così perfettamente coerente con le regole in materia di simulazione, sia che la fonte della disposizione fiduciaria si rinvenga nel testamento, sia che si rinvenga in un accordo tra il testatore ed il fiduciario. Nel primo caso, la negazione dell’azione diretta a fare valer e la simulazione è giustificata dalla generale irrilevanza della simulazione degli atti unilaterali non recettizi, qual è il testamento; nel secondo caso, l’irrilevanza giuridica della simulazione è giustificata dall’inesistenza dell’accordo trilaterale, che è requisito di efficacia della interposizione fittizia di persona”.

²²¹ Angelo Saturno, *La proprietà nell’interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1999, pág. 22 seg.

²²² Quanto as divergências sobre a admissibilidade ou não da existência e autonomia duma *causa fiduciae*, veja-se Cariota-Ferrara, *I negozi fiduciari*, Padova, 1933, pág. 124 seg., Sanvatore Pugliatti, “Fiducia e rappresentanza indiretta”, *Diritto civile – Método – teoria – pratica*, Milano, 1961, pág. 201 seg., entre outros.

²²³ António Gambaro, “Appunti sulla proprietà nell’interesse altrui”, *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, pág. 169 seg. A *Cassazione civile, sez. I, 3 aprile 1980 n. 2159*, regeita a defesa de que o negócio fiduciário seja um negócio fictício. Entende que é um negócio real cuja eficácia pode ser limitada pelo «pactum fiduciae», que se apresenta como um negócio acessório ao primeiro, impondo ao fiduciário obrigações para o cumprimento. Cfr. Sandro Merz, *La trasmissione familiares e fiduciária della ricchezza*, 2ª ed., CEDAM, Milano, 2001, pág. 432.

²²⁴ Um dos defensores da consideração do negócio fiduciário como simulação é Giovanni Pugliese, *La simulazione nei negozi giuridici*, Studi di diritto privato italiano e straniero, vol. XVIII, Cedam, Padova, 1938, pág. 98 seg.

²²⁵ O defensor da ideia em considerar o negócio fiduciário como simulação foi F. Ferrara, *La simulacion de los negocios juridicos (actos e contratos)*, trad. da 5ª ed., por Rafael Atard e Juan A. De la Ponte, Libreria general de Victoriano Suarez, Madrid, 1926, pág. 26.

produz, diferentemente do negócio simulado, efeito translativo a favor do fiduciário, quando cumprido o estipulado no art.1350° *Codice*²²⁶.

De uma forma geral, a doutrina e o legislador italiano trilharam um caminho que acabou por ser o mesmo seguido nos diversos ordenamentos europeus, que consubstanciava na atribuição de determinado património para a realização de um fim específico, cujo regime jurídico para o seu enquadramento normativo era convocada a figura do mandato sem representação²²⁷. Hoje é ponto assente que o negócio fiduciário se aproxima à construção romana sobre a figura, havendo uma atribuição de um direito de forma plena e efectiva ao fiduciário cuja titularidade é exercida de forma limitada à protecção contratualizada do interesse do fiduciante²²⁸.

III. O legislador, através do *Codice Civil*, prevê a existência de sociedades fiduciárias – artigos 2357°, 2358°, 2359° bis, 2360°, 2427°, 2428° e 2504°. Estas normas regulam, nomeadamente, a aquisição por sociedade fiduciária ou por interposta pessoa de acções próprias da sociedade; proíbe às sociedades de firmarem acordos sobre empréstimos, fornecer garantias com fim de aquisição ou subscrição das acções próprias ou por intermédio de sociedade fiduciária; proíbe as sociedades controladas a aquisição de acções ou de quotas da sociedade controlada, se não nos limites estabelecidos na lei, ou de aquisições feitas por intermédio de sociedades fiduciárias; proíbe as sociedades de aumentar ou constituir capital através de subscrições recíprocas, de acções bem como por intermédio de sociedade fiduciária; estabelece as regras sobre o conteúdo da responsabilidade dos administradores na gestão da sociedade.

Fora do *Codice Civil* e no silêncio deste sobre determinada matéria relativa às sociedades fiduciárias, o legislador criou outras normas que em especial tratavam da questão. Assim, é de assinalar que pela primeira vez as sociedades fiduciárias foram tratadas pelo R.D.1. 16 Dezembro 1926, n. 2214, que disciplinava a actuação das sociedades fiduciárias, mas que foi revogada com a entrada em vigor da lei 23 de Novembro 1939, n. 1966. Com a entrada em vigor do decreto-lei de 23 de Julho de 1996, n. 415, foi criada a chamada

²²⁶ Sandro Merz, *La Trasmissione ...*, ob. cit., pág. 432.

²²⁷ Michele Graziadei, “Proprietà fiduciária, e proprietà del mandatàrio” *Qdr.*, 1990, nº 1, pág. 1 seg. Gianfranco Palermo, “Sulla riconducibilità del «trust interno» alle categorie civiliche”, *RDCDGO*, I, 2000, pág. 133 seg.

²²⁸ António Gambaro, “Appunti sulla proprietà nell’interesse altrui”, *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, pág. 169 seg.

sociedade de investimento mobiliário (SIM). Através dela o fiduciante transfere capital a um fiduciário para que, na base da sua experiência específica no sector financeiro, faça a gestão do mesmo, investindo ou desinvestido, segundo critério de oportunidade de negócio. Outra forma de actividade fiduciária é aquela em que a sociedade fiduciária, assume a tarefa de *amministrazione di partecipazioni in società* (votando em assembleia, vendendo a sua participação social, etc.), nos termos exactos das instruções recebidas do fiduciante. Nos dois casos o fiduciário assume a titularidade dos bens (capital social e bens financeiros), de forma instrumental e limitada por meio das obrigações assumidas no *pactum fiduciae, di fare del bene l'uso convenuto*²²⁹.

Na doutrina italiana, assim como na alemã, aceitam as fundações fiduciárias como instrumento para segregar património para um fim determinado, cuja gestão está a cargo de um titular, cujo exercício é vocacionalmente pleno e exclusivo mas gravado com os objectivos declarados no pacto pelo fundador fiduciante²³⁰.

Com o objectivo de mater um determinado padrão de vida de determinadas famílias, o legislador italiano “criou” a figura do *fondo patrimoniale* para fazer atribuições patrimoniais sem seguir as regras sucessórias. O art. 167º do *Codice* deu resposta positiva. Através de um acto público, cada um dos cônjuges, ou ambos, por um terceiro, ou por testamento, pode constituir um fundo patrimonial destinando determinados bens imóveis ou móveis sujeitos a registo, ou títulos de crédito para suprir necessidades da família²³¹. Sandro Merz considera mesmo que a doutrina tem ignorado a importância da figura jurídica, manifestando algum *scetticismo*, pois através dela é possível transferir riqueza no seio familiar e assim assegurar, para além da morte, a “manutenção ou a formação educacional e profissional”²³².

Em defesa desta figura tem-se entendido que o fundo é um património de destinação: persegue um particular objectivo, realiza uma função prática, que é o de satisfazer necessidades da família, por isso, ser tratado como património de destinação. Desta feita, os credores da família ou de cada um dos membros da família tem a sua actuação executiva

²²⁹ Ugo Carnevali, *Istituzioni di Diritto Privato*, a cura di Mário Bessone, 30ª ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2006, pág.678-679.

²³⁰ Sandro Merz, *La trasmissione familiare e fiduciária della ricchezza*, 2ª ed., CEDAM, Milano, 2001, 387 seg.

²³¹ Os bens podem ser todos os que podem ser transaccionados onde os gestores dos fundos estão autorizados a comercializar.

²³² *La trasmissione ...*, ob. cit., pág. 387 seg.

limitada porque os bens (activos) do fundo apenas respondem pela sua constituição²³³. Questão fundamental para a operacionalidade desta figura é o conceito que se tem de família. Há muito que o Ocidente restringiu o conteúdo deste conceito. Família termina quase sempre nos seus filhos, tendo como ponto de partida os pais dos progenitores, avós daqueles. Fica apenas o alerta, porque não nos interessa desenvolver aqui²³⁴.

O Direito Comercial deu passos no sentido do amadurecimento da existência de relações fiduciárias. Com a reforma de 2003, abriu-se a possibilidade de uma sociedade por acções constituir património destinado a um *specifico affare*, havendo a obrigatoriedade de se determinar as condições, limite e modalidade de prestação de contas e de representação²³⁵. A segregação patrimonial é aplicada para uma função real, normalmente produtiva e de gestão no âmbito do financiamento das empresas e tem sido justificada no sentido das empresas italianas poderem concorrer em circunstâncias mais competitivas no mercado europeu e, também, determinar uma repartição dos riscos do financiamento²³⁶.

IV. Com a adopção da Convenção de Haia sobre o *Trust* para o ordenamento jurídico italiano, admitiu-se a vigência do *trust* e através dele os cidadãos italianos podem constituir um *trust*, por autonomia de vontade ou através das situações previstas na lei²³⁷, sendo mais uma forma de manifestação de relações fiduciárias²³⁸. Não faltou quem estivesse em desacordo com esta posição, defendendo que a constituição do *trust* na base da autonomia da vontade é contrária ao princípio de *numerus clausus* dos direitos reais e da responsabilidade patrimonial universal, bem como da segregação patrimonial²³⁹, mas rapidamente esse

²³³ Sandro Merz, *La trasmissione ...*, ob. cit., pág. 388.

²³⁴ Sandro Merz, *La trasmissione ...*, ob. cit., pág. 389, faz uma separação entre família nuclear e família parental. Aquela seria a mais restrita e esta entendida em sentido amplo. Para nós, africanos, a família socialmente considerada e, muitas vezes entendida legal e jurisprudencialmente, é a alargada. Basta observar que os filhos dos irmãos são tratados como nossos filhos. Os irmãos dos sogros e sogras são também considerados sogros e sogras.

²³⁵ Dario Scarpa, “La rappresentazione contabile del patrimonio destinato e la tutela dei creditori particolare”, *Giurisprudenza Commerciale*, 2008 – 3, pág. 400-415. O autor expõe uma extensa bibliografia sobre o tema.

²³⁶ Dario Scarpa, “La rappresentazione ...”, ob. cit. pág. 403. O autor faz uma explicação sobre o “studio dell’istitutodel patrimonio destinato ad uno specifico affere nella prospettiva dell’informazione e del mercato”.

²³⁷ Alexandra Braun, “Trusts interni”, *Revista di Diritto Civile*, Ano XLVI, nº 4, 2000, pág. 575.

²³⁸ Laura Santoro, *Il Trust ...*, ob. cit., pág. 16.

²³⁹ Alexandra Braun, “El trust en Itália: aplicaciones en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia”, St. John’s College, Oxford, en Ester Arroyo I Amayuelas (Dir.), *El trust en el Derecho Civil*, con la colaboración de Generalitat de Catalunya, Departamento de Justicia; Departamento d’ Innovación, Universitats i Empresa, Registradors de Catalunya y Collegi de Notaris de Catalunya, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 138.

argumento foi afastado²⁴⁰. A lei italiana exige que os bens objecto do *trust* sejam aqueles que estão localizados no seu território. No âmbito do direito internacional, através dos *Principles of European Law*, o juiz pode reconhecer a aplicação do direito estrangeiro, utilizando formas de *trust* diferente da que exige a legislação interna²⁴¹.

O primeiro passo que a jurisprudência italiana deu para o reconhecimento do *trust* foi através de um sentença proferida pelo *Tribunale di Lucca*, em 23 de Setembro de 1997²⁴². A decisão surgiu na sequência de um caso em que uma filha de um cidadão americano de origem italiana socorreu-se ao tribunal para pedir a anulação de uma cláusula fideicomissária através da qual seu pai deixava todos os bens situados nos EUA a disposições de um *trustee*, indicado através de um testamento, para os gerir. A filha fundamentou o pedido considerando que a substituição fideicomissária era ilegítima e, por isso, desconhecida do ordenamento jurídico italiano. O tribunal considerou que não se tratava de uma substituição fideicomissária ilegítima, mas sim de um *trust*, e como a lei reconhecia a existência do mesmo no ordenamento interno não deveria ser considerada nula. No entanto, tendo o testador entregue a totalidade dos bens sob controlo do *trustee*, a filha deveria ter requerido a redução da disposição testamentária por lesão à legítima.

V. Uma experiência da jurisprudência tributária²⁴³ leva-nos a considerar que o *trust* existe na Itália e é muito utilizado. É também em sede de matéria tributária que se tem levantado questionamentos sobre a admissibilidade do *trust* na Itália. Primeiro porque se pensa que as normas tributárias italianas não se adaptam ao *trust* produzindo-se assim uma dupla tributação ou, noutras situações, falta de tributação que pode causar uma desvantagem em termos de receitas fiscais. Em segundo lugar, em matéria de tributação internacional o critério para determinar a sede ou residência fiscal é o do *place of effective management* (lugar da administração efectiva) do *trust* que serve também para efeitos de aplicação de determinados convénios de dupla tributação, situação que pode prejudicar os países que não tenham

²⁴⁰ Maria Costanza, *Il contratto atípico*, Giuffrè, 1981, pág. 423 seg.

²⁴¹ Eduardo Estrada Alonso, *El fideicomiso...*, ob. cit., pág. 56.

²⁴² Daniele Muritano, “Trust e diritto italiano: uno sguardo d’insieme”, *I Trust interni e le loro clausole*, Consiglio Nazionale del Notariato, Gli Autori, Roma, 2007, pág. 22.

²⁴³ Stefano Laconte e Gincarlo Marzo, *Il trust en Italia secondo la giurisprudenza tributaria*, Itália Oggi, Sette, Outubro de 2012.

regulado a existência de instituições fiduciárias vocacionadas para a administração de patrimónios fiduciários²⁴⁴.

²⁴⁴ Maria Pilar Navau Martinez-Val, “El trust anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro”, *Noticias de la Unión Europea*, Año XVIII, nº 208, Mayo de 2002, pág. 70.

SECÇÃO III

NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO ESPANHOL

I. O ordenamento espanhol recebeu o instituto jurídico depois de atravessar um longo período de debate doutrinal e jurisprudencial. Ainda hoje são claras as divergências existentes, não sobre a sua admissibilidade no direito espanhol, mas na aceitação da sua estrutura²⁴⁵. Miguel Virgos Soriano, defende a ideia de que os negócios fiduciários não podem produzir o efeito transmissivos para o fiduciário da propriedade de um bem ou a titularidade de um direito. Para ele o sistema espanhol de transmissão patrimonial é um sistema causalista e, por isso, o efeito jurídico da transmissão da propriedade ou da titularidade da propriedade apenas se produz quando concorre uma «justa causa»; e a causa de administração (cumprir com um encargo) ou de garantia (assegurar uma cobrança) não constitui um título suficiente que possa justificar uma aquisição e uma perda da propriedade²⁴⁶. No direito civil espanhol, defende, o negócio de transmissão serve apenas para criar uma aparência de titularidade dominial a favor do fiduciário, mas não a titularidade material nem uma propriedade formal que a jurisprudência tem tentado denominar muitas vezes, que apenas vem encobrir uma “titularidade externa”, que não verdadeira. Em jeito de crítica, diz que a doutrina espanhola chama “titularidad fiduciária” à situação em que uma pessoa se encontra externamente como dono, sem na realidade sê-lo, tem um significado diferente do que é usado noutros ordenamentos jurídicos.

II. Uma outra linha doutrinária admite a existência do negócio fiduciário na realidade jurídica espanhola²⁴⁷, sustentada por decisões dos tribunais²⁴⁸, que consideraram a venda em

²⁴⁵ Antonio Sánchez Gervilla, “Visión histórica de la fiducia y actual criterio del Tribunal Supremo”, Foro de casos prácticos, em www.notariosyregistradores.com consultado aos 20 de Maio de 2016.

²⁴⁶ *El Trust y el Derecho Español*. Thomsom, Civitas, 2006, pág. 53-55. Este Professor adverte que “*el concepto de fiducia se emplea en el lenguaje jurídico en dos sentidos diferentes (Galgano, «Il Negozio Giuridico», 1988, p. 421): (a) para indicar una especie de contrato o negocio jurídico; (b) para indicar una especie particular de propiedad, definida como fiduciaria y caracterizada por que las facultades de usar y disponer de un bien son atribuidas al propietario no para satisfacer un interés propio, sino un interés ajeno*”.

²⁴⁷ Puig Brutau, *Fundamentos de Derecho Civil*, III-3, Barcelona, 1974, pág. 375 seg. G. Boehmer, *El Derecho a través de la jurisprudencia*, trad., J. Puig, Barcelona, 1959, pag. 315, y Carrasco Perera, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Madrid, 2002, pág. 1605 y seg.

garantia como a representação mais marcante da existência do negócio fiduciário²⁴⁹. A fiducia constitui assim o ponto fulcral do negócio fiduciário oneroso, que serve de garantia ao pagamento de uma obrigação pecuniária, também chamada *fiducia cum creditore*²⁵⁰.

Muito recentemente, António Martín León defendeu a velha ideia de que o negócio fiduciário tem natureza de negócio “simulado relativamente” e a sua posição não é, defende, de adoptar uma postura no debate, senão também de expor quais são as principais razões que o impulsionam a tomar tal posição²⁵¹. Os fundamentos da sua defesa são, em primeiro lugar, a ideia de que o negócio fiduciário não é um tipo negocial com causa própria, senão como é igual a simulação, como um simples “procedimento anómalo e deformador do negócio jurídico”. Em consequência e, em segundo lugar, defende que a fiducia é simulação relativa, porque há um contraste ou divergência entre duas declarações de vontade, uma externa, que opera perante terceiros e outra interna que representa a efectiva e autêntica vontade das partes. A manifestação externa corresponderia ao negócio simulado e a interna ao pacto fiduciário, conformando ambas a verdadeira manifestação das vontades das partes. Assim, o acordo fiduciário seria como um simples acordo simulatório, pois a declaração externa emitida pelas

²⁴⁸ Acórdãos de 8 de Março de 1963, de 19 de Maio de 1982, de 8 de Março de 1988 e de 8 de Julho de 1992. O Ac. do STS de 20 de Novembro de 1965 é paradigmático, pois dava um avanço superior à doutrina ao admitir que o negócio fiduciário supõe uma «*relación compleja, constituída por dos fases perfectamente diferenciadas, una, de “transmisión plena” y outra de relación obligacional que limita los efectos de aquella transmisión*».

²⁴⁹ STJ, acórdão de 26 de Abril de 2001, de 1 de Fevereiro de 2001 e 14 de Fevereiro de 2002. Esta última afirma que a venda em garantia é um negócio fiduciário *cum creditório*.

²⁵⁰ Durán Rivacoba, *La Propiedad en garantía*, Aranzi, Pomplana, 1998, pág. 140. É importante referir que a *fiducia cum amico* não foi recepcionada no mesmo momento que a *fiducia cum creditore*, pois a *fiducia cum amico* não foi tão bem tratada por ter sido considerada um instrumento de fraude e de operações inconfessáveis como o branqueamento de capitais, escondendo os sujeitos da operação negocial utilizando “testaferros”. Esta posição pode ser melhor compreendida com a leitura da lei nº 10/2010, de 28 de Abril-de *prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo*.

Importa referir que historicamente a *fiducia cum amico* foi utilizada de forma muito acentuada para salvar o património em situações críticas de confisco. Como registam os factos históricos, as instituições religiosas empregaram esta figura para evitar as decisões legislativas sobre o confisco que eram decididas contra os seus bens durante a II República. As instituições religiosas alienavam o bem a um particular de sua plena confiança, que pelas suas características não oferecia suspeitas de vir a sofrer também um confisco pelo governo republicano. Esta transmissão não era de carácter pleno, mas limitado até que a situação política tornasse a oferecer segurança ao património, colocando-o a salvo dos confiscos. Finalizada a Guerra Civil espanhola, as instituições religiosas, enquanto fiduciantes, passaram a reclamar a sua propriedade das pessoas que “aparentavam” ser os titulares dos “bens dados em fiducia” com o argumento de que a transferência ocorrida era de natureza limitada. Por falta de registo predial sobre as transferências, tornou-se difícil as entidades religiosas verem reintegrados na sua esfera patrimonial aqueles bens. Ao não fazer constar no Registo de Propriedade a verdadeira natureza do negócio realizado – que se escondia por detrás de uma forma de transmissão do domínio sobre o bem sem condição – os fiduciários podiam alienar a terceiros, ficando estes últimos protegidos pelo princípio da fé pública registal (quando efectivassem o registo), ficando o fiduciante prejudicado ao perder a sua propriedade. Cfr. Eduardo Estrada Alonzo, *El fideicomiso ...*, ob. cit., pág. 82.

²⁵¹ *Negócios fiduciários, simulación y transmisión de la propiedad*, Aranzadi, Navarra, Pomplana, 2012, pag. 68.

partes (“*transmitir la propiedad, por lo general, mediante compraventa*”) não coincide exactamente com a declaração interna (“*dar en garantía o en administración*”). O Tribunal Supremo Espanhol, entrando em contradição com a sua decisão de 20 de Novembro de 1965, entendeu, em 20 de Maio de 1986, defender a posição que vimos descrevendo, anotando que o negócio fiduciário «*requiere la coexistência de una convención expresa y exteriorizada, que normalmente tiene un mayor alcance jurídico que el económico propuesta por las partes en la convención tácita o no exteriorizada*». A decisão do STJ de 2 de Dezembro de 1996 foi também acertada ao considerar que o negócio fiduciário “*consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, llamado fiduciante, realiza en favor del outro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o el derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista*”.

Em sentido diferente, Lacruz²⁵² defende que o negócio fiduciário não é um negócio simulado. Para ele o negócio fiduciário “não é um negócio simulado mas se parece, porque aqui está ausente a ideia de fraude; o propósito fiduciário do contrato não se oculta, como a simulação, pelo contrário, pode ser público e notório; e a figura negocial que se celebra se quer realmente (a venda em garantia ou de acções), mas provocando efeitos distintos e mais reduzidos do que comporta: por haver uma vontade real de celebrar um verdadeiro negócio, o negócio fiduciário não é nulo como a simulação”. Prossegue na sua doutrina afirmando que o negócio fiduciário não deixa na sombra os efeitos económico-sociais que se pretendem, podendo manifestar a sua vontade expressamente.

III. É de assinalar a posição de Cámara Lapuente ao advertir que o *trust* é uma instituição não regulada no Direito positivo espanhol, nem foi acolhida pela jurisprudência. “*Sin embargo, esta afirmación inicial, para ser cierta, debe ser ponderada en sus justos términos.*”²⁵³ Em defesa da sua tese, o autor faz uma enumeração de instituições jurídicas que desempenham funções similares ao do *trust*, nomeadamente, o mandato, as fundações, o contrato a favor de terceiro, as doações e legados modais, as substituições fideicomissárias e a “albacea”, considerando também os negócios fiduciários que, para seu entendimento, têm

²⁵² *Elementos de Derecho civil*, Vol. I, 3ª ed., Madrid, 1999, pág. 206.

²⁵³ “Operaciones fiduciarias o *trusts* en Derecho español”, en *R.C.D.I.*, nº 654, 1999, pág. 1757.

determinadas semelhanças com o *trust*. O que é verdade é que não há legislação interna que reconheça o *trust* mesmo que tenha sido constituída no estrangeiro, nem subscreveu a Convenção de Haia de 1985 sobre a lei aplicável ao *trust*²⁵⁴, mas nada obsta que os tribunais sejam considerados competentes para conhecer questões relativas ao *trust*²⁵⁵. O Regulamento Comunitário 44/2001 estabelece determinados critérios de competência internacional dos tribunais para acções de natureza pessoal em matéria de *trust*, nomeadamente, a possibilidade de alguém estar submetido à jurisdição do Estado de residência mesmo com nacionalidade diferente, seja fiduciante (constituente), fiduciário (*trustee*) ou beneficiário do *trust*²⁵⁶.

IV. O exercício de posições fiduciárias não declaradas tacitamente no Direito positivo pode ser indicado pela introdução da lei nº 41/2003 de 18 de Novembro, chamada de “Protecção patrimonial das pessoas com incapacidade das pessoas com incapacidades e modificações do Código Civil, da Lei Processual Civil e da Lei Tributária”, visou favorecer a afectação, a título gratuito, de bens e direitos para o património de pessoas incapazes e estabelecer mecanismos adequados para garantir a afectação de tais bens e direitos, assim como os frutos, os produtos e os rendimentos destes à satisfação das necessidades vitais dos seus titulares, constituindo tais bens um património especial em favor dos incapazes²⁵⁷. A constituição do património de afectação, que pode ser feito pelo incapaz, pelos seus representantes legais ou por quem tem legitimidade para o fazer – art. 3º – deve ter por fundamento sempre o interesse do incapaz, interesse que também é invocado para o caso de haver oposição à constituição do mesmo²⁵⁸. A constituição do património protegido e afectação dos bens devem constar de escritura pública – art. 4º. O critério para a determinação do administrador do património é o de fiscalização dos interesses e necessidades do beneficiário. O objectivo central da lei é a criação de um património autónomo, funcionalizado

²⁵⁴ Joaquín de Arespochaga, *El “trust”, la fidúcia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 47.

²⁵⁵ Benetta Ubertazzi, “El trust en el derecho internacional privado italiano e español” *Anuário Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo V, 2005, pág. 199-222.

²⁵⁶ C. González Beilfuss, “Los Convénios de Bruselas y Lugano y el trust: propuestas de modificación”, en *La revisión de los Convénios de Bruselas y Lugano sobre competência judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Tarragona 30-31 de mayo de 1997, Madrid, Marcial Pons, 1998, pág. 301 seg.

²⁵⁷ Cfr. art. 1º da referida lei.

²⁵⁸ Sónia Martín Santisteban, “El patrimonio de destino de la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: un acertamiento al «trusts»?”, *Actualidad Jurídica*, Arazandi, ano XIV, nº 62, 2004, pag. 1 seg.

à satisfação das necessidades vitais do incapaz para que, cessada a incapacidade fique sem efeito a existência do referido património (arts. 5º, nº 4 e 6º, nº 1) e se retransmita o remanescente (ou a totalidade) às pessoas que tenham afectado os bens, ou simplesmente deixa de ter essa função, caso sejam bens do próprio incapaz, daí a natureza personalística da destinação.

Para a admissibilidade ou não do negócio fiduciário na ordem jurídica espanhola, Câmara Lapuente explica que apenas a partir de um estudo detalhado do mesmo e que clarifique os pontos de semelhança e os de divergência entre ele e o *trust*, depois de efectuado um minucioso exame das dificuldades próprias de um ordenamento da *civil law* como é o espanhol, será possível aventurar-se na tomada de uma opinião sobre a «incorporabilidade» da noção de *trust* e das suas consequências no ordenamento jurídico interno²⁵⁹. No entanto, e avançando no sentido da sua admissibilidade, o autor considera que o negócio fiduciário é a “chave de aproximação” para a aceitação do *trust*, na medida em que existem em Espanha operações fiduciárias válidas, conforme posição da jurisprudência²⁶⁰.

²⁵⁹ “Operaciones fiduciarias ...”, ob. cit., pág. 1760.

²⁶⁰ Para tal o autor indicou duas decisões do STS de 2 de Dezembro de 1996, F.D. 4º, bem como da STS de 4 de Julho de 1998, F.D. 6º. Estas duas decisões consideraram o negócio fiduciário como aquele que “*consiste en la atribución patrimonial que uno de los contratantes, el llamado fiduciante, realiza en favor del otro, llamado fiduciario, para que este utilice la cosa o derecho adquirido, mediante la referida asignación, para la finalidad que ambos pactaron, con la obligación de retransmitirlos al fiduciante o a un tercero, cuando se hubiera cumplido la finalidad prevista*”. Mesmo com esta aproximação, Câmara Lapuente parece fazer resistência à admissibilidade do *trust* em Espanha mesmo que se reconheça que o legislador não recepcionou, fazendo uma análise comparatística entre *trust* e negócio fiduciário conforme, nas suas próprias palavras, “el negocio fiduciario español”. Assim, desta análise resulta que: 1º “Quanto a tutela dos interesses das partes, surge a nota mais diferencial, que consiste no desdobramento da propriedade em dois titulares simultâneos sobre o mesmo objecto, a favor de sujeitos diferentes (*legal ownership* para o *trustee* ou fiduciário e *beneficial ownership* para o *cestui que trust* ou beneficiário), que tem como reflexo a duplicidade de tutela jurisprudencial de cada uma (tribunal civil e tribunal de equidade). Isto gera uma posição sólida para o constituinte do *trust* e, sobretudo, para o beneficiário, pois ostentam, segundo doutrina maioritária, um autêntico direito real; ademais, o *trustee* incorre em graves responsabilidades em caso de conduta desleal. Pelo contrário, na fidúcia, diz-se, o conceito de propriedade das famílias romano-germânicas impede semelhante desdobramento e praticamente não existe tutela legal das posições das partes, pelo que um eventual abuso do fiduciário, inclusive a defesa das teorias mais modernas, apresenta dificuldades no ponto sobre a sanção”. 2º “No que diz respeito ao modo de constituição, também existe grande distância, já que o *trust* não é um contrato nem sequer tem necessariamente uma origem negocial, senão que pode ter por origem uma declaração unilateral ou deduzir-se da intenção presuntiva do que transfere o bem (*implied trust*) ou pode originar de uma decisão judicial (*construtive trust*), e pode ter eficácia *inter vivos* ou *mortis causa*. Por sua vez, o negócio fiduciário, como indica o seu nome, responde a uma génese contratual e, normalmente, esta categoria se aplica a negócios *inter vivos*”. Por fim, e em 3º, “as funções que cumprem o *trust* e a fidúcia são diversas em extensão, servindo o primeiro para objectivos muito mais díspares. Além destas três diferenças capitais, seriam de alegar muitas outras mais, como o distinto tratamento dos conflitos com terceiros (*bona fides purchaser doctrine*), o número de partes negociais (dois *versus* três em *trust*), as funções do tribunal, etc”, pág. 1763-1764 (livre tradução).

SECÇÃO IV

NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO FRANCÊS

I. A França adoptou a figura da fiducia no seu Código Civil com a aprovação da Lei n° 211/2007, de 19 de Fevereiro – *instituant la fiducie*, JO n° 44, de 21 de Fevereiro de 2007 –, permitindo a constituição de negócios fiduciários apenas por entidades financeiras, justificada esta restrição por razões de evitar uma possível evasão de capitais²⁶¹. A alteração que esta lei veio operar modificou a estrutura do *Code* passando o Título XIV a ter a designação “Da Fiducia”. Na verdade, a reforma que ocorreu sobre as garantias operadas através *l’Ordennance du 23 mars 2006*, trouxe alguns vícios de conteúdo sobre o Livro III e Título acima referido, que correspondia a matérias da fiança, tendo sido substituído pela *fiducie*. O *Code* define *fiducia* – art. 2011° – como sendo a operação através da qual um ou mais constituintes transferem bens ou direitos ou um conjunto de bens ou direitos de toda a natureza, presentes ou futuros, a um ou mais fiduciários, que apenas podem ser pessoas física, que as tendo separado do seu próprio património (*patrimoine d’affectation*) os destinam a um fim determinado (*patrimoine fiduciaire*) de gestão ou garantia, ou em proveito de um ou mais beneficiários²⁶².

O legislador francês²⁶³ criou assim uma *fiducia* tipificada mas que congrega nela várias “fidúcias inominadas” existentes na prática contratual cuja validade foi admitida pela jurisprudência²⁶⁴. Foram os tribunais os primeiros a manifestarem a recepção de negócios fiduciários e influenciaram a recepção da Convenção de Haia sobre o *Trust*. A prática do *trust*

²⁶¹ Na verdade, o direito francês afastou durante muito tempo a admissão de figuras fiduciárias, com duas ordens de fundamento: a manutenção como princípio de ordem pública o princípio do *numerus clausus* das garantias reais e da sua publicidade; depois, o amplo temor devotado às garantias está associado aos riscos que priva o devedor do poder de disposição do bem. No terceiro quarto do século passado apareceram os primeiros indícios de aceitação de negócios de alienação em garantia. Catarina Monteiro Pires, *Alienação em Garantia*, Almedina. Coimbra, 2010, pág. 56.

²⁶² Eduardo Estrada Alonso, *El fideicomiso...*, ob. cit., pág. 57.

²⁶³ Durante o processo legislativo, o grupo dirigido pelo Senador Philippe Marini apresentou na Sessão de 8 de Fevereiro de 2005 a exposição de motivos para a aprovação de uma figura que respondesse à possível recepção do *Trust* conforme a Convenção de Haia e disse que “França não pode permanecer insensível a globalização deste instrumento jurídico (o *trust*)”. In www.senat.fr.

²⁶⁴ Sérgio Câmara Lapuente, “Trust a la francesa”, in www.indret.com. Visitado a 20.05.2010. O autor afirma com verdade que “Certamente, a expansão do *trust* nos territórios da civil law, por via legislativa ou jurisprudencial, foi notável no último século, e inclusivamente pode ser qualificada como espectacular nos últimos dez anos” (nossa trad.), pág. 3.

em França teve igualmente a influência dos países que fizeram nascer um tipo de *trust* misto, com características da *civil law*, tais como a Escócia, Quebec e África do Sul²⁶⁵. No entanto, já se admitia a existência da propriedade fiduciária com função de garantia, através da qual o banco/credor, tornava-se proprietário temporário, mas com todos os poderes, dos bens objecto do crédito e em caso de incumprimento das obrigações por parte dos seus clientes o banco tornava-se proprietário definitivo. A propriedade assim considerada era classificada por duas categorias: em 1981 o legislador sancionou uma lei – a chamada *loi Dailly* – que facilitava a concessão de crédito às empresas, determinou que com o comprovativo da compra dos bens com o crédito concedido, o banco estava habilitado a tornar-se proprietário dos mesmos bens em caso de incumprimento do cliente; a segunda categoria é a *propriété fiduciaire sur biens corporels*²⁶⁶.

O Código Civil Francês, por força da lei nº 211/2007, determinou a existência de três sujeitos: o constituinte, o fiduciário e o beneficiário²⁶⁷. Aqueles são quem contratam, enquanto que o beneficiário pode ser um terceiro ou o próprio constituinte. O fiduciário não pode ter benefícios dos bens, com excepção da *fiducia* com fins de garantia. Os sujeitos podem ser pessoas físicas ou jurídicas, sendo que o regime aplicável a uma é diferente do da outra. Às pessoas físicas é-lhes imposta a obrigação de nomear um agente para assegurar o respeito dos interesses do constituinte, durante a execução do contrato – art. 2017º, alterado pela *Ordonnance 2009-112*. Quanto aos fiduciários, apenas estão permitidos os estabelecimentos habilitados para operar no mercado financeiro – art. 2015º. Com a reforma operada pela Lei nº 2008-776, de 4 de Agosto, desde o ano de 2008 os advogados podem ser constituídos fiduciários, com a limitação de que não sejam curadores ou tutores do constituinte.

²⁶⁵ F. Barrière, “Trust and fiducie”, *Towards a European Civil Code*, 3ª ed., Ars Aequi Libri, Kluwer Law International, Nijmegen-The Hague-London-Boston, 2004, pág. 801-803.

²⁶⁶ Alain Cerles, “Le contrat fiduciaire et ses applications bancaires: presente t avenir”, *RFDUL*, Suplemento, 1997, Coimbra, Editora, pág. 91 seg. O autor explica, inclusive, as várias aplicações bancárias através do contrato fiduciário.

²⁶⁷ Blandine Mallet-Bricout, *Le fiduciaire ...*, ob. cit., pág. 907. A autora destaca o facto da fidúcia ter sido instituída em França por influência do *trust* norte-americano. Diz a Professora de Lyon que “*La nouvelle diducie française, née de la Loi n° 2007-211 du 19 de février 2007 instituant la fiducie, répond sans doute partiellement à une influence du trust anglo-américain, mais cette influence doit être nuancée*”.

II. Outra característica da *fiducia* francesa é o facto de que, quando o negócio fiduciário estiver constituído, deve ser registado nas autoridades fiscais²⁶⁸. O contrato tem de obedecer a uma forma: obrigatoriedade de ter a forma escrita; há obrigatoriedade de se obter *publicite foncière*, caso o bem fiduciário seja um imóvel. Esta *publicité* é uma exigência formal de carácter administrativo introduzida pelo Decreto 55-22, de 4 de Janeiro de 1955, que consiste no dever de fazer publicar as operações relativas a direitos sobre bens imóveis para que estas operações sejam oponíveis a terceiros²⁶⁹.

O contrato de *fiducia* francês pode ser revogado pelo constituinte, com a condição de que o beneficiário não se oponha. Uma vez aceite, não poderá ser modificado nem revogado, excepto com o consentimento do beneficiário ou mediante decisão judicial – art. 2028º Código Civil Francês.

Haverá nulidade de todo o contrato de *fiducie* desde que este encubra uma liberalidade em proveito do beneficiário – art. 2013º do *Code*. Assim, esta disposição visa impedir que o contrato de *fiducie* seja instrumento para encapotar doações ou sucessões²⁷⁰.

Contrariamente ao que acontece com o *trust* anglo-americano, a *fiducie* não comporta o desdobramento da propriedade e, como tal, o beneficiário não obtém direitos reais sobre o património fiduciário²⁷¹, mas exige a segregação patrimonial.

²⁶⁸ É importante que a inscrição num *service des impôts* do domicílio do fiduciário ou em um *service des impôts* de um não residente, em caso do fiduciário na tenha domicílio em França, dentro de um mês a partir da constituição do negócio fiduciário – art. 2019º *Code*.

²⁶⁹ Karolina Lyczkowska, “El nuevo régimen de fiducie en el Derecho francés a la luz de las últimas reformas”, Universidade de Castilla-La Mancha, 2010, www.indret.com, visitado a 20.11.2010, ensina que “o contrato é oponível a terceiros desde a sua assinatura, salvo quando implique operações sobre direitos imobiliários que precisem de uma *publicité foncière*, cujo caso de oponibilidade começara a partir da data da publicação. Em consequência, em caso de uma *fiducia* mobiliária não faz falta cumprir com nenhum requisito de publicidade para que o contrato seja eficaz perante terceiros. Há excepção a esta regra no caso da eficácia da cessão de créditos (em marco!) de uma *fiducia*. Este contrato só será oponível ao devedor cedido quando se lhe comunique sua celebração, pelo fiduciário ou pelo constituinte art. 2018º, nº 2, CCF”.

²⁷⁰ O art. 2018 do Código Civil Francês determina os requisitos que deve conter o contrato de *fiducie*, sob pena de nulidade:

- a) bens, direitos ou garantias transmitidas (presentes ou futuras, determinadas ou determináveis);
- b) duração do contrato (máximo de 99 anos desde a assinatura do contrato);
- c) identidade das pessoas intervenientes: constituinte(s), fiduciário(s), beneficiário(s); neste ultimo caso basta estabelecer regras que permitam sua posterior determinação;
- d) objectivo da *fiducie* e a extensão dos poderes de administração dos fiduciários.

²⁷¹ Sérgio Câmara Lapuente, “*Trust ...*”, ob. cit., pág. 25.

SECÇÃO V

NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO SUÍÇO

I. A Suíça ratificou a Convenção de Haia, sobre a lei aplicável ao *trust* e seu reconhecimento, através da *arrête fédérale* de 20 de Dezembro de 2007, entrando em vigor em 01 de Julho de 2007. Este instrumento jurídico não teve como objectivo consagrar um *trust* suíço, pelo contrário, veio apenas garantir segurança jurídica ao reconhecimento do *trust* constituído na base de uma lei estrangeira, tarefa que é de competência dos tribunais²⁷². No entanto, o negócio fiduciário do tipo germânico é também aplicado no espaço helvético²⁷³.

O Conselho de Administração da Associação Suíça dos Banqueiros aprovou as “*Directives concernant les placements fiduciaires*”²⁷⁴. Tinha por campo de aplicação não apenas o investimento fiduciário mas também outras operações fiduciárias em que os bancos actuavam em nome próprio e no interesse de um mandante, estabelecendo-se as regras do cálculo dos lucros do investimento e dos riscos que o cliente corria com a aplicação dos seus bens.

Este catálogo de regras define o investimento fiduciário como a colocação de capitais a termo fixo, em moeda nacional ou estrangeira, a disposição, geralmente, dos bancos estrangeiros ou de outros estabelecimentos financeiros (designados intermediários financeiros) com o fim de o investir contra o pagamento de uma comissão.

Este contrato fiduciário comporta dois tipos²⁷⁵: o tipo de contrato fiduciário para investimento renovável e o tipo de contrato de investimento único. O primeiro acontece quando o cliente pode, através de um contrato quadro, ordenar ao banco que invista o seu capital a termo fixo a título fiduciário e o banco fica autorizado a escolher, a sua livre apreciação, o intermediário financeiro. Se o banco optar por uma sua entidade estrangeira com a qualidade de intermediária financeira, deverá informar o seu cliente sobre o risco de incumprimento do banco, que é muitas vezes tratado como *risque de ducaire*. O segundo tipo

²⁷² G. Flattet, *Les investment trusts en Suisse* (Mélanges Hamel “Dix ans de conférences d’agrégation), Dalloz, 1961, pág. 369.

²⁷³ Georg Gautschi, “Subrogation und Aussonderung von bewegliche Treuhandvermögen”, *RSJ*, nº 72, 1976, pag. 400 seg.

²⁷⁴ Directives Concernant les Placements Fiduciaires. SwissBanking. Encontrado em www.swissbanking.org/fr/2001-r-treuhand.pdf. Visitado a 2.20.2006.

²⁷⁵ M. Galimard, “Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire suisse”, Bull. nº 4bis, 1991, pág. 31-55.

ocorre quando o cliente conclui com o banco um contrato fiduciário separado por cada investimento fiduciário; o cliente designa ele próprio o investimento ou o intermediário financeiro ao lado do qual esse investimento deve ser realizado. No entanto, se o cliente optar por uma agência do banco no estrangeiro, que funcionaria como um intermediário financeiro, o banco deverá fazer um último esforço de informar o seu cliente do possível risco superveniente de incumprimento por parte do banco. O banco deve efectuar apenas os investimentos fiduciários através dos seus colaboradores responsáveis pela matéria e em conformidade às suas directivas. O banco deverá dispor de uma lista de intermediários financeiros com apresentação de solvabilidade que ofereçam segurança ao investimento fiduciário autorizado.

II. Como se pode constatar, o negócio fiduciário foi concebido na Suíça com os traços característicos do negócio romano. De um lado, a atribuição de um bem determinado cuja titularidade fiduciária do direito (real) sobre o mesmo é limitada por um vínculo obrigacional que visa proteger o interesse do fiduciante contratualmente determinado. Diferente de outros países europeus, na Suíça não era pacífica a recondução do regime jurídico do negócio fiduciário ao *cadre juridique du mandat sans représentation*. O *Code des obligations*, anuncia um princípio importante para as relações privadas (princípio da subsidiariedade do mandato), através do qual, todos os contratos (de serviços) que não estavam suficientemente tipificados na lei, deveriam ser reconduzidos ao regime ao mandato²⁷⁶. A posição legal alimentou certa doutrina a considerar que a adopção dos contratos de serviço ao regime do mandato se alicerçava num *numerus clausus* e, por isso, o negócio fiduciário não prestava uma autonomia doutrinal e servia apenas para os negócios fiduciários para administração²⁷⁷.

Rapidamente esta tese foi combatida por outra que defendia que a figura em estudo realizava integralmente o seu objectivo, pois tinha uma causa autónoma que assegurava uma transmissão dos bens ao fiduciário de forma plena e exclusiva para a satisfação do fiduciante através da vinculação que corresponde ao efeito jurídico passivo do fiduciário. Acrescentavam

²⁷⁶ Jean-Marc Rapp, “La fiducie dans la jurisprudence et la doctrine suisse: Etat de la question”, *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne, 1994, pág. 29 seg.

²⁷⁷ Jean-Philippe Dunand, *Le transfert fiduciaire: “donner pour reprendre”*: *mancipio dare ut remancipetur*. *Analyse historique et comparatiste de la fiducie – gestion*, Bale, Helbing & Lichtenhahn, 2000, pág. 405 seg.

a esta fundamentação o facto de que a vocação expansiva do negócio fiduciário leva as partes a realizarem diversos fins, o que só é possível com relações jurídicas não tipificadas²⁷⁸.

²⁷⁸ Jean-Philippe Dunand, *Le transfert ...*, ob. cit. pág. 407.

SECÇÃO VII

NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO JAPONÊS

Reza a história que a *fiducia* é uma figura contratual conhecida de uma ou outra forma em épocas²⁷⁹ diferentes da história e foi utilizada no Japão quinhentos anos antes da nossa era, o que também terá ocorrido no antigo Egipto e na antiga Grécia²⁸⁰ e mais tarde em muitos outros países da Ásia²⁸¹.

O *trust* foi legislado no Japão em 1922 e depois com uma alteração no ano seguinte, separando as áreas de ciência jurídica em que o *trust* foi tratado: no direito civil, primeiro, e no direito comercial depois, e a sua constituição poderia ser feita por acto entre vivos ou por testamento. Não é difícil perceber esta figura no direito japonês pelo facto de o seu Código Civil e Código Comercial terem sido bebidos do direito alemão, podendo considerar-se irmão do direito continental. Mesmo estando regulamentado, na verdade tem sido uma figura jurídica pouco utilizada na vida prática.

Depois da guerra com a Rússia, em 1905, surgiu a necessidade de reerguer a economia japonesa e para se atingir tal objectivo foram conseguidos investimento na praça de Londres com a emissão de títulos de dívida pública, com títulos garantidos com determinadas propriedades. Para que os acordos fossem assinados, foi criada a “Lei dos Negócios Fiduciários e de Seguros de títulos” (*Tanpo-tuki Shasai Shintako Ho*) promulgada em 1905²⁸². Torajiro Ikeda, juiz presidente da Corte do Distrito de Tokio, foi quem elaborou a lei e, como único perito em questões fiduciárias, quem redigiu a *Business Trust* e a Lei dos negócios fiduciários. Dentro das primeiras relações fiduciárias registadas pela actividade jurisprudencial

²⁷⁹ Lydia E. Calegari Grosso, “El fideicomiso dentro del proceso de adaptación del *trust* a los conceptos del derecho civil”, *JA* 1996, Vol. III, pág. 995.

²⁸⁰ Claude Witz, “La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens”, *joly* n° 4, Paperback, 1995, pág. 73.

²⁸¹ Lusina Ho, “The Reception of *Trust* in Ásia: Emerging Asian Principles of Trust?”, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2004, pág. 287-304.

²⁸² Roberto Goldschmidt “Trust, fidúcia y simulación” *LL*, n° 67, 1952, pág. 216 seg. O autor faz referências do que ocorreu no Congr s Internacional de Droit Priv  em 1951 e recorda a comunica o proferida pelo professor japonês Taniguchi no Congresso de Direito Privado de Roma, em que comprova a raridade de utiliza o do *trust* no direito privado japonês, apesar da sua introdu o legislativa.

pode ser citada a transferência de propriedade de bens móveis ou imóveis de garantia de uma obrigação. Esta operação jurídico-financeira de garantia, a *Yuzuriwatashitampo*, funcionaliza consigo uma transferência da propriedade impondo a obrigação ao credor de poder usá-la apenas como garantia perante terceiros. O devedor não conserva nenhum direito real sobre os bens, mas mantém a posse e o seu uso sob forma de locação ou comodato²⁸³.

O legislador japonês define, através da lei nº 62, de 1922, que o negócio fiduciário é um acordo através do qual o titular dos direitos de propriedade os transfira a um terceiro para que este os administre e os destine conforme as diretrizes dadas pelo cedente e estabelecidas na convenção. Na fiducia japonesas o fiduciário é o único titular dos bens fiduciários, que estão sujeitos às restrições impostas pela convenção fiduciária e pela lei, pelo que o fiduciário é pessoalmente responsável pelas obrigações da *fidúcia*, e os mesmos bens devem estar segregados, separando-os do patrimônio próprio do fiduciário, devido às limitações que o fiduciante tem sobre os bens²⁸⁴.

²⁸³ Hiroto Dogauchi, “Trust in the law of Japan (Overview of Trust Law in Japan)”, University of Tokyo, 2006. In www.law.tohoku.ac.jp/kokusaiB2C//link/dogauchi.html. Visitado em 22.03.2014.

²⁸⁴ Roberto Goldschmidt, “Trust ...”, ob. cit., pág. 779.

SECÇÃO VIII

NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO ANGLO-AMERICANO

1 - O caso norte-americano

I. Os Estados Unidos constituem o exemplo de um país onde o *trust* mais amplamente de adaptou e foi massivamente utilizado. O instituto foi incorporado à realidade norte-americana com muita facilidade e procurou sempre responder às necessidades que foram surgindo, apresentando-se compatível com o seu direito interno²⁸⁵.

Os Estados Unidos da América são um Estado com uma complexidade jurídica muito própria. Os diversos Estados têm uma autonomia legislativa muito grande e uma liberdade de adoptar regulação federal igualmente grande. Por isso, vamos limitar-nos a descrever uma área em que o negócio fiduciário actua nos EUA com assinalável preponderância e, assim, espelharos a diversidade de áreas da vida em que a relação fiduciária pode ser empregue, como são os casos flagrantes do Direito das pessoas e da família, nomeadamente o *revocable living trusts*²⁸⁶.

Existem, quanto a *fiducia* ou *trust*, o *Uniform Probate Code* (também chamado *Trust Administration*), o *Uniform Trust Code*, bem como a *Uniform Trustees Powers Act*, que de uma forma geral vieram regular a interpretação, administração e validade do *trust inter vivos* e *mortis causa*²⁸⁷. Estes comandos legais são atinentes ao *trust* e ao direito sucessório que provêm do legislador federal, fazendo da adopção no espaço Estadual uma regulação que varia

²⁸⁵ A América do Norte começou a ser colonizada no século XVI por emigrantes europeus, primeiro pelos Ingleses que fundaram a sua primeira Colónia no ano de 1606 e que atribuíram o nome de Virgínia. A sua definitiva instalação em solo americano fez com que os seus hábitos, a sua cultura e o *modus* de organização social, económica e os seus princípios políticos ficassem também aí instalados. Entre as instituições levadas pelos britânicos elege-se o Direito que influenciou com a vida de todos e o julgamento ocorrido em 1608, conhecido como *Calvin's case* foi marcante. Com a “Guerra dos Sete Anos” a Inglaterra aumentou a carga tributária nas colónias americanas, o que originou revoltas fortes e culminou com a independência total dos EUA em 1776, facto que não levou a que o Direito Inglês deixasse de ter muita influência, mesmo aplicando com adaptações às exigências locais. Apenas o Estado de Louisiana não aceitou a *common law* e a *equity*, já os demais o receberam com alterações próprias que a época e a nova realidade reclamavam, o que leva a concluir que o direito norte-americano, apesar de pertencer à *common law*, não corresponde nos exactos termos ao Direito Inglês.

²⁸⁶ J. C. Dobris, “Changes in the Rule and the Form of the Trust at the New Millennium, or, we don't Have to Think of England Anymore”, *Alb L Rev*, nº 62, pag. 543-578.

²⁸⁷ Importa referir que no passado já houve tentativas de uniformizar as diversas decisões legislativas e jurisprudenciais produzidas pelos diversos Estados com a *Uniform Fiduciaries Act* de 1922, a *Uniform Trust Act* de 1937 e a *Uniform Common Trust Fund Act* de 1938.

significativamente de um Estado para outro. Por isso, vamos, numa primeira fase, fazer uma incursão à *Califórnia Probate Code*, pois a Califórnia foi um dos Estados que não adoptou o *Uniform Probate Code* nem o *Uniform Trust Code*²⁸⁸.

O *Uniform Trust Code* estabeleceu as condições para que uma relação fosse baseada no *trust*, constituindo o primeiro sinal do seu regime jurídico. Elas são a existência do settlor com capacidade legal; a manifestação da declaração de vontade por parte do settlor; a determinabilidade de um beneficiário a favor de quem o *trust* é constituído; a definição das obrigações do *trustee*, e a impossibilidade de, em simultâneo, haver um único *trustee* e único beneficiário.

O *trust* nos EUA, como nos demais países do arco de influência da *common law*, tem raízes fortes da *Equity*, considerada a fonte da natureza fiduciária do *trust*, e a sua forma de aplicação varia devido às características próprias dos Estados Federados, sendo que os elementos de capital importância são os que a jurisprudência e a doutrina classificaram como as “três certezas” (*the three certainties*): a certeza da intenção da constituição do *trust*, a certeza subjectiva e a certeza do objecto²⁸⁹. Esta classificação constitui os princípios basilares na vida dos *trust* pois, a intenção de constituir o *trust* não deve oferecer equívocos; os bens ou direitos que farão parte do *trust* devem estar devidamente identificados, e o propósito da constituição do *trust* ou os seus beneficiários devem ser identificáveis²⁹⁰.

²⁸⁸ A elaboração do Código Uniforme das Sucessões começou em 1964 e foi promulgada em 1969. Os trabalhos preparatórios foram elaborados pela Conferência Nacional dos Comissários para Uniformização das Leis Estatais (*NCCUSL*), com o objectivo de flexibilizar o processo de inventário, padronizar e modernizar as diversas leis estaduais sobre os trusts e o testamento. Embora o *Uniform Probate Code* tenha sido elaborado para vigorar em todos os Estados, apenas 16 deles o adoptaram na íntegra. Os demais procuraram adoptar partes do Código escolhendo os temas que lhes interessavam. Ainda assim, mesmo entre as jurisdições que adoptaram o Código, há diferenciações substanciais de Estado para Estado. Esta diferenciação leva a que os tribunais estaduais não sigam as disposições do *Uniform Probate Code*, mas sim a forma como foi adaptado no Estado. Exemplo claro foi o que ocorreu com o caso *Payne v. Atalley*: um advogado de Michigan invocou o texto oficial do Código Uniforme das Sucessões num tribunal do Estado de Florida que não aplicava a forma íntegra do Código. Em consequência o advogado perdeu a causa.

²⁸⁹ J. D. Heydon, & P. L. Loughlan, *Cases ...*, ob. cit., pág. 451.

²⁹⁰ J. D. Heydon & P. L. Loughlan, *Cases ...*, ob. cit., pág. 509 seg. Os autores dão exemplos de casos resolvidos pelos tribunais, podendo ser aqui indicados os seguintes: *Knight v. Knight* (1840) 3 Beav 148 Lord Langdale; *Wright v Atkyns* (1823) Turn & R 143 at 157 por Lord Eldon; *Bahr v. Nicolay* (Nº 2) (1988) 164 CLR 604; *Herdegen v. FCT* (1988) 84 ALR 271.

1.1 – Tipos de *Trust*

Na verdade, o *trust* é uma forma de disposição de bens, cuja flexibilidade extraordinária e reduzida quantidade de regras pré-estabelecidas serão capazes de dificultar ou restringir a sua construção, e por ter sido influenciado por decisões provenientes dos tribunais, fez surgir três grandes grupos de *trust*: os *express trusts*, *resulting trusts* e os *constructive trusts*²⁹¹. No entanto, devido a falta de unanimidade ou até entendimento quanto aos elementos formativos dos *trusts*, seguiremos a metodologia acompanhada por Heydon e Loughlan, pelo facto de pensarmos ser a mais elaborada e consentânea com os factos. Assim, quanto ao *express trust* temos de considerar que pode ser *public* ou *private trust*. O *trust* será público quando a sua criação tiver por motivação uma intenção pública de caridade. Voltaremos ao assunto. Por enquanto atemo-nos ao *private trust*.

1.1.1 - *Private Trusts*

Os *trusts* privados visam, no geral, beneficiar determinado grupos de pessoas que tenham alguma relação com o *settlor*, quer seja familiar, de trabalhador ou até quando resulta de uma obrigação de prestar alimentos. Estes tipos de *trusts* podem ser constituídos entre vivos ou mortis causa. São utilizados com frequência para planeamento patrimonial ou sucessório ou, muito próprio da *common law*, garantir para o futuro recursos financeiros para serem utilizados para um fim determinado (o caso muito utilizado nos EUA é a colocação de determinada soma monetária a render juros ou outro tipo de rentabilidade para utilizar no futuro para estudos dos filhos). São estabelecidos entre particulares e dividem-se em *express*, *constructive* e *resulting trusts*.

²⁹¹ J. D. Heydon & P. L. Loughlan, *Cases ...*, ob. cit. pag. 451 seg. Afirnam estes autores que “*Judges and text writers have developed several classifications of trusts. By for the most important is the classification according to the manner in which the trust comes into being. The explanation of these categories is not uniform, but it is most common to classify into Express, resulting and constructive trusts, along the following lines*”.

1.1.2 – *Express Trust*

Neste tipo de *trust* para a sua constituição basta a vontade expressa do *settlor*²⁹². É o mais utilizado porque nele o *settlor* tem segurança que o beneficiário receberá o que lhe for destinado e também tem segurança que a coisa será bem utilizada, pois o *settlor* entrega os bens ao *trustee* que lhe oferece confiança para que os administre e os entregue ao beneficiário depois de decorrido um lapso de tempo. O *Express trust* subdivide-se em *fixed* e *discretionary trust*.

a) *Fixed trusts*

Neste tipo de *trust* o beneficiário é possuidor do *equitable title* sobre os bens do *trust*, sendo que os beneficiários e os direitos que lhes cabem estão definidos pelo *settlor* no acto constitutivo do *trust*. Como é sabido, na constituição do *trust* há separação entre *legal title* e o *equitable title*. Quando os beneficiários são portadores do *equitable title* eles ficam a saber já que foram constituídos beneficiários e ficam também a saber da forma e do *quantum* do rendimento que lhes caberá.

b) *Discretionary trusts*

Nos *discretionary trusts* o *settlor* transfere para o *trustee* o poder para determinar quem serão os beneficiários e os respectivos direitos sobre o bem e seus frutos, as modalidades e as quantias dos rendimentos a receber.

O *discretionary trust* poderá ser concebido no sentido de que o *trustee* seja obrigado a distribuir aos beneficiários todos os rendimentos conseguidos pelo *trust* ou atribuir ao *trustee* o poder de acumular todos os rendimentos conseguidos. No primeiro caso estamos a falar do *trust* exaustivo e no segundo não exaustivo.

²⁹² Existem, em contraposição dos *Express trusts*, os *implied trusts*, cuja constituição é determinada por ordem do tribunal ou derivam da lei, daí chamarem-se também *law created*. Os *implied trusts* são aqueles em que uma pessoa designada como *trustee* não tem liberdade para recusar essa função. Quando o tribunal a designa como *trustee* é porque houve uma ponderação suficientemente justificativa para que esta pessoa desempenhe com maior diligência aquela função, ou a pessoa designada preenche os requisitos que a lei enumera para o exercício da função de *trustee*.

Contrariamente ao que acontece com a *fixed trust*, no *discretionary*, até que o trustee não decida o critério para a divisão dos bens, ninguém exercerá o *equitable title*. É um mecanismo que tem a sua razão de ser fundamentalmente nos casos em que se pretenda evitar que herdeiros pródigos ou com outras dificuldades intelectuais possam delapidar os bens hereditários, ficando privados do *equitable title* até se reunirem as condições aceitáveis para que com responsabilidade possam exercê-los e também possam estar alheios aos desejos dos credores destes. Este é um mecanismo de forte protecção dos beneficiários que são exercidos pelo trustee através de poderes que se encontram expressamente definidos no *trust deed*.

1. 1. 3-*Construtive Trust*

Constitui um dos muitos remédios que a legislação coloca com o objectivo de, nas relações de confiança, prevenir os actos de fraudes ou de enriquecimento sem causa de pessoas que não honram o compromisso alicerçado pela confiança²⁹³. O caso mais marcante e muito citado pela literatura jurídica americana diz respeito ao processo *Hieble vs Hieble*, em que uma mãe enferma de um cancro decide doar a sua residência aos dois filhos tendo ficado acordado que, se, no entanto, ela vier a curar-se, os filhos lhe devolveriam a casa. Uma filha desistiu da doação ao tempo em que sua mãe ainda padecia da doença e quando melhorou solicitou que o filho lhe devolvesse o imóvel tendo este negado proceder conforme o acordado. O tribunal veio dar razão à mãe, fundamentando a sua decisão pelo facto de que a inicial situação era uma relação baseada na confiança²⁹⁴. O *Construtive trust* constitui um mecanismo de segurança real concedido pelo direito dos *trusts* para garantir o cumprimento de obrigações e deve ser sempre decretado pelo tribunal. Myron Hill²⁹⁵, a este propósito escreveu que

“The construtive trust is a remedy by courts of equity to obtain title from a person who ought not have it, and force him to convey it to the one who should have it”.

²⁹³ Simon Gardner, *An Introduction to the Law of Trusts*, 3rd Edition, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2011, pág. 272 seg.

²⁹⁴ 164 Conn. 56, 316 A. 2d 777 (1972).

²⁹⁵ *Wills & Trusts*, The professor series, Published by Emanuel, 5rd Edition, NY, Emanuel Publishing Corp., Larchmont, pag. 128.

O *constructive trust* é o remédio para combater abusos de posições fiduciárias, combater abusos praticados por terceiros, para se defender de situações em que haja a possibilidade de se obter proveito através de um comportamento ilegal e como forma de se garantir o cumprimento de uma obrigação²⁹⁶.

Nesta modalidade existem os chamados *trusts* especiais em que o *trustee* fica obrigado a adoptar uma conduta específica que delimita o seu poder sobre o bem ou bens confiados para a sua gestão. São o *trust for payment of debts* e o *trust for sale*.

Neste tipo de *trust*, o *trustee* não é investido de poderes ou faculdade de disposição dos bens de *trust*, apenas se atribuem poderes para cumprir com as orientações firmadas no contrato de *trust*. Outra especificidade pode ser retirada das características do *trust for sale*, onde o *trustee* fica obrigado a cumprir o mandato de venda a um prazo razoável, não podendo realizar operações distintas da própria venda, como, por exemplo, arrendar ou hipotecar o imóvel. Como prática geral do *cestui que trust* deve assinar com o *trustee* o documento de entrega ao adquirente. O *trustee* neste tipo de *trust* não tem o direito de adquirir para si os bens que estão encarregados de proceder à venda. A violação desta regra dá o direito ao *cestui que trust* a recuperar o bem, a não ser que tenha ratificado a operação perante o tribunal de equidade e num prazo razoável.

1. 2 – *Public* ou *Charitable Trust*

O *charitable trust* por prosseguir um interesse público identifica-se, dentro da *civil law*, com as nossas fundações. É claro que não é de todo semelhante, e podemos encontrar pontos claros de dissemelhança. Começando pelos pontos que os une, identificamos a questão funcional e a estrutural. Ambos têm por objecto a prossecução de fins de interesse geral através da afectação de um património administrado por alguém indicado *ex profeso* e desvinculado a título definitivo da sua anterior posição. Esta afectação do património cria uma clara separação entre o património do instituto jurídico e o dos seus administradores, ficando a salvo dos credores dos mesmos. A fundação e o *trust* são constituídos por acto unilateral do seu fundador que pode ser por acto *inter vivos* ou *mortis causa*, permitindo distinguir no seu

²⁹⁶ Sarah Worthington, *Proprietary Interests in Commercial Transactions*, Clarendon Press Oxford, reimp. 2005, pág. 192.

processo constitutivo a existência de outros dois negócios: o negócio jurídico fundacional ou constitutivo e o negócio dispositivo para a sua eficaz realização.

As diferenças dignas de registo são: primeiro o facto de que o *trust* carece de personalidade jurídica, estando a sua constituição livre dos requisitos de forma que são obrigatórios na fundação, por outras palavras, quanto aos elementos constitutivos da pessoa colectiva, faltarão ao *trust* o reconhecimento, contendo apenas o “substrato”. Na fundação o reconhecimento é o elemento indispensável para que se lhe reconheça personalidade jurídica²⁹⁷. O reconhecimento da fundação – art. 188º CC – está dependente da existência de dois elementos: o interesse social (nº 1) e a afectação de bens suficientes para a prossecução do fim visado (nº 2). Contrariamente ao que sucede com a fundação, no *trust* a ausência de controlo no processo formativo, leva o *trustee* a ter uma margem muito grande de liberdade de actuação, podendo alienar os bens e tomar decisões sobre o património sem obrigatoriedade de atempadamente ou a *posteriori* informar a autoridade competente²⁹⁸. Esta situação não pode levar-nos a pensar que a actuação do *trustee* está desprovida de qualquer sindicância, pelo contrário, se o fim pelo qual o *trust* é qualificado como *charitable*, por exemplo, é porque a licitude do mesmo deve ser vigiada. O que acontece apenas é o facto de que o controlo é de natureza judicial e eventual, ocorrendo sempre depois da actuação do *trustee*.

A extinção do *trust* não obedece aos pressupostos que a lei impõe à fundação, que deve ser de carácter administrativo ou judicial²⁹⁹. Em suma, o facto de existir no *trust* apenas um *trustee* que desempenha a actividade de administração com significativa autonomia, o que não acontece na fundação onde há uma administração (órgão); a ausência de obrigatoriedade de requisitos formais para a sua constituição, o que não impossibilita a segregação patrimonial entre o *trust* e o *trustee*, contrariamente ao que ocorre na fundação, onde a sua constituição

²⁹⁷ Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil* (actualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), 4ª ed., Coimbra Editora, 2005, pág. 280.

²⁹⁸ De uma forma geral, as pessoas colectivas na *civil law* têm capacidade de exercício e de gozo de direitos que limitam a actuação dos seus órgãos. No caso da fundação, a capacidade jurídica é manifestada através da administração e deve abranger todos os direitos e obrigações necessárias ou convenientes à prossecução dos seus fins (artº 160º) estando, assim, vedada à capacidade jurídica das fundações as relações estranhas “aos interesses legítimos”. É o corolário do princípio da especialidade do fim. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil* (actualizado por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto) 4ª ed. Coimbra Editora, 2005, pág. 315-320. Para desenvolvimentos sobre a fundação fiduciária, P. Manes, *Fundazione e patrimoni allo scopo*, CEDAM, Padova, 2005, pág. 139.

²⁹⁹ O artº 192º CC determina quais as causas da extinção da fundação.

está dependente do acto de instituição dos seus estatutos³⁰⁰, se traduz num instituto muita mais expedito e dinâmico.

O já referido *Uniform Trust Code* norte-americano tem previsto uma secção sobre este tipo de *trust* que:

“(a) *A charitable trust may be created for the relief of poverty, the advancement of education or religion, the promotion of health, governmental or municipal purposes, or other purposes the achievement of which is beneficial to the community; (b) If the terms of a charitable trust do not indicate a particular charitable purpose or beneficiary, the court may select one or more charitable purpose or beneficiaries. The selection must be consistent with the settlor’s intention to the extent it can be ascertained; (c) The settlor of a charitable trust, among others, may maintain a proceeding to enforce the trust.*”

O *Charitable trust* dá uma nova função do *trustee* que já não é a de administrar bens a favor de determinado beneficiário. A sua função incidirá na gestão de um património que é dado pelo Estado, pelas autoridades locais ou por particulares com o fim de prosseguir um interesse geral³⁰¹. Devido ao forte interesse público seguido pelo *charitable trust*, existe um *special treatment* que a lei atribui, legais e tributários, e que Simon Gardner enumerou: primeiro, não se aplicam a este tipo de *trust as rules against perpetuities and perpetual trusts*³⁰², ou seja, as “regras contra perpetuidades”, podendo ser perpétuo e destinar a beneficiários indeterminados, sendo uma vantagem sobre o *private trust*; segundo, existe um benefício fiscal que merece, antes, a observância de determinadas condições: a) as instituições isentas de impostos (...) *in land Revenue Ordinance*; b) os lucros das entidades que podem ser beneficiadas das isenções devem ser aplicados ao *charitable trust*; c) os lucros dessas entidades não devem ser aplicados fora do país; d) o objecto da actividade dessas entidades deve corresponder ao objecto da *charitable trust* proposto.

³⁰⁰ A constituição da fundação não fica resolvida com o acto de instituição e a criação dos seus estatutos – artº. 186º CC. É necessário que a “entidade competente” reconheça a fundação. De resto e como ficou referenciado, a instituição da fundação é um negócio jurídico unilateral entre vivos ou por testamento (art. 185º, nº 1) sujeito à escritura pública (art. 185º, nº 3), sendo irrevogável pelos herdeiros do instituidor (artº.185º, nº 4).

³⁰¹ Simon Gardner, *An Introduction ...*, ob. cit., pág. 108 seg.

³⁰² J.D. Heydon & P.L. Loughlan, *Cases ...*, ob. cit., pág. 700.

Os países da América Latina têm uma tradição bastante interessante sobre os negócios fiduciários de cariz público, os chamados *fideicomisos* públicos. Alguns autores consideram, para esta questão, o Estado como “El Estado fiduciante”³⁰³, pois o interesse público que está subjacente na criação deste tipo de negócio incorpora-se na causa. No entanto, entendem também que existe uma dualidade de regime jurídico aplicável. Esta dualidade normativa afasta o *fideicomiso* público da natureza jurídica dos contratos privados e aproxima-o, de alguma maneira, do contrato administrativo. Desde logo, o elemento subjectivo principal do *fideicomiso* público é a Administração Pública, que actua investida de poder de autoridade pública regulamentar, hierárquica, disciplinar, executiva e jurisdicional³⁰⁴.

O que verdadeiramente torna o negócio fiduciário em *fideicomiso* público é o interesse público que motiva a administração pública em resolver uma determinada questão de relevância para a comunidade e o facto de que os fundos financeiros ou os bens dados em fiducia são provenientes do Estado.

1. 3 - *Implied Trust (Resulting trusts)*

O *trust* pode ser constituído de forma expressa ou por presunção do *settlor*, melhor dito, a intenção de constituir o *trust* resulta do seu comportamento e não do facto de ele manifestar a sua qualidade de proprietário do bem. É nestes casos que se fala em *implied trust*, que é sempre criado por decisão de um tribunal e a partir da decisão fica definida a produção de efeitos jurídicos vinculantes a intenção não expressa pela parte. A diferença com o *express trust* é que a pessoa designada como *trustee* não tem a liberdade de recusar esta qualidade³⁰⁵. Não existe, para a constituição deste *trust*, um acto prévio dirigido à sua criação, nem *inter vivos* ou *mortis causa*. É a lei, independentemente da vontade das partes, que a estabelece e determina que o proprietário de um determinado bem passa a ser considerado *trustee* e outro

³⁰³ Manuel Gomes de la Lastra, “El Estado fiduciante”, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003 – E, pág. 1311.

³⁰⁴ Na Argentina podem intervir como fiduciante a Administração central e local do Estado, Comunidades Autónomas, Províncias, Municípios e Administrações Institucionalizadas de Direito Privado mas de Interesse Público. Já no México, apenas poderá ser fiduciante o Estado. Cfr. Juan Carlos Cassagne, “La transmisión de derechos personales y reales en el derecho administrativo. Relaciones con el Código Civil”. *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Tomo 1984 – B, pág. 741. Igualmente, Fernando Albi, “*Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a legislación vigente. Jurisprudência del Tribunal Supremo*” Editorial Horizontes, Valência, 1944, pág. 11.

³⁰⁵ George Gleason Bogert, *The Law of Trust ...*, ob. cit., pág. 807.

sujeito a ser determinado judicialmente passa a ser titular de um interesse protegido: o beneficiário. As formas mais comuns do *implied trust* são o *resulting trust* e o *precatory trust*.

Acontece algumas vezes que o *trustee* recebe os bens cuja afectação não foi validamente regulamentada pelo *settlor*. Para que os objectivos pelos quais o *trust* é criado não fracassem, entende-se que os bens afectados a favor das pessoas a quem o *trustee* deveria transferir a propriedade sobre os ditos bens estão afectados a um *resulting trust*³⁰⁶. Também pode acontecer que, segundo as regras da *equity*, uma determinada pessoa oferece parte do pagamento do preço de uma propriedade destinada a ser transmitida e cedida a várias pessoas, ela passa a desfrutar de um *resulting trust* sobre a propriedade.

Pela falta de interesse prático da *precatory trusts*, optamos por não fazer referência a ela.

2 – O Caso Inglês

Já afirmámos que o *trust* nasceu na Inglaterra e foi utilizado pelos cidadãos de maneira informal e serviu inicialmente para dar resposta a problemas relacionados com a sucessão. Na altura o Direito não reconhecia o *trust* e a particularidade que revestia a actuação rígida na aplicação do Direito das Cortes Reais contribuiu para que a aceitação do *trust* demorasse muito tempo, tendo sido admitida quando os Tribunais de Chancelaria passaram a decidir na base do *equity*³⁰⁷.

A figura antecessora do *trust* foi o *use* que ganhou tutela jurídica no século XV com uma decisão do Tribunal de Chancelaria que reconheceu a validade da transmissão de bens de um sujeito para outros e o direito do beneficiário do bem acordado entre aqueles sujeitos. Tal reconhecimento levou a que o rei Henrique VIII promulgasse o *Statute of Use* que, como tinha força de lei, estabelecia que a concessão do *use* constituiria uma verdadeira transmissão de propriedade, o que veio esvaziar a pretensão originária do Tribunal de Chancelaria. Esta situação criou, por força da imaginação humana, contornos à rigidez do *Statute*, pois não previa a dupla transmissão que era possível realizar com o *use*, já que se podia realizar a primeira transmissão no primeiro *use* – a *legal ownership* – e o segundo *use*, porque não

³⁰⁶ J. D. Heydon & P. L. Loughlan, *Cases ...*, ob. cit., pág. 703 seg.

³⁰⁷ Alastair Hudson, *Equity and Trusts*, 6ª ed., Routledge – Cavendish Publishing, Abingdon, London/New York, 2010, pág. 14 seg.

previsto no *Statute*, apenas transferia o bem para fins de uso – o *ad opus*. Este mecanismo passou a ser muito utilizado sem que as autoridades judiciais pudessem intervir para invalidar o negócio e a sua evolução levou as partes negociantes a convencionarem que a primeira transmissão se denominaria *use* e a segunda *trust*.

Como já fizemos alusão em sede histórica da *fiducia* inglesa, remetemos para lá mais pormenores³⁰⁸, importando assinalar que apesar das semelhanças, quanto a estrutura, com o *trust* americano, há diferenças significativas, desde logo pelo facto já referido das distintas jurisdições dentro dos Estados Unidos e os mais diversos fins que são propostos através do instituto. No geral, nestas jurisdições a vontade do *settlor*, com excepção dos *charitable trusts*, é limitada pelo *Rule Against Perpetuities* (regra segundo a qual os *trusts* devem ter tempo determinado), podendo assim limitar a transferência da propriedade para as gerações em vida no momento da constituição do *trust* para aquelas que não tenham nascido.

Passamos adiante a referir outras modalidades do *trust*. A investigação do nosso tema levou-nos a encontrar, sem desprimor do que foi já dito a propósito do *trust* na América do Norte, modalidades do *trust* que apenas podem ser encontrados na Inglaterra³⁰⁹. Lembremos que muito do que se desenvolveu nos EUA foi resultado da transportação dos colonos ingleses nos séculos passados, de tal maneira que vale completamente nesta secção o que foi dito para os americanos.

2.1 – *Trust* para Gestão

A protecção patrimonial feita através do *trust* exige que o *trustee* seja um profissional ou um homem experimentado, pois esta protecção na maioria esmagadora dos casos é feita com mecanismos de gestão. Nos países anglo-saxónicos os mercados mobiliários e imobiliários são de tal complexidade que a riqueza aí gerada apenas é possível quando acompanhada de padrões de alta qualificação profissional. Aqui são convocados os

³⁰⁸ Veja-se pág. 103 seg.

³⁰⁹ São mais fiéis à sua originalidade a “transportação” operada pelos colonos inglese à Austrália e Nova Zelândia do que ocorreu com os EUA.

mecanismos de determinados tipos de *trusts* muito específicos de gestão, como o *voting trust*, mas também o *alimony trust*³¹⁰, *business trust*³¹¹, *investment trust*³¹², por exemplo.

O *trust* como instrumento de gestão é o mais utilizado e a natureza fiduciária do *trustee* bem como o conjunto e, também, natureza dos deveres determinam a criação ou a configuração do *trust*. De resto, já afirmámos que a maleabilidade do *trust* faz com que o mesmo tipo de *trust* possa apresentar determinadas características que o separam, ou, pelo menos, não o torne completamente semelhante ao *trust* com a mesma denominação utilizada por outro *trustee*.

2.2 – *Trust* para Garantia

O *trust* funciona como instrumento de garantia fundamentalmente nas áreas comercial e financeira³¹³. Para operacionalizar esta função do *trust*, existe o *security trust*, muito utilizado por bancos e sociedades comerciais e serve para garantir uma determinada operação financeira ou comercial ou até como uma estrutura permanente que seja capaz de abranger diferentes operações, no entanto, o que mais importante se pode assacar do *security trust* é o facto de que proporciona uma forte garantia de recuperação do crédito a favor dos credores, sendo uma das funções mais preciosas que o *trust* assume hoje no mundo dos negócios³¹⁴. Por exemplo, pode suceder que um comprador que é devedor do vendedor transfira a propriedade sobre um bem determinado para um *trustee* para que este, em caso de incumprimento do contrato, aliene o bem e transfira o valor da alienação ao vendedor/credor e, se houver, o remanescente é devolvido ao devedor/comprador. Como resultado da já referida flexibilidade

³¹⁰ É um *trust* através do qual se assegura a obrigação do esposo pagar uma pensão ou alimentos à esposa. O esposo transfere ao *trustee* a propriedade de um bem para realizar a sua gestão com o fim de o frutificar e os seus benefícios reconvertem-se a favor da sua esposa depois do divórcio ou da separação.

³¹¹ É uma forma de organização empresarial através da qual se transfere negócios ou bens a um grupo de *trustees* que os administram para proveito dos beneficiários, cujos direitos estão representados por certificados transferíveis e são semelhantes a ações. Na prática funcionam como uma sociedade, regem-se por estatutos e são dirigidos por uma junta de *trustees*.

³¹² É o *trust* em que uma ou várias pessoas transferem bens, geralmente dinheiro, a um *trustee* para que este os invista produtivamente, concedendo créditos ou adquirindo bens mais rentáveis. Geralmente este tipo de *trust* é constituído em benefício dos próprios *settlers*, mas também pode utilizar-se para a constituição de fundos de promoção de novos investimentos.

³¹³ Paul Finn, “Fiduciary Law and the Modern Commercial World”, in *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, Clarendon Press, Oxford, reimp. 2003, pág. 7-42. No mesmo volume, Jack Beatson, “The Relationship between Regulations Governing the Financial Service Industry and Fiduciary Duties under the General Law”, pág. 55-69.

³¹⁴ Sónia Martín Santisteban, *El Instituto ...*, ob. cit., pag. 182.

do *trust*, no direito anglo-americano é normal que os bens objecto do *trust* estejam na posse ou até explorados economicamente pelo credor, pelo devedor ou por terceiro, nos termos que devem estar estipulado no acto constitutivo do *trust*³¹⁵.

³¹⁵ A. Dyer/J.H.A. Van Loon, “Reporto n trusts and analogous institutions”, *Actes et Documents de la Quinzième session de la Conference de La Haye Droit international prive*, Tomo II, Trust-loi applicable et reconnaissance, pág. 58-60.

SUB-SECÇÃO I

OUTROS TIPOS DE TRUSTS

1 – *Simple Trust* e *Special Trust*

Os primeiros correspondem aos antigos *uses*. Através deles se transferia a uma determinada pessoa a propriedade de um bem cujos frutos serão dados a benefício de outra pessoa. O segundo, é aquele em que o trustee é designado para executar uma determinada função particular e não é, ao contrário do *simple trust*, um mero depositário passivo da propriedade, mas deve desenvolver todos os actos para satisfazer o interesse e a vontade real do *settlor*.

2 – *Voting Trust*

I. Este tipo de *trust* foi criado no início da segunda década do século passado³¹⁶. A sua criação teve como finalidade um acordo entre accionistas de determinada sociedade comercial ou bancária e o *trustee* ou por um grupo de acordos idênticos entre accionistas individuais e um *trustee* comum, através do qual se estabelece que por um período determinado de tempo o controlo sobre as acções dos referidos accionistas deverão ser entregues ao *trustee*, com ou sem reserva de comando sobre esse controlo. É um mecanismo muito utilizado quando uma maioria de accionistas não pode chegar a um acordo sobre determinadas decisões importantes na vida económica, contabilísticas, etc., da sociedade. É expressivo o que ficou registado no *New York Law Journal* de 19 de Janeiro de 1914 e que foi determinado pelo poder judicial³¹⁷:

“ comparatively modern and useful device in corporate management, the voting trust has come to be recognized both by conservative bankers and by investors as a desirable and

³¹⁶ Harry Cushing, *Voting Trusts. A Chapter in recent corporate history*. New York, The Macmillan Company, New 1915, pag. 1 seg.

³¹⁷ Harry Cushing, *Voting ...*, ob. cit., pág. 3.

affective adjunct of modern finance whose invention, and whose application to difficult situations, have been amply justified.”

Nos países da América Latina são admitidos os chamados *fideicomisos* de voto³¹⁸. Com estes mecanismos, determinados accionistas podem exercer o controlo de parte significativa do capital da sociedade através da titularidade fiduciária; um grupo de accionistas controla o voto das acções de outros accionistas contra entrega de algumas vantagens previamente convencionadas.

II. No regime da *civil law* podemos aproximar esta figura às situações colocadas pela Directiva 2007/36/CE, de 11 de Julho, relativa ao exercício de determinados direitos de accionistas de sociedades cotadas, transporta para Portugal pelo Dec.-Lei nº 49/2010, de 19 de Maio. Este instrumento veio colocar a legitimidade de actuação perante as sociedades dos intermediários financeiros para, em nome próprio mas por conta dos investidores finais, exercerem o direito de voto sob orientação do accionista³¹⁹. O intermediário financeiro estaria a comportar-se como um verdadeiro fiduciário³²⁰. O contrato de intermediação financeira é um contrato de gestão de carteira de activos financeiros, sendo o intermediário mandatário fiduciário a quem compete realizar todos os actos de gestão relativos aos activos financeiros em seu nome mas por conta e interesse do seu cliente, o mandante³²¹. Para além da actividade de administração do conjunto de bens (activos financeiros), esta Directiva veio estabelecer a possibilidade do investidor ficar na posição de accionista formal, pois o verdadeiro accionista fica dependente, nas suas decisões, da intervenção do intermediário. São as situações de

³¹⁸ Fernando R. Mantilla, “Una Introducción al Fideicomiso”, in *Revista Jurídica Argentina La Ley*, Buenos Aires, 1995, Vol. 246, pág. 794 seg.

³¹⁹ Orlando Vogler Guiné, “Do contrato de gestão de carteiras e do exercício do voto”, em *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VIII, 2008, pág. 151-181. Ver também Gabriela Figueiredo Dias, que tratou de qualificar este fenómeno de “activismo accionista”. “Efeitos da Gestão de Participações Societárias de Fundos de Pensões”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pittae Cunha*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 133-161.

³²⁰ André Figueiredo, “Notas sobre o exercício de direito de voto nas sociedades cotadas: breve balanço da vigência da Directiva 2007/36/CE e perspectivas de revisão”, in *Direito das Sociedades em Revista*, III Congresso, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 41-66.

³²¹ Ana Afonso, “Contrato de gestão de carteira. Deveres e responsabilidade do intermediário financeiro”, in *Jornadas. Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira*, Almedina Coimbra, 2007, pág. 55-85.

titularidade indirecta, permitindo o exercício do direito de voto por intermédio do accionista profissional – art. 23º do CVM³²².

Não deixa de ser importante fazer um pequeno percurso sobre a Directiva 2007/36/CE. Ela está alicerçada sobre três eixos fundamentais: o primeiro eixo gira em torno do princípio da protecção do credor, cuja finalidade é permitir transparência no controlo dos accionistas sobre a sociedade para que a sua posição de proprietários da sociedade seja claramente demarcada da posição dos seus órgãos; em segundo lugar, a directiva visa facilitar os processos de investimentos, protegendo os investidores e formalizar processos que tornem ágeis e efectivos os direitos dos accionistas vinculados a acções de voto; em terceiro lugar, definir os princípios inspiradores ao exercício do direito de voto transfronteiriço, protegendo os accionistas que não têm a sua residência no Estado membro em que as sociedades não tenham lá a sua sede social.

Da Directiva é possível extrair um regime de representação para o exercício de voto – art. 10º. No art. 13º, vem definida a supressão de obstáculos ao exercício efectivo do direito de voto. Estas normas são a manifestação clara de que se pretendeu proteger os investidores em valores de sociedades quotizadas para que estes possam exercer os seus direitos junto das assembleias de accionistas ou que haja garantias efectivas de que aqueles que o farão em seu nome (mandato com representação) ou no seu interesse mas em nome e por conta do mandatário/intermediário financeiro (mandato sem representação), o façam com a maior segurança possível.

A Directiva impõe o afastamento de qualquer entrave que crie dificuldades ou torne oneroso o exercício do direito de voto, ao mesmo tempo que proíbe limitações de ordem subjectiva, salvo aquelas que dizem respeito a capacidade do representante. São asseguradas as condições para que a actuação do representante seja conforme as orientações dos accionistas ficando proibida a actuação para lá dos seus interesses. Mas neste particular, a Directiva – art. 10º, 5 – dava permissão para que o representante pudesse tomar decisões diferentes da vontade de um dos vários accionistas que representava, quando tivesse recebido instruções distintas. Assim, ficava protegida a admissão do voto fraccionado para que o mandatário de vários accionistas pudesse garantir o cumprimento do interesse de todos os seus

³²² André Figueiredo, *Notas ...*, ob. cit., pág. 53. Do mesmo autor, “Titularidade indirecta de acções e exercício de direito de voto”, *Revista de Direito das Sociedades*, nº 3, 2012, pág. 517-548.

representados³²³. Os conflitos de interesse vêm regulamentadas no art. 10º, 3, exigindo-se que os requisitos que os Estados membros podem adoptar para resolver as situações de conflitos de interesse devam estar taxativamente determinada e, para tal, um mecanismo de troca de informação entre os Estados deve ser adoptado para que se possa cobrar do representante/mandatário determinados factos específicos que possam facilitar o accionista/mandante avaliar o risco de “escolher” o representante/mandatário e que este venha a proteger os seus interesses. Por outro lado, os Estados membros podem adoptar medidas que conduzam à proibição do exercício do direito de voto pelo mandatário sem que este apresente as instruções específicas para tal exercício. A problemática da representação para o exercício do voto já vinha regulada na CSC o que não deveria levantar qualquer tipo de dificuldades.

A participação do representante/mandatário nas assembleias de accionistas – art. 10º, 1 – é assegurada no sentido de poderem exercer os mesmos direitos de discussão e questionamento que teria o accionista representado/mandante, o que significa que a actuação do representante/mandatário não é limitada ao exercício de voto mas senão a participação larga, correspondente ao exercício dos direitos de quem legalmente participa numa assembleia.

III. Esta figura não se confunde com os *proxy advisors*. Antes da institucionalização desta figura, recomendaram-se estudos sobre a sua viabilidade, nos EUA através da *Securities and Exchange Commission*, no Canadá, pela *Canadian Securities Administrators* e na Europa pela Autoridade Europeia de Valores e Mercados que a 5 de Abril de 2011, através da Comissão Europeia, submeteu à consulta pública o Livro Verde sobre governo corporativo³²⁴. Neste mesmo ano vários estudos foram feitos sobre a actividade dos “consultores ou assessores de voto”.³²⁵ Estas entidades podem ser definidas como as empresas que prestam

³²³ Importa recordar que o CSC consagra o direito de voto plural. É um direito especial consagrado nas sociedades por quotas que, através de um acordo estabelecido no contrato de sociedade, se possa atribuir a um sócio dois votos por cada cêntimo do valor nominal da quota, com limitação de 20% do capital social. Nas sociedades anónimas vigora o princípio da unidade de voto, que harmoniza com outro: princípio de que a “cada acção corresponde um voto” – art. 250º e 385º CSC.

³²⁴ Apesar na sua juventude na Europa, nos EUA a actividade dos *proxy advisors* começou a sua actividade na década de oitenta, cfr. Juliano Ferreira, “*Proxy Advisors*. Os Consultores em Matéria de Votação”, em *A Designação de Administradores*, Coleção Governance Lab, Almedina, 2015, pág. 201-225.

³²⁵ Ascensión Gallego Córcoles, “Asesores de Voto (*Proxy Advisors*) y el Ejercicio del Derecho de Voto en las Sociedades Cotizadas”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Monografía nº 42, 2014, pág. 17. Nesta página nas notas 3, 4 e 5 estão detalhadas as direcções electrónicas onde podem ser consultadas as conclusões das respectivas comissões nos EUA, Canadá e Europa.

assessoramento a investidores institucionais sobre o sentido de exercício de voto relativos a acções de determinada sociedade emissora. Esta actividade justifica-se primeiro porque, e em particular nos casos de titularidade indirecta de valores mobiliários, falta aos intermediários financeiros valor motivacional para, através do voto, exercer influência dentro da gestão da sociedade emitente e, por outro, porque o *beneficial owner* não pode participar no processo deliberativo da sociedade, por falta de legitimidade, atendendo ao facto de que não é titular das acções³²⁶, pelo que o assessoramento para o voto se apresenta importante e operacional, apesar de justificada resistência sobre a sua existência³²⁷. Este serviço tem como destinatário o titular do investimento ou *beneficial owner*, ou seja, todo aquele sobre quem recai o encargo do risco económico inerente aos valores que fazem parte da sua carteira de investimento (fundamentalmente os accionistas). Estes podem ser os investidores inscritos como titulares das acções, mas também podem ser os que, não sendo titulares das acções, tenham legitimidade para exercer o direito de voto, para determinar o sentido do seu exercício; a sua determinação pode corresponder ao titular do investimento ou ao titular fiduciário (que deve exercer todos os direitos inerentes aos valores mobiliários, no interesse do investidor final, conforme o Direito Português³²⁸), o que acontece nas situações de separação de titularidades quando haja a necessidade de articular valores mobiliários estrangeiros³²⁹, por outras palavras, quando estamos perante titularidade indirecta de valores mobiliários³³⁰, manifestação de um novo mecanismo ou “modo de representação e circulação de direitos”³³¹.

³²⁶ André Figueiredo, “Titularidade indirecta ...”, ob. cit., pág. 526.

³²⁷ Na verdade, tem-se registado uma fragilidade na qualidade das recomendações que os *proxy advisors* têm apresentado. Não se pode esperar que as recomendações estandardizadas sejam capazes de serem eficazes em todas as sociedades quotizadas sem ter em consideração as suas particularidades de actividade (se uma sociedade é do ramo da indústria não deve receber as mesmas recomendações sobre a direcção de voto ou sobre as boas práticas governativas como as que receberia uma sociedade do ramo da tecnologia e, por esta via, tem de se ter em consideração a estrutura do seu capital, estratégia empresarial, expansão territorial, etc. Outra questão apontada como fracasso dos assessores de voto é a ausência de risco que a sua prestação de serviço pode sofrer como resultado das suas decisões. As recomendações sobre a direcção de voto e a sua participação em assembleias gerais podem dar origem a resultados positivos ou desastrosos, mas esta situação em momento algum afecta a sua actividade ou estrutura empresarial, precisamente pelo facto de os *proxy advisor* não serem accionistas e, assim, nunca poderem ser responsabilizados pelo destino de muitas sociedades a nível global. Tem-se dito que os assessores de voto gozam de um poder fáctico que não os obriga nem os coloca numa situação devedora perante as sociedades aconselhadas – cfr. Ascensión Gallego Córcoles, “Asesores de...”, ob. cit., pág. 119-129.

³²⁸ André Figueiredo, “Titularidade indirecta ...”, ob. cit., pág. 536.

³²⁹ Ascensión Gallego Córcoles, “Asesores de ...”, ob. cit., pág. 29-31. Sobre a titularidade dos valores mobiliários veja-se ainda André Figueiredo, *O negócio ...*, ob. cit., pág. 405 seg.

³³⁰ André Figueiredo, “Titularidade indirecta ...”, ob. cit., pág. 517 a 525.

³³¹ Amadeu José Ferreira, *Valores Mobiliários Escriturais. Um novo modo de representação e circulação de direitos*, Almedina, Coimbra, 1997.

Para além destes serviços, que podemos considerar como serviços primários, os *proxy advisors* também assessoram os bancos e os intermediários financeiros, bem como oferecem serviços em matéria de governo corporativos às sociedades quotizadas, nomeadamente, em matéria de boas práticas de governo societário, elaborando, por exemplo, *rankings* das sociedades cotizadas emissoras e a investidores institucionais, apesar os critérios utilizados pelos *proxies advisors* não serem coincidentes³³². A importância dos *proxies advisors* reside no facto de serem um veículo que serve de diálogo com emissores para que seja correctamente orientada a prestação de serviço de assessoramento de voto e como elemento que faz parte da estratégia de informação selectiva para o mercado.

A actividade dos assessores de voto apresenta alguns problemas dignos de referência. Desde logo a relacionada com conflito de interesses, pois pode acontecer que na actividade de assessoramento o *proxy advisor* toma conhecimento de informações económicas que pode muito bem aproveitar para seu interesse ou, o que é mais complicado, nas situações em que o mesmo prestador de serviço orienta o sentido de voto ou aconselha sobre questões de governação societária em simultâneo a investidores e a emissores. Explicando melhor: pode ocorrer que o *proxy advisor* emita uma recomendação ao investidor sobre o sentido do seu voto numa assembleia-geral e tenha contribuído sobre questões relativas ao governo corporativo relativas ao conselho de administração da entidade emissora³³³. É o que pode ocorrer com o intermediário financeiro quando actua no interesse de múltiplos clientes³³⁴. Pode acontecer que o sentido de voto destes não esteja direccionado no mesmo sentido, ou porque os seus interesses não são coincidentes, ou porque foram aconselhados pelo mesmo *proxy advisor*, tendo esta informação de cada investidor com conteúdo diferente e, por isso, manifestante de vontades diferentes, ou, por fim, nos casos em que os vários clientes tenham tido aconselhamento do mesmo *proxy advisor* para o sentido de voto, para uns e para outros, sobre boas práticas de governação societárias, estes últimos poderão direccionar o seu sentido de voto em atenção ao novo desenho de governação decidido.

³³² Ascensión Gallego Córcoles, “Asesores de ...”, ob. cit., pág. 47.

³³³ Ascensión Gallegos Córcoles, “Asesores de ...”, ob. cit., pág. 116.

³³⁴ O que pode acontecer quando haja a inscrição em conta dos valores mobiliários pertencentes a vários clientes, as chamadas conta-jumbo ou conta *omnibus*, ficando a sociedade gestora na obrigação de desdobrar em várias subcontas, correspondendo ao número de clientes – cfr. Orlando Vogler Guiné, ob. cit., pág. 162 seg. O facto de que o CSC, art. 385º, nº 1, prever o princípio da unidade de voto, não tem impedido que o voto seja fraccionado, alíás, o CdVM, art. 23º, veio permitir que os accionistas a título profissional pudessem exercer o direito de voto em diversos sentidos, desde que os acções estejam na sua titularidade fiduciária – cfr. André Figueiredo, “Titularidade indireta ...”, ob. cit., pág. 539-540

3 – *Living Trust*

I. É o *trust* através do qual o *settlor* transfere seus bens para o *trustee* para que entregue os frutos destes bens a si durante a sua vida ou depois da sua morte a outros beneficiários. O *living trust*, na verdade, é utilizado para os mais diversos fins, sendo que, em muitos casos, têm fins ilegais, pois servem para esconder os bens dos credores ou até evitar que determinados bens sejam objecto de acção da administração fiscal.

Apesar da extrema importância para a vida das pessoas e dos seus bens e ser de uma estrutura operacional fácil de se manejar, relativamente barata para planificar o destino a dar à propriedade, enquanto se está em vida ou num acto *mortis causa*, o *living trust* não é uma vara mágica, com a qual se pode resolver todos os problemas ou se pode contornar sempre os dispositivos legais.

As preocupações com o destino da riqueza familiar é um assunto de preocupação particular nas sociedades anglo-americanas, por isso, através do *estate planning*, que tem efeitos *inter vivo* ou *mortis causa*. É frequente que uma pessoa em determinado momento da sua vida decida constituir um *trust* designando-se como beneficiária dos frutos dos bens que constituíram o *trust* e, neste mesmo instrumento disponha que depois do seu falecimento tais rendimentos se revertam a favor do viúvo ou viúva, depois da morte deste (a) o capital constitutivo do *trust* seja distribuído entre os filhos, e na falta destes a quem for escolhido. Na literatura sobre esta matéria, também é chamado de *income trust*³³⁵. Na verdade, há nesta área muitas figuras cuja finalidade são muito parecidas.

No direito americano³³⁶ estes casos são resolvidos através do *family trusts*³³⁷, com características próprias: é um *trust inter vivos*. Como fórmula de planificação sucessória, os

³³⁵ A. Dyer/J.H.A., Van-Loon, “Report ...” *ob. cit.*, pág. 58.

³³⁶ Na matéria sobre *estate planning* afluem questões de competência não federal, como matérias relativas ao *trust*, ao direito sucessório, cuja regulamentação varia de Estado para outros Estados. Assim as matérias tratadas são relativas ao Estado da Califórnia, relativas à *Califórnia Probate Code*. Esta escolha deveu-se ao facto de que o Estado da Califórnia adoptou para o seu direito interno o *Uniform Probate Code* e não o *Uniform Trust Code*.

³³⁷ J. Dkeminier & S.M. Johanson, *Family Wealth Transactions: Wills, Trusts, and Estates*, Boston, Little, Brown & Co, 2ª ed. 1979, pág. 3- 4. Estes autores definem o *family trusts* da seguinte forma: “o tema trata principalmente do que convencionalmente se chama direito dos testamentos, doações, *future interests*, *trusts*, administração patrimonial e imposto sobre o património e doações. Praticamente todas estas teorias e práticas legais se encontram funcionalmente relacionadas com a disposição do património familiar de duas formas diferentes: Em primeiro lugar, o processo social que nos ocupa consiste na atribuição e transmissão da riqueza em condições em que os demandantes não proporcionaram uma *consideration* que possa ser valorada em dinheiro ou um sinal que o represente. Na maioria dos casos, estas condições registam-se quando os demandados são

efeitos do *family trust* começam a produzir-se em vida do *settlor*, por várias razões. Por exemplo, se pretender uma administração eficaz dos seus bens ou o receio de vir a acontecer um desafortunado episódio de doença dramática em sua vida e que possa levar-lhe a incapacidade de gestão dos seus bens. Por outro lado, quem constitui o *family trust* não perde o controlo sobre os bens, razão pela qual é frequente nesta situação optar-se pelo *revocable living trust*, apesar de que é habitual que o *settlor* defina que, depois da sua morte, o *trust* continue a produzir os efeitos a favor dos seus entes queridos. Por fim, o *settlor* de um *family trust* é, com frequência assinalável, um dos beneficiários. Não se trata de ser o destinatário final, pois utiliza o *trust* como instrumento de planificação sucessória, sendo que os últimos destinatários são as pessoas a favor de quem deseja que sejam beneficiados a título *mortis causa*. O *settlor* apenas se reserva o direito de beneficiar dos frutos do *trust* enquanto estiver em vida³³⁸.

Pela sua capital importância, vamos deter-nos mais tempo neste tipo de *trust* sem antes voltar a dizer que a estrutura do direito das sucessões apresenta um esquema legal que ficou estagnado no tempo, por isso, ultrapassada com a nossa realidade social e económica. Basta

membros da família do anterior proprietário ou quando há uma transmissão a título gratuito (...)” – livre tradução. No mesmo sentido, J. K. O' Meara, “Estate Planning Concerns for the Professional Athlete”, *Marquette Sports Law Journal*, nº3, 1992, pág. 85-100, pág. 85. Explica que esta disciplina jurídica tem por objecto os actos de disposição patrimonial dirigidos fundamentalmente para satisfazer necessidades familiares.

³³⁸ Pais de Vasconcelos, *Contratos...*, oba. cit., pag. 301-302, fala também da fidúcia sucessória com o fim de entrega, pelo testador, a um terceiro os bens da sua herança “a uma ou mais pessoas de confiança, que ficam incumbidas de, por morte do fiduciante, dar a esses bens o destino acordado”. “A utilidade da fidúcia testamentária é manifesta. Simplifica a execução da vontade do “de cujos” e dá-lhes garantias de que a realização da sua última vontade não é deturpada por eventual conluio dos seus herdeiros”. Ainda estende a fidúcia “cum amico” aos casos em que determinados accionistas de uma sociedade anónima, investem alguém – fiduciário – com lotes de acções para participar nas assembleias-gerais de sociedades. O fiduciário é investido na propriedade das acções e na correspondente titularidade dos direitos sociais.

Na *common law* existe uma figura próxima ao *trust* mas com configurações que também a identificam com a procuração da *civil law*, que se chama *durable power of attorney*, através da qual se atribui poderes representativos a uma pessoa, estando o representado dentro das suas capacidades intelectuais e volitivas, para que no futuro, no caso de estar com incapacidade de tomar decisões, o representante tome, em seu nome e por sua conta, as decisões necessárias para suprir a sua incapacidade. Dissemos que esta figura tem proximidades com a procuração porque é um instrumento em que o representado concede poderes ao representante, ficando de parte qualquer exigência ou dever de executar os poderes concedidos – Carolyn L. Dessin, “Acting as an Agent Under a Financial Durable Power of Attorney: An Unscripted Role”, in *N.L.R.*, 1996, pag. 576, e *Uniform Durable Power of Attorney Act*, §1, “Uniform Laws Annotated”, Vol. 8º, St. Paul, Minn., West Publishing Co., pag. 317, apud Paula Távora Vítor, *A Administração do Património das Pessoas com Capacidade Diminuída*, Coimbra Editora, 2008, anot. 687, pág. 253. O *durable power of attorney* não se assemelha com o negócio fiduciário desde logo porque neste há o dever de agir que resulta do acordo fiduciário, estando o fiduciário impedido de cessar a qualquer altura a sua actuação. Depois, o instituto anglo-saxónico existe unicamente para suprir situações de incapacidade de adultos, *maxime*, deficiência do foro mental. O negócio fiduciário serve para qualquer fim, desde que não viole os princípios ínsitos nos art. 280º e 281º CC. Ainda os diferencia pelo facto de que aquele resulta de um acto jurídico unilateral e a fidúcia é um acordo entre o fiduciante e o fiduciário.

verificar os efeitos da globalização económica. A riqueza das pessoas individualmente ou das famílias mais tradicionais sofrem os efeitos directos das principais características do processo de globalização económica, como bem indicou o Prof. Avelãs Nunes³³⁹: com a desintermediação, a descompartimentação e a desregulamentação. Fazemos uma pequena referência a esta última característica, que significa a livre circulação dos fluxos de capitais. Este facto acabou por dar outra configuração ao mercado de capitais, que deixou de ser estático passando a ser muito mais dinâmico. A figura em estudo, o *living trust*, apresentou-se como sendo uma resposta que o direito deve dar às novas realidades sociais. Registrando-se a possibilidade do património de alguém poder estar distribuído em vários pontos do mundo, não é justo que as regras sucessórias não acompanhem este desenvolvimento. É necessário que a distribuição da riqueza por vários pontos do globo seja encarada como a força que é capaz de transformar os processos sucessórios em instituições jurídicas capazes de dar respostas às inquietações daquela distribuição da riqueza, e não constituir uma dificuldade. A distração em legislar pode levar numa distração regulamentar das nossas vidas que vai mudando de estilo por força dos movimentos externos ao nosso recato familiar. No mínimo, quando não se consegue sedimentar novas figuras contratuais se deve enveredar para a reinvenção das que já existem, contornando-se a paralisia dos tipos contratuais com os quais convivemos.

II. Os autores americanos³⁴⁰ tratam o *estate planning* como um ramo do direito sucessório, apresentando características fiduciárias. A estrutura do *trust* é o mecanismo mais

³³⁹ “Economia”, Vol. II, O Crédito, Serviços de Acção Social da U. C., Serviços de Textos, Coimbra, 2004, pág. 184 seg.

³⁴⁰ J. Duckeminier & S.M. Johanson, *Wills, Trust, and Estates*, New York, 2000, Aspen & Buisness, 6ª ed., pág. 3-4. Este autor tratou deste tema afirmando que “este tema se conhece convencionalmente como direito dos testamentos, doações, *future interests*, *trusts*, administração patrimonial e impostos sobre o património e doações. Quase todas as teorias e práticas legais se encontram funcionalmente relacionadas com a disposição do património familiar de duas formas diferentes. Em primeiro lugar, o processo social de que nos ocupa consiste na atribuição e transmissão de riqueza em condições em que os demandantes não tenham proporcionado uma *consideration* que pode ser avaliada em dinheiro ou (...) que lhe represente. Na maioria dos casos estas condições registam-se quando os demandantes membros da família do anterior proprietário ou quando há uma transmissão a título gratuito. Para simplificar, podemos fazer referência a este processo social como de disposição do património familiar. As específicas práticas e teorias em virtude das quais a riqueza familiar é atribuída a vários demandantes podem escindir-se, para um adequado tratamento, no direito dos testamentos, no direito dos *trusts*, no direito dos *future interests* e assim sucessivamente. Mas de um ponto de vista funcional, todos estes ramos jurídicos se inter-relacionam como parte de um mesmo processo patrimonial. Os valores sociais que nascem neste processo geram políticas legislativas. As mesmas políticas subjazem em todos estes ramos de direito. A segunda maneira como estes ramos de direito se encontram funcionalmente inter relacionados pode ser identificada se invertermos a nossa perspectiva relativamente à do *estate planner*. Um advogado competente tem que entender como funciona este direito como parte do processo social; para assessorar sensatamente, o advogado deve ter

usual para a sua aplicação. Junto ao *trust* podem coexistir outras figuras com características patrimoniais, assistenciais ou sucessórias, como um fundo de pensões, a delegação de poderes a um familiar ou amigo para tomar decisões concernentes a saúde em caso de haver impossibilidade para pessoalmente se tomar essas decisões, etc. A morfologia do *trust* é o instrumento legal ou convencional, ou até judicial de capital importância em qualquer planificação patrimonial³⁴¹. Estas matérias foram identificadas pelos americanos como sendo os *family trusts*.

O *family trust* foi definido como sendo a relação fiduciária através da qual um sujeito, denominado *trustee*, é titular de determinados bens com a obrigação de os administrar, junto com os seus frutos, em benefício das pessoas beneficiárias no acto constitutivo do *trust*. A estrutura da figura é muito simples e de tal simplicidade que a faz ser muito útil. Apenas se exige que um sujeito – o *settlor* – transfira a propriedade de determinados bens ou de uma massa patrimonial a outro sujeito – o *trustee* – que assume a tarefa de administrar os bens a benefício de um terceiro³⁴². Pode acontecer que os três sujeitos se confundam, nomeadamente, quando o *settlor* assume as funções de *trustee* ou é um dos beneficiários. Por isso, o que torna comum no *trust* é a separação dos patrimónios, mesmo que na titularidade da mesma pessoa, e a existência de património afecto a um fim, que pode ser o de beneficiar determinadas pessoas concretas ou cumprir determinada finalidade contratualmente assumida. Esta característica possibilita que o *settlor* possa transmitir para si a titularidade de bens exercendo os direitos sobre estes bens como o *trustee*, mas sem direito a beneficiar-se deste património. Ao não poder beneficiar-se dos bens, estes não se confundem com o resto do património do seu titular,

conhecimentos de que doutrinas estão a extinguir-se, quais estão a crescer e quais, desde uma perspectiva de política legislativa, são funcionalmente equivalentes. Mas, o papel de um competente *estate planner* vai muito mais para lá do que ficou dito. O *estate planner* tem que examinar métodos alternativos à disposição da propriedade para realizar os objectivos do seu cliente. O *planner* tem que considerar as vantagens e inconvenientes das diferentes formas de disposição inter vivos e dos vários tipos de disposição testamentária e tem que valorar as implicações fiscais das alternativas. Estes problemas não podem ser compartimentados como problemas concernentes apenas aos testamentos, as doações ou os *trusts*. Um adequado *estate planning* necessita de entrar e sair de, e comprovar todas estas áreas do direito”.

³⁴¹ Importa referir que existe o *trust* que é imposto pela lei, por decisão judicial e pela vontade das partes. Cfr.. R. W. Andersen, *Understanding Trusts and Estates*, LexisNexis, Newark, NJ, 3ª Ed., 2003, pag. 81. Este autor explica como funciona o *trust* com funções assistenciais (a chamada *discretionary support trust*) e demonstra como muitas vezes é aos tribunais que cabe a decisão de ser constituído um *trust*.

³⁴² Roberto Goldschmidt/ Phanor Eder, *El Fideicomiso (trust) en el Derecho Comparado, (especialmente americano)*, Ediciones ARAYU, Buenos Aires, 1954, pág. 43 seg.

ficando salvaguardado de qualquer acção tendente a penhora ou qualquer acção por dívidas pessoais do seu titular³⁴³.

O *family trust* tem algumas características próprias que não se registam em outro qualquer tipo de *trust*. Uma separação tradicional para a produção dos efeitos jurídicos queridos pelas partes é aqui aplicável: um *trust inter vivos* e um *trust mortis causa*. Naquele, o criador do *family trust* desencadeia mecanismos para que os efeitos comecem a produzir em vida³⁴⁴. Assim, o constituinte, por dispor dos bens em vida, e evitando a possibilidade de perda dos bens, pode constituir um *revocable living trust*.

O *trust inter vivos* não impossibilita que produza efeitos para lá da morte do *settlor*. Pode ser que, por vontade do *settlor*, o *trust* continue a produzir os efeitos queridos a favor de pessoas por si determinadas³⁴⁵ mesmo depois da morte do *settlor*, e aí a figura se converte num instrumento que facilita a sucessão do *settlor*.

Importa referir que o *settlor* constituinte de um *family trust* pode ser um dos beneficiários do *trust*, mas nunca é o destinatário final dos bens, pois a utilização, aqui, do *trust*, tem por finalidade uma planificação sucessória, sendo a transmissão a favor das pessoas que deseja beneficiar a título *mortis causa*, um objectivo último. Na verdade, com a utilização do *estate planning* consegue-se, através de um processo de planificação, elaborar um desenho e prever um conjunto de estratégias de largo prazo com o objectivo de projectar os negócios e tendo em vista a utilização, correcção e disposição do património para melhor aproveitamento e para protecção do autor da sucessão e daqueles que dele dependem³⁴⁶.

III. Este tipo de *trust* anglo-americano não é encontrado nos países da *civil law*, onde as regras sucessórias são muito rígidas, com forma estática; apesar de alterações significativas

³⁴³ Ricardo Alfaro, “El trust en el Derecho Civil”, *Revista Jus*, nº 97, México, Agosto de 1946, pág. 159 seg.

³⁴⁴ Sónia Martín Santisteban, *La Figura del Trust en los Estados Unidos de América*, www.indret.com, Barcelona, 2008, pág. 8, sublinha que a razão porque o *settlor* pode dispor fiduciariamente os seus bens em vida “pode dever-se do facto de que as necessidades que deseja atender sejam imediatas, como, por exemplo, conseguir uma eficaz administração dos bens ou o temor de que um possível acontecimento desafortunado se produza em sua vida, como, por exemplo, padecer de uma incapacidade. Ou simplesmente, o *settlor* pode optar por constituir um *trust inter vivos* porque deseja constatar as qualidades como *trustee* de uma pessoa por ele designada”.

³⁴⁵ Existe no Estado da Califórnia, a *rule against perpetuities*, regra originária da *common law* aplicável ao *trust*. Nela a *settlor* não pode vincular a titularidade dos bens por um período superior a 21 anos desde a morte da pessoa ao tempo da constituição do *trust* ou ter um tempo de vigência superior a 90 anos.

³⁴⁶ Rosalind F. Croucher *Trusts in Prime Jurisdictions*, Secand Edition, General Editor Alon Kaplan, London, 2006, pág. 443 seg.

aos Códigos Civis estes mantiveram-se fiéis às suas origens, criando na esmagadora maioria das pessoas a convicção errada de que não é possível prever o antes da morte tão-pouco reflectir sobre as consequências do pós vida, associado ao facto de que é quase costume as pessoas fixarem-se no imediato e não olharem para lá da existência de cada um de nós. Estamos tão concentrados em viver que nos esquecemos de avaliar as consequências da nossa limitação temporal de vida e, com manifesta consciência de que não somos imortais, vivemos a nossa vida como se na verdade assim fossemos³⁴⁷, mesmo sabendo que, e como defendeu Ihering, “a sucessão é a condição de todo progresso humano no sentido da história da civilização”³⁴⁸. Abraçamos as ideias expostas não por termos um pensamento exageradamente anti-positivista, aceitamos que nestas matérias existe um excesso de intervencionismo legislativo que é conservador³⁴⁹. Não é fundamentalismo, ao ponto de aceitarmos um “liberalismo” do princípio da autonomia da vontade, pelo contrário, valorizamos com Canaris³⁵⁰ que “a liberdade contratual é garantida por causa da liberdade, não por causa da justiça” e a importância e funcionalidade do princípio da autodeterminação não necessita de justificação, pois enquanto valor ético e social, ela permite “limitações” para deixar “livre” um espaço de justa conformação de interesses³⁵¹.

Dentro da autonomia da vontade podemos indicar como possível, com respeito às regras sucessórias, a constituição de negócios fiduciários com fins testamentários, onde conste uma disposição de última vontade de alguém que está preocupada em proteger o seu património como também as pessoas que poderão ser os destinatários do património³⁵². Acontece muito nos países da *civil law* da América Latina que o *fideicomiso* com finalidade

³⁴⁷ Maria de Itali Casalongue, “Planificación patrimonial, empresarial y sucesoria. Proteger con equidad desde la prevención”, en *Planificación Patrimonial y Sucesoria* (Director Mário Carregal), Editorial Heliasta, 2012, pág. 7-14.

³⁴⁸ *Apud* Planil & Ripert, *Tratado práctico de Derecho Civil Francés*, Cultural SA, La Habana, Cuba, 1940, Tomo 11, pág. 8.

³⁴⁹ Gunther Teubner, “Jurisdifcação. Noções, Características, limites, soluções”, *R.D.E.*, Ano XIV, 1988, Coimbra, pág. 17-100. Este autor explica que há vários termos que visam manifestar a existência de uma excessiva intervenção do poder legislativo em áreas em que a vontade das pessoas era suficiente para regular a produção dos efeitos pretendidos. Assim identifica na Alemanha as expressões “colonização do mundo-da-vida” e “super-regulação”. Nos Estados Unidos “legal explosion”, “regulatory crisis” e “de-legalisation”. Também existem os termos “inundação de normas” e “explosão legal”.

³⁵⁰ *Apud* Joaquim de Sousa Ribeiro, “Contrato, Hoje: Funções e Valores”, in *Direito dos Contratos, Estudos*, Coimbra Editora, 2007, pág. 35-57.

³⁵¹ *Idem*. Este Professor defende que “onde esteja tipicamente excluída a liberdade de decisão, deixam de ser toleráveis resultados negociais gravosamente inequitativos, pois eles não são justificados por nenhum dos dois valores, nem a liberdade, nem pela justiça contratual”.

³⁵² Roberto Borrelli Marchi, *Fideicomiso de planeamiento familiar*, inédito, Montevideo, 2008, pág. 20 seg.

testamentária se constitui por contrato, em que o fiduciante manifesta a sua vontade sucessória para ser cumprida pelo fiduciário depois da sua morte, dispensando-se invocar as diligências de sucessão legítima ou testamentária³⁵³.

3.1 – Utilidade do *family trust*

As principais razões apontadas³⁵⁴ para o recurso do *estate planner* e assim usar o *family trust* têm sido as seguintes:

a) Evitar o procedimento do *probate*

Na América, a transmissão *mortis causa*, a título testamentário ou *ab intestato*, efectiva-se com a ocorrência de um procedimento judicial específico: o *probate process*. Esta regra tem por objectivo, de um lado, certificar a autenticidade do testamento e, por outro, garantir que os bens do *de cuius* sejam distribuídos conforme a sua última vontade e de acordo com as normas regulamentadoras da sucessão. Para tal, é necessário inventariar os bens, pagar as dívidas e encargos da herança, resolver os possíveis conflitos entre os herdeiros e distribuir o remanescente, uma vez satisfeitas as dívidas e encargos entre os destinatários dos bens³⁵⁵.

Para o cumprimento destas tarefas se encarrega uma pessoa, designada executor testamentário, quando for nomeada no testamento pelo *de cuius*, ou administrador, quando for nomeado pelo juiz, normalmente entre os seus familiares mais próximos, que assume a administração dos bens da herança até terminar o procedimento judicial.

Pode parecer estranha a figura do *probate* aos juristas da *civil law*, mas é perfeitamente compreensível a sua existência da *common law*, pois é um sistema que não conhece a figura do notário e onde o controlo da legalidade do testamento é realizado por um órgão judicial³⁵⁶.

³⁵³ Ángel Serrano de Nicolás, “Instrumentos jurídicos para alcanzar la «sucesión anticipada» o «alternativa al testamento» del patrimonio familiar”, en *Planificación Patrimonial y Sucesoria*, (Dir. Mário Carregal), Heliasta, Buenos Aires, 2012, pág. 227-282.

³⁵⁴ Sónia Martín Santisteban, “La figura del *trust* e los Estados Unidos de América”, in www.indret.com, Barcelona, 2008, pág. 18 seg. Acedido a 17 de Maio de 2010.

³⁵⁵ Sónia Martín Santisteban, “La figura del *trust* en los Estados Unidos de América”, in www.indret.com, acedido a 17.05.2010.

³⁵⁶ Os actuais *probate courts*, tribunais com competência para conhecer as questões do direito sucessório, têm a sua origem nos tribunais reais da *common law*, nos tribunais eclesiásticos e na Real Chancery. Na Inglaterra a competência para conhecer os procedimentos sucessórios era repartida entre os tribunais do Rei, que controlavam

Como se pode constatar, o instrumento do *probate* não é utilizado na *civil law*, mas muitos países deste sistema, como o Brasil³⁵⁷ e a Argentina³⁵⁸, têm ensaiado mecanismos que se assemelham ao *living trust*. Justificam a sua utilização pelo facto de que com a figura jurídica se protege melhor o património familiar e se efectiva uma melhor garantia e sucessão nos negócios familiares; com ele se pode também minimizar conflitos entre os membros da família, definindo estratégias para a perpetuação da família nos negócios. Quando os herdeiros dos sócios são pessoas com notória incapacidade profissional para gerir com razoável sucesso os negócios da família, normalmente são contratados administradores competentes que passarão a gerir a empresa familiar até que os herdeiros ganhem as competências necessárias para a gestão; noutros casos o administrador contratado passa a assessorar a actividade do herdeiro inexperiente.

b) Estabelecer uma eficiente gestão patrimonial, a favor de pessoas em situação de dependência

Para acautelar uma futura incapacidade, pela idade ou doença, os Americanos recorrem à figura do *revocable living trust*. Com o aumento da esperança de vida nos países desenvolvidos, aumentou também o risco das pessoas poderem padecer de alguma

a transmissão *mortis causa* da terra (*real estate* ou *real property*) e pelos tribunais eclesiásticos, que conheciam a sucessão dos bens móveis (*personal property*). Ao longo dos séculos XVI e XVII, o poder da Igreja nestas questões foi-se enfraquecendo e a Real Chancery, sujeita a um procedimento mais flexível, vai assumindo gradualmente a administração dos bens móveis do *de cuius*. Em 1857, o *Court of Probate Act* consagra os tribunais do *probate*, atribuindo-lhes competência exclusiva para conhecer a sucessão do *personal property* e, em 1873, a *Judicature Act* transferiu a referida competência a *Probate, Divorce and Admiralty Division* da *High Court*. Actualmente e desde a *Supreme Court a Judicature Act* de 1925, as três secções da *High Court of Justice* assumiram a competência das questões resultantes do Direito Sucessório. Nos Estados Unidos da América, a evolução deste tipo de tribunais foi distinta, desde logo porque nunca existiram tribunais eclesiásticos. Por outro lado, o direito sucessório das então colónias, foi mais flexível que o do direito Inglês. A flexibilidade era relativa aos custos, acessibilidade e formalismo. Entretanto, já não é assim. Agora, com o aumento do volume de casos de sucessão, tornou-se impossível proporcionar segurança jurídica e eficiência sem aumentar a solenidade dos procedimentos legais. O formalismo trouxe consigo maiores custos aos processos, relativos às custas judiciais e aos honorários com os advogados, e custos pessoais, resultante do maior inconveniente do *probate*, que é sua longa duração que pode oscilar entre os seis meses e vários anos.

³⁵⁷ Com a Substituição Fideicomissária, cfr., Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Civil*, Parte Especial, Tomo LVIII, Editora Borsoi, Rio de Janeiro, 1969, pág. 150 seg.

³⁵⁸ Mariano Gagliardo, “Nuevas fronteras del derecho sucesório”, en *Planificacion Patrimonial y Sucesoria*, ob. cit., pág. 109 seg.

incapacidade física ou mental³⁵⁹. O *living trust* tem-se mostrado um bom instrumento para proteger os bens quando ocorre alguma destas incapacidades.

O *trust*, por um lado, pode ser um instituto jurídico eficaz de gestão, nos casos em que o *settlor* seja quem sofra de uma incapacidade. No *family trust*, é comum que o *settlor* se designe *trustee*, no entanto, nomeia, na possibilidade de poder vir a ser declarado incapaz de administrar o seu património, um *trustee* que lhe sucederá na administração (*trustee* sucessivo). Na maioria dos casos as pessoas dão preferência na substituição da sua condição como *trustee* e, portanto, de quem assuma a titularidade e administração dos bens do *trust*, seja um familiar próximo. Quando não seja possível encontrar um parente ou amigo próximo com capacidade para desempenhar essa tarefa, recorre-se a um profissional. Em ambos os casos, quem recorre ao *trust* evita que os seus bens sejam administrados por um tutor designado por autoridade judicial.

c) Obter alguma vantagem fiscal encurtando a base tributária

O *family trust* tem por objectivo central a protecção do património pessoal ou familiar. A tributação da transmissão gratuita de bens *inter vivos* ou *mortis causa* no *trust* tem uma forma especial.

Existe o imposto de sucessão e doações regulados nos capítulos 11 (§2001-22109 E 12 (§2501-2524) do IRC e o chamado *Generation Skipping Tax*, regulado no capítulo 13 (§2601-2664) do mesmo texto legal. Estes três impostos têm como fundamento o facto de que uma geração deve ser tributada uma única vez. Por esta razão, o *Generation Skipping Tax*

³⁵⁹ Regista-se um aumento considerável de pessoas com capacidade diminuída. Esta preocupação levou algumas organizações internacionais a reflectirem sobre o assunto. Por exemplo, a Assembleia Geral das Nações Unidas nos idos anos de 1971 e 1975, através da Declaração dos direitos do deficiente mental e Declaração dos direitos das pessoas deficientes, proclamou o direito à integração social e ao desenvolvimento da capacidade dos indivíduos maiores com capacidade diminuída o Comité de Ministros do Conselho da Europa pronunciou-se a este respeito através de uma Recomendação de 29 de Fevereiro de 1999, nº R (99) 4, sobre os princípios relativos à protecção jurídica dos maiores incapazes. Nesta Recomendação ofereceu uma definição de maiores incapazes e estabeleceu que são as pessoas maiores de idade que “em razão de uma alteração ou de uma insuficiência das suas faculdades pessoais, não se encontram em condições de compreender, exprimir ou tomar, de forma autónoma, decisões relativas à sua pessoa e aos seus bens, não podendo, em consequência, proteger os seus interesses”.

possibilita a transmissão de bens, através do *trust*, de avôs para netos sem necessidade de uma passagem por geração intermédia³⁶⁰.

O imposto de sucessões e de doações estrutura-se de forma conjunta. Relativamente ao imposto sobre doações e de acordo com o IRC, os primeiros dez mil dólares que se transmitem a cada ano a favor da mesma pessoa e pelo mesmo doador estão isentos de imposto. Se for realizada conjuntamente por cônjuges, o valor de isenção acresce para vinte mil dólares. Igualmente, estão isentas de tributação os valores destinados a formação superior e gastos médicos e medicamentosa, bem como as doações feitas a menores de 21 anos de idade com o objectivo de suprir as necessidades do menor.

A transmissão de bens para um *trust* permite beneficiar destas excepções, sempre que os *trusts* sejam irrevogáveis e a transmissão leve a que o beneficiário usufrua de forma imediata e directa dos bens administrados. O *settlor* pode transmitir bens em *trust* sem estar obrigado ao pagamento de impostos, sendo que o valor dos bens ou direitos transmitidos ao beneficiário não ultrapasse os dez a vinte mil dólares ao ano. Desta forma torna-se lícita a transmissão paulatina sem pagamento de imposto, uma quantidade considerável da riqueza e sem correr o risco de que os beneficiários não adquiram imediatamente a titularidade dos bens.

Uma condição imprescindível para haver as isenções fiscais é que o *trust* seja irrevogável. Se o *settlor* se reservar da faculdade de revogar ou modificar o *trust* – como o que habitualmente ocorre com o *family trust* – os efeitos fiscais mantêm-se como o proprietário dos bens (IRC §671-679), significando que sobre os bens haverá tributação através do imposto sobre o rendimento e não através do imposto de doações³⁶¹. Para que o *settlor* de um *family trust* consiga manter protegido os seus bens e uma redução considerável da sua carga fiscal, deve utilizar o *AB trust*, também conhecida como *by-pass*, *credit shelter* ou *life estate trust*³⁶².

³⁶⁰ Por exemplo: o *settlor* prevê num documento constitutivo do *trust* que os seus bens serão administrados, depois do seu falecimento, em benefício de seu filho e seus netos, que receberam dos frutos do *trust* as quantidades necessárias para atender as suas necessidades básicas. Pela morte do filho, os bens remanescentes do *trust* serão entregues aos netos do *settlor*, dando-se como extinto o *trust*. Como o filho do *settlor* não chegou a adquirir bens, os bens do *trust* não serão tributados pelo imposto de sucessão pela morte do filho, mas haverá o *Generation Skipping Tax*. Acerca deste imposto, mais desenvolvidamente Andersen, *et al. Fundamental of Trusts and Estates*, NJ, LexisNexis, Newark, 2005, pág. 34-35.

³⁶¹ Uma das características do imposto sobre doações nos EUA, como também no imposto sobre o rendimento, é o facto de que o seu cálculo não se realiza anualmente mas ao longo de toda a vida do sujeito passivo. Cada ano se calcula o imposto somando as quantidades doadas nesse ano com aquelas outras quantidades doadas pela mesma pessoa nos anos anteriores. Uma vez apurado o *quantum* a pagar, deduzem-se as quantidades pagas nos anos anteriores. O cálculo utilizado é o mesmo para o cálculo do imposto de sucessões, conforme IRC 2001.

³⁶² Jay A. Soled, *A Proposal to Make Credit Shelter Trusts Obsolete*, 51 Tax Law, 1997, pág. 83 seg.

d) Evitar que os bens do *settlor* sejam confundidos pelos credores do *trustee* (imposição de segregação patrimonial)

Ainda relativamente aos menores, incapacitados ou até uma pessoa estimada, pode acontecer que sejam beneficiados com um determinado património e para os proteger das suas fracas capacidades gestoras e com vista a manter o controlo dos bens e direitos transmitidos, se nomeie um administrador distinto do beneficiário e deferir a aquisição da propriedade dos bens para mais tarde. No entanto, estas medidas apesar de se apresentarem como um mecanismo de ajuda e controlo do património do menor ou do incapacitado, nem sempre se mostram eficazes para a protecção patrimonial do beneficiário.

Através do *family trust* o *settlor* procura defender os bens na sua titularidade exercendo-os na qualidade de *trustee*, e possam assim ser transmitidos para o beneficiário, uma vez que este não é titular dos bens. Pela morte do *trustee* o *trust* passa a ser irrevogável e quem recorre a este instrumento não poderá, se não adoptar medidas específicas, evitar que o beneficiário transmita o seu direito aos frutos do património ou mesmo o seu direito a receber os bens do *trust*. Muito menos o *settlor* poderá evitar que os credores do beneficiário satisfaçam as suas pretensões “embargando” o direito que o beneficiário goza sobre o *trust*.

Para evitar estes constrangimentos tem sido prudente incluir no *family trust* uma cláusula chamada cláusula *spendthrift*³⁶³. Esta cláusula permite impedir que o beneficiário transmita o seu direito no *trust* e que os seus credores executem o seu direito. Outra finalidade de relevância assinalável é a protecção pessoal e a estabilidade económico-social do beneficiário. Com ele ficam vedadas as antecipações voluntárias ou involuntárias do gozo, benefício definitivo ou cedência dos direitos constantes no *trust*, ficam igualmente vedadas as possíveis reclamações dos credores ou até procedimento judicial antes de se efectivar a completa e efectiva aquisição dos bens pelo beneficiário³⁶⁴.

e) Rentabilizar o património de quem dependa de prestações sociais (dar benefício à terceiros através da frutificação do património afectado)

³⁶³ A. S. Emanuel, “Spendthrift Trusts: It’s time to Codify the Compromise”, *Nebraska Law Review*, nº 72, 1993, pág. 179-209.

³⁶⁴ Michael Sjuggerud, “Defeating the Self- Settled Spendthrift Trust in Bankruptcy”, 28 Fla St U. L. Rev., 2001, pág. 977 seg.

Pode acontecer que o simples *revocable living trust* não seja suficiente para acudir as preocupações com o bem-estar dos seus filhos ou familiares com incapacidades porque os bens não são suficientes para satisfazer aqueles necessitados. Quando esta situação acontece, o *settlor* pode incluir uma disposição no documento constitutivo do *trust*, autorizando o *trustee* a utilizar os frutos do capital do *trust* para atender as despesas com a assistência médica, medicamentosa e de educação dos beneficiários. Esta é uma cláusula habitual nos *family trusts* e uma das formas de conseguir alcançar tal objectivo é através da *third party supplemental needs trust*, que é uma modalidade que também pode ser criada fora do *family trust*, mas apenas produz os seus efeitos depois da morte do *settlor* e quando o *trustee* distribuir os bens do *trust*.

Os progenitores ou familiares dos beneficiários podem dispor de todos os bens no momento da morte do último destes e os bens em *revocable living trust* passem para o *supplemental needs trust* em benefício dos filhos ou familiares incapacitados durante o resto da sua vida. Depois da morte do dito filho ou familiar, pode-se acordar que o remanescente seja distribuindo entre os demais filhos ou familiares. Outra opção considerada é a transmissão ao *supplemental needs trust* apenas a parte de bens do *revocable living trust*, acordando-se a imediata distribuição dos demais bens ao resto dos filhos. O objectivo principal do *supplemental needs trusts* é aumentar a qualidade de vida das pessoas incapacitadas, servindo de complemento das ajudas públicas mas não as substitui³⁶⁵. Este mecanismo tem algumas semelhanças com o *charitable trust*, quanto ao fim, pois sendo um acto de caridade, abrange apenas familiares do *settlor*. Diferencia-se por aquele sendo de iniciativa voluntária não goza do *rule against perpetuities*, que é próprio do *charitable trust* que persegue um interesse público e também pelo facto de que este último sofre um controlo mais apertado sobre os bens dados ao *trust* através do *certainty of object* possibilitando uma dupla questão: determinar os beneficiários que têm direitos concorrentes para os mesmos bens do *trust* e facilitam um controlo mais eficaz sobre o *trustee*. Não nos podemos admirar que já há sinais nos países da *civil law* da intenção da utilização da fidúcia para fins sucessórios, mas com mecanismos

³⁶⁵ O *supplemental needs trusts* é permitido no Estado de Califórnia e em outros poucos Estados, entre eles o de Nova York, que promulgou em 1993 o *Estates Powers and Trust Law* §7-1.12 e em 1994 o *Social Service Law* § 366 (2) (b) (iii) permitindo a criação deste tipo de *trust*.

A ideia seguida pelo Governo Federal e por muitos Estados Federados é de fomentar as ajudas às pessoas com várias incapacidades por parte de seus familiares. O Estado reconhece que este tipo de ajudas não é considerado acções substitutivas das prestações sociais públicas senão um suplemento, que se limita, no geral, a atender as necessidades básicas como a alimentação, a residência e o vestuário.

típicos do *trust*³⁶⁶. Como vemos, neste caso não é a transferência de bens que desencadeia imediatamente o efeito de benefício. As os frutos que o *trust fund* produzir.

Para garantir melhor este desiderato, normalmente o *settlor* utiliza a figura do *protective trust*, onde antevê a transformação do *trust* num *discretionary trust* para que, na eventualidade de ocorrência de determinado evento, por exemplo a insolvência do beneficiário, este não deixe de ver garantida a transmissão dos direitos a si destinados, e ao mesmo tempo se assegure que com a recepção na sua esfera jurídica dos referidos direitos os seus credores não o executem. Com a constituição deste novo *discretionary trust*, o *status* dos beneficiários mantém-se, passando a utilizar a sua quota-parte da distribuição dos rendimentos do *trust fund in natura* – por exemplo sendo usufrutuário³⁶⁷.

³⁶⁶ Mónica Martinez de Campos, “Trust como instrumento de preservação da propriedade familiar”, em *Temas de Direito dos Contratos*, Vol. II, Universidade Portucalense, Livros dos Reis Editora, Porto, pág. 80-223. A autora procura identificar os obstáculos jurídicos e dogmáticos que considera para a admissibilidade da propriedade fiduciária enquanto meio de organização e transmissão *mortis causa* do património familiar, tanto no ordenamento jurídico francês como português. Ao mesmo tempo, ensaia argumentos para que tais obstáculos – do princípio da tipicidade dos direitos reais ao princípio da proibição de patrimónios separados – sejam ultrapassados. Assim descreveu no resumo do artigo.

³⁶⁷ Sónia Martín Santisteban, *El Instituto del Trust en los Sistemas Legales Continentales y su Compatibilidad com los Principios de Civil Law*, Aranzi, Madrid, 2005, pág. 74-75 e 129.

f) Planificar o processo sucessório³⁶⁸

A ideia de que quem atinge a maioria pode ser dono da totalidade dos seus bens tem demonstrado que quase sempre existe um despesismo ou “lapidação” dos bens, porque os filhos ou familiares são ainda inexperientes para gerirem sozinhos os bens. Para melhor proteger a continuidade dos bens na família a sucessão antecipada tem sido muito utilizada e já é um “mercado livre” de discussão doutrinária³⁶⁹.

Os americanos, de uma forma geral, consideram ser perigoso, e às vezes imprudente, todo o acto de disposição que leve a aquisição da propriedade por um menor, ou por quem atingiu a maioria muito recentemente. Assim, o *Uniform Transfers to Minors Act*, de 1983, prevê a possibilidade de uma pessoa transferir a um chamado “custódio”, que afinal é um “tutor”, a propriedade de um bem, obrigando-se a assumir as faculdades próprias de um proprietário, mas em benefício de um terceiro menor de 21 anos de idade. Tal como no *trust*, o “tutor” recebe uma propriedade afecta a um fim e fica obrigado a administrá-lo e, em determinadas ocasiões, proporcionar ao beneficiário os frutos ou utilidades geradas pelo bem. A diferença do *trustee* consiste no facto de que as faculdades e os deveres do “tutor” finalizam

³⁶⁸ A possibilidade de se poder planificar o processo sucessório não é exclusiva do direito anglo-americano. Como bem expressou Ángel Serrano de Nicolás (“Instrumentos jurídicos para alcanzar la «sucesión anticipada» o «Alternativas al testamento» del patrimonio familiar”, *ob. cit.*), que os diversos instrumentos sucessórios deverão ser avaliados tendo em consideração a finalidade que se deseja alcançar ainda em vida; o conjunto de bens, massa patrimonial ou um único bem ou direito que se pretenda transmitir, em vida ou *mortis causa*; o momento em que se deseja que se produzam os efeitos da transmissão, dependendo da forma como são efectuados, quer *inter vivos*, *post mortem*, *trans mortem* ou *mortis causa*; ao controlo que se quer conservar sobre o que foi transmitido e em consequência a possibilidade da revogação dessa transmissão; quando se quer confiar ou não a terceiros a eleição do herdeiro ou o objecto legado; e, por fim, se se quer ou não que os bens fiquem sob administração até a eleição do herdeiro. No complexo direito civil espanhol podemos encontrar fundamentos legais desta exposição no direito sucessório catalão, aprovado pelo Parlamento da Catalunha através da Lei nº 10/2008, de 10 de Julho, do Livro quatro do Código Civil da Catalunha, relativo às sucessões. Este dispositivo legal regula mais instrumentos que o Código Civil espanhol, no que concerne a transmissão da herança e, sobretudo, por regular os pactos sucessórios e a doação *mortis causa*. Com estes novos instrumentos para a transmissão do património ou riqueza familiar, diz o autor, “se pretende mostrar a possibilidade de planificar a herança já em vida do seu titular sem perder durante a vida do *de cuius* a possibilidade de revogar a designação ou a atribuição realizada”. A possibilidade de que durante largo prazo a herança ou bens concretos estejam sob administração está expressamente contemplada na lei catalã e permite alcançar fins “equiparáveis” a algumas modalidades do *trust*. São sinais que existem nos países da *civil law* que podem servir de catalizadores de futuras decisões legislativas no sentido de disciplinarem regras gerais para disciplinares os negócios fiduciários com os fins que são perseguidos pelo *trust*.

³⁶⁹ A propósito, veja-se Andrea Zoppini, “Le successioni nel diritto comparato (note introduttive)”, em Guido Alpa *et al.*, *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, Roma [381-400], 2008, pág. 384-386. Do mesmo autor, “Profili sistematici della successione ‘anticipada’ (note sul patto di famiglia)”, *Revista di Diritto Civile*, nº 3, 2007, pág. 273-296. António Palazzo, “Istituti alternativi al testamento”, em Pietro Perlingieri (dir.), *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, pág. 206-272.

inexoravelmente no momento em que o terceiro cumpre 21 anos. Já a diferença com o *trust* é que esta figura não permite que a transmissão realizada se submeta a uma condição. O acto de disposição é irrevogável e, se o menor morrer antes de cumprir os 21 anos de idade e sem ter feito um testamento, o bem transmitido ao “custodio”, fica imediatamente incluído no património hereditário do menor, será transmitido segundo as regras da transmissão *ab intestato*.

A planificação sucessória tem sido também assegurada pelo *discretionary trust* – os romanos já tinham a *fiducia* sucessória³⁷⁰ – que com efeitos *mortis causa* permite tomar medidas sempre que se verifiquem alterações inicialmente previstas pelo disponente. Assim, pode-se remir ao *trustee* aspectos como a última designação dos beneficiários, a gestão do património e sua distribuição. Caberá ao *trustee* definir quais as decisões mais correctas, tendo em atenção os acontecimentos que se vão produzindo, permitindo que o disponente possa dar aos seus bens um destino mais consentâneo com novos acontecimentos possíveis depois do seu falecimento³⁷¹. No âmbito empresarial tem-se colocado o problema da sucessão da posição do sócio falecido.

³⁷⁰ A. Santos Justo, *Direito Privado Romano*, Direito Sucessório, Vol. V, *BFDUC*, Studia Iuridica, Coimbra Editora, 2009. José Carlos Moreira Alves, *Direito ...*, ob. cit., pág 701-793.

³⁷¹ Sónia Martín Santisteban, *El Instituto del Trust en los Sistemas Legales Continentales y su Compatibilidad con los Principios de Civil Law*, Thomson, Aransi, Navarra, 2005, pág. 152.

SECÇÃO IX

NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO

I. O Brasil é dos países que muito cedo aderiu aos vários negócios jurídicos que tinham na sua base uma relação fiduciária. Em 1965 foi publicada a Lei nº 4.728, de 14 de Julho, que disciplina o Mercado de Capitais e estabelece as medidas para o seu desenvolvimento. Esta lei, no seu art. 66^{o372}, cuja epígrafe da respectiva Secção é “Alienação fiduciária em garantia”, veio declarar legalmente a existência no ordenamento jurídico brasileiro a admissibilidade dos negócios fiduciários. Seguiu-se-lhe o Decreto-Lei nº 413, de 9 de Janeiro de 1969, que dispunha sobre os títulos de crédito industrial e dava outras providências. Este decreto, no seu Cap. III, sob a epígrafe “Das garantias da cédula de crédito industrial”, determinava no art. 19º que a cédula de crédito industrial podia ser garantida por: a) penhor cedular; b) alienação fiduciária e c) hipoteca cedular.

³⁷² O conteúdo deste artigo era o seguinte: “Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida.

§ 1º A alienação fiduciária em garantia somente se prova por escrito, e seu instrumento público ou particular, qualquer que seja o seu valor, cuja cópia será arquivada no Registo de Títulos e Documentos, sob pena de não valer contra terceiros, conterà o seguinte:

- a) o total da dívida ou sua estimativa;
- b) o prazo ou a época do pagamento;
- c) a taxa de juros, se houver;
- d) a descrição da coisa objecto da alienação e os elementos indispensáveis à sua identificação.

§ 2º O instrumento de alienação transfere o domínio da coisa alienada, independentemente de sua tradição, continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato e com as responsabilidades de depositário.

§ 3º Se, na data do instrumento da alienação fiduciária, o devedor ainda não tiver a posse da coisa alienada, o domínio dessa se transferirá ao adquirente, quando o devedor entrar na sua posse.

§ 4º Se a coisa alienada em garantia não se identifica em números, marcas e sinais indicados no instrumento de alienação fiduciária, cabe ao proprietário fiduciário o ónus da prova, contra terceiros, da identidade dos bens do seu domínio que se encontra em poder do devedor.

§ 5º No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o proprietário pode vender a coisa a terceiros e aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes da cobrança, entregando ao devedor o saldo porventura apurado, se houver.

§ 6º Se o preço da venda da coisa não bastar para pagar o crédito do proprietário fiduciário e despesas, na forma do parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo devedor apurado.

§ 7º É nula a cláusula que autorize o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento.

§ 8º O proprietário fiduciário, ou aquele que comprar a coisa, poderá reivindicá-la do devedor ou de terceiros, no caso do § 5º deste artigo.

§ 9º Aplica-se à alienação fiduciária em garantia o disposto nos art. 758, 762, 763 e 802 do Código Civil, no que couber.

§ 10º O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, nº 1, do Código Penal.

Considerando a crescente concessão de crédito ao consumo, o legislador brasileiro veio introduzir algumas modificações à Lei nº 4.728, de 14. 7. 1965, alterando de forma radical o art. 66º desta lei. Na exposição dos motivos de alteração constantes no preâmbulo do decreto-lei, o legislador brasileiro considerou que até aquela data o instituto da alienação fiduciária não tinha merecido “uma adequada regulamentação processual. A ausência de normas sobre a matéria tem motivado divergências jurisprudenciais e insegurança nas relações que contam com a referida garantia, suscitando-se dúvidas quanto à acção própria a ser intentada pelo adquirente fiduciário contra o alienante. (...) O projecto define a alienação fiduciária em garantia como uma propriedade resolúvel em favor do adquirente que se extingue com o pagamento do débito. Na hipótese de inadimplemento ou mora do devedor, o credor pode realizar a busca e apreensão do bem dado em garantia, (...) e que, não sendo encontrado o bem dado em garantia, possa ser intentada a acção de depósito. O credor, preferindo, também poderá renunciar à garantia e executar os bens do devedor, nos termos do contrato. Na hipótese de concordata ou falência, o adquirente fiduciário – dada a sua condição de credor privilegiado – terá direito à restituição do bem, podendo, em seguida, proceder à venda”.

No ano de 1997 o legislador aprovou a Lei nº 9.514, de 20 de Novembro, que, entre outras questões, trouxe a novidade da utilização da *fiducia* como instrumento de garantia do mercado imobiliário e do mercado de investimento. Esta lei veio alterar com alguma profundidade o sistema de garantias reais imobiliárias, inovou na propriedade fiduciária sobre bens imóveis, a titularidade fiduciária sobre direitos creditórios provenientes da alienação de imóveis e estabeleceu um novo regime fiduciário para garantia de investidores no mercado secundário de créditos imobiliários³⁷³.

A Lei nº 8.668, de 25 de Junho de 1993 (Lei dos Fundos de Investimento Imobiliários), no seu art. 7º, estipula que “os bens e direitos integrantes do património do Fundo de Investimento Imobiliário, em especial os bens imóveis mantidos sob a propriedade fiduciária da instituição administradora, bem como seus frutos e rendimentos, não se comunicam com o património desta (...)”. Com uma actividade legislativa pelos vistos intensa, em 1997 foi aprovada a Lei nº 9.514, de 20 de Novembro (Lei do Financiamento Imobiliário), que, nos seus arts. 22º e 23º, veio regular a alienação fiduciária de coisa imóvel. No primeiro artigo

³⁷³ Melhim Namen Chalhub, *Negocio Fiduciários*, 4ª ed., revista e actualizada, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2009, pág. 5.

determina que “a alienação fiduciária regulada por lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”.

O art. 66º da 4.728, de 14 de Julho de 1965, alterado pelo Decreto-Lei nº 911, de 01 de Outubro de 1969, acabou por ser novamente alterado pela Lei 10.931, de 02 de Agosto de 2004, actualmente em vigor.

II. Relativamente a doutrina, os autores brasileiros muito cedo foram quase unânimes em aceitar o negócio fiduciário na ordem jurídica interna. Arnold Wald³⁷⁴ admitiu, ao prefaciá-lo o livro de Namem Chalhub, que a alienação fiduciária já existia no Brasil há 30 anos, a contar da data que prefaciou o livro, o que hoje já lá vão 65 anos. Este Professor canarinho defendia a existência e consagração legal do negócio fiduciário em 1969, quando publicou um artigo a este propósito na *Revista dos Tribunais*³⁷⁵. No entanto, Chalhub faz uma crítica à forma como a doutrina tem levado a discussão do negócio fiduciário, cujos fundamentos dogmáticos têm sido feitos de forma “tímida, esparsa e errática”³⁷⁶. Na verdade, não se consegue encontrar de forma sistematizada uma ordem dogmática e científica dos estudos sobre as questões atinentes à fiducia, e esta realidade encontra formas muito variadas, sem razão de ser, de institutos que às vezes são para resolver problemas da mesma natureza.

A doutrina e o legislador brasileiro centraram na figura da propriedade fiduciária o estudo da fiducia e a partir dela evoluíram para outros pólos. Basta ler o disposto no art. 1 368-B do CC que determina que “as demais espécies de propriedade fiduciária ou de titularidade fiduciária submetem-se à disciplina específica das respectivas leis especiais, somente se aplicando as disposições deste Código naquilo que não for incompatível com a legislação especial”. Para tanto, a doutrina afiança declarando que existem valores fundados na fiducia

³⁷⁴ Professor Catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.

³⁷⁵ *Revista dos Tribunais*, 1969, Vol. 400, pág. 25 e seg. Outros autores dedicaram-se muito cedo ao estudo desta figura no ordenamento jurídico brasileiro. Entre muitos, destacamos Orlando Gomes, “Contrato de fiducia (trust)”. RF 211/11-20. Rio de Janeiro, *Forense*, Jul.-Set. 1965; Alfredo Buzaid, “Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia”. RT 401/9-29, São Paulo, Ed. RT, Março 1969; Aderbal da Cunha Gonçalves, *Da propriedade resolúvel: sua projeção na alienação fiduciária em garantia* São Paulo: Ed. RT, 1979; José Paulo Cavalcanti, *O penhor chamado alienação fiduciária em garantia*. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1989; Oswaldo Opitz e Sílvia C. B., *Alienação fiduciária em garantia: aplicação da lei 4. 728, de 14.07.1965*, Borsoi, Riode Janeiro, 1970.

³⁷⁶ “Afectação patrimonial no direito contemporâneo”. *Revista Trimestral de Direito Civil*. 29/112, Rio de Janeiro, Padma, Janeiro-Março. 2007.

que unificam e funcionalizam as diversas espécies de propriedade fiduciária. Para este sector da doutrina brasileira, qualquer outro instituto que tenha por base a propriedade fiduciária tem nos valores referidos os instrumentos para a resolução dos incumprimentos obrigacionais.

O negócio fiduciário foi recebido no ordenamento jurídico brasileiro através da manifestação de vários institutos. A substituição fideicomissária prevista no Código Civil é aceite como negócio fiduciário por um sector minoritário da doutrina³⁷⁷. A alienação fiduciária em garantia foi aprovada pela Lei 4.728 e alterada pelo Decreto-Lei 911/69 e nos termos dela e com a nova alteração pela Lei nº 10.931/2004, “o domínio da coisa alienada, independentemente da sua tradição, continuando o vendedor a possuí-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato, e com as responsabilidades de depositário”.

Com a entrada em vigor do novo Código Civil, em 2002, ficou melhor regulamentada e definida como instituto do Direito Civil; a alienação fiduciária em garantia ficou definida nos seguintes termos: “Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”.

Além dos tipos negociais fiduciários citados, existem no Brasil negócios fiduciários com fins de investimentos, os chamados “fundos de investimento imobiliário”, aprovados pela Lei nº 8.668/93, e no seu artº 1º dispõe que estes são “caracterizados pela comunhão de recursos captados por meio do sistema de distribuição de valores mobiliários, na forma da Lei nº 6.385, de 7 de Dezembro de 1976, destinados a aplicar em empreendimentos imobiliários”³⁷⁸.

³⁷⁷ Raquel do Amaral de Oliveira Santos, *Trust: Das origens à aceitação pelos países de direito romano-germânico*, Dissertação de Mestrado, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, pág. 145. Defende a autora que “a substituição fideicomissária tem natureza claramente fiduciária, haja vista que o testador institui o fideicomissário, indicando um fiduciário que deverá manter a propriedade resolúvel dos bens”.

³⁷⁸ Como se pode compreender, os fundos de investimento têm características muito próximas do trust de investimento. Na verdade foi inspirado no Real Estate Investment Trust, criado nos EUA no século XX na sequência da aprovação do Real Estate Investment Trust Act. Cfr. Raquel do Amaral de Oliveira Santos, *Trust ...*, ob. cit., pág.147-149.

SECÇÃO X

NO DIREITO DOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA

1 – O Negócio Fiduciário na Argentina³⁷⁹

O Direito argentino conheceu a figura fiduciária faz muito tempo. O ante-projecto de Código Civil de Freitas admitia a substituição fideicomissária tanto para as doações como para os legados. Com o Código de Velez Sarsfield consolidou-se um sistema que expressamente admitia a existência da propriedade fiduciária. Com efeito, o art. 2507º previa a possibilidade do domínio imperfeito cujo conteúdo desta norma era interpretado com o art. 2662º que textualmente falava em “domínio fiduciário”³⁸⁰.

Ocorreu um movimento reformista que tentou introduzir de forma clara e exaustiva no sistema jurídico argentino a figura do negócio fiduciário. O primeiro foi o projecto de Michelson de 1969 que serviu de base ao ante-projecto de Duncan Parodi em 1984. Os senadores Velazquez Brasesco, Nápoli e Falsone, em 1984, apresentaram também um ante-projecto. Seguiram-se os ante-projectos dos delegados de Tucumán (1985), de Silva (1986), projecto “del Poder Ejecutivo Nacional” de 1986; projecto de “unificación civil y comercial” de 1987; projecto Storani-Terrile (1989); projecto Iribarne (1991); projecto de “unificación civil y comercial” de 1992, entre outros. É fácil observar a importância dada ao negócio fiduciário pelo legislador e pela doutrina argentina.

O negócio fiduciário tem consagração legal na Argentina desde a aprovação do seu Código Civil, mas foi a Lei nº 24.441 que desenvolveu esta figura jurídica, que, além de sistematizar de forma geral o contrato do “fideicomiso” e especialmente o “fideicomiso testamentário” e ao “fideicomiso financeiro”³⁸¹. Este último instituto jurídico permite a titularização de bens homogéneos, criando assim um mercado secundário de títulos que possibilitam a obtenção de fundos para a realização de obras de grande dimensão ou como forma de obter financiamento para as empresas. Podem titularizar-se direitos emergentes de

³⁷⁹ É importante advertir que os países da América Latina se referem indistintamente ao negócio fiduciário do *fideicomiso*.

³⁸⁰ Carlos A. Molina Sandoval, *El Fideicomiso en la dinámica mercantil*, Editorial BF, Montevideo, Buenos Aires, 2009, pág. 11 e 12.

³⁸¹ Pedro Mário Giraldi, *Fideicomiso (Ley 24.441)*, Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 127-137.

um contrato de obra pública, créditos hipotecários, facturas de serviços públicos, etc. Para o investidor significa uma renda segura e para o beneficiário a obtenção de dinheiro a uma taxa sempre mais acessível que a que os bancos oferecem mediante uma operação que nos seus balanços figura como uma venda de activos e não como endividamento.

No ano de 2001, como consequência da crise política, económica e social vivida na Argentina, ocorreu um forte abalo no sistema bancário que trouxe um encarecimento do crédito e algumas vezes a sua ausência. Esta situação fez com que quem procurava financiamento começasse a olhar para o negócio fiduciário como uma solução aos seus desejos e também como forma de escapar às soluções normativas «de ingerência» encontradas devido à crise que limitavam as execuções hipotecárias. Tudo isso, e acrescido a amplitude e versatilidade do negócio fiduciário e a sua resistência à «ingerência normativa», provocou um enorme desenvolvimento do instituto jurídico.

O art. 2662º do Código Civil argentino, aprovado no longínquo ano de 1869³⁸² que já se referia ao negócio fiduciário como dito supra, não estabelecia de forma clara os requisitos dos elementos constitutivos da figura contratual. O teor deste artigo foi modificado com a reforma introduzida com a entrada em vigor da Lei nº 24.441 nos finais de 1994, passando a definir o domínio fiduciário “*el que se adquiere en razón de un fideicomiso constituído por contrato o testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento o la ley*”. Entretanto, a lei veio definir o que é o negócio fiduciário estabelecendo que “é o contrato consensual através do qual uma pessoa (fiduciante) transmite a propriedade fiduciária de bens determinados a outra pessoa (fiduciária), que se obriga a administrá-la em benefício de quem se designar contratualmente (beneficiário), e a retransmiti-la no fim de um prazo ou condição ao fiduciante ao beneficiário ou ao fideicomissário” (art. 1º). A terminologia legal oferece muita confusão, de resto como observámos, os países da América Latina designam indistintamente negócio fiduciário e fideicomisso, o que nos obriga a fazer algumas observações. Em primeiro lugar, verifica-se que em algumas circunstâncias a lei nº 24.441, oferece dualidade na terminologia. Refere-se ao negócio fiduciário e o fideicomisso de forma indiferente, no entanto, o fiduciante e o fiduciário e o fideicomitente e o fideicometido

³⁸² Este artigo estipula que “domínio fiduciário es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado a durar solamente hasta el cumplimiento de una condición resolutive, o hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa a en tercero”.

correspondem ao mesmo sujeito. Pensamos que a Lei nº 24.441, ao fazer referência ao fideicomitente, está a atribuir os mesmos efeitos quando relativos ao fiduciante ou ao constituinte do fideicomisso. O mesmo ocorre com a similitude que se estabelece entre o fiduciário e o fideicomissário. Se observamos mais atentamente a lei, verificamos que o art. 1º refere-se a fiduciante, os arts. 1º e 6º referem-se ao fiduciário, os arts. 1º e 2º referem-se ao beneficiário e os arts. 1º e 26º referem-se ao fideicomissário³⁸³.

O Professor Sandoval explica que “el fideicomiso” deve observar uma estrita noção de partes deste tipo de contrato que são apenas dois e que a ideia de parte repousa no consentimento sobre uma declaração de vontade comum e, por esta razão, uma parte em sentido estrito pode estar composta por uma ou mais pessoas, físicas ou jurídicas, e conclui dizendo que “*en esta línea, solo son partes en el fideicomiso, el fiduciante y el fiduciario. Solo ellos son quien se «obligan» en el contrato de fideicomiso. Los demás sujetos involucrados (beneficiario y fideicomisario) son considerados terceros, sobre los que el contrato de fideicomiso producirá efectos en la medida de los artºs 504, Cód. Civ. Y 2, ley 24. 441*”³⁸⁴.

Com a lei referida, a titularidade dos bens passa para o património do fiduciário criando um património de afectação mediante a celebração de um contrato ou por disposição de última vontade em testamento³⁸⁵.

O Professor Alejandro C. Altamirado³⁸⁶ defende a ideia de que o negócio fiduciário inspira certeza e segurança jurídicas às operações subjacentes às quais serve de instrumento para sua realização pela «armadura protectora» que forma em relação a terceiros. Entende que o negócio fiduciário é uma relação obrigacional que se caracteriza pela transferência actual ou futura de bens para o fiduciário a título de confiança.

³⁸³ Natalio Pedro Etchegaray, *Fideicomiso, Técnica y Práctica Documental*, 2ª reimp., Astrea, Buenos-Aires, 2011, pág. 17. Este autor trata indistintamente as questões em apreço e, no Cap. II § 5. a) titula como “Fiduciante, fideicomitente o constituyente”.

³⁸⁴ *El Fideicomiso...*, ob. cit., pág. 26.

³⁸⁵ Com base na Lei nº 24. 441 ficou estabelecida uma excepção ao regime geral da responsabilidade patrimonial universal ao dispor no seu art. 14º que “los bienes fideicometidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario e del fiduciante” e o art. 15º determina que “los bienes fideicometidos quedarán exentos de la acción singular o colectiva de los acreedores del fiduciante, quedando a salvo la acción de fraude”. Já o art. 16º dispõe que “los bienes del fiduciario no responderán por las obligaciones contraídas en la ejecución del fideicomiso, las que solo serán satisfechas con los bienes fideicometidos”.

³⁸⁶ Director do Departamento de Direito Tributário da Faculdade de Direito da Universidade Austral, Argentina.

A doutrina argentina é unânime em considerar que um dos principais efeitos “del fideicomiso” é a criação de um património especial, independente e separado dos patrimónios do fiduciante e fiduciário e, portanto, alheio às contingências que estes podem sofrer³⁸⁷.

No actual momento de recuperação económica argentina, o negócio fiduciário converteu-se claramente numa ferramenta mais utilizada para desenvolver projectos mediante a captação de fundos através do mercado de capitais. O exemplo mais flagrante é o que se refere aos negócios fiduciários de bens imobiliários que originaram uma aceleração do sector da construção³⁸⁸.

2 – O Negócio Fiduciário na Bolívia

Um dos contratos que maior relevância possui no âmbito económico e financeiro na Bolívia é o negócio fiduciário. Considera Milenka Villica Pozo³⁸⁹ que, apesar de ter um reduzido tempo de existência normativa, a flexibilidade e versatilidade de que goza a figura jurídica “del fideicomiso” possibilita que a sua aplicação se estenda a diversas áreas do sector financeiro.

O negócio fiduciário foi legalmente consagrado na Bolívia com a entrada em vigor do Código Comercial de 25 de Fevereiro de 1977, aprovado através do Decreto-Lei n° 14379/1977, e foi considerado um dos contratos bancários. A regulamentação “del fideicomiso” vai do art. 1409° a 1427° do Código comercial e estas disposições estabelecem a sua constituição, forma legal, características e demais requisitos necessários para sua cabal aplicação.

Para além da regulamentação contida no Código Comercial boliviano, a Recapilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, o Código Civil Boliviano, a Ley n° 1670, de

³⁸⁷ Á. Mariano González, *El fideicomiso de acciones*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, pág. 22-30.

³⁸⁸ Natalio Pedro Etchegary, *Fideicomiso ...*, ob. cit., pág. 113. Para este autor a Lei 24.441 oferece a possibilidade de utilizar o *fideicomiso* em projectos imobiliários. A estrutura básica para tal fim seria a seguinte: uma pessoa (fiduciante) transmite a outra (fiduciário) uma parcela de terreno para que aí se realizarem as obras de infra-estruturas necessárias para desenvolver um empreendimento urbanístico para que, uma vez concluído, seja transferido um número determinado de lotes ou vivendas a favor de adquirentes e futuros residentes do empreendimento (beneficiários-fideicomissários).

³⁸⁹ “El Fideicomiso en Bolívia”, in *El Fideicomiso en Latinoamérica*, Colección Ponóptico, Madrid, 2010, pág. 35.

31 de Outubro de 1995, do Banco de Bolívia, e a Ley nº 1488, de 14 de Abril de 1993, de Bancos y Entidades Financieras contêm normas relativas ao negócio fiduciário³⁹⁰.

O art. 1409º do Código Comercial dá-nos um conceito de negócio fiduciário. “*Una persona, llamada fideicomitente, transmite uno o más bienes a un Banco, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada en provecho de aquél o de un tercero llamado beneficiario*”. Deste conceito legal, a doutrina boliviana extrai as seguintes características iniciais da figura jurídica fiduciária:

- a) A existência de uma parte «una transmisión real» do fiduciante para o fiduciário, e por outro lado uma «obligación personal» do fiduciário para com o fiduciante;
- b) Poderá ser fiduciante uma pessoa física ou pessoa jurídica;
- c) Apenas as instituições bancárias podem ser designadas fiduciárias;
- d) Os beneficiários “del fideicomiso” podem ser terceiros ou o próprio fiduciante.

Sendo o negócio fiduciário boliviano um contrato típico, pois vem expresso no Código Comercial e na Recopilación de Normas para Bancos y Entidades Financieras, estabelece no art. 1413º, daquele diploma, uma enumeração “de los fideicomisos” que estão proibidos, não sendo de labor fácil determinar se existem modalidades de negócios fiduciários no Direito boliviano. No entanto, podemos encontrar dentro do Código Comercial e graças à versatilidade que goza do instituto jurídico, muitas possibilidades de criar uma variedade de combinações de negócios fiduciários³⁹¹. Em geral, a doutrina³⁹² boliviana considera e a lei (Cód. Comercial) determina as seguintes:

³⁹⁰ Convêm referir que há precedentes na regulamentação deste instituto jurídico: do art. 166º ao artº 173º do Capítulo XII da revogada Lei Geral de Bancos, de 11 de Julho de 1928, fazia referência ao instituto em estudo. A Bolívia como outros países da América Latina, na década de vinte do século passado sob influencia do Direito norte-americano, introduziu na sua legislação aspectos “del fideicomiso” com um esquema fiduciário mais parecido a um “mandato” ou “depósito” que a de um *trust*. Basta observar que o Código Comercial da altura, no seu art. 1427º dispunha que “son aplicables al fideicomiso, en lo conducente, las disposiciones que regulan el depósito y el mandato”. Actualmente, o negócio fiduciário existente na Bolívia tem inspiração no *trust* anglo-saxonico.

³⁹¹ Á. Urquizu Cavallé, *Los patrimonios fiduciarios: aspectos tributarios*, Marcial Pons, Madrid. 2006, pág. 722.

³⁹² Milenka Villca Finales, “El Fideicomiso en Bolívia”, en *El Fideicomiso en Latinoamerica. Integración jurídico-finaceira*. Ángel Urquizu Cavallé (Dir.), Estela M. Rivas Nieto (Coord), Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 35 seg. Gilberto Peña Castrillón, “La Fidúcia en Colómbia”, en *Monografías Jurídicas*, Vol. 50, Editorial Temis S. A., Bogotá, 1986, pág 1 seg.

a) Negócio fiduciário para administração

Esta modalidade encontra seu suporte no art. 1409º do Código Comercial, que é aquele que se transmite o domínio dos bens ou activos ao fiduciário, para que os administre conforme convencionado com o fiduciante.

b) Negócio fiduciário para garantia

É aquele em que se transfere para o fiduciário bens para garantia do cumprimento de certas obrigações a seu cargo ou cargo de terceiros, designando como beneficiário o mesmo credor ou a um terceiro em cujo “favor”, em caso de incumprimento, se pagará o valor da obrigação conforme o previsto no contrato.

c) Negócio fiduciário para investimento

Nesta modalidade o fiduciante entrega ao fiduciário recursos financeiros com a finalidade principal ou específica de investimento, que deverá ser cumprida pelo fiduciário de acordo com as instruções do fiduciante, em benefícios deste ou de terceiros. Este negócio fiduciário pode ser constituído para fins individuais ou colectivos.

d) Negócio fiduciário testamentário

É uma modalidade em que o causante (fiduciante) transmite bens determinados ao sucessor-fiduciário, que se obriga a administrar ou aliená-los para cumprimento de uma finalidade estabelecida, em benefício de quem for designado no testamento como beneficiário. Cumprido o prazo ou condição estabelecida pelo fiduciante, o fiduciário deverá transmitir ao beneficiário ou se o fiduciante investiu com a faculdade de eleger o herdeiro, o fiduciário deverá cumprir com a sua última vontade³⁹³.

e) Negócio fiduciário público ou do Estado

³⁹³ S. Cámara Lapuente, “Breve Compendio Geo-Conceptual sobre *Trust*”, en *Los Patrimonios Fiduciarios y el Trust*, Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 45.

Há este tipo de negócio fiduciário quando o Estado, na qualidade de fiduciante, transmite a propriedade fiduciária de bens ou activos de seu domínio público ou privado a um fiduciário estabelecido numa lei especial de criação da relação fiduciária, que este exerça em benefício de quem a lei determina e retransmita, ao final de um prazo ou verificada uma condição³⁹⁴. Nesta modalidade encontramos os seguintes intervenientes: (i) Fiduciante – O Estado, directamente ou por intermédio de uma pessoa jurídica pública; (ii) Fiduciário – uma entidade pública e privada. A nível nacional, as únicas entidades bolivianas que estão autorizadas a cumprir funções fiduciárias são o Banco de Desarrollo Productivo S.A.M., Banco de Segundo Piso e o Fondo de Desarrollo del Sistema Financiero y Apoyo al Sector Productivo (FONDESIF); (iii) Beneficiários – os agentes económicos personalizados ou sectores económicos que o Estado considera que sejam apoiados por razões diversas.

Para assegurar o êxito dos mecanismos fiduciários ditos supra, o Código Comercial, art. 1410º, consagra a existência de património autónomo³⁹⁵. Os bens objecto do fideicomiso são constituem um património que está desafectado dos interesses do fiduciário, garantindo assim que os mesmos bens cumpriram com a missão que lhe foi confiada³⁹⁶.

3 – O Negócio Fiduciário no Chile

A *fiducia* encontra-se regulada no Código Civil chileno no “Libro Segundo, «De los Bienes, y de su Dominio, Posesión, Uso y Goce», Título VIII, «De las Limitaciones del Dominio y Primeiramente de la Propiedad Fiduciaria».

O art. 735º do Código Civil chileno estabelece que o negócio fiduciário se constituir por acto entre vivos ou por testamento, mas ambos através de escritura pública, sendo um acto marcado pela autonomia da vontade, excluindo os “fideicomisos” legais. No caso de constituição do negócio fiduciário por testamento, os herdeiros fiduciários são obrigados a aceitar com benefício de inventário. No direito chileno aceitar em benefício de inventário –

³⁹⁴ Carlos Aranguren Pezonaga/ Martha Duque Villaveces, *Fidúcia Pública en Colombia*, Pontificia Universidade Javeriana, Bogotá-Colombia, 1990.

³⁹⁵ Isaías Chaves Vela, “Responsabilidad de los Patrimonios Autónomos y de la Fiduciaria frente al Constituyente, al Beneficiario y a Terceros”, en *IV Foro Nacional de Derecho Comercial – Nov. 28/29/30, 1988 – Aspectos Jurídicos de la Fidúcia*, Ed. SF/Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 1989, pág. 39-52.

³⁹⁶ Igualmente o art. 76 da Ley nº 1834, de 31 de Março de 1998, dispõe que a titularização consiste em constituir patrimónios autónomos administrados por sociedades de titularização com activos e bens presentes ou futuros, destinados a garantir e pagar Valores emitidos a favor de investidores, independente do património do cedente.

art. 1247º e 1251º – consiste em fazer com que os herdeiros não sejam responsabilizados pelas obrigações hereditárias e testamentárias até que a massa hereditária liquide tais obrigações.

Há, no entanto, uma outra disposição do Código Civil (art. 751º), admite a alienação de propriedade fiduciária *entre vivos* ou *mortis causa*, com a condição, nas duas situações, de manter indivisa a propriedade e sujeita ao mesmo ónus de restituição sob as mesmas condições anteriores. Não será alienado entre vivos quando o fiduciante tenha proibido a alienação, nem será transmissível por testamento (ou *ab intestato*) quando o dia marcado para a restituição for o dia da morte do fiduciário. Neste último caso, se o fiduciário aliena em vida, será sempre a sua morte que determinará o dia da restituição.

Contrariamente à maioria dos países da América Latina, no Chile o negócio fiduciário não cria um património de afectação, não havendo, por isso, separação entre o património de afectação do património dos participantes da figura jurídica.

Pode acontecer que um mesmo património desempenhe duas funções: determina o art. 736º do Código Civil que a mesma propriedade pode constituir-se em usufruto a favor de uma pessoa e em propriedade fiduciária a favor de outra. É proibido recair sobre o mesmo bem ou direito nos negócios jurídicos sucessivos, de maneira que, quando for restituído o objecto do negócio à pessoa beneficiária, esta aceita o ónus de restituí-la eventualmente a outra. Adquirida a propriedade fiduciária por um dos beneficiários escolhidos, extinguir-se-á para sempre a expectativa dos outros – art. 745º³⁹⁷.

Além do fiduciante (constituyente), fiduciário e beneficiário (fideicomisario) a doutrina chilena fala num quarto elemento: o possuidor fiduciário. O beneficiário pode ser uma pessoa que ao tempo de definir-se a propriedade fiduciária não existe, mas se espera que exista – art. 737º.

O possuidor fiduciário é aquele encarregado da simples administração da coisa enquanto se cumpre ou falha a condição que só terá as faculdades de curadores de bens – art. 749º. Esta figura também vem regulada na Lei Geral de Bancos do Chile que, no art. 86.8 do Título XII sob a epígrafe “Comisiones de confianza”, determina ser administrador de bens constituídos por “fideicomiso” quando assim tenha sido disposto no acto constitutivo. Nem o proprietário fiduciário nem o beneficiado, nem ambos em comum podem privar o banco de

³⁹⁷ G. Saavedra/ A. Ramón, *Diferencias y Semejanzas entre el Usufructo y la Propiedad Fiduciária*, Imprenta Ex-Talleres Gráficos de Sur, Concepción, 1927.

administrar. Se não forem determinados os direitos, obrigações ou responsabilidades do banco, terá este os mesmos direitos e obrigações de um curador de bens³⁹⁸.

4 – O Negócio Fiduciário na Colômbia

A Colômbia conhece a figura do negócio fiduciário desde o ano de 1873 com a promulgação do Código Civil. O Título VIII tem como epígrafe: “De las limitaciones del dominio y primeramente de la propiedad fiduciária”, correspondente aos art. 793º e seguintes. A fiducia no Código Civil colombiano regula a propriedade fiduciária³⁹⁹ que se apresenta como uma limitação do exercício pleno do direito de propriedade. Esta limitação consiste na passagem da propriedade sobre um bem de uma pessoa para “outra persona por el hecho de verificarse una condición” – art. 794º. O objecto do negócio fiduciário é a “totalidad de una herencia o una cuota determinada de ella o una o más cuerpos ciertos” – art. 795º – e pode constituir-se por acto entre vivos outorgado em instrumento público ou por testamento – art. 796º. Localizamos esta figura que é própria do direito civil cujo emprego no tráfico jurídico tem sido escasso, sendo necessário fazer-se uma incursão noutros ramos do direito.

O Código Comercial colombiano regula o chamado «contrato de fiducia mercantil», aprovado pelo Decreto nº 410, de 27 de Março de 1971, e consta do Título XI com a epígrafe “De la fiducia”, no art. 1126º e seguintes. Este contrato permite que uma pessoa, o fiduciante (ou o fideicomitente) possa efectuar a transferência de bens a outra pessoa, o fiduciário, cuja condição está limitada a certas entidades, nomeadamente, às instituições de crédito e às sociedades fiduciárias⁴⁰⁰. O fiduciário obriga-se a administrar ou alienar esses bens em função

³⁹⁸ Humberto Retamal Arellano, “Algunos Problemas sobre Propiedad Fiduciária”, en *Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Chile*, Santiago de Chile, 1950, Vol. 11, pág. 45. Também pode ser consultado Humberto Retamal Arellano, “Algunos Problemas sobre Propiedad Fiduciárias”, en *Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Chile*, Santiago de Chile, 1950, Vol. 11

³⁹⁹ Simón Carrejo, *Derecho Civil, Bienes – Derechos Reales*, reimp., Publicaciones Universidad Externato de Colômbia, Bogotá, 1967, pág. 263, define propriedade fiduciária da seguinte forma: “*La propiedad fiducia es, entonces, una forma peculiar de propiedad que se caracteriza por un estado de comprensión de sus facultades comunes, que afecta personalmente a su titular en cuanto al ejercicio de esas facultades, aceptada libremente por él y sometida en su duración a un plazo prefijado o a una condición prevista, por lo cual debe agregar-se que es esencialmente temporal, que no está destinada a permanecer indefinidamente, como propiedad fiduciária, pues tiene fatalmente un límite para su extinción*”.

⁴⁰⁰ Gilberto Peña Castrillón, *La fiducia en Colombia*, Editorial Temis, Bogotá, 1986, pág. 18.

da finalidade estabelecida pelo fiduciante, em proveito deste ou de um terceiro, chamado beneficiário (ou fideicomisario) – art. 1226⁴⁰¹.

O contrato regulado do Código Comercial apresentava alguns inconvenientes, nomeadamente, limitações de ordem prática, uma vez que impediam mobilizações avultadas de capitais com a exigência de escritura pública para transferir os bens do património ou fundo autónomo. Igualmente, este sistema não permitia ao fiduciante socorrer-se do mercado de capitais para aí realizar diversas operações.

Assim, o Governo colombiano introduziu reformas ao “contrato de fiducia mercantil” e através da Lei nº 35, de 5 de Janeiro de 1993 e regulada pela Resolução da “Superintendência de Valores de Colômbia, nº 445 de 1993”, consagrou o princípio da liberdade na criação de títulos-valores através de património autónomo e permitiu o nascimento da titularização sem necessidade de escritura pública para a cessão de créditos hipotecários e do resto activo – art. 15º e 16º⁴⁰².

Além das sociedades fiduciárias, encontramos no Direito colombiano a figura das “sociedades titularizadoras” regulada pela Lei nº 546, de 23 de Dezembro de 1999, abrindo a possibilidade de titularização e emissão de títulos de valor. Os negócios fiduciários estão regulados em vários ramos de Direito⁴⁰³.

O Direito Bancário recepcionou o negócio fiduciário. Começou pela regulamentação constante da Ley 51 de 1918, considerado pela doutrina colombiana como o primeiro antecedente do trust; dispunha no seu art. 4º que:

“Asimismo podrán los establecimientos de crédito actuar como intermediarios entre prestamistas y prestatarios en la realización de operaciones de crédito que hayan de llevarse a cabo por medio de la emisión de bonos, documentos u obligaciones representativas de

⁴⁰¹ A doutrina colombiana, comandada por Rengifo Garcia, entende que o contrato de fiducia mercantil tem as seguintes modalidades: negócio fiduciário para investimento, para administração e para garantia. No primeiro transmite-se dinheiro ou títulos para que os aliene e os converta em actividades que ofereçam rendimentos em proveito do beneficiário; na segunda modalidade o fiduciário administra-o em proveito do beneficiário; por último, no negócio fiduciário para garantia o fiduciante pretende garantir uma determinada obrigação, procedendo a venda do bem se houver incumprimento do pagamento da dívida. *La fiducia mercantil y pública en Colômbia*, 2ª ed., Universidad Externado de Colômbia, Colômbia 2001, pág. 102 seg.

⁴⁰² S.V. Lisoprawski y C.M. Kiper, *Fideicomiso. Dominio fiduciario. Securitización*. 2ª Ed. Buenos Aires, Depalma, 1996, pag. 89 seg.

⁴⁰³ E. Rengifo García, *La fiducia mercantil y publica en Colômbia*, 2ª ed., Universidad Externado de Colômbia, Colômbia, 2001, pág. 42-43.

cuotas partes de capital prestado. Para el afecto podrán intervenir en la personería de los acreedores y siendo responsables para con éstos de la exactitud de las estipulaciones que con ellos se contuviesen”⁴⁰⁴.

Seguiram-se outros dispositivos legislativos na área do direito bancário que faziam referências ao negócio fiduciário, nomeadamente, a Ley 45 de 1923.

Muito recentemente⁴⁰⁵, com o intuito de desenvolver grandes projectos imobiliários foi desenvolvido os chamados *Project Finance*, cuja estrutura funcional facilita a obtenção dos fundos necessários para a construção, execução e operação de diversos mecanismos de financiamento, e protege os participantes do projecto através de um sistema de distribuição dos riscos. Para garantir o financiamento são utilizados os Veículos de Propósito Especial (VPE), tradução literal do inglês do *Special Purpose Vehicle Corporation* (SPVC), que pode ser uma sociedade comercial ou um contrato de *fiducia mercantil*, sob quem recai a responsabilidade é obter junto dos financiadores (*sponsors*) o serviço da dívida atendendo ao fluxo futuro que o projecto possa vir a gerar, e se converta em uma obra de infraestrutura operacional. Os VPE são, na verdade, a entidade que vai administrar o projecto, com os deveres e poderes de celebrar contratos para a realização da obra, assim como os contratos para a sua exploração e conservação. A escolha da entidade com a qual se vai contratar a *fiducia mercantil*, deve ter capacidade profissional suficiente para realizar os objectivos do projecto. Assim, a criação da *fiducia mercantil* se traduz na constituição de um património autónomo, que a Associação Fiduciária Colombiana⁴⁰⁶ definiu como “uma individualidade jurídica própria, de criação expressa, afecta à uma finalidade determinada, cujos bens ou activos respondem pelas obrigações de carácter patrimonial que se adquirem no cumprimento da finalidade”. Nos casos em que o VPS é uma sociedade comercial, que preferencialmente tem sido uma sociedade anónima, pela garantia do capital societário, é exigível uma separação patrimonial dos bens que vão ser utilizados no projecto (entregues pelo *Project Finance*) dos bens próprios da sociedade comercial.

⁴⁰⁴ Jaime Lara Meléndez, *La fiducia en Colômbia*, Editorial Temis, Bogotá, 1972, pág. 73, duvida e considera forçado extrair desta norma a existência de um *trust*, no entanto aceita que se faça, como outros autores, um exercício interpretativo pelo facto de nos Estados Unidos se fazerem operações desta natureza e estarem na base de um *trust*.

⁴⁰⁵ David Felipe Pinzón Fonseca, “La fiducia mercantil como vehículo de propósito especial en *Project Finance*”, RFDCP, Vol. 45, n° 123, julio-diciembre, Medellín, 2015, pág. 547-575.

⁴⁰⁶ David Felipe Ponzón Fonseca, “La fiducia ...”, *ob. cit.*, pág. 560.

A importância que se tem dado à *fiducia mercantil* como veículo para administração dos *Project Finance*, reside no facto de que as sociedades fiduciárias são profissionais com bastantes conhecimentos da área (e são regidas por regras muito apertadas), por isso, inspiram confiança, podendo ser exigida o cumprimento da finalidade a que se destina com transparência, conforme as instruções que o fiduciário recebe do fiduciante, e também pelo facto da lei exigir que deve ser estabelecido *ab initio*, uma separação entre patrimónios⁴⁰⁷.

5 – Negócio Fiduciário no México

J. M. Villagordo Lozano, na sua obra intitulada *Doctrina General del Fideicomiso*⁴⁰⁸, defende uma posição que caracteriza o tratamento que se dá ao fideicomiso. Para ele, *el fideicomiso* é uma espécie de negócio fiduciário em virtude do qual a sua constituição é composta por duas relações: a relação real, com efeitos erga omnes, estabelecida mediante a transmissão *el fideicomitente* para o fiduciário da titularidade dos direitos que constituíam a matéria *del fideicomiso*. Outro autor entende que *el fideicomiso* é um negócio jurídico que se constrói mediante a manifestação unilateral de vontade de um sujeito chamado fideicomitente, por virtude do qual este destina determinados bens ou direitos a um fim lícito e determinado e a execução dos actos que visam este fim e que deverá ser realizado por uma instituição fiduciária que se havia obrigado contratualmente⁴⁰⁹.

O negócio fiduciário mexicano, pela sua proximidade geográfica e pela grande influência que os americanos exercem na economia, em muitas relações sociais e culturais, tem na sua origem muitos princípios do trust anglo-americano e está regulado por lei como um acto jurídico típico⁴¹⁰. A figura é pacífica na doutrina e na jurisprudência mexicana. Cervantes Ahumada acevera mesmo que “*es una institución ya arraigada entre nosotros, con perfiles muy propios y con un extenso campo de aplicación*”⁴¹¹.

O termo *fideicomiso* é entendido no México de forma diferente da que os Romanos entendiam. Ele serve, na verdade, para designar um negócio jurídico típico, de natureza

⁴⁰⁷ David Felipe Pinzón Fonseca, “La fiducia ...”, *ob. cit.*, pág. 564.

⁴⁰⁸ Porrúa, 3ª ed., 1998, pág. 93.

⁴⁰⁹ J. A. Dominguez Martinez, *El fideicomiso*, Porrúa. 9ª ed., México, 2001, pág. 186.

⁴¹⁰ Javier Arce Gargollo, *Fidúcia y Trust, El Fideicomiso Mexicano*, Revista Notarial nº 49, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C., año XVI, Diciembre 1972, México, pág. 7.

⁴¹¹ *Títulos y operaciones de crédito*, Ed. Herrero, México, 1988, pág. 17.

comercial, cuja origem está mais próxima do *trust* americano e inglês, ganhando assim significação própria que se demarca da fidúcia romana. No entanto, pensamos que a origem de todo o negócio fiduciário, quer seja típico ou atípico, esteve na fidúcia romana, só que ela foi tomando outras configurações por influência do tempo, da linguagem e das alterações da estrutura social, económica, política e cultural das diversas sociedades onde a ideia de fidúcia foi morar.

Como acontece nos EUA, o México é constituída por trinta e duas entidades federativas autónomas (sendo trinta e um Estados e o Distrito Federal), o que leva a que não esteja unificado o Direito privado. For força da Constituição, a matéria do direito civil é competência dos Estados e a matéria comercial é da competência Federal. Existem, assim, trinta e três códigos civis: um para cada Estado e um código civil federal, que funciona de forma supletiva das leis comerciais.

Encontramos regulado o negócio fiduciário na *Ley General de Títulos y Operaciones de Credito* (LTOC), que é um “ordenamiento mercantil”. Desta lei e da doutrina, mesmo que apresentando conceitos divergentes, é possível determinar que são três elementos no negócio fiduciário mexicano, com as denominações a que já aludimos supra, comuns no Direito da América Latina: O fideicomitente (fiduciante); o fiduciário; e o fideicomisario (beneficiário). O objecto *del fideicomiso* é o conjunto de bens ou direitos que o fiduciante transmite ao fiduciário para a realização dos fins estipulados no contrato⁴¹².

O art. 349º da lei referida determina que podem ser fiduciantes as pessoas físicas ou jurídicas que tenham a capacidade necessária para fazer a afectação dos bens objecto do negócio fiduciário e as autoridades judiciais ou administrativas competentes, quando se trate de bens cuja guarda, conservação, administração, liquidação, distribuição ou alienação corresponda às competências das ditas autoridades ou das pessoas que estas designem.

O fiduciário é a pessoa que tem a titularidade dos bens e direitos “fideicometidos” e está encarregado da realização ou cumprimento dos fins estipulados no contrato. De acordo com o que consta do art. 46º da lei das Instituições de Crédito, podem ser fiduciárias as instituições de crédito de várias finalidades ou de desenvolvimento autorizadas pelo Governo Federal para praticar as operações mencionadas na lei, bem como as instituições de bolsa de

⁴¹² S. M. Ortiz Soltero, *El Fideicomiso Mexicano*, Porrúa, 2ª ed., 2001, pág. 114 seg.

valores, as empresas de seguros e as instituições de finanças, nos termos das leis que as regem⁴¹³.

Os direitos e obrigações do fiduciário estão genericamente referidos no art. 356º da *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*. É importante observar que o fiduciário assume a obrigação de conservar os bens e direitos recebidos na sua integridade material. Assim, no Direito mexicano, o fiduciário tem o domínio dos bens objecto do negócio fiduciário com algumas limitações que apenas têm eficácia obrigatória, já que o fiduciário, actuando como “dueño”, dispõe dos referidos bens e, conseqüentemente, há separação patrimonial, evitando-se que os bens dados para realização *de los fines del fideicomiso* sejam objecto de agressão por parte dos devedores do fiduciário⁴¹⁴.

⁴¹³ J. M. Villagorda Lozano, *Doctrina General del Fideicomiso*, Porrúa, 3ª ed., 1998, pág. 207 seg.

⁴¹⁴ S. M. Ortiz Soltero, *El fideicomiso ...*, ob. cit., pág. 181.

SECÇÃO XI

NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NA CHINA

I. Em Chinês o *trust* é chamado *Xin Tuo* e revelou-se mais como um mecanismo de interesse público que é maioritariamente desenvolvido através de sociedades estatais, cuja actividades é atracção e gestão de capitais e investimento. Esta experiência, no princípio, foi ineficaz e foram extintas, como foi o caso de liquidação da *Guand Dong Trust & Investment Corporation*, em 1998.

A China não é parte da Convenção de Haia sobre a aplicação do *trust*. No entanto, a Convenção é aplicada apenas na Região Administrativa de Hong Kong, primeiro pela influência da colonização inglesa e, depois, pelo estatuto político administrativo de que goza. Assim, os tribunais chineses terão bastante dificuldade em resolver conflitos resultantes de *trusts* estrangeiros⁴¹⁵.

Apesar do ordenamento jurídico moderno chinês ter tradição mais próximo do romanístico, por isso da *civil law*, há conceitos, como é o caso do *trust* e de equidade, que são bastante novos e, nalguns sectores, são-lhes alheios⁴¹⁶. Na verdade, o *trust* apenas pode ser compreendido se avaliarmos positivamente o seu desenvolvimento histórico. O *trust* é um conceito jurídico de difícil compreensão, porque no mundo da *common law* não foi resultado de produção legislativa, como aconteceu com a lei chinesa do *trust*⁴¹⁷. O parlamento inglês não legislou o *trust* para que existisse. Foram os tribunais que, a partir da sua vivência cultural, foram dando as coordenadas do que é o *trust*, já que os ingleses têm uma concepção do direito que é essencialmente jurisprudencial, ligado ao contencioso⁴¹⁸, apesar de estar a

⁴¹⁵ Toby Graham & Peter Steen, *Trusts & Trustee*, Vol. 18, nº 1, London, 2012, pág. 36-42.

⁴¹⁶ Blake Bromley, num Seminário Sino-UK, sobre legislação de caridade, afirmou que “ (...) vocês que são juristas na China poderão pensar que eu esteja errado ao dizer que o *trust* é instituto exclusivo dos países da *Common Law* (...)”. No articulado de apresentação o autor continua dizendo que “É inclusive ainda mais difícil a tarefa aqui em Suzhou, porque a China é um país continental (de direito civil) e o *trust* para a caridade é uma fidura exclusiva da *common law*”. Suzhou, China, 29-30 de Julho de 2010.

⁴¹⁷ Blake Bromley, ofereceu um exemplo para explica a dificuldade do *trust*: “quando se pediu a um dos mais famosos juízes ingleses para explicar como se pode apreender os princípios do *trust*, porque estes não estavam escritos em nenhum estatuto ou delineados definitivamente num caso decidido, a sua resposta foi que era necessário ler a Bíblia Cristã. Apesar de que não espero que os juristas chineses comecem a ler a bíblia para entender o *trust*, aquela foi uma resposta profundamente correcta e útil”. *Ob. cit.*

⁴¹⁸ René David, *O direito inglês*, trad. Eduardo Brandão, 2ª ed. Editora Martins Fontes, S. Paulo, 2006, pág. 3 seg. Este autor desenvolveu a sua investigação defendendo que “o desenvolvimento da *common law* não se

assistir-se a um “movimento ao contrário” com as exigências da União Europeia em recepcionarem várias Directivas que visam uniformizar o Direito em algumas áreas, como a do consumidor, industrial, económica, comercial, etc. Os legisladores dos países da *common law* têm uma definição da *trust* que pode apresentar-se como “complicada” dadas as suas naturais dificuldades de aplicação num sistema da *civil law* e ainda mais difícil de entender no contexto do ambiente social e cultural da China⁴¹⁹.

II. Verificado que a origem do *trust* é histórico-cultural e assumido por desenvolvimentos jurisprudenciais, há autores que consideram, dada a complexidade sócio-cultural chinesa, que a China deveria criar um mecanismo legal para deter os bens que seriam afectados aos *trusts* de caridade, a partir de preceitos éticos e morais que deveriam governar a conduta dos mesmos e assim teria sido criado um *trust* enraizado no solo chinês⁴²⁰.

Ainda assim, a Assembleia Nacional do Povo promulgou a 28 de Abril de 2001 uma lei sobre o *trust* e que entrou em vigor a 01 de Outubro do mesmo ano. No art. 3º prevê o *trust* de utilidade pública que deve ser sempre autorizado pela autoridade administrativa competente para a gestão da beneficiência pública e também determina a conduta do *trustor*, *trustee* e o *beneficiary* quando decidam celebrar um *trust* de negócios ou relativo ao direito civil (sucessões, *vg*). É interessante a discriminação de finalidades públicas a que os *trusts* de utilidade pública devem seguir constam do art. 60⁴²¹. Entre elas destacamos a assistência aos

produziu sem atritos. Os senhores feudais, que haviam assumido, em seus domínios, a administração da justiça e que arrecadavam seus ganhos, opuseram-se à extensão da competência das Cortes Reais. Por isso, o desenvolvimento dessa competência só se realizou gradativamente e sempre permanecendo, na medida do possível, no âmbito das normas processuais antigas”. Também, cfr. Toni M. Fine, *Introdução ao sistema jurídico anglo-americano*, trad. Eduarda Saldanha, Editora Martins Fontes, S. Paulo, 2011, pág. 67 seg.

⁴¹⁹ Nicolò Lipari, “Il Negozio Fiduciario”, in *Studi di Diritto Civile*, A. Giuffrè Editore, Milano, 1971, pág. 84. Este autor trata de chamar o *trust*, devida a sua proximidade estrutural com o negócio fiduciário, de “fidúcia anglo-saxónica” e também por “fidúcia legal”.

⁴²⁰ Blake Bromley, comparando as dificuldades de compreensão do *trust* inglês por um jurista (ou não) da *civil law*, ironizou dizendo que “Eu não seria capaz de entendê-lo e vocês teriam dificuldades de explicá-lo a juristas estrangeiros. Porém, qualquer cidadão Chinês educado segundo os valores éticos e morais do Confucionismo conheceria as regras que disciplinam a sua conduta sem que aquelas regras nunca apareçam numa legislação. A China teria criado um mecanismo legal que captaria o ADN ético do povo Chinês”. *Ob. cit.* É importante advertir que as observações que este autor faz são relativas ao *trust* para a caridade, pois considera que a questão de caridade evoluiu. Se antes ela estava marcada para ajudar os pobres ou os que mais necessitam, hoje o conceito alargou-se para a esfera de educação, arte e ciência.

⁴²¹ Este artigo determina o seguinte: “A *trust* established for any of the following purposes of public interest is a public *trust*: 1) helping poor people; 2) helping disaster victims; 3) asseting the disable; 4) developing education, technology, culture, art and phisical education undertakings; 5) developing medical and sanitation undertaking; 6) developing environment protection undertaking and maintaining the environment; and, 7) developing other public undertaking of the society”.

pobres, a ajuda a vítimas de desastres, o desenvolvimento cultural e tecnológico, desenvolvimento médico e sanitário, entre outros⁴²², como veremos infra.

A lei chinesa sobre o *trust*, determina expressamente, no seu art. 2º, que a relação entre as partes deve fundar-se na confiança:

“Trust in this Law refers to the act in which the trustor, on the basis of confidence on the trustee, entrusts certain property rights it owns to the trustee and the trustee manages or disposes of the property rights in its own names in accordance with the intentions of the trustor and for the benefit of the beneficiary or for specific purposes”.

A constituição do *trust* obedece a determinadas regras, sendo a primeira, um fim legítimo (art. 6º); o direito sobre a propriedade objecto do *trust* tem de ser legalmente obtido (art. 7º), e a forma do *trust* tem de ser escrita, independentemente de ser um contrato, um testamento ou outro mecanismo que as partes decidirem (art. 8). O documento escrito, correspondente à criação do *trust*, deve conter obrigatoriamente o propósito do *trust*; o nome e o endereço das partes e do beneficiário ou os abrangidos pelos benefícios gerados pelo *trust*; a natureza da propriedade fiduciária e os métodos através dos quais o beneficiário receberá os frutos criados pelo *trust*.

O *trust* extingue-se ocorrendo as seguintes circunstâncias (art. 11º): quando o *purposes of trust* é contra a lei ou é ofensivo ao interesse público; quando o titular da propriedade não é identificável; quando a lei determina que certa propriedade não pode ser utilizada para a constituição do *trust*; quando a constituição do *trust* visa especialmente criar um ambiente de litigância ou com o propósito de demandar a outra parte para o pagamento de um crédito; quando não se pode identificar o beneficiário ou o âmbito dos beneficiários, e outras circunstâncias determinadas pela lei.

A lei regula o direito do credor se socorrer dos tribunais para extinguir o *trust* caso o seu direito seja lesado pelo *trustor*. Se dentro de um ano após o registo da lesão, o credor não exercer o direito de apelar ao tribunal, ele caduca. Entretanto, se o beneficiário receber do

⁴²² Lihong Zhang, East China University of Political Science and Law, “*La experiencia jurídica del trust en la República Popular China*”, en Ester Arroyo I Amayuelas (Directora), “*El trust en el Derecho Civil*”, Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 274.

trustor algum benefício entregue de boa fé, não ficará afectado pela extinção do *trust* (art. 12º).

Apesar da lei chinesa não prever um *charitable trust*, determina no art. 60º um *public trust* que deve atender aos seguintes objectivos (alguns já foram indicados supra): ajuda aos pobres; ajuda a vítimas de desastres; assistência aos deficientes físicos; desenvolvimento da educação, tecnologia, cultura, complexos para educação física e de arte; desenvolvimento de empreendimentos médico e sanitário; empreendimentos em desenvolvimento sustentável e protecção do meio ambiente, e desenvolvimento de empreendimentos de interesse públicos. O Estado Chinês encoraja a criação de *public trust* (art. 61º) e existe uma agência que cuida da aprovação dos referidos *trusts* (art. 62º).

SECÇÃO XII

O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NA ÁFRICA DO SUL

I. A África do Sul faz partes dos países do sistema da *Common Law*, com a diferença de que existem no seu ordenamento jurídico regras próprias de um país com pluralismo jurídico, pois aceita na sua ordem jurídica o direito costumeiro e também porque o Direito Sul-Africano é de dupla origem: romana e germânica. Foi o que aconteceu com o *trust*⁴²³. No processo de colonização, o território Sul-Africano foi ocupado num primeiro momento por colonos holandeses e depois por ingleses⁴²⁴. De resto, de uma forma geral as regras até aqui estudadas sobre o *trust* valem para o estudo que nos propusemos para a África do Sul porque, depois de 1814, a colónia foi definitivamente declarada Britânica⁴²⁵, considerando no entanto algumas pequenas particularidades.

Esta forma híbrida⁴²⁶ de encarar o Direito Sul-Africano levou a que o *Trust* demorasse a afirmar-se⁴²⁷. Houve resistência na doutrina, bem como na jurisprudência⁴²⁸, que sempre foram a favor da manutenção do romanismo proveniente do Direito holandês; por isso, a figura que primeiro imperou foi o *fideicommissum* onde o fiduciário era mero administrador do património separado⁴²⁹. As marcas do *civilismo* dos Países Baixos eram extensivas à constituição de *trusts mortis causa* ou com o fim altruísta. No primeiro caso eram

⁴²³ Christopher Forsyth, “The Juristic Basis of the Testamentary Trust, the Principles of Non-delegation of Will-making Power and the Purism Movement”, in *The South African Law of Trust*, 1986, Vol. 107, pág. 513 seg.

⁴²⁴ H. R. Hahlo/ Ellison Kahan, *The South African Legal System and its Background*, Cape Town, Wetton, Johannesburg, 1968, pág. 524 seg.

⁴²⁵ H. R. Hahlo, “The Trust in South African Law”, in *Interamerican Law Review*, Vol. 2, New Orleans, Louisiana, 1960, pág. 233 seg.

⁴²⁶ Tal como aconteceu na África do Sul, no Québec e na Escócia, os seus ordenamentos jurídicos eram considerados como *mixed jurisdiction*. Na Província Canadiana do Québec, a nova *fiducie québécoise* encarna elementos tradicionais do *trust* e é regida num ordenamento que segue os princípios fundamentais da *civil law* – cfr. Jacques Beaulne, *Droit des Fiducies*, Wilson & Lafleur Ltée Éditeurs, Montreal, 1998, pág. 34 seg. Quanto à Escócia os sinais do Direito românico-germânico são evidentes, desde logo com a existência de larga matéria de direito encontrada em códigos. Ainda assim, a expansão inglesa faz-se sentir até aos dias de hoje – cfr. A. A. Paterson, J. N. Bates & R. Mark Poustie, *The Legal System of Scotland: Cases and Materials*, 4ª ed., W. Green/Sweet & Maxwell, Edinburg, 1999, pág. 408 seg.

⁴²⁷ Reinhard Zimmermann, “Synthesis in South African Private Law: Civil Law, Common Law and *usus hodiernus pandectarum*”, *103 South African Law Journal*, Johannesburg, 1986, pág. 259 seg.

⁴²⁸ O Tribunal Superior Sul-Africano decidiu em 1915 (processo AD 491) no caso *Estate Kemp v. McDonald's Trustee*, que era obrigatório a recondução da constituição do *Trust* ao *fideicommissum*, conforme notícia de H. R. Hahlo “The Trust ...”, ob. cit., pág. 233.

⁴²⁹ Reinhard Zimmermann, *Das römisch-holländische Recht in Südafrika*, Darmstadt-Wissenschaftliche Bunchgesellschaft, Darmstadt, 1983, pág. 89.

reconduzidos ao *fideicommissum* de origem romana e no segundo caso eram tratados nos termos de uma doação modal. Quando a constituição era entre vivos igualmente se sentia a presença da *civil law*, uma vez que a figura da *stipulatio alteri*, mecanismo através do qual o *settlor* transfere para o *trustee* um acervo patrimonial onde este último actuaria como um *donatarius gravatus*, ficando assim impedido de retirar qualquer benefício do património afectado, era o recomendado⁴³⁰.

II. Com o desenvolvimento da própria consciência jurídica Sul-Africana, a Corte Suprema deste país, no ano de 1984, no *leading case*, *Braun v. Blann and Botha NNO & Another* (processo 1984 [2] SA 850 [A]) considerou o *Trust* como uma instituição jurídica genuinamente local e compatível com a configuração híbrida do Direito Sul-Africano⁴³¹ já que a *civil law* admitiu a criação da figura a partir dos cânones da *common law*. Foi por influência desta decisão judicial que levou o Estado a adoptar um instrumento legislativo para regular o *trust*. Surgiu assim o *trust* sul-africano temperado com o *bewind* holandês que lhe emprestou características muito próprias, pois o direito do *beneficiary* é de natureza real e considerado, por isso, proprietário ficando o *trustee* com uma função de administração⁴³², facto que o faz distanciar do *trustee* anglo-americano onde tem características de *dominus*.

O *Trust Property Control Act 57 of 1988*, com emendas registadas através do *Justice Laws Retionalisation Act 18 of 1996*, constitui o instrumento jurídico que regula o *trust*. O art. 9º estabelece os deveres que as partes devem adoptar na criação do *trust* (*care, diligence and skill required of trust*). Na linha dos já referidos *fiduciary duties*, esta norma, no nº 1, manda o *trustee* desempenhar as suas obrigações e exercer os seus poderes agindo com cuidado, diligência e conhecimento que se espera com razoabilidade de quem vai gerir bens e direitos de outrem.

O art. 12º estabelece a obrigatoriedade de separação de património (*separate position of trust property*). O *trustee* não pode inscrever na sua esfera patrimonial os bens do *trust*, a não ser que o *trustee* seja também beneficiário e tenha direito sobre o *trust property*.

⁴³⁰ Tony Honoré/ Edwin Cameron, *Honoré's South African Law of Trusts*, 4ª ed., Juta & Co. Ltd., Cape Town, Wetton, Johannesburg, 1992, pág. 42 seg.

⁴³¹ M. J. De Waal, "The Trust in South African Law", in *XV Congrès International de Droit Compare – Académie Internationale de Droit Compare, University College, Bristol, Jul/1998 – Trust vs. Fiducie in a business context*, Bruxelles, 1999, pág. 88.

⁴³² George L. Gretton, "Trusts without Equity", in *International and Comparative Law Quarterly – ICLQ*, 2000, Vol. 49, pág. 603 seg.

Lei do *trust* prevê três tipos de *trust*, sendo esta a maior diferenciação dos *trusts* que há na Inglaterra, Estados Unidos e Austrália, fundamentalmente⁴³³:

a) “*ownership trust*”. O fundador do *trust* transfere determinados bens para o *trustee* para que este os administre em proveito de um ou mais beneficiários;

b) “*bewind trust*”. O fundador oferece um presente ou legado para um beneficiário, cujos bens são administrados por um *administrator* ou *trustee*, sendo que o beneficiário passa a ser o titular dos proventos dos bens fiduciários, mas a administração dos mesmos permanece com o *trustee*. Neste caso, é clara a influencia holandesa, que ao lado *trustee* e por decisão legislativa de 1988, procurou-se aproximar os conceitos de *trustee* e de *bewindherbber*, cuja funções se assemelhavam, pois eram ambos administradores dos bens, mas diferenciam-se pelo facto de que aquele é considerado proprietário e este simples administrador, pelo que o *trust fund* é transmitida directamente para o *beneficiary*.

c) “*curatorship trust*”. É similar ao tipo anteriormente referenciado, com a diferença de que, neste, a administração dos bens pelo *trustee* ocorre pelo facto dos beneficiários serem incapazes. Esta incapacidade é de toda ordem: menoridade ou o equiparável à nossa interdição e inabilitação.

III. Os *trusts* têm sido definidos de várias maneiras, por exemplo, em relação:

- a) Ao seu método de constituição (*inter vivos* e *testamentary trust*);
- b) Aos direitos que se confere aos beneficiários (*vesting and discricionary trusts*);
- c) Ao seu propósito ou fim (*trading trust, asset protection, special trusts, charitable trust*).

É, no entanto, importante alertar que a descrição feita não é exclusiva, pois, nalgumas situações, poderá ocorrer a combinação de uma forma com a outra: por exemplo, um *trust* poderá ser criado pelo seu fundador para vigorar durante a vida das pessoas intervenientes (*inter vivo*) com a finalidade de colocar os bens do *trust* a produzirem rendimento (*ownership/trading trust*), para depois o *trustee* efectuar discricionariamente a distribuição dos lucros ou do capital (*discretionary trust*).

⁴³³ Tony Honoré/ Edwin Cameron, *Honoré's South ...*, ob. cit., pág. 473 seg.

O tratamento da situação do *trust* sul-africano naquelas situações em que o *trustee* é declarado insolvente ou objecto de um processo executivo, foi-se alterando com os precedentes de 1984 e com introdução legislativa de 1988 (*Act 57*, posto em vigor a 31 de Março de 1989), vieram delimitar o património de afectação, estando a salvo dos credores pessoais do *trustee*. Está definido claramente a separação patrimonial do *trust*, que é independente e autónomo do património pessoal do *trustee*⁴³⁴.

⁴³⁴ Tony Honoré/ Edwin Cameron, *Honoré's South ...*, ob. cit., pág. 55 seg.

SECÇÃO XIII

CONCLUSÃO INTERCALAR

I. Depois de termos percorrido de forma analítica diversos ordenamentos jurídicos que reconhecem o negócio fiduciário, quer na forma romana, germânica ou anglo-saxónica, ficou testada a sua complexidade estrutural e possibilitou identificar os elementos básicos que permitem qualificar determinada relação jurídica como fiduciária. Ficou registado que existem elementos gerais caracterizadores do negócio fiduciário no seu todo, a partir dos quais é possível extrair singularidades quanto ao conteúdo, aos efeitos, que funcional e estruturalmente vão definir individualmente cada *subtipo* do tipo social (ou legal) do negócio fiduciário.

A dificuldade de conceitualização do instituto jurídico em estudo fica aqui demonstrada, o que nos obrigará a um esforço acrescido de elaboração de um discurso concretizador dos objectivos que nos propusemos para a presente tese. O estabelecimento de um conjunto dos elementos caracterizadores do modelo do tipo de negócio em estudo, importará, sempre que se impuser, referenciar com algum pormenor os outros elementos próprios das várias modalidades de negócios fiduciários que estudaremos.

Justifica, por isso, a permanente busca de um estudo comparado para ir debelando a tensão reconhecidamente existente entre o negócio fiduciário romano, germânico, anglo-saxão e latino-americano, e procurar encontrar pontos unificadores.

Além dos elementos comuns a todos os negócios fiduciários estudados, impõem-se identificar ainda os pressupostos essenciais que servem de base para a demarcação do regime jurídico aplicável ao negócio fiduciário. Como dissemos em sede da tentativa de encontrar uma definição de negócio fiduciário, este instituto jurídico é composto de uma estrutura complexa, logo, a definição da sua disciplina regulamentar constitui um caminho para a clarificação da caracterização, constituição e efeitos do negócio fiduciário. É importante separar duas coisas: uma é o reconhecimento da existência e validade do negócio fiduciário, e outra é captar qual o regime que directamente ou por interpretação pode ser aplicado aos negócios fiduciários.

II. Concluimos que em todos negócios fiduciários há actuação por conta de outrem, ocorrendo transmissão de situações jurídicas activas investidas de natureza patrimonial. O fiduciário, o *Treuhänder* ou o *trustee* têm o seu comportamento condicionado ao escopo ou pretensão de realização do interesse alheio.

Para a realização de interesse de terceiro, o fiduciante, o *Treugeber* ou o *settlor* transmite um acervo patrimonial para o fiduciário que o deve administrar para um fim determinado que é sempre no interesse definido no *pactum fiduciae*.

Como consequência da atribuição de um bem ou direito de propriedade a um sujeito, surge na esfera jurídica do fiduciário uma *titularidade fiduciária*, que consiste no exercício de poderes funcionalizados à realização de interesses de um beneficiário. Nesta medida, o negócio fiduciário corresponde a transmissão de uma posição jurídica activa de carácter patrimonial para a realização, em nome próprio mas para interesses alheios, de actos de gestão ou para garantia de um crédito.

A existência da uma *titularidade fiduciária* é justificada pela existência de uma *propriedade de afectação*, porque instrumentalizada à realização de um fim determinado. O património deslocado do fiduciante para fiduciário é estabelecido através de um vínculo de destinação, que limita a actuação do titular fiduciário, evitando o exercício de forma livre e arbitrária dos poderes próprios de um titular pleno, mas temporário, do direito de propriedade.

O vínculo entre fiduciante e fiduciário constitui a relação interna do negócio fiduciário, que tendo sido estabelecido consensualmente e firmado no *pactum fiduciae*, obriga *inter partes*. Este aspecto está ligado à questão do regime aplicável. Se é verdade que no nosso direito privado impera o princípio do consensualismo, bastando o acordo das partes para que os efeitos pretendidos alcançar pelas partes através do negócio fiduciário se produzam, na é menos verdade que a observância das normas injuntivas é imperativa. Estas normas consagram um conjunto de regras de responsabilidade patrimonial que o fenómeno da segregação patrimonial veio questionar. A responsabilidade do devedor/fiduciário perante o credor/fiduciante e a posição do fiduciário perante terceiros associada a questão da insolvência do fiduciário trouxeram novas e difíceis problematizações dogmáticas. Daí que, importará esclarecer que as relações que o fiduciário vai estabelecer com terceiros em geral nas vestes de titular activo das situações patrimoniais transmitidas, assentam no reflexo exteriorizado da eficácia internada da relação, *i. é.*, a posição activa que o fiduciário toma é internamente

passiva, na medida em que está obrigado para com o fiduciante a determinado comportamento; este facto vai condicionar a relevância de oponibilidade de terceiros.

III. Observe-se que os esforços feitos neste âmbito de comparação dos diversos ordenamentos jurídicos levam a uma outra conclusão, a de que, por força da evolução do comércio jurídico, exige-se da ciência jurídica um redobrar dos esforços no sentido de uma constante re-compreensão e adequação das soluções jurídicas às realidades práticas da vida. Neste sentido, não é compreensível que a indolência do legislador seja justificação para a manutenção de um conjunto de concepções que já não respondem as exigências da vida económica actual, que para além de ser dinâmica é praticável a escala global. Ir ao encontro dos institutos jurídicos que são aplicáveis noutros ordenamentos jurídicos poderia ser uma solução.

Por fim, constatada a existência de fenómenos de segregação patrimonial nos negócios fiduciários em diversos ordenamentos juscomparatisticamente considerados, pensamos haver dados suficientes para, antecipadamente, afirmar que a afectação de bens à realização de um escopo influencia na configuração do entendimento dogmático sobre a responsabilidade patrimonial do devedor fiduciário.

PARTE II

CAPITULO II

ESTRUTURA DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

SECÇÃO I

ELEMENTO SUBJECTIVO

1 – A relação jurídico-fiduciária

Como qualquer relação jurídica, a fiduciária é integrada pelo elemento subjectivo, que a nossa literatura jurídica trata como partes ou sujeitos. Assim, a questão relativa ao elemento subjectivo está relacionada com os intervenientes no negócio fiduciário⁴³⁵.

O fiduciante é quem se compromete a transmitir bens ou o direito de propriedade fiduciária de determinados bens. O fiduciário é quem recebe a titularidade da propriedade e se obriga a exercê-la da forma convencionada no contrato. O beneficiário é aquele para quem a propriedade é afectada directamente ou apenas os frutos que ela possa produzir, nos termos do pacto fiduciário.

Apesar de apresentarmos três elementos componentes do elemento subjectivo, nem sempre é assim que ocorre. Suponhamos que a transferência do direito se destina a satisfação do fiduciante ou do fiduciário, parece serem eles os beneficiário da operação fiduciária. Assim, o esforço a fazer para identificar quem é sujeito de relações jurídico-fiduciária, é o de saber quem tem idoneidade de receber os efeitos jurídicos⁴³⁶ que a ordem jurídica pode

⁴³⁵ Com o desenvolvimento da escola pandetista ficou marcada a estrutura do negócio fiduciário. Aliás, foi com essa escola que se deu maior desenvolvimento dogmático da figura. Cfr., Ferdinand Regelsberger, *Zwei Beiträge ...*, ob. cit., pág. 157 seg.; Ernst Rabel “Nachgeformte Rechtsgechäfte”, in *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, vol. 27, 1906, pág. 290 seg., Paul Oertmann, *Die Fidúcia im Römischen Privatrecht*, Berlin, 1890; Andreas von Thur, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, vol. II, nº 2, 1918, § 73, pág. 103 seg., Wolfgang Siebert, *Das rechtsgeschälliche Treuhand-verhältnis. Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem*, Marburg in Hessen, 1933.

⁴³⁶ Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I reimp., Coimbra, 2003, pág. 29-30

imputar numa relação fiduciária; quem tem o poder de exigir que outrem adopte um comportamento, para que a produção do efeitos jurídicos seja um facto⁴³⁷. A ideia de parte apoia-se no princípio da autonomia da vontade. Por esta razão uma parte, em sentido estrito, é composta por uma ou mais pessoas físicas ou jurídicas. Nesta, apenas são partes no negócio fiduciário o fiduciante, o fiduciário e o beneficiário, pois têm capacidade para receber os efeitos jurídicos produzidos pela ordem jurídica por impulso do negócio fiduciário⁴³⁸.

2 – O Fiduciante. Capacidade do fiduciante

O fiduciante é a parte (ou sujeito) do contrato que se obriga a transmitir a titularidade de bens ou de direitos a outra parte (fiduciário) para o cumprimento dos fins estabelecidos no pacto fiduciário. Referimo-nos que pode ser uma pessoa física ou jurídica. No entanto, para as pessoas jurídicas haverá algumas restrições. Apenas as entidades que a lei determinar com aptidão para desenvolver determinado tipo de actividade podem ter capacidade jurídica para ser parte – art. 160º CC.

Ao fiduciante regem as exigências normais atinentes a capacidade de gozo e a capacidade de exercício de direitos⁴³⁹. Cabe, assim, assinalar que o fiduciante deve ser titular

⁴³⁷ Carlos A. Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2º reimp. da 4ª ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2012, pág. 179.

⁴³⁸ Sobre este tema, veja-se Luís Carvalho Fernandes (*Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 5ª ed., revista e actualizada, Lisboa, 2009, pág. 109-110): prefere a designação de sujeitos da relação jurídica. Concorde no número: são dois; o sujeito activo e o sujeito passivo. Activo seria a pessoa a quem lhe estão atribuídos poderes jurídicos e passivo aquele que está adstrito à adopção de uma conduta. Na mesma esteira, Heinrich Ewald Hörster, (*A Parte Geral do Código Civil Português*, 4ª reimp., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 170), para quem “a relação jurídica apenas pode estabelecer-se entre pessoas, que são os seus sujeitos activos ou passivos”. É importante frisar que há autores que negam a uma chamada *teoria da relação jurídica*. Entre os mais conhecidos podemos apontar A. Menezes Cordeiro, (*Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2005, pág. 431). Este professor de Lisboa entende que “as exposições tradicionais baseadas nos «elementos da relação jurídica» devem ser abandonadas” e invoca razões a seu favor motivos metodológicos, motivos dogmáticos, motivos significativo-ideológicos, motivos pedagógicos e motivos científicos.

⁴³⁹ Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria Geral...*, Vol. I, reimp., ob. cit., pág. 30 seg., defende que: “a capacidade jurídica, enquanto capacidade de gozo de direitos, ou simplesmente de direitos (*Rechtsfähigkeit*), como hoje costuma dizer-se lá fora, é inerente à personalidade jurídica. São mesmo conceitos idênticos (cfr. o art. 67º do Cod. Civil). Não pode ter-se personalidade e ser-se inteiramente desprovido de capacidade. Nem o contrário. O que pode é ser mais ou menos circunscrita a capacidade jurídica de uma pessoa; e quando se alude á possibilidade deste fenómeno e aos termos em que ele se verifica, usa falar-se antes de capacidade que de personalidade”. É de referir que quando falamos de capacidade jurídica estamos essencialmente a aludir a aptidão para se ser titular de um campo, com devidas limitações, de relações jurídicas. A nossa tradição jurídica sempre utilizou a expressão *capacidade de exercício de direitos* quando os alemães falam em *capacidade de agir* (*Handlungsfähigkeit*) mas, no entanto, ambas pretendem enunciar que é a susceptibilidade de exercitar direitos, a idoneidade para actuar juridicamente, adquirindo e exercendo direitos, bem como adquirindo e assumindo

dos direitos objecto do negócio fiduciário, quer se trate de coisas ou de direitos⁴⁴⁰. A capacidade requerida para o fiduciante é a capacidade para a disposição de bens. Com efeito, o negócio fiduciário é uma figura jurídica ‘morfogenética’, pois nela se vislumbra como núcleo genético, um número considerável de relações jurídicas. Em algumas situações, através do negócio jurídico, identificar-se-á qual o contrato subjacente e assim se determinará a situação de incapacidades. Melhor dito. Se o negócio fiduciário se constituiu por motivo da cessão de créditos em garantia, por exemplo, devem reger as regras de incapacidades previstas neste tipo de contrato. O fiduciante será capaz de transmitir bens na relação fiduciária quando e se estiver com aptidão de dispor deles.

De certeza, o fiduciante goza de determinados direitos: a faculdade de exigir do fiduciário o cumprimento das obrigações constantes do *pactum fiduciae*. A deslocação da titularidade de situações activas de conteúdo patrimonial do fiduciante para o fiduciário tem um determinado fim, que em geral é para administração ou garantia. Em ambos os casos, e não adiantando conclusões, haverá da parte do fiduciário, actos que visam a conservação da substância dos bens fiduciários e este dever acarreta consigo, cumprido o fim da relação fiduciária, o direito do fiduciante exigir da contraparte a retransmissão dos bens. Aprofundaremos esta questão no Capítulo X, Secções IV e V.

Ao fiduciante cabe também o direito de revogar a sua declaração negocial, quando as circunstâncias da relação negocial assim o permitirem, de solicitar a remoção do fiduciário⁴⁴¹ e

obrigações pessoalmente ou mediante representante legal. É assim mesmo que Manuel de Andrade, *Teoria Geral...*, ob. cit., pág. 31, explica ao dizer que “trata-se da idoneidade não só para exercitar direitos ou cumprir obrigações como também os adquirir ou as assumir, e para fazer tudo isto pessoalmente, por acto próprio e exclusivo da pessoa visada, sem haver lugar a intervenção dum representante legal (designado por outro modo que não pelo próprio representado) ou ser necessário o consentimento de outra pessoa (também não designada por aquela). Note-se, aliás, que falando de actuação própria e exclusiva da pessoa capaz de exercícios, compreendemos nesta fórmula a actuação desenvolvida por um seu representante voluntário ou procurador (escolhido pelo próprio representado).”

⁴⁴⁰ A propósito do objecto do negócio fiduciário, Pestana Vasconcelos, *A Cessão...*, ob. cit., pág. 101, defende que “esses direitos, sublinhamos também, podem ter uma natureza diversa: direitos reais, de crédito (*máxima*, créditos pecuniários, etc.). Este é, embora os autores não se preocupem em justificar a delimitação realizada, o recorte clássico do negócio fiduciário quanto ao seu objecto: são direitos”.

⁴⁴¹ O Código de Valores Mobiliários admite a suspensão do intermediário financeiro por um prazo de 60 dias, quando não esteja a cumprir com os seus deveres contratuais e legais (art. 302º), bem como o cancelamento definitivo do seu registo (art. 303º) quando se constata a existência de circunstâncias que obstarão o registo da actividade (nº 1, al. a), a revogação ou caducidade da autorização (al. b), a cessação da actividade ou a desconformidade entre o objecto e a actividade exercida (al. c), entre outros motivos expressos na lei.

designar seu substituto⁴⁴², responsabilizar o fiduciário pelo não cumprimento ou cumprimento defeituoso do acordo e utilizar todos os meios para a defesa dos direitos fiduciários⁴⁴³.

3 - O fiduciário. Capacidade do fiduciário

Deve entender-se por fiduciário a pessoa física ou jurídica que recebe do fiduciante a titularidade sobre os bens ou direitos fiduciários para os administrar ou garantir para um determinado fim, devolvendo-os ao fiduciante ou a terceiro decorrido determinado prazo ou realizado determinado fim. Cabem aqui, quanto a capacidade, as mesmas considerações feitas acerca do fiduciante, em particular no que diz respeito às pessoas colectivas como fiduciário, valendo o *princípio da especialidade* constante no art. 160º CC, pois apenas as pessoas colectivas cuja natureza seja compatível com as exigências do cumprimento dos deveres fiduciários podem ser chamadas como sujeito de relação jurídico-fiduciária. Assim, por exemplo, seriam as entidades com capacidade para actuar no mercado de capitais, com capacidade para, em nome próprio mas no interesse dos seus cliente, executar a compra e venda de valores mobiliários, ou de outros serviços bancários, de fundos para gerir patrimónios alheios⁴⁴⁴.

No geral, deve ter capacidade para administrar e dispor de direitos. Devem reputar-se capacitados para adquirir bens no âmbito da execução do contrato fiduciário e de praticar

⁴⁴² No âmbito do Código de Valores Mobiliários existe a figura da titularidade indirecta de valores mobiliários. Esta figura é considerada como um caso paradigmático de titularidade fiduciária – Cfr. André Figueiredo, *O Negócio ...*, ob. cit., pág. 405 e seg. Esta titularidade é presuntiva, pois a lei (art. 74º, nº 1 do CVM) assim o determina já que a emissão de valores é feita através de abertura de uma conta junto de um intermediário financeiro participante no sistema centralizado de registo de valores. Nestas situações pode acontecer que um investidor (cliente) possa substituir o intermediário financeiro que é titular da conta e cujo dever contratual é o de assegurar o interesse do investidor, sempre que este viole tais direitos ou, melhor dito, quando o exercício de direitos relativos à intermediação financeira não leva a que o investidor veja a repercutir na sua esfera o resultado ou benefício económico ou social ligado ao património investido. Para mais desenvolvimentos trataremos *infra*, em texto.

⁴⁴³ Dentro do Código dos Valores Mobiliários a que vimos fazendo referência, o art. 306º prevê a salvaguarda dos bens do cliente, dispondo no nº 1 que em todos os actos que o intermediário pratique deve assegurar uma clara distinção entre bens pertencentes ao seu património e os bens pertencentes ao património de cada um dos seus clientes. A abertura do processo de insolvência não tem efeitos sobre os actos praticados pelo intermediário financeiro por conta dos seus clientes, nº 2.

⁴⁴⁴ A Directiva nº 2004/29/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004 (DMIF), estabeleceu um apertado quadro normativo relativo à prestação de serviços financeiros e ao funcionamento dos mercados de capitais. Definiu no seu art. 5º as regras que estabeleciam as condições de quem pretendia ser prestador de serviços financeiros, bem como consagrava um catálogo de regras organizatórias e de conduta que visavam regular a prestação de serviços financeiros nas fases pré-contratual e relacionadas com a execução de ordens.

todos os demais actos em vista da realização do acordo nos termos prescrito. Como assinalado a propósito do fiduciante, as incapacidades do fiduciário são reguladas, em algumas situações, através das regras do contrato típico que serve de base da estrutura fiduciária, e que é geralmente a compra e venda e a doação. As incapacidades encontradas na disciplina regulamentar destes institutos serão também as incapacidades fiduciárias. Só assim faz sentido falarmos, como mais detalhadamente veremos, que a titularidade fiduciária do direito sobre os bens fiduciados é tendencialmente plena e exclusiva, com tutela, ainda que mitigada, do art. 1305º CC, e só assim é possível ocorrer a possibilidade do fiduciário, em desrespeito total do convénio fiduciário, criar um desequilíbrio juridicamente reprovavelmente entre o exercício do direito funcionalizado à atingir um escopo e o resultado prático desse exercício. Não raramente, acontece que, apesar da titularidade estar funcionalizada à realização de um fim, não se descartar a possibilidade do fiduciário negar a transmissão do direito recebido para o cumprimento daquele objectivo ou mesmo alienar o direito a um terceiro⁴⁴⁵.

4 - O Fiduciário Profissional

Sabemos nós que na civilística lusa o critério para atribuição da culpa é a de um bom pai de família, constante do art. 487º CC. Este princípio geral deve ser aplicado ao fiduciário a quem, in abstracto e em atenção às circunstâncias de cada caso, deve ser apreciada a sua culpa⁴⁴⁶. Este padrão é geral, podendo tomar características específicas quando a conduta

⁴⁴⁵ Mário A. Carregal, *Fideicomiso. Teoria y Aplicación a los Negócios*. Editorial Elisata, Buenos Aires, 2008, pág. 143.

⁴⁴⁶ Pires de Lima/ Antunes Varela, *Código ...*, ob. cit., pág. 489, advertem no sentido de ser “manifesto, por outro lado, que a figura do bom pai de família, utilizada pela nossa lei como padrão da diligência exigível do comum das pessoas, é um conceito simbólico destinado a cobrir não só a actuação do homem no âmbito da sociedade familiar, mas todos os variados sectores da vida de relação, por onde se reparte a actividade das pessoas”. Neste mesmo sentido, Sinde Monteiro, *Relatório sobre o problema, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil* (Curso de Mestrado), Coimbra, 2001, afirma que “desde logo, a noção de *bonus pater familias*, como a de ‘cidadão honesto’, de ‘homem razoável’, de ‘homem prudente e diligente’, varia segundo os imperativos de tempo e lugar, de acordo com as mudanças sociais e a evolução dos costumes.

Depois, o grau de cuidado que pode e deve ser esperado varia com as circunstâncias concretas. A idade e o sexo hão-de ser tidos em conta: de uma criança não se pode esperar maturidade de um adulto e de uma mulher a força física de um homem.

Em linha de conta terão de entrar também, além da profissão, a grandeza das dificuldades da actividade em questão, a sua periculosidade e o seu carácter útil ou não. De uma forma geral, quanto maior a dificuldade, importância, periculosidade e de menor utilidade se mostrar a acção, maior será o cuidado exigível. Também assim quando mais sofisticada for a profissão ou o grau de especialização (e a fama pessoal) dentro dessa profissão”. Ainda ver com algum detalhe, João A. Alvaro Dias, *Dano Corporal, Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*, Almedina, Coimbra, reimpressão, 2004, pág. 434-450.

exigível requer, no quadro dos condicionalismos de determinada actividade, uma formação ou treinamento adequado e um *iter* procedimental nas decisões que vier a tomar⁴⁴⁷.

Igualmente sabemos já que o fiduciário pode ser uma pessoa singular ou uma pessoa colectiva. Em ambos os casos, pode tratar-se de uma pessoa com um treinamento que o torna apto a desenvolver uma determinada actividade profissional em nome próprio, mas no interesse de outrem.

Quando o fiduciário é uma pessoa cuja motivação da contratação não foi a sua capacidade profissional, a exigência de ser uma pessoa prudente e diligente, logo, *bonus pater familias*, é suficiente. Quando for o contrário, é-lhe exigível uma especial aptidão para puder ultrapassar as dificuldades próprias da gestão de um património com determinada afectação⁴⁴⁸, definindo as fronteiras dos cuidados de conservação e manutenção dos bens fiduciados, quer para gerar a sua frutificação, alienação ou garantia. Ao fiduciário profissional exige-se uma meridiana demonstração de perícia e competência para a posição contratual que se proporá assumir. Perícia que não se cobra a um simples *bonus pater familia*, mas que se ganha e desenvolve através de um treinamento, quer académico quer propriamente profissional e da experiência vivida naquela actividade⁴⁴⁹.

Identificada uma pessoa com certa qualificação para ser fiduciário, o seu comportamento não se limitará ao do “homem razoável, diligente e empenhado”, pelo contrário, a exigência sobe para um padrão de proficiência que é de se esperar de quem exerce a profissão para a qual será indicado fiduciário. Se alguém, seja pessoa singular ou pessoa jurídica, se apresenta como especialista num determinado campo profissional, é de esperar que a sua conduta seja da maior competência e, por isso, quando cometer alguma falta susceptível de causar dano, o critério de avaliar a sua culpa será, segundo as circunstâncias de cada caso, dependendo dos condicionalismos resultantes da natureza de cada actividade em causa, do seu

⁴⁴⁷ Inocêncio Galvão Telles, *Direito das Obrigações*, 7ª ed. reimp., Coimbra Editora, 2010, pág. 353-354.

⁴⁴⁸ Por isso, é seguro que na relação fiduciária de garantia o fiduciário esteja obrigado a realizar actos de gestão para a conservação do património.

⁴⁴⁹ O Dec.-Lei n.º 163/94, de 4 de Junho, admite a aplicação do negócio fiduciário aos contratos para administração celebrado com sociedades de gestão de património. Assim, pessoas colectivas, como instituições de crédito e sociedades financeiras bem como as SGP podem exercer a título profissional a actividade de administração por conta de outrem.

grau de exigência e treinamento que o fiduciário demonstrou e que serviu de condição para a contratação⁴⁵⁰, já não como se avalia a conduta de um homem comum.

O fiduciante profissional pode ser também responsabilizado quando a sua conduta for contra *legis artis*, mesmo nas situações de pura omissão ao cumprimento de determinado dever contratual, como quando, por exemplo, não observar os princípios próprios e de acordo com o que é razoavelmente aceitável na profissão⁴⁵¹.

Problemática pode ser a questão das pessoas colectivas, maxime, sociedade de gestão de fundos, *v.g.*⁴⁵², que, tendo a seu serviços vários especialistas, poderá ocorrer erros cometidos não por um especialista perito de reconhecida capacidade profissional mas por estagiário ou um especialista em início de carreira, que em nome da pessoa colectiva pratica actos que podem ser lesivos ao património afectado em *fiducia* e assim ferir as expectativas do fiduciante que fundou esperar na actuação de um profissional competente e experiente, que apenas os anos de uma árdua actividade prática e de experiência oferecem, um comportamento diligente, competente e profissional de quem recebeu o seu património a título pleno e exclusivo. Nasceu na Alemanha (1937) a ideia de usar como critério para aferir a responsabilidade do fiduciário profissional o modelo do “bom homem de negócios”. Espanha (1951) seguiu-lhe o exemplo⁴⁵³. Este critério tem por fundamento a ideia de que o fiduciário deve adoptar uma conduta baseada numa diligência de um ordenado comerciante e de um

⁴⁵⁰ A demonstração de um grau de profissionalismo condizente com as respostas que se esperam da actividade fiduciária em particular dá motivação para que o fiduciante deposite uma *especial confiança* ao fiduciário. Não é uma confiança que é geral e que deve ser adoptada como princípio geral. Partindo deste princípio geral especializou-se, segundo cada caso, a adopção de questões particulares sem as quais uma das partes na relação jurídica não confiaria à outra para negociar. Ninguém vai aceitar recomendação alimentar proveniente de um médico de obstetrícia quando há nutricionistas, por exemplo.

⁴⁵¹ Foram ensaiados pela doutrina, principalmente pela latino-americana, modelos de conduta do fiduciário: *a*) modelo abstracto e não profissional de conduta; *b*) modelo mercantilista (que defende a ideia do bom homem de negócios, diligência de um bom comerciante); *c*) modelo profissional (aquele em que a responsabilidade se baseia na omissão da diligência especial exigível pelos conhecimentos técnicos devidos); *d*) modelo de conduta dos próprios negócios (o tipo de conduta baseia-se na actividade de um devedor singular); *e*) modelo de conduta segundo o tipo de obrigação (a conduta devida atende a natureza da obrigação). Os modelos mais utilizados e referidos na doutrina e jurisprudência e como tal são “standards”, são o modelo mercantilista e o profissional. Na Venezuela é considerado o “administrador diligente”; no Peru “ordenado comerciante y leal administrador”; no Equador “diligente y profesional”; em El Salvador “diligencia de un buen comerciante en negocio próprio”, e no Uruguay e Argentina “prudência y diligencia del buen hombre de negocios”.

⁴⁵² Também é de assinalar os intermediários financeiros. Pela sua importância no mercado de capitais, pois permitem aos investidores actuarem neste mercado, não só actuam como fiduciários como para darem início à sua actividade devem demonstrar que possuem meios e idoneidade para realizarem os serviços de intermediação financeira. Estes requisitos devem ser assegurados através do registo na Comissão do Mercado de Valores Mobiliários.

⁴⁵³ Sílvia Victor Lisoprawski, *Fideicomiso-Dominio Fiduciário-Securitización*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995.

representante legal. Assim, o fiduciário deve conhecer as regras, costumes, práticas e métodos próprios do tipo de negócio que se comprometeu realizar.

Devido à complexidade representativa das pessoas colectivas perante seus parceiros contratuais ou terceiros, pode-se entender que o fiduciante não está em condições de determinar quem deve, dentro dos “funcionários” da pessoa colectiva/fiduciária, executar os compromissos contratuais ou quem é o mais especialista ou o mais competente para o efeito. Quando uma sociedade aceita ser fiduciária implicitamente garante que possui a competência para responder às exigências de parte na relação fiduciária com a perícia e cuidado exigível numa relação *cum amico* ou *cum creditore*, respondendo se, na prática, quem internamente ficou responsável pela gestão do património era um funcionário competente ou não; o importante é que a sociedade será sempre responsável na reparação dos danos⁴⁵⁴.

Uma das figuras emblemáticas da relação fiduciária em que o sujeito fiduciário é uma pessoa colectiva é a que ocorre no mercado de valores mobiliários, nomeadamente a situação dos intermediários financeiros. Esta relação contratual vem ganhando força e importância capital nas economias, por isso, a sua relevância no presente estudo é assinalável, razão pela qual está referida no Capítulo VII, Secção II e Capítulo X, Secções IV e V. Começamos por definir o contrato de intermediação financeira: é um contrato através do qual o intermediário actua por conta e no interesse do seu cliente (o investidor), assumindo a gestão dos interesses do seu cliente⁴⁵⁵. A lei que regula a actividade de intermediação financeira – CVM – determina a obrigatoriedade de registo dos profissionais que desenvolvem a actividade de intermediação financeira na CMVM (art. 295º) e apenas deve ser desenvolvida por esses profissionais e, nos termos do art. 289º, nº 1, constitui como actividade de intermediação financeira: a) os serviços e actividades de investimento em instrumentos financeiros; b) os serviços auxiliares dos serviços e actividades de investimento; c) a gestão de instituições de investimento colectivo e o exercício das funções de depositário dos valores mobiliários que integram o património dessas instituições. Assim, e em princípio, os intermediários financeiros

⁴⁵⁴ A questão da responsabilidade interna nada tem a ver com o fiduciante pois, quando o fiduciário é obrigado a reparar os danos que um dos seus funcionários causar ao fiduciante, não se questiona sobre a relação entre a pessoa colectiva e o seu trabalhador. Reparados os danos, pensamos que pode haver um direito de regresso do funcionário para a pessoa colectiva (fiduciário). O que importa é a responsabilidade externa, questionando-se aqui se é uma responsabilidade dos administradores do fiduciário ou se da pessoa colectiva (fiduciária). Cfr. Nuno Manuel Pinto Oliveira, *Responsabilidade Civil dos Administradores. Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*, Coimbra Editora, 2015, pág. 25-70 e 133 seg.

⁴⁵⁵ Menezes Leitão, “Actividade de intermediação e responsabilidade dos intermediários financeiros”, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. II, Coimbra Editora, 2000, pág. 135.

são as instituições de crédito e sociedades financeiras que estão sujeitas a um mecanismo de autorização e supervisão do Banco de Portugal, nos termos do Dec.-Lei nº 198/92, art. 4º, 6º, 199º, -A, 16º e seg., que estabelece o Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeira. Através da promulgação do Dec.-Lei nº 357-A/2007 foi alargado o leque de profissionais para o exercício de actividade de intermediação financeira, mas de forma indirecta, para os chamados agentes vinculados. Estes, conforme dispõe o art. 294º, nºs 1 e 2 CVM, não podem fazer parte da estrutura orgânica das sociedades de crédito ou sociedades comerciais que não se achem numa relação de domínio ou grupo com o intermediário financeiro. A profissionalização dos intermediários financeiros é extraída da interpretação jurídica do art. 304º CVM, que impõe, para o exercício da actividade, a actuação segundo padrões de diligência, lealdade e transparência, de acordo com os ditames da boa fé e conduzir a sua actividade com vista a protecção dos interesses legítimos dos seus clientes.

Os intermediários financeiros devem ser, por força legal, entidades com um grau de especialização considerável, de resto, não deveria ser o contrário porque as actividades de intermediação são tipicamente legais, não disponíveis para qualquer pessoa, e o mercado onde funcionam é estruturalmente especializado. Voltaremos ao assunto na última parte da presente investigação, quando falarmos do registo de valores imobiliários como meio de defesa do fiduciante – Capítulo X, Secção V.

5 - Responsabilidade do fiduciário

I. É uma questão de capital importância na relação fiduciária, tanto no aspecto interno como no externo da relação. A compreensão da responsabilidade do fiduciário traz consigo uma outra discussão que está ligada aos deveres que resultam directamente do *pactum fiduciae*, da situação de inadimplemento que se pode colocar e a posição dos seus credores perante o património fiduciário. A responsabilidade do fiduciário é mais clara no exercício de gestão, que está presente em qualquer modalidade de relação fiduciária. Na verdade, o fiduciário pratica actos de gestão não apenas nos negócios fiduciários para gestão, mas também noutros tipos de relação fiduciária.

Como é sabido, a responsabilidade civil é dos institutos que mais evoluiu ao longo da história jurídica, mas é dos que mais controvérsia apresenta. Está na base da discórdia o

conjunto de elementos que compõem a sua estrutura, que fundamentam a sua existência, e os mecanismos de determinação do *quantum* da indemnização⁴⁵⁶. Outra grande dificuldade prende-se com a sua definição. Não entraremos na arena desta discussão, optando pelo caminho que seguiu Pessoa Jorge⁴⁵⁷ que, antes de definir a responsabilidade civil, optou por explicar a sua origem geneológica, a inexecução, que não se confunde com a sua fonte normativa, que é a lei. Para ele, a inexecução, a execução imperfeita ou a execução tardia dão lugar a responsabilidade civil e, assim, poderia ser explicada nos seguintes termos: sempre que o devedor ou o agente deixar de prestar a obrigação depois do vencimento dela há inexecução, ou, se prestar mais depois do vencimento dela e for fundada num acto ilícito, o devedor é obrigado a repor os prejuízos que causar, tendo como garantia o seu património, que o direito positivo faz emergir do art. 601º CC. A responsabilidade civil do fiduciário deverá ser vista no quadro do mandato sem representação, cujas potencialidades expansivas para as relações fiduciárias parecem assentes⁴⁵⁸, e que no âmbito das relações entre mandante/fiduciante e mandatário/fiduciário as questões de incumprimento devem balizar-se não apenas pelas disposições que definem o regime aplicável ao mandato mas também preenchendo os espaços relativos à autonomia privada. Estaremos a falar, de certeza, às situações obrigacionais e, por isso, de dimensão relativa, pois o consensualismo impera nestas matérias. A posição de titularidade do mandatário/fiduciário sobre os bens objecto da sua função, cuja aquisição está funcionalizada à execução do mandato, mais precisamente na protecção do interesse do mandante/fiduciante, reflecte uma outra dimensão do regime do mandato sem representação. A posição de titularidade de direito de propriedade em que se encontra o mandatário, vai proteger a inscrição dos efeitos jurídicos dos actos praticados pelo mandatário/fiduciário na esfera do mandante/fiduciante, bem como assegurar a retransmissão dos bens preteritamente adquiridos pelo mandatário ao mandante. Toda esta descrição é encontrada nas normas dos artigos 1180º e 1184º CC, que experimentam uma demarcação clara das linhas dogmáticas então dominantes sobre a responsabilidade patrimonial⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, reimpressão, Almedina, 1995, pág. 9.

⁴⁵⁷ *Idem*.

⁴⁵⁸ Não é pacífica esta constatação. Entre os que negam, destacamos Morais Antunes, *Do Contrato de Depósito Escrow*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 267. Os que admitem, destacamos André Figueiredo, *O Negócio ...*, ob. cit., pág. 193 seg., que oferece fundamentos muito aceitáveis.

⁴⁵⁹ André Figueiredo, *O Negócio ...*, ob. cit., pág. 193 seg.

II. Se os bens fiduciários constituem um património separado e afectados a um desígnio fixado no *pactum fiduciae*, logo as dívidas e encargos surgidas na execução do contrato de mandato e no interesse do mandante/fiduciante, serão satisfeitas com os bens e direitos constituintes deste património. Já quando a situação implica negócios do mandatário/fiduciário mas fora do quadro contratual de mandato, haverá uma separação patrimonial responsabilizante, para além de que a obrigatoriedade de retransmissão dos bens do mandato resultará numa limitação do campo de disposição e actuação do mandatário/fiduciário, porque, (i) o seu poder estar direccionado à realização do *pactum fiduciae* e (ii) os bens transferidos para o fiduciário e segregado do seu património próprio, fica submetido a um *regime especialmente estabelecido em consequência da separação de patrimónios*.

Assim, pelas dívidas gerais do fiduciário responde o seu património que constitui garantia geral das suas dívidas – art. 601º e 817º CC – ficando a salvo o património fiduciário que não pode ser processualmente penhorável – art. 821º CPC⁴⁶⁰. Os dispositivos legais enunciados não servem de fundamento bastante para considerar o património separado (fiduciário) como uma categoria dogmática autónoma, necessita de ser entendida num quadro de reconhecimento de que há situações de titularidade de direito de propriedade cujo objecto

⁴⁶⁰ Entendimento diferente tem Pestana de Vasconcelos, *A Cessão de...*, ob. cit., pag. 61-62, que defende que “...o fiduciante pode perder o direito transferido no seio de um negócio fiduciário porque este, passando a integrar o património do fiduciário, pode ser objecto de penhora, no âmbito da acção executiva interposta por um terceiro credor deste, ou então, no caso de declaração de insolvência do fiduciário, fará parte da massa insolvente. Simplesmente, porque em resultado da referida estrutura o direito está integrado no património geral do fiduciário e não num património separado (autónomo) deste”.

Discordamos desta posição, uma vez que não fazia sentido que alguém entregue um bem ao fiduciário para o administrar e os lucros sejam dados ao benefício de um terceiro e este bem não esteja separado do seu património; o mesmo acontece quando o bem é dado em garantia, tem o fiduciário a obrigação de manter o bem nos exactos termos do pacto fiduciário. As razões desta discordância vão mais longe: no âmbito do Direito Comparado (EUA e Brasil) verificamos a existência de separação nítida entre bens próprios e bens ligados funcionalmente à prossecução de interesses alheios. Na literatura portuguesa encontramos construções doutrinárias sobre o património separado ou autónomo, nomeadamente em Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª ed., Coimbra Editora, 1997, pág. 423, Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Teoria Geral (Relações e Situações Jurídicas)* Vol. III, Coimbra Editora, 2002, pág. 126, e muito recentemente André Figueiredo, *O Negócio ...*, ob. cit., pág. 186. De outro lado, há que pôr em evidência que se vai assistindo a uma progressiva relativização do direito de propriedade, na sua função de elemento delimitador do património do devedor, que seja penhorável por execução ou declarado como massa insolvente, naquelas situações em que se é proprietário em nome alheio. É que, apesar do fiduciário ter uma relação com o património fiduciário tendencialmente de direito pleno e exclusivo, na verdade o exercício deste direito acha-se condicionado pela descrição do poder fiduciário constante no *pactum fiduciae* que é a satisfação do interesse do fiduciante. Veja-se, a este propósito, André Figueiredo, ob. cit., pág. 163.

não é a pertença aos bens, mas sim instrumentalização para realizar uma finalidade⁴⁶¹. Desta forma, e considerando a massa de bens fiduciados como património separado, logo um património ligado à uma destinação, a responsabilidade patrimonial do fiduciário fica limitada ao acervo dos seus bens.

Num outro ângulo, o art. 1184º irradia para fora da relação entre mandante/fiduciante e mandatário/fiduciário a necessidade de salvaguarda dos interesses do fiduciante perante terceiros. Na verdade, faltando o mandatário no dever de retransmitir os bens, pode o fiduciante/mandante fazer recurso da figura jurídica da execução específica. Na doutrina italiana a recusa de transferência dos direitos adquiridos em execução do mandato, dá lugar a uma acção de reivindicação. Entre nós, a acção do mandante/fiduciante sobre o mandatário/fiduciário é uma acção de carácter pessoal, pois visa apenas obter do tribunal o cumprimento da obrigação do mandatário/fiduciário em transmitir os bens⁴⁶². Observe-se que a tutela do fiduciante resulta do facto de que o negócio fiduciário constitui uma verdadeira fonte de satisfação de interesses económicos e sociais e, como a actuação do fiduciário pode criar riscos que são próprios da execução dos contratos em geral e assim lesar os interesses do fiduciante, ou do terceiro beneficiário, espera-se que a ordem jurídica seja auto-suficiente para proteger os seus direitos, atribuindo à propriedade fiduciária, além daquele carácter instrumental da posição do fiduciário, uma exigência de determinabilidade para que não se comunique com o património próprio do fiduciário. A “transferência *tendencialmente* plena e exclusiva” tem um carácter funcional de afectação, visa tão só atingir o objectivo que as partes determinaram como objecto da relação fiduciária: a administração do bem, a garantia de um crédito ou de outra natureza fiduciária, pelo que, na interpretação combinada dos artigos 1180º e 1181º CC, pode assacar duas finalidades do instituto do mandato sem poderes: uma imediata, que corresponde com a prática de actos pelo mandatário/fiduciário, por conta do mandante/fiduciante, com a participação de terceiros; outra mediata, demonstrativa do carácter

⁴⁶¹ André Figueiredo, *O Negócio ...*, ob. cit., pág. 245-254, o autor cita, para fundamentar os seus argumentos, Martin Löhnig, *Treuhand – Interessenwahrnehmung und Interessenkonflikte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006. Podem também ser consultados Giuseppe Ferri Jr., “Património e gestione. Spunti per una ricostruzione sistematica dei fondi comuni di investimento”, *Rev. dir. comm.* 1992 – I, pág. 25 seg. António Gambaro, “Appunti sulla proprietà nell’interesse altrui”, *Trusts e attività fiduciarie*, 2007, pág. 169 seg., entre outros.

⁴⁶² M. Henrique Mesquita, Anotação ao Ac. do Relação do Porto, de 20 de Fev., de 1997, *RLJ*, Ano 131, nº 3886, 1998, pág. 20-32.

causalisticamente final do mandato, que corresponde com a retransmissão dos bens ao mandante (transferências dos efeitos do acto para o mandante, na letra da norma)⁴⁶³.

III. Aceitada a importância e vocação ordenadora da separação patrimonial e a sua qualificação como património de afectação, e ainda a obrigatoriedade da determinabilidade do referido património, fica definido o conteúdo do poder de disposição dos bens transferidos ao fiduciário, bem como o fundamento dogmático da delimitação da responsabilidade do fiduciário e a base jurídica sobre a afectação instrumental dos bens numa relação fiduciária, sem deixar de considerar que estamos apenas a antecipar posições pois, maiores desenvolvimentos serão feitos na Secção IV, ponto 4 do Capítulo X.

Dentro da apontada responsabilidade do fiduciário há que ter uma especial atenção aos seus deveres fiduciários, senão mesmo do atendimento a um valor ético resultante da origem judaico-cristã da nossa civilização: “não prometa o que não vai cumprir” – Mateus 5:37. Muitos destes deveres não resultam de um enunciado legal, mas de uma tipicidade social, desde logo porque, na essência, os negócios fiduciários são socialmente típicos, a sua criação deveu-se a prática social, tendo o esforço laborioso da doutrina (mais no espaço romano-germânico) e jurisprudencial (mais tendencial dos anglo-saxónicos) processado uma evolução para criação legalmente típica. Por exemplo, nas relações estabelecidas entre accionistas e administradores das sociedades comerciais imperam deveres cuja fonte é a lei e os estatutos sociais, cuja finalidade é aumentar as exigências ético-profissionais destes cargos para aumentar a eficácia económico-produtiva das sociedades e harmonizar a relação entre a sociedade e os seus accionistas, entre a sociedade e os trabalhadores, e entre a sociedade e terceiros interessados, situação diferente que se estabelece entre estas mesmas relações mas tendo no primeiro ponto os próprios administradores⁴⁶⁴.

Mais desenvolvimentos sobre a responsabilidade do fiduciário serão expostos no capítulo sobre a natureza das obrigações fiduciárias, mais propriamente no que se refere a contratação do fiduciário com terceiros – Capítulo IX, Secção II. Importa entretanto antecipar que, na prática negocial – na execução do contrato –, os deveres fiduciários exercem uma

⁴⁶³ Ac. Relação de Coimbra de 14 – 6 – 1963, *CJ*, T. III, pág. 59.

⁴⁶⁴ A. Moya Jimenez, *La Responsabilidad de los Administradores de Empresas Insolventes. Adoptado a la Ley 14/2013 de 27 de Septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internalización*, 9ª ed., Bosch, 2014, pág. 113 seg.

influência capital no cumprimento da obrigação do fiduciário para com o fiduciante: o dever de retransmitir os bens dados para a execução do contrato bem como transferir os direitos se, no entanto, adquiriu coisas e se for aquisição de créditos, deve cedê-los ao fiduciante⁴⁶⁵. Falaremos dos deveres do fiduciário⁴⁶⁶ na secção seguinte e na problemática de terceiros para efeitos de registo na secção sobre contratação com terceiros bem como na secção relativa ao mandato sem representação. Além destes deveres marcadamente fiduciários, como em toda a relação jurídica, quem está adstrito a uma obrigação tem de observar o cumprimento de outros deveres, que à partida e à chegada, ou seja, no início e no fim do contrato, estão presentes e concorrem para a execução exitosa das prestações. Veremos no Capítulo III, Secção II.

6 - Beneficiário

I. O beneficiário deve ser uma pessoa física ou jurídica individualizada no *pactum fiduciae* a favor de quem se exerce os direitos fiduciários. O beneficiário pode ser uma pessoa singular ou várias pessoas singulares e podem ser designados substitutos, nos casos em que se preveja a recusa a título de beneficiário principal, quando ocorra renúncia ou em caso da sua morte⁴⁶⁷. Neste sentido, o direito do beneficiário pode transmitir-se por acto *inter vivos* ou por *mortis causa*, salvo disposição em contrário fixada no pacto fiduciário, ou se, no caso concreto, a lei não permitir.

Poderá aqui levantar-se a questão da capacidade de ser beneficiário. Pensamos que a capacidade para ser beneficiário depende da natureza do contrato, já que na maioria dos casos que a *fiducia* é criada para beneficiar pessoas, estes podem ser incapazes, por menoridade ou por vício, alcoolismo ou droga seja dissipador dos seus bens. Por isso, as limitações existentes são relativas ao negócio que serve de base à relação fiduciária⁴⁶⁸. Por exemplo, há proibição

⁴⁶⁵ Pires de Lima/ Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. II, Coimbra Editora, 1997, pág. 826-827.

⁴⁶⁶ Em alguns momentos faremos referências a deveres que não são comuns nas relações fiduciárias do tipo romano. Como defendemos já, nós desenvolvemos o presente estudo tendo em atenção as relações fiduciárias de uma forma global, cabendo nelas os deveres fiduciários no *trust* e do *fideicomiso*.

⁴⁶⁷ A lei argentina sobre o “fideicomiso” determina a possibilidade de existência de mais de um beneficiário e de beneficiários substitutos, como forma de prever ocorrências de rejeição, renúncia ou morte. Ley 24.441, artºs 2 e 3.

⁴⁶⁸ Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 643 seg.

legal para que determinadas pessoas não sejam beneficiárias de bens⁴⁶⁹, cuja consequência é a limitação à capacidade do beneficiário.

Quando for cumprido o lapso de tempo ou ocorrido determinada situação que dá por cumprido o desiderato fiduciário, o beneficiário fica habilitado a poder aceitar ou renunciar o exercício do direito sobre a propriedade fiduciária ou seus frutos, exigir a prestação de contas e transmitir os seus direitos a terceiros, quando outra não tiver sido a vontade do fiduciante expressa no pacto fiduciário⁴⁷⁰. Mesmo que haja, hoje, um conjunto considerável de negócios fiduciários previstos na lei, não é menos importante observar que a colocação de um ou mais beneficiários depende da autonomia privada do fiduciante, com as limitações que em situações concretas possa impor. Basta ver o que acontece com os charitable trust, que desenvolveremos no Capítulo II, Secção VII.

Quando a transmissão de um direito tem por finalidade a colheita dos frutos que o bem produz e serem alocados ao beneficiário ou a transmissão do próprio direito ao beneficiário decorrido um determinado tempo ou verificado um evento, coloca-se a seguinte interrogação: como pode ele defender-se nos casos em que o fiduciário não cumpre com as obrigações constantes do *pactum fiduciae*? Primeiro há que entender que a já referida separação patrimonial constitui uma nova forma de possibilitar a exploração das potencialidades económicas da propriedade, cujo objectivo, para esta particular situação, é beneficiar um terceiro (ou não), pelo que, a falta de cumprimento do fim social e económico da separação do património configuraria abuso de direito (art. 334º CC) da parte do fiduciário. A destinação do património a um terceiro beneficiário tem assento na obrigação por parte do titular do direito do fiduciário de agir naqueles termos. Assim, a posição jurídica do beneficiário fica fortalecida, constituindo uma expectativa jurídica que não é simples, mas com conteúdo merecedor de tutela do direito, podendo considerar-se portadora de poderes para exigir o cumprimento do acordo fiduciário, nomeadamente a transmissão do direito ou dos seus frutos, a partir do momento em que, nos termos do *pactum fiduciae*, o fiduciário deixa de ter qualquer poder de disposição sobre os mesmos bens, podendo o beneficiário socorrer-se do fiduciante para que este accione a execução específica (art. 830º CC), atendendo a natureza obrigacional

⁴⁶⁹ Cfr. o nosso CC, artº 953º e 2194º proíbe que advogados, médicos, notários e sacerdotes recebam bens dos seus clientes.

⁴⁷⁰ No Direito dos países da América Latina existe a figura do fideicomissário, que não é parte do contrato mas um terceiro, que deve ser sempre o destinatário final dos bens fiduciários. Esta figura tem semelhanças com o beneficiário. Para mais explicitações, Carlos A. Molina Sondaval, *El Fideicomiso ...*, ob. cit., pág. 37.

do direito do fiduciário em transmitir o direito a um terceiro beneficiário, resultado do formato típico do negócio fiduciário. O beneficiário é, portanto, considerado como um *futuro adquirente* digno de protecção jurídica, como é o caso que ocorre na substituição fideicomissária, em que o fideicomissário pode solicitar a declaração de nulidade dos actos de alienação ou oneração que não tenham sido feitos sob autorização do tribunal – art. 2291º CC.

II. Não é difícil admitir esta possibilidade, desde logo porque o Código Civil admite a venda de bens futuros, os Dec.-Lei nº 453/99, de 5 de Novembro, com as alterações dos Decretos-Lei nºs 82/2002, de 5 de Abril e Dec.-Lei nº 303/2003, de 5 de Dezembro, admitem a cessão de créditos futuros. Estas disposições legais servem de fundamento do nosso sistema normativo para aferir que a posição do beneficiário da relação fiduciária, a partir do momento em que o fiduciário adquirir a posição de titularidade fiduciária, fica investida como a de um titular de uma expectativa jurídica e a partir do momento em que, por força da ocorrência do elemento temporal ou de condição suspensiva ou resolutiva⁴⁷¹ constante no *pactum fiduciae*, a posição do beneficiário passa a de um titular de crédito futuro.

Para que a posição do beneficiário seja juridicamente tutelável é importante que o(s) crédito(s) futuro(s) estejam em conformidade com as regras gerais do objecto negocial – art. 280º - fundamentalmente o requisito da determinabilidade. Este requisito é importante porque vai de encontro com a intenção funcional da separação patrimonial. Se se exige do fiduciário que faça segregação do seu património dos bens fiduciários, é justo que o crédito que futuramente o beneficiário há-de adquirir seja determinável, não só para cumprir com aquele comando legal, mas para possibilitar que no momento em que o beneficiário vê inscrito na sua esfera jurídica o ingresso do direito ordenado pelo fiduciante, se saiba de é conforme o desejado por este. Estivemos, neste ponto, apenas a antecipar posições, pois mais desenvolvimentos estarão descritos no Capítulo IX, Secção II e Capítulo X, Secção V.

⁴⁷¹ Carlos Mota Pinto, *Cessão da Posição Contratual*, reimp., Almedina, Coimbra, 2003, pág. 226 seg.

SECÇÃO III

OS DEVERES FIDUCIÁRIOS

1 - A Questão

I. Os deveres fiduciários constituem o centro de explicação da dificuldade em construir um conceito aceitável maioritariamente sobre o negócio fiduciário, um centro para estabelecer a identificação dos diferentes tipos ou modalidades de relação fiduciária e da separação entre relações fiduciárias e não fiduciárias. Estes deveres apresentam um conteúdo jurídico-normativo que fornece os índices necessários para a consideração do negócio fiduciário como complexo. Ora, sendo a mais aceitável a tradicional e grande separação entre negócio fiduciário para administração e negócio fiduciário para garantias, podemos encontrar neles outros tipos sociais de relações fiduciárias⁴⁷², o que nos leva a afirmar que, no exercício de demarcação dos deveres fiduciários, não devemos estar presos aos deveres gerais ou comuns, mas nos deveres específicos caracterizadores do fiduciário enquanto executor do contrato fiduciário, e na forma como nascem tais deveres. Consideramos que os deveres fiduciários podem ser legais, convencionais e, no sistema anglo-saxónico, judiciais⁴⁷³. Também pode acontecer que o contrato em si seja o meio através do qual o *trustee* segue para exercer as suas funções, mas nada obsta que se possa convencionar um “explicit agreement”, onde ficam determinados os deveres a seguir pelo fiduciário⁴⁷⁴. É também através dos deveres fiduciários

⁴⁷² Na Alemanha evoluiu no sistema bancário os chamados *Treuhandkontos*. São contas abertas em nome de um banco mas por conta e no interesse de um cliente-fiduciante; também existem as *Anderkonto*, que são contas especialmente abertas por profissionais liberais, como advogados e notários, por conta e no interesse dos seus clientes, cfr. Canaris, *Staub/HGB: Bankvertragsrecht* (Erster Teil), 4ª ed., 1988, pág., 288 seg, *apud* Anré Figueiredo, *O Negócio ...*, ob. cit., pág. 104.

⁴⁷³ Rafael Chodos, *The Law of ...*, ob. cit., pág. 1 seg., explica que, “*a person may undertake a fiduciary duty by contract, and this contract may include an explicit agreement regarding fiduciary duty*”.

⁴⁷⁴ Os deveres fiduciários no direito anglo-saxónico surgiram do poder de um alto funcionário do Reino da Inglaterra, o *Lord Chancellor*. Este, ao exercer o poder de administrar a justiça, quando os processos por incumprimento não observavam os requisitos legais, podia realizar os julgamentos através da equidade (*in equity*); significa que estes julgamentos eram realizados na base de critérios morais, por mais flexíveis ao estarem livres das exigências técnicas da lei. Foi no direito fiduciário (*trust law*) que os tribunais de equidade começaram, nos séculos XVIII e XIX, a estender os deveres fiduciários aos *trustees* e aos administradores das empresas. Por isso, os deveres gerais foram sendo tomados, segundo cada caso concreto, pelos tribunais como deveres específicos nas relações fiduciárias – cfr. S. Gross Brown, “Deberes de administradores en el derecho comparado: El deber de diligencia y el business judgement rule”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 37, ano 2011-2012, pág. 307-320. Mais recentemente o Supremo Tribunal de Delaware tem sido um dos propulsores do entendimento de que os deveres de cuidado, no âmbito do Direito societário, são reconduzidos para o espectro

que se delimita a responsabilidade do fiduciário, o conteúdo e extensão dos seus poderes e os meios de defesa do fiduciante⁴⁷⁵.

Não é dogmaticamente aconselhável falar-se do que é específico sem ter em atenção o geral. Assim é com os deveres. Pela importância que os deveres gerais têm no direito dos contratos e pela sua vocação ordenadora, é capaz de delimitar o que é geral do específico. Estes podem sinalizar as condutas mais específicas, como a assunção de posições fiduciárias, através de alguns vectores como a gestão de um negócio em nome próprio mas por conta e no interesse alheio, a titularidade de bens funcionalizados a um determinado fim e controlador do processo executivo do contrato em atenção ao interesse alheio e obrigação de retransmissão dos bens ao sujeito a quem o interesse é protegido, com projecção de efeitos a terceiros. Nestas situações, permite-nos dizer que estamos perante uma posição fiduciária, por isso, a actuação do sujeito está submetida a deveres fiduciários como parâmetro para a delimitação da sua liberdade de actuação. Assim, os deveres fiduciários também actuam como verdadeiros freios do conteúdo do poder de fruição e disposição dos fiduciários.

II. Os deveres fiduciários têm sido muito a florados no âmbito do direito societário⁴⁷⁶. A actuação dos administradores e gerentes está regulada no CSC e pode ser qualificada como deveres legais e deveres estatutários⁴⁷⁷. No seu centro estão os deveres de lealdade e de cuidado (art. 64º), que foram condensados como deveres fiduciários, de outro lado e sem deixar de parte, indica-se os deveres próprios de um administrador/gestor: administrar a sociedade⁴⁷⁸. Na verdade, a actuação do gestor tem em vista a finalidade societária, cuja realização é assacada das suas atribuições estatutárias, mas que estas não devem ser muito generalizadas, na medida em que, no espírito da Reforma de 2006, “a lei deve recortar um núcleo mínimo dos deveres dos administradores” com o objectivo de “não só (...) fornecer

fiduciário. Cfr. William J. Carrey/ George B. Shepherd, *The Mystery of Delaware Law's Continuing Success*, U 111 L Ver., 2009, pág. 1-93.

⁴⁷⁵ Pais de Vasconcelos, *Contratos ...*, *ob. cit.*, pág. 291, anilada bem que “a responsabilidade civil acompanha sempre a fidejussão como consequência da infidelidade”. Ora, apenas há infidelidade quando o fiduciário não cumpre com os seus deveres.

⁴⁷⁶ Sobre o processo de extensão dos deveres fiduciários próprios dos *trustees* para os administradores das sociedades comerciais veja-se M. Conaglen, *Fiduciary loyalty, Protecting the due performance of non-fiduciary duties*, Hart Publishing, Oregon, 2011, pág. 11-16.

⁴⁷⁷ Por força da literatura anglo-americana, os administradores das sociedades comerciais, fundamentalmente das sociedades cotadas, são em Angola como em Portugal considerados fiduciários.

⁴⁷⁸ Coutinho de Abreu, “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, *IDET - Reformas do Código das Sociedades*, Colóquios, nº 3, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 29-30.

modelos mínimos de decisão claros mas também para permitir a efectivação applicativa de precisões normativas decorrentes do incumprimento dos deveres societários”⁴⁷⁹, tendo em conta que a gestão e administração envolvem um risco particular que estão estreitamente conexonados com os seus deveres⁴⁸⁰. A jurisprudência lusitana já a eles se tem referido com acuidade⁴⁸¹.

No âmbito do exercício das actividades para as quais foram contratados, os administradores devem actuar no interesse social, tendo deveres e também poderes de representação e de administração, o que torna a relação deles com a empresa uma relação fiduciária⁴⁸², baseada na capacidade dos mesmos poderem responder aos desafios que a dimensão da empresa apresenta bem como a natureza dos negócios que realiza⁴⁸³.

III. A complexidade dogmática do instituto em estudo pode oferecer dúvidas sobre a conceitualização de deveres fiduciários e este facto problematiza a sua recondução à actividade das sociedades comerciais⁴⁸⁴. Poderá questionar-se se na relação entre administradores⁴⁸⁵ e sociedade haverá uma transferência patrimonial, sendo este um elemento caracterizador da estrutura e função do conceito de negócio fiduciário. Em primeiro lugar, importa clarificar, para a questão em análise, que os deveres fiduciários são imputáveis aos

⁴⁷⁹ Processo de Consulta Pública nº 1/226, de Janeiro de 2006, pode ser visto em www.cmvm.pt, pág. 16.

⁴⁸⁰ Ricardo Costa/ Gabriela Figueiredo Dias, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, IDET, Almedina, Coimbra, 2010, anot., art. 64º, pág. 725. Manuel Fragoso Mendes, “Entre o temerário e o diligente – A *business judgement rule* e os deveres dos administradores. Da sua origem à implementação no ordenamento português”, in *RDS*, nºs 3 e 4, 2014, pág. 809.

⁴⁸¹ Acórdão do STJ, de 30 de Setembro de 2014, encontrado em www.dgsi.pt. O tribunal determinou o seguinte: “I. (...) visando a sua destituição de gerente, a violação de deveres de cuidado, de diligência e de lealdade, todos previstos no artº 64º do CSC, enfatizando, sobretudo, a violação do dever de lealdade. II. O dever de lealdade é indissociável do princípio de confiança, quer seja perante a sociedade, quer perante os sócios, quer perante terceiros (...). V. Constitui *justa causa de despedimento de gerente*, actuação sua que exprima violação grave dos deveres de gerente, mormente, dos deveres de cuidado, de diligência e de lealdade, que impliquem perda irreparável da confiança dos afectados por essa actuação, seja no contexto interno da sociedade, seja na sua relação com terceiros a justificar a impossibilidade de manutenção do vínculo que o une ao ente societário, por existir *conflito de interesses* gerador de danos efectivos ou potenciais, que devam ser considerados razão inequívoca da inexigibilidade da manutenção daquele vínculo jurídico”.

⁴⁸² Vânia Magalhães, “A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social” *RDS*, nº 2, 2009, pág. 395. Pais de Vasconcelos, “Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais”, *DSR*, Vol. I, 2009, pág. 12 seg.

⁴⁸³ Os desafios dos administradores devem ser mensurados em atenção a assunção de determinados riscos que surgem na actividade que visa atingir o objecto social: a obtenção do lucro. Cfr. Caetano Nunes, *Responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas*, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 92.

⁴⁸⁴ Para este estudo dados preferências às sociedades por quotas e anónimas, porque são as que mais intervêm no mercado de capitais.

⁴⁸⁵ Consideramos de forma ampla, cabendo quer os administradores propriamente dito como os gerentes.

administradores devido ao poder de representação que as sociedades comerciais lhes outorga, por lei ou por contrato, perante terceiros⁴⁸⁶, conforme o já citado art. 64º do CSC. Também o Código dos Valores Mobiliários estabelece directamente os deveres dos intermediários financeiros, que são pessoas colectivas com natureza empresarial e que a título profissional e em exclusivo exercem a intermediação financeira – art. 289º, nº 2 e 293º –, que podem ser de duas categorias: deveres gerais dos intermediários e deveres específicos de cada tipo contratual⁴⁸⁷. Por um lado, o princípio da especialidade do fim – art. 160º CC e art. 6º CSC – vem definir a área de actuação da pessoa colectiva, sendo titular de direito e podendo assumir obrigações que sejam indispensáveis para a prossecução dos seus fins⁴⁸⁸; por outro, o exercício de tais direitos e assunção das obrigações apenas são possíveis porque a ordem jurídica especificamente atribui esta capacidade às pessoas jurídicas, cuja exteriorização da sua vontade é feita através dos órgãos, principalmente com a administração da sociedade e a representação perante terceiros⁴⁸⁹. É, pois, uma representação orgânica, que vincula as sociedades comerciais através dos actos jurídicos que pratica – arts. 192º, nº 1, 252º, nº 1, 405º, nº 2, 406º, 408º, 409º e 431º, nº 2 do CSC. Decorre assim que os administradores não actuam em nome próprio, mas em nome da sociedade, porque o administrador/órgão não é um representante legal ou voluntário, estão ligados à sociedade por um vínculo de organicidade, manifestando a vontade da sociedade, por isso, os deveres exigíveis às relações que a

⁴⁸⁶ Alexandre Soveral Martins, “Capacidade e Representação das Sociedades Comerciais”, *Problemas do Direito das Sociedades*, IDET, 2º reimp., Coimbra Editora, 2008, pág. 471-494.

⁴⁸⁷ Na verdade, os deveres gerais são os que cada contratante (pessoa colectiva) deve adoptar. O Código de Valores Mobiliários elenca um conjunto de princípios, constantes no art. 304º, que podem corresponder aos deveres gerais, nomeadamente, o princípio da protecção dos legítimos interesses dos clientes; o princípio da protecção da eficiência do mercado; princípio da actuação de boa fé, conforme os padrões de diligência, lealdade e transparência; princípio do conhecimento da situação financeira e experiência do cliente; e o princípio do sigilo profissional. Já no que diz respeito aos deveres específicos, o Código enumerou-os em várias disposições e podem ser indicados da seguinte forma: dever de garantir níveis elevados de profissionalidade (art. 305º, nº 1); dever de ajustar todos os meios necessários à prestação de serviço de qualidade e eficiência (art. 305º, nº 2); dever de segregação patrimonial (art. 306º); dever de realizar a contabilização e registo diário das operações e saldos (art. 307º) e de os certificar (art. 308º, nº 2); dever de conservar os documentos e registos (art. 308º, nº 1); dever de evitar ou reduzir conflitos de interesses (art. 309º, nº 2); dever de exercer um tratamento transparente e equitativo dos seus clientes (art. 309º, nº 2); dever de dar prevalência aos interesses dos clientes (art. 309º, nº 3); dever de adequação da intermediação (art. 310º); dever de defesa do mercado (art. 311º); e dever de informação aos clientes (art. 312º). Para mais desenvolvimentos sobre o tema, veja-se Fazenda Martins, “Deveres dos Intermediários Financeiros, em Especial, os Deveres para com os Clientes e o Mercado”, *CMVM*, nº 7, 2000, pág. 330-349. Gonçalo A. Castilho dos Santos, *A Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro perante o Cliente*, Almedina, Coimbra, 2008.

⁴⁸⁸ Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral ...*, ob. cit., pág. 318-320. Para as sociedades comerciais, Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pág. 178 seg.

⁴⁸⁹ Coutinho de Abreu, *Curso ...*, ob. cit., pág. 533 seg.

sociedade mantém com terceiros sejam imputáveis à sociedade, ou, em algumas situações, ao próprios administradores⁴⁹⁰, pois aqueles são o rosto e a voz destes, e os actos que praticam, em princípio, se repercutem na esfera jurídica das sociedades⁴⁹¹. Observe-se, no entanto, que a extensão dos poderes de vinculação dos administradores têm limites legais⁴⁹², estatutários⁴⁹³ e de deliberações de outros órgãos e dos sócios⁴⁹⁴, e podem ser afastados em caso de abuso do poder de vinculação⁴⁹⁵. Essas limitações têm carácter interno, com exclusão desta última que pode atingir terceiros, cuja sanção dependerá se o administrador em conluio com terceiro praticam actos com vista a prejudicar a sociedade ou se o terceiro está de boa fé e o administrador é quem abusou dos seus poderes de representação, actuam de forma diferente ao fim estatutário. Na primeira situação a sanção seria a nulidade, nos termos do artº 281º do CC, e na segunda há a aplicação analógica do artº 269º CC: ineficácia dos negócios⁴⁹⁶.

Em segundo lugar, e concluindo, como os administradores actuam em nome das sociedade comerciais, logo é questão de relação interna da sociedade e não de relação com terceiros, as pessoas colectivas podem ser fiduciárias, como acontece com as sociedades gestoras de património⁴⁹⁷, por exemplo. Aquelas, para exercerem os deveres de gestão de determinado património devem ser titulares fiduciários dos mesmos bens, a título pleno, exclusivo mas temporário. Relativamente as sociedades financeiras, elas podem ser intermediárias financeiras e celebrar contratos de gestão de carteiras de valor mobiliário – art.

⁴⁹⁰ O acórdão do STJ de 15 – 10 - 2013, expendeu que “os titulares do órgão de administração e os colaboradores do intermediário financeiro podem incorrer em responsabilidade civil, nos termos conjugados dos arts. 304º, nº 5 e 304º-A, nº 1, ambos do Código do Mercado dos Valores Mobiliários, sendo dotados de legitimidade processual se demandados pelo cliente daquele com base em violação da relação de clientela que lhes seja, total ou parcialmente, imputável”. Encontrado em www.dgsi.pt

⁴⁹¹ A. Menezes Cordeiro, *Direito das Sociedades*, Vol. I, 1ª reimp., 3ª ed., ampliada e actualizada, Almedina, Coimbra, 2016, pág. 392.

⁴⁹² Os arts. 260º, nº 1 e 409º, nº 1 CSC, determinam que os actos praticados pelos administradores, “em nome da sociedade e dentro dos poderes que a lei lhes confere, vinculam-na para com terceiros”. Veja-se Coutinho de Abreu, *Curso ...*, ob. cit., pág. 555.

⁴⁹³ É comum que, para proteger interesses dos sócios, estejam estatuídas nos estatutos algumas cláusulas que visam vedar aos administradores a prática de determinados actos. Estas limitações têm validade mas não têm eficácia perante terceiros, funcionam como limitação interna. Cfr. Coutinho de Abreu, *Curso ...*, ob. cit., pág. 557.

⁴⁹⁴ Cfr. Coutinho de Abreu, *Curso ...*, ob. cit., pág. 559. É de eficácia interna as limitações desta natureza, portanto, inoponíveis perante terceiros.

⁴⁹⁵ Cfr. Coutinho de Abreu, *Curso ...*, ob. cit., pág. 560 seg. Este é o caso em que a falta de eficácia externa das limitações aos poderes de vinculação do administrador. O abuso de poder de vinculação é eficaz quando a conduta do administrador é conscientemente conduzida no sentido de extravasar, ser contrário, sem qualquer ligação com o fim societário ou com as orientações da sociedade.

⁴⁹⁶ Cfr. Coutinho de Abreu, *Curso ...*, ob. cit., pág. 562.

⁴⁹⁷ Aprovada pelo Dec.-Lei nº 163/94, de 4 de Junho.

332º, nº 1 – através do qual o intermediário se obriga “a realizar todos os actos tendentes à valorização da carteira” bem como “a exercer todos os direitos inerentes aos valores mobiliários que integram a carteira”. Outro exemplo pode ser o que indicamos a propósito do negócio fiduciário na Colômbia, Capítulo II, Secção X, nº 4.

De uma forma geral e conclusiva para este número, podemos dizer que os deveres fiduciários no sistema da *Common Law* são claros instrumentos limitadores do poder discricionário do fiduciário (que se faz sentir mais nos mercados bolsistas, onde as sociedades financeiras apresentam-se como investidores) ou restritivos da sua actuação, que podem estar definidos contratualmente, por lei ou por decisão judicial; já nos países da *Civil Law* os deveres fiduciários nem sempre vêm descritos como tal, podem ser deveres equivalentes, que vão regulamentar o comportamento dos fiduciários e podem estar determinados no contrato, na lei ou em instrumentos regulamentares de órgão do governo com competência para o fazer (em Portugal a CMVM, e em Angola OSVMA [Organismo de Supervisão de Valores Mobiliários de Angola]). Os deveres necessitam, normalmente, de concretização, porque usam conceitos indeterminados, facilitando que em determinado momento seja possível avaliar com justiça o comportamento do fiduciário. Por exemplo, no Japão o dever de agir o estrito interesse do beneficiário é tratado como “bom e consciencioso gestor”, já na Alemanha o dever de agir “profissionalmente”⁴⁹⁸.

IV. No âmbito do direito das obrigações, o agente obrigado a prestar (sem descurar as relações sinalagmáticas) pode estar adstrito a um conjunto de deveres cujo conteúdo varia em função do tipo de relação como também da natureza do dever⁴⁹⁹. Pode também acontecer que o agente não esteja obrigado ao cumprimento de um conjunto de deveres, mas deva cumprir apenas alguns deveres, com os quais a prestação seria integralmente realizada⁵⁰⁰, o que não

⁴⁹⁸ “O Dever Fiduciário no Século XXI”, Relatório elaborado por um Comité patrocinados pela United Nations-Global Compact; Finance UNEP Initiative, Principles for Responsible Investment e Inquiry. Design of a Sustainable Financial System, encontrado em www.unepfi.org/fileadmin/documents/fiduciary_duty_21st_century_summary_pt.pdf, a 22 de Novembro de 2016.

⁴⁹⁹ Manuel Gomes da Silva, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Vol. I, Lisboa, 1944, pág., 17. “Determinar aquilo a que se obriga o devedor, e que, portanto, deve cumprir pontualmente, é delimitar o dever em que, pela falta de execução, se constitui na obrigação de indemnizar o credor”, afirma o autor.

⁵⁰⁰ Manuel A. Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção*. Coimbra, 1994, pág. 37-39. O autor defende que as obrigações complexas têm vários deveres encabeçadas pelos deveres principais ou primários de prestação e outras que, por estarem ligadas às primeiras, por isso, suas acessórias para o cumprimento cabal da prestação, são deveres acessórios da prestação e, por fim, as que são consequência dos deveres principais, devido a

significa que o obrigado esteja submetido, fechado à prestação convencional, pelo contrário, deve levar diligentemente o cumprimento do comportamento que conduza ao êxito da realização da prestação através da adoção de uma conduta que proteja outros interesses⁵⁰¹ que, mesmo não captáveis no programa contratual, possam dele ser deduzidos por interpretação⁵⁰² e fundar a conduta nos ditames da boa fé⁵⁰³ e só assim se poderão compreender as prestações sem definição do seu conteúdo⁵⁰⁴ que, para a sua concretização, o sujeito deve escolher “as condutas que são mais adequadas para atingir os fins que se lhe propõe e executa”⁵⁰⁵, pois nem sempre o valor do cumprimento contratual está no dever determinado mas, como veio estabelecer o § 241 do BGB, nº 2, em função da “relação obrigatória, de acordo com o seu conteúdo, pode obrigar a cada uma das partes a respeitar os direitos, bens jurídicos e interesses da outra parte”. É exactamente o que acontece com os deveres do fiduciário que provêm da vinculação de destinação dos bens objecto da sua titularidade e que se encontram normativamente definidos no acordo fiduciário.

É sabido que nem sempre é fácil extrair um sentido que ajude a qualificar um dever com uma prestação que não tenha sido definida no contrato⁵⁰⁶. São deveres que estão em conexão com o dever de respeito pelo direito da contraparte e um dever geral de cuidado. Quem assim agir é um “homem diligente” fazendo com que as diferenciações ou especificidades de posições fiduciárias dependam do grau de diligências do cumprimento dos deveres fiduciários.

Uma forte corrente nos Estados Unidos da América entende que os deveres fiduciários são de origem contratual⁵⁰⁷. Como a afectação patrimonial tem como finalidade os beneficiários, estes podem consentir no estabelecimento dos deveres fiduciários, bem como na

ocorrência de uma omissão no programa contratual, constituem os deveres secundários substitutivos ou complementares.

⁵⁰¹ Manuel A. Carneiro da Frada, *Contrato ...*, ob. cit., pág. 39.

⁵⁰² Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado da Teoria da Negócio Jurídico*, Vol. I, Almedina, Coimbra, pág. 120 seg.

⁵⁰³ Joaquim de Sousa Ribeiro, “A boa fé como norma de validade”, em *Direito dos Contratos. Estudos*. Coimbra Editora, 2007, pág. 207-281.

⁵⁰⁴ A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, 2ª ed., Vol. VI, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 324-325.

⁵⁰⁵ Cfr. Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio Sobre...*, ob. cit., pág. 73.

⁵⁰⁶ A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, 2ª ed., Vol. I, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 325. Defende o autor a ideia da existência de “obrigações sem dever de prestar”, já que “a obrigação pode tecer-se em torno do dever de prestar (o paradigma) ou em volta de um dever específico de respeito e de cuidado”.

⁵⁰⁷ Ronald Coase, *The Problem of Social Costs*, 2J Law & Econ, 1969, pág. 3 seg. Também e mais desenvolvidamente, Christopher Kammerer/ Nancy Guffey-Landers, *Understanding Fiduciary Duty*, The Florida Bar Journal, March, 2010, 21 seg.

sua alteração durante a execução contratual. Para esta doutrina, a autonomia da vontade serve de base legítima para a definição dos poderes, direitos e deveres fiduciários, desde que as indicações jurisprudenciais ou legais não fossem contrárias. Esta linha doutrinal, pensamos, é de aplicação fácil num país cujo ordenamento jurídico privilegia o *case law*, porque no nosso sistema é muito mais difícil, pois, em alguns casos, o conteúdo de alguns deveres tem carácter injuntivo, ainda que o princípio da autonomia privada tenha uma aplicação importante.

V. Como em qualquer outra relação jurídica complexa, nas relações fiduciárias, onde é acentuada a *uberrima fides*, os deveres de prestação podem ser qualificados em deveres principais ou primários de prestação, deveres em execução do contrato, deveres preventivos e deveres de pós execução. Os deveres primários constituem aquele conjunto de prestações que definem a categoria contratual⁵⁰⁸ e que constituem um tipo de negócio fiduciário⁵⁰⁹, e surgem depois de executados os deveres que cada uma das partes tem para com a outra: a fase pré-contratual. Serve para, reciprocamente as partes trocarem informações sobre os seus propósitos contratuais, toda a informação que leve a facilitar a negociação, bem como a execução do contrato, como tudo o que seja relevante sobre o sujeito fiduciário, nomeadamente, a informação sobre a sua capacidade profissional, por um lado e, por outro lado, a natureza do negócio. A chamada “relação de negociação”⁵¹⁰ é a propícia para o esclarecimento de determinados factos e é a partir dela que cada uma das partes espera da outra a “comunicação dos factos que a outra parte deva admitir importantes para a sua decisão de contratar e de que por si só não pode obter conhecimento”⁵¹¹. É um momento em que se exige das partes uma actuação segundo os ditames da boa-fé – art. 227º CC. Quando esta fase for valorizada pelas partes como cumprida, elevam o grau de participação na construção das normas contratuais e nos mecanismos de produção dos efeitos jurídicos pretendidos⁵¹². Na relação fiduciária a comunicação dos factos probatórios da intenção contratual diz respeito

⁵⁰⁸ Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, 10ª ed., Vol. I, Almedina, Coimbra, pág. 121 seg.

⁵⁰⁹ O negócio fiduciário é uma categoria ampla, cujo conteúdo possibilita receber ou fazer emergir tipos negociais fiduciários, como a alienação em garantia, o contrato de intermediação financeira, etc. São os deveres principais que nos levam a identificar a denominação do tipo contratual fiduciário.

⁵¹⁰ A. Vaz Serra, Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Outubro de 1976, *RLJ*, nº 110º, pág. 276.

⁵¹¹ A. Vaz Serra, Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 7 de Outubro de 1976, *RLJ*, nº 110º, pág. 276.

⁵¹² A. Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé no Direito Civil*, 3ª reimp. Almedina, Coimbra, 2007, pág. 605.

fundamentalmente às qualidades do fiduciário, que vão amadurecer a especial confiança na relação jurídica.

Os deveres que se cobram às partes na execução do contrato dizem respeito as obrigações de não só cumprir com o que for convencionado, mas também executar bem, auxiliando a contraparte a proteger o seu direito, em suma actuando de boa fé. A partir daqui encontramos a diferenciação entre deveres principais e deveres acessórios.

Os deveres preventivos, contrariamente ao que o sentido vocabular do termo pode sugerir, são deveres cujo conteúdo exprime as obrigações de algum cuidado para que tudo possa ser feito em proveito de que, mesmo em situações de força maior ou estado de necessidade, a inexecução seja resultado simples do aparecimento deste evento. Sem querer entrar na discussão da tradicional situação das questões de força maior, tão-pouco na resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias – art. 437º CC – entendemos, para o presente caso, que quem no momento estiver obrigado, deve tomar todas as diligências no sentido de evitar a deterioração da coisa, como, por exemplo, o dever de custódia⁵¹³. Se chegou o momento do fiduciário retransmitir o bem ao fiduciante e este não puder no momento receber o bem, caberá ao fiduciário a custódia do bem para o seu não perecimento.

Os deveres pós execução dizem respeito a actuação de boa fé depois da execução do contrato, assegurando que os efeitos jurídicos produzidos e pretendidos pelas partes não percam o seu valor económico e o fim pelo qual as partes contrataram se mantenha. Para este tipo de deveres é primário que a *relação geral de confiança* esteja presente para que, além das prestações contratualmente acordadas, as partes tomem os cuidados necessários para uma “efectiva obtenção e manutenção do escopo contratual”⁵¹⁴. Na relação fiduciária, há uma complexidade marcada pela relação entre os seus sujeitos, que além do cruzamento entre um

⁵¹³ F. Pessoa Jorge, *Ensaio ...*, ob., cit., pág. 73, ensina que o dever de custódia corresponde à obrigação de guardar a coisa, cujo conteúdo é indefinido, mas que reflecte a obrigação de conservação e restituição adstrito ao devedor da prestação. Este dever de guardar a coisa tem, no contexto legal, uma excepção. O art. 1229º CC permite ao dono da obra desistir da empreitada a todo o tempo. Esta excepção estende-se à regra do art. 406º, nº1, segundo a qual os contratos se extinguem por mútuo consentimento dos contraentes. Por força deste dispositivo legal, é possível desistir da obra depois de ela estar concluída, mas antes da sua recepção, com a excepção de que a indemnização será a correspondente com a totalidade do preço da obra em caso dela apresentar defeitos. Esta desistência, por parte do dono da obra, constitui uma faculdade discricionária, dispensa fundamentação, não é judicialmente sindicável e não precisa de ser accionada com condição de pré-aviso. Para melhores desenvolvimentos, veja-se Pedro Romano Martinez, *Contrato de empreitada*, Almedina, 1994, pág. 171 seg.

⁵¹⁴ Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IX, 2ª ed., revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2016, pág. 79 seg. O Professor de Lisboa defende, com a violação do dever pós eficaz da obrigação assumida, uma *culpa post pactum finitum*.

direito obrigacional do fiduciante e um direito real do fiduciário, ela funda numa *especial confiança*⁵¹⁵, que é criada pela natureza do fiduciário que o coloca numa posição de aptidão para cumprir com os deveres naquele negócio⁵¹⁶, levará o julgador a realizar uma análise comparativa da conduta do fiduciário com o dever a este adstrito e que o obriga a proceder com prudência e com pleno conhecimento e consciência dos factos. A relação fiduciária além de complexa tem hoje no seu centro a intervenção de pessoas colectivas, devido à importância das sociedades comerciais no tráfico jurídico, veio dar mais protagonismo aos administradores na representação das sociedades, verificando-se algumas vezes tensão entre os interesses dos administradores e os interesses societários, e estes com os dos seus clientes, cuja harmonização convoca a boa fé (e mais precisamente o dever de lealdade), o que demonstra os impactos fortes que têm no funcionamento das empresas⁵¹⁷. Os *fiduciary duties* neste âmbito, impõem um *no conflict rule*, de criação anglófona⁵¹⁸ e que o Direito Comercial luso recepcionou⁵¹⁹, que facilitam a protecção dos direitos na fase posterior a execução do contrato.

⁵¹⁵ Não a confiança que se espera de qualquer contraente; não a confiança comum; nada aqui se refere à ética da confiança. É uma especial confiança na medida em que não basta o seu alinhamento com a auto-determinação para que o homem livremente se auto-regulamente e seja sujeito de direito, mas vai constituir-se o verdadeiro centro do fim visado e realizado pela liberdade, pela troca ou reciprocidade de vontades iguais e autónomas que apenas foi assim porque ao elaborar a proposta negocial o proponente, perante determinadas características muito próprias, determina a vontade negocial em atenção àquelas características. Não há um investimento da confiança do fiduciário para o fiduciante; pelo contrário, as características do fiduciário (em estado estático) vão mobilizar a acção negocial do fiduciante, fazendo com que este se torne *leal* ao compromisso assumido.

⁵¹⁶ Será assim porque o cumprimento dos deveres fiduciários e assim a realização do escopo para qual é contratado, o fiduciário tem de apresentar determinadas qualidades, maioritariamente profissionais, que levam a que o fiduciante se sinta confortável com a concretização da vontade em contratar. Assim será, por exemplo, no mercado dos valores mobiliários, que é regulado de forma muito especial, o que torna os contratos fonte legal de eficácia, pelo que, os contratos aí celebrados tenham por base a confiança que os intermediários financeiros oferecem, pois estão submetidos à regras daquele mercado. Mais desenvolvimentos sobre este aspecto no Capítulo X, Secção V.

⁵¹⁷ Catarina Alexandra Alves Fernandes, “Governo das ...”, ob. cit., pág. 9. A autora expõe outras relações de tensão que existem e são avaliadas sob duas perspectivas: “(...) A primeira, analisa a relação entre financiadores das empresas – basicamente accionistas (principais) – e os gestores (agentes), sendo o objectivo fundamental do governo das sociedades assegurar o máximo retorno para os investidores. A segunda diz respeito à abordagem na ótica dos *stakeholders*, que se foca em toda a rede de relações formais e informais que determina como o controlo é exercido dentro das empresas e como os riscos e benefícios são distribuídos entre os vários *stakeholders*. O princípio subjacente a esta perspectiva é que as empresas devem salvaguardar os interesses de um vasto grupo de participantes na sua actividade, em vez de proteger apenas os interesses dos acionistas”. Assim há cinco tipos de problemas/tensões que foram agrupados da seguinte forma: problemas de agência entre gestores e credores; gestores e trabalhadores; fornecedores e clientes; governo e empresas, e accionistas maioritários e accionistas minoritários”.

⁵¹⁸ Geoffrey Morse, *Company Law*. Sweet & Maxwell, 1995, pág. 345. Também a decisão judicial no caso *Parker vs. McKenna* (1874) LR 10 Ch App 96-127, 124 que esteve na origem deste princípio, que decorrido tempo de labor jurisprudencial, passou a ser considerado para todas as relações fiduciárias. Num outro estudo realizado por L. B. Curzon, na parte dedicada aos deveres, considerou que “*the trustee must act with diligence, must obey the trust instrument and not deviate from its terms, must observe the complex rules concerning*

VI. Antes de passarmos a descrever os deveres atinentes a todos que ocupam posições fiduciárias, importa colocar o rol de deveres em dois grupos importantes. O primeiro relativo aos deveres do fiduciante, que são o pagamento de honorários e das despesas realizadas pelo fiduciário, transmissão dos bens e dos direitos fiduciários. O segundo relativo ao fiduciário, que são a de realizar a gestão necessária para o cumprimento da finalidade constante no *pactum fiduciae*, obrigação de retransmissão dos bens ou direito objecto do contrato, dever de separar o património pessoal do património fiduciário, dever de lealdade, de cuidado, de guarda e conservação. Os deveres de cooperação e de informação são deveres que dizem respeito aos dois sujeitos da relação fiduciária, porque a cooperação compreende a colaboração de ambos para alcançar os fins acordados e os de informação dizem respeito a comunicação de tudo que diga respeito à quantidade e qualidade dos bens e à natureza do fiduciário.

2 - Dever de lealdade

I. No quadro das relações internas do negócio fiduciário, o sinalagma⁵²⁰ reflecte-se nos direitos e deveres entre o fiduciante e o fiduciário, alias, próprios dos “contratos de colaboração” em que se assinala características intrínsecas muito próprias da relação fiduciária. Os deveres do fiduciário têm como ponto propulsor os direitos obrigacionais do fiduciante, assentes na deslocação funcionalizada do acervo patrimonial da esfera do fiduciante ao fiduciário, alojando-se neste como titular desse direito sobre aqueles bens, ainda que de forma temporária. Esta deslocação apenas é assim registada quando o fiduciante depositou uma *especial confiança* no fiduciário para executar o programa contratual conforme o *pactum fiduciae*. A posição activa a que se acha o fiduciário, porque temporária, não é absoluta em função da natureza da relação fiduciária, que tem na contraparte um direito subjectivo do fiduciante: o de exigir ou obter o cumprimento dos objectivos acordados. Os deveres fiduciários principais são os que colocam o fiduciário na obrigação de retransmitir o

investment and must not, unless otherwise expressly authorised, make a profit from His position as trustee”. *Equity and Trusts*, Bristol, 1985, pág. 226

⁵¹⁹ Sobre a reforma operada, cfr. Catarina Serra, “A recente reforma do Direito português das Sociedades Comerciais – breves notas”, em *Scientia Iuridica*, 2008, 315, pág. 467-482.

⁵²⁰ Maria de Lurdes Pereira/ Pedro Múrias, “Sobre o conceito e a extensão do sinalagma”, *Estudos em Honra do Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 379-430.

acervo patrimonial a ele confiado ao fiduciante ou a um terceiro beneficiário determinado no acordo, quando decorrer um lapso de tempo ou se registar um determinado evento.

II. O dever de lealdade⁵²¹ corresponde com a adopção de um comportamento a que o fiduciário está adstrito para com o fiduciante de ser-lhe fiel⁵²², de “actuar de acordo com a bitola correcta e previsível”⁵²³ de não faltar às promessas assumidas livremente no acordo, de cuidar o património dado, facilitando que produza os seus frutos e que atinja os objectivos convencionados⁵²⁴. Representa o dever de proceder de harmonia com as regras impostas no *pactum fiduciae* (no *trust* seriam as regras estabelecidas no acto constitutivo), actuando sempre com fidelidade, sinceridade e não apenas nos termos gerais da boa fé, tão-pouco fixando-se apenas nas balizas de um cumpridor das regras anunciadas no acordo constitutivo da relação fiduciária⁵²⁵, mas agindo em conformidade com ele. É um dever que, nesta medida, densifica o princípio da confiança podendo ser entendido como a obrigação de não tomar um

⁵²¹ A palavra lealdade vem do latim, que significa *legale*, de acordo com a probidade e a honra. Probidade significava para os falantes do latim observância rigorosa dos deveres de justiça e moral. Este dever fiduciário foi desenvolvido na Inglaterra desde o século XVI, no auge do feudalismo. Entendido como a *loyalty in its first sense*, Rafael Chodos asseverou que “*a fiduciary must be zealous to preserve and protect the trust re*”s, no sentido de demonstrar a sua importância.

⁵²² Ser fiel é actuar com fidelidade. Fidelidade provém do latim *fidelis, fidelitas* que significa crer em alguém (pisteo-grego). É a qualidade “de se ser fiel”, ter “fé” para com, ter “lealdade”, actuar com “verdade”, comprometer-se com “veracidade”. In *Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea*, Academia das Ciências de Lisboa, Verbo, 2001.

Um filósofo da antiguidade, Séneca, que morreu em Roma no ano de 66, escreveu que “É melhor pautar os relacionamentos antes pela lealdade do que pela fidelidade”. É uma afirmação que levanta interrogações e talvez inquietudes. Na verdade, arriscamos em dizer que encontramos algumas diferenças significativas entre elas: lealdade significa ser franco e sincero, já a fidelidade significa a exactidão no cumprimento das obrigações e em executar as promessas. A fidelidade, como já assegurámos, tem origem do latim e surgiu com forte relação à doutrina religiosa com que se mantém nos nossos dias, mas ganhou autonomia e tem sido aplicada nas diversas áreas das relações interpessoais. Assim, fidelidade implica confiança recíproca entre as pessoas de tal sorte que ser fiel é um valor em si mesmo que leva a pessoa a cumprir com aquilo a que ela própria se vincula. Relativamente à lealdade, é uma atitude que implica constância, é um valor que vai muito para além do *servilismo* e da *idolatria*: implica sinceridade nas relações humanas. Ser leal é ser sincero, é ser franco e honesto. Aquele que é leal não falta às promessas que faz. Em conclusão e apesar da autonomia que a lealdade e a fidelidade aparentam configurar, na sua base ser leal implica ser fiel e, aqui, os dois conceitos conciliam-se. Séneca afirmou também que “a lealdade é o bem mais sagrado do coração humano”.

A lealdade e a fidelidade constituem valores presentes e transversais nas vidas das pessoas e nas relações entre pessoas. Encontramo-las nas relações familiares, culturais, económico-financeiras, laborais, definem a “geografia política”, a posição da carreira profissional e assim não deixaria de ter uma influência capital nas relações contratuais.

⁵²³ A. Menezes Cordeiro, “A lealdade no direito das sociedades”, *ROA*, Ano 66, Vol. III, 2006.

⁵²⁴ Ricardo Costa/ Gabriela Figueiredo Dias, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Almedina, Coimbra, 2010, anot., artº 64º, pág. 742 seg.

⁵²⁵ A. Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé ...*, ob. cit., pág. 554, o autor afirma que “os deveres de lealdade, por fim, são também corpo estranho à contratualidade, como tal. Pretendem evitar conformações apenas formais com a lei e proteger a confiança dos interessados”.

comportamento fraudulento, violando o negócio fiduciário. Assim entendida a questão, consideramos que o dever de lealdade constitui um elemento importante para o conceito fiduciário, sendo resultado de uma forte relação de confiança, por isso, não é perigoso arriscar a afirmação de que a lealdade é um dever fiduciário por excelência, sendo a exteriorização activa da situação de confiança que o fiduciante depositou no fiduciário⁵²⁶, por decorrência das qualidades que este demonstrou em ser capaz de executar o desígnio contratual. O fiduciante, ao escolher o seu parceiro como *confiável*, é porque está seguro das suas características, que distinguem aquela pessoa em particular dos demais potenciais contratantes, em consequência, a fidelidade que o fiduciário está adstrito está conexas com o princípio da confiança, visto na sua forma ampla. O fiduciante tem preferência em negociar com quem se apresenta como leal, facto que pode ter um efeito reverso: o fiduciante acaba por baixar as suas “armas naturais”, nas palavras do Professor Lisboa Menezes Cordeiro, enfraquecendo as precauções que de outra forma não faria e, devido às características do fiduciário, entrega-se passivamente, admitindo que os seus interesses serão protegidos⁵²⁷. Situação diferente acontece nos mercados regulados, onde a actividade é cruzado por princípios e normas cujo objectivo e a segurança e eficácia das transacções, por isso, o risco de falhas dos fiduciários (os intermediários financeiros) é minimizado.

III. O dever de lealdade tem sido entendido pela doutrina americana do Direito societário sob duas perspectivas: *loyalty in its first sense*, em que o fiduciário está obrigado a preservar o contrato de *trust*, bem como os bens constituintes do *trust*; já o *loyalty in its second sense* deve ser entendido no dever de não trair as disposições constantes do *trust* e as legítimas expectativas do *beneficiary*⁵²⁸.

⁵²⁶ A Jurisprudência entende que “o dever de lealdade é indissociável do princípio da confiança, quer seja perante a sociedade, quer perante os sócios, quer perante terceiros. O acautelar do *interesse social* não se confina apenas ao interesse societário *tout court*, ou seja, a uma actividade que vise o lucro. A etização do direito e da vida societária impõe uma actuação honesta, criteriosa e transparente compaginável com a tutela de terceiros que possam ser prejudicados pela actuação do ente societário através de quem delinea a sua estratégia e é responsável pela actuação da sociedade, o que convoca os princípios da boa fé, da confiança e da proibição do abuso do direito”. Cfr. Acórdão do STJ de 30 de Setembro de 2014. Visitado a 07 de Maio de 2015, em www.dgsi.pt

⁵²⁷ Menezes Cordeiro, “Os deveres fundamentais ...”, ob. cit., pág. 470.

⁵²⁸ Rafael Chodos, *The Law of ...*, ob. cit., pág. 144-181. O mesmo autor cita um conjunto de casos judiciais que fazem referência de decisões judiciais onde os juízes ressaltavam as perspectivas do dever de lealdade.

Na verdade, a confiança que o fiduciante deposita no fiduciário e que tem em vista o cumprimento fiel, por parte deste último, dos termos acordados, tem por materialização a observância do dever de lealdade, que visa guiar o fiduciário a estabelecer uma clara fronteira entre o que corresponde os seus interesses e o que são os fins a alcançar por força do *pactum fiduciae*⁵²⁹. Neste último, separemos duas situações: aquela em que ao fiduciário é impedido o exercício de uma actuação que possa causar conflito entre os seus interesses e os interesses do fiduciante (ou do *settlor*) ou de um terceiro beneficiário e na obstaculização imposta ao fiduciário de não realizar interesses próprios através da posição que ocupa, promovendo a obtenção dos frutos do bem fiduciário para si⁵³⁰. Afinal o dever de lealdade tem subjacente um valor ético de transcendente importância e de transversal operacionalidade: o valor da honestidade⁵³¹.

Nas situações em que a relação fiduciária é tipificada pela lei, os deveres cuja fonte está na norma legal que estabelece o regime jurídico do negócio fiduciário em causa⁵³² é a própria lei que cria os critérios de concretização⁵³³, e na *Common Law* os tribunais têm também um papel importante nesta matéria⁵³⁴. O Código das Sociedades Comerciais⁵³⁵ em

⁵²⁹ Meivin A. Eisenberg “The Duty of Good Faith in Corporate Law”, Vol. 31, *Del. J. Corp. L.* 1, 2006, in <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/737>, visualizado a 17.01.2015. O *Uniform Trust Code* determina no Rest. 3^a, §76 (1): “*The trustee has a duty to administer the trust, diligently and in good faith, in accordance with the terms of the trust and applicable law*”.

⁵³⁰ No *trust* costumam os autores diferenciar estes deveres em *no conflite rule* e *no profit rule*.

⁵³¹ Esta foi a posição do Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão de 02 de Dezembro de 2013, em www.dgsi.pt.

⁵³² É o que Coutinho de Abreu, se refere aos deveres legais gerais de cuidado e lealdade que os “administradores não-de observar no exercício das funções não podem ser especificados em elenco legal fechado. São tantas e tão variadas as situações em que os administradores se deparam, são tantos e tão diversos os actos que têm de realizar, que um tal elenco é, manifestamente, impossível. In, *Reformas do Código das Sociedades*, “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, Almedina, Coimbra, pág., 17.

⁵³³ No sistema anglo-americano na sequência dos desenvolvimentos legislativos dos últimos anos, vai-se assistindo quanto a esta matéria regulamentação sobre várias questões fiduciárias onde se destacam os deveres e poderes do *trustee* – Rafael Chodos, *The Law ...*, ob. cit.

⁵³⁴ Geraint Thomas/ Alastair Hudson, *The Law of Trusts*, OUP, 2010, pág. 331-380, elencam um conjunto de deveres do *trustee* e explicam a fonte de muitos deles: a vontade das partes e introduz no acto constitutivo; o legislador, e os tribunais.

⁵³⁵ Cfr. o art. 64^o do CSC português que, sob a epígrafe “dever de diligência”, dispõe que “os gerentes, administradores ou directores de uma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores”. Em Angola a Lei das Sociedades Comerciais, no seu art. 69^o, determina que “os administradores de uma sociedade devem actuar no interesse desta, com a diligência de um gestor criterioso e sem prejuízo dos interesses dos sócios e dos trabalhadores”. A lei das sociedades comerciais determina os deveres de cuidado e de lealdade que os administradores devem adoptar, situação que não ocorre com outros dispositivos legais que regulamentam determinadas sociedades comerciais, como as sociedades de gestão e investimento público, sociedades gestoras de patrimónios, sociedades gestoras de empresas e sociedades financeiras, que são omissas quanto aqueles deveres, no entanto, podemos afirmar que os administradores destas sociedades estão a eles adstritos, se apelarmos a unidade do sistema e ao CVM que exige o cumprimento daqueles deveres em caso de actuação no

algumas situações remete para as leis que especialmente regulam estas pessoas colectivas ou podem ser encontrados noutros dispositivos legais esparsos, bem como nos seus estatutos, ou em Códigos de Conduta de Governo das Sociedades⁵³⁶ os critérios para determinar a conduta conducente com os deveres fiduciários.

IV. Nos casos em que o negócio fiduciário for constituído para beneficiar terceiros e o *pactum* não graduar os benefícios, o dever de lealdade serve de bitola para o fiduciário actuar com imparcialidade. Se a distribuição das vantagens vier já estipulada, então ao fiduciário caberá apenas cumprir com as regras contratuais⁵³⁷. Mas se nada estiver estipulado, é ao fiduciário que caberá a distribuição e, por dever de lealdade, a distribuição deverá ser feita por equitativo, o que não significa proporcional, mas que esteja de acordo com a vontade do fiduciante e com as condições de cada um dos beneficiários, que definirá as suas necessidades. Quando os benefícios são todos terceiros, situações em que não é o fiduciante (só nos casos de gestão) ou o fiduciário (só nos casos de garantia), poderemos estar perante duas situações diferentes: ou os bens serão distribuídos aos terceiros, decorrido um evento ou um lapso de tempo, ou os terceiros serão apenas beneficiários dos rendimentos dos bens. Naquela primeira situação pode acontecer que o bem em si, fisicamente, seja impossível de distribuição por vários beneficiários, sendo necessário a sua alienação, e o produto da venda é então distribuído pelos beneficiários, dever que é tratado pelos anglo-saxónicos por dever de conversão⁵³⁸; no segundo caso é muito mais fácil pois os rendimentos são distribuídos muito mais facilmente. Aqui a imparcialidade e a proporcionalidade jogam um importante papel. Por exemplo, se dentre os beneficiários alguém ficar doente depois do decurso do negócio, poderá ser beneficiado em valor superior que os demais, sem que esta decisão constitua violação do dever do fiduciário, pois a lealdade configuraria a actuação não só no interesse do fiduciante mas segundo a sua vontade real ou presumível⁵³⁹.

mercado de valores. No direito societário alemão, Stefan Grundmann, *Der Treuhandvertrag, insbesondere die werbende Treuhand*, München, Beck, 1997, pág. 92-96 e 146-191, faz uma delimitação do negócio fiduciário a volta do dever de seguir um interesse *strictu sensu* (*Interessenwahrungspflicht stricto sensu*), que na nossa linguagem jurídica seria mais comum chamar de dever de lealdade em sentido restrito. O autor entende que o dever referido diz respeito a atenção que o fiduciário deve prestar no interesse do fiduciante.

⁵³⁶ Para o caso português pode ser encontrado em www.cgov.pt.

⁵³⁷ Alastair Hudson, *Equity and Trusts*, 6ª ed., Abingdon, Routledge-Cavendish, 2010, pág. 324 seg.

⁵³⁸ Terminologia encontrada na obra de A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust ...*, ob. cit., pág. 572.

⁵³⁹ Júlio M. Vieira Gomes, “A gestão de negócio. Um instituto numa encruzilhada”. *BFDUC*. Splemento, Vol. XXXIX, Coimbra Editora, 1993, pág. 210 seg.

3 - Dever de cooperação

I. Dissemos já que o negócio fiduciário é um dos chamados “contratos de cooperação”. Pela sua complexidade e porque são contratos com alguma duração no tempo, se exige que as partes devam criar espaços de operacionalidade da autonomia da vontade, para que a necessidade de integração dos interesses da relação fiduciária se concretize⁵⁴⁰. Por isso, as partes devem actuar sempre de boa fé, seja nos preliminares como na formação do mesmo – art. 227º – assim como no cumprimento do contrato – art. 762º, nº 2. A actuação do fiduciário deve ser no sentido de dar o seu contributo para a conclusão exitosa do contrato, estando também aqui incluído o dever de cumprir determinados deveres acessórios que subsistem depois de cumprida a obrigação principal, não havendo descomprometimento total enquanto não estiverem completamente realizados os interesses das partes e, por isso, afirmamos como dito no acórdão da Relação de Évora, que a boa fé “é o ar que circula em toda a vida do contrato”⁵⁴¹. Naquele primeiro caso estamos a fazer referência à descoberta de Jhering, que defendeu e a lei, a doutrina e a jurisprudência recepcionaram, que é a obrigação das partes assumirem determinados deveres antes do contrato estar concluído, sob pena de responsabilização; estaremos a falar da *culpa in contrahendo*⁵⁴²; no segundo caso corresponde aos casos de responsabilidade geral pelo incumprimento contratual, configurando a responsabilidade do devedor e, no terceiro e último caso, trata-se dos deveres que resultam do *post pactum finitum*, aquele que subsiste mesmo depois da relação obrigacional se extinguir, considerados também como “deveres pós-eficazes”⁵⁴³. Nestas situações a boa fé funciona como fonte imediata de responsabilização por um eventual dano criado na parte⁵⁴⁴, e como fundamento ou apoio a partir do qual desabrocha a pós-eficácia⁵⁴⁵. Como já referido, os deveres fiduciários podem estar definidos no *pactum fiduciae*, ou na lei que é fonte regulamentar no negócio em causa.⁵⁴⁶

⁵⁴⁰ R. Alonso Soto, A. Pérez de la Cruz, A. Sánchez Andrés, “Lección 27. Los contratos de colaboración” *Lecciones de Derecho mercantil*, Civitas, 10ª ed., Madrid, 2012, pág. 615.

⁵⁴¹ Acórdão de 12 de Abril de 1984, em *CJ*, Ano IX, T. 2, pág. 288.

⁵⁴² A. Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé ...*, ob. cit., pág. 527.

⁵⁴³ A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VII, Almedina, Coimbra, pág. 657.

⁵⁴⁴ Manuel Gomes da Silva, *O dever de prestar ...*, ob. cit., pág. 352 – 353.

⁵⁴⁵ A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. IX, 1ª ed., reimp., Almedina, Coimbra, 2014, pág. 78 e seg.

⁵⁴⁶ Assim acontece com os intermediários financeiros cujos deveres são fiduciários. Em Portugal estão contidos no Código de Valores Mobiliários, nos art. 87º, nº 1, 304º, nº 3, para exemplificar; os deveres resultantes do

II. Podem ocorrer situações de alterações sofridas no contexto do cumprimento contratual, quando resultam das necessidades para um melhor e cabal cumprimento do *pactum*, das necessidades dos beneficiários e até de alterações legais, e sejam fonte de não cumprimento pontual dos seus deveres ou, pelo menos, cumprir tempestivamente⁵⁴⁷. Sempre que se registar tais alterações, as partes têm o dever de, em cooperação, tomar conjuntamente as decisões para extinguirem a relação jurídico-fiduciária ou alterarem os termos contratuais⁵⁴⁸.

Nos direitos dos *trusts* este dever é entendido de forma diferente: quando a administração dos bens do *trust* forem entregues a mais de um *trustee*, estes devem tomar decisões conjuntamente e, caso haja divergências entre eles ou entre os interesses dos beneficiários e da vontade do *settlor*, é chamado o tribunal para harmonizar as diferenças⁵⁴⁹.

4 - Dever de informação

I. O fiduciante deve prestar todas as informações relativas ao estado do acervo patrimonial entregue ao fiduciário. Para tal, o dever de informar (comunicar) tem de ser concretizado de forma adequada e com antecedência razoável, tendo em atenção a importância e complexidade do negócio, bem como a natureza das obrigações. A situação proprietária do bens pelo fiduciário mesmo que temporária, porque dirigida a realização de um fim determinado, será reintegrada na esfera patrimonial do fiduciante ou de um terceiro beneficiário, o que demonstra a pretensão creditícia que o fiduciante tem em ver aquela reintegração e demonstra também como despoleta a expectativa jurídica no terceiro beneficiário. Por isso, ambos têm muito interesse em obter toda a informação necessária sobre

poder regulamentar da CMVM, nomeadamente o Regulamento nº 12/2000, art. 4º, nº 5, alínea c); existe igualmente no Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, art. 73º. Consta da Lei nº 22/15, de 31 de Agosto de 2005, que aprova o Código dos Valores Mobiliários de Angola no Capítulo IV, o rol dos diversos deveres a que os intermediários financeiros estão adstritos. Na doutrina e para mais desenvolvimentos, cfr. Gonçalo André Castilho dos Santos, *A responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro Perante o Cliente*, Estudos sobre o Mercado de Valores Mobiliários, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 88 seg.

⁵⁴⁷ Vale recordar que cumprimento pontual e cumprimento tempestivo não é a mesma coisa. Pontual vai mais longe do que cumprir no tempo programado. Cfr. Antunes Varela, *Das Obrigações ...*, Vol. II, pág. 14.

⁵⁴⁸ Enzo Rappo, *O Contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 34. Sobre a impossibilidade de cumprimento, veja-se José Carlos Brandão Proença, *Lições de Cumprimento e não Cumprimento das Obrigações*, Coimbra Editora, 2011, pág. 163 -208.

⁵⁴⁹ A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust ...*, ob. cit., pág. 587-588.

as aptidões do fiduciário, para não dizer da sua *ficha de serviço*; durante a execução do contrato, pretenderão ter informações sobre a gestão dos bens e, no final, obter informação que lhes assegure o completo cumprimento do acordo. O ponto importante é o de que, cabe ao fiduciário colocar a disposição do fiduciante toda a informação que demonstre que é um contraente com aptidão e competência para lhe confiar a gestão de uma massa patrimonial. Este é o ponto de partida, a fase pré-negocial.

Numa segunda fase, caberá ao fiduciário passar a prestar toda a informação sobre a gestão dos bens dados em *fiducia*. Esta informação deve ser prestada ao fiduciante e aos beneficiários. Estes, no *trust*, têm um direito que os habilita a exigir que lhes seja prestada toda a informação possível para que os seus direitos sejam salvaguardados, podendo exercer uma actividade ampla de fiscalização da gestão. Entretanto, sendo vários beneficiários e com ligação e interesse diferentes, estes poderão exigir apenas no limite do interesse de cada um, não podendo estender para lá da sua quota do benefício⁵⁵⁰.

É justo até que, para transparência das suas funções, o fiduciário comunique ao fiduciante sobre os credores que tem e os tipos de encargos que os seus bens próprios sofrem. O dever de prestar informação é contraposto com o direito do fiduciante e dos beneficiários de exigir a prestação de informação, ficando o fiduciário numa situação de obediência perante o fiduciante e os beneficiários⁵⁵¹. O fiduciário deve prestar informação sobre a situação de conservação e frutificação dos bens e sobre a possibilidade de oneração ou execução dos seus próprios bens. Esta última situação está relacionada com o dever de boa fé, pois é justo que toda a situação anómala que estiver a correr com o fiduciário sobre o seu património seja do conhecimento das pessoas que têm algum interesse nesta situação⁵⁵².

II. Nas situações em que a transmissão do bem requeira registo a favor do fiduciário, este deverá informar sobre todos os elementos atinentes a este acto aos beneficiários e a

⁵⁵⁰ Grant Thomas/Alastair Hudson, *The Law of Trust*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pág. 1015.

⁵⁵¹ No desenvolvimento doutrinário sobre os deveres do *trustee*, considerou-se que pelo facto do conceito de *good faith* ser indeterminado é necessário que o seu conteúdo seja completado com o conteúdo determinado (quer por lei, quer pela regulamentação contratual) do dever de obediência. Alan R. Palmiter, *Duty of Obedience: the Forgotten Duty*, 55 NYL Sch L Rev, 2010-2011, pág. 457-478.

⁵⁵² No campo do *Trust* as exigências do dever de informação são avaliadas sempre tendo em vista outros deveres: o dever de lealdade e o dever de cuidado. Defendem os perseguidores deste entendimento, que apenas agrupando estes deveres é possível analisar com precisão o alcance de cada um dos deveres. Rob Atkinson, *Obedience as the Foundation of Fiduciary Duty*, 34 J Corp L., 2008, pág. 43-97.

terceiros interessados⁵⁵³. O registo circunstanciado dos bens, para facilitar o acesso a toda a informação sobre os bens fiduciários⁵⁵⁴ é um dever da maior importância porque facilita avaliar o alcance da posição que assumiu, definindo as fronteiras entre os bens e com ele evitar uma possível relação de conflito de interesses. Este registo deverá estar sempre actualizado e com elementos suficientes para ilustrar a segregação patrimonial, a conservação do património afectado e a sua frutificação, se for caso disso.

III. Por fim, a prestação de informação sobre a sua capacidade técnica e profissional para desempenhar com cuidado e diligências as funções adstritas a esta posição jurídica e conhecimento que tem sobre a actividade que irá realizar⁵⁵⁵, obriga que o fiduciante tenha também um mínimo de conhecimento da actividade a ser desenvolvida pelo fiduciário, porque se não de nada valerá as informações que receber, sob pena de não tomar medidas de prevenção contra actos susceptíveis de causar danos. O dever de informação, que parece ser mais acessório de protecção ao dever de cuidado, é fundamental quando o fiduciário uma entidade colectiva, *maxime*, uma sociedade comercial, cuja estrutura obriga os administradores a cumprirem com este dever pois são eles que representam⁵⁵⁶ e manifestam a vontade do fiduciário⁵⁵⁷. São extensivas ao *trust* as exigências feitas aos fiduciários de determinadas habilidades correspondentes com a natureza do negócio a realizar⁵⁵⁸.

⁵⁵³ Nos termos do Código de Registo Predial, o registo é obrigatório – art. 8º A – e os sujeitos obrigados a promover o registo – no art. 8º B. Para mais desenvolvimentos sobre esta situação ver Capítulo X, Secção V.

⁵⁵⁴ Esta exigência é expressa nas relações do intermediário financeiro, cfr. CVM, artº 307º seg.

⁵⁵⁵ Para além do conhecimento da actividade da sociedade que será administrada pelo gestor/fiduciário, é de todo recomendável que ele esteja rodeado de pessoal com um grau de perícia, para o assessorarem nas tomadas de decisão. Cfr. Tânia Meireles da Cunha, *Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades perante os Credores Sociais: Culpa nas Responsabilidades Civil e Tributária*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pág. 53. Já no que tange a possibilidade de responsabilizar as pessoas que assessoram o administrador, veja-se Jorge F. Sinde Monteiro, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989, pág. 9-13. Na avaliação interpretativa que o Professor faz do art. 485º CC, conclui que “ (...) a assunção da responsabilidade parece ser de natureza contratual e o dever jurídico de que aqui se fala pode, também ele, nascer *ex lege* ou *ex contrato*”.

⁵⁵⁶ Alexandre Soveral Martins, “Capacidade e representação das sociedades comerciais”, Problema do Direito das Sociedades, *IDET*, Almedina, Coimbra, pág. 471-496. Na verdade, não sendo o sujeito activo ou passivo o obrigado a realizar o registo, por força do art. 8º B do Código de Registo Predial, o adquirente deve, para sua própria segurança, exercer o dever de vigilância, já que, nos termos do mesmo Código, depois de dois meses (art. 8º C) haverá sanções pecuniárias sobre a entidade obrigada a promover o registo (art. 8º D, nºs 1 e 3).

⁵⁵⁷ A figura do administrador e as consequências que veio introduzir na estrutura da sociedade, inverteu o esquema tradicional da relação obrigacional. A sociedade responde pelas suas próprias dívidas e estas apenas serão ligadas aos administradores quando o surgimento das dívidas tenha sido por actos dolosos de gestão dos administrados. Como sabemos, o objecto social funciona como limite externo do poder de representação do administrador, cuja vontade e interesse não se identifica necessariamente com a vontade e interesse da sociedade.

Nesta mesma linha, o dever de informação está ligado o *duty to keep accounts and give information to beneficiaries*⁵⁵⁹. Na informação não só cabem aquelas que o fiduciante deve prestar ao fiduciário, mas também as que este deve prestar àquele e aos beneficiários. Com a gestão realizada pelo fiduciário, deve prestar contas aos interessados (aqui contas no verdadeiro sentido contabilístico) e toda informação relativa ao estado de conservação e frutificação dos bens⁵⁶⁰. Assim, o dever de informação acaba por ser manifestação de fidelidade do fiduciário para com o fiduciante e os beneficiários, pois ao lhes comunicar com verdade o estado dos bens fiduciários actua como *fiduciary officer* perante aqueles que dele esperam este comportamento.

5 - Deveres de cuidado

I. Os actos de administração que o fiduciário está obrigado a praticar exigem dele cuidados especiais para com a conservação do acervo patrimonial e com a tomada de decisões⁵⁶¹. Antes da codificação do dever de cuidado foram os tribunais ingleses que desenvolveram este dever, cujo conteúdo era equiparável ao cuidado de um homem de negócios que actua com a prudência na gestão dos seus próprios negócios⁵⁶². Por cá, o CSC no seu art. 64º veio determinar a obrigatoriedade legal do dever de cuidado, relacionado com os deveres fiduciários dos administradores. Igualmente, é exigível aos fiduciários tomar decisões sobre a gestão dos bens fiduciados de forma razoável, proporcional⁵⁶³ e com a “diligência de

O que se exige é a harmonização destes interesses para que não surja conflito, e este desiderato é possível com o estabelecimento de deveres fiduciários a que os administradores deverem estar adstritos ao seu cumprimento. Cfr. Alfaro Águila-Real, “La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales” in *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 18, 2002, pág. 13-14.

⁵⁵⁸ Posição tomada pela jurisprudência inglesa: *Tiger v Barclays Bank Lda* [1952] 1 All ER 85-88, [Jenkins LJ].

⁵⁵⁹ J. D. Heydon/ P. L. Loughlan, *Cases and ...*, ob. cit., pág. 775 seg.

⁵⁶⁰ J. D. Heydon/ P. L. Loughlan, *Cases and ...*, ob. cit., pág. 775 seg. Dizem os autores que “*a trustee must keep accounts and be ready to produce them for the beneficiaries. Prima facie the beneficiaries are entitled to see certain trust documents, but that gives way to trustee’s right not to give the beneficiaries reasons for decisions*”.

⁵⁶¹ Sónia das Neves Serafim, “Os deveres fundamentais dos administradores: “o dever de cuidado, a *business judgment rule* e o dever de lealdade”, in *Temas de Direito das Sociedades*, Coord. Manuel Pita e António Pereira de Almeida, Coimbra Editora, 2011, pág. 535.

⁵⁶² Gower and Davies, *Principles of modern company law*, 7th ed. by Paul L. Davies, Sweet and Maxwell, London 2003, pág. 490 seg.

⁵⁶³ “Proporcional” tem aqui o significado de tomar decisão que está entre o interesse do fiduciante e do acordo fiduciário, e o grau de discricionariedade atribuído aos fiduciários, pois eles podem tomar decisões que representam uma alternativa entre as várias possibilidades de decisões que pode tomar, sem que para isso represente uma má escolha, só porque escolheu a solução menos boa, mas que foi de encontro com o *pactum fiduciae*. Coutinho de Abreu, *Deveres ...*, ob. cit., pag. 21. Esta visão pode levar a confusão com o dever de

um gestor criterioso e ordenado”⁵⁶⁴, como um homem de actuação razoável na gestão de negócios, não dos seus próprios bens mas de bens da sociedade ou de terceiros, dependendo da qualidade em que se vincula como fiduciário⁵⁶⁵.

Nos termos que a lei vem expressar, o dever de cuidado cria dificuldades em determinar com alguma exactidão o seu conteúdo⁵⁶⁶, pois o legislador, quando os especificou, utilizou conceitos abertos ou indeterminados⁵⁶⁷, como “disponibilidade, competência técnica e conhecimento da actividade da sociedade” que, para serem exactamente compreendidos e serem conceitos operativos, carecem de “preenchimento valorativo”⁵⁶⁸. Ademais, os deveres gerais e primários dos administradores são a representação da sociedade e a administração/gestão da sociedade, conforme o disposto nas normas dos arts. 252º e 259º no que diz respeito às sociedades por quota e, 405º e 431º quanto às sociedades anónimas, cujo exercício, para além do dever de lealdade, merece uma diligência de um gestor criterioso⁵⁶⁹.

lealdade, que é o dever do fiduciário de ter uma atitude de, em exclusivo, comportar-se tendo em atenção o interesse constante no *pactum* ou nos estatutos da sociedade, ou que simplesmente resultem de factores éticos da convivência humana, cuja materialização se verifica quando a lealdade corresponde com o dever de honrar a confiança que lhe foi depositada, abstendo-se de praticar actos em seu próprio benefício ou de interesses que estejam em contradição com o convencionado ou estabelecido na lei.

⁵⁶⁴ A. Menezes Cordeiro, “Os deveres ...”, ob. cit., pág. 24 -25, refere que dependendo a concretização do comportamento exigível do tipo e da dimensão e complexidade da actividade da sociedade, “a bitola seria mais exigente do que a relativa ao comum do comerciante, uma vez que se gerem bens alheios”.

⁵⁶⁵ No caso *Re Speight; Speight v Gaunte* (1883) 22 Ch D 727 Court of Appeal. Neste caso *trustee* fez uma gestão que resultou na perda de valores monetários aplicados no trust. Em segunda instância, considerou-se que “*in the first place, I think we ought to consider what is the liability of a trustee who undertakes an office which requires him to make an investment on behalf of his cestui que trust. It seems to me that on general principles a trustee ought to conduct the business of the trust in the same manner that an ordinary prudent man of business would conduct his own, and that beyond that is no liability or obligation on the trustee. In other words, a trustee is not bound because he is a trustee to conduct business in other than the ordinary and usual way in which similar business is conducted by mankind in transactions of their own. It never could be reasonable to make a trustee adopt futher and better precautions than an ordinary prudent man of business would adopt, or to conduct the business in any other way. If it were otherwise, no one would be a trustee at all. He is not paid for it. (...)*”, in J. D. Heydon/ P. L. Loughlan, *Cases and ...*, ob. cit., pág. 779-781.

⁵⁶⁶ A. Menezes Cordeiro, “Os deveres ...”, ob. cit., pág. 10. As dificuldades de preenchimento do seu conteúdo são, segundo o autor, devidas ao facto do dever de cuidado ter sido criação anglo-saxónica, cuja transposição para o território luso não pode obedecer às técnicas da origem, o “apresentam um grau de abstracção muito elevado, a concretizar nos meandros da *case law*: estranha ao Direito”.

⁵⁶⁷ Carlos da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed., por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, pág. 87.

⁵⁶⁸ João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 15ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág. 114.

⁵⁶⁹ Pedro Caetano Nunes, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 470 seg.

II. O dever de cuidado tem sido abordado com mais ênfase no âmbito do chamado risco da empresa, ou seja, quando os resultados da actividade empresarial estejam ligados a factores que não estão no domínio de quem faz a gestão da empresa⁵⁷⁰. Assim, sendo amplo e indeterminado, impõe-se procurar densificar o dever de cuidado, sob pena de, surgindo lesão à sociedade, aos sócios, aos credores ou a terceiros, correr o risco do gestor fiduciário poder ser responsabilizado civilmente. Este entendimento determinou que os administradores não devem ser responsabilizados pelo fracasso dos desígnios da empresa quando os factores de insucesso não poderem ser controlados ou devidamente previstos por eles, o que se resume na ideia ou já numa teoria do risco da empresa, ficando de fora o dever de cuidado de efectuar uma gestão tendente a evitar que este risco de empresa apareça⁵⁷¹. O legislador tratou, então, de não bloquear a enumeração dos deveres densificadores do dever de cuidado, pelo contrário, fê-lo de forma exemplificativa, para que a doutrina e a jurisprudência possam, a cada novo caso concreto, dar uma justa e equitativa resposta que não seja contrária à harmonia do sistema jurídico⁵⁷². Tais deveres são o de vigilância e de investigação, tendente a tomada de decisões (*duty to monitor e duty to inquire*); dever de disponibilidade para a vigilância e investigação⁵⁷³; dever de preparação adequada das decisões; dever de tomar decisões de gestão racionais; dever de tomar decisões de gestão razoáveis⁵⁷⁴.

III. A violação do dever geral de cuidado é também entendido como diligência em sentido estrito⁵⁷⁵ e corresponde a uma ou várias formas de ilicitude que apenas podem ser identificáveis nos actos de concretização do comportamento do fiduciário. O princípio geral

⁵⁷⁰ Maria Elisabete Gomes Ramos, *Responsabilidade ...*, ob. cit., pág. 91.

⁵⁷¹ Bruno Ferreira, “Os deveres ...”, ob. cit., pág. 29

⁵⁷² Pedro Caetano Nunes, *Corporate Governance*, Almedina, pág. 22. O autor divide o dever de cuidado seguindo um critério que a doutrina norte-americana ensaiou: a) o *duty to monitor*; b) o *duty to inquiry*, c) *reasonable decision making process*; d) *reasonable decision*. Coutinho de Abreu, *Responsabilidade ...*, ob. cit., pág. 19, segue outro entendimento qualificativo: a) dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional; b) dever de actuação procedimentalmente correcta (para a tomada de decisões); c) dever de tomar decisões (substancialmente) razoáveis.

⁵⁷³ Pode ser encontrada no *Combined Code on Corporate Governance*, que constitui parte da “List Rules da London Stock Exchange”. Também, Louis G. Doyle *Insolvency Litigation*, Sweet and Maxwell, London, 1999, pág. 400. A. Keay, “The Director’s Duty to take into account the interests of company creditors: When is it triggered?”, *Melb U I Rev*, Vol. 25, nº 2, 2001, pág. 320.

⁵⁷⁴ Bruno Ferreira, “Os deveres ...”, ob. cit., pág. 29.

⁵⁷⁵ J. Coutinho de Abreu, “Deveres de cuidado e de lealdade ...”, ob. cit., pág. 18.

que consagra a ilicitude da conduta do fiduciário vem consagrado no artº. 483º CC⁵⁷⁶. Do artº. 798º CC podemos retirar a ideia do respeito pelo dever contratual de cuidado, no sentido de estar aí um princípio geral que pode bem cobrir o problema da natureza da obrigação assumida pelo fiduciário, apesar de não ser pacífica a sua aceitação como forma de ilicitude⁵⁷⁷.

IV. Pois bem, o dever de cuidado corresponde ao círculo dos conceitos indeterminados e necessita, para a sua concreta aferição, estudar as diversas vertentes. Primeiro, exige-se um dever de vigilância sobre toda a actividade contratual, que no direito anglo-americano é tratado como *duty to obey the terms of the trust*⁵⁷⁸; segundo, dever de investigar e conferir a autenticidade e credibilidade das informações sobre o estado do património fiduciário e dos que têm nele interesse, evitando-se riscos desmesuráveis⁵⁷⁹, também tratado no *trust* como *duty to learn the terms of the trust*; terceiro, o dever de adoptar um comportamento razoável e diligente, obtendo informação suficiente e fiável para a tomada de decisão que vá de encontro

⁵⁷⁶ Fernando Pessoa Jorge, *Ensaio ...*, ob. cit., pág. 67. Também, Ricardo Costa, “Deveres gerais ...”, ob. cit., pág. 159 seg.

⁵⁷⁷ Antunes Varela, seguindo Esser, defende que “a observância do cuidado exigível no comércio jurídico funciona como um fundamento de exclusão da ilicitude, perfeitamente equiparável às causas de justificação do facto”. *Das Obrigações ...*, ob. cit., pag. 554.

⁵⁷⁸ J. D. Heydon/ P. L. Loughlan, *Cases and ...*, ob. cit., pág. 769. Os autores consideram que “*This fundamental duty can be modified by the court or the beneficiaries acting unanimously. There are other exceptions, but, statute apart, they are very limited.*” Na verdade o tribunal tem o dever de controlar a execução do *trust*, assegurando-se que o *trustee* cumpre com os seus deveres e protegendo-o quando cumpre com os seus deveres, orientando-o nos casos de haver alguma dúvida, mas punindo-o se actuar de forma errada. O tribunal não pode alterar o *trust* por considerar que a alteração é a favor dos beneficiários. A vontade do *settlor* não é modificável pelo tribunal; o poder do tribunal é alterar a qualificação do estatuto do beneficiário. No caso *Chapman v Chapman* [1954] AC 429; [1954] 1 ALL ER 798 House of Lords, Viscount Simonds expressou a seguinte posição “ (...) *The majos proposition I state in the words of one of the Great masters of equity, ‘I decline’, said Farwell J in Re Walker [1901] 1 Ch 879 at 885 ‘to accept any suggestion that the court has an inherent jurisdiction to alter a man’s will because it thinks it beneficial. It seems to me that is quite impossible’. It should then be asked what are the exception to this rule. They seem to me to be reasonably clearly defined. There is no doubt that the Chancellor (whether by virtue of the paternal power or in the execution of a trust, it matters not) had and exercised the jurisdiction to change the nature of na infant’s property from real to personal estate and vice versa, though this jurisdiction was generally so exercised as to preserve the rights of testamentary disposition ando f succession. Equally, there is no doubt that from an early date the court assumed the power, sometimes for that purpose ignoring the direction of a settlor, to provide maintenance for an infant, and, rarely, for na adult, beneficiary. So, too, the court had power in the administration of trust property to direct that by way of salvage some transaction unauthorised by the trust instrument should be carried out. Nothing is more significant then the repeated assertions by the court that mere expediency was not enough to found the jurisdiction. Lastly, and I can find no other than these four categories, the court had power to sanction a compromise by an infant in a suit to which that infant was a party by next friend or guardian ad litem ...*”, in J. D. Heydon/ P. L. Loughlan, *Cases and ...*, ob. cit., pág. 770.

⁵⁷⁹ Coutinho de Abreu, “O dever de cuidado exige concretizações ou precisões” – *Reforma do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, nº 3, 2007, anotação nº 35.

com os diversos interesses em jogo⁵⁸⁰, nomeadamente, do fiduciante, do (s) beneficiário(s) e até do próprio fiduciário; por último e em quarto lugar, o dever de decidir e executar decisões que se mostrem, perante o fiduciante e o (s) beneficiário (s), razoáveis, equitativas e ponderadas⁵⁸¹. É um dever que se consubstancia em realizar diligentemente todos os actos necessários e indispensáveis para a consecução da finalidade fiduciária.

Constitui também dever de cuidado o cumprimento das exigências das leis fiscais. Ora, quando o património imóvel deva estar em nome do fiduciário e seja exigível realizar o seu registo numa repartição fiscal ou na conservatória do registo predial, há que proceder conforme o estabelecido para proteger o próprio património que funciona como mecanismo de oponibilidade a terceiros. A responsabilidade de pagar os impostos sobre imóveis ou sobre móveis sujeitos a registo é do próprio fiduciário.

Ainda constitui dever de cuidado a atitude diligente que o fiduciário deve observar quando for titular de valores imobiliários em nome de um determinado investidor e decida vendê-las em bolsa. É o que se passa com os intermediários financeiros que para a salvaguarda de uma gestão positiva é-lhes exigida a manutenção dos registos que possibilitem a separação e identificação dos seus patrimónios e dos clientes – art. 61º a 64º do CVM – e, quando se opera a venda das acções, o intermediário financeiro deverá actuar com a diligência necessária para evitar “os riscos de perda ou de diminuição de valor dos activos dos clientes ou de direitos relativos a esses activos, como consequência de utilização abusiva, de fraude, má gestão, manutenção de registos inadequada ou negligência” – artº 16º, nº 1, al. f) da Directiva nº 2006/73/CE⁵⁸². Mesmo quando a venda seja fora do mercado e a função fiduciária seja a de alienar, deverá fazê-lo sempre procurando a melhor oferta possível e que vá de encontro com a

⁵⁸⁰ Os vários interesses em jogo podem aqui ser apontados pela *Company Act 2006* descritos na secção 172, subsecção 1, nomeadamente um comportamento que vá de encontro aos interesses dos sócios, interesse dos trabalhadores, o interesse dos fornecedores, clientes e outros, no interesse da comunidade e do meio ambiente – aqui procurar uma actitude em que a actividade empresarial seja amigável ao ambiente.

⁵⁸¹ Vânia Patrícia Filipe Magalhães, *A conduta ...*, ob. cit., pág. 390. Igualmente, A. Menezes Cordeiro, “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades”, *ROA*, 2006, pág. 479.

⁵⁸² Compreende-se que o dever de cuidado se estende até a “utilização abusiva”, com “fraude”, a “má gestão”, a “inadequada manutenção dos registos” ou a “negligências” pois, nestas situações, atinge-se o grau de ilicitude na medida em que houve o incumprimento deste dever. Actuar de forma a ter cuidado com as incumbências assumidas no *pactum fiduciae* exige um “grau de esforço (...) para determinar e executar a conduta que representa o cumprimento de um dever”, portanto, é de considerar que a avaliação do padrão exigível no dever de cuidado tem um sentido normativo – cfr. Pessoa Jorge, *Ensaio sobre ...*, ob. cit., pág. 76.

vontade do fiduciante ou de terceiro e nunca com a sua própria vontade ou simpatia de qualquer ordem⁵⁸³.

V. A experiência brasileira vem demonstrando que os deveres fiduciários dos administradores vão sendo estendidos em várias áreas que não apenas as referidas nos códigos comerciais. A Instrução CVM nº 558, de 26 de Março de 2015, de que mais à frente voltaremos a falar, refere no seu capítulo V as regras de comportamento do administrador de carteira de valores mobiliários que devem pautar a sua conduta na boa fé, transparência, diligência e lealdade em relação aos seus clientes com vista a desempenhar as suas actividades para atender aos objectivos de investimento dos seus clientes e evitar práticas que possam ferir a relação fiduciária mantida com os seus clientes.

Como se pode observar, a comissão de valores mobiliários brasileira não impõe o dever de cuidado, mas pensamos que as conjugações dos deveres referidos podem muito bem mitigar a ausência do conteúdo dos deveres de cuidado: a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade que devem ser sempre conjugadas com a bitola do gestor criterioso e ordenado, conforme o art. 64º, nº 1, al. a)⁵⁸⁴.

6 - Dever de guarda ou protecção

I. Devido à complexidade do negócio fiduciário, como já referimos, encontramos um conjunto de deveres entre si relacionados que obrigam a fazer alguns esclarecimentos para melhor entender a sua ligação. Tais deveres visam assegurar a garantia do valor dos bens dados em *fiducia* e de os proteger de situações que possam causar a sua depreciação

⁵⁸³ Este aspecto parece de difícil cumprimento. Entendemos que a relação fiduciária para alienar está muito baseada na vontade do fiduciante, no entanto, é ao fiduciário que caberá a derradeira decisão. Mas esta decisão deverá estar afastada de sentimentos próprios do fiduciário. Ao decidir a melhor oferta deverá fazê-lo tendo em atenção o melhor preço do mercado e procurando colocar-se no lugar do fiduciante, avaliando qual é o interesse e a vontade presumida do fiduciante. Aqui há o dever de procurar maximizar os benefícios do fiduciante ou de terceiro.

⁵⁸⁴ A. Menezes Cordeiro, “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades”, *ROA*, Ano 66, Vol. II, 2006, pág. 1-19. Ricardo Costa, “Deveres gerais dos administradores e ‘gestor criterioso e ordenado’”, *Direito das Sociedades em Revista*, I Congresso, Almedina, Coimbra, pág. 165, explica que “o dever de cuidado consiste na obrigação de os administradores cumprirem com diligência as obrigações derivadas do seu ofício-função, de acordo com o máximo interesse da sociedade e com o cuidado que se espera de uma pessoa medianamente prudente em circunstâncias e situações similares”. Continuando na mesma página, citando o Professor Coutinho de Abreu, diz que a obrigação dos administradores implica que “os administradores hão-de aplicar nas actividades de organização, decisão e controlo societário o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias”.

económica ou ónus jurídico, como também no sentido de se prestar toda a vigilância à situação económica dos bens, ao desenvolvimento financeiro (nos casos de gestão de carteira de acções, v.g.), à capacidade do bem vir a reproduzir-se (os casos de mandato para adquirir, v.g.).

Como já dito, a propósito da responsabilidade do fiduciário, Capítulo II, Secção I, nº 5, uma das obrigações do fiduciário é a retransmissão do bem ao fiduciante, logo, a finalidade da entrega do bem em *fiducia* e a sua retransmissão tem uma finalidade principal e determinante porque é parte da génese do acordo fiduciário, sem o qual o negócio fiduciário fica descaracterizado. Se assim não fosse a vinculação obrigacional do fiduciário para com o fiduciante não operava, pois o exercício do poder fiduciário não se acharia condicionado à realização do fim estabelecido no *pactum* a favor de um beneficiário⁵⁸⁵. Diferentemente do contrato de depósito, a guarda ou custódia constitui um fim em si e não há restituição, pois a obrigação de restituir a coisa depositada não é obrigação autónoma nem um fim (objectivo) do depósito (não se deposita para que se restitua), senão o fim último da guarda (estando cumprido o fim – objectivo – de guardar, há que se fazer a restituição). Assim dispõe o art. 1185º: “depósito é o contrato pelo qual uma das partes entrega à outra uma coisa, móvel ou imóvel, para que a guarde, e a restitua quando for exigida”. Não é este o fim do contrato fiduciário. Não é a guarda o seu fim. A guarda no negócio fiduciário não é um fim em si, constitui sim um dever para que o fim da fidúcia se cumpra com êxito. É o entendimento do art. 1181º, nº 1: “o mandatário é obrigado a transferir para o mandante os direitos adquiridos em execução do mandato”. Apenas depois de cumprido o contrato de fiduciário (mandato sem representação)⁵⁸⁶ é que se operava a restituição/retransmissão/transferência dos direitos adquiridos ou dos bens dados em *fiducia*⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ André Figueiredo, *O Negócio ...*, ob. cit. pág. 83-91.

⁵⁸⁶ Ainda que neste caso a figura do mandato sem representação seja indicada como “modelo” da *fiducia cum amico*. Cfr. Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, 4ª ed., revista e actualizada, Universidade Católica Editora, pág. 345; Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2002, pág. 190-192. Pais de Vasconcelos, *Contratos ...*, ob. cit., pág. 260. Na nota nº 507, o autor elabora as semelhanças e diferenças que podem ser apontadas entre o negócio fiduciário e o mandato sem representação.

⁵⁸⁷ Vaz Serra, anot. ao acórdão do STJ de 17 de Março de 1961, *RLJ* ano 94º, pág. 378, admite haver dificuldades na delimitação entre depósito e mandato.

II. No negócio fiduciário o dever de guarda ou custódia tem carácter instrumental e não é uma obrigação primária⁵⁸⁸. O fiduciante entrega o bem ao fiduciário não para que ele o guarde mas para que o administre ou que cumpra cabalmente a sua função de garantia e assim mantenha a sua quantidade e qualidade conservada e que possa (dependendo da natureza do bem) oferecer condições para que os seus frutos se reproduzam. Ora, apenas no momento da restituição ou retransmissão do bem ao fiduciante ou a terceiro beneficiário declarado no *pactum fiduciae*, é que se avalia se o bem foi objecto de boa guarda, se o fiduciário actuou com o grau de um gestor diligente⁵⁸⁹. Aqui é notória a qualidade instrumental ou acessória do dever de guarda⁵⁹⁰.

Na verdade, o negócio fiduciário tem dois momentos marcantes: o primeiro reside no momento da transmissão do bem do fiduciante para o fiduciário. Aqui o objectivo é a administração ou a garantia. Num segundo momento, e cumprida a primeira fase (momento), o fim será a retransmissão do bem. Nesta dupla situação o dever de guarda ou custódia realiza o importante papel, o de funcionar como meio de assegurar o fiel cumprimento dos objectivos do contrato. De certeza que a retransmissão não será exitosa se o bem se deteriorar por culpa do fiduciário, o que origina o dever de reparar os danos daí decorrentes⁵⁹¹. E aqui, quanto a responsabilidade, importa referir que o dever de guarda corresponde a um dever de protecção

⁵⁸⁸ José C. Brandão Proença, “Do dever de guarda do depositário e de outros detentores precários: âmbito e função, critério de apreciação da culpa e impossibilidade de restituição”, *DJ*, t. 2, 1994, pág. 45-77.

⁵⁸⁹ O grau de diligência exigível não deve ser o mesmo para aquelas situações em que o dever de guarda é primário. Ainda assim, é de se esperar que o fiduciário actue embuido de boa fé e com lealdade, na medida em que a guarda visa salvaguardar a realização exitosa do fim principal do contrato fiduciário.

⁵⁹⁰ Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechtes*, 2ª ed., 1957, vol. II, § 54º assevera que “muito frequentemente, uma obrigação de guarda resulta de uma relação jurídica existente: o tutor guarda papéis do tutelado; o mandatário peças que o mandante lhe entregou para execução do mandato. Nestes casos, a obrigação de guarda adequada e diligente, assim como o dever de restituição, resulta da relação jurídica em causa; ela é ou parte do dever de prestação (...) ou dever secundário independente (...). A guarda de uma coisa alheia (...) pode, porém, ser também objecto de um especial contrato a ela dirigido, de um *contrato de depósito*”. *Apud* Vaz Serra, anot. ao acórdão do STJ de 17 de Março de 2961, *RLJ*, ano 94º, pág. 377 seg.

⁵⁹¹ A responsabilidade de reparar os danos causados aos bens dados em fidúcia apenas é possível porque o fiduciante tem o direito obrigacional sobre o fiduciário, na medida em que, como definiu André Figueiredo, a propósito do negócio fiduciário “ (...) *atribuição plena e exclusiva (ainda que temporária) de um bem ao fiduciário – maxime, de um direito de propriedade sobre uma coisa –, gravada porém por um vínculo funcional de natureza obrigacional que instrumentaliza a situação jurídica em que fica investido o fiduciário à prossecução de um interesse alheio – pertencente ao fiduciante (...)*”. Igualmente, o fiduciário tem a obrigação de actuar nos exactos termos acordados ou nos termos legais. Os termos em que deve pautar a actividade administrativa fiduciária não constitui um *dogma*; ela deve atender as questões supervenientes, pois as situações facticas e até o contexto legal em que se funda a constituição da relação fiduciária podem se alterar, facto que leva a que a avaliação a ser feita sobre o comportamento do fiduciário deve ser feito em concreto e atendendo as circunstâncias factuais e temporais que envolveram o caso. Para mais desenvolvimentos, ver Austin W. Scott, *Deviation from the Terms of a Trust*, 44 Harv L Ver, 1931, pág. 1025-1048.

ou segurança vinculado a uma obrigação jurídica. Logo, apesar de se reconhecer a função instrumental do dever de guarda é efectivamente predicável de quem está genericamente obrigado a conservar o bem para depois entregar, como responsável pelos danos que causar, caso o dever seja negativamente exercido. No âmbito da actividade desenvolvida no Mercado de Valores Mobiliário, existe a obrigação de confiar a um depositário os activos sob gestão dos organismos de investimento. Esta obrigação reveste uma dupla função: primeiro, a de custódia dos activos do fundo, depois, uma função de fiscalização e garantia de obediência legal perante os participantes do fundo⁵⁹².

III. O dever de guardar no negócio fiduciário de gestão tem um valor diferente do negócio fiduciário de garantia. No primeiro, além do dever de manter a sua quantidade e qualidade, o fiduciário deve exercer a gestão em vista à protecção dos bens, para que a finalidade económica e social do negócio fiduciário se concretize. Já quanto ao segundo, parece que a gestão visa apenas a sua conservação pois, nestes casos, há um grande interesse do próprio fiduciário em mantê-lo como o recebeu, ou até melhorá-lo para, na eventualidade do fiduciante não pagar a dívida, este poder vender o bem para se pagar.

Uma das principais consequências derivadas do carácter principal ou não da obrigação de guardar consiste na possibilidade do fiduciante solicitar o fim do contrato por incumprimento do dever de guarda, mesmo antes de se registar a obrigação de retransmissão. A natureza do dever de guarda ou *obbligazione di custodire*, como designa a doutrina italiana, e que vai mais conforme à função económico social do negócio fiduciário, é a de que o fiduciário está obrigado a tomar todas as medidas, todos os actos necessários para poder retransmitir o bem nas mesmas condições (nada impede que seja em melhores condições) em que lhe foi entregue antes da realização do escopo fiduciário.

O conteúdo do dever de guardar tem como fontes a lei, a autonomia da vontade, a natureza do bem ou os usos. Como estamos a tratar do dever de guarda dentro do negócio fiduciário, o seu conteúdo nem sempre depende das manifestações da autonomia da vontade, podendo estar regulada na lei ou até, quando o negócio fiduciário tem natureza comercial,

⁵⁹² Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pág. 782. Nem sempre o depositário é a sociedade gestora de fundos. Pode ser um terceiro e, neste caso, fica em causa a sua natureza fiduciária – artº 40º, nº 3, do DL, nº 252/2003, de 17 de Outubro.

pelos usos⁵⁹³. Ainda assim, na maioria dos negócios fiduciários, o conteúdo da regulamentação da relação jurídica é definido pelas partes graças à potencialidade que o princípio da autonomia da vontade transmite⁵⁹⁴.

É dada ao fiduciário ampla liberdade para eleger os meios e modos que melhor servem para executar o dever de guarda conforme os ditames de um bom pai de família ou de um gestor criterioso, conforme seja o fiduciário uma pessoa singular ou seja uma pessoa colectiva⁵⁹⁵. Nada obsta também que o fiduciante e o fiduciário acordem os exactos termos em que a guarda deverá ser exercida, quer no momento da celebração do contrato quer em momento posterior, não fosse verdade que “mudam-se os tempos, mudam-se as vontades”⁵⁹⁶. Nestes casos (por exemplo, as partes acordarem o lugar em que o bem deve ser guardado, as condições de guarda e os meios para a guarda), o acordo deve ser respeitado pelo fiduciário, salvo se ocorrerem circunstâncias supervenientes que impossibilitam o cumprimento nos termos acordados e, nestas situações, segundo cada caso concreto, tem de solicitar instruções ao fiduciante do modo como vai executar o dever de guarda perante a situação nova, ou a sua actuação deverá respeitar estritamente o interesse e a vontade do fiduciante. Quando estas circunstâncias revistam carácter urgente e não seja possível informar o fiduciante, «a priori» o fiduciário poderá alterar o convencionado, mas deverá comunicar ao fiduciante o mais breve possível⁵⁹⁷.

IV. Podem ser objecto da relação fiduciária qualquer bem ou direito. Quanto aos bens há que ter atenção a separação que se faz entre bens imóveis e bens móveis e a que existe entre bens móveis e móveis sujeitos a registo⁵⁹⁸. A diversidade de bens que podem ser objecto do negócio fiduciário leva a uma natureza diversa e cuidados diversos que devam ser exigidos

⁵⁹³ Carlos A. Molina Sandoval, *El Fideicomiso en la dinámica mercantil*, JCF Editorial, Buenos Aires, 2009, pág. 467 seg.

⁵⁹⁴ Antunes Varela, *Das Obrigações ...*, ob. cit., pág. 230 seg. Mário de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, 9ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pág. 206 seg. Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 254 seg. A jurisprudência também já percorreu um significativo caminho acerca da autonomia privada. A título de exemplo e para combinar a autonomia da vontade com o mandato sem representação, veja-se o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, nº 2889/08.6TBCSB-B.L1.S1 de 26 de Junho de 2014, em www.dgsi.pt.

⁵⁹⁵ A propósito de um litígio surgido entre um banco e um cliente, o STJ de Portugal decidiu em 16 de Junho de 2016 que em “face à obrigação de guarda e conservação dos bens empenhados, o credor pignoratício responde pelos danos resultantes da sua conduta, no caso dos bens perecerem ou se deteriorarem em consequência do incumprimento culposo de tal obrigação”, em www.dgsi.pt.

⁵⁹⁶ Luís de Camões, *Poesia Lírica*, Lisboa, Editorial Verbo, 1971, pág. 79.

⁵⁹⁷ Júlio Manuel Vieira Gomes, *A gestão de negócios. Um instituto jurídico numa encruzilhada*, BFDUC, Suplemento, Vol. XXXIX, Coimbra, pág. 319 seg.

⁵⁹⁸ Para melhores explicações, L. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do...*, ob. cit., pág. 659.

nos deveres de guarda. Não é o mesmo guardar uma fazenda com animais de uma fazenda apenas com plantações; não é o mesmo ser fiduciário de uma mercearia de ser fiduciário de uma carpintaria. O tipo de cuidados necessários para que o dever de guarda seja levado a bom termo difere e só em situações concretas é possível qualificar se foi devidamente cumprido ou não.

Tem-se ensaiado uma distinção entre aspecto passivo e activo da obrigação de guarda. O primeiro, aspecto passivo, consiste em não dispor do bem mas apenas vigiá-lo, entendida a vigilância como simples verificação do estado do bem, e o aspecto activo, na preservação e conservação por meio de cuidados e diversas diligências com vista a uma atitude mais cautelosa para a manutenção do *status*⁵⁹⁹ do bem⁶⁰⁰. O aspecto passivo não significa que o fiduciário toma um comportamento completamente inerte, pois seria sem conteúdo a obrigação de guarda se o fiduciário não tivesse que adoptar cautelas tendentes a evitar a subtracção ou deterioração do bem (não devida a caso fortuito)⁶⁰¹.

No que se refere aos frutos, é de se aceitar que há extensão do dever de guarda do fiduciário sobre os mesmos ao mesmo tempo que, devido aos actos de administração exigíveis em qualquer modalidade de negócio fiduciário, está obrigado a tomar todas as providências tendentes à frutificação do bem⁶⁰², facto compreensível, pois a exigência da vida económica

⁵⁹⁹ G. Balbi, «L'obbligazione di custodire (il comportamento dovuto)», *Revista di Diritto Civile*, t. XXXII, 1940, pag. 105. Este autor afirma que em linguagem comum *conservar* significa fazer com que uma coisa mantenha o seu próprio ser (conservar suas qualidades livre de factores que poderiam afectá-la); *proteger* significa impedir que uma coisa seja prejudicada, defendendo-a de eventos externos, de ofensas.

⁶⁰⁰ No direito bancário este dever foi tratado pela jurisprudência, por acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 22 de Junho de 2016, consulta aos 22 de Outubro de 2016, em www.dgsi.pt, quando define que o banco é responsável pela guarda dos valores que lhe são confiadas pelo cliente, correndo por sua conta o risco relativo à subtracção do dinheiro que lhe foi entregue. Esta responsabilidade resulta do facto dos bancos serem entidades legalmente habilitados a praticar profissionalmente actos bancários, pelo que devem adoptar uma orgânica própria e muito especializada, que possa responder, com eficácia, ao complexo de deveres a que estão vinculadas, nomeadamente para com os clientes, o que implica o emprego de um apertado sistema de controlo e supervisão. Importa aqui deixar claro que estes deveres e a forma do seu controlo são os mesmo que ocorrem no mercado de valores mobiliários, de que os bancos são partes como intermediários financeiros. Cfr. Paula Costa e Silva, “Compra, venda e troca de valores mobiliários”, *Direito dos Valores Mobiliários*, Lex, Lisboa, 1997, pág. 246 seg.

⁶⁰¹ T. Hualde Manso, «La obligación de custodia en el depósito», *Revista Jurídica de Navarra*, Vol. 12, 1991, pag. 218-219.

⁶⁰² É claro que nestas circunstâncias estaremos a falar da conservação de bens com capacidade reprodutora. Fazer a custódia de uma fazenda produtora de animais para abate não é o mesmo que estar adstrito à guarda de uma colecção de livros de um autor do século XII, v.g.

permite uma maior concretização do dever de guarda perante a flexibilidade que caracteriza o dever em referência quando posto em termos gerais⁶⁰³.

Nas situações de crise societária, o dever de guarda e protecção implica um registo mais detalhado do património com afectação, protegendo melhor os interesses sociais⁶⁰⁴ onde se engloba os interesses dos seus clientes/fiduciantes⁶⁰⁵, para que se possa evitar conflitos entre a sociedade e os clientes⁶⁰⁶.

Evitar conflitos de interesse⁶⁰⁷ visa o cumprimento adequado do conteúdo do *pactum fiduciae* e o dever de protecção dos bens da *fiducia* apenas é possível se estes estiverem separados, aliás facilita que o fiduciário não use abusivamente⁶⁰⁸ os meios disponibilizados

⁶⁰³ Sónia Martin Santisteban, *El Depósito y la Responsabilidad del Depositario*, Aranzadi, Navarra, 2002, pag. 65-66.

⁶⁰⁴ Marín de la Bárcena Fernando Garcimartin, *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital artº 135 LSA*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pag. 400.

⁶⁰⁵ Nas sociedades financeiras que operam nos mercados regulados com a categoria de intermediários financeiros, os seus clientes, pessoas ou entidades para quem prestam serviços, são os fiduciantes,

⁶⁰⁶ A dificuldade de conciliar os interesses em jogo na sociedade, nomeadamente, os interesses da sociedade, dos sócios, dos credores e dos trabalhadores podem ser vistos nos escritos de Catarina Serra, “Entre *Corporate Governance* ...” ob. cit., pag. 211 – 258. Para ilustrar esta dificuldade é sugestiva como a autora tituló o 5.2. do seu artigo: O «dever de realizar» o interesse social, o «dever de atender» aos interesses dos sócios e o «dever de ponderar» os interesses dos *stakeholders*, pag. 246.

⁶⁰⁷ Rafael Chodos, *The Law ...*, ob. cit., pag. 95 seg. Ainda no âmbito da *Common Law*, J. D. Heydon/ P. L. Loughlan, *Cases and ...*, ob. cit., pag. 787, citam o *duty not to profit the trust* (dever de não lucrar com o trust), segundo o qual o *trustee* não deve obter benefícios para si através dos bens do *trust*. A aquisição de bens do *trust* apenas pode ocorrer com o consentimento do tribunal, dos beneficiários ou se estiver previamente determinado no acto constitutivo do *trust*. Num conhecido caso judicial, relatado pelos mesmos autores, *Holder v Holder* [1968] Ch 353; [1968] 1 All ER 665, Court of Appeal, o *de cujos* através de uma disposição testamentaria, deixou à esposa e a três filhos os seus bens. Aconteceu que a esposa e a filha venderam ao último filho determinados bens, facto que foi contestado judicialmente pelo segundo filho. A discussão à volta do caso era saber se pessoas consideradas cumulativamente beneficiárias e fiduciárias, podiam ser penalizadas por conflito de interesses ou se elas estavam proibidas de obter benefícios dos bens sob sua gestão. Como foi a decisão? “*The judge decided in favour of the plaintiff on this point because Victor at the time of the sale was himself still in a fiduciary position and like any other trustee could not purchase the trust property. I feel the force of this argument, but doubt its validity in the very special circumstances of this case. The reason for the rule is that a man may not be both vender and purchaser; but Victor was never in that position here. He took no part in instructing the valuer who fixed the reserves or in the preparations for the auction. Everyone in the family knew that he was not a seller but a buyer. In this case Victor never assumed the duties of an executor. It is true that he incurred in signing a few cheques for trivial sums and endorsing a few insurance policies, but he never, so far as appears, interfered in any way with the administration of the estate. It is true he managed the farms, but he did that as tenant and not as executor. He acquired no special knowledge as executor. What he knew he knew as tenant of the farms*”.

⁶⁰⁸ Os poderes e faculdades ao dispor do fiduciário são-lhe outorgados com o fim exclusivo do cumprimento de um objectivo. A realização do fim determinado no programa contratual. Mas para uma realização exitosa deste objectivo, há um conjunto de poderes e faculdades que não cabem na letra das disposições convencionais, porque é impossível humanamente prevêê-los ou porque, conforme a natureza humana, as partes estão mais interessadas a prevenem com razoabilidade a produção dos efeitos jurídicos queridos. Quando assim é, o exercício dos referidos poderes pelo fiduciário deve ter a mínima correspondência com o espírito ou a vontade dos intervenientes no negócio, ou com o interesse e a vontade realou presumível do fiduciante. Nestes termos duas limitações se impõem ao fiduciário no exercício dos poderes transmitidos: o respeito pelo pacto celebrado, que deve ser

para fazer a gestão dos bens. Igualmente, apenas assim será possível que o fiduciário, ao investir os bens, conforme a natureza dos negócios, o faça com segurança para o beneficiário⁶⁰⁹. Este dever pode ser encontrado também no *Draft Common Frame of Reference*⁶¹⁰. No art. X. – 6:103, se exige que o *trust* observe o dever de guarda e de protecção, e que o seu exercício deve estar sempre acompanhado do princípio da boa fé.

cumprido pontualmente, e conduzir o exercício dos mesmos poderes com respeito aos limites impostos pela boa fé, bons costumes ou pelo fim social e económico desse direito – art. 334º.

⁶⁰⁹ Bruno Ferreira, “Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes” *CMVM*, nº 31, Dezembro, 2008, pág. 14. Alexandre Soveral Martins, “Transmissão de participações de controlo e cláusula de revisão de preço”, *Direito das Sociedades em Revista*, I Congresso, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 41-52.

⁶¹⁰ Sobre mais elementos do *Draft Common Frame of Reference*, ver Capítulo V, Secção I, Capítulo VII.

SECÇÃO II

A CAUSA FIDUCIÁRIA

1 – A causa como elemento do contrato

I. O contrato fiduciário, como qualquer outro, deve conter todos os seus elementos estruturais, entre eles a causa⁶¹¹. Se o negócio fiduciário já oferece complexidade no debate e na sua construção, não se registando unanimidade no seu conceito e na sua estrutura, pelo menos no âmbito do Direito Comparado, mais difícil é perceber a sua causa, uma vez que “a matéria da causa ou motivo apresenta enorme complexidade, deixa muitas vezes perplexo o jurisconsulto perante os embaraços que suscita, e para muitos é ainda um conceito vago, ondeante com o seu quê de indecifrável. Poucos problemas de Direito têm sido tão debatidos; e em poucos, também, se têm acumulado tantos equívocos e tantas noções falsas”⁶¹². A causa é um dos conceitos mais obscuros, confusos e difíceis de ser apreendido dentro do nosso ordenamento jurídico. Não é sem razão que em função do movimento unificador do Direito das obrigações e dos contratos na Europa, a causa foi excluída como requisito do contrato no chamado moderno direito contratual europeu. Estas considerações estão de encontro com os Princípios do Direito Europeu dos Contratos que “expulsaram” a causa como requisitos dos contratos. O artº. 3.2 dos Princípios do UNIDROIT dispõe expressamente que “todo contrato é constituído, modificado ou extinguido por mero acordo das partes, sem nenhum requisito adicional”⁶¹³.

⁶¹¹ A causa é, segundo a corrente neocausalista, um dos elementos principais do contrato. Já no direito romano existia a classificação de negócios abstractos e negócios causais. Nestes a causa era elemento essencial e especial. Da intensa actividade da jurisprudência romana, chegou-se ao reconhecimento que determinados fins eram úteis à sociedade e dignos de protecção legal, de sorte que nada obsta em defini-la como a função económico-social típica ou finalidade intrínseca que o ordenamento jurídico reconhece a determinado negócio jurídico. Já aqueles são os que para a sua validade bastava a observância da forma para haver a transferência da propriedade. Os romanos faziam também referência aos motivos que determinam as partes a realização do negócio. Trata-se de motivos que a ordem jurídica não atribui relevo jurídico e, portanto, não constituem a sua causa. A. Santos Justo, *Breviário...*, ob. cit., pág. 94

⁶¹² Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, refundido e actualizado, 4ª ed., Coimbra Editora, 2002, pág. 287-288. Pais de Vasconcelos, entende que “nos negócios fiduciários não há, pois, uma problemática específica quanto à causa da atribuição instrumental ou à do negócio de adequação. Tal como em todos os negócios jurídicos é necessário um juízo concreto de predicação ao justo. Esta necessidade não é sequer mais intensa – apenas mais evidente”, in *Em Tema...*, ob. cit., pág. 84.

⁶¹³ O âmbito de aplicação dos Princípios UNIDROIT é o estabelecimento de um regime jurídico aplicável aos contratos comerciais internacionais, capacitando os operadores do comércio internacional de um conjunto uniforme de regras sobre diversos aspectos das relações jurídico-contratuais daí advinientes, independentemente

A tentativa de unificar o direito europeu deve-se fundamentalmente à criação de uma ponte entre a *Civil Law* e a *Common Law*⁶¹⁴. No que toca aos requisitos para que um acordo seja obrigatório, o sistema da *Common Law* também enumera alguns: requer-se em primeiro lugar, que o contrato seja suficientemente preciso (*certainty*). Em segundo lugar, que as partes tenham a intenção de criar um acordo obrigatório, determinando direitos e deveres (*the intent to create a legal relationship*). Por fim, exige-se uma *consideration*, como requisito que justifica a protecção do acordo no sistema da *Common Law*⁶¹⁵.

A divergência generalizada acerca da causa leva a que a sua caracterização seja vista de várias maneiras: há quem a considere de modo subjectivo e objectivo, típica e concreta, respeitante ao negócio e respeitante à obrigação ou à atribuição patrimonial⁶¹⁶. Outros qualificam a causa em subjectiva, concreta e variável⁶¹⁷.

Existem também correntes anticausalistas, que afirmam que a ideia de causa é artificial, escolástica e que não constitui um elemento do consentimento ou do objecto, tendo Giorgi considerado como “*la quinta rueda del carro*” ou “*el cuarto lado del triángulo*”⁶¹⁸.

das regras e princípios relativos à tradição do espaço territorial de aplicação. Veja-se José Antonio Martín Pérez, “La causa del contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición inevitable y quizás aparente)”, em *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Perez*, Coord. Eugénio Llamas Pombo, t. II, La Ley, Madrid, 2006.

⁶¹⁴ Dário Mouras Vicente, “Um Código Civil para a Europa? Algumas Reflexões”, in *Estudios em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 47-71.

⁶¹⁵ Michael Whincup, *Contract law and the practice. The English system and continental comparisons*, The Hague, Kluwer Law International, 2001, pág. 63. O conceito de *consideration* não é fácil a sua tradução, mas deixa a ideia de que é o princípio em virtude do qual as promessas são obrigatórias apenas quando haja uma contraprestação na qual o promitente tem um interesse digno de protecção. A *consideration* deve transmitir a ideia de benefício (*benefit*) e prejuízo (*detriment*), de modo que deva entender-se que há reciprocidade e, por isso, as partes da relação contratual tenham obtido benefícios e/ou prejuízos. Na *Common law* estabelece-se que “*the consideration may consist either in some right, interest, profit or benefit accruing to one party, or some forbearance, detriment, loss or responsibility given, suffered or undertaken by the other*”. Cfr. Hugh Bale, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Jacobien Rutgers, Denis Tallon & Stefan Vogenauer, *Cases, materials and text in Contract law*, Hart Publishing, Oxford, 2010, pág. 190.

⁶¹⁶ Pais de Vasconcelos, *Em Tema ...*, *ob. cit.*, pág. 63. O autor explica que “entendida como modo subjectivo, a causa prende-se com vontade e vai concretizar-se no “animus”, motivo típico ou fim imediato com que as partes contratam, se obrigam ou atribuem. O “animus”, o motivo, o fim, pode ser referido como o que é típico de certa actuação jurídica, naturalmente, típica ou que, em concreto, no caso em análise, moveu e levou as partes, ou uma delas, a contratar, a obrigar-se, a atribuir. Estes dois entendimentos da causa não conflituam entre si, já que exprimem realidades diferentes. Uma coisa é a intenção típica de uma compra e venda ou o intuito típico com que se faz uma doação, outra coisa o intuito que, naquele caso concreto, levou as partes a cederem uma quota ou a transigir. Não se pode defender que um destes conceitos seja verdadeiro ou falso”.

⁶¹⁷ Jorge Mosset Iturraspe, *Negócios simulados, fraudulentos y fiduciários*, RC Editores, Buenos Aires t. II, 2008, pág. 211. Para este autor a causa é “subjectiva” porque se vincula com a finalidade das partes; é “concreta” porque tem em conta cada contrato em particular e é “variável” porque será distinta de cada negócio jurídico.

⁶¹⁸ Giorgio Giorgi, *Teoria de las obligaciones*, trad. de la 7ª ed. italiana. Madrid, 1909-13, t. III, pág. 445. Há autores, como Galicia Aizpurua Gorka, que consideram a existência da causa como uma inutilidade. Vejamos o seu discurso na página dedicada à questão prévia: “...*tal como lo conciben hoy jurisprudencia y doctrina, un*

A corrente neocausalista entende a causa como um elemento imprescindível do contrato, concebendo-a como finalidade e distinguindo-a dos outros elementos. Dentro desta corrente jurídica existem variantes, sendo a primeira de corte puramente subjectiva, segundo a qual a causa é o motivo determinante que uma vez exteriorizado se torna comum. Para os defensores desta variante, a causa é o fim concreto de interesse geral ou privado que para lá de um acto jurídico determinado e por meio deste acto as partes determinam o resultado que pretendem atingir; seria o propósito negocial. É o conjunto de razões determinantes, particulares de cada contratante e transformados como fins comuns no acto, seja por declaração expressa ou por aceitação tácita. Outros autores, com orientação objectiva, dão à causa um sentido material, concebendo a causa como uma “função económico-social”. É autónoma da vontade subjectiva das partes. Por último, existe a defesa de uma teoria dualista que inter-relaciona a concepção de causa unívoca, juntando elementos subjectivos com elementos objectivos. Os defensores desta teoria afirmam que a causa é a finalidade ou razão de ser do negócio jurídico, entendida com um duplo sentido da causa, como categoria da figura em questão e os motivos psicológicos relevantes, admissíveis para o Direito, que numa hipótese concreta impulsionaram as partes a concluir o negócio. Estaria, a causa, directamente ligada a validade, cumprimento e cessação das relações contratuais.

II. Na doutrina e jurisprudência espanhola encontramos uma outra alusão à causa: a ausência de causa e a causa falsa⁶¹⁹. Consideram contrato “sem causa” aqueles cujo resultado não é, em absoluto, o querido pelas partes – naquelas situações em que o que as partes

elemento fútil y superfluo, del que bien podría prescindirse en una hipotética reforma legislativa. Entiendo, además, que esta ruda afirmación es predicable tanto de aquellas tesis que ven en la causa un ingrediente del contrato en si, como de las que la consideran un elemento sine qua non de la obligación”. “Sin embargo, lo anterior no debe llevar a engaños: la presente obra no es un libelo anticausalista. Su objetivo último, ante que en arrumbar aquel secular concepto, consiste en insuflarle nuevos bríos. Mas sobre bases distintas”. Causa y Garantía Fiduciária. Valência, Tirant, 2012, pág. 13.

⁶¹⁹ Frederico de Castro, *El negocio jurídico*, Madrid, INEJ, 1967, (reed. fac-símile de Cívitas, Madrid, 1985), pág. 242, 335 e 348. Mariano Alonso Pérez, “El error sobre la causa”, in *Estudios de derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, Tomo III, EUNSA, Pamplona, 1969, pág. 21. Manuel de la Cámara Álvarez, “Meditaciones sobre la causa”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1978, pág. 668. Francisco de Asís Sancho Rebullida, “Notas sobre la causa de la obligación en el Código civil”, in *Estudios de Derecho civil*, Tomo I, EUNSA, Pamplona, 1978, pág. 160. Luís Humberto Clavería Gosálbez, *La causa del contrato*, Publicaciones del Real Colégio de España-Bolonia, 1998, pág. 150. Luís Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Tomo I, 6ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pág. 284.

No que toca à jurisprudência: Acórdãos do Tribunal Supremo espanhol de 26 de Março 1997 (Tol 215881), de 14 de Junho de 1997 (Tol 215009), 31 de Dezembro de 1998 (Tol 75675), de 22 de Março de 2001 (Tol 63761), de 13 de Fevereiro de 2006 (Tol 827037) de 11 de Janeiro de 2007, (Tol 1038338), de 18 de Março de 2008 (Tol 1311951) e de 5 de Maio de 2008 (Tol 1370043), para exemplificar.

verdadeiramente pretendem é criar uma mera aparência negocial – e contratos com “causa falsa” seriam aqueles que exteriorizam uma estrutura diferente do acordado pelos contratantes, pois, na verdade, o que desejam alcançar é a produção dos efeitos jurídicos queridos, próprios de outro negócio que é oculto – que seria o negócio dissimulado.

Toda a discussão em volta da matéria de “causa” e registada na história da codificação moderna tem por fonte as teses de Domat e de Pothier. São por demais conhecidas e foi sem dúvidas o facto que levou o autor espanhol García Goyena a inspirar-se e a dar forma aos artigos do projecto de 1851 sobre esta matéria, levando-o a considerar como os antecedentes naturais das normas hoje vigentes no ordenamento jurídico espanhol⁶²⁰. No ordenamento jurídico português, podemos assinalar na doutrina e na jurisprudência⁶²¹ – com fundamento no Código Civil – laivos da tese subjectivista⁶²², na tese da “causa-final”, quando expressamente o legislador colocou as referências “fim do negócio” ou “finalidade da obrigação” nos artigos 281º e 792º, nº 2, e também sinais da teoria objectivistas⁶²³, a “causa-função”, quando dá importância à causa como elemento determinante para a tutela jurídica, ou seja, a causa será o fim ou a função económico-social do negócio, que não sendo necessário estar tipificada na lei, encontra assento na autonomia privada refreada pelos limites legais – artigos 398º, nº 2 e 405º CC –, pelo que, as duas teorias parecem ser de admitir, porque tendem a, de forma diferente, dar resposta sobre o nascimento do negócio e a justificação da sua validade na base da lei ou

⁶²⁰ *Concordâncias, motivos y comentarios del Código civil español*, Tomo II y III, Madrid, 1852 (reed. fac-símil, Editorial Base, Barcelona, 1973, pág.32-35). Pais de Vasconcelos, *Em Tema ...*, ob. cit., pág. 79, considera que Domat e Pothier “não são excessivamente importantes como protagonistas do processo histórico da causa. São mais um ponto de chegada que um ponto de partida. Constituem a cúpula da evolução medieval do conceito de causa e, em relação aos jusnaturalistas, representam até um certo regresso”. O certo é que, em nossa opinião, os institutos sofrem as arguras do tempo e das mudanças sociais e este facto pode levar-nos a considerar como inúteis algumas posições e as críticas a eles dirigidas significar que não foram eles os iniciados. Sustenta-se com muita razão, que Domat foi o primeiro a formular a moderna teoria da causa das obrigações contratuais, título honorífico que lhe compete pelo método que adopta na explicação das leis civis. É que os seus predecessores haviam-se contentado com interpretar, glosar e comentar os textos e leis romanas, sem empreender a tarefa de se desligar do *Corpus Iuris Civilis*, tentar “saltar” para um novo e racional sistema de Direito civil. Já Domat afastando-se, adopta uma nova metodologia, partindo de um racionalismo cartesiano, aplicado à Ciência do Direito, constituindo uma novidade metodológica que altera o problema da causa. Não é sem razão que Domat foi também chamado um dos mais ilustres representantes da escola do Direito Natural racionalista, ao ponto de ser considerado o “restaurador da razão da jurisprudência”. Para mais informação, Henri Capitant, *De la causa de las obligaciones*. Traducción y notas por Eugénio Tarragato y Contreras, Madrid, pág. 160-161 (reimp., fac-símil de Analecta Editorial, Pomplona, 2005); Luís Diéz-Picazo, *Fundamentos ...*, ob. cit., pág. 259.

⁶²¹ Acórdão do STJ de 28 de Março de 1996 (Fernão Fabião) que em Revista considerou que no Direito Português, em regra, os contratos são causais, considerando nulos os contratos sem causa ou quando a causa seja considerada ilegal, www.dgsi.pt. Consultado aos 10 de Maio de 2015.

⁶²² A. Menezes Cordeiro, *Direito das Obrigações*, Vol. I, AAFDUL, Lisboa, 1994, pág. 511 seg. Esta posição tem a reprovação veemente de Oliveira Ascensão, *Teoria Geral ...*, ob. cit., Vol. III, pág. 195 seg.

⁶²³ Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Teoria Geral: Acções e Factos Jurídicos*, 2ª ed. Coimbra, 2003, pág. 300 seg.

da autonomia privada, admitindo que esta última forma justificativa tenha a sua validade dependente dos limites constantes dos artigos 280º e 281º do CC.

2 – A causa no negócio fiduciário

I. No negócio fiduciário, a causa é única, e a sua identificação dependerá das características particulares e das circunstâncias facticas de cada caso. Sem prejuízo destas características particulares e das circunstâncias, devem diferenciar-se grandes grupos que encontram o seu ponto distintivo na finalidade “geral” ou “comum” perseguida pelas partes, mas que estejam tuteladas pela função económico-social que desempenham os tipos sociais escolhidos. Assim, pode dizer-se que a causa será de administração ou de garantia e dentro destes dois grupos, segundo o caso, por exemplo, se for de mandato para alienar ou de alienação fiduciária em garantia.

Defendemos a existência de uma *causa fiduciae* ligada por exclusivo aos negócios fiduciários. Quando falamos da *causa fiduciae* queremos referir a função económico-social dos negócios fiduciários, uma função prática que identifica o tipo de negócio fiduciário a realizar, que regulamenta os interesses que formam o conteúdo do contrato, que significa uma “função social típica” própria de cada modalidade do negócio fiduciário: para administração, para garantia ou outra. Não pretendemos também usar esta definição como critério de classificação mas sim como “critério de jurisdição” ou como “razão de jurisdição” no sentido de que as partes ao realizarem o seu negócio, a causa sirva para determinar se os seus interesses manifestados no acordo prosseguem os fins protegidos pelo ordenamento jurídico⁶²⁴.

Estamos na mesma linha do que grande parte da doutrina considera sobre o negócio fiduciário: a estrutura da convenção fiduciária está composta por uma relação de natureza real que apresenta carácter externo e se encontra representada pela massa dos bens fiduciários transmitidos pelo fiduciante ao fiduciário e outra de natureza obrigacional de carácter interno,

⁶²⁴ Há, no entanto, autores que não atribuem esta função à causa mas consideram ser uma função própria da denominada função económico-social do negócio, que não deve ser confundida com a causa do mesmo negócio, pois um negócio jurídico é protegido porque é um requisito idóneo para alcançar uma série de finalidades práticas que são sérias e merecem a tutela do ordenamento jurídico, mas não é *causa do contrato* senão *função do negócio*. Entre outros, Luís Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato*, Civitas, 2007, Pamplona, pág. 273.

constituída pelo compromisso assumido pelo fiduciário perante o fiduciante, de destinar os bens que lhe foram transmitidos ao cumprimento ou realização de um fim específico (de gestão ou de garantia, *vg*).

II. A estrutura referida supra apresenta uma relação jurídica de origem do livre acordo de vontades das partes do negócio fiduciário (eleição do princípio da autonomia privada), constituída pela transmissão e futura retransmissão da titularidade do direito de propriedade de bens, que tem efeitos internos e uma dimensão externa, cujos efeitos se projectam para terceiros. Significa que o aspecto obrigacional assente no direito do fiduciante, em exigir a retransmissão do direito sobre os bens, constitui um elemento limitador do efeito real daquele direito, que tem por base a posição de titular fiduciário do direito de propriedade, cujo conteúdo de disposição e fruição é oponível a terceiros⁶²⁵. Ambas as relações são interdependentes, pois nenhuma relação existe de forma autónoma, senão uma está subordinada a outra⁶²⁶, para que a relação real esteja limitada pelo dever obrigacional⁶²⁷ e, por sua vez, a relação obrigacional esteja numa posição de ligação umbilical relativamente à transmissão real do direito sobre o bem fiduciado que visa o cumprimento de um dever cujo fim é favorecer um terceiro, o fiduciante, um terceiro ou o próprio fiduciário, conforme o estabelecido no *pactum fiduciae*⁶²⁸.

Carece de mais uma explicação a nossa posição. É legítima a interrogação: a função económico-social que o negócio fiduciário desempenha, tem protecção legal? Ou seja, é admitida por lei? Se a lei proibir o negócio não será admitido; mas se a ordem jurídica não for afectada pelos dois actos diferentes e autónomos que constituem o negócio fiduciário, este estará apto a produção de efeitos jurídicos pretendidos pelas partes. Clarificando melhor: o acto de transmissão plena da titularidade do direito do fiduciante para o fiduciário, investindo

⁶²⁵ É necessário ter em atenção o disposto no na Dec.-Lei n° 125/2013, de 30 de Agosto, que introduz alterações ao Cod. Registo Predial. Estas alterações consagraram a concepção restrita de terceiros para efeitos de registo. – cfr. Mónica Jardim, *Escritos de Direito Notarial e de Direito Registral*, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 323 seg.

⁶²⁶ Jorge Hugo Lascala, *Prática del fideicomiso*, 3ª reimp. Editora Astrea, Buenos Aires, 2013, pág. 113.

⁶²⁷ André Figueiredo, *O Negócio ...*, ob. cit., pág. 86. Sobre esta questão este autor escreve que “do negócio fiduciário de gestão emerge um vínculo de afectação que, revestindo natureza puramente obrigacional, condiciona o exercício da esfera de poder fiduciário à promoção de um fim ou objectivo específico a favor de um beneficiário – que pode, aliás, não ser parte do negócio fiduciário”. Apesar do autor estar a referir-se ao negócio fiduciário para gestão, na verdade, todo o tipo (social) negocial fiduciário tem este elemento limitador do poder do fiduciário enquanto titular de um direito (mesmo que temporário) de propriedade plena transmitido pelo fiduciante.

⁶²⁸ Luís Miguel D. P. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 129 seg.

este de uma posição real, e o acto de vinculação obrigacional do fiduciário que corresponde com a satisfação do interesse do fiduciante constante do *pactum fiduciae* concorrem para um único objectivo: a concretização dos interesses estipulados entre o fiduciante e o fiduciário. Nesta cláusula fiduciária está descrito o caminho a percorrer na execução contratual, onde estão determinadas as balizas de actuação do fiduciário (os seus poderes), cujos direitos resultantes da transmissão fiduciária estão sopesados pelo interesse do fiduciante⁶²⁹. É a *causa fiduciae* o limite de actuação do fiduciário, de explicitação exacta da sua actuação conforme os ditames da boa fé e do cumprimento dos seus deveres⁶³⁰. Assim, a existência destes dois actos jurídicos e distintos não é bastante para considerar que o negócio fiduciário, porque comporta uma “causa-função” própria do contrato fiduciário e outra “causa-função” típica do tipo a que o negócio fiduciário faz referência, tenha duas causas (e pior, divergentes!) ou seja incapaz de dar uma resposta positiva àquele questionamento, pois, para falarmos da existência de uma única causa, basta que os efeitos jurídicos produzidos estejam em correspondência com os interesses querido pelas partes. E mais: tudo o que ficou dito tem a sua razão de juridicidade na *causa fiduciae*; é ela que determina a resposta daquela interrogação: primeiro afirmar *se* há ou não juridicidade e, havendo, o *modo* da sua manifestação⁶³¹. Final o importante é que os resultados que a relação contratual produzem, por vontade dos sujeitos, devam estar em consonância com os comandos do ordenamento jurídico. Na linha da jurisprudência já citada, “a causa do negócio jurídico consiste na sua função económico-social, no seu fim, expressa no conteúdo”⁶³², cuja juridificação pode estar também contemplada pelo tipo legal constante no art. 1180º CC – mandato sem representação.

III. Finalizando, afirmar que não há nenhuma razão em considerar que no negócio fiduciário haja alguma divergência entre a causa concreta do contrato fiduciário e a causa típica do tipo de referência⁶³³, porque a causa do negócio fiduciário é única, sem descurar a sua natureza complexa, que se resume na clara, mas cerceada pelo fim da transmissão fiduciária da titularidade do direito, cujos bens têm a função de proporcionar uma segurança

⁶²⁹ Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos ...*, II, ob. cit., pág. 107 seg. Este autor elabora uma explicação de causa final, seguindo a qual “ (...) designa, por sua vez, o fim, a finalidade, o objectivo ou o escopo, mas também surge aferida ao resultado ou à síntese dos efeitos”.

⁶³⁰ Pais de Vasconcelos, *Em tema ...*, ob. cit., pág. 86.

⁶³¹ Pais de Vasconcelos, *Em tema ...*, ob. cit., pág. 85.

⁶³² Acórdão do STJ de 29 de Março de 1996, (Fernão Fabião), www.dgsi.pt, acessado a 10 de Maio de 2015.

⁶³³ Com bem já criticou Pais de Vasconcelos, *Contratos ...*, ob. cit., pág. 280 seg.

na cobrança do crédito (*fiducia cum creditore*) ou em conceder poderes suficientes para administrar (*fiducia cum amico*)⁶³⁴. Assim, a *causa fiduciae* é apta e suficiente para ser a *razão*, a *medida* e o *modo de ser* de “justiça imanente no negócio fiduciário e, assim, caso a caso, resolver as questões que dele se levantem”⁶³⁵. Nestes termos, a *causa fiduciae* é capaz de operar (ou de justificar) a transmissão do direito de propriedade do fiduciante para o fiduciário para desempenhar uma finalidade acordada entre as partes, apreciando a sua “relevância jurídica, e se estabelece a sua qualificação e regime”⁶³⁶, demonstrando que não há uma desproporção entre o meio e o fim pretendido, muito menos há simulação *escondida* no negócio fiduciário.

⁶³⁴ De Castro, *El negocio Jurídico*, Madrid, 1985, pág. 408 seg.

⁶³⁵ Pais de Vasconcelos, *Em tema ...*, ob. cit., pág. 86.

⁶³⁶ Leis A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral ...*, ob. cit., pág. 378.

CAPÍTULO III OS BENS FIDUCIÁRIOS

SECÇÃO I BENS OU DIREITOS?

1- Resposta Legislativa

I. Falar de bens fiduciários é o mesmo que falar de bens nos termos do direito civil. Esta constatação levanta muitos problemas, desde logo de conceitualização de coisa, de património e de bens. Há uma certa complexidade dogmática acrescida de uma nebulosidade conceitual, que leva-nos a um esforço laboral para determinar sobre a posição a tomar face aos negócios fiduciários. Antes, porém, passemos a uma análise primária.

No século XIX, fundamentalmente na Alemanha, a ciência jurídica qualificou os conceitos de “sujeito de direito”, “direito subjectivo” e “objecto de direito” como sendo o centro por onde radiava todo o Direito privado. O sujeito de direito seria um titular de direito subjectivo e este deve recair sobre um objecto de direito. Para uns podem ser objecto de direitos tanto as coisas como as condutas humanas. Outros autores repudiaram esta posição⁶³⁷.

Parece, para nós, que o mais correcto seria considerar, em sentido amplo, bens como sendo todos os possíveis objectos de direito subjectivo e, num sentido mais restrito, serão bens os direitos que compõem o património e o objecto destes mesmos direitos. Esses direitos são os direitos com valor económico e não os poderes e atributos pessoais, como o direito à intimidade, ao bom-nome e à integridade física, etc.

⁶³⁷ Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, I, 5ª ed. Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, pág. 656 seg. “ponderada as considerações anteriores, a palavra *coisa* deve ser reservada para identificar certas realidades, tal como as define o art. 202º do C. Civ., que se podem comportar como objecto de relações jurídicas.

O que não invalida o uso de *bens*, com sentido jurídico, para abranger outros possíveis objectos da relação jurídica, que não as coisas, ou com significados específicos acima identificados”.

Já A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo II, Coisas, 2ª ed. Almedina, Coimbra, 2002, pág. 24, trata de fazer duas observações distintivas entre coisa e bens, assegurando que “no coração do Direito Civil, as razões estilístico-culturais apontam para ‘coisa’. ‘Bens’ poderá ficar para as áreas mais periféricas do Direito de família -‘regime de bens’, art. 1717º e seguintes – e do Direito das sucessões – ‘bens sujeitos à administração do cabeça de casal’, art. 2089º (...). Apesar das flutuações linguísticas, parece ocorrer uma certa tendência coloquial para restringir ‘coisa’ às realidades corpóreas, enquanto os ‘bens’ se alargam a realidades imateriais ou humanas. Fala-se, pois, em ‘bens imateriais’ ou ‘bens de personalidade’, em conjugações nas quais o termo ‘coisa’ ficaria inadequado ou deve mesmo ser evitado”.

II. O nosso Código Civil oferece à doutrina razões bastantes para pelejas com uma flutuação terminológica confusa. Existem artigos (579º - proibição da cessão de direitos litigiosos, 876º - venda de coisa ou direito litigioso) que se referem expressamente como sendo os direitos objecto de negócio jurídico. Noutras situações a referência é feita a bens (art. 893º - bens alheios como bens futuros, 942º, nº 1 “a doação não pode abranger bens futuros”) e, finalmente, referências a coisas num Capítulo onde também designa bens: Secção V – Venda bens onerados e Secção VI – Venda de coisas defeituosas. Mesmo com as justificações que Menezes Cordeiro oferece, não é fácil dissipar as nuvens que cobrem esta área do saber jurídico. Este autor afiança que o termo “coisa” constante do artigo 202º se afigura como sendo o mais adequado para explicitar a teleologia daquele artigo e seguintes e o termo “bem” pode ser usado de forma paralela, mas com características próprias⁶³⁸.

Compreendemos que o domínio deve recair sobre uma “coisa” para que se possa falar de direito real, mas não nos devemos esquecer do carácter representativo que determinados instrumentos podem revestir e, por extensão, todo o tipo de documentos público, privados ou particulares⁶³⁹. Relativamente à referência a estes documentos, é de considerar os avanços tecnológicos que se registam actualmente, pois nos permitem situar dentro de tal categoria todas as formas de expressão escrita, incluindo as de carácter cibernético⁶⁴⁰.

III. A título exemplificativo, faremos referência ao que conseguimos visualizar no ecrã de um televisor, no portal ou sítio *Web*, ou página de internet – que permite, se pretendermos,

⁶³⁸ Para este autor, *Tratado ...*, ob. cit., pág. 25, tais características seriam:

“- ou por sugerir em áreas periféricas, abarcando elementos patrimoniais mais vastos: ‘regime de bens’ ou ‘bens da herança’, por exemplo;

- ou por corresponder a coisas incorpóreas: ‘bens imateriais’;

- ou por assumir conotações valorativas mais amplas do que a mera *res*: ‘bens humanos’ ou ‘bens de personalidade’;

- ou por corresponder à categoria económica oposta à dos serviços”

⁶³⁹ Jorge Hugo Lasca, *Prática del fideicomiso*, 3ª reimp., Editora Astrea, Buenos Aires, 2013, pág. 103 e seg.

⁶⁴⁰ Alexandre Dias Pereira, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, BFD. Studia Iuridica, Coimbra Editora, 2001, pág. 17. O autor exprime bem como as dificuldades que o desenvolvimento tecnológico tem apresentado ao Direito. Afirma que “a informática põe uma série de problemas ao direito de autor. Desde o seu sujeito até ao seu objecto, passando pelo seu conteúdo e pela sua gestão, a informática atinge o código categorial deste ramo do direito. (...) É o problema da utilização de obras por computadores, que abrange, por exemplo, a armazenagem em memória ou o chamamento para visualização no ecrã. Além disso, a informática, na sua versão dita telemática, permite que os computadores funcionem em rede, transmitindo entre si informação, nela incluindo objectos protegidos pelos direitos de autor, e a emergência à escala global do chamado ambiente digital em rede dos sistemas electrónicos de informação”.

a sua reprodução documental em papel – e o que representa o programa de *software* para permitir reproduzir o que foi visualizado no ecrã, ou bem das transmissões por satélite, celulares ou aparelhos de transmissão sem fio ou por cabo, cujo meio de condução através do espaço não é percebido mas cuja estrutura técnica ou programática para que a transmissão seja uma realidade é matéria de domínio e, como tal, deve ser tutelado na prática, sem que se possa afirmar que em ambas circunstâncias específicas haja pertinência exclusiva no campo dos direitos intelectuais, mas por leis especiais que as regulam⁶⁴¹. Um computador é uma coisa e o programa necessário para o fazer funcionar poderá ser um bem tutelado pelo direito intelectual, mas quando este último está incorporado naquele produz-se uma confusão que pode ser que não seja possível separá-los e todo o conjunto resulta em uma única coisa. Por vezes torna-se difícil estabelecer a distinção entre programa de computador e equipamentos, bem assim quando o programa do computador se encontra definitivamente incorporado num microprocessador, a que correntemente chamam “microcódigo” ou “microprogramas”⁶⁴².

Estes domínios, como todos os outros, podem ser transferidos e aplica-se-lhes o regime vigente quanto à sua protecção, transmissão, constituição de direitos ou garantias, inscrição no registo próprio, participação social, etc. É uma questão de patrimonialidade dos direitos de autor sobre estes bens a que nos estamos a referir⁶⁴³. Assim, devido ao desenvolvimento tecnológico, fundamentalmente nas TIC, e a sua recepção pelo direito⁶⁴⁴, nomeadamente, Direito de Autor, os bens objecto da relação fiduciária podem também ser os direitos de propriedade intelectual. Continuaremos a falar desta questão mais adiante.

Apesar da constante tensão doutrinal quanto à natureza jurídica dos Direitos de Autor, abraçamos a posição do Tribunal Constitucional português que tem seguido a posição de serem direitos de propriedade, de resto, posição facilmente assacada do Código Civil⁶⁴⁵. Em

⁶⁴¹ Por isso, a emissão televisiva, a comunicação por internet e por celulares são consideradas “coisa incorpórea”. Oliveira Ascensão, “Telecomunicações e Direito de Autor”, in *As telecomunicações e do direito na sociedade da informação*, pág. 197, diz que “como a electricidade, [a emissão] é uma realidade física, instrumentalmente captável embora não se revele aos sentidos. É assim uma coisa corpórea imaterial”.

⁶⁴² Alexandre Dias Pereira, *Informática ...*, ob. cit., pág. 468.

⁶⁴³ Diz Alexandre Dias Pereira, *Informática ...*, ob. cit., pág. 303, que “o princípio da patrimonialidade significa que o direito de autor é composto por direitos de carácter patrimonial, abreviadamente denominados de direitos patrimoniais. Vale isso por dizer que a obra é protegida enquanto fonte de aproveitamento económico, sendo reservado ao autor o exclusivo da sua utilização e exploração. Com efeito, o direito de autor consiste, na sua vertente patrimonial, no direito exclusivo de dispor, fruir e utilizar a obra ou autorizar a sua fruição e utilização, total ou parcial, por terceiro”.

⁶⁴⁴ Nem todas as questões relativas ao desenvolvimento da tecnologia informática estão reguladas pela lei.

⁶⁴⁵ Alexandre Dias Pereira, *Direitos de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra Editora, 2007, pág. 110-114.

obediência ao princípio da patrimonialidade e no sentido que o CC oferece – art. 1303º, nº 2 – são aplicáveis de forma subsidiária as disposições do CC quando se harmonizam com a natureza dos direitos de autor e não contrariem o seu próprio regime, considera-se assim que os Direitos de Autor constituem objecto do conteúdo do direito de propriedade⁶⁴⁶.

⁶⁴⁶ Oliveira Ascensão, “Direitos de autor, hoje – publicações periódicas e obra colectiva”, *ROA*, 54º, pág. 5 seg. Há quem entenda que os direitos de propriedade intelectual, ou seja, o seu conteúdo (eventos, descobrimentos, ideias, etc) devem ser protegidos independentemente de serem submetidos a um regime de direitos de propriedade. Cfr. Willian M. Landes & Richard A. Posner, *La estrutura económica del Derecho de propiedad intelectual e industrial*, trad. Victor Manuel Sánchez Alvarez, Fundación Cultural del Notariado, 2006, pág. 7. Entretanto, a natureza jurídica do Direito de Autor não se apresenta uniforme se realizarmos um estudo comparado. Já Alexandre Dias Pereira, *ob. cit.*, pág. 116-118, fez um estudo assinalável e destaca que “ (...) é recorrente a afirmação da natureza híbrida do direito de autor, um misto de propriedade e personalidade, em razão da sua dimensão patrimonial e pessoal, à excepção, porventura do direito inglês, em que a qualificação do *copyright* como forma de propriedade parece ser consensual, o mesmo valendo, *mutatis mutandis*, para o sistema estadunidense”. Adianta referindo-se que no direito germânico prevalece a teoria monista e o direito de autor “é constitucionalmente protegido como direito de propriedade, para além da tutela da liberdade de criação da pessoa humana”. Em França a corrente dominante é a “dualista” que considera os direitos morais como direitos de personalidade e que o direito de exclusivo é relativo aos direitos patrimoniais. Em Espanha foi a jurisprudência que qualificou os direitos de autor como uma forma especial de propriedade, entendimento que não é unânime na doutrina. Esta posição regista-se na Itália. Já na Suíça, e tendo em atenção a doutrina de Troller, considera-se que “propriedade intelectual” corresponde ao “domínio sobre bens imateriais, quer quanto aos poderes do titular que protegem interesses materiais e ideias, quer quanto à sua pretensão de conservar a obra só para si ou de a partilhar com outros”. Por fim, na Bélgica, considera-se que o direito de autor recepciona a ideia de propriedade e de personalidade, aliás, para a determinação da natureza do direito de autor deve ter-se em consideração a liberdade e a personalidade como direitos indissociáveis da propriedade e, como Strowel assevera, “é através da categoria da propriedade que ela é mais correctamente apreendida” e que assim “ (...) a qualificação de propriedade não se opõe à veia personalista do direito de autor, uma vez que a engloba”.

SECÇÃO II

BENS PRÓPRIOS DOS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS

Da estrutura do negócio fiduciário resulta que tem como objecto a transmissão de direitos. Esses direitos podem ser reais ou de crédito. A doutrina tem, ultimamente, ensaiado novas formas de direitos enquanto objecto de relações jurídico/fiduciárias⁶⁴⁷. Desde logo, as novas formas de representação e transmissão da riqueza⁶⁴⁸, os mecanismos de actuação das sociedades comerciais em bolsa⁶⁴⁹, a clara atipicidade dos valores mobiliários⁶⁵⁰, a importância do crédito na vida das empresas, ampliou o leque de bens que podem ser objecto de relações jurídicas, fundamentalmente de natureza garantística. A actividade fiduciária também alargou-se para áreas novas, através do mandato ou não, facilitando o tráfego jurídico e melhorando a eficiência da produção de efeitos jurídicos pretendido pelos intervenientes na contratação. Os títulos de crédito foram ampliados, resultado das novas formas de negociação em mercado regulado ou não, e tomaram novas formas, pois para serem considerados como *documento com capacidade de constituir, exercer e transferir todo direito literal e autónomo incorporado nele*⁶⁵¹, devem estar aptos a responder a essas novas formas de negociação⁶⁵². Sem necessidade das pessoas deslocarem-se, os mercados encontraram mecanismos para encurtar distâncias, podendo contratar-se com desconhecidos e, muitas vezes, localizados no outro lado do oceano.

Tem-se ensaiado novas formas de garantias reais que são objecto das relações fiduciárias: as chamadas “reserva de utilidade” ou “reserva *ad rem*” cuja estrutura é constituída por realidades de facto que criam uma *barreira* para que o direito do credor

⁶⁴⁷ A tradicional separação em modalidades da prestação não serve para os negócios fiduciários uma vez que, por exemplo, não é possível exigir-se ao fiduciário uma prestação negativa, no sentido de se dirigir a uma omissão ou abstenção.

⁶⁴⁸ Amadeu Ferreira José, *Valores Mobiliários Escriturais. Um novo modo de representação e circulação de direitos*, Coimbra, 1997, pág. 63-72.

⁶⁴⁹ Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pág. 345 seg.

⁶⁵⁰ Paulo Câmara, *Manual ...*, ob. cit., pág. 126.

⁶⁵¹ A. Engrácia Antunes, *Os Títulos ...*, ob. cit., pág. 7.

⁶⁵² É por essa razão que com o tempo vão aparecendo muitos títulos de crédito. Por serem de vária ordem e puder haver num determinado Sistema Jurídico títulos que não existem noutros, vamos indicar a tipologia de títulos anunciada por A. Engrácia Antunes e não os títulos em si: *a)* Títulos Privados e Públicos; *b)* Títulos Creditícios, Reais e Corporativos; *c)* Títulos Nominativos, à Ordem e ao Portador; *d)* Títulos Abstratos e Causais; *e)* Títulos Individuais e em Massa. *Os Títulos ...*, ob. cit., pág. 25 seg.

garantido não envolva todo o património do devedor, mas se cristaliza única e exclusivamente sobre bens determinados, que ficam sujeitos aquela reserva de utilidade⁶⁵³. O direito sobre bens determinados conferem ao credor a faculdade de exercer determinados poderes, e que uma vez adquirida a utilidade constitui para o credor executante o mecanismo de protecção do seu crédito, podendo fazer-se pagar. Não significa, como bem advertiu Gabrielli, que o objecto de direito da garantia seja um “valor”, pois o valor de uma coisa não constitui objecto de relações jurídicas⁶⁵⁴. Uma coisa é o valor correspondente a natureza substancial de um direito, ou seja, o direito a conseguir por via exclusiva ou através de concurso de credores o pagamento do crédito garantido, e outra coisa é o *direito ao valor*, respeitante a utilidade económica que deriva da aquisição da garantia e da sua eventual execução⁶⁵⁵. Para o que aqui importa é explicar que *reserva de utilidade* significa a função da garantia real em criar no património do garante a destinação de uma parte individualizada daquele património e, por isso, a consideração como *reserva ad rem*, a função exclusiva de realização do direito de crédito.

Muito recentemente foram publicados os resultados do *Study Group on a European Civil Law*, compilados no *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, que descreve os *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, e que falaremos mais adiante (Capítulo V, Secção I e Capítulo VII), dispõe no art. X. – 3:102, os bens permitidos como objecto do *trust*. Aquele dispositivo informa que os bens do *trust* podem consistir em direitos de propriedade ou outros, desde que sejam transferíveis. Esta descrição demonstra que todos os direitos que são susceptíveis de transferência, afinal são bens fiduciários. Do conjunto exposto supra concluímos haver algumas realidades novas que implicam uma revisitação dogmática dos bens jurídicos.

⁶⁵³ Enrico Gabrielli, “Las Garantias Reales Mobiliárias en Europa”, en *El nuevo Derecho de las garantías reales*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, Madrid, 2008, pág. 337.

⁶⁵⁴ Enrico Gabrielli, “Il pegno «anomalo»”, in *Rev. dir. civ.*, I, 1991, pág. 229.

⁶⁵⁵ Enrico Gabrielli, “Las Garantias ...”, *ob. cit.*, pág. 338.

Vejam algumas situações:

1 - O património

I. O importante, agora, é cingir-se ao património enquanto esfera de direitos susceptíveis de transferência fiduciária e, também, àquele conjunto de direitos que respondem pela dívida do devedor; esta última referência é importante devido à relação externa da estrutura do negócio fiduciário, sendo que o património é aqui visto como massa de responsabilidade. Evitaremos entrar na discussão doutrinal sobre a elaboração de uma noção unitária de património⁶⁵⁶. No entanto, importa sempre dialogar criticamente com posições que dominam parte da doutrina lida e estudada no espaço lusófono.

O conceito de património teve a sua áurea com Aubry e Rau⁶⁵⁷. Estes autores defendiam uma teoria do património assente nos seguintes pilares: *a)* a ideia do património reduz-se directamente da personalidade; *b)* em pura teoria, o património compreende todos os bens, presentes e futuros. O património de uma pessoa é derivado do seu poder jurídico sem limites de tempo nem de espaço; *c)* para determinar o património é necessário deduzir o passivo do activo; *d)* do património, considerado emanação da personalidade e expressão do poder jurídico de uma pessoa, resulta que as pessoas singulares ou colectivas podem ter um património. Toda a pessoa tem necessariamente um património, mesmo que actualmente não tenha nenhum bem e a mesma pessoa não pode ter mais que um património. Nesta linha, autores portugueses seguiram o mesmo caminho, nomeadamente Manuel de Andrade⁶⁵⁸, para

⁶⁵⁶ Assim, estaríamos em sintonia com Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral*, Vol. I, pág. 141, e A. Menezes Cordeiro, *Tratado (Parte Geral – Coisas)*, que defendem que o património não é constituído por coisas, mas sim por direitos e outras situações jurídicas equiparáveis. Paulo Cunha, *Do Património: estudo de direito privado*, Lisboa, Minerva, 1934, pág. 352, delimitou o património em três elementos caracterizados do “domínio objectivo elementar da noção de património: a) a variabilidade do património; b) a sua pecuniaridade e c) a rejeição da sua universalidade jurídica.

⁶⁵⁷ *Cours de Droit Civil Francais d' après la méthode de Zachariae*, Tomo 6, 4ª ed., Paris, Imprimerie et Libraire General de Jurisprudence Cosse, Marchal et Billard, 1873, pág. 229. Antes destes autores a ciência jurídica não intentou lograr sucesso no conceito, como dito em texto. Mais do que um conceito jurídico, a ciência jurídica foi assimilando uma palavra cuja significação variou no tempo. Numa primeira fase, foi concebido com uma concepção material segundo o qual o património é um conjunto das coisas móveis e imóveis pertencentes a uma pessoa. Como esta concepção apresentou debilidades práticas, pois apresentava o património em sentido abstracto, já que era composto por elementos ideais. Reagindo a ela, ensaiou-se uma formulação intelectual de património considerado com um “conjunto de direitos (incorporais) que podem ser exercidos sobre objectos concretos como sobre objectos abstractos”, cfr. Shaley Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, Paris, LGDJ, 1960, pág. 45.

⁶⁵⁸ *Teoria Geral ...*, ob. cit., pág. 211.

quem a noção de património era inerente à de pessoa na medida em que património era indissociável à personalidade jurídica, havendo que considerar-se uma vinculação jurídica entre património e personalidade, no entendimento de Paulo Cunha⁶⁵⁹ e que assim o conteúdo das obrigações que se projectam na satisfação dos direitos dos credores do titular do património emergem directamente.

Ao estudar esta teoria, conclui-se que a unidade e indivisibilidade do património leva erradamente a considerar que o património de uma pessoa é, em princípio, uno e indivisível como a personalidade, cuja indivisibilidade está orientada em dois sentidos: nenhuma pessoa pode ter mais que um património e, em razão da unidade da personalidade, o património não pode ser repartido em várias universalidades jurídicas distintas umas das outras. O património assim considerado pode ser separado em partes ideias mas nunca em partes materiais.

Ao considerar-se os bens como algo que forma a universalidade temporal, a teoria de Aubry e Rau conclui que a existência do direito não depende da existência de bens actuais. O património é inalienável, pois não pode ceder-se todo o património; não pode perder-se o património em vida, sob pena de se perder a personalidade. Como consideravam o património como objecto de direito de propriedade, ele é absolutamente indivisível.

Facilmente se denota que o estudo dos autores teve como fortaleza a garantia das obrigações. Através da noção de património reconhece-se a toda a pessoa a titularidade de bens, o que constitui um avanço doutrinário fundamental no reconhecimento da liberdade e poder das pessoas no plano económico, mas o conceito constitui-se uma ferramenta central na teoria das obrigações pois, através do desenvolvimento que a teoria viveu, reconheceu-se que a universalidade de direito constitui a garantia dos seus credores, em princípio sem exclusão de bens. No entanto, esta teoria clássica admite a existência de separação de patrimónios ou patrimónios autónomos, nomeadamente a herança e a substituição fideicomissária⁶⁶⁰.

Devemos afastar a ideia de unidade entre património e personalidade jurídica, aliás, esforço que já se fez sentir em Paulo Cunha, que procurou retirar a vinculação subjectiva ao património⁶⁶¹ e depois Menezes Cordeiro que admitindo que a teoria subjectiva apresenta os seus argumentos e estruturação da definição partindo da utilização das pessoas para dispor

⁶⁵⁹ *Do Património: estudos de direito privado*, Lisboa, Minerva, 1934, pág. 185.

⁶⁶⁰ C. Aubry, e C. Rau, *Droit ...*, ob. cit., pág. 338.

⁶⁶¹ *Do Património ...*, ob. cit., pág. 137 seg.

regular e metodicamente as coisas⁶⁶², tomou uma posição intermédia, admitindo que em determinadas circunstâncias e porque o património corresponde a um conjunto de posições activas, tanto a teoria objectiva quanto a subjectiva poderiam ser instrumentalizadas pelo direito para autonomizar o património⁶⁶³; estas tentativas, infelizmente, não foram capazes de fornecer indícios de evolução doutrinária, porque assistimos ainda a um domínio da ideia de conexão vinculante entre a titularidade sobre determinado património e a sua esfera de responsabilidade patrimonial. Assim, é difícil entender sem obstáculos a existência de patrimónios cuja função é finalisticamente determinada e, por isso, merecedora de tutela diferenciada, para depois aceitarmos pacificamente a estrutura e função do negócio fiduciário.

II. Perante estas dificuldades, parece que o melhor caminho é o da interpretação daqueles preceitos legais que, não nos oferecendo um critério para distinguir ou valorar normativamente às teses subjectiva e objectiva de património de forma autónoma, dêem respostas dogmáticas aceitáveis. Para tal, deve ser investigado o quadro que regula normativamente a responsabilidade patrimonial que tem sido um dos elementos centrais da discussão da oponibilidade do fiduciário perante os credores gerais do fiduciário. O ponto de partida é o princípio da responsabilidade patrimonial, encontrado no art. 601º CC, e a acção de cumprimento e execução, previsto no artº 817º CPC, ao que se segue um ajustamento sistemático das soluções que outros quadrantes fora do direito civil oferecem para a responsabilidade patrimonial⁶⁶⁴, nomeadamente, no Código dos Valores Mobiliários⁶⁶⁵, no Código de Insolvência e Recuperação de Empresa⁶⁶⁶ e no Direito societário⁶⁶⁷, adequando-os e assim facilitar a relação entre património geral e património autónomo e lançar uma das

⁶⁶² Menezes Cordeiro, *Tratado (Parte Geral – Coisas)* ..., ob. cit. pág. 177.

⁶⁶³ Menezes Cordeiro, *Tratado (Parte Geral – Coisas)* ..., ob. cit., pág. 183.

⁶⁶⁴ Dentro do direito civil há figuras jurídicas que demonstram a existência de património autónoma: a representação sem poderes, quanto ao regime de responsabilidade por dívidas do mandatário – art. 1184º. Igualmente no âmbito da substituição fideicomissária que, nos termos do art. 2292º determina-se a separação dos bens do fideicomisso para assim ficarem protegidos de possível penhora dos credores gerais do fiduciário.

⁶⁶⁵ Art. 306º do CVM.

⁶⁶⁶ Art. 239º seg. CIRE que consagra uma relação fiduciária em que num procedimento especial, o tribunal defere o pedido de exoneração do passivo do devedor, ficando durante cinco anos subsequentes cedidos ao fiduciário todos os rendimentos disponíveis do devedor, cuja *titularidade fiduciária* é marcada por um *vínculo de afectação* incito nas motivações do procedimento insolvencial.

⁶⁶⁷ Introduzida no Direito português pelo Dec.-Lei nº 248/86, de 25 de Agosto, alterado pelo Dec.-Lei nº 46/200, que por sua vez também alterado pelo Dec.-Lei nº 76-A/2006, de 29 de Março. No essencial, esta figura vem possibilitar que o comerciante possa limitar parte do seu património à sua actividade, protegendo a acervo patrimonial geral das dívidas resultantes do exercício comercial. Cfr. Engrácia Antunes, “O estabelecimento individual de responsabilidade limitada: crónica de uma morte anunciada”, *RFDP*, Vol. III, 2006, pág. 401 seg.

coordenadas para a compreensão da admissibilidade do negócio fiduciário. Para mais desenvolvimentos sobre património de afectação ver secção IV do capítulo X.

Reconhecendo as dificuldades de encontrar uma solução que afaste definitivamente uma teoria unificada sobre o património, para o que aqui nos interessa, importa dizer que o património enquanto bem ou direito objecto da relação fiduciária, deve ser encontrada nos quadros de um fundamento normativo sobre a titularidade instrumental, porque funcionalizada a um fim e num regime de responsabilidade patrimonial por dívidas assente nos regimes jurídicos encontrados nas diversas áreas do Direito sobre património separado. Por exemplo, o ordenamento italiano deu um grande passo neste sentido ao aprovar no seu *Codice Civile*, art. 2645-*Terc.* Com este artigo surgiu a possibilidade de se poder transferir determinados bens com um determinado escopo, que foi considerado um negócio fiduciário. Em atenção ao art.1707º *Codice*, doutrina e jurisprudência italiana consideraram que se estava em presença da regra normativa da separação de património por validade da *destinazione* dos bens acordada pelas partes⁶⁶⁸ que, numa eventual situação de insolvência do fiduciário, os bens alocados através da *destinazione patrimoniale* não devem ser executados pelos credores do fiduciário, por força da referida imposição de separação patrimonial. De realçar que com a *destinazione* a titularidade dos mesmos é oponíveis a terceiros, até porque a atribuição patrimonial está funcionalizada à realização de um fim estabelecido pelas partes⁶⁶⁹.

2 - Informações

As informações aqui referidas correspondem a determinadas posições jurídicas que oferecem valor económico para o detentor das mesmas⁶⁷⁰.

⁶⁶⁸ Umberto Stefini, *Destinazione Patrimoniale ed Autonomia Negociale: L'art. 2645-Ter. CC*, Cedam, Milano, 2010, 2 seg.

⁶⁶⁹ Di Raimo, “Considerazione sull’art. 2645 ter. cc.: destinazione di patrimoni e categorie dell’iniziativa privata”, em *Ress. Dir.civ.*, 2007, pág. 945 seg. Também Matano, “I profile di assolutezza del vincolo di destinazione: uno spunto ricostruttivo delle situazione giuridiche sogettive”, em *Rev. Not.*, Vol. II, 2007, pág. 370 seg.

⁶⁷⁰ Luís Miguel Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 101, afirma, referindo-se a Stefan Grundmann, que é defensável um alargamento “do círculo de «bens fiduciários (*Treugüter*), por forma a incluir aqui também, a par das titularidades, certas posições jurídicas com valor pecuniário (*geldwerte Positionen*), como informações, ou posições de controlo e influência (*Informations- oder Kontroll- und Einflußpositionen*)”. Nós consideramos que o valor agregado a estas informações não tem necessariamente de ter valor pecuniário. Preferimos considerar que as mesmas devem ter valor económico, aliás, como o autor acertadamente refere “ (...) as informações sobre oportunidades de negócios (...) são considerados bens fiduciários”. Ora, uma oportunidade

3 - *Know-how*

I. Algumas informações de carácter técnico, comercial ou profissional, com carácter de segredo e muitas vezes com alguma dificuldade de serem obtidas no mercado, oferecem um valor económico e podem ser objecto de transmissão. É o que acontece com *know-how*, enquanto contrato através do qual se transfere conhecimento de carácter secreto, susceptível de potenciar quem os recebe para a sua utilização autónoma e rentável no campo industrial, organizativo e comercial. Por outras palavras, serve de “instrumento de comunicação tecnológica”⁶⁷¹, a que Ferreira de Almeida designou de “contrato de troca para o uso de coisa incorpórea”⁶⁷². Podemos considerá-lo como um tipo de conhecimento, saber ou procedimento que, pela sua importância na área industrial, comercial e técnico-organizativa, se apresenta com carácter reservado, secreto e de acesso a uma quantidade limitada de pessoas. Pela sua natureza jurídica pode ser considerada como integrada dentro do conjunto de criações intelectuais, estando protegidas pelas normas de propriedade intelectual.

Como se sabe, a utilidade do conhecimento técnico reservado regista-se no auge das actividades empresariais. Com efeito, uma sociedade altamente competitiva, o conhecimento com vantagens comparativas sobre a situação tecnológica do mercado, permite um posicionamento de liderança e nalgumas ocasiões esta vantagem dá origem a criações intelectuais de utilidade empresarial que, para manter ou conquistar aquela liderança ou para sua utilidade e eficácia, os seus titulares preferem manter em segredo, evitando que as invenções sejam obtidas, plagiadas ou empregues sem permissão.

de negócio não tem susceptibilidade de avaliação pecuniária. Enquanto oportunidade de negócio, apenas oferece a possibilidade de avaliação económica e nunca do valor pecuniário.

⁶⁷¹ É importante saber separar o contrato de *know-how* da figura jurídica do *know-how*. Assim, Maria Gabriela Figueiredo Dias, *A Assistência Técnica nos Contratos de know-how*, Studia Iuridica, Coimbra Editora, 1995, pág. 25. Esta autora explica que o *know-how* é uma realidade que inclui nela as seguintes “categorias de conhecimentos: invenções ou descobertas passíveis de serem registadas como patentes, que o seu titular não regista e prefere usar em regime de segredo; conhecimentos ditos «menores», que não constituem verdadeiras invenções e cuja patente, não é possível, por não apresentar os requisitos de originalidade, novidade e industrialidade que esta exige; ou, ainda, informações técnicas adicionais em relação às tecnologias patenteadas” – pag. 32.

⁶⁷² *Contratos, Conteúdo. Contratos de troca*. Vol. II, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 225. O autor considera que as licenças de direitos de autor (propriedade industrial), também são “contratos de troca para uso de coisa incorpórea”.

Nem sempre foi pacífica a determinação da sua natureza jurídica: alguns qualificam-na como contrato, outros como objecto⁶⁷³. Nesta última qualificação, entende-se o *know-how* em função do uso exclusivo do seu titular, enquanto conhecimento aplicável a nível empresarial, de carácter secreto pelo seu alto valor económico e susceptível de transmissão. Já na qualificação como contrato, está em causa o uso do conhecimento pelo seu titular, por um terceiro ou por ambos; corresponde aquele negócio jurídico cujo objecto é a cessão ou transmissão do direito sobre um conhecimento técnico, realizada pelo seu titular em contraprestação financeira da outra parte⁶⁷⁴.

II. O *know-how* como objecto, pode ser caracterizado da seguinte forma:

1. Conhecimento. Em sentido vocabular, conhecimento é a faculdade de conhecer. Não é neste sentido que nos interessa. Interessa, sim, aqueloutro sentido, qual seja, informação, experiência, domínio teórico e/ou prático de determinada área. Este conhecimento não está constituído por objectos materiais, senão por elementos intangíveis constituídos por ideias sobre distintos tipos de relações de causalidade ou de situações facticas. Tais ideias podem incorporar-se em objectos materiais de diferentes espécies.

2. Técnico. O qualificativo “técnico” determina todo o tipo de saber economicamente significativo, seja qual for a sua aplicação, se industrial, comercial ou organizativo. Significa que não é um qualquer conhecimento; mesmo que com alguma originalidade, é imperioso que este conhecimento seja “sistemático para a fabricação de um produto, para a aplicação de um processo ou a apresentação de um serviço, incluindo tecnologias de administração e comercialização”⁶⁷⁵. Iguamente, não é necessário que a actividade inventiva seja desenvolvida dentro de uma «empresa», porque o titular pode conceptualizar uma fórmula em espaço próprio ou independente que reúna as características de *know-how*. O conhecimento “técnico” tem a virtude de poder ser objecto de exploração empresarial, podendo outorgar um valor acrescido às empresas pois estas exigem uma actividade especializada e profissional.

⁶⁷³ Manuel A. Laquis, “¿Es el *know-how* un derecho de propiedad?”, in *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 4, nº 19-24, Bs. As., 1971, pág. 287.

⁶⁷⁴ Benavente Hesbert Chorres, “La teoría trialista del *know-how* y sus repercusiones en la propiedad intelectual”, César Iglesias Rebollo (Coord.) *Propiedad Intelectual, Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*, Colección de Propiedad Intelectual, Madrid, 2005, pág. 179-207.

⁶⁷⁵ Cfr. Consta do Código Internacional de Conduta de Transferência de Tecnologias (CICTT) elaborado no âmbito dos trabalhos da *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD)

3. Carácter secreto ou reservado⁶⁷⁶. O segredo constitui uma actividade mental de reserva sobre um conhecimento. As coisas não podem ser objecto de segredo. Secreta é a atitude de reserva das mesmas coisas. É o estado de facto que consiste em que uma pessoa ou pessoas têm um determinado conhecimento sobre a existência de características de coisas, procedimentos, etc., e desejam conservar em exclusividade esse conhecimento perante outras pessoas. Assim é o *know-how*, e podemos dela assacar três notas características: ocultar a tecnologia do conhecimento; a conservação do segredo, e o interesse em manter em estado secreto o conhecimento. O carácter oculto da tecnologia constitui um elemento objectivo do segredo e consiste na limitação do seu acesso a outras pessoas sem consentimento, permitindo assim que um número controlado de pessoas conheça a informação confidencial⁶⁷⁷. No que diz respeito a voluntariedade na conservação do segredo, constitui um elemento subjectivo, na medida em que a pessoa que é detentora do segredo deve manifestar o desejo de que outras pessoas não tenham acesso a tais conhecimentos “técnicos”. Por último, o interesse em manter em segredo está ligado ao facto de que o *know-how* proporciona uma vantagem competitiva, porque permite levar a cabo algo que os demais não podem realizar pelo facto de o não conhecerem.

4. Valor Económico. Constitui um elemento de filtragem que restringe os “conhecimentos técnicos e secretos” na medida em que só será *know-how* se for valorizado economicamente dentro de um contexto de uma actividade profissional ou empresarial. É importante que o conhecimento técnico tenha sempre um fim económico, ou seja, tendente a produção de bens e serviços. Não fazem parte do *know-how* os descobrimentos arqueológicos ou históricos, de ensino, entre outros, por lhes faltar um valor pecuniário.

⁶⁷⁶ Dário Moura Vicente, “Segredo comercial e acesso à Informação administrativa”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. III, FDUL, Coimbra Editora, 2010, pág. 289-298. Referindo-se ao segredo comercial, o Prof. de Lisboa assinala que “o segredo comercial apenas compreende (...) informações com valor económico que não se encontrem no domínio público e que, por este motivo, configuram ao seu titular uma vantagem competitiva”.

⁶⁷⁷ O Código de Propriedade Industrial de 2003, no seu art. 318º, prevê a protecção de informações não divulgadas e considera ilícito a sua divulgação, a aquisição ou a utilização de segredos de negócios de um concorrente, sem o seu consentimento, desde que essas informações sejam secretas, tenham valor comercial e tenham sido objecto de diligências consideráveis com o fim de se manterem secretas. É consagrado, no ordenamento jurídico português, a tutela do segredo de negócios, como uma noção ampla, cabendo nele os conceitos de segredo industrial e segredo comercial. Naquele cabem os conhecimentos técnicos, patenteáveis ou não, bem como as técnicas, fórmulas e experiências industriais inovadoras; já neste último, referimo-nos aos métodos de gestão, de comercialização, de trabalho e de relação com terceiros nas empresas. Cfr. Dário Moura Vicente, “Segredo comercial e acesso à informação administrativa” in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. III, FDUL, Coimbra Editora, 2010, pág. 289-298.

5. Transmissibilidade. O *know-how* pode ser transmissível, apesar desta característica dizer mais respeito ao *know-how* enquanto contrato⁶⁷⁸, cujo objecto mediato é constituído por bens da propriedade intelectual⁶⁷⁹. Mesmo nas vestes de objecto, o *know-how* deve também ter esta característica. A transmissão pode ser definitiva ou temporária. Naquela o cedente abstém-se de, no futuro, utilizar esses conhecimentos. Nesta, a transmissão é feita através de uma licença que determina uma utilização de forma exclusiva, ficando o transmitente obrigado a não passar os mesmos conhecimentos a outras pessoas. Nem todo o conhecimento técnico deve ser livremente transmitido. Nalguns casos, por exemplo, o Estado, actuando com o seu poder soberano e em defesa da sua própria subsistência, estabelece normas que regulam o modo como os particulares devem aceder a conhecimentos que são absolutamente inalienáveis. Desta forma podemos afirmar com alguma segurança que a natureza jurídica do objecto do *know-how* é teleológica, pois a ele está estritamente ligado a sua utilidade final. Não é sem razão que a Associação Internacional para a Protecção da Propriedade Industrial define o *know-how* como sendo o “conhecimento e experiências de carácter técnico,

⁶⁷⁸ J. P. Remédio Marques, *Licenças (Voluntárias e Obrigatórias) de Direitos de Propriedade Industrial*, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 18. Para este Professor de Coimbra “os direitos de propriedade intelectual, enquanto direitos subjectivos privados absolutos essencialmente de natureza patrimonial (sejam eles direitos de autor, direitos conexos ou o direito especial do fabricante de bases de dados não originais, sejam eles direito de propriedade industrial) são, assim naturalmente, objecto de exploração económica. Por conseguinte, eles podem ser objecto de direitos: podem ser transmitidos ou o seu gozo pode ser cedido. Neste último caso, outorgam-se direitos de gozo a favor de terceiros que os legitimam a explorar o bem imaterial, sem que ocorra uma mudança de titularidade do bem objecto da exploração”. Continua a sua dissertação dizendo que “esta idoneidade de os direitos de propriedade industrial serem objecto de negócios jurídicos é uma manifestação da sua dimensão jurídico-privada”. Em nota de rodapé (nº 3) o autor coloca dúvidas quanto à possibilidade da aplicação do regime jurídico do direito de propriedade intelectual ao *know-how*, ou as informações ou aos conhecimentos não divulgados pois, para ele, “é altamente duvidoso que o seu detentor fático possa celebrar contratos de licença, já que a detenção de tais conhecimentos não cria uma qualquer esfera ou círculo de oponibilidade dirigida a terceiros, relativamente a um acervo típico (e taxativo) de faculdades jurídicas típicas dos direitos absolutos desta natureza. Embora se costume falar de licenças de saber-fazer ou de *know-how*, na verdade, creio estarmos perante contratos pelos quais o detentor desses conhecimentos se obriga a comunicá-los à contraparte, gratuita ou onerosamente. Mas também é claro que, à luz das regras da boa fé, o correcto cumprimento de muitos dos contratos de licença de direitos de propriedade intelectual implica a comunicação de conhecimentos mantidos secretos pelo titular dessa propriedade intelectual e que, após essa comunicação, se pretende que continuem em regime de segredo”.

Não podemos estar de acordo. Primeiro porque a *Associação Internacional para a Propriedade Industrial* oferece uma definição cujos elementos constitutivos da mesma levam-nos a crer que podem ser objecto de contrato de licença. Depois porque consideramos que as características do *know-how* que anunciamos em texto, nomeadamente, o seu carácter económico, secreto, técnico, apenas para citar estes, dão fundamento à sua transmissibilidade

⁶⁷⁹ Carlos Ferreira de Almeida, “Contratos da Propriedade Intelectual. Uma Síntese”, *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Almedina, Coimbra, pág. 9-24. O autor afirma que “todos os direitos patrimoniais da propriedade são, em princípio, transmissíveis através dos tipos contratuais em geral idóneos para produzir tal efeito, v.g., a compra e venda, a doação, a permuta, a fusão e a cisão de sociedade”.

comercial, administrativo, financeiro ou de outra natureza que sejam aplicáveis na actividade de uma empresa ou no exercício de uma profissão”⁶⁸⁰. Se o conhecimento técnico for comercial, administrativo, financeiro ou de outra natureza mas não tiver como finalidade a sua aplicabilidade na actividade de uma empresa ou o exercício de uma profissão, parece que não pode ser considerado como *know-how*.

III. Num outro prisma, podemos analisar o *know-how* como contrato. Não vamos aqui entrar em grandes discussões porque esta não é a sede. Sem abraçar conceitualismos, importa dizer que, dos elementos do conceito sobre o objecto do *know-how*, é a susceptibilidade de contratação. O contrato de *know-how* apresenta características muito próprias que se afastam de qualquer outra modalidade contratual típica. Apresenta-se, na sua configuração, como o conjunto combinado de elementos de vários tipos contratuais que não mantêm a sua autonomia, diluindo-se para criar esta nova figura⁶⁸¹, situação que poderia levar a pensar-se que estaríamos perante um contrato misto ou atípico. Na verdade, é de afastar a qualificação como contrato misto, pelas dificuldades de identificação da sua função e determinação do seu regime, preferindo-se a qualificação como um contrato juridicamente atípico mas típico socialmente⁶⁸². É de considerar que, mesmo sendo atípico, o contrato de *know-how* pode conter nele elementos típicos de outros contratos.

⁶⁸⁰ É a mesma linha que Maria Gabriela Figueiredo Dias segue ao afirmar que “optamos, portanto, por entender o *know-how* sem compartimentações limitativas quer deste estudo, quer da realidade que lhe subjaz. Considerar-se-ão, por isso, como *know-how* todas as situações de transmissão de conhecimentos e experiências (sob a forma de planos, instruções, desenhos, formulas, conselhos, informações, receitas, dados, cálculos, combinações, processos, etc.) atinentes ao processo produtivo, não registados sob a forma de patentes ou não susceptíveis de o serem, tecnológicos ou relativos à organização produtiva ou à comercialização de um produto, secretos (no sentido subjectivo que lhe atribuímos) e com valor produtivo capazes de serem transmitidos e *utilizados pelo adquirente de forma autónoma*”. *A Assistência ...*, ob. cit., pág. 35.

⁶⁸¹ Gabriela Figueiredo Dias, *A Assistência ...*, ob. cit., pág. 51. A autora entende que o contrato de *know-how* congrega os tipos contratuais de compra e venda, locação, empreitada e prestação de serviço, mas que os elementos constitutivos do regime jurídico dos mesmos se diluem, criando um novo contrato, que é o *Know-how*, por isso não é um contrato misto.

⁶⁸² É a explicação que Maria Gabriela Figueiredo Dias, oferece quanto a esta conclusão. Diz a autora que “existem, porém, categorias de contratos mistos que não se ajustam a nenhuma destas sub-classificações, não deixando, por isso, de ser contratos mistos: são os casos em que os elementos do contrato misto se encontram de tal forma miscigenada que dão origem a uma figura realmente nova, correspondendo a interesses automatizáveis, atípica como contrato, mas socialmente típica”. Continua concluindo que “parece ser esta, exactamente, a situação do contrato de *know-how*” que, apesar de larga discussão doutrinária à volta desta questão e o “(...) pendor da generalidade da doutrina para considerar o contrato de *know-how* como um contrato misto, não parece que seja esta a sua verdadeira configuração. O contrato misto, sendo aquele em que se reúnem regras de vários negócios jurídicos, assume-se como verdadeira categoria autónoma quando revela ser a fusão de vários tipos legais. Em todo o caso – e é isto o mais importante –, a delimitação da categoria dos contratos mistos só se

4 - Clientela

Pensamos que fazem parte dos bens fiduciários os activos de que o fiduciante pode ser titular. É de considerar os proprietários de empresas que têm na forma como organizam a estrutura da empresa, a confiança estabelecida com os fornecedores e com os financiadores e a lealdade que os clientes têm para com os serviços da empresa, sendo que, com exclusão da forma de organização da estrutura da empresa, os demais elementos não constituem elementos do estabelecimento comercial, não é um objecto nem um fim, mas constitui uma qualidade susceptível de tirar maior rendimento ou utilidade da forma como está organizada a empresa⁶⁸³. Neste último caso, é importante ter em consideração o facto de que a fidelização da clientela é um objectivo que a empresa tem em vista, procurando estender esses objectivos e a sua estratégia comercial para captar a confiança dos clientes, primeiro porque os bens e serviços que produz têm nos clientes o seu destino e estes satisfazem as suas necessidades a partir das empresas que melhor lhes oferecem produtos de qualidade aceitável no mercado⁶⁸⁴.

A clientela é pois um número significativo de pessoas que mantêm com o estabelecimento uma relação continuada de procura e fornecimento de bens e serviços. Porque não é um elemento do estabelecimento comercial mas uma sua qualidade, aproxima-se muito

justifica pela sua função, que reside na determinação do seu regime. Ora, como acabamos de ver, os regimes propostos pela doutrina para a regulamentação dos contratos mistos – não servem ao contrato de *know-how*. Também por esse motivo, julgamos mais adequado considerá-lo como um verdadeiro contrato atípico, mesmo reconhecendo as dificuldades de delimitação de uma categoria face à outra e admitindo a possibilidade de este constituir um contrato atípico... misto”.

“Em suma, o que se afigura como relevante no contrato de *know-how* é a sua atipicidade, se bem que cada contrato, individualmente considerado, possa conter elementos pertencentes a diversos contratos típicos. As suas particularidades, porém, bem como a forma emaranhada com que esses elementos se entrecem, fazem dele uma figura nova, socialmente típica, embora juridicamente atípica; uma figura subsidiária de várias figuras contratuais nominadas, que acorrerão pontualmente a responder a certos casos omissos que aquela revele e enquanto ela as permita, mas *regulada, em última e em casos de impossibilidade de soluções por via analógica, pela ponderação dos interesses que represente e segundo os ditames da boa fé*”. A *Assistência...*, ob. cit., pág. 51-54.

⁶⁸³ Não importa aqui entrar no dilema sobre se estabelecimento comercial e empresa é a mesma coisa. Não por ausência de rigor científico que uma empreitada como esta exige, mas apenas porque não é esta a sede desta discussão. De notar que na doutrina lusa há diferenças a apontar: Orlando de Carvalho, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial. O problema da empresa como objecto de negócio*. Coimbra, 1967, nota nº 3 na pág. 7, considera como sendo sinónimos empresa e estabelecimento comercial. Pelo contrário, Coutinho de Abreu, diferencia-as. Veja-se nota a seguir.

⁶⁸⁴ Coutinho de Abreu, *Da Empresariedade. As empresas no direito*, Almedina, 1996, pág. 52, comanda uma larga comunidade da doutrina que defende a posição de não admissibilidade de um direito à clientela. Explica pois este autor que a clientela “não é atributo ou propriedade interno-caracterizadora, algo que é extraído da organização dos elementos da empresa. Existe sim uma íntima legação entre estabelecimento e clientela. Aquele é instrumento produtor de bens de troca – implicando isso a conquista e o assegurar de cliente(s), a permanente atracção de um fluxo de procuras. O estabelecimento comercial pode existir por algum tempo sem clientela, mas não é capaz de subsistir sem ela”.

do aviamento que não constitui um bem ou direito merecedor de protecção jurídica⁶⁸⁵, no entanto, a clientela constitui o elemento que estimula o aviamento porque não é possível conceber um estabelecimento comercial com significativo aviamento sem uma clientela que dê vazão ao mesmo.

O Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho, com as alterações introduzidas pelo Dec.-Lei nº 118/93, de 13 de Abril, que regulamenta o contrato de agência e a representação comercial, no seu art. 33º prevê uma indemnização de clientela, desde que estejam preenchidos determinados pressupostos. Parece ser um indicativo que o direito positivo oferece no sentido que defendemos⁶⁸⁶. Ademais, entre os que admitem a existência de um verdadeiro direito à indemnização e os que defendem uma compensação, o que deve ser valorado pela sua intenção axiológico-normativo é que a discussão anda à volta de um *direito à clientela*, que faz dela uma fonte de indemnização do agente comercial ou uma fonte de natureza compensatória resultante da actividade que o concessionário desenvolveu na vigência do contrato⁶⁸⁷.

5 - Reforma/Pensão

I. Noutro ângulo mas na mesma pista, considera-se um activo do fiduciante os elementos que constituem a chamada “nova propriedade”, nomeadamente, o direito à reforma, os graus académicos, bem como as licenças para o exercício de determinadas actividades

⁶⁸⁵ F. Galgano, *Diritto Commerciale – L’imprenditore impresa. Contratti di Impresa. Titolo di Crediti. Fallimento*, 12ª ed., Bologna Zanichelli, 2008, pág. 73. A capacidade das empresas produzirem lucro constitui o elemento principal da constituição dela. Ninguém cria uma sociedade comercial que não tenha como fim a obtenção do lucro, aliás, é desiderato que a lei impõe. Logo, para que se obtenha lucros de forma normal, regular e legal, é preciso maximizar os esforços com a fidelização dos clientes. Hoje não é seguro afastar a clientela da organização empresarial. Basta ver a influência, no âmbito da sustentabilidade ambiental, que as comunidades que vivem ao redor das sociedades comerciais exercem, fazendo influenciar as decisões das sociedades tendo em atenção os interesses dos *stakeholders*. Cfr. Catarina Alexandre Alves Fernandes, “Governo das sociedades, custo de agência e crise financeira”, em *Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 20, pág.

⁶⁸⁶ Veja-se as posições de Maria de Fátima Ribeiro, *O Contrato de Franquia. Franchising. Noção. Natureza Jurídica e Aspectos Fundamentais de Regime*. Almedina, Coimbra, 2001, pág. 275 seg. Carolina Cunha, *A Indemnização de Clientela do Agente Comercial*, Coimbra Editora, 2003. Joana Vasconcelos, “Cessação do contrato de agência e indemnização de clientela – algumas questões suscitadas pela jurisprudência relativa ao Dec. Lei nº 178/86”, em *Direito e Justiça*, Vol. XVI, tomo I, pág. 243 seg. António Pinto Monteiro, “Contratos de distribuição comercial”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Coimbra, 2002.

⁶⁸⁷ Maria de Fátima Ribeiro, *O Contrato de...*, ob. cit., pág. 275.

profissionais ou comerciais⁶⁸⁸. A própria relação resultante do casamento cria uma situação nova para os cônjuges e para a ordem jurídica, na medida em que estas relações patrimoniais fogem da cobertura do regime geral das relações jurídicas obrigacionais ou de outra natureza, encontrando cobertura num regime especial que a lei designa por “regime de bens do casamento”⁶⁸⁹. Assim, poderá acontecer que, por morte de um dos cônjuges, o sobrevivente adquirirá o direito de pensão de viuvez e/ou o direito ao complemento de pensão por cônjuge a cargo, que funciona como uma excepção ao princípio da imutabilidade do estatuto patrimonial definido pelos nubentes aquando da celebração do casamento, pois o dever de cooperação e fidelidade na relação conjugal, bem como o contributo que o cônjuge sobrevivente prestou durante a convivência em comum, mesmo que este não tenha tido um emprego, formação académica ou profissional ou até algum acervo de bens antes do casamento, justifica uma transferência de certos direitos patrimoniais, independentemente do regime económico definido pelos cônjuges ou até nos casos em que vivam em união de facto. Aliás, o normal e mais consentâneo com a paz nas relações familiares, é que na vida em comunhão constitua pressuposto o estabelecimento de um orçamento comum e se defina um mecanismo de participação nos encargos da vida familiar. Os rendimentos fazem parte das receitas que os cônjuges utilizam para realizar as diversas despesas familiares.

O direito à reforma tem vindo a ter um forte significado na esfera patrimonial das pessoas, pois passou a ser uma “regalia” dos trabalhadores, resultantes das suas contribuições à segurança social, mas também das contribuições complementares dos empregadores⁶⁹⁰. Desde logo, com o aumento da esperança média de vida das pessoas as pensões foram sofrendo na sua extensão de cobertura, estendendo não só para mais anos de vida dos pensionistas como também cobrindo muitos aspectos da vida, nomeadamente, a velhice, a invalidez, a viuvez e alimentos⁶⁹¹, que constituem, mesmo de forma pouco clara na sua

⁶⁸⁸ Maria João Romão Carreiro Vaz Tomé, *O Direito À Pensão de Reforma Enquanto Bem Comum do Casal*. BFDUC, Studia Iuridica, Coimbra Editora, 1997, pág. 145 e seg. Importa, no entanto, acrescentar às ideias desta autora o seguinte: os profissionais liberais, como os advogados, contabilistas e até os artesãos, criam um mercado específico capaz de atrair um contingente que busca de forma dirigida um lugar específico de oferta de serviços e bens susceptível de atrair para si um considerável número de clientes. Foi à volta desta franja que foi construído o conceito de clientela civil, aquela que não é comercial mas valoriza o rendimento proporcionado pelas trocas e confere qualidade à própria clientela.

⁶⁸⁹ Maria Rita Aranha da Gama Lobo Xavier, *Limites à Autonomia Privada ...*, ob. cit., pág. 15.

⁶⁹⁰ Bernardo da Gama Lobo Xavier, “Problemas jurídico-laborais dos fundos (fechados) de pensões. Direitos dos trabalhadores”, in *RDES*, n.ºs 3 – 4, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 13-83.

⁶⁹¹ João Zenha Martins, “A idade e a reforma por velhice como *causas* de cessação do *vinculum laboralis*: a (in)segurança social e o trabalho”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*,

descrição, de uma “nova roupagem da riqueza que assume uma relevância crescente” cuja origem é diferente das formas normais de aquisição de direitos patrimoniais. Outras características significativas são a sua natureza eventual, pois poderá ou não ocorrer a concretização do direito, a sua situação de dependência com a posição profissional do seu titular, a sua intransmissibilidade (na medida em que tem natureza pessoal e por isso inalienável e impenhorável)⁶⁹² e o seu ganho não é obtido durante o prazo de garantia, que varia segundo os diversos regimes de protecção social, cuja origem é diferente das formas normais de aquisição de direitos patrimoniais⁶⁹³, como acontece com o regime estabelecido pelo art. 402º do CSC, que estabelece as condições de atribuição de pensões e complementos de reforma aos administradores das sociedades anónimas⁶⁹⁴, não obstante nada dificultar que estas “regalias” possam ser aplicadas nas outras sociedades, cuja regulamentação apresente uma ausência completa sobre o conteúdo normativo do art. 402⁶⁹⁵.

BFDUC, Coimbra Editora, 2008, pág. 424, considera que “(...) uma vez reformado, o trabalhador, de acordo com o princípio da contributividade, tem direito a uma pensão de reforma, que fica a cargo da Segurança Social, sem prejuízo do direito a uma pensão complementar de reforma que tenha sido prevista no contrato, em negócio ulterior ou através de negociação colectiva (...)” e “(...) independentemente do ente que suporte o pagamento da pensão, não se está perante uma retribuição *proprio sensu* (afastamento da perspectiva salarial), mas antes na presença de uma prestação de carácter social e vitalício, enquanto que afasta, assim, a subsunção deste tipo de prestações aos artº 381º do CT, já que este crédito só se efectiva após a reforma e por efeito desta”.

⁶⁹² E por isso mesmo, “o direito à retribuição é intransmissível e, no entanto, quando exigível, deve ser considerado um bem comum do casal. De outro lado, a inclusão do direito à pensão de reforma no património comum do casal não pode ser analisada como se de uma cessão de direitos se tratasse. Com efeito, trata-se de uma aquisição individual do direito por parte do cônjuge trabalhador, seguida de uma comunicação subsequente. Assim, a proibição legal de alienação do direito em apreço não se aplica à comunicabilidade do mesmo ao cônjuge do trabalhador, que deve ser considerado co-titular do mesmo direito por força do regime da comunhão de adquiridos. Cônjuge não se encontra na posição de credor nem de um qualquer terceiro, mas sim na de titular do direito”. Assim pensa Maria Vaz Tomé, *O Direito ...*, ob. cit., pág. 262.

⁶⁹³ Maria Vaz Tomé, *O Direito ...*, ob. cit., pág. 146. É uma forma de riqueza que tem a participação do Estado na elaboração dos mecanismos para a efectivação deste direito. Foram criados vários sistemas de protecção social, alguns voluntários e outros de carácter obrigatório, tais como, regimes especiais do sistema de segurança social, regimes da função pública, regimes dos antigos funcionários ultramarinos (já sem efectiva validade), regime dos advogados e solicitadores, regimes de protecção nos riscos de acidente de trabalho e doença profissional e regime dos sistemas de segurança social estrangeiros. É importante referenciar que existe a chamada “pensão unificada” que é uma pensão única, assente no conjunto dos períodos contributivos existentes no regime geral de segurança social e no regime da função pública, sendo que o beneficiário terá de declarar se pretende ou não aderir a esta classe de pensão.

⁶⁹⁴ Ánia Ferreira/ Teresa Fernandes, “Estudo sobre a atribuição de pensões e complementos de reforma aos administradores das sociedades anónimas”, in *Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 215-246. Mais recentemente, Bernardo da Gama Lobo Xavier, “As pensões de reforma e a segurança social dos administradores e doutros membros dos órgãos das sociedades (art. 402º do CSC)”, *RDS*, nºs ¾, Ano VII, 2015, pág. 537-586.

⁶⁹⁵ J. Coutinho de Abreu, *Governança das Sociedades Comerciais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 99, defende a ideia de aplicação analógica deste artigo para as demais sociedades comerciais.

O regime de reforma por velhice ou invalidez dos administradores pode ser estabelecido no contrato de sociedade cujas despesas ficam a cargo da própria sociedade – n° 1 do art. 402° –, com o limite de que a discricionariedade atribuída à sociedade para fixar o quantum dos complementos de pensões de reforma não exceda a remuneração de um administrador em efectividade de funções ou não ultrapassar a maior remuneração, havendo várias diferentes – n° 2, cessando a obrigação da sociedade em pagar as pensões ou complementos de reforma se a sociedade se extinguir, salvo se tenha havido um seguro para cobrir o risco de extinção – n° 3, devendo a assembleia-geral aprovar o que ficar determinado sobre estes benefícios concedidos aos administradores – n° 4⁶⁹⁶.

No direito anglo-saxónico encontramos a figura do *pension trust*⁶⁹⁷ que visa garantir, através de fundos criados numa empresa ou grupo de empresas, a reforma/pensão dos seus trabalhadores. Para a sua constituição podem os empregadores como os empregados indicarem os *trustees* que melhor confiam. Os *trustees* têm o dever de fazer a gestão dos recursos que as partes aplicaram no fundo para que o pagamento das pensões ou de outros benefícios do *trusts* seja realizado⁶⁹⁸.

II. Nos Estados da *Civil Law*, as pessoas podem rentabilizar as suas pensões através de um Fundo de Pensões⁶⁹⁹, que correspondem a um conjunto de activos com vista a proporcionar para futuro o pagamento de benefícios através do financiamento de um plano de

⁶⁹⁶ Luís A. Carvalho Fernandes/ João Labareda, “Do regime jurídico do direito à reforma dos administradores a cargo das sociedades anónimas” *RDS*, nºs 3 – 4, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 531-556. Os autores fazem um exame ao conteúdo do art. 402° do CSC e discutem sobre a “natureza injuntiva do art. 402°” e defendem que este direito que a lei concede aos administradores constitui uma atribuição patrimonial sem, de facto, ocorrer uma contraprestação por parte dos beneficiários. Adiantam que “tal significa, inquestionavelmente, estar-se em presença de um acto gratuito. Não lhe retira esta qualidade a circunstância de a atribuição de reforma, na normalidade dos casos, ser motivada pelo desejo de recompensar serviços significativos e relevantes prestados pelo administrador à sociedade, enquanto desempenhou o cargo social. O mais que se poderia entender, em função deste intento, era tratar-se de uma denominada *liberalidade remuneratória*” – pág. 534.

⁶⁹⁷ David J. Hayton, *The Law of Trust*, Sweet & Maxwell, London, 1989, pág. 42 seg.

⁶⁹⁸ David A. Pratt, *Pension and Employee Benefit Statutes and Regulations*, New York, Foundation Press, Thomson Reuters, 2012 Edition, pág. 393 seg. Igualmente John H. Langbein/ David A. Pratt/ Susan J. Stabile, *Pension and Employee Benefit Law*, New York, Foundation Press, Thomson Reuters, 2010, pág. 541 seg.

⁶⁹⁹ Regulado pelo Dec.-Lei nº 12/2006, de 20 de Janeiro, com alterações introduzidas pela Lei nº 147/2015, de 9 de Setembro. O art. 2° do decreto lei oferece a definição de “fundo de pensões” como “o património autónomo exclusivamente afecto à realização de um ou mais planos de pensões e ou planos de benefícios de saúde, podendo ainda simultaneamente estar afecto ao financiamento de um mecanismo de um mecanismo equivalente nos termos da Lei nº 70/2013, de 30 de Agosto”.

reformas. Os activos constitutivos dos fundos gozam de autonomia patrimonial⁷⁰⁰. Esta autonomia deve ser encarada num duplo sentido: primeiro, as pensões previstas num determinado plano de pensões são exclusivamente asseguradas por intermédio dos activos do fundo que respondem unicamente pela realização do plano de pensões; depois, os mesmos não respondem por outras obrigações, nomeadamente, as relativas às empresas que as promovem, dos trabalhadores abrangidos ou das entidades que realizam a gestão dos fundos. Daí a conclusão de que deve haver nítida segregação entre o património constitutivo do fundo e os demais patrimónios que com ele podem conflitar.

A capitalização dos rendimentos produzidos pela gestão dos activos tem em vista a distribuição aos seus contribuintes, assegurando assim um período de reforma mais estável. O financiamento pode ser feito de duas maneiras: *a)* através da repartição ou *pay-as-you-go*, que funciona através da distribuição aos reformados de uma parte da riqueza produzida no ano correspondente e cobrada sob a forma de contribuições para a segurança social; e *b)* por meio da capitalização ou *funded*, que é feita acumulando poupança ao longo da vida activa dos trabalhadores/contribuintes para que lhes seja pago quando se reformarem. As entidades autorizadas para exercerem a gestão de fundo de pensões⁷⁰¹, fazem-no nos mercados regulados, nomeadamente nas bolsas, tomando a denominação de intermediários financeiros, estando adstritos aos deveres que, neste caso específico, estão regulamentados pelo art. 199º, nº 1 do CVM⁷⁰². Com a entrega dos activos à entidade gestora, há uma transferência da

⁷⁰⁰ Art. 11º, nº 1 do Dec.- Lei nº12/2006, determina que “sem prejuízo do disposto no artigo 81º, o património dos fundos está exclusivamente afecto ao cumprimento dos planos, ao pagamento das remunerações de gestão e de depósito que envolva, e ao pagamento dos empréstimos dos seguros referidos no art. 16º, não respondendo por quaisquer outras obrigações, designadamente as de associados, participantes, contribuintes, entidades gestoras e depositários”.

⁷⁰¹ O regime jurídico de acesso e actividade seguradora e resseguradora, bem como regime processual aplicável aos crimes especiais do sector segurador e dos fundos de pensão e às contraordenações cujo processamento competência, autoridade de supervisão de seguros e fundos de pensões foi colocado em vigor pela Lei nº 147/2015, de 9 de Setembro, que também transpôs para o território luso a Directiva 2009/138/CE do Parlamento e Conselho Europeu, de 25 de Novembro de 2009 e procede à quinta alteração do Decr.-Lei nº 12/2006, de 20 de Janeiro, à primeira alteração ao regime jurídico do contrato de seguro, aprovado pelo Dec.-Lei nº 72/2008, de 16 de Abril, à segunda alteração ao Dec.-Lei nº 40/2014, de 18 de Março, e revoga o Decreto de 21 de Outubro de 1907 e o Dec.-Lei nº 90/2003, de 30 de Abril. As entidades que podem gerir os fundos de pensões são: as sociedades gestoras de fundos de pensões, instituições de crédito, empresas de investimento, sociedades gestoras de organismos de investimento e empresas de seguros que explorem legalmente o ramo «Vida», nos termos do art. 32º do Dec.- Lei nº 12/2006.

⁷⁰² Os mercados que legalmente funcionam em Portugal são: “Euronext Lisbon”, com gestão da Euronext Lisbon – Sociedade Gestora de Mercados Regulamentados, S. A.; “Mercado de futuros e opções”, gerido pela NYSE Liffe; “Mercado especial de dívida pública (MEDIP, gerido pela “MTS Portugal – Sociedade Gestora de Mercado Especial de Dívida Pública, SGMR, S.A.”; Mercado Regulamentado de Derivados do MIBEL (Mercado Ibérico de Electricidade), gerido pelo OMIP – Operador do Mercado Ibérico de Energia (pólo português). Quanto

titularidade dos mesmos, cujo objectivo é a capitalização dos rendimentos produzidos, há uma separação do património, logo, não respondem por obrigações não vinculadas com a aplicação daqueles activos; e há a retransmissão das aplicações (contribuições) realizadas, cujo valor é o correspondente às unidades de participação na data da devolução, dependendo se o contribuinte assumiu o risco de investimento, o que nos leva a concluir que existe uma relação fiduciária⁷⁰³ e assim os fundos de pensões têm natureza fiduciária⁷⁰⁴.

6 - Privilégios creditórios

Vamos aqui abordar a questão dos privilégios creditórios na vertente das suas relações com o fiduciário credor, ou seja, apenas nas relações fiduciárias *cum creditore* e não nas *cum amico* porque, nestas, o fiduciário é gestor de bens ou direitos do fiduciante não sendo possível que este venha a estar em situação devedora para com o fiduciário.

O CC no art. 733º oferece a noção de privilégio creditório e determina que “é a faculdade que a lei, em atenção à causa do crédito, concede a certos credores, independentemente do registo, de serem pagos com preferência a outros”. Vamos ater-nos aos privilégios mobiliários gerais, constantes no art. 737º.

6.1 - Crédito por despesas do funeral do devedor conforme a sua condição e o costume da terra

Regulado no art. 737º, nº 1, al. a), é um crédito cuja razão de ser reside no humanismo e respeito devido aos defuntos e ocorre quando o falecido em vida tenha contraído muitas

ao sistema de negociação multilateral existem: “IPEX”, gerido pela “OPEX _ Sociedade Gestora de Sistemas de Negociação Multilateral, S.A.”; Easnext Lisbon”, gerido pela “Euronext Lisbon – Sociedade Gestora de Mercados Regulamentados, S.A.”; e “Altenext”, gerido pela “Euronext Lisbon – Sociedade Gestora de Mercados Regulamentados S.A.”. Sobre a regulamentação do mercado, veja-se Paulo Câmara, *Manual ...*, ob. cit., pág. 242 seg.

⁷⁰³ O dec.-lei nº 12/2006, determina os deveres da entidade gestora do fundo – art. 34º - destacando-se o exercício independente das suas funções e de modo exclusivo no interesse dos beneficiários, procurando identificar as situações cuja gestão deve ser feita no sentido de evitar conflito de interesses com os fundos de pensões – art. 35º, nº 1 – dando preferência aos interesses do fundo relativamente aos seus ou da empresa com as quais se encontra em relação de domínio ou de grupo, seja aos interesses dos titulares dos órgãos sociais, assegurando a transparência dos processos em que exista conflito de interesse – nº 3 – não podendo comprar para si ou vender activos próprios a esses fundos – nº 4 e 5 –, a não ser que a operação seja feita em mercado regulamentado ou em sistemas de negociação multilateral e a contraparte seja desconhecida, ou haja inequívoca vantagem para o fundo de pensões, demonstrando-a, antes porém, deve cumprir-se com as condições definidas pela ASF – nº 6.

⁷⁰⁴ Fernando Nunes Silva, “Governação de Organismos de Investimento Colectivo”, em *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, nº 21, 2005, pág. 71-81.

dívidas. Numa zona como Angola onde o respeito pelos falecidos é uma exigência costumeira muito relevante, é sempre motivo de realização de actividade fúnebre condizente com o respeito pela pessoa humana. Esse respeito deve ser entendido numa visão antropológica, pois o conteúdo e demonstração de respeito, nestas ocasiões, são diferentes da Europa, da América Latina e da Ásia.

Pode acontecer que o fiduciante transfira para o fiduciário um direito para garantir o cumprimento de uma dívida. Antes do cumprimento da mesma o fiduciante/devedor morre sem ter deixado meios para suprir as despesas com o seu funeral. Respondendo à necessidade de sepultar os cadáveres, o fiduciário/credor fica na obrigação de cobrir as despesas do funeral do fiduciante/devedor, ganhando aquele um privilégio creditório que abrange as despesas com o caixão, com a inumação, com os sufrágios, com a comunicação do evento, com o transporte até à última morada, com os rituais religiosos usualmente realizados nestas ocasiões, se o falecido professava alguma religião⁷⁰⁵ e, no que se refere ao costume da terra, com as despesas alimentares dos que participarem de todas as actividades do óbito⁷⁰⁶.

Já não constituirá privilégio se o fiduciário/credor realizar as despesas com espírito de amizade ou piedade. A atitude filantrópica do fiduciário não lhe dá nenhum direito, no entanto, não se afasta a necessidade de provar o espírito de liberalidade que norteou a sua actuação⁷⁰⁷.

⁷⁰⁵ Em Angola há a liberdade religiosa, prevista pela Constituição. Como consequência desta garantia constitucional e, talvez, devido a hábitos, usos e costumes africanos, existem muitas confissões religiosas que traduzem as exéquias fúnebres em autênticas festas. Matam-se animais, concentram na residência do inditoso muitos familiares e amigos que devem ser alimentados e no dia do funeral estas despesas são elevadas para números muitas vezes exagerados. Ultimamente instalou-se a “moda” de solicitar os serviços de empresas prestadoras de serviços de *cartering* que vão servir nestas ocasiões. Na verdade, estas despesas não terminam depois do funeral, ocorrem também aquando da realização (apenas para os católicos) das missas do sétimo dia, trigésimo dia, de seis meses e a de um ano, altura em que se tira o luto.

⁷⁰⁶ Em Angola a manutenção do cadáver na casa mortuária não é paga, pelo que não origina despesa. Também não é obrigatório, por lei ou por costume, a compra de uma campa, aliás, apenas é colocada no túmulo depois de ocorrido um ano da data do enterro.

⁷⁰⁷ Miguel Lucas Pires, *Dos Privilégios Creditórios: Regime Jurídico e sua Influência no Concurso de Credores*, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 231.

6.2 - Créditos por despesas com doenças do devedor ou de pessoas a quem este deva prestar alimentos, relativos aos últimos seis meses

O direito à saúde tem protecção constitucional. Mas é importante para a generalidade dos credores que o devedor recupere o seu estado de saúde e com ele a sua capacidade produtiva. Havendo todo o interesse dos credores verem os seus direitos garantidos, é natural que em vida do devedor/fiduciante o processo de pagamentos dos créditos seja muito mais expedito, evitando-se que os bens do devedor/fiduciante se transfiram para os herdeiros, pois aí se daria início a um outro processo, que é o da sucessão.

As despesas referidas no art. 737º, nº 1, al. b) não podem ser entendidas como as relativas ao caso de o devedor/fiduciante vier a falecer. Devem ser computadas todas as despesas atributivas de privilégio que não apenas as que possam conduzir à morte do devedor/fiduciante, por isso, o entendimento que se deve retirar da indicação temporal constante da norma é de que as despesas realizadas nos últimos seis meses com a doença do devedor/fiduciante e que levam à sua morte ou, quando não há morte, o facto jurídico que origina a abertura do concurso de credores⁷⁰⁸.

6.3 - Crédito por despesas indispensáveis para o sustento do devedor e das pessoas a quem este tem obrigação de prestar alimentos relativo aos últimos seis meses

A vida é o bem que deve ser protegido pelo Estado. A sua protecção deve ser assegurada com a disponibilidade de aquisição de bens e serviços indispensáveis, não apenas para viver mas para viver condignamente. Assim, mais uma vez, os credores têm todo o interesse de manter a saúde, o bem-estar e com ela a actividade produtiva do devedor para que a esperança de poderem ser pagos não se esvaneça.

Os privilégios aqui referidos abrangem as despesas de tudo o que é indispensável ao sustento, habitação e vestuário e, quando o alimentado for menor, compreendem também a instrução e educação – art. 2003º CC. Mas a definição legal não deve ser interpretada à letra, porque a expressão “habitação e vestuário” apresenta-se muito restritiva⁷⁰⁹. Na verdade,

⁷⁰⁸ A. Vaz Serra, “Privilégios”, *BMJ*, nº 69, pág. 90-91

⁷⁰⁹ A. Vaz Serra, *RLJ*, nº 102, pág. 262.

alimento deve abranger tudo o que é indispensável à satisfação das necessidades da vida, conforme a condição social do alimentado⁷¹⁰. A condição social do alimentado constitui requisito para determinar a abrangência do alimento uma vez que não devem ser incluídas as despesas com “gastos sumptuosos”, pois estas não são indispensáveis ao sustento do devedor, possivelmente são de vício (como cigarros e bebidas espirituosas) ou de luxo. O que se pretende proteger é o mínimo que seja ético-juridicamente tutelado, não fosse a pessoa humana “o Alfa e o Ómega, o primeiro e o último, princípio e o fim”⁷¹¹ do direito. Toda a construção jurídica deve partir pela consideração e respeito da dignidade da pessoa humana.

6.4 - Crédito do autor de obra intelectual, fundado em contrato de edição, sobre os exemplares da obra existentes em poder do editor

Sobre este privilégio vamos falar pouco por estar interligado com a temática dos direitos de autor, já referida, mas importa adiantar que outros fundamentos legais de protecção dos direitos de autor de obra intelectual podem ser encontrados no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos⁷¹², cujo fundamento é a protecção dos autores de obras intelectuais.

O privilégio previsto no art. 742º apenas pode ser invocado quando o suporte material da obra intelectual se encontrar na posse do editor, aqui considerado devedor. Se os exemplares, no dizer da lei, se acharem na posse do editor há protecção dos privilégios do credor/titular do direito de autor, mesmo nas situações em que o devedor tenha alienado o bem.

6.5 - Crédito laboral

I. O crédito laboral constitui um mecanismo de protecção dos trabalhadores, não apenas dos seus salários, como remuneração, mas também contra despedimentos⁷¹³. Um dos

⁷¹⁰ Miguel Lucas Pires, *Dos Privilégios ...*, ob. cit., pág. 233-235, enumera as despesas relativas à alimentação e indica as seguintes: “vestuário, iluminação, água, lavagem de roupa, alojamento, aquecimento (...)”.

⁷¹¹ Livro de Apocalipse de São João, Cap. 22, versos 13.

⁷¹² Aprovado pelo Decreto-Lei nº 63/85, de 14 de Março, alterado pelas leis nºs 45/85, de 17 de Setembro, nºs 114/91, de 3 de Setembro e nº 62/98, de 1 de Setembro.

⁷¹³ Sobre esta importante questão, veja-se entre outros, Joana Costeira, *Os efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho: A Tutela dos Créditos Laborais*, Almedina, Coimbra, 2013. Maria José Costeira/Fátima Reis Silva, “Classificação, verificação e graduação de créditos no CIRE – Em especial os créditos

efeitos da declaração de insolvência nas relações jus laborais é a protecção dos créditos laborais⁷¹⁴, que no procedimento de exoneração do passivo do devedor empregador, corresponderia aos rendimentos que o empregador eventualmente venha a obter e que, nos termos do art. 236º e seguintes do CIRE, são cedidos ao fiduciário escolhido pelo tribunal nos termos daquela disposição legal. O sujeito escolhido passaria a ser titular fiduciários de tais direitos, que são créditos futuros para os trabalhadores do devedor, destinatários finais dos créditos cedidos⁷¹⁵. Tais créditos podem emergir do próprio contrato de trabalho assim como créditos resultantes da cessação do contrato de trabalho. Aqueles resultam do cumprimento do contrato de trabalho, sendo a retribuição patrimonial devido à prestação de trabalho pelo trabalhador, nomeadamente o salário, subsídios diversos, nos termos da lei. Os segundos resultam da cessão do contrato de trabalho, do direito à indemnização por despedimento ilícito ou resolução com justa causa e, também, direito a uma compensação por despedimento colectivo ou outra extinção do posto de trabalho⁷¹⁶.

A Constituição portuguesa a prevê⁷¹⁷ – art. 59º, nº 3 –, o Código de Trabalho – art. 333º seg., – bem como o CIRE em diversas normas – art. 46º, 47º, 172º seg., a concretização deste direito. A jurisprudência portuguesa seguiu o mesmo caminho e tem defendido a sua protecção. Num determinado momento o STJ referiu-se a este propósito determinando que “tendo o julgador graduado os referidos créditos laborais, em primeiro lugar, no tocante ao produto de todos os imóveis apreendidos e apurando-se, posteriormente, que dois deles não estavam afectados à actividade da insolvente (...)”⁷¹⁸, podem ser penhorados a favor da

laborais”, in *Prontuário de Direito do Trabalho*, nºs 76, 77 e 78, Coimbra Editora, 2007, pág. 359 – 371. Luís A. Carvalho Fernandes, “Efeitos da Declaração de Insolvência no Código de Trabalho segundo o Código da Insolvência e Recuperação de Empresas”, in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, nºs 1, 2 e 3, 2004, pág. 5-39. Luís Menezes Leitão, “As Repercussões da Insolvência no Contrato de Trabalho”, in *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 871-884. Outros autores estão indicados ao longo deste ponto em especial.

⁷¹⁴ Joana Costeira, *Os Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho: A Tutela dos Créditos Laborais*, Almedina, Coimbra, 2013.

⁷¹⁵ Assunção Cristas, “Exoneração do devedor pelo passivo restante”, *Themis*, 2005, (edição especial), pág. 165 seg.

⁷¹⁶ Paula Quintas/ Hélder Quintas, *Código do Trabalho, Anotado e Comentado*, 3ª ed., 2012, pág. 928- 955.

⁷¹⁷ A posição constitucional em da revisão ocorrida em 1997. A nível da União Europeia ela foi imposta através das Directivas 80/97 e 2002/74.

⁷¹⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 21 -04- 2015 em www.dgsi.pt. Também o acórdão do STJ de 13-01-2015. Esta decisão justifica a concessão de privilégio imobiliário especial aos créditos laborais, em www.dgsi.pt. Mais recentemente o STJ em decisão de 16 de Junho de 2016 determinou que “a decisão do administrador de insolvência de fazer cessar o contrato de trabalho dum trabalhadora faz nascer para esta o direito a ser paga pela massa insolvente, pois trata-se dum dívida constituída no decurso do processo de insolvência e no exercício da actividade do administrador”, em www.dgsi.pt. O mesmo STJ, aos 05 -07-2016,

liquidação dos créditos laborais. É demonstrativo da importância da protecção dos créditos laborais.

II. Não nos vamos deter na controvérsia existente sobre se a protecção do crédito laboral está regulada no CIRE ou no CT. Preferimos avançar abraçando os que defendem que ambos os diplomas protegem os direitos laborais em caso de insolvência⁷¹⁹. Defendemos, por isso, que a extinção da empresa não ocorre com a declaração de insolvência, mas posteriormente e diferente da declaração, que é o encerramento definitivo da empresa⁷²⁰, situação semelhante que acontece nas relações laborais, pois a empresa não “desaparece” nem é extinta por efeito automático da declaração de insolvência⁷²¹.

Quando a empresa é declarada insolvente os trabalhadores gozam do direito sobre a massa ou créditos sobre a insolvência, tudo dependendo no momento em que o direito é constituído e tais créditos podem resultar do contrato de trabalho ou da cessão do mesmo contrato, assim como a respectiva compensação. Os referidos créditos estão protegidos pelo CIRE, pelas leis laborais e por privilégios creditórios: mobiliário geral – art. 333º, nº 1, al. a) e nº 2, al. a), do CT – imobiliário especial – art. 333º, nº 1, al. b) e nº 2, al. b) do CT⁷²², cuja graduação prevista no nº 2 deve ter em atenção o constante no art. 746º do CC, para além das referências que a própria norma faz.

Os privilégios creditórios correspondem a uma garantia do credor/trabalhador para ser pago com preferência sobre os demais credores, evitando-se assim que seja recorrente a

defendeu que “saber qual a qualificação desse direito, se se trata de um crédito da insolvenciaou de uma dívida da massa insolvente, depende do apuramento da realização efectiva do trabalho prestado, isto é, será um ou outro conquanto se entenda se o trabalho foi realizado antes da declaração da insolvência, ou após tal declaração”, em www.dgsi.pt.

⁷¹⁹ A propósito das controvérsias, veja-se Luís Carvalho Fernandes, “Efeitos da Declaração de Insolvência no Contrato de Trabalho segundo o Código da Insolvência e Recuperação de Empresa”, em *RDES*, 1-2-3, pág. 20 e do outro lado, Luís Menezes Leitão, *Direito ...*, ob. cit., pág. 204.

⁷²⁰ Maria do Rosário Palma Ramalho, “Aspectos Laborais da Insolvência. Notas breves sobre as implicações laborais no regime do Código da Insolvência e Recuperação de Empresa”, in *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 697.

⁷²¹ Luís Carvalho Fernandes, “Efeitos ...”, ob. cit., pág. 22.

⁷²² Rita Garcia Pereira, “A Garantia dos Créditos Laborais no Código do Trabalho: breve nótula sobre o artº 378º (Responsabilidade solidária das sociedades em relação de domínio ou de grupo)”, in *QL*, nº 24, 2004, pág. 177 seg. A jurisprudência já se pronunciou sobre a questão: o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14 de Julho de 2016 pronunciou-se nos seguintes termos: “para que os créditos laborais gozem do privilégio creditório imobiliário especial previsto no artigo 333º, nº 1, al. b) do Código do Trabalho, é necessário provar-se a conexão entre o imóvel penhorado e a actividade patrimonial, cabendo às titularidades dos créditos laborais o ónus da respectiva alegação e prova”. Em www.dgsi.pt consultado a 13 de Novembro de 2016.

existência de salários em atraso⁷²³, cuja existência situacional pode contender com a Constituição, nomeadamente, com os direitos económicos e sociais⁷²⁴.

Tendo atenção que o salário tem uma função social e económica⁷²⁵ cujo reflexo não fica apenas na esfera do trabalhador ou do seu agregado familiar⁷²⁶, mas nas economias nacionais, principalmente para o índice do consumo interno⁷²⁷, a sua capital importância e natureza podem ser objecto de contrato de mandato, nomeadamente, o de cobrança, que normalmente é celebrado com um advogado⁷²⁸ ou com sociedades criadas com este fim específico⁷²⁹, cuja natureza é fiduciária.

7 - Direitos Intelectuais (de Autor) e Industriais

I. Falar dos direitos intelectuais e industriais leva a que se faça referência aos direitos de autor. Como questão prévia ao desenvolvimento do assunto, impõe-se questionar sobre a constituição do direito de autor. Alberto de Sá e Mello define a criação do direito de autor “como o acto de exteriorização formal da obra intelectual”⁷³⁰. No entanto, o facto constitutivo do direito de autor, expressado pela “existência” e “exteriorização” através da “expressão formal criativa”, e que constitui um dos elementos concretizadores da noção de obra intelectual⁷³¹, não se confunde com a sede da situação originária do direito de autor. Uma

⁷²³ Diogo Vaz Marecos, *Código do Trabalho Anotado*, 2ª ed. atualizada, Coimbra Editora, 2012, anot. Artº 333º, pág. 763-764.

⁷²⁴ J. J. Gomes Canotilho/ Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed. Revista, Coimbra Editora, 2007, pág. 761- 885.

⁷²⁵ J. J. Gomes Canotilho/ Vital Moreira, *Constituição ...*, ob. cit., pág. 775. Os autores defendem que um dos critérios para estabelecer o salário mínimo “consiste naturalmente nas necessidades dos trabalhadores, devendo ele garantir um mínimo de existência socialmente adequado”.

⁷²⁶ Paula Quintas/ Hélder Quintas, *Código ...*, ob. cit., pág. 929. Estes autores afirmam que “não devemos esquecer que a retribuição atribuída ao trabalhador constitui um elemento de subsistência e de dependência económico-social”.

⁷²⁷ Maria do Rosário Palma Ramalho, *Direito do Trabalho*, 3ª ed. Almedina, Coimbra, 2010, pág. 666 seg.

⁷²⁸ Veja-se o Estatuto da Ordem de Advogados de Portugal que no artº 1º, nº 6, al. b), que determina, entre outras funções ou actividades próprias dos advogados e solicitadores, a “negociação tendente à cobrança de créditos”.

⁷²⁹ Veja, a propósito do mandato para cobrança, o acórdão do STJ de 20-03-2012, em que se debruça sobre o mandato recebido por um banco. Consultado aos 12 de Outubro de 2015 em, www.dgsi.pt. Também é de considerar o parecer elaborado pelo Instituto dos Registos e Notariado, Processo. C. Co. 11/2012 STJ – CT, sobre a legalidade do objecto social que compreende actividade de cobrança de dívidas e gestão de cobrança de créditos.

⁷³⁰ *Contrato de Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 28.

⁷³¹ Alberto de Sá e Mello, *Contrato ...*, ob. cit., pág. 161, considera que a expressão «criação intelectual» não é a mais correcta, pois sugere que a inteligência pode ser a fonte da obra de espírito, quando na verdade, e de entendimento mais amplo, a expressão «criação do espírito» parece abranger toda a criação humana que seja

coisa é o indivíduo que cria a obra intelectual, e que não tem de ser o ponto originário do direito, outra é a pessoa jurídica do autor que goza das faculdades de usufruir os efeitos económicos da obra, que pode ser constituída a “situação originária de direito de autor”⁷³². A individualização é outro dos elementos constitutivos da noção de obra, para efeitos autorais, que significa que ela deve ser considerada original e, por isso, resultado de “criatividade” imputada ao seu criador. Outros dois elementos devem ser enumerados para podermos compreender que obra é uma criação do espírito humano tutelado pelo Direito de Autor: é o que acabou de ser dito, ser resultado da criação do espírito humano.

Para um bom entendimento, torna-se necessário procedermos à separação da noção de criação de obra intelectual da de autoria. Uma primeira aproximação à questão encontramos-la no Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos, art. 1º, nº 1, que nos oferece uma noção unitária⁷³³ de “obra” como sendo a “criação intelectual, do domínio literário, científico ou artístico, por qualquer modo exteriorizada”. Outra clarificação que se impõe é a que confronta obra do suporte em que a obra está representada materialmente. Significa que o *corpus mechanicum*, enquanto sustentáculo da coisa incorpórea (a obra), corresponde apenas ao aspecto material e, logo, tutelado pelos Direitos Reais⁷³⁴, de resto, o Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos, art. 10º, nº 1, é expressivo quanto a esta questão ao determinar que o direito de autor recai sobre a obra e este é independente do direito de propriedade sobre o seu suporte⁷³⁵. Postos aqui, já é possível avançarmos para os direitos intelectuais e industriais enquanto activos susceptíveis de serem objecto das relações fiduciárias.

original. No entanto, segundo a literatura existente sobre a matéria e o caminho que a legislação segue, as duas expressões são equivalentes – o que o mesmo autor reconhece – e, para melhor compreensão, o espírito humano encontra-se encarnado na obra, que é criação intelectual.

⁷³² Alberto de Sá e Mello, *Contrato ...*, ob. cit., pág. 43. Encaminhamos para as explicações deste autor toda a problemática sobre a noção de “situações jurídicas” e, em consequência, a separação das expressões “poderes” e “faculdades” para melhor entender a *fonte* dos direitos de autor e atribuição de aproveitamento económico do referido direito de autor.

⁷³³ Maria Victória Rocha, “Obra de arquitectura como obra protegida pelo Direito de Autor”, Coord. Carlos Ferreira de Almeida. Luís Couto Gonçalves. Cláudia Trabuco. *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 159.

⁷³⁴ Maria Victória Rocha, “Obras de ...”, ob., cit., pág. 160.

⁷³⁵ São vários os convénios internacionais sobre a protecção dos direitos intelectuais: o Convénio que cria a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (adoptado na Conferência celebrada em Estocolmo aos 14 de Julho de 1967); Convénio de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial (firmado em Paris em 1883 e objecto de sucessivas alterações); Convenção de Berna para a Protecção de Obras Literárias e Artísticas (firmado em 1886 e completada em Paris aos 4 de Maio de 1896).

Os direitos de autor e industriais (direitos intelectuais)⁷³⁶ correspondem a prerrogativas imateriais que o autor de uma inovação, de uma obra de arte ou literária (orais, visuais, musicais ou teatrais), ideias, descobrimentos, símbolos, imagens possui para que, em atenção à sua criação, possa protegê-la, dispor dela e explorá-la com fins económicos através dos meios a si disponíveis⁷³⁷. Qualquer criação humana potencialmente valiosa, que muitos também consideram como «informação», cuja existência é autónoma do suporte material em que se expressa.

II. Decidimos separar o tratamento dos direitos intelectuais do *know-how*, devido à importância económica e empresarial, bem como a sua abrangência em termos de utilização deste último. Aqui falaremos de forma mais uniforme dos direitos intelectuais e industriais.

O conhecimento é o activo fundamental, o ponto-chave para o desenvolvimento económico e social de um país, por isso, torna-se imperioso o seu registo e protecção e, em consequência, a exploração dos seus resultados constitui um dos principais pontos do “sistema de inovação”⁷³⁸. Assim, as empresas detentoras de conhecimento técnico susceptível de protecção ou de materializar-se em bens e serviços, encontram-se numa posição mais competitiva para se posicionar no mercado nacional ou internacional. Igualmente as pessoas individualmente, quando detentoras de conhecimento, podem ver a sua posição económica, social e de honorabilidade granjeada na comunidade.

Já referimos que o direito de autor em sentido próprio é a criação de uma obra literária, científica, artística, recreativa ou similar. Esta gama de criação intelectual proporciona à Ciência Jurídica a possibilidade de estudar vários fenómenos contratuais cujo objecto são estas manifestações de direitos de autor. Os contratos mais usuais neste ramo do saber jurídico são o

⁷³⁶ A discussão sobre a existência dos direitos intelectuais não é nova. Já em Roma antiga a protecção da marca se aproximava muitos do que hoje abordamos. Cfr. Véase Abraham S. Greenber, “The Ancient Lineage of Trade-Marks”, 33 *Journal of the Patent Office Society* 876, 1951, pág. 879-880. Em 1710, foi promulgado o Estatuto da Rainha Ana cujo fim era “para o encorajamento da ciência e garantia da propriedade dos livros impressos” Encontramos também expressa a concepção do *copyright* no preâmbulo da lei sobre o *copyright* do Estado de Massachussets. Cfr. Alexandre Dias Pereira, *Informática ...*, ob. cit., pág. 113.

⁷³⁷ Sobre a unificação dos regimes jurídicos dos direitos de autor e industriais bem como dos problemas que surgiram, veja-se Maria da Graça Trigo, “Responsabilidade civil por violação de direito intelectual”, *RDES*, nºs 3-4, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 149-172.

⁷³⁸ Frederico Manrique, Introdução ao livro *Propiedad Intelectual e Industrial de la obra científica. I. La protección*, Rosa M^a. de Couto de Gálvez & Célia Sánchez-Ramos, Editorial Complutense, Madrid, 2008, pág. 13.

contrato de edição⁷³⁹, o contrato de representação teatral ou outro⁷⁴⁰ e o contrato de cessão total ou parcial de direitos de autor⁷⁴¹. O contrato de cessão de direito de autor é um contrato regulado no direito civil; já o contrato de edição e o de representação teatral são contratos comerciais, desde logo pelo facto de que umas das partes (o editor e quem exerce a representação) devem ser necessariamente empresas comerciais. O facto de os contratos anunciados estarem regulados em partes diferentes do Direito, não obsta que eles possam ser realizados através de operações fiduciárias. Os negócios fiduciários constituem um meio prático para oferecer flexibilidade e até maior segurança nas transacções comerciais nos seus mais diversos aspectos⁷⁴². A relação entre administradores das sociedades comerciais que estamos a abordar, configuram as *fiduciary relationships*, conceito anglófono que foi transporto para a *Civil Law* através dum processo de transposição linguística. A construção da figura do negócio fiduciário exige uma ponderação prático-histórica e dogmática para facilitar que os deveres fiduciários que já fizemos alusão, de cuidado e de lealdade, que estão em relação directa entre sociedade e administradores, tenham reflexo na relação directa com o criador da obra⁷⁴³.

8 - O Software

Os programas de computador têm a sua protecção acolhida nos direitos de autor. Por transposição para ordem interna lusa da Directiva nº 91/259/CEE, do Conselho de 14 de Maio de 1991, foi promulgado e publicado o Dec.-Lei nº 252/94 de 20, de Outubro, ficou fixado o entendimento segundo o qual a tutela do software deveria ser feita por analogia ao regime dos Direitos de Autor. Determinou o diploma que aos “programas de computador que tiverem carácter criativo (...), gozam de protecção analógica à conferida às obras literárias (...)”. O

⁷³⁹ Cláudia Trabuço, “Contrato de Edição”, in *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, (Org. Carlos Ferreira de Almeida, Luís Couto Gonçalves e Cláudia Trabuço), Almedina, Coimbra, 2011, pág. 275-296.

⁷⁴⁰ Victor Castro Rosa/ António Henriques Gaspar, “Os contratos de Representação Cénica, Recitação e Execução em Direito de Autor”, in *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, (Org. Carlos Ferreira de Almeida, Luís Couto Gonçalves e Cláudia Trabuço), Almedina, Coimbra, 2011, pág. 313-344.

⁷⁴¹ Alexandre Libório Dias Pereira, “Contratos de Licença de Software e de Bases de Dados”, in *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, (Org. Carlos Ferreira de Almeida, Luís Couto Gonçalves e Cláudia Trabuço), Almedina, Coimbra, 2011, pág. 345-368.

⁷⁴² Juan M. Farina, *Contratos comerciales modernos*, Vol. 2, 3ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2014, pág. 25.

⁷⁴³ Hugo Moreno Santos/ Orlando Vogler Guiné, “Deveres fiduciários: algumas considerações (passado, presente e futuro)”, *RDS*, nº 5, 2013, pág. 691-711.

software enquanto programa de computação, seja como fonte ou considerado como objecto, é considerado como obra intelectual com protecção abrangida nos direitos de autor⁷⁴⁴. Assim entendeu o GATT através do acordo ADPIC (Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados com o Comércio).

A tecnologia digital veio revolucionar as formas de difusão/transmissão de obras literárias, artísticas, bem como fonogramas em formato digital através da difusão digital por rádio e televisão ou através de sistemas informáticos em redes interactivas, realizar distribuição das mesmas obras⁷⁴⁵. Esta novidade, trouxe, para o Direito, a necessidade de dar respostas às novas inquietações⁷⁴⁶ como, por exemplo, que controlo se utilizará para a difusão e integração das obras nas redes digitais de serviços integrados; como proteger os direitos dos titulares das obras literárias, artísticas e dos fonogramas que são utilizados, de forma a verem os seus direitos económicos garantidos?⁷⁴⁷ No sentido de buscar soluções começam-se a fixar nos ordenamentos o que se vai chamando um “direito tecnológico”, que através da ciência tecnológica se apoiam na criptografia e na estenografia⁷⁴⁸ que permitem proteger conteúdos constantes nas redes informáticas. Usa-se também o «expediente contratual» para proteger o acesso aos conteúdos informáticos. Os prestadores de serviços no mercado digital disponibilizam dispositivos contratualizáveis, como, por exemplo, os «agentes inteligentes» para definirem em que repositório está disponibilizado determinada informação, como ela poderá ser disponibilizada, evitando-se assim pirataria na rede⁷⁴⁹.

⁷⁴⁴ Pedro Sousa e Silva, “Fronteiras Críticas da Patenteabilidade: os Programas de Computador”, in *Direito Industrial*, Vol. VIII (Coord. José de Oliveira Ascensão), Almedina, Coimbra, 2012, pág. 347-361.

⁷⁴⁵ Alexandre Dias Pereira, *Informática ...*, ob. cit., pág. 419.

⁷⁴⁶ Domingos Soares Farinho, *Intimidade da Vida Privada e Média no Ciberespaço*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 16. O autor coloca a seguinte questão: “(...) qual a relação que o Direito deve estabelecer com este mundo virtual e os seus vários continentes enunciados?”. Ele próprio oferece a resposta e entende que uma primeira visão, antiga, é de que o “ciberespaço defende a total impermeabilidade do mundo *offline* aos ditames do Direito, erigindo o ciberespaço em zona franca, alheia a constricções humanas do dever ser”. Seria uma teoria liberal e radical para o ciberespaço. Outra visão, mais moderna, entende que “à semelhança de qualquer mundo habitado por uma comunidade de sujeitos, o Direito tem um papel natural e necessário de regulação e optimização dos interesses dos sujeitos em presença, não obstante diferentes concepções quanto ao modo como proceder a essa regulação. O ciberespaço é hoje uma área completamente jurídica, o que não significa totalmente controlada, como, aliás, acontece, com o mundo real”.

⁷⁴⁷ Esta última interrogação parece ter sido ultrapassada em alguns ordenamentos jurídicos. A figura do “Droit de suite” (Vêase Jeffrey M. Perloff, in *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. I, pág. 645), que é um direito através do qual os artistas têm a faculdade de reclamar royalties pelas vendas das suas obras de arte realizadas pelos primeiros compradores (nalguns casos pelos subsequentes) e, é uma figura que se está a firmar no ordenamento estadunidense.

⁷⁴⁸ Alexandre Dias Pereira, *Informática ...*, ob. cit., pág. 420.

⁷⁴⁹ *Idem*.

Em Portugal já está garantida a segurança da transacção de documentos electrónicos. A regulamentação dos documentos electrónicos, bem como a assinatura digital, deram um contributo na segurança das redes e criou condições para a afirmação do comércio electrónico. A assinatura digital é a técnica mais utilizada dentro da “assinatura electrónica”, oferecendo um grau de segurança considerável para que os usuários tenham um tráfego em redes abertas. A assinatura digital funciona como um “selo electrónico”, que permite ao utilizador a certificação dos dados enviados electronicamente, anotando a sua origem e a confirmação da integridade dos mesmos. Ao nível da União Europeia, com o fito de criar um mercado comum e assim “eliminar e prevenir os efeitos negativos do funcionamento do mercado comum resultantes da insuficiência, falta de clareza e diversidade crescente da protecção jurídica dos programas de computador e das bases de dados nos Estados-membros”⁷⁵⁰, o legislador comunitário criou duas Directivas: a primeira relativa a Programas de Computador (DPC) e a segunda relativa a Bases de Dados (DBD). O *software* pode ser objecto de relação fiduciária nos mesmos termos considerados quanto aos direitos de autor.

⁷⁵⁰ Alexandre Dias Pereira, *Informática ...*, ob. cit., pág. 461.

CAPÍTULO IV

CONSTITUIÇÃO, MODIFICAÇÃO, TRANSMISSÃO E EXTINÇÃO DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

As regras sobre a constituição, modificação e extinção dos negócios fiduciários são as mesmas das existentes nas situações e relações jurídicas comuns⁷⁵¹. Existem regras que atendem as especificidades do negócio fiduciário⁷⁵². A primeira, por exemplo, é atinente a constituição, onde a relação entre as partes é de carácter obrigacional e real, transmitindo-se posições activas cujo conteúdo é de carácter patrimonial. No que diz respeito à extinção há situações que são reguladas a propósitos do regime jurídico próprio das relações jurídicas fiduciárias, captadas a partir do instituto do mandato sem representação, o que transmite a ideia central no âmbito do direito civil: as transmissões se bastam com o princípio do consensualismo. Há, no entanto, países onde os negócios fiduciários podem ter um fim público. Assim, no México, Colômbia e Uruguai as suas ordens jurídicas admitem a criação de “fideicomisos públicos”⁷⁵³. Nos países da *Common Law* constituem-se *trusts* públicos por razões de interesse público⁷⁵⁴.

⁷⁵¹ Manuel de Andrade, *Teoria Geral ...*, ob. cit., pág. 20-23. L. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral ...*, Vol. II, ob. cit., pág. 90-103. Antunes Varela, *Das Obrigações ...*, ob. cit., pág. 211-279. Menezes Leitão, *Direito das ...*, Vol. II, ob. cit., pág. 11-230. Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das ...*, ob. cit., pág. 1017-1056.

⁷⁵² Carlos Molina Sandoval, *El Fideicomiso ...*, ob. cit., pág. 25-77; 109-114; 135-143; 193-277. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 129-164.

⁷⁵³ Manuel C. Gomes de la Lastra, *El Estado fiduciante*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, Argentina, Tomo 2003 – E, pag. 1311. Fernando Albi, *Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentarios a la legislación vigente. Jurisprudência del Tribunal Supremo*, Valência, Editorial Horizonte, 1944, pág. 55. Ainda, Joaquin de Arespachoga, “*El “trust”, la fiducia y figuras afines*”, Madrid, Marcial Pons, 2000, pág. 36.

⁷⁵⁴ J. D. Heydon & P. L. Loughlan, *Cases and Materials on Equity & Trusts*, 6ª ed. Butterworths, Austrália, 2002, pág. 447 seg.

SECÇÃO I CONSTITUIÇÃO

I. Antes de falarmos propriamente da constituição do negócio fiduciário, optamos em fazer uma abordagem da influência que a *fiducia* romana, a *fiducia* germânica e o *trust* tiveram na construção do moderno conceito de negócio fiduciário. Na primeira encontramos a divisão que tem servido de modelo para qualificar os negócios fiduciários: a *fiducia cum amico* e a *fiducia cum creditore*. É também da *fiducia* romana que hoje podemos dizer com segurança que no negócio fiduciário há uma transmissão do direito da propriedade e que a retransmissão da mesma acontece quando ocorre um determinado prazo ou verificado um evento. Foi aqui que se levantou a discussão acerca da eficácia externa ou não do direito obrigacional que tem o fiduciante, pois em caso de violação do *pactum fiduciae* pelo fiduciário é preciso tutelar o fiduciante. A estrutura da *fiducia* romana com a existência de dois actos jurídicos diferentes, uma correspondente com a transmissão da propriedade de forma plena e ilimitada e outra correspondente a um direito obrigacional, cuja função principal é a de limitar o exercício pelo fiduciário do direito real transmitido é considerada unitária.

A construção germânica sobre a *fiducia* tem origens no instituto da *Treuhand*⁷⁵⁵. Contrariamente ao que os romanos construíram, os povos germânicos estruturaram a *fiducia* para que o direito e a respectiva propriedade não se transfiram para o fiduciário de forma plena e ilimitada, pelo contrário, a transferência é limitada por uma condição resolutiva ou com encargo. É devido a esta estrutura que o *Treuhänder* não é proprietário mas sim administrador de património alheio. Em caso do fiduciário violar o pacto o *Treugeber* beneficia para sua protecção de uma separação de património, facto que oferece ao fiduciante a possibilidade de reaver o bem dado em fidúcia⁷⁵⁶, não obstante haver entre o *Treuhänder* e o *Treugeber* uma relação de lealdade.

Por fim, o contributo do *trust* no negócio fiduciário moderno. Já sabemos que é resultado da evolução dos princípios da *equity* e numa estrutura que a torna muito flexível. Tradicionalmente o *trust* tinha origem negocial (*express trust*), mas as necessidades da vida

⁷⁵⁵ Helmut Coing, *Die Treuhandkraft privaten Rechtsgeschäfts*, 1973.

⁷⁵⁶ Martin Henssler, *Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 196, 1996, pág. 37-87.

levaram os tribunais a admitir que os *trusts* pudessem resultar directamente da lei (*constructive trust* e *resulting trust*). O que acontece é que no *trust* existe uma particular relação externa e outra interna. Na primeira, o fiduciário age como proprietário, já na segunda o fiduciário actua simplesmente como um mandatário, devendo prestar contas ao fiduciante ou a um terceiro indicado. O que aqui se coloca é a discussão sobre a questão *estrutural* e *funcional* que surgiu à volta desta relação fiduciária, nomeadamente sobre a função que a propriedade desempenha e conseqüentemente a titularidade activa investida ao fiduciário. Começou por compor-se, como dissemos supra, por uma atribuição de um determinado património na esfera jurídica do *trustee*, que não é um titular definitivo do direito sobre o acervo mas sim um *legal owner* e, através de um complexo de deveres e poderes, administrados em favor do *beneficiary*. Este pode perseguir o património por tutela de um *equitable interest* definido no *trust* e oponível ao *trustee*. Assim, é possível no regime da *Common Law* a existência num mesmo património de dois ou mais sujeitos de direito, ainda que de natureza diferente⁷⁵⁷. Este é o ponto em que se assinala uma das contribuições que o *trust* brindou ao negócio fiduciário moderno⁷⁵⁸. Começemos então a abordar mais concretamente a constituição da relação fiduciária.

II. O negócio fiduciário pode ser constituído *inter vivo* ou *mortis causa*⁷⁵⁹. As primeiras realizam-se através de contrato e as segundas através de testamento, ou seja, de um negócio jurídico unilateral.

A constituição fiduciária da relação jurídica *mortis causa* tem na substituição fideicomissária⁷⁶⁰, um seu exemplo típico mais conhecido⁷⁶¹. É a “disposição pela qual o

⁷⁵⁷ Maria Vaz Tomé, “Sobre o ...”, ob. cit. Diz a autora que “o *trust* permite a redescoberta de mecanismos de segregação patrimonial típicos da cultura jurídica continental, como a propriedade do mandatário sem representação”. Mais adiante afirma que “o *trustee* é um proprietário funcional, encontrando-se assim o exercício do direito que lhe é transmitido funcionalizado à realização do fim do *trust*”.

⁷⁵⁸ Grant Thomas & Alastair, *The Law of Trusts*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pág. 13.

⁷⁵⁹ Quando fazemos esta referência estamos a fazer referência a tese de negócio fiduciário amplo, aquele cuja estrutura seja capaz de responder a vários interesses ou fins. É a defesa da expansão do negócio fiduciário que resulta da prática jurídica em resposta às exigências da vida. Cfr. A. Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust ...*, ob. cit., pág. 744.

⁷⁶⁰ A cláusula fideicomissária tem sido considerada como uma cláusula que “excede o âmbito do Direito das Sucessões” – Carlos Olavo, “Substituição fideicomissária”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, 2002, pág. 391-521. Na verdade, o Direito das Sucessões contém um elevado número de normas imperativas que leva a uma restrição forte do princípio da autonomia privada. A realidade da vida não está, muitas vezes, em consonância com a normatividade daquelas disposições muito menos com os valores e fins que defendeu o legislador de 1966. Por isso, impõe-se que o campo da autonomia da vontade seja

testador impõe ao herdeiro instituído o encargo de conservar a herança, para que ela reverta, por sua morte, a favor de outrem; o herdeiro gravado com o encargo chama-se fiduciário e o fideicomissário é o beneficiário da substituição” – art. 2286º CC⁷⁶². Nesta situação, o testador é o fiduciante, o herdeiro é o fiduciário e o terceiro beneficiante que é o fideicomissário⁷⁶³. A

alargado nesta área da regulamentação jurídica, dando possibilidade às pessoas de melhor regularem a transmissão dos seus bens, defendendo-se, também melhor, das adversidades da vida.

⁷⁶¹ Durante os trabalhos preparatórios do Código Civil de 1966, na discussão relativa a substituição fideicomissária levantaram-se dois problemas relativos ao artigo que oferece a sua noção. O primeiro dizia respeito a saber se o fideicomisso deveria ser alargado, “de forma a admitir como determinante da sucessão do fideicomissário, qualquer termo além da morte do fiduciário”. O segundo era para saber se “o fideicomissário é sucessor do fiduciário ou do testador que instituiu a substituição”. Registamos duas intervenções durante as discussões que, para nós, reforçam a ideia de que a substituição fideicomissária é um negócio fiduciário: “(...) o Prof. Vaz Serra salientou que, dados os inconvenientes de ordem económica, deve restringir-se a validade dos fideicomissos à sua principal utilidade, que é a de permitir a transmissão imediata dos bens a uma pessoa salvaguardando a futura sucessão de outras (um pai, por exemplo, deixa os bens ao seu filho mas, sabendo-o dissipador e querendo garantir a sucessão dos netos, institui estes como fideicomissários). Por outro lado, acrescentou o mesmo Professor, a solução contrária opõe-se ao princípio geral do nosso de que não há herdeiro a termo (*semel heres, semper heres*)”. Depois o Professor Galvão Telles defendeu que “a substituição fideicomissária tem o objectivo de permitir que um conjunto de bens se conserve de uma geração para outra”, *Trabalhos Preparatórios do Código Civil, Direito das Sucessões*, Centro de Estudos de Direito Civil, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1972, pág. 312-316. O entendimento expresso pelos insígnis Professores deixa claramente uma aproximação a várias modalidades do *Living Trust*. Actualmente, o Professor Carvalho Fernandes defende a ideia que seguimos em como a substituição fideicomissária é um negócio fiduciário. Em defesa da sua tese diz: “a chamada *substituição fideicomissária* ou *fideicomisso*, nas liberalidades (testamentos, art. 2286º e seguintes do C. Civ., e doação, artº 962º do mesmo Código), pela extensa e cuidada regulamentação de que no primeiro caso é objecto, constitui, por certo, no Direito português, a mais relevante manifestação da *fiducia cum amico*, na finalidade de fidúcia para administração. Em qualquer dos casos, o fideicomisso envolve a disposição de uma pessoa – o *fiduciário* –, que tem a faculdade de os usar, fruir e administrar, mas com a obrigação de os conservar, a fim de reverterem, por sua morte, para outrem – o *fideicomissário* (artº 2286º)”.

⁷⁶² A génese e evolução do negócio fiduciário testamentário deve ser entendida partindo de Roma. No direito romano a figura do fideicomisso foi aplicada sem exigências de forma própria de uma disposição testamentária, e servia para beneficiar uma pessoa com determinada incapacidade para ser chamada a receber bens, designando-se para tal uma pessoa de confiança de quem institui o fideicomisso para que proceda a entrega de determinados bens ao sujeito incapaz. A actuação do terceiro baseada na confiança era reduzida a uma relação amistosa e a sua designação era inelutável pois, havia uma impossibilidade legal de transmissão dos bens de forma directa. Esta forma de transmissão não contava que uma protecção jurídica e a única forma de garantir a sua execução era a confiança depositada no *intermediário* e a lealdade esperada por parte deste de que cumpriria o acordado. Com o passar do tempo e depois de ter atravessado estádios intermédios, foi cobrando vigência à substituição fideicomissária mediante o qual o testador transmitia ao beneficiário direitos de gozo e conservação sobre os bens, com a promessa de entregá-los ao sujeito beneficiário uma vez ocorrido o falecimento do instituidor do fideicomisso. Ainda assim, a instituição exigiu maior grau de desenvolvimento e serviu para um novo papel económico, para impossibilitar que o herdeiro pudesse dispor dos bens que o *causante* deixava, sujeitando-se a obrigação de conservá-los e a proceder à sua devolução depois do falecimento daquele, a pessoa que o *causante* indicava. Cfr. Jorge Hugo Lascala, *Prática del Fideicomiso*, 3ª Reimp., Astrea, Buenos Aires, 2013, pág. 229-231.

⁷⁶³ Luís P. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 63, nota nº 131, não admite qualificar o fideicomisso como negócio fiduciário. Em sua defesa afirma que “no fideicomisso embora se consagre uma «titularidade fiduciária» por parte do fiduciário, o cuidadoso regime que a lei consagrou para tutelar a posição do fideicomissário, nomeadamente no que toca às limitações impostas ao fiduciário e a sua natureza, que excluem de todo o risco fiduciário, levam-nos a colocar o fideicomisso fora da categoria que acima procuramos delimitar, embora se trate de uma figura muito próxima. Este resultado exige uma justificação mais completa”. A justificação começa por citação dos artigos 2286º e 2296º CC sobre a noção e âmbito da substituição fideicomissária, para depois percorrer pela estrutura da substituição fideicomissária: primeiro refere-se a

disposição testamentário em questão, é complexa por meio da qual o testador institui alguém (fiduciário) por determinado tempo ou sob condição (que pode ser a sua morte), seu herdeiro ou legatário, que recebe determinados bens, para que quando seja verificada a condição, os bens passem para outro nomeado, o fideicomissário/beneficiário. Como se observa, apesar de termos iniciado a descrição desta figura com a indicação de que é a figura apropriada para

estrutura externa da substituição fideicomissária, depois fala da titularidade dos bens do fideicomisso, em terceiro lugar debruça-se sobre a sujeição dos bens do fideicomisso e à responsabilidade face a terceiros credores pessoais do fiduciário e à questão da separação do património.

Não andamos com a posição do Professor do Porto. Desde logo pelo facto de que o nosso entendimento é diferente porque tem por premissa outro entendimento de negócio fiduciário. Este negócio é visto por nós de forma ampla e não restrita. Explicando: o negócio fiduciário amplo abarca nele todas as formas negociais que abrangem a *problemática* das relações de confiança, como é o caso, por exemplo, do *trust* e da *Treuhand* e do *fideicomiso* da América Latina e, quem sabe, de outras figuras *escondidas* noutras paragens do mundo. Já o negócio fiduciário *strictu sensu* abarca aquele negócio nascido em Roma como bem catalogou Barreto Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, pág. 939. Aliás, o mesmo autor fala mesmo numa “expansão do conceito fiduciário” fazendo uma crítica às relações fiduciárias tradicionais que se substanciam num “controlo directo e/ou efectivo sobre os bens que pertencem, em última análise, aos beneficiários” para um novo entendimento sobre a matéria, pois “a expansão dos princípios e regras fiduciárias para o campo das relações pessoais ou não patrimoniais não é, em absoluto, uma novidade” e até esta expansão, no ordenamento estadunidense, “tem levado a um desvirtuamento do conceito de fiduciário”. Mas é mais marcante a forma como o autor começa a sua exposição na pág. 939, em que considera que “os diferentes institutos fiduciários (...)” é denotador do que afirmamos: os negócios fiduciários não são apenas os de origem romana; há outros. De resto, parece ser entendimento geral que o negócio fiduciário, apesar da sua complexidade, é versátil e pode ser utilizado para vários fins. Cfr. A. Barreto Menezes Cordeiro, *ob. cit.*, pág. 465-466.

Percebemos as dificuldades no ordenamento jurídico português em aceitar a substituição fideicomissária como um negócio fiduciário. Não há registos na jurisprudência sobre o assunto e a doutrina nega a posição que estamos a defender. O Direito das Sucessões é a parte do Direito Civil cuja elaboração levou à utilização de uma linguagem muito técnica, com uma carga normativa e conceptual acentuada – o “excesso de normas”; é o livro que contém matérias dos direitos obrigacionais, reais, de família; é a parte do Direito Civil que encerra categorias próprias, nada simples na sua formulação e com frequência tributárias de factos e instituições históricas muitas vezes sinuosas. Esta complexidade técnica e rigidez de muitos institutos da *civil law*, traduzem-se numa aplicação prática pouco exitosa do regime jurídico da sucessão acrescido ao facto de que a falta de actualização das disposições sucessórias elaboradas num contexto social e económico diferente do actual. Na obra publicada em 1972, sobre os Trabalhos Preparatórios do Código Civil sobre o Direito das Sucessões, na questão sobre as “directrizes de trabalho da comissão do código civil e comentários do respectivo presidente” interroga-se o seguinte: “a) *Deverão manter-se os fideicomissos?* – Não houve dúvidas em os admitir num só grau quando obedecem à ideia de obterem a justificados receios de dissipação com que venham a ser prejudicadas certas categorias de pessoas. Hesitou-se em ir mais longe, ficando o vogal Dr. Paulo Cunha de ponderar o assunto”. Pensamos que na altura perdeu-se uma flagrante oportunidade de tornar mais maleável o instituto e assim possibilitar encontrar diversas soluções jurídicas sobre a vida patrimonial e familiar das pessoas – pág. 6. Ainda na mesma obra, ficou registado que “daqui se vê, seguindo na esteira da generalidade dos outros direitos, as ideias que se professam acerca dos fideicomissos eram de manifesto desfavor, já porque se tratava de um instituto largamente utilizado no antigo direito para defender o prestígio de determinadas famílias, já pelos inconvenientes de ordem económica que, com a manutenção por longo tempo do destino atribuído aos bens pelo testador, se verificavam”. O legislador de 1966 hesitou em demasia. Viu perigos que afinal não desapareceram com as formulações técnicas que abraçam o direito sucessório, pelo contrário, impediu que a autodeterminação se firmasse; limitou de forma inadequada que as pessoas pudessem assegurar melhor a continuidade da família e o destino dos seus bens, tanto da transferência do direito de propriedade como na gestão dos próprios bens quando os beneficiários/herdeiros não apresentem capacidade para gerir os seus *novos* bens.

referir a constituição de negócio fiduciário *mortis causa*, na verdade ele pode também ser criado por contrato.

O herdeiro passa a ser um proprietário fiduciário dos bens hereditários⁷⁶⁴ com a obrigação de conservar os bens transmitidos durante a sua vida, sem os alienar ou agravar, com excepção de autorização judicial – art. 2291º CC – muito menos os credores do fiduciário poderão executar os bens sujeitos do fideicomisso, com excepção aos seus frutos – art. 2292º CC. Esta última disposição legal é compreensível porque o fiduciário tem o gozo e a administração dos bens fideicometidos, bem como pode, com determinadas limitações, ter direitos relativos à figura do usufruto⁷⁶⁵. Esta norma com poderes e deveres do fiduciário são compatíveis com a posição do fiduciário nos negócios fiduciários⁷⁶⁶, desde logo, uma titularidade fiduciária instrumental e temporária sobre os bens a si transferido nos termos da vontade do autor do testamento, cuja finalidade é a protecção do direito do fideicomissário, que até a morte do *de cuius* apenas goza de uma expectativa.

⁷⁶⁴ O Tribunal da Relação de Coimbra, numa decisão de 23 de Março de 1993, entendeu que o fiduciário é o verdadeiro titular dos bens e o fideicomissário, enquanto não se opera a reversão, é titular duma expectativa. Tendo o fiduciário procedido à venda de bens que devia transmitir, o negócio é nulo por ilegitimidade do vendedor – *CJ*, nº 2, 1993, pág. 22. Ver também Fernando Aguiar-Branco, *Dos Fideicomissos*, Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 1946/1947, reimpr., 2000, pág. 107 seg.

⁷⁶⁵ M^ª João Vaz Tomé/ Diogo Leite de Campos, *A Propriedade Fiduciária (Trust). Estudo para a sua consagração no Direito português*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 253, defendem que “a substituição fideicomissária e, tal como *trust*, estabelecida por acto unilateral de vontade do disponente. Tem por efeito retirar ao herdeiro onerado o poder de disposição *mortis causa* sobre os bens fiduciados, cessando a sua titularidade com o seu falecimento e, conseqüentemente, não se transmitindo aos respectivos herdeiros. Porém, o fiduciário é considerado proprietário dos bens, proprietário temporário (ainda que vitalício), não tendo o beneficiário qualquer direito real sobre eles. Os direitos dos beneficiários nascem apenas ao tempo da abertura da substituição de modo que, no caso de morte, o fiduciário adquira definitivamente a titularidade dos bens. Pelo contrário, no direito inglês, os direitos do primeiro beneficiário do *trust* são limitados por um termo ou por uma condição. Os beneficiários subsequentes gozam, na maioria dos casos, de um direito adquirido no *trust*, mesmo que apenas o possam exercer ao tempo da extinção dos direitos do beneficiário anterior. Além do mais, se os últimos beneficiários não viram o seu direito penetrar as suas esferas jurídicas (porque o repudiam ou porque falecem sem herdeiros), os bens ou direitos constituídos no *trust* não são adquiridos pelo beneficiário anterior ou pelos seus herdeiros, nem pelo *trustee*, regressando antes ao património do *settlor* ou dos seus herdeiros. Por último, os direitos do fideicomissário não são minimamente protegidos contra os credores do fiduciário, nem contra adquirentes de boa fé. O reconhecimento de um direito de propriedade puro e simples ao fiduciário enfraquece a posição do fideicomissário. No direito inglês, o princípio da sub-rogação real assegura a conservação da substância do património onerado com a substituição”.

⁷⁶⁶ É a posição do Prof. Vaz Serra na Comissão dos Trabalhos Preparatórios do Código Civil de 1966. Aceitou a elaboração do “disposto neste artigo, embora com alguns reparos. Por um lado, acha perigoso permitir ao fiduciário estar só por si em juízo, porque pode afectar irremediavelmente os bens sujeitos ao fideicomisso. Por outro lado, o fiduciário, como proprietário que é, deve ter poderes mais amplos que o usufrutuário, como, por exemplo, fazer melhoramentos nos bens e até alterar o seu destino económico, desde que não prejudique o fideicomissário”, pág. 322.

A natureza fiduciária da substituição fideicomissária⁷⁶⁷ tem por origem as seguintes características: (i) a confiança; noutro ponto dissemos que a confiança é elemento fundamental na caracterização do negócio fiduciário, apesar da resistência de alguma doutrina. Nesta figura fiduciária este elemento é de veras marcante, pois se um fiduciante decidiu, através de uma substituição atribuir ao fiduciário a conservação a favor de um terceiro beneficiário parte da sua herança, é porque quer dar uma sequência aos bens apoiando-se na confiança de alguém⁷⁶⁸; (ii) o chamamento sucessivo; o fiduciário será sempre um herdeiro e terá de ser quem, na ordem do chamamento, há-de receber a herança ou o legado sobre a qual recairá o encargo de conservar e depois transmitir ao fideicomissário; (iii) o duplo repúdio; a dupla vocação sucessória que se verifica na substituição fideicomissária deve abranger a totalidade da herança deixada pelo testador. Da interpretação do art. 2293º, nº 1 CC entende-se que o beneficiário fideicometido apenas terá a propriedade definitiva da herança com a morte do fiduciário. No entanto, se o fideicomissário “não puder ou não quiser aceitar a herança, fica sem efeito a substituição, e a titularidade dos bens hereditários considera-se adquirida definitivamente pelo fiduciário desde a morte do testador” – nº 2. Significa que tanto o fiduciário como o fideicomissário entram na titularidade dos bens hereditários a partir da morte do testador, mas com a diferença de que há uma pré-nomeação a favor do primeiro chamado à sucessão, o fiduciário, que entra para a titularidade temporária antes do beneficiário fideicometido. Pode também acontecer que, “não podendo ou não querendo o fiduciário aceitar a herança, a substituição, no silêncio do testamento, converte-se de fideicomissária em directa, dando-se a devolução da herança a favor do fideicomissário, com efeito desde o óbito do testador”. O objecto fiduciário de um negócio entre o testador e o herdeiro ou legatário pode ser estendido no sentido, por exemplo, de não só determinarem o destino da herança ou do legado como também o procedimento a tomar para a determinar, as

⁷⁶⁷ Eduardo Estrada Alonso, dá maiores explicações sobre o tema. *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica*. Editorial Universitária Ramón Areces, Madrid, 2010, pág. 117 seg.

⁷⁶⁸ Possivelmente, o conteúdo do conceito de confiança e o seu sentido normativo são mais marcantes na substituição fideicomissária. Como ilustra o instituto em causa, através de um acto unilateral, o *de cuius* faz uma atribuição patrimonial a alguém, que tornando-se titular temporário, vai usar instrumentalmente a sua posição para determinada finalidade, qual seja, a realização da vontade do autor da sucessão. Viajar para o *outro mundo* – a morte, estagio que ninguém, fora do pensamento cristão, nos veio explicar – sem hipótese de ver concretizado o seu desejo, atribuindo poderes próprios de quem goza dos direitos próprios do titular do direito de propriedade, mesmo com os limites subjacentes, é preciso que a confiança depositada ao fiduciário tenha um conteúdo diferente da confiança que preside as relações negociais no geral.

responsabilidades fiscais e as despesas resultantes da conservação e transferência da herança ou legado e o que mais se convencionar⁷⁶⁹.

III. Os países da América Latina⁷⁷⁰, bem como os da *common law*⁷⁷¹, exploram muito mais o negócio fiduciário para fins testamentários⁷⁷². Assim, encontraremos alguns elementos diferenciadores para a sua constituição. Sempre que considerarmos necessário faremos referências pontuais à forma de constituição deste tipo específico de negócio fiduciário. Trataremos de fazer indicação seguindo o modelo tradicional ou o negócio fiduciário *strictu sensu*⁷⁷³.

Entendemos que o negócio fiduciário testamentário constitui aquela disposição de última vontade (portanto, acto unilateral) através da qual se atribui uma posição de titularidade fiduciária, uma atribuição patrimonial e um dever de transmissão dos mesmos bens ao fideicomissário ocorrido um facto: a morte do autor da sucessão⁷⁷⁴.

Já a constituição do negócio fiduciário através de contrato *inter vivos* apresenta duas questões que importa tomar posição. Uma diz respeito à teoria dualista e outra à teoria unitária do negócio fiduciário. Esta teve as suas raízes no direito italiano⁷⁷⁵ e foi, num primeiro momento, confundida com o negócio indirecto porque, o seu mentor fundamentou que o propósito querido pelas partes não corresponde com a estrutura típica utilizada. Grasseti, avançando no desenvolvimento dogmático, considerou que esta teoria deve ser analisada considerando o negócio fiduciário como um negócio atípico onde a *causa fiduciae* deve ser

⁷⁶⁹ Cfr. Pedro Pais Vasconcelos, *Os Contratos...*, ob. cit., pág. 296-297.

⁷⁷⁰ Jorge Hugo Lascala, *Prática del fideicomiso*, 3ª ed. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2013, pág. 229 seg.

⁷⁷¹ J. D. Heydon & P. L. Loughlan, *Cases ...*, ob. cit., pág. 597 seg.

⁷⁷² AAVV, Mário Carregal (Director), *Planificación Patrimonial y Sucesoria*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2012. Os vários autores debruçam-se sobre temas relacionados com o fideicomiso testamentário, o *Estate planning*, o *trust* com fim de regular o destino patrimonial em caso de incapacidade do constituinte ou de sua morte, entre outros mecanismos que têm por base o “negócio fiduciário” que as pessoas podem utilizar para, de forma mais flexível, dar destino ao seu património.

⁷⁷³ Barreto Menezes Cordeiro, *DoTrust ...*, ob. cit., pág. 939.

⁷⁷⁴ Assim defendeu Galvão Telles, “Substituição directa e fideicomisso condicional, in *O Direito*, nº 127, 1995, I-II, pág. 231. É esta a ordem sucessiva (*ordo successivas*) que caracteriza fundamentalmente o fideicomisso. Existem dois proprietários *um depois do outro*: o primeiro – *fiduciário* – tem vitaliciamente o gozo dos bens, *cujos frutos ou rendimentos faz seus*; mas não tem a *disponibilidade* dos bens, obrigado como está a *conservá-los* a fim de que revertam para o segundo – fideicomissário –, que deles se torna titular sem restrições”.

⁷⁷⁵ Foi Tullio Ascareli quem desenvolveu a teoria. “Il negozio indiretto e la società commerciali” in *Studi di diritto commerciale in onore di C. Vivante*, Vol. I, *Il Foro Italiano*, Roma, 1931, pág. 23-98.

considerada como autónoma por razões históricas e culturais, na ausência de um fundamento legal que expressamente assim o considere⁷⁷⁶.

Já a teoria dualista considerava o negócio fiduciário com uma estrutura complexa, pois era composta por dois contratos autónomos entre si, cuja natureza e efeitos são diferentes correspondendo, no geral, à forma como actualmente se define a figura jurídica em causa: a existência de um contrato de transmissão de um direito real ou de crédito, de forma plena e outro contrato de natureza obrigacional em que o fiduciário fica adstrito a utilizar o direito transmitido conforme acordado e a retransmitir o direito ao fiduciante. O construtor desta teoria foi Cariota Ferrara⁷⁷⁷.

Como sabemos, as doutrinas dos insígnis professores italianos Francesco Ferrara e Luigi Cariota Ferrara tiveram influência na construção do Código de Seabra, no entanto, não há registos que os seus ensinamentos foram aí seguidos, quanto a esta questão. Na doutrina de Beleza dos Santos encontram-se resquícios dos ensinamentos de Goltz, o que vinca o posicionamento do professor português e conduz à conclusão que defendia a inclusão no contrato fiduciário de um *pactum fiduciae*, o que fazia deste uma cláusula acessória e não um outro contrato⁷⁷⁸, tese que hoje é largamente defendida⁷⁷⁹, com a diferença de que no tempo pretérito esta constatação dogmática serviu, a par da inclusão do princípio da confiança, para considerar a inadmissibilidade do negócio fiduciário porque haveria um excesso ou desproporção entre o meio jurídico e o fim económico prosseguido⁷⁸⁰.

⁷⁷⁶ Também foi na Itália onde esta concepção amadureceu, cfr. Cesare Grassetti, “Del Negozio e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico”, 34 *RDComm*, 1936, pág. 345-378.

⁷⁷⁷ *I negozi fiduciari*, Padova, 1933. É bom informar que, antes da tomada de posição deste professor transalpino, o alemão Fritz Goltz, (*Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel- und Konkurs-Rechtes*, N. G. Elwert'sche, Marburg, 1901), já se tinha pronunciado sobre a teoria. No entanto, nenhum dos autores considerava um negócio válido, pelo menos assumindo que o negócio fiduciário assim desenhado era desprovido de vícios de validade.

⁷⁷⁸ O autor referia-se (*A simulação em Direito civil*, Vol. I, Coimbra, 1921) que existe no negócio fiduciário duas convenções, uma positiva e outra negativa, exactamente como Goltz tinha definido e seguido pelos professores italianos. A primeira servia para a “transferência para outrem do direito real ou de crédito” e o outro que correspondia ao “pacto fiduciário” através do qual o “adquirente (fiduciário) se obriga para com o transmitente (fiduciante) a fazer apenas certo e determinado uso do direito transmitido”, pág. 114-115.

⁷⁷⁹ Pais de Vasconcelos, *Contratos ...*, ob. cit., pág. 262-263, Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit. pág. 24, Carvalho Fernandes, *Teoria ...*, ob. cit., pág. 343.

⁷⁸⁰ Beleza dos Santos, *A Simulação. Estudos de Direito Civil*, Vol. I, Coimbra, 1921, pág. 120 seg.

IV. Pensamos que a maioria da doutrina e jurisprudência lusa, actualmente defende a tese assente na ideia de que no negócio fiduciário a causa é única⁷⁸¹ não se podendo conceber que ela seja constituída por uma união de contrato, pois as partes no negócio visam atingir um mesmo fim, logo, a transmissão do direito não pode separar-se das obrigações que o fiduciário assume, que são próprias de um titular pleno, ainda que temporário, de um direito real. De resto, não seria possível delimitar a actuação do fiduciário, com a correspondente atribuição de poderes e deveres, fora do quadro convencional da transmissão do direito, que é funcionalizada à protecção do interesse do fiduciante ou de terceiro por si indicado. Devemos, pois, reter que o negócio fiduciário tem por base a transferência de um direito cujo fim é o cumprimento das obrigações assumidas pelo fiduciário através do *pactum fiduciae*.

Ultrapassada que está a barreira doutrinal sobre a estrutura do negócio fiduciário, vamos entrar no que diz respeito à constituição do negócio fiduciário entre vivos. No contrato celebrado entre fiduciante e fiduciário estabelece-se a transferência de um direito e de acordo com o *pactum fiduciae* estabelecem-se os direitos e os deveres obrigacionais que é,

⁷⁸¹ Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, faz uma leitura da teoria da causa na Itália, onde ela tem uma relevância acrescida, expondo que a determinação da *unidade ou pluralidade de causas* tem a ver com um critério material, mais propriamente do *critério funcional* ou *causal* que descortinaria a unidade ou pluralidade de contratos e através deste se avaliaria da unidade das prestações ou do conjunto dos efeitos negociais. Assim e consoante coubesse, ao complexo negocial em análise, *uma única ou diversas causas*, ficava determinado se o complexo contratual era unitário ou plural. Criticando esta posição, diz que “o critério da causa pouco ou nada nos auxilia na determinação da unidade ou pluralidade negocial: a causa, enquanto função económico-social, ou prático-social, do negócio, não pode ser classificada como unitária ou plural, representando aliás sempre qualquer coisa de complexo, a unidade ou pluralidade de causas só pode ser afirmada em relação às causas típicas (um negócio teria uma ou várias causas consoante realizasse uma ou mais que uma função típica), pelo que o critério, além de não poder aplicar-se aos contratos atípicos (perdendo assim grande parte da sua utilidade), é inexacto, já que não é a simples circunstância de a formação contratual poder qualificar-se como pertencente a dois (ou mais) tipos contratuais que a converte num conjunto de vários contratos autónomos; trata-se de um critério puramente descritivo (na medida em que se confinaria a descrever empiricamente os fenómenos da unidade e pluralidade contratual) e nesta medida tautológico; nem mesmo a identificação da causa, para este efeito, com o ‘interesse na modificação jurídica operada com o negócio’ adiante o que quer que seja, já que, tal como a causa não é única ou plural, também o interesse referido o não é. Diz-nos pouco, pois, o critério da causa na determinação da unidade ou pluralidade negocial” – *Contratos Complexos e Complexos Contratuais*, Coimbra Editora, 2014, pág. 135-137. Carvalho Fernandes pensa que “a relevância da causa não se circunscreve aos negócios típicos regulados pelo legislador; em rigor, é nestes casos em que ela mais despercebida passa, e se poderia mesmo afirmar a sua desnecessidade (...). Mas este entendimento não afectaria a causa como elemento da estrutura do negócio jurídico, pois ela se projecta também na sua qualificação. Todavia, a relevância da causa coloca-se em termos diferentes nos negócios inominados, isto é, criados pelas partes, no domínio do livre exercício da autonomia privada. Pode também neles identificar-se a causa-função? Uma resposta negativa poderá vir de autores que configuram a causa como função típica ou como motivo típico, mas não vale para a formulação adoptada. Bem pelo contrário, é nestes negócios que a causa assume particular importância, pois é através deste elemento que se vai apreciar a sua relevância jurídica e se estabelece a sua qualificação e regime. Se através do negócio atípico se não exerce uma função económico-social relevante, que o Direito considere merecedora de tutela, ele não é juridicamente atendido; e, se a finalidade visada pelas partes pode ser, consoante os casos, inválido ou ilícito”. *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, 4ª ed. revista e actualizada, Lisboa, 2007, pág. 378.

principalmente, o escopo da transferência fiduciária⁷⁸². O fiduciante transmite ao fiduciário um direito ou, investe-o numa situação jurídica através desta operação, ficando o fiduciário na obrigação de retransmitir o direito ao fiduciante decorrido certo prazo ou verificado um evento pré-definido⁷⁸³. Pode acontecer, porém, que o direito objecto do contrato seja entregue ao fiduciário não a partir do fiduciante, mas a partir de um terceiro através de instruções recebidas do fiduciante⁷⁸⁴.

O negócio fiduciário é constituído por acordo de vontades através do qual se atribui a outro o poder de exercer como titular exclusivo e de forma plena do direito de propriedade sobre um bem ou um direito. Neste ponto há que diferenciá-lo do *trust* anglo-americano, já que nesta figura o fiduciante pode constituir o *trust* através de uma declaração unilateral de vontade⁷⁸⁵, mas que ao mesmo tempo pode ser aproximado de uma das formas de formação do negócio fiduciário: a substituição fideicomissária, que já fizemos alusão, constituída através de um testamento, que é um negócio unilateral. Está em evidência o princípio da autonomia da vontade. Não é uma particularidade dos negócios fiduciários mas é, seguramente, um dos contratos cuja manifestação do princípio é evidente. Desde logo, formar um contrato em que se combina no sinalagma a manutenção pacífica entre um direito real contra um direito obrigacional, onde este último consegue opor-se aos credores daquele, é uma homenagem à imaginação humana e à sua capacidade de responder às necessidades cada vez mais prementes da sua convivência.

⁷⁸² A. Vieira Cura, *Fidúcia ...*, ob. cit., pág. 30, referindo-se a época romana, afirma que “o pacto da *fiducia* era, pois, um *pactum adiectum*, certamente efectuado no momento da celebração dos competentes negócios de transferência da propriedade (in continenti), mas separado destes actos formais – o que era corroborado pela *Mancipatio Pompeiana* e pela *Formula Baetica*.”

⁷⁸³ Jordano Barea, *El negocio fiduciario*, Barcelona, Bosch, 1959, pág. 185. Considera este autor que a *causa fiduciae* informa o conteúdo do negócio fiduciário. Os efeitos reais (a titularidade plena e exclusiva) e os efeitos obrigacionais (obrigação de restituir e de se comportar de acordo com o fim proposto) têm o mesmo fundamento causal.

⁷⁸⁴ O Tribunal da Relação do Porto, no processo n° 4867/06.0TBVLG.P1 de 05 de Fevereiro de 2013, cuja relatora foi Márcia Portela, qualificou o contrato fiduciário como sendo aquele que “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”, em www.dgsi.pt.

⁷⁸⁵ Esta diferenciação assenta, fundamentalmente, no facto de que nos países da *civil law* do negócio fiduciário ter natureza contratual e nos países angli-saxónicos o *trust* fazer parte do direito das coisas. Cfr. M^o. João Vaz Tomé/Diogo Leite de Campos, *A propriedade fiduciária (Trust). Estudo para a sua consagração no Direito português*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 218.

Há casos em que, o próprio negócio fiduciário sendo presidido pelo princípio da autonomia da vontade, seguem estritamente as exigências da lei. É o caso dos diversos contratos para gestão e para garantia como, v.g. os contratos com sociedades gestoras de patrimónios (Dec.-Lei nº 163/94, de 4 de Junho), o contrato de créditos (Dec.-Lei nº. 453/99, de 5 de Novembro) e a alienação fiduciária em garantia, posta em vigor no território pátrio luso por transposição da Directiva nº 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho de 2002, pelo Dec. -Lei nº 105/2004, de 8 de Maio. Nestes negócios, a lei determina com quem se deve contratar, o seu objecto, ou seja, o legislador definiu um amplo regime jurídico destes negócios, deixando um espaço muito reduzido à liberdade das partes.

V. A rigidez caracterizada pelo negócio fiduciário continental não é encontrada no negócio fiduciário da *common law*, pois o *trust* é um negócio muito maleável e atravessa muitas áreas do direito. Basta observar os tipos de *trusts* admitidos pelas ordens jurídicas destes países para constar que há *trusts* nos diversos ramos do direito privado e do direito público⁷⁸⁶. Por influência do *trust*, nos países da América Latina o *fideicomiso* também é bastante maleável e tem sido utilizado para responder as necessidades de vária ordem, com desenvolvimentos assinaláveis na área do Direito das Sucessões e do Direito Bancário. Ainda

⁷⁸⁶ Fala-se em *Private Trusts*, *Constructive Trust* e *Public ou Charitable Trusts*. No Direito dos países latino-americanos fala-se do *fideicomiso* público, como por exemplo no México, Colômbia, Argentina e Uruguay. Na verdade, há várias experiências que podem aqui ser chamadas para aclarar a possibilidade de aplicação do *trust* público, *fideicomiso* público ou “negócio fiduciário” com interesse público. É normal que os desenvolvimentos doutrinários das diversas figuras jurídicas cujo surgimento, criação ou recepção se circunscrevem num determinado espaço territorial e a regulamentação específica de tais figuras jurídicas correspondem a um país ou a uma família jurídica, fiquem limitados a este “espaço”, sendo raras as vezes em que se fazem estrapolações automáticas para ordenamentos internos de regras e fundamentos doutrinários externos. Mesmo assim, muitas vezes, e como resultado de análise de exercício comparatístico, verificamos que há países que têm experiências de negócios fiduciários com fins públicos. Recorde-se (como o fez Mathias Lehmann, “El trust y el Derecho Alemán: historia de amor o choque de culturas?” em *El trust en el Derecho Civil*, Ester Arroyo I Amayuelas (Directora), Editorial Bosch, 2007, pág. 44) na antiga República Democrática Alemã aquando da unificação, no ano de 1989, a República Federal Alemã criou um instituto jurídico que a chamaram de *Treuhand* (por nós já conhecida) em que se transferia a propriedade de todas as empresas publicas da ex RDA para serem privatizadas e as transferiram para investidores privados. Como sabemos, a *Treuhand* é do direito privado, no entanto, nada obstou que fosse utilizada pelo direito público, transformando as ditas empresas em património de afectação com a finalidade de privatização e injeção de investimento privado. Como já referido, nos países da América Latina a utilização da fidúcia para fins públicos está prevista na lei.. No Canadá, mais precisamente no Québec, encontramos no artº 1279º do *Code Civil*, determina, que “*la fiducie d'utilité sociale est celle qui est constituée da un but d'intéret général, notamment à caractére cultural, éducatif, philanthopique, religieux, ou scientifique ...*”, aprovado através da reforma de 1994, e tem como epígrafe «fidúcia de utilidade social», possibilita vincular um determinado património a uma finalidade pública e necessariamente de carácter social e, anote-se, tem proximidades com o *charitable trust*.

assim, mesmo reconhecendo a rigidez na formação da fidúcia da espécie romana, constata-se que ela pode dar lugar à criação de novos tipos contratuais⁷⁸⁷.

No nosso sistema jurídico, infelizmente, a incapacidade por interdição e por inabilitação continuam a ser institutos fechados nos ideais do século passado, não estando à altura de responder aos novos fenómenos sociais, culturais e económicos. A incapacidade civil está intimamente ligada aos direitos fundamentais da pessoa humana, e a natureza da interdição e da inabilitação leva muitas vezes a que as pessoas atingidas pelos efeitos da decisão judiciais passam sentir-se vexados ou diminuído na sua integridade psíquica e moral, ou quantas vezes até não atinge a “honra familiar”⁷⁸⁸. Para se evitar estes constrangimentos de ordem psico-moral, numa primeira fase mas também de prestígio, quando está em causa o nome de famílias, quando tais famílias são figuras públicas, podendo mesmo afectar o direito à privacidade nas relações familiares, o *trust* tem sido utilizado para minorar os efeitos danosos de um conhecimento público de situação que em nada protege as pessoas⁷⁸⁹. Como sabemos,

⁷⁸⁷ Pedro Pais de Vasconcelos, *Os contratos ...*, ob. cit., pág. 298. Este professor advoga que, “a partir dos tipos contratuais utilizados como instrumento, os contratos fiduciários serviram, na história, para a criação e desenvolvimento de novos tipos contratuais. O penhor, o comodato, a cessão de créditos, o *factoring*, o *trust*, os acordos parassociais, nasceram a partir da modificação fiduciária dos respectivos tipos de referência. Não há nada que permita concluir que esta virtualidade criadora dos contratos fiduciários tenha desaparecido. Os contratos fiduciários continuam a ser uma fonte muito rica de novos modelos e práticas contratuais, e é possível afirmar que continuarão no futuro a constituir a origem de novos tipos contratuais”.

⁷⁸⁸ Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos ...*, ob. cit., pág. 301. Este professor defende que “a fidúcia é muito útil como alternativa ao esquema rígido da tutela e da curatela. Ensina a experiência que é geralmente muito grande a relutância das famílias em requererem a interdição ou a inabilitação de cônjuges, filhos ou irmãos deficientes mentais, pródigos, drogados ou maus empresários, não só por pudor e por vergonha, mas também pelas consequências perniciosas para os próprios incapazes do choque psicológico e moral que o processo e a respectiva publicidade sempre provocam, e que são susceptíveis de agravar contraproducentemente o mal de que o padecem. A fidúcia tutelar é uma modalidade de fidúcia “cum amico” que se traduz na entrega da totalidade ou de parte importante do património do beneficiário a uma pessoa de confiança, geralmente um familiar, que fica incumbido de administrar esse património no interesse do beneficiário e a satisfazer a partir dele as suas necessidades. É semelhante ao “protective trust” anglo-saxónico e é na prática muito mais utilizada do que o regime legal da tutela e da curatela. É utilizada usualmente para protecção dos pródigos e dos loucos ou, em geral, daqueles que se entende não serem capazes de cuidar da sua pessoa e bens ou apenas dos seus bens. Os bens fiduciários são adquiridos pelo fiduciário a partir do beneficiário ou de um terceiro que, em vez de os transmitir ao beneficiário, os transmite ao fiduciário”. (...) “Outra modalidade muito frequente de fidúcia “cum amico” é a fidúcia sucessória. Esta consiste muitas vezes na entrega pelo testador, ainda em sua vida, de parte ou da totalidade da sua herança a uma ou mais pessoas de confiança, que ficam incumbidas de, por morte do fiduciante, dar a esses bens o destino acordado”.

⁷⁸⁹ A bondade do legislador em pretender que com estes dois institutos se poderia apresentar medidas protectoras socorrendo-se aos tribunais vieram, na verdade, publicitar determinadas razões para limitar a capacidade civil de determinadas pessoas, quando também todos sabemos e concordamos que as causas são de tamanha complexidade e, com todos os riscos de quem nunca conviveu com o potencial incapaz, venha a decidir sobre a impossibilidade da pessoa puder reger plenamente a sua pessoa e os seus bens ou, noutras ocasiões, não reger apenas os seus bens. Observe-se que estes institutos vêm das Ordenações Filipinas e constam da obra de Borges Carneiro, *Direito Civil de Portugal*, 1828, tomo III, pág., 164. Mas foi na obra de Manuel Coelho da Rocha,

as regras do Direito Sucessório e da parte do Código Civil que trata das Incapacidades são de uma rigidez que necessitam de uma reinterpretação, convocando o princípios que sirvam de válvula de segurança para decisões que não sejam causas de desgostos piores daqueles que dão causa à interdição ou inabilitação bem como das escolhas feitas e declaradas em testamento sobre o destino de bens, sua gestão e seus gestores.

VI. No âmbito dos esforços que a União Europeia tem desencadeado com vista a uma maior unificação, foi criado um Grupo de Trabalho no sentido de, a partir dos direitos nacionais, construir princípios definições e normas modelo, que foram desencadeado na *Draft Common Frame of Reference*. A função deste instrumento é servir de “modelo de referência” ou “quadro comum” que guiará os Estados Membros a adoptarem uma política legislativa de proximidade. Esta “caixa de ferramentas” ainda não são normas que as partes contratuais podem aplicar de forma directa e imediata, estão num nível supra Estadual ultrapassando a intervenção dos particulares para convocarem tais dispositivos no sentido de serem critérios de resolução dos seus problemas, muito menos os tribunais nacionais poderão usá-las como regras de intermediação para a actividade decidenda.

Não havendo, por enquanto, condições de elaborar normas como critérios acabados, fechados e de aplicação imediata, o DCFR seguiu um outro caminho, optando pela laboração de princípios jurídicos que estão subjacente aos valores da liberdade, segurança, justiça e eficiência, que presidem a vida das pessoas em comunidade e que nas relações contratuais têm uma nota de importância acrescida. Presidem a razão de ser dos Estados de Direito e estão segregados na consciência jurídica da comunidade em geral⁷⁹⁰. Mas o que mais nos importa, dentro deste vasto domínio do DCFR, é a parte relacionada com o *Trust*, por obvias razões, pois é objecto de estudo nesta investigação. O *Common Frame of Reference* dispõe de normas modelo e princípios que balizam uma possível adopção pelos Estados Membros desta figura paradigmática.

Instituições de Direito Civil Português, tomo I, 2ª ed., 1843, com reimpressão em 1917, que os institutos foram melhor tratados com resquícios que podem ser encontrados no actual Código Civil.

⁷⁹⁰ O que o *Study Group on a European Civil Code*, para a elaboração dos princípios que presidem o DCFR, tiveram que fazer um exercício comparativo entre os *Principes directeurs du droit européen du contrat*, publicados pela *Association Henri Capitant* em 2008, e os *Principles of European Contract Law* com os princípios equivalentes dos diversos sistemas nacionais e com os vários instrumentos internacionais e europeus. Cfr. Christian von Bar/Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, Vol. I, SELLIER, European Law Publisher, Munich, 2009, pág. 6.

O *trust* é constituído, diz o art. X. – 2:101, em relação a um fundo investido pelo *truster*, sem qualquer outro requisito, desde que:

a) O *truster* declarar a intenção de constituir uma relação fiduciária em relação ao fundo;

b) A declaração emitida pelo *truster* deve observar os requisitos estabelecidos pelo art. X. – 2:101;

c) Independentemente da constituição envolver a transferência de bens (X. – 2:102) ou não (X. – 2:103), essas são a ela aplicável.

O instrumento comunitário oferece, no art. X. – 1:201, uma definição de *trust*:

“É uma relação jurídica em que o *trustee* é obrigado a administrar ou a dispor de um ou mais bens (o fundo fiduciário), em conformidade com as regras que regem a relação, em benefício de uma pessoa determinada ou a favor de interesses de utilidade pública”.

Os dois artigos citados estão relacionados com a constituição do *trust* e com a sua definição, e de uma simples leitura facilmente se chega a conclusão que não são mais completos, na estrutura que apresenta, que o *trust* referido a propósito do estudo realizado da figura anglo-saxónica. É um conceito muito restrito (e talvez fechado) e não oferece os elementos verdadeiramente definidores de uma relação fiduciária⁷⁹¹. Desta definição podemos apenas extrair os seguintes elementos: as partes do *trust*, nomeadamente o *trustee*, a quem é imposta a obrigação de administrar e ter a sua disposição o *fund trust*; quem transfere o fundo fiduciário, que na verdade é identificado por presunção, pois na letra da definição não é possível indicar o *truster*; os beneficiários, que podem ser pessoas determinadas ou uma colectividade de pessoas que beneficiarão pelo facto do fim do *trust* ser de utilidade pública (como o apoio de deficientes físicos; apoio à investigação do cancro, por exemplo). A capacidade para ser parte da relação é aquela que decorre da lei civil de cada Estado e, quando o *trustee* for pessoa colectiva, da capacidade destas pessoas, conforme as determinações das leis societárias; e a existência dos bens objecto da *relationship*, que pode ser um único bem ou

⁷⁹¹ Uma observação atenta verificará também que no artigo atinente à constituição do *trust* vem referido o *truster*, situação que não acontece no artigo onde vem a definição do *trust*. Por isso, importa fazer uma pequena grande observação. O DCFR optou pela denominação *truster* e não de *settlor* (o equivalente ao *fiduciante*, ao *Treugeber*, ou ao *constituyente*), conforme as origens anglófonas. Os editores do DCFR nos comentários ao art. X. – 1:203, referem apenas que o termo *truster* é aí usado para significar essencialmente o autor do *trust*, a pessoa que declara a sua constituição e os termos em que vai funcionar. Normalmente este também é o proprietário do bem imóvel que é o substrato material constitutivo do *trust*, uma vez que o direito de disposição sobre o imóvel é um dos requisitos da sua constituição. Cfr. Christian von Bar/Eric Clive, *Principles ...*, Vol. 6, ob. cit., pág. 5689.

um conjunto de bens. Por essa razão, existem outras disposições que complementam as características de um *trust*. No art. X. – 1:202, estão previstos os efeitos jurídicos especiais resultantes da constituição do *trust*: no primeiro parágrafo vem consagrada a separação patrimonial, estabelecendo uma clara separação entre o património fiduciário e o património pessoal do *trustee*, ou outro que esteja sob sua gestão, aspecto que vem melhor definida no art. X. – 3:103 sob a epígrafe “Determinação e segregação do fundo fiduciário”. A constituição do *trust* pode ser feita através da transferência de bens ou sem a realização de qualquer transferência.

O parágrafo 3 do ar. X. – 101, dá a possibilidade do *trust* ser constituído com ou sem transferência de bens. Se haver transferência de bens (art. X. – 2:102) exige-se o cumprimento dos requisitos já enumerados para a constituição do *trust* e é adicionado que com a declaração é transferido o *fund trust* para a pessoa que concorda ser administrador ou para aquele que a declaração identifica como sendo a pessoa que é ou será o administrador do *fund*. Já se a constituição não envolver transferência de bens (art. X. – 2:103) apenas pode ocorrer quando na declaração estiver expresso que o *truster* é ao mesmo tempo beneficiário, quando a declaração for feita por disposição testamentária e não prever um mandatário/fiduciário, ou se (i) o *truster* executar todas as exigências legais para a realização da transferência, (ii) o *trustee* escolhido ou indicado não aceitar o *fund* e (iii) a declaração constitutiva do *trust* não prevê outra solução.

Além do fim gestório que a definição constante no art. X. – 1:201, a verdade que pode ser constituído *trust* para fins de garantia, e as suas regras estão estabelecidas no Livro IX que podem ser adaptadas para a constituição do *trust* usando a propriedade para garantia de direitos. Assim, pode ser criado o *trust* quando, diz o art. X. – 1:101, paragrafo 2, al. a), tiver por finalidade a garantia de direitos.

No que diz respeito a garantia de bens móveis assinalamos uma particular semelhança com alguns mecanismos que existem na pátria lusa, como a *sale and lease-back* e a *sale and resale*, equiparado com a nossa venda a retro, figuras que falaremos nos negócios fiduciários típicos para garantia (Capítulo VII, Secção III).

SECÇÃO II

MODIFICAÇÃO

I. A modificação do contrato fiduciário opera-se por regras constantes no pactum ou nos termos gerais constante do art. 406º, nº 1 CC, que determina poder ocorrer apenas por mútuo consentimento dos contraentes ou quando ocorra alguma circunstância que altere as condições estabelecidas para o cumprimento do contrato – art. 437º CC.

A modificação da relação fiduciária pode ser subjectiva ou objectiva. Será subjectiva sempre que uma das partes, ou até o terceiro beneficiário, venha a ser pessoa diferente das estabelecidas originariamente no contrato. O fiduciário pode deixar de ser quem assinou o contrato, mas o seu abandono da posição de sujeito contratual não depende muito da sua vontade, depende mais do tipo de negócio fiduciário. Se a relação fiduciária se estabeleceu porque há um interesse intrínseco da vontade do fiduciário, parece que é de se entender que o negócio deixa de existir se este interesse for irrealizável por abandono da posição do sujeito. Também poderá ocorrer quando, por exemplo, o fiduciante deixar de confiar no fiduciário, porque afinal o fiduciário não tem as capacidades profissionais exigíveis para administrar o património fiduciário ou porque o fiduciário não está a cumprir os seus deveres convencionados no *pactum fiduciae*. Esta última hipótese poderá levar o fiduciante, e na verdade parece ser a solução mais natural, a afastar o fiduciário ou a extinguir a relação fiduciária, por resolução ou por revogação.

O art. 1165º CC, sobre a substituição do mandatário, que vale para o mandato sem representação, fornece as directivas normativas para estabelecer as regras sobre uma possível substituição do fiduciário, que apenas valerá se o mandante o permitir ou quando situações objectivas e previstas (expressa ou tacitamente) no contrato fiduciário, ou quando durante a execução do mandato o fiduciante dar-se conta que afinal o mandatário/fiduciário não tem as habilidades suficientes para cumprir com êxito as tarefas que lhe confiaram⁷⁹².

⁷⁹² Como dissemos a quando da procura de um fundamento para explicitar como deve ser hoje entendida a *confiança* na relação fiduciária, entendemos que as habilidades (profissionais), ou determinadas qualidades atribuídas ao mandatário/fiduciário, é que criam confiança no mandante/fiduciante para contratar. Se Etas qualidades/habilidades não forem as suficientes para uma condução exitosa da execução do contrato, o fiduciante tem toda legitimidade de substituir o fiduciário. Esta situação parece ser mais clara com relação a relação de intermediação financeira, pois quando o intermediário não estiver habilitado para a realização da operação em

Pelo contrário, o fiduciante não poderá deixar de ser parte. Se falecer a relação jurídica fiduciária não tem de necessariamente se extinguir. Pode acontecer que por meio de testamento o fiduciante indique o destino a dar a determinados bens e criar um trust. Pode também acontecer que o fiduciante tenha a sua condição jurídica alterada quando, a título exemplificativo, se torna incapaz, ocorrendo a sua substituição. Estamos perante uma modificação subjectiva⁷⁹³.

Há também modificação, mas objectiva, quando disser respeito ao objecto. Pode ocorrer que o bem objecto da relação fiduciária se deteriore ou seja onerado, registando-se, neste último caso, clara violação da convenção fiduciária. Pode também acontecer que o conteúdo dos poderes objecto do direito fiduciário seja diminuído, por convenção ou por força da lei.

II. A modificação do contrato por alteração das circunstâncias pode ser motivo de perplexidade se atendermos ao imperativo da segurança e certeza das relações jurídico-negociais que clama por estabilidade nos contratos. Se a base do negócio, quer subjectiva quer objectiva⁷⁹⁴, sofra alteração, não de uma simples qualificação de acontecimento imprevisível, mas quando a imprevisibilidade se identifica e não haja a capacidade de prever o desenvolvimento futuro⁷⁹⁵, de tal sorte que os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes não se vão produzir conforme o acordado, estando indefinida a forma e a natureza da sua produção, o que leva a uma consequência que é a de que o devedor não fica imune à responsabilidade pelo não cumprimento da obrigação, pode ser-lhe concedido apenas o direito de conseguir a resolução ou modificação do contrato⁷⁹⁶.

mercado (primário ou secundário), é legítimo que o investidor dispense os seus serviços, ou, no limite, exija uma subcontratação. Sobre o subcontrato veja-se Paulo Câmara, *Manual de ...*, ob. cit., pág. 388.

⁷⁹³ Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, 4ª ed., revista e actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2007, pág. 659.

⁷⁹⁴ Cfr. Antunes Varela, *RLJ*, nº 119º, pag. 85 seg. Há que observar no entanto, que há muitas críticas à doutrina da base do negócio, encontrando justificação para a modificação por alteração das circunstâncias uma teoria sobre o risco, o princípio da tutela da confiança e à interpretação contratual. Por todos, cfr. Almeida Costa, *Direito ...*, ob. cit. pág. 296.

⁷⁹⁵ Cfr. A. Menezes Cordeiro, *Da alteração das circunstâncias*, separata dos *Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Almedina, Coimbra, 1987, pág. 17.

⁷⁹⁶ Cfr. Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, (reimp.) Almedina, Coimbra, 1995, pag. 113. Pode também acontecer, no âmbito do comércio internacional, que os contratantes definam no contrato a necessidade de renegociar a estrutura de base do negócio quando surja uma modificação das circunstâncias susceptível de afectar o equilíbrio do contrato. É a chamada cláusula de “hardship”, referida por A. Pinto Monteiro/ Júlio Gomes, *A «Hardship Clause» e o Problema da Alteração das Circunstâncias* (Breve

No contrato fiduciário, a base do negócio pode ser descrita com o fim que as partes tipificaram para o contrato, quer seja para administração ou para garantia, com todas as modalidades existentes para cada um deles. Quando o contrato fiduciário tem por fim a administração do património, este fim constituirá a base através da qual as partes fundaram vincular-se juridicamente e, assim, estando ambas conscientes deste fim, é prudente dizer-se que as circunstâncias susceptíveis de causarem a resolução ou modificação do contrato sejam conhecidas ou cognoscíveis pelo fiduciante e pelo fiduciário, mesmo que ao fiduciário lhe tivesse sido proposta a subordinação da relação fiduciária à verificação das circunstâncias pressupostas pelo fiduciante a aceitar ou devesse aceitar, procedendo conforme os ditames da boa fé⁷⁹⁷.

Apontamento), in «Juris et de Jure' – Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto», 1998, pág. 17 seg.

⁷⁹⁷ Almeida Costa, *Direito ...*, *ob. cit.*, pág. 303.

SECÇÃO III

TRANSMISSÃO

I. As posições jurídicas que as partes ocupam nos negócios fiduciários são a de credor e de devedor. No entanto e como já referimos, no instituto jurídico em estudo, há uma aquisição de uma posição com efeito real pelo fiduciário e, ao mesmo tempo, há uma valorização do poder do fiduciante em ver garantidos os benefícios do bem transferido que é revelador de efeitos meramente obrigacionais, que levam a considerar a relação fiduciária como uma complexa construção jurídica e, por isso, de difícil estudo.

Mais do que um contrato sinalagmático, o contrato fiduciário oferece um cruzamento de poderes e deveres entre o fiduciante e o fiduciário cuja prevalência é ponderada pela afectação funcional que exerce a transferência do acervo patrimonial da esfera do fiduciante para o fiduciário⁷⁹⁸, situação que faz despoletar outro problema, a existência na esfera do fiduciário de dois patrimónios que, estando em seu pleno e exclusivo domínio, um está com a função de garantia geral dos credores do fiduciário e outro para cumprir com uma especial função, fiduciariamente acordada. É um património que nasce alicerçada numa destinação funcional especial, materializado na prossecução de um interesse constituído e singularizado num *pactum*⁷⁹⁹.

As novas formas de negócios que têm na sua base a *fiducia* são a demonstração da dinâmica que os contratos vêm registando. Há uma paulatina transferência do movimento da riqueza dentro do quadro dos direitos reais para outras formas de apropriação, como o recurso ao crédito, a partir do qual os seus titulares podem obter vantagens económicas, atribuindo a terceiros uma variedade de direitos⁸⁰⁰. Esta transformação está a levar a considerar cada vez mais o Direito das Obrigações como campo apropriado para ampliar a esfera de responsabilização e o centro de poderes de exigência que não se esgotem no credor e devedor,

⁷⁹⁸ A. Menezes Cordeiro, também admite que “a transmissão respeita ou à posição de credor, ou à posição do devedor ou, ainda, a uma posição complexa crédito-débito quando, em virtude de um contrato sinalagmático, os sujeitos estejam, simultaneamente, investidos em direitos e adstritos a obrigações. As diversas transmissões assim isoladas podem seguir vias diferentes, em obediência ao processamento da sua concretização. Exigências lógicas fundem-se com realidades de base histórico-cultural”. *Tratado ...*, ob. cit., pág. 214.

⁷⁹⁹ André Figueiredo, *O Negócio ...*, ob. cit., pág. 190.

⁸⁰⁰ Martínez de Velasco, *La posesión, el usufructo y la prenda de créditos*, Arazadi Editorial, Madrid, 2000, pág. 33 seg.

podendo o tráfego jurídico recepcionar outros intervenientes para exercerem direitos e assumirem obrigações⁸⁰¹.

Assim, podemos falar da possibilidade de haver transmissão das posições nas relações fiduciárias quando há a cessão de créditos e a sub-rogação; a assunção de dívidas, e a cessão de posição contratual. Dedicaremos apenas em duas formas de transmissão: a cessão da posição contratual e a cessão de crédito.

II. A cessão da posição contratual só ocorre nos contratos sinalagmáticos, onde haja prestações recíprocas. Cada uma das partes pode, livremente, transmitir a terceiro a sua posição contratual, contanto que o contraente, antes ou depois da celebração do contrato, consinta na transmissão – art. 424º, nº 1. No entanto, se o consentimento do outro contraente for anterior à cessão, só a partir da sua notificação ou reconhecimento é que a cessão produz os seus efeitos – nº 2. Corresponde a uma forma negocial em que se pode transmitir a posição contratual.

Para os negócios fiduciários poderá serem levantadas algumas dúvidas em relação ao fiduciante. Vamos utilizar a figura do mandato sem representação, cuja capacidade de irradiar da sua estrutura a sua normatividade para a figura do negócio fiduciário, temos que colocar em evidência que o mandato tem como substrato a actuação no interesse do mandante ou do mandatário. O interesse de terceiro beneficiário está sempre conexas com o interesse do mandante.

Actuando o mandatário como uma *forma de intermediação*⁸⁰² na prática de actos ou negócios jurídicos em nome próprio mas no interesse do mandante, é difícil conceber-se um acordo em que o mandante (cujo interesse é *intuitu personae*) possa ser substituído por alguém que não se reveja ou não tenha interesse algum no *fin* pelo qual foi assinado o mandato. Assim, se o fiduciário transmitir a parte dos seus bens para que sejam administrados com o objectivo de que os frutos produzidos apoiem uma comunidade pobre, é uma manifestação de altruísmo que não está presente em todas as pessoas.

⁸⁰¹ A. Menezes Cordeiro, a propósito desta questão, oferece como fundamento da transmissibilidade das obrigações: *a)* o empolamento do fenómeno obrigacional; *b)* o aumento do tráfego jurídico e *c)* a necessidade de garantir o crédito. Adiante que este pensamento nem sempre foi aceite tendo beneficiado de uma evolução que “praticamente [foi] concluída nos princípios do século XX, tinha, forçosamente, inscrito à cabeça o princípio de que as obrigações deveriam poder circular livremente”. *Tratado ...*, ob. cit., pág. 212.

⁸⁰² Pessoa Jorge, *O Mandato ...*, ob. cit., pág. 162.

Dos requisitos para haver a cessão da posição contratual, encontramos a obrigatoriedade de haver o consentimento da outra parte⁸⁰³. Parece ser fácil o fiduciante aceitar a substituição do fiduciário, desde que as qualidades do novo parceiro contratual ofereçam confiança ao fiduciante. O inverso dependerá sempre da coincidência ou identificação do interesse na execução do contrato fiduciário. Na *fiducia* para garantia, o cedido/fiduciário tem todo interesse em conhecer o cessionário, porque se estiver perante uma “pessoa que, por falta de escrúpulos ou por carências financeiras, não lhe dê tranquilidade quanto à satisfação dos seus créditos”⁸⁰⁴, daí a importância do consentimento. Outro requisito é a inclusão da posição contratual no âmbito dos contratos com prestações recíprocas⁸⁰⁵. O importante é saber se os efeitos jurídicos pretendidos e protegidos pelo interesse do fiduciante podem, por vontade deste e aceitação do fiduciário, passar para um terceiro/cessionário ficando na posição de titular de direitos e assumindo as obrigações⁸⁰⁶.

III. A cessão de crédito⁸⁰⁷ (que pode corresponder com cessão da posição contratual do credor) é um acordo através do qual o cedente transmite a um terceiro a totalidade ou parte do crédito⁸⁰⁸, consistindo, portanto, na substituição do credor primitivo por outra pessoa, mantendo-se constituídos os demais elementos da relação jurídica. Assim, mantém-se viva a relação obrigacional, alterando-se apenas o lado activo dela, sendo que o credor original passa a denominar-se cedente, o terceiro (novo credor) cessionário e o devedor (originário e inalterado) de devedor cedido. O art. 578º nº 1 determina que os requisitos e os efeitos do

⁸⁰³ Menezes Leitão, *Direito das ...*, ob. cit., pág. 79.

⁸⁰⁴ I. Galvão Telles, *Manual dos ...*, ob. cit., pág. 455.

⁸⁰⁵ Menezes Leitão, *Direito das ...*, ob. cit., pág. 82.

⁸⁰⁶ I. Galvão Telles, *Manual dos ...*, ob. cit., pág. 451 seg.

⁸⁰⁷ Existe bastante literatura sobre o tema em Portugal. Vaz Serra, “Cessão de créditos ou de outros direitos”, *BMJ* número especial, 1955, pág. 5-374. Carlos Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, reimp., Almedina, Coimbra, 1982. Antunes Varela, *Das Obrigações ...*, ob. cit., pág. 294 seg. Almeida Costa, *Direito das ...*, ob. cit., pág. 755 seg. Assunção Cristas, “Dupla venda de um direito de crédito”, em *Dir.*, nº 132, I-II, 2000, pág. 197-254. Menezes Leitão, *Cessão de Crédito*, Almedina, Coimbra, 2005.

⁸⁰⁸ O facto de no contrato de cessão de crédito haver três intervenientes não significa que este contrato se assemelhe com o contrato a favor de terceiro. Neste, a intervenção do terceiro ocorre estando ele numa situação estranha ao contrato (art.º 443º). É um terceiro beneficiário a favor do qual se pode remir dívidas ou conceder crédito, bem como constituir, modificar, transmitir ou extinguir direitos reais. Para mais desenvolvimentos, *vid.* Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª ed. Coimbra, Almedina, 1997, pág. 254.

Também não há identidade com a confusão (art. 868º), pois “I. O elemento típico nuclear e essencial da cessão de crédito é que o cessionário seja um terceiro, diferente, por conseguinte, do próprio devedor. II. A cessão de um crédito a um dos devedores é nula, por contrariedade ao seu objecto com o disposto no art. 577º, nº 1, do CC (nos termos do art. 280º, nº 1, do mesmo Código). III. A pretender-se ser válido tal negócio, a sua consequência seria a extinção do crédito por confusão (art. 868º do CC)” (STJ, 11-03-2004, *in* CJ – STJ, 2004, 1º - 124.

negócio que serve de base à transmissão devem ser observados no acto da transmissão. Significa que a transmissão tem de ter um outro negócio base, que pode ser um contrato ou um outro facto como, por exemplo, nas cessões legais⁸⁰⁹ sendo, por isso, um negócio causal e não um negócio abstracto tão pouco um negócio com causa genérica⁸¹⁰. “O tipo de negócio que lhe serve de base”, nos termos do art.º 578º, é a fonte, *rectius*, causa da cessão⁸¹¹.

Os créditos podem ser livremente cedidos, esta é a regra. Mas há excepções – art. 577º, nº 1 – que dizem respeito à determinação legal, à vontade das partes e à natureza da prestação. Ainda há que ter em consideração os requisitos relativos ao negócio que serve de base à transmissão – art. 578º, nº 1. Assim, naqueles não ocorrerá a transmissão do crédito quando a lei impõe um direito inalienável (direito a alimentos); quando as partes, na base do princípio da autonomia da vontade, determinar não haver a cedência do crédito, e como diz a lei, “pela natureza da prestação, ligada à pessoa do credor”, como, por exemplo, os prémios de seguro por acidente de trabalho e a prestação de alimentos. Nestas, têm de estar preenchidos os requisitos de validade e eficácia do negócio que serve de base à transmissão da cessão.

IV. Falamos agora da eficácia da cessão. Para a cessão ser eficaz não tem apenas como requisitos a sua verificação no negócio base se não também, e em atenção ao disposto nos art. 584º e 585º, uma vez que mesmo que a cessão possa ser feita sem o consentimento do devedor, este pode usar “todos os meios de defesa que lhe seria lícito invocar contra o cedente,

⁸⁰⁹ A. Menezes Cordeiro, *Tratado ...*, ob. cit., pág. 219., chama ao “negócio de base” a *fonte da transmissão*. Adianta este Autor que “ ‘o tipo de negócio que lhe serve de base’ é o que atrás apelidamos fonte da cessão. Verifica-se que, com excepção das normas que o Código especialmente destina à cessão, a mesma se orienta pelas regras do facto transmissivo. Isso sucede quer no tocante à forma, quer no tocante ao conteúdo”. Também Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 374, defende esta posição e assevera que “a cessão do crédito em si mesmo, tal como o nosso legislador a acolhe e regula, consiste, não no negócio jurídico com causa própria, mas no mero efeito de um dado negócio jurídico causal (...)”. Há, no entanto, Autores que consideram a cessão de crédito como um negócio cuja causa é variável, polivalente ou fungível. É o que defende Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª ed. Almedina, Coimbra, 1997 (reimpressão de 2003), pág. 293 e 303. No Direito Germânico, Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts I – Allgemeiner Teil*, 14ª ed. 1987, pág. 307 e seg. *apud* A. Menezes Cordeiro, *Tratado ...*, ob. cit., anotação 490.

⁸¹⁰ Menezes Leitão, *A Cessão ...*, ob. cit. pág. 291.

⁸¹¹ Neste sentido: Raul Ventura, *Cessão de Quota*, (...), A. Menezes Cordeiro, *Obrigações*, 1980, 2º-92 (...), Carlos Mota Pinto, *Cessão da ...*, ob. cit. pág. 456, defende que se o contrato base for inexistente, será também nula a cedência por impossibilidade própria do objecto, pois o objecto da cessão do contrato constitui a relação cedida, à semelhança do que aconteceria com a venda ou doação de um objecto inexistente. Nesta linha seguiu a jurisprudência: o acórdão *STJ*, de 30-10-1997, *BMJ*, 470, pág. 559, sumariou no sentido de “I: A cessão de crédito, no caso de o contrato cedido ser nulo, será nula, por impossibilidade legal do objecto – art.º 280º, nº 1, do CC. II. O princípio do efeito retroactivo da nulidade (anulação) admite limitações – derivadas da lei –, e só pode, consequentemente, afirmar-se como regra geral. III. A doutrina das «relações contratuais de facto» resolve-se, em face do nosso direito, com base na lei”.

com ressalva dos que provenham de facto posterior ao conhecimento da cessão” (sublinhado nosso). Quanto ao primeiro artigo, haverá necessidade de notificação para ordenar a prevalência sobre as várias pessoas/credoras que forem beneficiadas de cedências. Há assim dois elementos que dentro do regime jurídico da cessão de crédito fazem, em alguns casos, é verdade, depender a eficácia da transmissão.

Entre o cedente e cessionário regista-se a produção de efeitos jurídicos por mero efeito do negócio entre si, mas no que diz respeito ao devedor, a cessão só será eficaz após seu conhecimento, notificação ou aceitação – art. 583º. Quanto a terceiros, a cessão produz os seus efeitos jurídicos de forma imediata, salvo se houver outros adquirentes do mesmo crédito, mas antes da notificação do “devedor ou que por este tiver sido aceite – art.584^{o812}.

Na *fiducia cum amico*, há transferência do acervo patrimonial do fiduciante para o fiduciário por tempo determinado e de forma plena e exclusiva, no entanto, circunscrita pelo poder funcional de origem obrigacional que vai direccionar a posição do fiduciário à prossecução de interesses de outrem, definindo-se no *pactum fiduciae* a retransmissão do ora transmitido à esfera do fiduciário, registando-se apenas actos de gestão do património, quer seja para administração propriamente dito, quer para cobrança, aquisição, alienação etc.⁸¹³, pelo que não é comum que os mecanismos de cessão de crédito apenas para fins gestórios sejam comuns, mas podemos indicar um caso: **A** entrega a **B** uma quantidade em dinheiro para que deposite numa conta bancária em nome de **B**. Com o depósito **B** passará a ser credor do banco, pois é o titular da conta que é o fiduciário e **A** fiduciante, quem transmitiu o bem (dinheiro)⁸¹⁴. No direito germânico pode ser apontada a *Treuhandkontos*⁸¹⁵, através da qual advogados, notários ou outros profissionais liberais, abrem contas bancárias em seus nomes mas por conta e no interesse de particulares que entregam o seu dinheiro (*Treugut*) para depósito. Estes

⁸¹² O entendimento da jurisprudência tem sido no sentido da validade e eficácia *inter partes*, independentemente da eficácia perante o devedor. Assim, o acórdão da Relação de Lisboa (de 03-11-2005, *CJ*, 2005 – 5º - 80) defendeu que “I. Como negócio jurídico contratual, a cessão de créditos é válida e eficaz entre as partes, independentemente da sua eficácia em relação ao devedor, dependendo a validade da inexistência de vício formal ou substancial, sendo a sua eficácia entre os contraentes imediata, a menos que estes tenham estipulado outra coisa. II. Constitui elemento fundamental da eficácia da cessão da posição contratual, a notificação ou reconhecimento da cessão por parte do outro contraente, o que é expressamente assinalado nos art.ºs 424º e 577º, nº 1, do CC. III. O que torna a cessão eficaz em relação ao devedor é o facto de este a conhecer, conhecimento que pode revelar-se de várias maneiras, entre as quais a notificação efectuada por um dos contraentes da cessão. IV. A modalidade de comunicação do devedor não está sujeita a qualquer forma escrita (...)”.

⁸¹³ Galvão Telles, “Mandato sem representação”, *CJ*, t. III, 2000, pág. 7.

⁸¹⁴ A. Menezes Cordeiro, *Da compensação no direito civil e no direito bancário*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 188.

⁸¹⁵ Claus-Wilhelm Canaris, *Bankvertragsrecht*, ob. cit., pág. 175 seg.

profissionais passam a ser titulares fiduciários (*Treuhänder*) e os particulares fiduciantes (*Treugeber*) e os bancos devedores do *Treuhänder*. Vamos dedicar mais tempo à cessão de crédito em garantia, logo, na *fiducia cum creditore*.

V. Na cessão de crédito em garantia uma das partes cede à outra um crédito pecuniário sobre um terceiro, que é seu devedor, para garantir uma obrigação principal. A estrutura da relação fiduciária está presente nesta modalidade de cessão de crédito. Assim, o cedente/fiduciante pode transmitir o seu crédito sobre um terceiro ao fiduciário/cedido. Quando o fiduciante/garante cumprir com a sua obrigação perante o cessionário/garantido/fiduciário, deve retransmitir o direito cedido. Caso o cedente/fiduciante não satisfaça o direito à prestação, pode o cessionário/fiduciário pagar-se, através do montante cobrado do crédito transferido ou por meio da alienação do respectivo direito, se a data de vencimento do crédito não se registrar⁸¹⁶. No entanto, como a relação fiduciária é funcionalizada no sentido que a transferência do direito (aqui de crédito) tem por escopo a satisfação de um interesse do fiduciante (dar como garantia um crédito sobre um terceiro, para satisfazer uma dívida para com o fiduciante), cuja retransmissão do crédito deverá ocorrer quando ou se, o cedente/fiduciante pagar a respectiva dívida.

É importante referir que a transmissão do crédito é acompanhada de documentos e outros meios probatórios do crédito – art.º 586º, o que vai reforçar o conteúdo normativo do elemento fiducia. Corresponde a um dever do cedente/garante/fiduciante fazer prova da existência e da exigibilidade do crédito – art.º 587º – para que o cessionário/garantido/fiduciário possa, a partir da cessão, exigir a realização da prestação ao terceiro/devedor e assim, consoante o crédito transferido estiver vencido ou não, puder pagar-se através do mandado da cobrança ou da sua alienação⁸¹⁷. Os documentos e outros meios de prova devem ser entendidos também como sendo os que atestam a existência de garantias e outros acessórios. Significa que a lei impõe a obrigação de que com a cessão do crédito seja

⁸¹⁶ Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 347 seg.

⁸¹⁷ Pestana Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 485-506. Relativamente aos Antunes Varela (*Obrigações*, ob. cit., II, pág. 327) e Ribeiro de Faria (*Obrigações ...*, ob. cit., II, pág. 534) não entendem que a garantia relativamente à existência e exigibilidade do crédito ou à insolvência do devedor devam ser objecto de transmissão. Pelo contrário, Pestana de Vasconcelos (*A Cessão*, ob. cit) entende que a transmissão constitui reforço do credor. Já Vaz Serra se posiciona de forma neutra àquelas duas posições. Entende que a demonstração de solvabilidade do cedente se apresenta como direito autónomo do crédito transmitido, assim, apenas como objecto de uma cessão específica pode ocorrer a sua transmissão.

acompanhado tudo o que seja acessório ao crédito. É o cumprimento de um dos princípios do direito dos contratos: “*accessorium sequitur principale*”. A exceção a esta exigência legal é que não acompanharão a cessão as garantias ou acessórios que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente – art.º 582º, excepcionando-se esta em caso de convenção em contrário⁸¹⁸.

O cedente/fiduciante pode ceder as seguintes obrigações: fianças, hipotecas, penhores, consignação de rendimentos (...). Não serão transmitidas as garantias que o cedente não puder transmitir, como as que estiverem na posse de terceiros (art. 582º, nº 2) ou as que conservar para si, sendo que quando assim acontecer elas, em princípio, se extinguem, uma vez que a função que desempenhavam, que era a de garantir um crédito, deixou de existir porque passaram a não ter um crédito para garantir⁸¹⁹. Há, no entanto, quem entenda o inverso. Pestana de Vasconcelos⁸²⁰ entende que nem sempre é assim, podendo acontecer, como é o caso do penhor e da hipoteca, que podem ser transmitidos sem estarem sujeitos à transferência do crédito garantido (art. 676º e 727º) se estiverem reunidos os pressupostos constantes do art. 727º. Igualmente nada impede que o cedente, se investido na qualidade de titular de vários créditos sobre o mesmo devedor, transfira a um terceiro, que seja também credor do mesmo devedor, o seu direito de garantia. Assim, podemos afirmar que na cessão fiduciária de crédito para garantia, há permissão legal para a transmissão das garantias do crédito, desde que outra não tenha sido a vontade das partes⁸²¹.

O rol de garantias que enumeramos, a sua transferência não se opera da mesma forma havendo especificidades que caracterizam cada uma delas, aliás, sendo que elas têm regimes jurídicos diferentes, é também diferentes a sua forma de operacionalizar a sua transferência. Mais: o facto de que a transferência como objecto principal é diferente de transferências quando se é acessório, também influencia a sua discussão. Vamos centrar a nossa abordagem nas garantias especiais, pois as garantias gerais parecem indicar para a questão da responsabilidade patrimonial., naquela posição que assegura o credor de que o património do

⁸¹⁸ Menezes Leitão, *Cessão ...*, ob. cit., pág. 325-335.

⁸¹⁹ A. Vaz Serra, “Cessão de créditos ou de outros direitos”, *BMJ*, nº especial (1955), pag. 5-374. *BFUDUC*, nº 30, 1954, pag. 191-399. *BFUDUC*, nº 31, 1955, pág. 190-365.

⁸²⁰ *A Cessão de Crédito ...*, ob. cit., pág. 487, nota nº 946. Aí, o autor cita Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 7ª ed. 1997 (reimp. de 2003), pág. 323 e Mário Júlio de Almeida e Costa, *Direito das Obrigações*, 4ª reimp., da 12ª ed., revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2016, pág. 867 e pag. 893-894, como estando na mesma linha de pensamento.

⁸²¹ É possível, por isso, transmitir ao cessionário as seguintes garantias: a fiança (art. 627º seg.); a consignação de rendimentos (art. 656º seg.); o penhor (art. 666º seg., bem como o penhor financeiro – dec.-lei nº 105/2004, de 8 de Maio) e a Hipoteca (art. 686º seg.).

devedor vai satisfazer o cumprimento da realização da prestação. Não é esta a nossa abordagem agora. Ela centra-se nas garantias que representam um *reforço* ou uma *posição especial* do credor face à capacidade patrimonial do devedor para pagar as suas dívidas, pois o património é sempre a segurança para o credor conceder o crédito e a segurança do seu pagamento e, perante outros credores comuns do devedor, a não ser que haja legítima causa de que algum dos credores seja pago com primazia dos outros – art. 604º, nº 1. O nº 2 deste artigo anuncia quais são as causas legítimas da preferência no pagamento, demonstrando que as garantias especiais são um forte instrumento que assegura o cumprimento da obrigação creditícia.

VI. A cessão fiduciária de crédito veio tornar mais flexível e operacional as garantias reais⁸²², que sendo garantias tradicionais, principalmente a hipoteca e o penhor, não acompanharam o dinamismo da circulação dos bens⁸²³. Vamos fazer referência ao penhor financeiro⁸²⁴, que apresenta dois inconvenientes que importa destacar: a sua eficácia está dependente da notificação do devedor e o segundo é que o penhor apresenta uma grande fragilidade e, por isso, muitos autores a colocam no campo do “risco fiduciário”, que é o facto de estar sujeito à recuperação judicial e à falência do devedor pignoratício. Neste instituto jurídico, as partes convencionam atribuir ao credor pignoratício, atribuindo-o poderes de titularidade, o direito de dispor do objecto do penhor, podendo onera-lo ou o alienar, nos termos convencionalmente previsto (art. 9º, nº 2). Uma vez que o credor pignoratício fica investido de poderes de disposição (art. 9º, nº 1), para, numa primeira fase, guardar e conservar a coisa empenhada (art. 670º CC), na verdade o beneficiário da garantia pignoratícia lhe é atribuído poderes de disposição, próprios de um titular de uma relação fiduciária, funcionalizada não só à satisfação do credor como para actividade exitosa no mercado mobiliário. A titularidade do credor é tratada pela lei como “proprietário” (art. 9º, nº 2), tem

⁸²² Carlos Mota Pinto, *Cessão ...*, ob. cit., pág. 227-229, nota nº 1, defende a não só a admissibilidade do negócio fiduciário como também a cessão créditos com um escopo de garantia. Diz mesmo que “a admissibilidade da aposição à cessão de créditos daquela cláusula fiduciária (*fiducia cum creditore*) não nos suscita, assim, objecção (...)”.

⁸²³ A Directiva nº 2002/47/CE, no seu ponto 9º, relativamente as garantia financeiras, nomeadamente a alienação fiduciária em garantia e o penhor financeiro, determinou que o aqueles mecanismos existiam “a fim de limitar as formalidades administrativas a cumprir pelas partes que utilizam a garantia financeira (...)”.

⁸²⁴ Flávia Daniela Vaz Teixeira, *Penhor de direitos em garantia de créditos bancários*, Dissertação de Mestrado, Universidade do Minho, 2012, pág. 46, prefere a denominação de “penhor bancário” definindo-o como aquele que tem por finalidade garantir créditos de estabelecimento bancários autorizados.

por suporte normativo o desapossamento do objecto do penhor por parte do devedor, pois o bem objecto da garantia deve ser “entregue, transferido, registado ou que de outro modo se encontre na posse ou sob o controlo do beneficiário da garantia ou de uma pessoa que actue em nome deste, incluindo a compasse ou o controlo conjunto com o proprietário”. O desapossamento do devedor e o estado de “como se fosse proprietário” do credor têm um vínculo funcional com os bens objecto da relação jurídica, que é a de dar publicidade à garantia⁸²⁵.

No caso de ser *fiducia cum creditore*, a situação é diferente, pois aqui a transferência do acervo patrimonial do garante/fiduciante para o credor/fiduciário efectua-se para garantir o cumprimento de um crédito deste sobre aquele, nos termos colocados no *pactum fiduciae*, deverá retransmitir a propriedade temporal quando o crédito garantido for cumprido ou extinto por outra forma. A *fiducia* em garantia é constituída por duas declarações de vontade, sendo a transmissão para o fiduciário de certo bem e a constituição, à custa de credor, de uma obrigação de retransmissão, quando se registar a satisfação do crédito garantido. Há assim, uma transferência plena da propriedade, mas limitada por um poder obrigacional. O fiduciário pode, em função da sua posição real, reclamar o seu direito do fiduciante ou de terceiro e aliena-lo, caso o fiduciante não realiza a sua prestação⁸²⁶. Não há, para o fiduciário, uma obrigação *proper rem*, pois esta obrigação não está ligada ao estatuto de um direito real⁸²⁷, mas são relações obrigacionais que funcionam não por causa da posição real do fiduciário, pelo contrário, por força do poder obrigacional de que goza o fiduciante.

⁸²⁵ Surgiu na Alemanha a doutrina da publicidade da *Treuhand*: o *Publizitätsprinzipi*. Cfr Claus-Wilhelm Canaris, “Die Verdinglichung obligatorischer Rechte”, *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag*, vol. I, Köln, 1978, pág. 371 seg. Na verdade, Canaris invocou este princípio no âmbito da discussão doutrinal e jurisdicional a volta da segurança jurídica na transmissão do bem fiduciário e da relação que daí resulta para a titularidade do fiduciário (*Treuhänder*) e a situação do fiduciante (*Treugeber*).

⁸²⁶ Catarina Monteiro Pires, *Alienação em Garantia*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 607.

⁸²⁷ Rui Pinto Duarte, *Curso de ...*, ob. cit., pág. 22. Este autor, e referendo-se também a Henrique Mesquita, refere-se às categorias de «obrigações reais ambulatorias» e «obrigações reais não ambulatorias». As primeiras seriam as que se transmitem automaticamente com o direito real. As segundas devem ser entendidas *a contrario sensu*, apesar de não terem um regime específico, não deixa de serem tratadas com interesse pela doutrina lusa. Na falta de um critério legal, Henrique Mesquita ensaia o seguinte critério de distinção: *a)* são consideradas ambulatorias as obrigações reais de *facere* que imponham ao devedor a prática de actos materiais na coisa objecto do direito real, e dá como exemplo o dever de realização de obras de reparação ordinária pelo usufrutuário imposto pelo art. 1472º; *b)* sejam tendencialmente classificadas de não ambulatorias as demais, nomeadamente, “a generalidade das obrigações pecuniárias”, considerando-se excepção a constituída pelas obrigações «cujos pressupostos materiais se encontram objectivados na coisa sobre que o direito real incide» – *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 1990, pág. 24.

SECÇÃO IV

EXTINÇÃO

1 - Cumprimento

As regras gerais sobre a extinção das relações jurídicas são aplicáveis aos contratos fiduciários⁸²⁸. O cumprimento é a causa natural da extinção das relações jurídicas; normalmente o pacto fiduciário determina as condições em que o negócio fiduciário finda: o decurso de um lapso de tempo ou a verificação de um evento. Mas também pode ser extinto porque o fim acordado não pode ser realizável, porque se tornou impossível. A morte ou a incapacidade do fiduciante ou do fiduciário, desde que o pacto fiduciário nada disser sobre esta eventualidade, pode dar lugar a extinção da relação fiduciária⁸²⁹.

A extinção do negócio fiduciário regista-se quando for cumprida a finalidade constante do *pactum fiduciae*. As partes decidem que a transferência do acervo patrimonial do fiduciante para o fiduciário tenha um fim determinado: geri-lo de determinada forma, ou quando uma obrigação tenha sido cumprida e retransmiti-lo ao fiduciante ou transferi-lo para um beneficiário, verificado determinado evento ou cumprido determinado prazo. O cumprimento é a manifestação de respeito pela palavra dada, pela consideração pela contra parte que se manifesta na realização da prestação e, por isso, constitui um momento fulcral da existência do contrato: a sua extinção. Porém, a extinção das relações obrigacionais não obsta a que resultem deveres acessórios a cumprir mesmo depois de realizado o cumprimento da obrigação principal e a satisfação das prestações secundárias⁸³⁰.

⁸²⁸ José Carlos Brandão Proença, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra Editora, 2001, pág. 17. Na Secção I da obra o título é: *O cumprimento como forma principal de extinção das obrigações*. E diz mais: “a partir do momento em que uma obrigação simples seja cumprida espontaneamente e segundo o convencionado, pode dizer-se que o devedor cumpre precisamente aquilo a que se obrigou (*maxime*, em contrato)”.

⁸²⁹ Pais de Vasconcelos, *O Contrato...*, ob. cit., pág. 297. Não devemos esquecer o que foi dito sobre a morte do fiduciante, em caso de ter previsto esta situação em testamento e aí indicado que o substitui na posição jurídico-fiduciante, bem como nas situações de incapacidade.

⁸³⁰ A. Menezes Cordeiro, considera haver um *post pactum finitum*. Considera que através de uma interpretação extensiva do princípio da boa fé, e assim acolher a obrigação de deveres acessórios, mesmo depois de cumprido com a obrigação principal, no disposto no nº2, art. 762º, que “permitiria considerar que as partes, também depois da extinção dos contratos, continuariam obrigadas a, por acção ou omissão, velar pela não frustração de danos na esfera do outro ex-contraente. Caso contrário, estariam a atentar contra a boa fé e logo contra as disposições legais que a consagram. No entanto, a querer recorrer-se à boa fé como elemento jurídico material e não apenas como apoio linguístico, deve reconhecer-se que ela carece, para ser aplicada, de concretização” e essa

O primeiro efeito do cumprimento da obrigação é a liberação do devedor e a extinção do direito do credor⁸³¹. Mas nem sempre o cumprimento dá lugar a extinção da relação jurídica, *inter partes*, podendo persistir o cumprimento a ser realizado por um terceiro⁸³². Quando a extinção da relação fiduciária disser respeito apenas ao direito em si, mas não já da relação, consideramos que é uma “extinção subjectiva, ou perda de direito”⁸³³ funcionando entre o fiduciante e o fiduciário; mas se o direito em si não desaparecer e mudar de titular, portanto, para um terceiro em relação as primitivas partes, vai ingressar na esfera jurídica do terceiro. No negócio fiduciário de gestão parece que não é possível, pelas suas específicas características, que um terceiro cumpra com a obrigação no lugar do devedor, uma vez que está intimamente ligada a especial confiança que o fiduciante deposita no fiduciário, por ser seu parente, amigo ou porque é um aceitável profissional com comprovada especialização no mandato que recebeu do fiduciante, para cobrar um crédito, gerir um património com o fim de obter proventos, etc. Já no negócio fiduciário para garantia, tudo indica que é possível que um terceiro pague a dívida do fiduciante, extinguindo o direito real titulado pelo fiduciário, bem como o poder obrigacional a favor do fiduciante, vinculados ao crédito causador da relação fiduciária.

Tendo em atenção o disposto no art. 406º, nº 1, que determina que “o contrato deve ser *pontualmente* cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por *mútuo consentimento dos contraentes* ou nos casos admitidos por lei” (nosso sublinhado), e o facto de que o contrato fiduciário ser um acto jurídico bilateral⁸³⁴, as suas formas de extinção e a validade da mesma ficam, em princípio, na dependência de um mútuo consentimento.

concretização é feita através da mediação de outros princípios: da confiança, da lealdade e da protecção. *Tratado de Direito Civil*, reimp., Vol. IX, Almedina, 2014, pág. 78-79.

⁸³¹ Luís Carvalho Fernandes, *Teoria ...*, ob. cit., pág. 660.

⁸³² É o que ocorre com o contrato de pessoa a nomear, previsto no art. 452º CC. Na verdade, “ (...) no contrato para pessoa a nomear, uma vez efectuada e aceita a nomeação, um dos intervenientes no contrato perde a qualidade de contraente e o terceiro nomeado ao abrigo da cláusula especial passa a figurar como contraente desde a celebração do contrato”. Cfr. Pires de Lima/ Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, 4ª ed. revista e actualizada, Vol. I, 1987, pág. 434.

⁸³³ Carlos da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª ed. com António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2005, pág. 372-377.

⁸³⁴ Nem sempre é assim, pois e como já referimos no ponto sobre a constituição do negócio fiduciário, uma das formas da sua constituição é através do testamento (substituição fideicomissária), que é um negócio jurídico unilateral. No âmbito do *trust* também existem aqueles que são constituídos sem o consentimento do *trustee*, bastando a atribuição da massa patrimonial para determinada finalidade, como acontece naquelas situações em que a estrutura do *trust* (principalmente a indicação do *trustee*) é feita pelo tribunal.

Passemos a visitar outras formas de extinção da relação jurídico-fiduciária para além do cumprimento.

2 - Denúncia

A denúncia é uma forma de extinção dos contratos que pode ser feita de forma livre e unilateral e é mais usado para os contratos de duração indeterminada⁸³⁵. Servem para permitir as partes porem termo aos contratos com duração indefinida, feita através de uma declaração, com uma antecedência razoável, por isso, não vai aqui ser estudada porque o negócio fiduciário não se enquadra nos tipos negociais com duração indefinida. Os negócios fiduciários têm um escopo a realizar e, realizado este fim, regista-se o cumprimento do mesmo e, em consequência, opera-se a sua extinção. O fiduciante ou o fiduciário pode emitir uma declaração anunciando que não pretende dar continuidade do contrato, que poderia ser renovável.

Em alguns casos o poder de denúncia das partes é deixado ao seu livre arbítrio, havendo uma certa liberdade delas decidirem terminar a relação jurídica; noutros casos resulta de um poder vinculado por lei⁸³⁶.

É bom observar no entanto, que as relações fiduciárias manifestadas no *trust*, que não estejam abrangidos pelos *rules against perpetuities*, como é o caso dos *charitable trust*⁸³⁷, podem ter uma vida cuja duração não está limitada convencionalmente e, ao contrário dos *private trust*, os *charitable trust* podem ser perpétuos⁸³⁸.

A temporalidade⁸³⁹ é um elemento caracterizador do negócio fiduciário. Este negócio tende a durar o tempo suficiente para a realização do escopo convencionado. Quando os objectivos não são alcançados o normal é as partes decidirem a renovação ou continuidade da relação contratual. Acontecendo o inverso, a relação complexa, que é a fiduciária, cessa, extinguindo os direitos e deveres das partes.

⁸³⁵ Pedro Romano Martinez, *Da cessação do contrato*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág. 58-66.

⁸³⁶ Antunes Varela, *Obrigações ...*, ob. cit., pág. 281.

⁸³⁷ Veja-se o caso *Le Cras v. Perpetual Trustee Co Ltd*, 1969, 1 Ac 514, Privaty Council, relatado pelos professores J. D. Heydon & P. L. Loughlan, *Cases ...*, ob. cit, pág. 662

⁸³⁸ Roger W. Andersen, *Understanding Trust and Estates*, 3rd ed., New York, LexisNexis, 2003, pág. 114.

⁸³⁹ Paulo Alberto Videira Henriques, *A Desvinculação Unilateral Ad Nutun nos Contratos Civis de Sociedade e de Mandato*, BFDUC, Stvdia Ivridica 54, Coimbra Editora, 2001, pág. 193 e 207-218.

A lei não nos oferece o regime jurídico da denúncia e normalmente é estabelecido pelas partes. Apesar da quase ausência da regulamentação legal. É de se entender que qualquer das partes que decidir denunciar o contrato deve fazê-lo não abusando do poder discricionário que goza e deve minimizar o mais possível os danos que tal decisão pode causar à contra parte. Assim, por exemplo, o fiduciário não deve denunciar o acordo numa altura em que as condições para a distribuição dos rendimentos pelos terceiros indicados pelo fiduciante possa ocorrer; o fiduciante não poderá denunciar o contrato numa altura em que, não tendo pago a dívida, o fiduciário se preparava para vender o bem fiduciado para que, com o seu produto, se pague.

O fiduciante ou o fiduciário que denuncia deve comunicar a outra parte com um espaço temporal razoável. A determinação da razoabilidade depende de cada caso e do circunstancialismo que o rodeia, sendo ilegítima a denúncia feita por surpresa⁸⁴⁰.

3 - A Revogação

Como veremos, a estrutura regulamentar do mandato sem representação é convocada para colmatar a ausência das várias situações fiduciárias em que há transmissão de posição activa de conteúdo patrimonial. Mas as regras constante nas normas constante do instituto do mandato sem representação não bastam para a sua cabal ordenação, sendo necessário que a disciplina jurídica constante a partir do art. 1157º CC. Por isso, vamos nos focar mais nas soluções normativas constantes da revogação do contrato de mandato – art. 1170º.

Nos negócios fiduciários as partes gozam de liberdade de decisão para a sua revogação, bastando uma manifestação de vontade dirigida à contraparte para que a relação fiduciária se extinga; é um verdadeiro *direito potestativo extintivo*⁸⁴¹. É um corolário do princípio da autonomia da vontade, deixando às partes, com observância na lei – nº 1 do art. 406º CC –, a faculdade de pôr termo às relações resultantes do contrato. Assim, mesmo havendo convenção em contrário, fiduciante e fiduciário podem livremente revogar o acordo que os une – art. 1170º, nº 1. No entanto, se o acordo fiduciário definir que o benefício for a favor do fiduciário ou de terceiro, o fiduciário não poderá revogar o contrato sem acordo

⁸⁴⁰ Pais de Vasconcelos, *Teoria ...*, ob. cit., pág. 774.

⁸⁴¹ Manuel Januário da Costa Gomes, *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, Almedina, Coimbra, 1989, pág. 255.

prévio – nº 2. Constitui, neste último caso, um acto bilateral, pois para que a revogação produza os seus efeitos, precisa do consentimento das partes, mas não constitui a regra pois para a revogação do mandato tem “natureza imperiosa”, na medida em que não é permitida a renúncia à faculdade de exercer a revogação⁸⁴². A revogação é discricionária pois (também), dispensa as partes de alegarem um específico fundamento para tomarem tal decisão, sendo de considerá-lo como um contrato extintivo *ad libitum*⁸⁴³.

É importante notar que o acto de criação do acordo tem por base o princípio da autonomia da vontade e este princípio é capaz de servir de fonte para a sua dissolução, constituindo a chamada mútua dissensão, o acordo das partes para terminar uma relação preexistente. A cessação do contrato por livre acordo de vontade das partes faz com que a revogação possa ser utilizada em qualquer fase do contrato e independentemente da modalidade contratual em causa⁸⁴⁴. O importante é que o acordo respeite a lei e seja manifestação de uma vontade ponderada, livre e esclarecida⁸⁴⁵. Factores de origem histórica e a própria lei protegem a vontade das partes para fazer cessar o contrato⁸⁴⁶.

Quando a lei permite, ou quando as partes convencionam, a revogação pode ser unilateral mesmo que o negócio seja bilateral. É o que acontece quando um determinado negócio jurídico tenha sido celebrado por representante (art. 268º, nº 4 CC) e quando o gestor contratar em gestão representativa (art. 471º CC) apenas serão válidos quando o representado e o dono do negócio ratificar o mesmo. A ratificação exerce aqui um papel importante,

⁸⁴² Pires de Lima/ Antunes Varela, *Código Civil ...*, Vol. II, pág. 808 seg.

⁸⁴³ Cfr. Ricardo Nascimento, *Da Cessação do Contrato de Trabalho, Em Especial por Iniciativa do Trabalhador*, Coimbra Editora, 2008, pág. 112.

⁸⁴⁴ É preciso ter atenção ao que ocorre com os negócios unilaterais: se a declaração tenha chegado ao conhecimento do destinatário e por isso se tenha constituído num direito, a revogação não poder ser exercida livremente. Veja-se o que ocorre com a proposta de de contrato (art. 230º) e com o anúncio de concurso público (art. 235º). Para mais detalhes, Pais de Vasconcelos, *Teoria ...*, ob. cit., pág. 771.

⁸⁴⁵ Ricardo Nascimento, *Da cessação ...*, ob. cit., pág. 113.

⁸⁴⁶ No direito romano a revogação era considerada uma das formas de extinção da relação obrigacional – Instituições de Justiniano, 3, 29, 4. Nos primórdios do direito romano a constituição do vínculo obrigacional caracterizava-se pela observância de formalidades muito rígidas e assim, a extinção do referido vínculo apenas era possível se se realizasse um acto igual e contrário ao que lhe dera origem: *o actus contrarius*. Nesta altura, a *solutio* não significava cumprimento da obrigação, mas a extinção do vínculo material que representava a obrigação, o que se obtinha unicamente através do *actus contrarius*, e não com o simples facto de prestação, sem mais formalidades, ter sido executada pelo devedor, alíás, nestes tempos a obrigação vinculava materialmente o corpo do devedor ao credor. José Carlos Moreira Alves, *Direito Romano*, Editora Forense, 15º ed., Rio de Janeiro, 2012, pág. 443. Por sua vez a lei, art. 406º, nº 1 do CC, prescreve que “**o contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes** ou nos casos admitidos na lei”. Está aqui protegida a autonomia da vontade das partes, garantindo a cessação do contrato por mero efeito da vontade das partes.

constitui um acto unilateral que ocorre depois da conclusão do negócio, vindo conferir eficácia ao mesmo pois, de outra forma, o negócio não produziria os seus efeitos⁸⁴⁷. Outra importante característica da revogação é o facto da sua não retroactividade. Ficam, assim, a salvo todos os efeitos produzidos desde a vigência do contrato, ficando sem efeito os que se produziriam no futuro, obrigando o fiduciário a prática de actos de gestão até a extinção definitiva da relação⁸⁴⁸.

Tem-se dividido doutrinamente a revogação entre expressa e tácita. Aquela resulta de disposição do Código Civil, nomeadamente do art. 217º, nº 1, corresponde uma declaração expressa no sentido de extinguir a relação jurídica, e “feita por palavras, escritos ou qualquer outro meio directo de manifestação de vontade”. Esta também resulta daquela disposição legal que determina é tácita “quando se deduz de factos que, com toda a probabilidade, a revelem”. Para o negócio fiduciário parece que a declaração tácita como modalidade de revogação obedece ao princípio da taxatividade. Apenas nos casos em que o fiduciante designa outro fiduciário para a prática dos mesmos actos implica a revogação, sob a condição de que a produção dos efeitos jurídicos da revogação só iniciam com o conhecimento do fiduciário – art. 1171º.

4 – A Caducidade

Como referido quanto a revogação, a caducidade será aqui tratada em função do mandato. Apesar do art. 1174º ter por epígrafe “Casos de caducidade”, a verdade é que não corresponde a existência de uma taxatividade. O fundamento desta conclusão é o facto de que o artigo em referência “não alude, desde logo, ao *decurso do prazo*, quando o mandato tenha sido conferido por tempo indeterminado”. Acresce ainda que o comando normativo também não faz referencia a “verificação de uma condição resolutiva ou a certeza da não verificação da condição suspensiva”⁸⁴⁹, quando é sabido que no negócio fiduciário a ocorrências destas duas situações exercem influência para operacionalizar a caducidade.

⁸⁴⁷ A. Menezes Cordeiro, *Da Confirmação no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 127. Também Maria Helena Brito, *A Representação nos Contratos Internacionais*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 530.

⁸⁴⁸ Manuel Januário da Costa Gomes, *Em Tema de ...*, ob. cit., pág. 267-268.

⁸⁴⁹ Manuel Januário da Costa Gomes, *Em Tema de ...*, ob. cit., pág. 29. Também Pires de Lima/ Antunes Varela, *Código ...*, Vol. II, ob. cit., 817, afirmam ser “evidente que o art. 1174º não pretende enumerar todas as causas de caducidade do mandato, mas apenas aquelas que têm regime especial dentro deste contrato. Além destas, são

O artigo em análise anuncia, em primeiro lugar, a caducidade por morte do mandante ou do mandatário, bem como por interdição de qualquer uma das partes ou inabilitação do mandante. Nem toda a relação por conta de outrem, nomeadamente a de mandante/mandatário e a de fiduciante/fiduciário é estabelecida por um vínculo de carácter pessoal, havendo algumas em que o, por morte do mandante os herdeiros têm todo o interesse na continuidade da relação jurídica⁸⁵⁰. Configure-se por exemplo, que **A** transmite a **B** o direito sobre determinados bens com o fim de que este os administre com o objectivo dos seus lucros serem distribuídos aos filhos dos seus empregados. Os herdeiros de **A** podem, porque estão de acordo com os objectivos fiduciariamente perseguidos ou por simples respeito pela vontade do *de cuius*, decidir a continuidade daquela relação, mantendo em *exercício* o mesmo mandatário. E é assim porque, como a morte e a interdição do fiduciante apenas opera os seus efeitos a partir do momento em que é conhecida pelo fiduciário – art. 1175º, nº 2 – e os actos praticados por este entre a morte e o início da eficácia da caducidade, “vinculam os herdeiros, nos mesmos termos em que o vinculariam antes da própria morte ocorrer”⁸⁵¹.

Ocorrendo a morte, interdição ou inabilitação do mandante, e tendo um destes factos chegado ao conhecimento do mandatário a caducidade produz os seus efeitos, excepto naqueles casos em que o mandato é também no interesse do mandatário ou de terceiros, como por exemplo nos casos da *fiducia cum creditore*, em que a transmissão do direito sobre a propriedade de um bem serve para a garantia de um crédito, ficando salvaguardados os interesses do fiduciante (a obtenção do crédito) e do fiduciário (a garantia de poder se pagar em caso de inadimplemento do fiduciante), ou na *fiducia cum amico* como ocorre na substituição fideicomissária, onde a transmissão de uma massa de bens ou direitos é entregue ao fiduciário para que depois da morte do fiduciante aquele transfira os mesmos ao fideicomissário. Neste último caso a morte é o evento necessário para fazer despoletar a

ainda aplicáveis ao mandato, com as necessárias acomodações, as causas de caducidade (verificação do termo, da condição resolutiva, etc.), a que o contrato esteja sujeito, bem como a nulidade, anulabilidade, resolução, etc., referidas ao negócio jurídico”.

⁸⁵⁰ Manuel Januário da Costa Gomes, *Em Tema ...*, ob. cit., pág. 32.

⁸⁵¹ Manuel Januário da Costa Gomes, *Em Tema ...*, ob. cit., pág. 33 seg. Além da razão invocada em texto, Pires de Lima/Antunes Varela entendem que “a caducidade do mandato não importa a inaplicabilidade do disposto no nº 2 do artigo 1170º. Havendo justa causa, o herdeiro do mandante, o tutor, ou o mandante assistido do curador podem revogar o mandato. (...) O mandato não cai como efeito imediato da morte, interdição ou inabilitação do mandante – e neste ponto se tutela em termos razoáveis o interesse do mandatário ou de terceiro –; mas os herdeiros do mandante (...) podem revogar o mandato, ocorrendo justa causa – e neste aspecto se acautelam também os legítimos interesses deste contraente”, *Código ...*, Vol. II, ob. cit., pág. 818.819.

transferência dos bens ou do direito do fiduciário para o(s) fideicomissário(s), que pode também ser considerado como *mandatum post mortem exequendum*, na medida em que o fiduciante (testador) acorda com o fiduciário a conservação (administração) da herança, para que por morte dele se reverta a favor de um terceiro beneficiário (fideicomissário).

Constatada as causas de caducidade enumeradas, a actividade do fiduciário não deve cessar. Com vista a salvaguarda de interesses juridicamente tuteláveis, e na base do princípio geral das obrigações constante no art. 762º, nº 2 CC – princípio da boa fé –, o fiduciário deve tomar todas as providências tendentes a levar ao conhecimento dos herdeiros do fiduciante sobre a existente do negócio e o seu conteúdo, para que eles decidam a sorte a dar a relação jurídico-fiduciária. Corresponde também ao exercício do dever de actuar com diligência assegurando que os resultados obtidos na execução do contrato em vida do fiduciante não pereçam e que a continuidade da produção dos efeitos jurídicos convencionados não fiquem afectados⁸⁵², ficando salvaguardado o “escopo contratual”⁸⁵³.

Invertendo os papeis, por morte ou interdição do mandatário a caducidade opera automaticamente, com ou sem conhecimento do mandante – art. 1174º al. a) e 1176º CC. Desaparecendo o executor do mandato e porque actuava em nome próprio, em princípio, fica-se sem saber a situação em que se encontram os bens ou direitos transferidos e adquiridos em consequência da execução. Para acautelar ou minimizar estragos, o art. 1176º, nº 1 impõe a obrigação dos herdeiros devem prevenir o fiduciante e tomar todas as providências adequadas, até que o próprio fiduciante esteja em condições de tomar as medidas adequadas para não haver danos com o desaparecimento do fiduciário. Estas medidas decorrem dos deveres que os herdeiros estão legalmente obrigados a cumprir, não correspondem a uma herança, o legislador pretendeu apenas proteger os efeitos jurídicos já produzidos e prevenir que, com a morte ou inabilitação do executor do negócio fiduciário, possa haver prejuízos nos interesses dos fiduciante⁸⁵⁴.

⁸⁵² É o que Menezes Cordeiro chamada de pós-eficácia das obrigações, *Da pós-eficácia das obrigações*, Lisboa, 1984, 7 seg.

⁸⁵³ Menezes Cordeiro, *Tratado do ...*, Vol. IX, ob. cit., pág. 79 e 84 seg.

⁸⁵⁴ Menezes Cordeiro, *Da pós ...*, ob. cit., pág. 20.

5 - A Resolução

A resolução, ou rescisão, como também é tratada, só é admitida por lei ou por convenção – art. 432º, nº 1 –, e por isso, é condicionada. Ela visa o “regressar” ao seu primitivo *status quo ante contractum*, pois havendo a necessidade de recuperação ou restituição eventual de um efeito liberatório, quando haja prestações cumpridas, pode ser invocada⁸⁵⁵. Quando invocada, deve ser demonstrada e fundamentada a tomada da decisão. Diferentemente da revogação, a resolução tem eficácia retroactiva, pois dá por extinto, *ab initio*, os efeitos jurídicos produzidos desde a vigência do contrato⁸⁵⁶. Há excepções a este regime: a) se as partes acordarem de forma diferente e b) se o fim do contrato em concreto determinar a não retroactividade – art. 434º, nos contratos em que apenas são abrangidas as prestações já efectuadas – art. 434º, nº 2, como é o caso dos contratos de execução continuada ou periódica e, por último, no que diz respeito a terceiros, pois a resolução não afecta os direitos adquiridos, salvo se se tratar de bens sujeitos a registo e o registo da acção de resolução for anterior a esses direitos – art. 435º⁸⁵⁷.

Porque é exigível razão fundamentada da desvinculação contratual, a resolução pode ser legal ou convencional. Esta está ancorada no já citado princípio da liberdade contratual, sendo os termos do acordo a configuração das várias fisionomias que pode apresentar. Já a resolução legal apresenta-se naqueles casos tipifica na lei, como nas situações de incumprimento do estabelecido no contrato (art. 790º CC), pela impossibilidade da prestação (art. 801º e 802º CC) e na quebra do equilíbrio contratual, o que significa que a prestação devida por uma parte se tornou excessivamente onerosa⁸⁵⁸.

Nos negócios fiduciários, pelo facto de ser um contrato com um fim determinado, temporário ou resolutivo, parece não poder funcionar a resolução.

⁸⁵⁵ Catarina Monteiro Pires, “A prestação restitutória em valor na resolução do contrato por incumprimento”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Telles*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 703 – 722.

⁸⁵⁶ Mário Júlio de Almeida e Costa, *Direito ...*, ob. cit., pág. 285.

⁸⁵⁷ Mário Júlio de Almeida e Costa, *Direito ...*, ob. cit., pág. 287.

⁸⁵⁸ Cfr. Enzo Rappo, *O Contrato*, trad. de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 254.

6 - Outras formas de extinção

I. Dentro do quadro da extinção da relação obrigacional que a doutrina tradicional vem apontando, podemos trazer para a discussão do negócio fiduciário para garantia, para além do cumprimento, a dação em cumprimento cuja realização ocorre quando a prestação de coisa diversa da que for devida, mesmo que seja de valor superior ao crédito, exonera o devedor com a condição do credor dar o seu assentimento – art. 837º CC⁸⁵⁹. A concordância do credor deve estar em linha com a aceitação da prestação diversa da devida e o efeito imediato da extinção da dívida, sendo esta última de capital importância, pois possibilita distinguir com alguma precisão da *datio pro solvendo*. Nestes termos, a dação em cumprimento pode consistir na entrega de dinheiro como coisa diversa da prestação devida, como pode ser a entrega de determinada coisa no lugar da prestação pecuniária. No caso da coisa ou direito prestado oferecer vício, o credor estará protegido com uma garantia nos termos da compra e venda; no entanto, se esta solução não for satisfatória para o credor, este pode optar pela prestação primitiva cumulativamente com a reparação dos danos sofridos – art. 838º CC⁸⁶⁰. Se por alguma causa imputável ao credor a dação for declarada nula, as garantias prestadas por terceiro ficam sem efeito, salvo se este conhecia o vício na data em que tomou conhecimento da dação – art. 839º CC. Pode acontecer que o devedor não pretende extinguir o crédito, mas apenas facilitar ao credor a satisfação do seu crédito. Nestes casos a satisfação será exitosa e, por conseguinte, extinta a relação creditícia, se esta disponibilidade do devedor for capaz de cobrir a prestação devida – art. 840º CC. A dação em função do cumprimento constitui, nas palavras de Vaz Serra, “um mandato conferido pelo devedor ao credor para liquidar a coisa ou o crédito dado *pro solvendo*”⁸⁶¹.

⁸⁵⁹ Pires de Lima/ Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, 4ª ed. revista e actualizada, Vol. II, Coimbra Editora, 1997, anotação ao art. 837º, ensinam que “ a dação em cumprimento (*datio in solutum*), que é uma das formas possíveis de satisfação do direito do credor (cfr. art. 523º), distingue-se da dação em função do cumprimento (*datio pro solvendo*), regulada no art. 840º; no primeiro caso, o devedor pretende, com a prestação diversa da devida, extinguir imediatamente a obrigação, ao passo que, no segundo, pretende apenas facilitar o cumprimento, fornecendo ao credor os meios necessários para este obter a satisfação futura do seu crédito”.

⁸⁶⁰ Pires de Lima/ Antunes Varela, *Código ...*, ob. cit., anotação ao art. 838º, explicam que “a remissão feita para as normas da compra e venda é explicada pelos autores através do carácter de contrato oneroso que reveste a *datio in solutum*. Entrega-se ou dá-se a coisa (*latu sensu*) em troca (da extinção) do crédito. Dada, porém, a função substitutiva da *datio*, concede-se ao credor, quando haja vícios da coisa ou do crédito transmitido, a faculdade de optar pela prestação inicial que renasce como consequência da resolução do contrato”

⁸⁶¹ “Dação em função de cumprimento e dação em cumprimento”, *BMJ*, nº 39, pág. 25 e seg.

II. Pode acontecer que o credor decida remir a dívida por contrato com o devedor – art. 863º, nº 1 CC. Se a remissão revestir a forma de liberalidade entre vivos, é tomada como doação e segue o seu regime jurídico. Sendo a remissão feita através de contrato, ela obedece aos requisitos relativos ao objecto (art. 280º CC) e relativos às declarações negociais (art. 217º e 218º CC). Da interpretação ao nº 2 do art. 863º, podemos extrair desta norma duas modalidades da remissão: segundo a letra da norma, quando o credor efectuar ao devedor uma liberalidade, a remissão é havida por doação, mas quando o credor pretender renunciar ao acordo entre ele e o seu devedor, não para o beneficiar mas por qualquer outra razão apenas apagar a totalidade do seu crédito ou parte dele. As regras da dação não são aplicáveis nestes casos, mas mesmo assim será sempre necessário o assentimento do devedor, por força da natureza contratual da remissão⁸⁶².

III. A consignação em depósito ocorre quando, sem culpa sua, o devedor não puder efectuar a prestação ou não puder fazê-lo com segurança, por qualquer motivo relativo à pessoa do credor e quando o credor estiver em mora, pode livrar-se da obrigação mediante depósito da coisa devida – art. 841º CC. A consignação configura um contrato de depósito e a sua efectivação tem o concurso do código processual civil, na parte relativa a nomeação de um depositário, conforme o disposto no art. 1024º, CPC. Assim, o depósito é efectuado através de um processo judicial o que leva a que a aceitação do depósito pelo credor seja feita no processo. Ora, nos negócios fiduciários cum creditore, o próprio devedor fiduciante entrega ao credor fiduciário os bens em garantia da sua dívida não se colocando as condições para que haja a consignação. O credor fiduciante nunca estará em mora, pois está na posse dos bens garantidos à espera que o devedor fiduciante realize a prestação devida. Depois, mesmo que a prestação não puder ser realizada sem culpa do devedor fiduciante ou não puder ser realizada com segurança, por qualquer motivo relativo à pessoa do credor fiduciário, a consignação em depósito não poderá ser realizada uma vez que, primeiro, o credor fiduciário tem em seu poder um bem em garantia que poderá aliená-lo e saldar o seu crédito, depois, mesmo que não haja culpa na falta de cumprimento por parte do devedor fiduciante, este nunca poderá fazer o depósito, pois o credor fiduciário terá mais interesse em ser ele mesmo a executar, alienando,

⁸⁶² Pires de Lima/ Antunes Varela, *Código ...*, *ob. cit.*, anotação ao artº 863º.

os bens em sua propriedade plena e exclusiva, afectado exactamente para que a prestação seja realizada.

IV. De seguida falaremos da compensação – art. 847º CC – que nos termos gerais extingue simultaneamente duas relações contratuais, sendo o credor de uma delas devedora na outra e o credor desta devedora na primeira. É um mecanismo de «poupança de esforços», de economia do processo do cumprimento contratual pois, havendo reciprocidade nas posições creditícias, é justo que esse “encontro de contas” não leve a realizar de forma separada a prestação devida, mas fazer com que um crédito se extinga por força da existência de outro crédito contra o anterior titular. Esta forma de extinção não é igualmente extensível ao negócio fiduciário. A norma que regula a compensação estabelece requisitos para que ela seja válida: a) ser o crédito exigível judicialmente e não proceder contra ele excepção, peremptória ou dilatória, de direito material, e b) terem as duas obrigações por objecto coisas fungíveis da mesma espécie e qualidade. Assim, quando o fiduciário recebe em garantia um bem do fiduciante é, de certeza, porque aquele não era devedor deste, não sendo possível haver reciprocidade de posições contratuais, acabando por ser dispensável abordar os requisitos para a existência da compensação.

V. A propriedade transferida do fiduciante para o fiduciário e que sendo plena e exclusiva (mas temporária) visa garantir o crédito que o fiduciário tem sobre o fiduciante, apesar de ser temporário, não está sujeita a prescrição (enquanto excepção peremptória), o que afectaria gravemente o seu conteúdo, quais sejam o gozo pleno e exclusivo dos direitos de uso, fruição e disposição das coisas que lhe pertencem – art. 1306º CC. Na relação fiduciária o credor fiduciário tem o poder, sempre que o devedor fiduciante não cumpra com a sua obrigação creditícia, de alienar os bens em seu poder para se fazer pagar e assim satisfazer o seu crédito, assim não faria sentido nenhum que o direito de propriedade que o fiduciário tem sobre o bem dado em fidúcia pudesse prescrever decorrido certo prazo peremptório. A propriedade fiduciária é temporária, não neste sentido mas no sentido de prevalecer na esfera do fiduciário até que a dívida do fiduciante sobre ele seja saldada.

VI. Não vamos fazer referência a consignação em depósito, a compensação e a novação, mas importa referir outras formas de extinção do negócio fiduciário. Desde logo a declaração de nulidade do acto constitutivo – art. 286º CC. As nulidades operam *ipso iuris*, pois não é necessário para a sua verificação uma acção específica e podem ser declaradas *ex officio* pelo tribunal, apesar de não ter poder idêntico quanto aos efeitos do negócio nulo⁸⁶³; assim os negócios fiduciários são invocadas por qualquer pessoa interessada, sendo que o tempo e a confirmação não são impedimento para que sejam invocadas⁸⁶⁴. Compreende-se que o negócio nulo dê lugar à sua extinção. Pode ocorrer também por mútuo acordo entre fiduciante e fiduciário, sem prejuízo dos direitos do fiduciário, se os houver, nas situações em que o fiduciário seja um profissional remunerado ou quando haja realizados despesa para cumprimento do estipulado no pactum. Por morte do fiduciante ou do beneficiário e este acontecimento tenha sido registado no acto constitutivo como causa de extinção, pois os herdeiros do fiduciante ou do beneficiário podem “ocupar” os respectivos lugares – art. 2032º CC. Por fim podemos invocar a impossibilidade de poder realizar-se o fim convencionado entre as partes. Sendo a impossibilidade imputada ao fiduciante, sendo que a obrigação tem por fonte um contrato bilateral, independentemente de indemnização, pode o fiduciante resolver o contrato e, se a prestação já tiver sido realizada, exigir a sua restituição – art. 801º CC.

⁸⁶³ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 30 de Outubro de 1973, *BMJ*, nº 230º-103.

⁸⁶⁴ Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, reimp., Coimbra, 1992, pág. 413-419.

CAPÍTULO V

MODALIDADE DOS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS

1 - O negócio fiduciário para garantia

I. No negócio fiduciário para garantia, também chamado pelos Romanos *fiducia cum creditore*, foi, provavelmente, o primeiro contrato de garantia real conhecido pelos romanos onde o direito transmitido exercia uma função de garantia de uma obrigação. Originariamente, a *fiducia cum creditore* tinha como objecto a *res Mancipi*⁸⁶⁵ e não a *res nec Mancipi* pela importância social que aquelas tinham sobre os outros bens e estavam definidas graças a limitação da *mancipatio* “à transferência do domínio sobre a *res Mancipi*”⁸⁶⁶.

Nos registos históricos, consta que surgiu do século IV. a. C, tendo sido, quase nove séculos depois, substituído pelo *pignus*. Era uma figura muito utilizada e, através dela, ocorria uma transferência do fiduciante para o fiduciário credor, uma *res Mancipi* por *mancipatio* ou *in iure cessio* por intermédio de um *pactum fiduciae* a ela unido que o fiduciário devolverá por *remancipatio* ou *in re cessio* no momento da satisfação do crédito garantido.

II. Há informações de que até ao ano de 326 a.C. a *Lei Poetelia Papiria* passou a tratar o património como garantia geral dos credores. A história nos oferece dados de que até àquele ano o devedor respondia com a sua liberdade às suas obrigações, através do mecanismo do *manus iniectio*. A indicada *Poetelia Papiria* deu um outro sentido ao *manus iniectio* porque os plebeus devedores revoltaram-se criando fortes problemas sociais, o que levou à abolição do fim penal da *manus iniectio* proibindo-se a morte, a detenção ou a venda do devedor insolvente⁸⁶⁷. Ficando privados dos meios que asseguravam melhor o pagamento dos seus créditos, os credores tiveram que desenhar novas formas que lhes permitissem garantir o cumprimento das obrigações dos devedores e assim surgiu a figura através da qual os devedores transmitiam a sua propriedade (não de todos os bens mas apenas de alguns deles)

⁸⁶⁵ Luís Miguel P. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 187.

⁸⁶⁶ *Idem*, pág. 193.

⁸⁶⁷ Pedro Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, Editorial Réus, Madrid, 1965, pág. 155-156.

para os credores com a obrigação de que, depois de satisfeita a obrigação, a propriedade seria retransmitida ao devedor. A figura criada garantia que o credor podia ficar definitivamente com o bem e assim pagar o seu crédito. Todavia, poderia acontecer que o bem dado em garantia tivesse um valor superior ao valor da dívida. Se o credor alienasse o bem antes da dívida vencer era justo que o devedor reclamasse junto do terceiro adquirente o remanescente ou fosse indemnizado. Esta situação passou a facilitar comportamentos de infidelidade dos credores, o que levou o Pretor a pôr em vigência a *Actio Fiducia*, que era uma acção considerada infame e era convocada quando o carácter legal da fiducia era posta em dúvida e assim era possível recuperar o bem ou, pelo menos, conseguir ser indemnizado. A partir do momento em que o Direito passou a tutelar da fiducia esta acção passou a designar-se *Actio Bonae Fidei*⁸⁶⁸.

III. Na verdade, este negócio faz parte de um outro negócio mais amplo, e por vezes mais complexo, de que é parte integrante. O que acontece na *fiducia cum creditore* é a transferência plena e exclusiva de um direito de propriedade do fiduciante para o fiduciário no sentido de garantir um crédito que este tem sobre aquele. A retransmissão do direito ocorre quando o crédito garantido estivesse satisfeito⁸⁶⁹. Cumprida a obrigação, a titularidade do fiduciário sobre o direito transmitido cessava devendo ser (re)transmitido ao fiduciante.

Nesta modalidade fiduciária não há um dever primário ou principal de administração dos direitos transmitidos da parte do fiduciário, como veremos mais adiante. No entanto, não deixa de haver, da parte de quem recebe os direitos com o fim de garantia, o dever de ter de tomar todas as medidas necessárias para não deixar o referido património baixar o seu valor.

Quando uma relação fiduciária é construída para fins de garantia, ela pode ser reconduzível ao negócio fiduciário no interesse do fiduciário, mas como nos negócios desta natureza o fiduciário tem sempre obrigações gestórias, os frutos dos bens objecto do negócio são do fiduciário⁸⁷⁰.

⁸⁶⁸ Pedro Bonfante, *Instituciones ...*, ob. cit., pág. 164.

⁸⁶⁹ António Alberto Vieira Cura, *Fiducia cum creditore (Aspectos gerais)*, Separata do volume XXXIV do Suplemento do BFDUC, Coimbra, 1990, pág. 148, ensina que “ a *fiducia cum creditore* traduzia-se na transferência da propriedade de uma *res mancipi* do devedor ou de um terceiro (fiduciante) para o credor (fiduciário), que ficava obrigado a restituí-la ao garante quando se verificasse a satisfação do crédito garantido”.

⁸⁷⁰ É uma tese defendida na Alemanha. Cfr. J. Gernhuber, “Die fiduziarische Treuhand”, *JuS*, 1988, pág. 355 seg.

2 - O negócio fiduciário para administração

O negócio fiduciário para administração, que os romanos chamaram *fiducia cum amico*, serve para o fiduciário administrar e depois retransmitir o direito ao fiduciante ou a um terceiro. Na verdade, o negócio fiduciário para administração tem um âmbito mais alargado do que o termo administração sugere. Serve também para efectuar cobranças ou para adquirir um direito, e outros fins que a vontade das partes determinar ou a lei permitir, bem como pode servir para satisfazer interesse de terceiro. Quando a gestão visa a aquisição ou alienação de um bem, ela é acessória, já que o fim principal visado é a aquisição, seguida da retransmissão do bem ao fiduciante ou a sua alienação e retransmissão do seu produto ao fiduciante ou a terceiro. Os casos que podemos indicar e que são admitidos pelo ordenamento jurídico são a substituição fideicomissária, a intermediação financeira, a gestão de fundos, a gestão de patrimónios.

3 - O negócio fiduciário aberto e o negocio fiduciário oculto

Quando o fiduciário exerce os seus direitos e assume as suas obrigações de forma pública, não obstaculizando o conhecimento do carácter fiduciário da transmissão, estamos perante o negócio fiduciário aberto. A publicidade aqui referida não significa que tem de ser de conhecimento generalizado. Basta que um terceiro, nos casos em que este é o destinatário final da transmissão fiduciária do direito, tenha conhecimento da existência da titularidade fiduciária do direito⁸⁷¹. No negócio fiduciário oculto apenas o fiduciante e o fiduciário conhecem a existência do negócio.

Logo se vê que o conhecimento restrito não é sinónimo de segredo. O conhecimento da existência do negócio tem mais a ver com o número e qualidade das pessoas que devam tomar contacto com a existência do negócio fiduciário. Até porque no mais apertado significado, segredo é a coisa que se não deve dizer ou não deve ser de conhecimento de outrem; coisa que não se divulga⁸⁷².

⁸⁷¹ Luís Miguel D. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão...*, ob. cit., pág. 52.

⁸⁷² Pestana de Vasconcelos considerou que a distinção entre negócio fiduciário em aberto e oculto tem muita relevância na doutrina alemã, pois, é determinante para a responsabilização de terceiro que tenha adquirido do fiduciário um direito, mas que venha a violar a sua obrigação perante o fiduciante. Ob. cit., pág. 53.

4 - O negócio fiduciário directo e negócio fiduciário indirecto

É entendimento generalizado que hoje o negócio fiduciário é fonte, ou base, para a realização de outros negócios. Ou seja, as partes utilizam a estrutura do negócio fiduciário e a partir dele procuram realizar um outro contrato⁸⁷³, como é o caso da cessão de créditos em garantia⁸⁷⁴. Esta estrutura é mais evidente quando o acordo entre o fiduciante e o fiduciário visa a garantia de um crédito através da aquisição de um direito de um terceiro e depois de realizada a prestação creditória, retransmite ao fiduciante. Assim, haverá negócio fiduciário indirecto quando a transmissão fiduciária do direito envolve um terceiro. Pelo contrário, será negócio fiduciário directo quando a posição do fiduciário não está na dependência da celebração de outro negócio que envolva um terceiro.

5 - O negócio fiduciário no interesse do fiduciante, do fiduciário ou de terceiro

Esta classificação é seguida por Pedro Pais de Vasconcelos⁸⁷⁵, que tem como critério distintivo a diferença entre *fiducia* para garantia e *fiducia* para administração. Assim, se o negócio fiduciário for para garantia o interesse protegido é do fiduciário. Já o negócio fiduciário para administração pode ser do interesse do fiduciante, desde que seja sem remuneração do fiduciário, *fiducia* altruísta, portanto. Havendo remuneração do fiduciário, o negócio fiduciário é do interesse do fiduciante e do fiduciário. Pode suceder que fiduciante e fiduciário acordam que este último vai adquirir um direito ou administrá-lo com o único fim de transmiti-lo a um terceiro, como naquelas situações de prodigalidade ou inexperiência em que o fiduciante decide não transferir a propriedade ao beneficiário, preferindo que o fiduciário o administre até que os sinais de prodigalidade ou inexperiência desapareçam⁸⁷⁶. Aqui estaremos a proteger o interesse de um terceiro beneficiário.

⁸⁷³ Como são os casos das diversas modalidades e tipos de *trust*, entre outros.

⁸⁷⁴ Pestana de Vasconcelos, *A cessão ...*, ob. cit., pág. 18 seg.

⁸⁷⁵ *Ob. cit.*, pag. 262.

⁸⁷⁶ Daí a ideia de que os negócios fiduciários não podem estar tipificados na lei e devem ser considerados um mecanismo contratual maleável. Cfr. P. Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos*, Almedina, Coimbra, 1995, pág. e *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed. Almedina, Coimbra, 2003, pág. 478 e 484.

6 - Negócio fiduciário altruísta e negocio fiduciário egoísta

Esta diferenciação é colocada pela doutrina italiana⁸⁷⁷, seguida em Espanha⁸⁷⁸ e Alemanha⁸⁷⁹. Seria o equivalente ao negócio fiduciário para administração e negócio fiduciário para garantia. O negócio altruísta seria aquele em que o fiduciário receberia um bem do fiduciante ou ocupava uma posição jurídica com o único propósito de administração. Significa que o fiduciante não tem interesse pessoal nenhum no exercício da função. Já na *fiducia* egoísta, a transmissão opera-se com o intuito de tutelar a posição creditícia do fiduciário. O fiduciário tem interesse em ver na sua esfera patrimonial o bem do fiduciante para que estejam garantidas as obrigações resultantes do crédito que o fiduciário concedeu ao fiduciante, comprometendo-se a retransmiti-las assim que o crédito seja totalmente reembolsado.

7 - Negócios fiduciários próprios e negócios fiduciários impróprios

Esta diferenciação foi colocada pela doutrina brasileira para responder à controvérsia sobre a existência ou não dos tipos fiduciários criados pelo legislador, se correspondem ou não a uma modalidade ou espécie de negócio fiduciário⁸⁸⁰. Assim, seriam negócios fiduciários próprios os que eram elaborados a partir da autonomia privada. Por outro lado, os negócios fiduciários impróprios são aqueles tipos legais introduzidos pelo legislador.

⁸⁷⁷ Cesare Grasseti, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giurídico*, 34 *RDComm*, 1936, pág. 349. Este autor defende que a distinção em causa deve ter por fundamento a confiança que o fiduciante deposita no fiduciário; pensa que apenas na relação cum amico é possível ser estabelecida um pacto de confiança e, por isso, a *fiducia cum creditore* seria uma figura impura.

⁸⁷⁸ Cámara Lapuente, “Operaciones fiduciarias o trusts en Derecho español”, *RCDI*, 1999, 1791, considerou a distinção entre *fiducia* pura ou altruísta (*fiducia cum amico*) e *fiducia* impura ou egoísta (*fiducia cum creditore*). Jordano Barea, “El negocio fiduciario (Introducción)”, *RDP*, 1958, pág. 215, não abraça esta tese e propõe um entendimento que seja capaz de unificar as duas formas de *fiducia*, entende que o negócio fiduciário, seja *cum amico* seja *cum creditore*, existem na base da confiança. Em cada uma destas modalidades fiduciárias, o fiduciante confiança que o fiduciário cumprirá o pactum, não abusando do poder que lhe foi outorgado através da titularidade fiduciária – cfr. Sapena Tomás, “Actualidad de la ‘fiducia cum creditore’ (Problemas de la *carta de gracia*)”, *RDN*, 1957, nº 2, pág. 166 seg.

⁸⁷⁹ Rumpf, “Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäft”, in *AcP*, 1921, pág. 134 seg. Seguindo um critério baseado na confiança considera que os negócios fiduciários puros ou genuínos são a *fiducia cum amico* porque nestes a relação de confiança é mais acentuada.

⁸⁸⁰ Orlando Gomes, *Alienação fiduciária em garantia*, 4ª ed., revista e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975, pág. 76-77.

PARTE III

CAPÍTULO XII

ADMISSIBILIDADE DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO PORTUGUÊS

1- Breve retrospectiva

I. Não foi pacífica a admissibilidade do negócio fiduciário na doutrina e jurisprudência portuguesa. Os dois expoentes da negação foram Beleza dos Santos⁸⁸¹ e Manuel de Andrade⁸⁸².

⁸⁸¹ Beleza dos Santos negou a sua vigência no direito português, tendo afirmado que "...a estrutura do acto fiduciário não é compatível com o sistema do nosso direito. O pacto fiduciário é uma cláusula legalmente impossível, dada a sua incompatibilidade com a estrutura jurídica da convenção positiva pela qual se transmitiu o direito real ou de crédito". Mais adiante acrescenta que "o pacto fiduciário é uma cláusula de importância primacial na determinação do acto jurídico, representa, segundo a vontade das partes, uma limitação necessária; se não fosse a garantia que o pacto fiduciário dá ou pode dar ao transmitente, nunca o acto positivo de transmissão teria sido realizado por este. Logo, se esse pacto negativo é nulo, nulo deve ser todo acto jurídico realizado". Referindo-se e criticando os exemplos que a doutrina apresentava para fundamentar a admissibilidade dos negócios fiduciários na ordem jurídica portuguesa no início do século passado, Beleza dos Santos argumentava que o Código Civil proibia a venda a retro e não admitia que se estipulasse uma cláusula em que o vendedor poderia desfazer-se do contrato e recobrar a coisa vendida, restituindo o preço; conclui dizendo que a "cláusula da retro venda é legalmente impossível no nosso direito e produz a nulidade do contrato (...)". Igualmente defendeu a não admissibilidade da cessão para garantia com o fundamento de que "com a cessão não se tem em vista propriamente a alienação de um crédito, mas uma garantia, e, sendo assim, a estrutura jurídica do acto está em completa desarmonia com a sua causa real", a) porque segundo a intenção das partes, o cessionário não poderá utilizar, do crédito senão para garantir o que supõe um acto de simulação jurídica; b) diferente, que a lei regula de uma maneira diversa – o penhor - que pode recair sobre créditos (Código Civil, artigo 857º). No entanto Beleza dos Santos admite que "nem sempre, porém os princípios expostos se aplicam inteiramente, havendo no direito testamentário disposições especiais a que devem atender-se. É muito antiga a separação entre os "actos fiduciários na instituição dos herdeiros ou legatários sendo vulgaríssimo na idade média e utilizados pelos testadores para beneficiar obras pias ou pessoas a favor de quem não queriam directamente dispor". José Beleza dos Santos, *A Simulação em Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1921, pág. 125 seg.

⁸⁸² *Teoria Geral da Relação Jurídica*, 3ª reimpr., Vol. II, Almedina, Coimbra, 1972, pág. 177-178. Este autor considera que 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 exercer o seu direito em vista de uma certa finalidade". Mesmo com essa definição o Professor Coimbra considera que a ordem jurídica não reconhece validade destes negócios. Para ele "não sendo válidos entre nós, portanto, os negócios fiduciários, segue-se que os interessados, para realizarem objectivos semelhantes àqueles que seriam atingidos mediante esses negócios, terão de utilizar – sempre ou quase sempre – a simulação, fingindo concluir algum dos negócios translativos causais previstos na lei (venda, doação, etc.). Particularmente quanto à transmissão fiduciária com escopo de garantia, deve ponderar-se que a necessidade para o credor de recorrer ao

Os tribunais também demoraram e não foi igualmente pacífica a sua aceitação geral, tendo sido inequívoca a partir de década de noventa do século passado⁸⁸³, mas com a doutrina as dificuldades foram menores⁸⁸⁴ e muito rapidamente a inércia que abraçava a doutrina desprende-se e hoje é unânime a sua admissibilidade. Os pontos que marcavam a rejeição da *fiducia*, além da clara diferenciação da vigência do Código de Seabra – que sustentava as posições defendidas na época com exceção de Jordano – e a entrada em vigor do Código de 1966 – que constituiu o terreno mais fértil para os defensores da admissibilidade do negócio fiduciário prosperarem –, foram os seguintes:

procedimento judicial (Cfr. todavia, em relação ao penhor, o art. 864º) constitui uma exigência imperativa da lei, ditada para salvaguarda do próprio devedor e dos outros credores”, pág. 178.

⁸⁸³ Podemos referenciar as decisões que eram contra a aceitação do negócio fiduciário: Ac. *STJ* de 4 de Maio de 1956 (Lencastre da Veiga), 56 *BMJ*, 1956, pág. 342-345 e Ac. *STJ* de 5 de Novembro de 1963 (Arlindo Marques), 131 *BMJ*, 1963, pág. 361-368. No grupo dos arestos que admitem o negócio fiduciário destacamos: Ac. RL de 04 de 02 de 1999, Ac. RL, de 22 de Abril de 1999, Ac. RP de 11 de Abril de 2006, Ac. *STJ* de 11 de Maio de 2006, Ac. RE, de 15 de Dezembro de 2009, Ac. RP de 04 de Novembro de 2002, Ac. RP de 05 de Outubro de 2011. O Acórdão do Tribunal da Relação do Porto recaído no processo nº JTRP00033395, de 11 de Abril de 2002, em sumário expressou-se da seguinte forma: “I – Os negócios fiduciários são legalmente admissíveis com base no princípio da liberdade contratual. II – Nesses negócios, o bem é transmitido ao fiduciário para que o guarde e administre, no interesse do fiduciante ou de terceiro, e, passado o tempo convencionado, o restitua ao fiduciante ou o entregue a outra pessoa. III – A fidúcia tem natureza próxima da promessa de cumprimento e a sua tutela pode operar-se através da execução específica da obrigação assumida”. Consultado em www.dgsi.pt a 07 de Junho de 2014.

⁸⁸⁴ Veja-se na doutrina, entre outros, João-Baptista Jordano, *Mandato para alienar*, 6, RDES, 1951, pág. 195-254, 229-240 (considerada a primeira obra que fez referências de admissibilidade da figura no ordenamento português), A. Vaz Serra, «Cessão de créditos ou de outros direitos», *BMJ*, Numero Especial I, 1955, pág. 146 seg; Castro Mendes, *Direito Civil (teoria geral)*, Vol. II, Lisboa, 1979, pág. 167; Pedro Pais de Vasconcelos, *Em tema de negócio fiduciário*, policopiado, Faculdade de Direito de Lisboa, 1985, no discorrer da obra e mais recentemente, *Contratos Atípicos*, 2ª ed., Coimbra Almedina, 2009, pág. 281 seg.; Maria João Tomé/ Diogo Leite de Campos, *A propriedade Fiduciária (trust). Estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 200 seg; Januário da Costa Gomes, *Assunção fidejussoria de dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 86 seg; Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, Vol. II, reimpressão da 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, pág. 319 a 320, nº 2; Luis Carvalho Fernandes, *Estudos sobre simulação*, Quid Júris, 2004, pág. 253 seg, Remédio Marques, «Locação financeira restitutiva (sale and lease-back) e a proibição de pactos comissórios. Negócio fiduciário, mutuo e acção executiva», BFCUC, LXXVII, Coimbra, 2001, pág. 609 seg; Oliveira Ascensão, *Direito civil. Teoria geral*, Vol. III, Coimbra Editora, 2002, pág. 308 seg; Carlos Mota Pinto, *Cessão da posição contratual*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 229, nº 1, Carneiro da Frada, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 144 a 145; A. Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, I, Parte geral, Tomo I, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2005, pág. 632; Pedro Romano Martinez/ Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de cumprimento*, 5ª ed. Coimbra, Almedina, 2006, pág. 64 seg.; Pestana de Vasconcelos, *A cessão de créditos em garantia e a insolvência*, Coimbra Editora, 2007, pág. 83 e seg, Catarina Pires Cordeiro, *A alienação em garantia no direito civil português*, policopiado, Faculdade de Direito de Lisboa, 2006, pág. 228 seg; Isabel de Matos, *O Pacto Comissório. Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, Almedina 2006, pág. 190 seg; Menezes Leitão, *Garantias das Obrigações*, 2ª ed., Almedina, Almedina, 2008, pág. 268 seg.

a) Uma divergência entre o fim e o meio, ou seja, tendo a confiança no cerne do negócio fiduciário, considerava-se que havia uma desproporção entre o meio jurídico e o fim económico, e esta levava a uma;

b) Incongruência da causa do negocio concreto, perante a causa do negócio típico utilizado;

c) A existência de um “*numerus clausus*” dos negócios com eficácia real;

As alíneas *a)* e *b)* são de defesa de Beleza dos Santos, já a alínea *c)* constitui o elemento fulcral da defesa de Manuel de Andrade. Contra esta posição a maioria da doutrina portuguesa contesta hoje, primeiro porque a tipicidade dos direitos reais não impede a admissibilidade dos negócios fiduciários pelo facto de que a constituição dos negócios reais não está abrangida neste princípio, cabendo nele apenas o conteúdo do direito real, o que corresponde com o entendimento segundo o qual o princípio se refere aos direitos em si mesmo e não aos negócios translativos de direitos reais⁸⁸⁵. Depois porque, ao contrário, por exemplo, do que acontece na doutrina dos países com inspiração no Código de Napoleão, no Direito Português a causa não assume um papel central para o juízo de validade dos negócios jurídicos.

II. Muito recentemente na doutrina lusa surgiu uma nova posição relativa à natureza do negócio fiduciário. O seu teorizador é Ferreira de Almeida⁸⁸⁶ que qualifica os negócios fiduciários como contratos “*plurifuncionais, multifuncionais ou de função variável*”. Define-os como sendo “*aqueles que podem desempenhar mais de uma das funções básicas – troca, liberalidade, cooperação, risco e reestruturação*”. Mais especificamente, os negócios fiduciários pertenceriam à classe de contratos para a transmissão de situações jurídicas e

⁸⁸⁵ Pedro Pais de Vasconcelos, *Os Contratos...*, ob. cit., pág. 278. Este autor afirma que “ (...) o modo como se constitui, seja ele um facto, como a acessão, a usucapião ou a ocupação, ou um acto, como um contrato ou um testamento, ou um testamento, está fora da tipicidade. No que respeita aos contratos podem constituir, modificar, transferir ou extinguir direitos reais. Esta chamada de atenção é importante para pôr a claro a diferença que existe no direito português em relação, por exemplo, ao direito italiano em que se admite a tipicidade dos factos jurídicos com efeitos reais”. Para mais desenvolvimentos, entre outros, veja-se Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Reais*, reimp., da 5ª ed., Coimbra Editora, 2000, pág. 153-154 e 342-344. Luís Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6ª ed., Quid Juris, Lisboa, 2009, pág. 78-88 e 120-121. Alberto Vieira, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2008, pág. 397-398. A. Santos Justo, *Direitos Reais*, 3ª ed. Coimbra Editora, 2011, pág. 39.

⁸⁸⁶ *Contratos IV, Funções. Circunstâncias. Interpretação*, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 45.

efeitos similares⁸⁸⁷. A favor da sua tese fundamenta que os negócios fiduciários são “unos e causais” e desempenham várias funções económico-sociais, destacando uma função de troca, uma função de liberalidade, uma função de garantia e uma função de reestruturação⁸⁸⁸.

Pensamos que foi uma positiva surpresa a posição tomada pelo autor, de resto ele mesmo assim o admite no prefácio do livro, dizendo que “a intenção da obra consiste em surpreender a marca contratual (...)” constituindo também uma demonstração de que afinal não estamos numa época de “crise dos contratos”, pelo contrário, a vitalidade do contrato é resultado, de uma forma geral, dos efeitos da renovação continuada da Ciência Jurídica ínsita na realidade humana e, logo, nenhuma regra poderá vencer se não atender às exigências dessa realidade humana que oferece fragilidades ou limitações na sua perpétua actividade de interpretação e construção jurídica⁸⁸⁹.

Mesmo admitindo que haja no universo jurídico negócios fiduciários legais, ainda assim impera no âmbito do direito privado o princípio da liberdade contratual, possibilitando às partes fazer os contratos que lhes parecerem mais adequado para a produção dos efeitos queridos e que sejam merecedores de tutela, reforça a posição de considerar admissíveis os negócios fiduciários⁸⁹⁰. Já é seguro afirmar que os negócios fiduciários têm uma causa e é através da causa *fiduciae* que as partes podem realizar os seus desejos desde que sejam lícitos.

2 – Fundamentos justificativos da admissibilidade do negócio jurídico

I. Importa fazer, ainda que sumariamente, e já com as indicações feitas a propósito do estudo comparado (Capítulo II, principalmente na secção X) e da estrutura no negócio fiduciário (Capítulo III), algumas considerações sobre o regime jurídico aplicável ao negócio fiduciário e assim trazer à discussão as razões justificativas da admissibilidade do negócio fiduciário no ordenamento jurídico português e angolano (neste último com especificidades que não são apontados na ordem jurídica lusitana, como veremos por indicação de normas que

⁸⁸⁷ Ferreira de Almeida, *Contratos...*, ob. cit., pág. 46.

⁸⁸⁸ A primeira função, diz o autor, é exercida através do mandato sem representação oneroso, por exemplo, o que acontece com a gestão de valores mobiliários; no que se refere à segunda função, o fiduciário na sua relação com o fiduciante bem como com o terceiro beneficiário pode fazê-lo de forma gratuita; na terceira função, o fiduciário age em seu próprio benefício, com os limites que a lei impõe; por fim, a quarta função tem como escopo o de o fiduciário-credor se pagar, restituindo o remanescente do valor ao fiduciante. Cfr. Ferreira de Almeida, *Contrato...*, ob. cit., pág. 56.

⁸⁸⁹ Orlando de Carvalho, *Negócio...*, ob. cit., pág. 35.

⁸⁹⁰ Vaz Serra, “Cessão de Créditos ou de Outros Direitos”, *BMJ*, Número Especial, 1955, pág. 146 seg.

se aplicam apenas ao espaço europeu), para depois ganhar razão, fazendo uma ruptura com a doutrina que ainda insiste na inadmissibilidade do negócio fiduciário e até da recepção do *trust*. Não pretendemos contradizer o que já espelhamos antes. Não há uma ausência de apoio legal para a admissibilidade do negócio fiduciário. Numa perspectiva de busca (ou manutenção?) de harmonia sistemática e atendendo aos valores e fins de que o Direito se alicerça, não restarão dúvidas que, mesmo com alguma *nebulosidade*, o ordenamento é capaz de responder aos desafios dogmáticos e legais sobre a construção de um regime jurídico fiduciário. É por isso que consideramos que o regime do mandato sem representação faz, para já, *cobertura suficiente* para tratar o negócio fiduciário como instrumento apto para a produção dos efeitos jurídicos queridos pelas partes e é a alavanca para conduzir-nos a uma regulamentação própria da figura em estudo, pelo que nos propusemos em seguida a apresentar um resumido quadro jurídico a partir do qual a construção pretendida pode alicerçar-se, sempre dentro do sistema jurídico e seguindo uma regra metodológica mais conforme com o mesmo sistema. Para uma melhor compreensão do que aqui pretendemos elucidar, devemos antes anunciar (e talvez caracterizar) o seu *princípio normativo*, buscando o cerne do fundamento da sua validade por intermédio dos valores e princípios que a constituem⁸⁹¹. Seguindo:

II. Em primeiro lugar, existem princípios e normas que são aplicáveis a toda transmissão de direitos sobre propriedade, caracterizados como princípios gerais estruturantes do sistema transmissivo do direito privado, como tal, são princípios gerais de direito. Como sabemos, o direito tem conexão indissociável com o mosaico axiológico da comunidade de que provém, logo, o contrato como instrumento de composição de interesses, assimila os valores instalados na consciência jurídica geral e manifesta o seu sentido normativo através da sua capacidade de exercer a função regulativa e de validade⁸⁹², por isso, os princípios são fundamentos abertos susceptíveis de, dentro do sistema jurídico, dar soluções práticas aos vários problemas decidendo; já as normas (*rectius*, cláusulas do contrato), apresentam-se como critérios de resolução de problemas mais fechados pois, estão mais próximos da forma prevista pelas partes para conduzir a execução do contrato e a resolução de problemas; em

⁸⁹¹ Fernando Bronze, *Lições ...*, ob. cit., pág.309.

⁸⁹² Fernando Bronze, *Lições ...*, ob. cit., pág. 464.

segundo lugar, o ordenamento jurídico oferece princípios e normas que são aplicáveis apenas aos negócios onde ocorrem transmissão de titularidade de direitos sobre bens para a realização de um fim específico, criando situações proprietárias novas que, mesmo tendencialmente plenas e exclusivas, são limitadas por visarem a realização de um objectivo determinado, cuja actuação, mesmo feita em nome próprio, é no interesse alheio. Já existem figuras que são reconduzíveis a *tipos legais* de negócios fiduciários nos ordenamentos internos de Portugal e Angola (Capítulo VII, Secções II e III, *principalmente* o mandato sem representação) que têm uma configuração estrutural e funcional que mais especificamente se aproxima da estrutura social típica do negócio fiduciário. Corresponderão a princípios e normas específicas de situações de *titularidade fiduciária* (normalmente acompanhada com a transmissão da propriedade, valendo aqui, *v.g.*, o princípio do consensualismo) funcionalizada à realização de um objectivo concreto. Também valerão os princípios e normas que num quadro de *previsão flexibilizante*, individualizam a natureza e características do direito a transmitir e o objecto da relação jurídica onde está assente a transmissão fiduciária, da relação entre o titular do direito fiduciário e, por esta linha, do princípio da responsabilidade patrimonial do devedor; finalmente e em terceiro lugar, podem ser convocados aqueles princípios e normas que, por força das regras do Direito Internacional Privado, se encontram na Convenção de Haia de 1985, sobre a lei aplicável ao *trust* e ao seu reconhecimento no direito nacional luso e angolano, e sobre o *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), que contém os princípios, definições e modelo de regras para a elaboração de um *European Civil Code*, que deve ser estudado sempre com um olhar aos *Principles of European Contract Law* (PECL). Importa aprofundar em que sentido estes instrumentos internacionais têm influência para a criação e esclarecimento de um regime legal dos negócios fiduciários; uma estrutura formalmente unitária, que ofereça as directrizes tendentes a uma inovadora e pragmática regulamentação, tendente à devida ordenação jurídica do instituto no ordenamento luso e angolano.

III. A Convenção de Haia, apesar de ter por objectivo principal o estabelecimento de normas do Direito Internacional Privado que possibilitam determinar qual a lei aplicável ao *trust*, estabelece também com bom detalhe o conteúdo, a função e o campo de aplicação do *Trust*, oferecendo normatividade que ultrapassa os limites da figura enigmática anglo-

americana, abrangendo outras figuras com configuração estrutural análoga⁸⁹³. O Convénio é aplicável a todas as instituições que reúnam as características assinaladas no art. 2º do Convénio, nomeadamente a que estabelece a separação patrimonial, que determina que a titularidade dos bens objecto da relação fiduciária esteja em nome do *trustee*, ou por um terceiro mas por conta do *trustee*, e que estejam estabelecidos os poderes e deveres de disposição e administração conforme o interesse do *settlor* e fixados no *trust*. É possível assim assimilar a estrutura do *trust* com todos os negócios cujos factos transmissivos de situações jurídicas de conteúdo patrimonial existam no país contratante. Conforme constatação de Lupoi, não justifica que haja resistência na admissibilidade do *trust* ou dos negócios fiduciários de uma forma geral, porque, entende, quase todos os países do mundo têm uma instituição estruturalmente análoga ao *trust*⁸⁹⁴, facto que é extensivo ao território lusitano e angolano e, mesmo admitindo que a Convenção de Haia tenha eliminado as bases de discórdias sobre o *trust* anglo-americano perante as instituições pertencentes ao nosso sistema Românico, estamos perante uma dificuldade de grau relativo. Na verdade, a Convenção “aconselha” a aplicação do *método analógico* temperado com uma metodologia de especialização normativa às instituições funcionalmente semelhantes nos ordenamentos nacionais. Se estamos perante uma lacuna, à instituição estrangeira desconhecida é aplicável ao território nacional através da criação de normas *ad-hoc*⁸⁹⁵. Há que assinalar também que a própria Convenção estabelece algumas restrições de aplicação, nomeadamente aos *trusts* que não forem criados por acto de vontade. Assim ficam de fora os *trusts* criados por força da lei; igualmente ficam de fora, apesar de ser uma restrição relativa, os *trust* criados por decisão dos tribunais, podendo, todavia, os Estados contratantes, por força do art. 20º do Convénio, por intermédio de uma declaração, manifestarem o desejo de aplicar este tipo de *trust*. Do exposto não é possível negar que este exercício é fonte de alguma tensão dogmática, mas não podemos

⁸⁹³ Na 15ª sessão da Conferência para o Reconhecimento e aplicação da Convenção foi decidido que o âmbito de aplicação do Convénio deveria ser ampliado para instituições distintas do *trust* típico anglo-americano. Foram os delegados à Conferência dos países como o Egipto, Polónia, Japão e Luxemburgo que fizeram as propostas. Cfr. A. E. Overbeck, *Report explicatif. Actes et Documents de la Quinzième Session*, Tomo II; Trust-Loi applicable et reconnaissance, pág. 375-376.

⁸⁹⁴ M. Lupoi, *Introduzione ai trusts. Diritto inglese. Convenzione dell'Aja. Diritto italiano*, Milano, 1994, pág. 148 seg.

⁸⁹⁵ J. Garde Castillo, *La institución desconocida en Derecho Internacional Privado*, Valladolid, 1947, pág. 64 e 82. Este autor, a propósito da criação de normas especiais para a recepção de uma figura jurídica estrangeira para colmatar uma lacuna, considera que ela apresenta duas vantagens, nomeadamente “*una solución justa a las relaciones de vida con uno o varios elementos extranacionales y asegurar la certidumbre de estas relaciones en cuanto se han elevado a jurídicas al amparo de la legislación de cualquier país civilizado*”

desistir de procurar soluções normativas para problemas sociais típicos com uma base real sobre a qual se levanta a estrutura jurídico-fiduciária e à qual está sedimentada uma forma de consciência social.

IV. Por ocasião do estabelecimento do *trust off-shore*, o legislador português adoptou a definição que consta do art. 2º da Convenção de Haia, através do Dec.-Lei nº 352-A/88, nos termos do qual o *trust* seria “a designação das relações jurídicas resultantes de um acto *inter vivos* ou *mortis causa*, pelo qual uma pessoa, o *settlor*, transmite – salvo bens imóveis localizados em território português – quaisquer bens sob controlo e administração de um *trustee* para proveito de um *beneficiary*, que pode ser o próprio *settlor* ou o *trustee*, ou atendendo a prossecução de um fim específico”. Desta definição podemos extrair os seguintes elementos caracterizadores: a) o título relativo aos bens do *trust* ficam em nome do *trustee*, ficando assim, b) investido no poder e obrigado a tomar todos os actos para administrar e dispor dos bens, nos termos do instrumento constitutivo do *trust* ou da lei que o regula, o que resultará, c) numa separação clara entre os bens do *trust* e os bens próprios do *trustee*. Nos termos descritos, significa que o *trustee* é titular fiduciário de um direito que lhe foi transferido para a realização de um objectivo concreto e, para que não seja objecto de abuso por parte do *trustee*, violando o desígnio da transferência, nem seja objecto de penhora por parte dos seus credores particulares, os bens a si fiduciariamente titulados constituem um património de afectação.

Apesar da aceitação do *trust* com a natureza descrita que é a de ter um carácter *off-shore*, pois a aceitação da figura é apenas institucional, na medida em que a sua aplicação abrange apenas a Zona Franca, ainda assim, pensamos que pode servir de um indicador de experiência prática e normativa a partir da qual a institucionalização do negócio fiduciário se pode alicerçar. Bastar fazer uma leitura atenta dos requisitos da inserção institucional (art. 4º) e elegendo a al. g), que representa os requisitos do objecto negocial constantes do art. 280º e 281º do CC, que afastam a consideração, já referida, de que os negócios fiduciários são negócios simulados ou em fraude à lei.

V. No mesmo caminho parece ter seguido o *Study Group on a European Civil Code*, que no âmbito do *Draft Common Frame of Reference* estabeleceram os princípios, definições e modelo de regras com vista a “criação” de um futuro Código Civil Europeu,

fundamentalmente princípios comuns europeus sobre direitos das obrigações e sobre a titularidade e garantia sobre bens móveis. A missão do grupo de trabalho é avançar para uma europeização do direito privado⁸⁹⁶. O estudo publicado reflecte a necessidade de estabelecer um conjunto de elementos unificadores de um sistema jurídico-privado europeu. Na parte dedicada ao *trust* (Livro X), além da parte que regula a constituição do *trust* para a administração, prevê também o *trust* constituído para garantia (Livro IX, por remissão do artigo X – 1:102). A constituição pode ser feita por acto de vontade das partes, por força da lei ou por decisão judicial (artigo X – 1:101). O DCFR define um conjunto de direitos e obrigações das partes (Capítulo 6), modificação subjectiva (artigo X – 9:3019, assim como posição de terceiros (Capítulo 10). Na boa intenção de encontrar soluções para algumas áreas problemáticas mas de significativa importância prática, o DCFR anuncia os pilares para uma boa administração do património fiduciário (*trust fund*, Capítulo 3), sobre o cumprimento (Capítulo 5) e incumprimento das obrigações para com o *trust*, assim como o direito de compensação por perdas e danos pelo incumprimento (Capítulo 7). Por fim, há a preocupação com aspectos sobre a modificação e cessão da relação fiduciária (Capítulo 9).

Os resultados do trabalho realizado com vista a unificação do direito privado na Europa⁸⁹⁷, foram obtidos através do método de estudo comparado, que também usamos nesta investigação (Capítulo II), para “identificar a situação nos Estados Membros da União Europeia”⁸⁹⁸, o que fortalece o percurso a seguir, e demonstram que os princípios adoptados reflectem a realidade, as intenções, os valores e os compromissos práticos que as diferentes comunidades assumem. Estes factos constituem um aditivo ao processo de estabelecimento de um regime jurídico do negócio fiduciário, que tem semelhanças com o *trust* previsto no projecto relativamente à sua constituição, segregação patrimonial, posição de titularidade e direitos e deveres em geral. Observando as reflexões de Drobnig e Böger⁸⁹⁹ recaídas sobre o trabalho do grupo, verificamos que é feita uma comparação entre o conceito oferecido pela Convenção de Haia sobre o reconhecimento do *Trust* e o conceito constante no DCFR e concluem que

⁸⁹⁶ Cfr. Ulrich Drobnig/Loe Böger, *Principles of European Law. Proprietary Security in Movable Assets*, selp editors, Munich, 2015, pág.. vii.

⁸⁹⁷ Sobre as tentativas de uma «unificação do direito privado europeu» veja-se Dário Moura Vicente, “Um Código Civil para a Europa? Algumas Reflexões”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 47-73.

⁸⁹⁸ Ulrich Drobnig/Loe Böger, *Principles ...*, ob. cit., pág. viii.

⁸⁹⁹ *Principles ...*, ob. cit., pág. 223.

“this definition is supplemented by three characteristic features (art. 2(2)): first, the trust funds are separate from the assets of the trustee; second, title to these assets vests in the trustee or in another person holding them for the trustee; and third, the trustee has the power and the obligation to administer and to dispose of them according to the terms of the trust deed and the specific rules imposed by law upon the trust”.

O estudo comparado entre os países membros da U.E., procurando demonstrar as semelhanças entre o *trust*, a *fiducia* e a *Treuhand*, bem como a aproximação que teve com o estudo da Convenção de Haia sobre o reconhecimento do *Trust*, cria condições para unificar na Europa um “sistema regulamentar” do negócio fiduciário e também um “sistema axiológico” que traduz dogmaticamente a sua intenção de validade. Por esta razão, reforça a preocupação que nos tem vindo a animar e defender, qual seja, a admissibilidade do negócio fiduciário com a disciplina jurídica existente e, de *iure condendo*, estabelecer uma regulamentação específica do negócio fiduciário.

CAPÍTULO VII

TIPICIDADE DOS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS

SECÇÃO I

O DEBATE SOBRE A TIPICIDADE DOS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS

I. A tipicidade dos direitos reais tem tido uma ampla discussão⁹⁰⁰. Este princípio, algumas vezes considerado por *numerus clausus*, não tem tido um tratamento autónomo assinalável⁹⁰¹, aparecendo de forma esparsa em diversas obras⁹⁰², e nestas sem unanimidade, facto que faz aumentar as dificuldades para a sua exposição problematizante e conclusiva⁹⁰³.

Diferente de outras ordens jurídicas⁹⁰⁴, a nossa⁹⁰⁵, no art. 1306º do Código Civil, proíbe a criação, com carácter real, de direitos que não estejam expressamente consagrados na

⁹⁰⁰ Uma primeira questão diz respeito à inexistência de uma parte geral na sistematização do Código Civil, estando remetida para a doutrina a elaboração de uma teoria geral dos Direitos Reais.

⁹⁰¹ A obra a assinalar e, talvez a mais emblemática é a do Prof. de Lisboa Oliveira Ascensão, *A tipicidade dos Direitos Reais*, Lisboa, 1968. Já sobre a tipicidade nos contratos em geral, veja-se a obra de Rui Pinto Duarte, *Tipicidade e Atipicidade dos Contratos*, Almedina, Coimbra, 2000.

⁹⁰² Como pode constar-se, a título exemplificativo, com as obras de Carlos Mota Pinto, *Direitos Reais*, por Álvaro Moreira e Carlos Fraga, Coimbra 1971, pág. 114 seg., Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, 2 Vol., Lisboa, 1979, Vol. I, pág. 458 seg., Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, Lisboa, 1996, pág. 63 seg.

⁹⁰³ Menezes Cordeiro entende que as dificuldades de estudo desta figura não residem no facto dos Direitos Reais se limitarem ao estudo consagrado pelo legislador, não permitindo a criação de outras e ficando elas impossibilitadas de se intercomunicarem, mesmo existindo no mesmo sistema jurídico, pelo contrário, residem na estagnação parcial da evolução científica dos Direitos Reais – “Evolução Juscientífica e Direitos Reais”, in *Estudos de Direito Civil*, Vol. I, Almedina, Coimbra, pág. 201 seg.

⁹⁰⁴ Na Alemanha e na Áustria a lei nada diz sobre o princípio da tipicidade. Nestes países o que rege no sistema imobiliário não é o conceito de Direito Real. Existe um outro conceito que se aproxima tanto ao direito real como ao direito sobre uma coisa, o que leva ao entendimento de haver uma fórmula próxima à posse: a *Gewere*, que se acha comunicada com todo o direito sobre coisas, sendo *Eigengewere*, quando é própria e *Gewere* de um possuidor com titularidade limitada, o que manifesta a inexistência da tipicidade. Mas para controlar a segurança jurídica na criação dos direitos reais? É através do registo, pois a eficácia translativa dos negócios sobre imóveis está dependente da celebração de um negócio abstracto (*Einigung*) e o consequente registo (*Eintragung*). São, no entanto, cada vez mais silenciosas as disputas doutrinárias sobre a aceitação do princípio na ordem interna destes países, admitindo-a. Cfr. Gerhard Robbers, *Einführung in das deutsche Recht*, Baden-Baden, Nomos, 1994, pág. 223. Na Itália, contrariamente ao que defende a doutrina (Ángelo Belfiore, *Interpretazione e dommtica della teoria dei Diritti Reali*, Giuffrè, Milano, 1979, pág. 445 seg), o seu ordenamento jurídico não consta norma que anuncia o princípio da tipicidade dos Direitos Reais. Os resultados da disputa da existência ou não do princípio da tipicidade e perante o silêncio do legislador, os partidários da existência do *numerus clausus* têm tomado posição dianteira, cfr. Alessandro Natuchi, *La tipicità dei Diritti Reali*, Padova, CEDAM, 1988, pág. 79 seg. Em França, do *Code* não determinou a existência do princípio, deixando à livre iniciativa do proprietário a criação, modificação e extinção das relações jus-reais. Porque ao proprietário lhe são outorgados amplos poderes de disposição e gozo, pode criar sobre o seu direito de propriedade outros direitos menores. Na mesma linha está

lei. A tipicidade abrange as restrições ao direito de propriedade bem como a proibição de um excesso ao permitido legalmente para o gozo pleno e exclusivo do direito real⁹⁰⁶. O princípio do *numerus clausus* constitui uma clara limitação à autonomia privada, conforme a estatuição constante do n° 1 do art. 405° do CC⁹⁰⁷, quando, de nossa opinião, deveria ser um veículo para agrupar os diferentes contratos que tenham entre si alguma afinidade. Como bem disse Ferreira de Almeida, “as afinidades geram tipos e outras classes contratuais. Cada um destes conjuntos é enquadrado por regras constitutivas, próprias dos actos performativos, que descrevem cada uma das classes e indicam os correspondentes efeitos jurídicos”⁹⁰⁸.

A norma do art. 1306° CC concentra o princípio da tipicidade dos Direitos Reais, o que eleva o ordenamento luso e dos PALOP⁹⁰⁹, como os raros ordenamentos jurídicos que expressamente se pronunciam neste sentido⁹¹⁰. Por essa razão entendemos que, através do princípio da tipicidade nos Direitos Reais o legislador cria figuras jurídicas que são imutáveis

orientado o Código Civil espanhol que, não prevendo um princípio apertado, admite uma enumeração exemplificativa. Na actividade prática, a doutrina tem defendido a existência no ordenamento jurídico de várias limitações à autonomia privada devido a recepção de normas imperativas do Direito dos Registos. Cfr. António Ramon Garcia, *La tipicidade en los Derechos Reales*, Madrid, Montecorvo, 1994, pág. 175 seg.

⁹⁰⁵ Fazemos indicação ao português e ao angolano, como fiz referência na introdução.

⁹⁰⁶ José Alberto C. Vieira, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2008, pág. 206-210. Entendemos como o autor que não havendo uma parte geral de Direitos Reais, tudo o que não tem carácter próprio desloca a sua natureza estrutural, funcional e regulamentar partindo do “direito real paradigmático: a propriedade”. Já antes, Oliveira Ascensão defendia esta posição: “Observe-se que também aqui se fala vulgarmente em função social da propriedade, dando ao termo *propriedade* o significado amplíssimo que já conhecemos, como todo o direito real e até todo o direito patrimonial” – *Direito Civil. Reais*, ob. cit., pág. 190.

⁹⁰⁷ Não pode ser considerado estranho o facto do art. 1306° estar localizado na matéria relacionada com o regime da propriedade. José Alberto Vieira explica que esta localização se deve pela ausência, no Código, de uma parte geral sobre o Direito das Coisas. Explica que a fórmula usada para fundamentar o princípio da tipicidade do art. 1306°, n° 1 se encontra desactualizada. Ela baseia-se ainda na velha doutrina do desmembramento, por contraposição à teoria da oneração, que vê em cada direito real menor uma parte do domínio e não um direito real a se. *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2008, pág. 207.

Já Santos Justo ensina que o “princípio da tipicidade deve ser conciliado com os chamados ‘tipos abertos’, nos quais os particulares interessados gozam de alguma liberdade na fixação do seu conteúdo, ora alargando ora restringindo as faculdades reconhecidas aos titulares dos correspondentes direitos. No entanto, essa conciliação postula um limite natural naquela liberdade: não pode ir ao ponto de descaracterizar o tipo de direito real, rompendo com os seus traços essenciais e subvertendo-o”. Indo mais longe, este autor defende que “o princípio da tipicidade não se aplica aos negócios jurídicos constitutivos de direitos reais. Por isso, prevendo a lei a possibilidade de um direito real se transferir por contrato, não se afasta a hipótese de poder ser atípico ou inominado”. *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 207, pág. 36.

⁹⁰⁸ *Contratos ...*, Vol. II, ob. cit., pág. 20.

⁹⁰⁹ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. III, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, pág. 41-47 e 68-73. O autor faz referências à experiência lusófona do Direito das Coisas na Ciência do Direito e da evolução lusófona das Coisas no âmbito do Direito Civil.

⁹¹⁰ Oliveira Ascensão, *Tipicidade ...*, ob. cit., pág. 68, anuncia-nos que apenas conhece três códigos civis que se expressaram neste sentido: o argentino, o chinês e o japonês. Também se ocupa de expender os fundamentos que as (duas) partes da doutrina litigam sobre a questão da preferência ou não do legislador impor um *numerus clausus*. Assim, dispensa-nos voltar a abordar a questão, pelo que remetemos para aí toda a argumentação aduzida.

e comunicáveis entre si, desde logo pela unanimidade de que o Direito Reais é rígido e estático⁹¹¹; “ (...) pode aparecer como que congelado e cristalizado nas formas clássicas oriundas da tradição romanística”⁹¹², não sendo capazes de responder aos desafios das situações económicas modernas, mantendo-se amarradas a “tipos fixos”, oferecendo soluções que visam fins estagnados num fundamento secular⁹¹³.

Quanto ao seu sentido jurídico, o princípio mesmo sendo aceite no ordenamento interno, não é pacífico na doutrina, havendo apenas um ponto que floresce entendimento: a tipicidade não é aplicável aos factos constitutivos dos direitos reais porque estes direitos podem ser formados por meio de um negócio atípico⁹¹⁴, vindo à discussão a separação de conveniência juscientífica⁹¹⁵ entre tipicidade legal e tipicidade social. Os primeiros são os previstos e regulados pela lei e os segundos têm a sua regulamentação na prática negocial. A tipicidade legal não pode existir sem antes haver práticas sociais, reiteradas, existindo na consciência dos seus praticantes com o carácter vinculativo e de validade na comunidade, por

⁹¹¹ Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos ...*, Vol. II, ob. cit., pág. 22. O autor considera que “os tipos são modelos abstratos cuja organização não obedece a critérios e a traços distintivos constantes. A tipicidade contratual é, de resto, sempre relativa, embora a realidade social se imponha em relação a tipos legais estabilizados como a compra e venda, a doação ou o contrato de trabalho. Mas o grau de especificação de cada tipo é variável em função do maior ou menor número de elementos de caracterização”.

⁹¹² Luís Menezes Leitão, *Direitos Reais*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 24.

⁹¹³ Luís Menezes Leitão, *Direitos ...*, ob. cit., pág. 24-25. O autor compreende as razões da consagração do princípio. Para ele “há várias razões que justificam a consagração do princípio da tipicidade dos direitos reais. Em primeiro lugar, o cariz absoluto dos direitos reais pode constituir um entrave à circulação dos bens, na medida em que permite ao titular do direito opô-lo eficazmente a qualquer adquirente de boa fé. Depois, não se apresenta adequado permitir a sobreposição sucessiva de direitos sobre as coisas, que pode dar origem aos mais variados litígios, que afectam a possibilidade de exploração dos bens. Por último, representando os direitos reais a ordenação jurídica dos bens, parece mais correcto que seja o Estado a instituí-la, em vez de a deixar ao livre critério dos particulares”. Não estamos totalmente de acordo com o professor lisboeta. Em primeiro lugar, o carácter absoluto dos direitos reais não evita conflitos; o que o Código veio trazer é uma “excessiva preocupação de segurança”, nas palavras de Oliveira Ascensão, quando deveria limitar de forma mais clara o princípio da autonomia privada. Os direitos reais desempenham uma função social, que é a “função substancial da atribuição das coisas às pessoas, permitindo-lhes beneficiar da utilidade daquelas” (Oliveira Ascensão). Ora, esta função pode ser exercida através de meios técnicos ou através da intermediação de outra pessoa (neste caso particular, o que acontece com os negócios fiduciários). A estrutura do Estado já demonstrou que não tem capacidade para responder legislativamente à velocidade que os acontecimentos sociais, económicos e tecnológicos vão ocorrendo, e se juntarmos a estes factos a globalização, verificamos que há uma impotência da parte do legislador, por isso, quanto mais absoluto se tornar um ramo do direito mais dificuldades no sistema se farão sentir. Há novas realidades tipicamente sociais de ordem jurídico-real que necessitam de respostas e, “quando o direito ignora a realidade, a realidade vinga-se, ignorando o Direito” – Hilário de Oliveira, *Títulos de Crédito*, São Paulo, Pillares, 2006, pág.150. O autor estava a citar Georges Ripert.

⁹¹⁴ Não é este o entendimento de Carlos Mota Pinto, *Direitos ...*, ob. cit., pág. 118 seg., que defende a ideia de que a tipicidade é extensiva às formas de constituição dos direitos reais, dando como exemplo aqueles casos em que a lei admite a constituição através do usucapião – art. 1293º CC.

⁹¹⁵ Não traremos para aqui a tentativa de valorar se a distinção entre tipo legal e tipo social é de natureza dogmática, epistemológico ou metodológico, como faz Castanheira Neves a propósito da “Questão de facto” e “Questão de direito”. Cfr. *Digesta ...*, ob. cit., pág. 483 seg.

isso, a tipicidade social também desempenha uma função económico-social⁹¹⁶. A influência da tipicidade social vai até as fontes do Direito pois a estrutura regulamentar do tipo social é para o tipo legal como o seu “direito dispositivo”⁹¹⁷, pelo que não é de desprezar a realidade social da contratação.

Como dissemos, todo o direito tem uma função: económica ou social⁹¹⁸. Não é diferente com os direitos reais: visam atribuir às pessoas todas as utilidades que não sejam proibidas por lei. As formas de atribuição dessas utilidades podem ser de duas ordens: técnico ou pessoal⁹¹⁹. A escolha de um destes meios não está na dependência da caracterização da função do direito mas sim no exercício que um interprete deve fazer, não ficando obrigado a reconhecer como real algum direito cuja lei assim o qualificou, porque a tipicidade se circunscreve à restrição de criação por parte dos particulares de direitos reais e não a qualificação de direitos como reais⁹²⁰. Na verdade, é necessário ir buscar um conjunto de elementos caracterizadores, que assentam na causa como elemento qualificador do contrato e da sua função e fim económico-social, como critério para identificar interpretativamente o objecto ou prestação, o sentido e estrutura, as qualidades dos sujeitos, bem como a forma seguida para a contratualização⁹²¹.

II. Sabemos que no Direito Privado impera o princípio da autonomia privada, sendo o principio do *numerus clausus* uma excepção. Também é sabido que a regulamentação legal de determinados contratos exige um esforço que nem sempre está ao alcance de todos e não é

⁹¹⁶ Carlos Mota Pinto, *Cessão da Posição Contratual*, reimp., Almedina, Coimbra, 2003, pág. 94.

⁹¹⁷ Pais de Vasconcelos, *Contratos ...*, ob. cit., pág. 61.

⁹¹⁸ Pais de Vasconcelos, *Contratos ...*, ob. cit., pág. 119-120; nega que a função económico-social dos contratos seja um critério para qualificar um tipo contratual. As suas razões podem ser aí encontradas. Já Ferreira de Almeida, entende que “a função económico-social é elemento (um dos elementos) do conteúdo contratual, que neste se apresenta e insere sob as diversas modalidades admitidas pelo sistema jurídico. Diferentemente, cada tipo contratual é formado pela frequente combinação repetida de vários elementos, um dos quais pode ser, mas nunca é só, a função económico-social. Esta pode ser um dos índices do tipo, mas nunca é suficiente para qualificação tipológica do contrato”. *Contratos ...*, Vol. II, ob. cit., pág. 113-114.

⁹¹⁹ Oliveira Ascensão, *Direito ...*, ob. cit., pág. 13-14.

⁹²⁰ Luís Menezes Leitão, *Direito ...*, ob. cit., pág. 24. Por sua vez, Orlando de Carvalho entende, na linha que expusemos em texto, que “o princípio de que a meravisão estrutural, ou baseada em «conceitos de preceitos», é insuficiente para compreender o direito das coisas, como, de resto, qualquer ramo do jurídico, e de que só uma visão funcional, ou baseada em «conceitos de interesse», possibilita essa mesma compreensão, permitindo extrair conclusões que facultem uma ampliação ou integração do direito vigente, é um princípio que supomos adquirido para a ciência do Direito contemporâneo”. *Direito das Coisas*, 1ª ed., Coord. Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha, Coimbra Editora, 2012, pág. 118.

⁹²¹ Este entendimento foi chamado por Pais de Vasconcelos, *Contratos ...*, ob. cit., pág. 117, como “índice do tipo”.

menos verdade que, o legislador ao criar conceitos não ajuda a interpretar as disposições normativas regulamentares dos negócios jurídicos, tanto do ponto de vista da sua constituição, produção de efeitos e fonte das relações obrigacionais⁹²². Algumas vezes segue as denominações criadas pelos modelos sociais, outras vezes não, e quando não o faz o legislador deve procurar designações cujo sentido possa ser facilmente cognoscível e assim decifrar-se o conjunto de elementos de caracterização abstracta da situação de facto de que a disposição designatória se reporta e do mecanismo de produção dos efeitos jurídicos que a situação concreta prevista pode desencadear⁹²³.

Dispõe o nº 1, 2ª parte do art. 1306º CC que “toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional”, o que, numa interpretação gramatical poderia significar que na concepção romana de *fiducia* os poderes do fiduciário, aqueles acordados no *pactum fiduciae*, têm carácter obrigacional⁹²⁴. Existem várias críticas à norma indicada, nomeadamente pelo facto de não esclarecer se a tipicidade tem por objecto os factos constitutivos de direitos reais ou os próprios direitos reais⁹²⁵. Mas não nos

⁹²² Rui Pinto Duarte, *Tipicidade ...*, ob. cit., pág. 18. O autor diz mesmo que “são variados os modos por que a lei prevê os contratos que disciplina. As mais das vezes, atribui ao contrato uma designação e descreve-o através de uma definição. Mas também é possível, e acontece, que a descrição não tenha carácter definitório, que descreva sem atribuir designação e que atribua designação sem descrever”. E continua: “as formas gramaticais das definições também variam. Uma vez a natureza definitória da proposição legal é ostensiva, outras vezes é oculta, nomeadamente através de fórmulas que aparentemente fixam os efeitos dos contratos”.

⁹²³ Rui Pinto Duarte, *Tipicidade ...*, ob. cit., pág. 72.

⁹²⁴ Cfr. Pais de Vasconcelos, *Contratos...*, ob. cit., pag. 277. Este autor vai mais longe e afirma que o regime constante do artº 1306º é de que as restrições “impostas sobre o fiduciário e emergentes do ‘pactum fiduciae’ são, em princípio, simplesmente obrigacionais, o que corresponde à construção tradicional da fiducia romana. Mas so em princípio é que será assim.

Em primeiro lugar, há a considerar que a tipicidade dos direitos reais não se alarga aos factos constitutivos de direitos reais. O que é típico é o conteúdo do direito real; o modo como se constitui seja ele um facto como a acessão, a usucapião ou a ocupação, ou um acto, como o contrato ou um testamento, está fora da tipicidade. No que respeita aos contratos podem constituir, modificar, transferir ou extinguir direitos reais. Esta chamada de atenção é importante para pôr a claro a diferença que existe no direito português em relação, por exemplo, ao direito italiano, em que se admite a tipicidade dos factos jurídicos com efeitos reais.

Em segundo lugar, há que ter em atenção que os tipos reais têm alguma elasticidade. Se a propriedade tem o seu conteúdo quase totalmente ditado na lei, tal não sucede com todos os direitos reais. O conteúdo do usufruto, segundo o art. 1445º do CC, é basicamente fixado no seu título constitutivo, sendo a disciplina legal quase toda dispositiva. O mesmo sucede com os direitos reais de uso e habitação, por remissão do art. 1490º. As servidões prediais, segundo o art. 1544º do CC, podem ter por objecto “quaisquer utilidades, ainda que futuros ou eventuais, susceptíveis de ser gozadas por intermédio do prédio dominante”. Estes regimes abrem possibilidades de modelação do conteúdo dos direitos reais de usufruto, uso, habitação e servidão que são de tal modo amplas que, embora sem pôr formalmente em causa a vigência do princípio do “*numerus clausus*”, permitem reduzir-lhe fortemente a eficácia prática.

⁹²⁵ Para mais desenvolvimentos e crítica, veja-se Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Reais*, 5ª ed. revista e actualizada, Coimbra Editora, 1993, pág. 157-158. Os autores que defendiam a existência de um *numerus clausus* dos negócios com eficácia real pode citar-se Beleza dos Santos, *A Simulação*, ob. cit., pág. 111 seg., Orlando de

interessa avançar para esta discussão. Vamos avaliar se o conjunto dos vários elementos que cada relação contratual apresenta, os chamados índices do tipo⁹²⁶, responde às inquietações da tipicidade ou não do negócio fiduciário, partindo dum exercício interpretativo cujos resultados nos vão levar a referida qualificação⁹²⁷.

Começemos pela causa que tem merecido tanta discussão doutrinária que preferimos não trazer aqui a sua continuidade. Ela não criou dificuldades no âmbito da construção do negócio fiduciário do tipo romano muito menos do tipo germânico, porque a *mancipatio* e o *denglicher Vertrag* têm carácter abstracto. Actualmente a situação é outra, fundamentalmente no ordenamento luso e os que dele têm origem⁹²⁸, bem como dos países latinos que o avizinham. A regra da abstracção não impera. Na Itália, por exemplo, Ferrara⁹²⁹ negou a admissibilidade do negócio fiduciário por defender que

Carvalho, “Negócio Jurídico Indirecto (teoria geral)”, *BFDUC* (Supl. X) 1952, pág. 110-111. Rejeitando posições destes autos, veja-se Pais de Vasconcelos, *Contratos...*, ob. cit., pág. 281 segs.

⁹²⁶ Pais de Vasconcelos, *Contratos ...*, ob. cit., pág. 117. Este autor elege os vários elementos que podem individualizar cada tipo. Já Rui Pinto Duarte, *Tipicidade ...*, ob. cit., privilegia os *essentialia* como critério para delimitar os conceitos qualificativos – pág. 79 seg. Para nós, e muito na esteira de Pais de Vasconcelos, entendemos que os elementos essenciais dos contratos não são suficientemente capazes para com segurança determinar ou confirmar se um determinado negócio jurídico se subsume num tipo negocial, para depois averiguar se ele é típico ou nominado, ou atípico ou inominado – cfr. E. Santos Júnior, *Sobre a Teoria da Interpretação dos Negócios Jurídicos*, AAFDL, Lisboa, 1988, pág. 72. Se verificar o que a teoria dos *essentialia* defende, concluiremos, por exemplo, que o tempo não seria um elemento essencial dos contratos. Mas em determinados contratos o tempo é elemento caracterizador do contrato, como o arrendamento, v.g. – cfr. F. A. Cunha de Sa, “O tempo como Elemento Essencial do Contrato de Arrendamento”, *ROA*, Ano 50, 1970; neste mesmo sentido veja-se Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos ...*, IV, ob. cit., pág. 169 seg.. Outro exemplo é o caso do contrato de trespasse: o seu elemento fundamental é a *transmissão integral e definitiva do estabelecimento*, para ser continuada a sua exploração pelo adquirente – Acórdão do *STJ*, de 20-05-2015. www.dgsi.pt. De resto, interpretar e depois qualificar um contrato de adesão é diferente da interpretação de contratos sobre o estatuto de pessoas jurídicas. Os exemplos são inúmeros. Ferreira de Almeida inova, e defende haver outros elementos para além dos “cânones gerais”, os “cânones complementares” e “cânones subsidiários” para a interpretação dos contratos – *Contratos IV. Funções. Circunstâncias. Interpretação*. Almedina, Coimbra, 2014, pág. 277 e seg. Ainda a este propósito, António Pinto Monteiro, referindo-se sobre a questão da interpretação do contrato de sociedade expressa que, os elementos de que o interprete se pode servir têm a sua base três fases: uma primeira que diz respeito a identificação da disciplina legislativa do contrato dentro do sistema jurídico, uma vez que tal disciplina se acha dispersa em vários lugares; em segundo lugar, se a disciplina normativa do contrato não está regulada no contrato em causa, há que procurar encontra-la nas normas atinentes aos contratos em geral; em terceiro lugar, há que fazer apelo à Parte Geral do Código Civil e procurar aí todos os elementos relativos ao negócio jurídico – “Negócio jurídico e contrato de sociedade comercial”, *RLJ*, Ano 136, nº 3941, 2006, pág. 90-103.

⁹²⁷ E. Santos Júnior, *Sobre a ...*, ob. cit., pág. 70 seg.

⁹²⁸ Como os países africanos que se expressão em português: Angola, Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique e São Tomé.

⁹²⁹ Luigi Cariota Ferrara, *I negozi ...*, ob. cit., pág. 128.

“ (...) *se l’astrattezza è il presupposto della fiducia vera e propria, non vi possono essere negozi fiduciari negli ordinamenti giuridici che non conoscono negozi astratti. Pel diritto italiano che tali negozi non ammette si deve, quindi, concludere che non v’è posto per a fiducia*”.

Pensamos que o Prof. italiano não esteve certo na defesa da sua doutrina, pois, e como já referido, a *causa fiduciae* é que torna o negócio fiduciário causal. Ele é composto por uma relação de carácter real e outra de natureza obrigacional causal que torna o acto negocial complexo em unitário, reflectido naquela *causa fiduciae* onde podemos também identificar se o fim da transferência fiduciária do património é de gestão, de garantia ou outra. É aqui que a causa tem importância como índice do tipo porque revela a função do contrato⁹³⁰, ou seja, a capacidade do contrato servir os interesses das partes e de funcionalizar a transferência plena do direito fiduciário com vista a realizar economicamente a deslocação patrimonial e valorização social do instrumento contratual, por forma a apresentar as suas “virtualidades qualificadoras”⁹³¹.

III. No que se refere ao objecto e a prestação, importa desde já assinalar que os negócios fiduciários são complexos, muitas vezes apresentam um conjunto de deveres para ambas as partes. Partir da determinação do seu objecto mediato pode oferecer dificuldades iniciais na qualificação do contrato, desde logo porque o objecto pode ser uma coisa ou um facto. Ainda assim, o objecto deve estar sempre determinado – basta ver que na constituição do *trust*, um dos requisitos é o *certainty of object*⁹³² – facilitando ao interprete encontrar, para além dos indícios directamente oriundos do objecto, outros que se comunicam com indícios correspondentes ou não a um tipo contratual e assim puder determinar se um negócio fiduciário é de administração, de garantia, de investimento, com fins caritativos ou outro, ou se

⁹³⁰ Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do Contrato*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 213, afirma que “o contrato é um modo constituinte de juridicidade, uma fonte de normas de conduta juridicamente vinculantes, dotadas das garantias e sanções que são inerentes ao direito, normas a que cabe uma quota-parte da função ordenadora das relações sociais”. Daí concluímos ser necessário sempre que, o direito não pode desligar-se do facto e o facto não pode dispensar o direito – cfr. Castanheira Neves, “Questão de facto – Questão de direito”, *ob. cit.*, pág. 511.

⁹³¹ Pais de Vasconcelos, *Contratos ...*, *ob. cit.*, pág. 130.

⁹³² J. D. Heydon/ P. L. Loughlan, *Cases ...*, *ob. cit.*, pág. 521. Constitui exigência para a constituição do *trust* a verificação do *three certainty: certainty of intention; certainty of subject, and; certainty of object*.

há uma combinação destes tipos fiduciários e a que nível ou grau⁹³³; igualmente, por serem contratos bilaterais, há contraprestação nos negócios fiduciários, no entanto, naqueles negócios em que o fiduciário não actua na sua qualidade profissional⁹³⁴, nem sempre há contraprestação, como acontece nalgumas situações de substituição fideicomissária e o *trusts for charitable purposes*.

A estrutura concebida para o negócio fiduciário em causa, ajuda a relaciona-lo com outros que existem no quadro contratual fiduciário e, assim, diferencia-lo de outros tipos. A configuração do contrato define as características próprias de cada contrato e é um índice típico porque conseguimos encontrar aí a sua regulamentação. Acrescido a estrutura contratual, juntamos o sentido do negócio fiduciário. Ajudará ao intérprete avaliar este sentido e o sentido do tipo para melhor detectar o que aproxima e o que distancia o caso em análise e o tipo a qualificar. As qualidades⁹³⁵ das partes são um elemento importante para a qualificação dos tipos fiduciários e são também importantes para que o fiduciante escolha o fiduciário. As suas habilidades profissionais ou de lealdade criam uma especial confiança ao fiduciante. As condições de escolha do fiduciário constituem um valioso critério para qualificar se um contrato corresponde ou não a um tipo no quadro fiduciário.

IV. Por fim, a forma como o fiduciário adquire o direito transmitido pelo fiduciante constitui também um índice do tipo e também um elemento de prova⁹³⁶. De um lado, as partes

⁹³³ A jurisprudência portuguesa referiu-se a este dado da seguinte forma: “ (...) II – O contrato é qualificativo através de um juízo de correspondência gradual a este ou àquele tipo contratual, implicando assim um processo de relação legal objectivo onde o catálogo dos tipos contratuais legais se contém” – acórdão do *STJ* de 09-09-2014 (Maria Clara Sottomayor), em www.dgsi.pt. Também Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1992, diz que “ (...) a interpretação dos preceitos legais e dos ‘preceitos negociais’, por haver entre ambos apenas uma diferença de grau e porque os princípios fundamentais aplicáveis são os mesmos da interpretação da lei” – pág. 139.

⁹³⁴ A qualidade profissional é que dá direito a receber uma remuneração pela actividade prestada; veja-se a remuneração dos intermediários financeiros e na mediação imobiliária.

⁹³⁵ Alexandre Soveral Martins, “Sobre a indicação da qualidade de gerente de uma sociedade por quotas”. Anotação ao Acórdão de Uniformização de Jurisprudência nº1/2002, de 06 de Dezembro de 2001, Proc. 3370/00 – 6ª Secção, *Cadernos de Direito Privado*, nº 2, 2003, pág. 20-28. Esta em causa saber quando é que o gerente, pelos actos que pratica, vincula a sociedade. Podemos trazer para este estudo a indicação de que a qualidade de gerente poderá contribuir para qualificar os actos que pratica: se contratos ou não pois, segundo o princípio da especialidade, há actos que estão vedados às sociedades praticarem. De outro lado, ajudam também a qualificar se a questão de representação da sociedade pelo gerente não foi para lá dos poderes representativos que os estatutos e a lei lhe conferem.

⁹³⁶ O *STJ* – acórdão de 03-12-2015, www.dgsi.pt – decidiu num caso em que se procurava a qualificação do negócio e a validade do mesmo nos seguintes termos: “Na falta de redução a escrito por razões imputáveis ao empreiteiro, para ale, de o contrato de empreitada ser nulo, é insusceptível de demonstração através de prova testemunhal, nos termos do art. 393º, nº 1, do CC. No Direito alemão fala-se do já referido *Publizitätsprinzip*, cuja

adoptam uma forma caracterizadora do tipo contratual, transformando as vontades em facto real; é a forma constitutiva do contrato, o modo como o negócio se revela, manifestado nas declarações negociais⁹³⁷. Esta é a forma interna. Já a externa, corresponde às formalidades que, podem ou não ser típicas e são os procedimentos que as partes devem adoptar para a forma legal ou convencional. As formas internas são índices mais fortes para a qualificação do contrato porque representam o querer das partes, por isso, a determinação da forma não se localiza num espaço vazio; o querer das partes está encaixado num quadro regulatório de matriz social com feixes que vão alimentar a ordem jurídica, por isso, a forma aqui entendida é em sentido “técnico-jurídico”⁹³⁸.

A discussão à volta desta questão polémica transmitiu laivos no entendimento sobre o negócio fiduciário, levando autores a considerarem-no como sendo um contrato atípico e outros a defenderem que apenas há contratos fiduciários típicos. No primeiro sentido seguiu alguma jurisprudência – acórdão do *STJ* de 17-12-2002⁹³⁹. Esta posição pode confrontar com a realidade positiva existente. Desde logo, encontramos verdadeiros negócios fiduciários típicos (a alienação fiduciária em garantia) e outros com elementos típicos dos negócios fiduciários (a locação financeira restitutiva)⁹⁴⁰. O que verdadeiramente deve ser discutido é a notória

função seria, também, o de provar a existência da relação fiduciária – cfr. Canaris, “Verdinglichung” ..., ob. cit., pág. 412 seg.

⁹³⁷ Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 665. O autor aconselha a fazer uma leitura “hábil” sobre a forma das declarações negociais e elaborou uma crítica a tal doutrina indicando que, tal caminho levaria a um “preconceito contratualista”. Para uma solução mais acertada com o novo pensamento jurídico, o autor sugere que, “o modelo que se tem em vista adaptar-se efectivamente aos casos em que se ‘dá forma’ (escrita) a algo que antes se projectou ou se combinou com outrem, mas não se adequa a todos os outros em que a forma não é mais nem menos de que o aspecto signficante e o modo de emissão de um enunciado, cujos sinais suportam igualmente os planos de expressão e do conteúdo” – pág. 671.

⁹³⁸ Carlos Ferreira de Almeida, *Texto e ...*, ob. cit., pág. 669. O autor oferece uma superior explicação sobre como qualificar a forma. Para ele, “a relevância jurídica da forma das declarações negociais é geralmente encarada sob um prisma muito mais restrito, porque, vigorando actualmente o princípio da liberdade formal, se limitaria à questão de saber se a lei ou as partes predeterminaram uma dada forma. Forma, em sentido técnico-jurídico, ou forma vinculada, seria então apenas a forma especial prescrita para uma determinada declaração ou para um tipo negocial. Só assim se compreende porque não é paradoxal falar-se de declarações negociais sem forma: declaração sem forma é aquela em que a forma não tem importância; a chamada ‘forma livre’ não teria relevância para a técnica jurídica”.

⁹³⁹ Também o acórdão da RE, de 15-12-2009 determinou que “o contrato fiduciário é constituído por uma atribuição patrimonial real – com eficácia *erga omnes*, limitada por uma convenção de natureza meramente obrigacional entre fiduciante e fiduciário (pacto fiduciário), oponível apenas entre estes, pelo qual este se compromete a não exceder, no exercício do direito, o que seja necessário para a prossecução do fim e a restituição”.

⁹⁴⁰ Pestana de Vasconcelos, *A Cessão...*, ob. cit., pág. 1075, no índice, sobre o Capítulo I, Secção VII, com o título “A questão da tipicidade dos negócios fiduciários”, dedica duas subsecções sendo a primeira com o título “Os negócios fiduciários típicos para administração” e o segundo “Os negócios fiduciários típicos em garantia”.

ausência de regulamentação própria sobre o negócio fiduciário que, a par do princípio do *numerus clausus*, o legislador tem apresentado uma letargia injustificável, quer para a regulamentação referida quer para a actualização ou reestruturação do princípio. A experiência tem demonstrado que é usual para as partes a construção de negócio fiduciário a partir de uma estrutura contratual típica, normalmente a compra e venda, onde constam as principais prestações, à qual se insere uma cláusula fiduciária, que determina o escopo contratual e, em consequência, limita os poderes de disposição do fiduciário. Como bem observa Ferreira de Almeida, “a lei portuguesa não regula os contratos fiduciários em geral, mas contém normas fragmentárias que reconhecem pontualmente ou que pressupõem a sua existência”⁹⁴¹.

O certo é que o Direito tem evoluído no caminho tortuoso que tem trilhado. Os seus institutos não mudaram os seus *nomen iuris*, mas a sua estrutura e o seu conteúdo foi-se alterando para responder às necessidades que as novas formas de circulação dos bens e as formas de resolver os novos problemas da vida das pessoas foram aparecendo. Tal situação, devemos assim entender, aconteceu com o princípio do *numerus clausus* que sofreu as vicissitudes que o tempo impôs, alterando o sistema normativo, a sua função teológica e o pensamento ideológico a ele subjacente, bem como da organização da estrutura produtiva que comanda um determinado sistema económico⁹⁴². Esta última referência, serve também para lembrar que o princípio em causa teve o seu nascimento na época em que a burguesia feudal germânica comandava e assentou os seus valores dogmáticos no antigo direito romano⁹⁴³, cujas fundações não servem para uma estrutura moderna como a dos dias de hoje, em que sendo ainda o Direito das Coisas um direito eminentemente patrimonial, mas já não “idilicamente ruralista” nas palavras de Orlando de Carvalho, em que o poder sobre os bens é

É uma constatação que nos leva a concluir que o negócio fiduciário em si não pode ser considerado típico ou atípico; já as diversas modalidades de negócios fiduciários são as que podem ser classificados como típicos ou atípicos, segundo o critério da existência ou não de regulamentação do seu regime na lei. Pais de Vasconcelos, *Contratos Atípicos...*, ob. cit., pág. 185 segs., fala em “juízo de tipicidade ou de atipicidade”, de “juízo primário e o juízo secundário”, da “correspondência ao tipo e a ordenação no tipo” como elementos determinantes da qualificação do tipo, apesar, nos parece, que a ordenação da segunda parte correspondente ao índice da obra a que nos estamos a reportar, sugere que os elementos dos pontos 23, 24, 25 e 29 sejam eles também “elementos determinantes da qualificação do tipo” (sublinhado nosso), quando na verdade aqueles pontos estão aí como “elementos fundamentantes” da explicitação da qualificação do tipo.

⁹⁴¹ *Contratos ...*, IV, ob. cit., pág. 54.

⁹⁴² Orlando de Carvalho, *Direito das ...*, ob. cit., pág. 119, refere que a forma como entendemos o princípio do *numerus clausus* está ligada “ (...) ao peso da rotina, da inércia jurídica, da tradição ideológica, no trânsito de um sistema para outro sistema de produção, daí decorrendo analogias entre sistemas diversos e dissemelhanças entre sistemas idênticos sem correspondência efectiva ao nível infra-estrutural”.

⁹⁴³ Orlando de Carvalho, *Direito das ...*, ob. cit., pág. 22 seg.

exercido de forma autónoma e disponível. Actualmente, é manifestado sob várias formas que a *tecnologia* disponibiliza e que até à década de oitenta do século passado não era concebível, como por exemplo, ser titular de valores mobiliários em nome próprio mas no interesse alheio. O Professor coimbrão entende ainda que “daqui resulta como primeira consequência que o direito das coisas é a pedra de toque do direito que em certa altura vigora e, mais do que isso, da sociedade em que ele vigora: o «projecto» tanto cívico como político que representa a sociedade em questão”⁹⁴⁴, posição que tomamos como sendo o vector para interpretar o princípio da tipicidade.

As diversas razões que estiveram na origem do princípio da tipicidade, e com ele a natureza absoluta do direito de propriedade, não podem ter hoje o mesmo entendimento, numa altura em que o princípio da autonomia privada foi ganhando espaço. Exige-se aos cultores do Direito uma leitura que vise uma harmonização entre aqueles princípios, consentânea com a realidade e elástica no sentido de ser capaz de abranger e proteger a imaginação humana na criação de soluções eficazes para a produção dos efeitos jurídicos queridos sem violar a ordem estabelecida⁹⁴⁵. O Direito é fortemente influenciado pelas consequências do tempo que passa, não se compadecendo, por exemplo e como disse o poeta⁹⁴⁶, com o desejo de que “apetece que o tempo não passe, ficando aqui, para sempre. Não por causa do sítio em que se está ...”, mas porque “o tempo nos prende”. O Direito rompe as barreiras do tempo porque é construído com a realidade material, pois “não há muros que contenham quem procura sua procura” e, por isso, não deve haver barreira, seja de uma dogmática tecnicista⁹⁴⁷, seja de um positivismo fundamentalista⁹⁴⁸. Neste sentido, o negócio fiduciário, nos termos em que fazemos a sua apresentação, representa um progresso para o Direito das Coisas e para o princípio da tipicidade, já que responde a uma realidade em que os meios de produção não são baseados numa economia agro-pastoril e escravagista própria da sociedade romana antiga, não são assegurados pelo campo através da agricultura de modelo feudal próprio da sociedade germânica, nem são aqueles que tinham por finalidade a abolição da propriedade «burguesa» e

⁹⁴⁴ Orlando de Carvalho, *Direito das ...*, ob. cit., pág. 21.

⁹⁴⁵ Maria Costanza, “Numerus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale”, *Studi in onore di Cesare Grassetti*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1980, pág. 423 seg.

⁹⁴⁶ José Adelino Maltez, *Sobre o Tempo que Passa*, 1ª ed., Chiado Editora, 2011, pág. 17.

⁹⁴⁷ Referências que Orlando de Carvalho faz sobre Heck, em que lhe é atribuído uma «tecnologia» ao construir a sua doutrina sobre o Direito das Coisas e um relativismo individualista que lhe imputa. Relembre-se que foi Heck o cultor da Jurisprudência dos Interesses. Cfr. *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, Vol. I, cap. III, Coimbra, 1967, pág. 789, nota nº 157.

⁹⁴⁸ Fernando Bronze, *Lições ...*, ob. cit., pág. 279 seg. (toda a 10ª lição).

na superação da propriedade privada, própria dos ideais comunistas. O negócio fiduciário é resultante da combinação entre a autonomia privada com os valores de protecção dos interesses dos cidadãos próprios de um Estado Social. A par desta solução, há que ter em atenção a função sócio-económica dos bens para a satisfação das necessidades das pessoas, cujo dinamismo não se compece com a estrutura estática do Direito das Coisas e do princípio da tipicidade. A transferência de um direito de propriedade (direito real) ao fiduciário para a realização de um determinado fim no interesse do fiduciante só ocorre quando o Direito e o princípio referidos acompanham o dinamismo da vida.

SECÇÃO II

NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS PARA ADMINISTRAÇÃO

Assim, para além das modalidades que serão referidas com maior cuidado porque mais conhecidas no universo jurídico lusófono, importa falarmos de outras cuja importância não é subalterna. Desde logo, o negócio fiduciário pode ser utilizado para contornar as situações de interdições e inabilitação, institutos que entram em conflito com a protecção dos direitos fundamentais, nomeadamente, com a liberdade individual. Como é sabido, esta temática está relacionada com a capacidade civil, um dos direitos fundamentais da pessoa humana. A tutela e a curatela são institutos que servem para substituir as pessoas naquelas situações em que estas não podem actuar pessoal e autonomamente, porque se mostram incapazes de governar as suas pessoas e os seus bens.

As causas⁹⁴⁹ que estão na base deste impedimento e, por isso, a necessidade de intervenção de um terceiro, o curador ou o assistente, nem sempre são aceites com bondade pelas famílias. Declarar que alguém é portador de anomalia psíquica, é habitual pródigo ou abusa do uso de estupefacientes, pode levar as famílias e até mesmo o visado a uma situação de sentimento desagradável relacionado com o receio da desonra, com a sensação de perda da dignidade ou da falta de valor pessoal.

⁹⁴⁹ Como é sabido, a lei determina como causas da interdição (art. 138º CC) a anomalia psíquica, surdez-mudez e a cegueira. Quanto a interdição (art. 152º CC), as mesmas já citadas mas que não sejam graves, acrescidas da habitual prodigalidade, o uso de bebidas alcoólicas e de estupefacientes.

A enumeração das causas da interdição e inabilitação levantam problemas no sentido de se saber se estamos perante uma enumeração taxativa ou meramente exemplificativa. Raúl Guichard Alves, “Alguns aspectos do instituto da interdição”, *Revista de Direito e Justiça*, Vol. IX, Tomo 2, pág. 141, e Heinrich Ewald Hörster, *Parte Geral do Código Civil Português, Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 333, são a favor da ideia de que a lei expende de forma taxativa as causas da interdição, defendendo este último autor que “ (...) compreendendo-se que ela apenas seja possível com um fundamento legal inequívoco. Deste modo, a enumeração das causas ou pressupostos contidos no art. 138º do Código Civil deve considerar-se exaustiva e não susceptível de ser ampliada por via de analogia. Existe, pois, um *numerus clausus* de causas ou fundamentos; também de um princípio de tipicidade ou taxatividade legal se poderá falar a este propósito”. Já A. Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, I, Parte Geral, Tomo III, Pessoas, 2ª ed. 2007, Almedina, pág. 467, defende que o que consta da lei é simples enumeração exemplificativa.

Da nossa parte, enveredamos pela solução de Menezes Cordeiro, pois a experiência da vida vem demonstrar que há casos de doença prolongada (ou de acidentes de viação ou de trabalho) que não levam a anomalia psíquica mas a uma debilitação física que impossibilita a pessoa de poder fazer uma gestão da sua pessoa e dos seus bens por períodos longos ou, não sendo longo o período, é urgente que outra pessoa, pela natureza dos negócios, v. g., seja necessário fazer-se a gestão continuada dos mesmos.

Nestas situações a *fiducia* é um mecanismo que pode servir de tutela às situações descritas, entregando-se os bens a um terceiro que vai gerir os bens sem necessidade de haver publicidade⁹⁵⁰ característica das decisões dos processos de interdição e inabilitação (art. 1º al. *h*) e artº 69º, nº 1, al. *g*), ambos do Código de Registo Civil). Normalmente a pessoa incumbida de administrar os bens é uma pessoa de confiança da família, que está obrigada a exercer o seu dever no interesse do beneficiário ou um profissional com experiência no ramo, como por exemplo a gestão de património alheio⁹⁵¹.

Na legislação lusa já é possível encontrarmos formas de contratação fiduciária que visam a gestão de patrimónios, como é o caso das sociedades gestoras de patrimónios regulada pelo Dec. Lei nº. 163/94, de 4 de Junho, cuja actividade gestora é alargada a subscrição, aquisição e alienação de valores mobiliários, bem como a aquisição, oneração e alienação de direitos reais sobre imóveis e outros, conforme o disposto no art. 6º. Igualmente encontramos ao nível da actividade regulada pela Comissão de Valores Mobiliários – art. 332º e seg.

1 - O mandato sem representação

O mandato sem representação configura o exemplo legal (art. 1180º CC) e paradigmático de uma relação de mandato fiduciário de gestão em que o mandatário age em nome próprio mas no interesse do mandante⁹⁵². É um instituto que, na voz de Pessoa Jorge, “vem responder a certas necessidades sociais perfeitamente dignas de protecção legal”⁹⁵³. Esta figura jurídica tem inspiração no direito romano que era um contrato do direito das gentes e tinha por fundamento a boa fé e a confiança nas partes. O *mandatum* era um contrato consensual e bilateral imperfeito, pois o mandante encarregava o mandatário da missão de realizar de forma gratuita (com o passar do tempo podia ser remunerada através de um

⁹⁵⁰ Existe a obrigatoriedade de dar publicidade através de um jornal da instauração da acção. A sentença deverá também ser publicitada no jornal mais lido na respectiva circunscrição judicial, nos termos do art. 945º do CPC.

⁹⁵¹ Heinrich Hörster, *Parte...*, ob. cit., pág. 334, quanto à posição das decisões que “o tribunal decide não em função do pedido da acção mas no interesse do interditando”.

⁹⁵² Sobre esta temática e melhores desenvolvimentos, veja-se Fernando Pessoa Jorge, *O Mandato sem Representação*, Almedina, Coimbra, 2001; Pedro Pais de Vasconcelos, *A Procuração Irrevogável*, Almedina, Coimbra, 2001, Manuel Januário da Costa, *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, Almedina, Coimbra, 1989; Inocêncio Galvão Telles, *Mandato sem representação*, CJ, 1983, Tomo III, pág. 7; Pires de Lima e Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora.

⁹⁵³ *Mandato sem representação*, ob. cit., pág. 100.

salarium – D. 17, 1, 10, 9) uma actividade que podia ser no interesse do mandante, de terceiro ou deste e do mandatário⁹⁵⁴.

O mandato sem representação é uma das modalidades do contrato de mandato regulado pelo art. 1155º e seguintes do CC, que o define como sendo o “contrato pelo qual uma das partes se obriga a praticar um ou mais actos jurídicos por conta da outra”, o que leva a considerar que sempre que uma pessoa não pretenda ou até não possa praticar determinado acto jurídico, poderá encarregar outrem para sua realização e que os efeitos jurídicos dos actos praticados venham a repercutir-se na esfera jurídica do mandante.

A definição legal não é bastante para extrair todas as características que podem favorecer uma clara diferenciação entre mandato com ou sem representação. O legislador preferiu ordenar um conjunto de normas contendo disposições gerais sobre o mandato e outras específicas sobre o mandato com representação e do mandato sem representação. É desta última que nos vamos ocupar. Somos de entendimento que o regime do mandato sem representação está *vocacionado*, em princípio, para ser aplicado do negócio fiduciário. Dissemos em princípio porque o regime jurídico do mandato sem representação estabelece um conjunto de orientações e directrizes que podem disciplinar um negócio que é socialmente típico, por isso, legalmente atípico.

Conforme o sentido extraído da norma do art. 1180º, o mandatário actua *in nomine proprio*, adquirindo direitos e assumindo obrigações resultantes dos actos praticados, quer para administrar, cobrar, adquirir ou alienar, sendo que os efeitos jurídicos se vão repercutir na sua esfera jurídica e o mandante verá os direitos adquiridos pelo mandatário instalados na sua esfera através de um outro negócio autónomo de transmissão⁹⁵⁵. Nada obsta, entretanto, que os direitos adquiridos pelo mandatário venham a ser retransmitidos a um terceiro, desde que esta tenha sido a vontade declarada no contrato de mandato. Da conjugação do citado art. 1180º com o art. 1157º conclui-se que o mandatário não é representante do mandante, pois e como já se referiu, o mandatário age em nome próprio, não em nome do mandante, pelo que é o mandatário quem adquire os direitos e assume as obrigações, ficando investido na qualidade do titular de tais direitos por força dos actos praticados no exercício do mandato, os quais

⁹⁵⁴ Santos Justo, *Breviário ...*, ob. cit., pág. 188.

⁹⁵⁵ M^a Vaz Tomé, “Sobre o Contrato de Mandato sem Representação e o Trust”, *ROA*, Vol. III, 2007.

passam a integrar a sua esfera jurídica e patrimonial⁹⁵⁶. Voltaremos a falar dela no Capítulo X, Secção IV, sobre a natureza jurídica do negócio fiduciário.

2 - Mandato para administrar

No mandato para gestão, o mandatário é investido na propriedade de um bem, que pode provir do mandante ou de terceiro, mas no interesse do mandante, para o administrar e os resultados económico-jurídicos destes actos vão-se repercutir na esfera jurídica do mandante, que os transferirá para o mandatário assim que cessar a convenção. Assim mesmo acontece com a relação fiduciária. O fiduciante transfere para o fiduciário um determinado bem ou direito para que este o administre. A obrigação de administração constitui a finalidade ou a afectação da transferência do património fiduciário.

Discute-se na doutrina que tipo de poderes tem o fiduciário para administrar os bens fiduciados. A resposta parece não ser difícil de elaborar: todos os poderes necessários para uma boa gestão dos bens ou direitos fiduciados, respeitando os interesses do beneficiário conforme o *pactum fiduciae*.

Como referido a propósito dos deveres fiduciários, *maxime* dever de lealdade, falamos de alguma aproximação da gestão de negócios com a figura da *fiducia*, na medida em que o dever de defesa do interesse do fiduciante deve ser exclusivamente defendida pelo fiduciário, mesmo que em face de soluções alternativas sobre as medidas a serem tomadas. Neste sentido, Martin Löhning defende a tese segundo a qual o contrato de gestão de negócios (*Geschäftsbesorgungsvertrag*) corresponde a uma integração de uma lacuna que o direito civil não previu: o contrato fiduciário (*Treuhandvertrag*)⁹⁵⁷.

2.1 – Mandato para cobrar

Esta modalidade de mandato implica sempre a presença do mandato para administrar.

O desenvolvimento da actividade económica está a provocar especialização em alguns sectores, por exemplo, no campo da consultoria jurídica, comercial ou contabilística com o fim

⁹⁵⁶ Assim andou a jurisprudência lusa. Acórdão do *STJ* de 11-05-2000; *STJ* de 21-01-2003.

⁹⁵⁷ *Treuhand*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pág. 135-136.

de se conseguir uma boa gestão de activos. Assim, quando alguém é titular de um crédito, pode contratar com uma entidade a cedência do direito de crédito para que a administre e faça a sua cobrança. No ordenamento lusitano podemos indicar o que consta do Estatuto da Ordem dos Advogados que no art. 1º, nº 6, al. *b*), admite que os advogados possam desenvolver negociações “tendentes à cobrança de créditos”, bem com o acórdão do *STJ* de 20 de Março de 2012, que admitiu que determinadas sociedades comerciais tenham como objecto social a cobrança e gestão de créditos. Num parecer sobre a legalidade de uma sociedade comercial ter como objecto social a actividade de cobrança de dívidas e gestão de cobrança de créditos, o Instituto de Registos e Notariado considerou não violador da lei.⁹⁵⁸

2. 2 – Mandato para adquirir

I. O mandatário compromete-se a adquirir um bem ou direito por conta e no interesse do mandante, devendo transmitir ao fiduciante ou a terceiro nos termos do acordo fiduciário. Antes deve receber do mandante os montantes suficientes para o cumprimento do mandato, constituindo a transmissão do património. Este montante é, regra geral, dinheiro, representativo do valor exacto ou aproximado do bem a adquirir. Também títulos de crédito podem assumir esta função, nomeadamente o cheque, onde se ordena ao portador o pagamento do preço do bem a adquirir⁹⁵⁹. O acto jurídico da retransmissão opera devolvendo o dinheiro (ou o cheque) ao mandante, caso não se opere a aquisição, ou entregando ao mandante o bem ou direito adquirido.

II. Tradicionalmente as empresas têm na sua estrutura orgânica departamentos que em exclusivo se dedicam à tesouraria ou a outros serviços administrativos, cuja função principal é efectuar pagamentos a fornecedores. Hoje, com o desenvolvimento tecnológico, bem como da contratação em massa, o mercado foi desafiado no sentido de responder a estes novos fenómenos. A nova organização empresarial possibilitou o nascimento do contrato de *confirming* ou contrato de gestão de pagamentos a fornecedores. Em bom rigor, não foi uma

⁹⁵⁸ Estes exemplos estão já identificados na pág. 252, notas de rodapé nºs 791 e 798.

⁹⁵⁹ I. Galvão Telles, *Manual dos ...*, ob. cit., pág. 193-194.

resposta a um fenómeno novo, pelo contrário, correspondeu a uma resposta à grandeza e complexidade das necessidades de um mundo consumista e global⁹⁶⁰.

O contrato de *confirming* não surgiu como uma construção doutrinária, jurisprudencial ou legislativa. É denominado na actividade de comércio internacional *Reverse Factoring* ou *Supply chain financing*, é uma modalidade de optimização de pagamentos através de entidades financeiras. Em Espanha surgiu com bastante êxito como marca registada em nome de *Santander Factoring S.A.*, desde o passado ano 1993, como forma de evitar confusão com os “Serviços administrativo-financeiros prestados a empresas na gestão de pagamentos a fornecedores”⁹⁶¹. Há quem entenda o *confirming* como um serviço e há quem a defina como um contrato. Esta aparente confusão surgiu na base da expansão da figura em Espanha⁹⁶² para mais tarde ser recebida na lusofonia⁹⁶³. O que é assente é que, a figura é muito utilizada no Direito Bancário e é o contrato através do qual determinado empresário contrata uma instituição financeira para que, exercendo a sua actividade no âmbito da cadeia produtiva, realize o pagamento das suas dívidas aos fornecedores de forma antecipada ou no vencimento das mesmas.

Os sujeitos do contrato de *confirming* são, em primeiro lugar, o empresário que é cliente da entidade financeira (também tratada como entidade *confirming*), cuja qualidade requerida é ter um número considerável de fornecedores e por esta via um volume de pagamentos que lhe atribuam honorabilidade económica. Há aqui uma restrição à liberdade de escolha do sujeito contratual, porque apenas interessa à entidade financeira quem, devido ao elevado volume de pagamentos, é susceptível de prever com razoável segurança que o *confirming* será rentável. O outro sujeito do contrato é a entidade financeira – artº 4º, al. b), e) e h) do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras – que podem ser de três tipos: bancos, outras entidades de crédito e as sociedades financeiras. Por fim, existem os fornecedores, mas estes não são, em rigor contratual, parte ou sujeito contratual, pois os

⁹⁶⁰ Antunes Varela, *Das Obrigações ...*, ob. cit., pág. 229, entende que foram as “exigências do desenvolvimento económico” que se foi implantando “contratos importados de países economicamente mais evoluídos”.

⁹⁶¹ Maria Isabel Grimaldos Garcia, “El contrato de Confirming”, *Revista Jurídica, Región de Murcia*, Fundación Mariano Ruiz Funes, nº 34, 2003, pág. 83, nota 3, deu a explicação contida em texto e retirou-a do Boletín Oficial de la Propiedad Industrial, I, 1 mayo 1993, pág. 10282.

⁹⁶² Pulido Fernandez, “El confirming”, *Boletín Económico de ICE*, nº 2559, 1997, pág. 61 seg. Manuel Romera, “Confirming o Factoring: dos modalidades para eliminar riesgos”, *Estrategia Financiera*, nº 181, 2002, pág. 56 seg.

⁹⁶³ O contrato está a ser largamente utilizado por entidades bancárias: *Confirming On Time Millennium bcp*; *BPI Confirming*, entre outros.

fornecedores para aparecerem a actuar no contrato de *confirming* é porque este já existia, sendo a entidade financeira quem convida os fornecedores a aceitar a realização do pagamento dos valores. Esta operação apenas é executável quando o fornecedor ceder os seus créditos a entidade de *confirming*, pelo que, apenas o cliente-empresa e a entidade de *confirming* são sujeitos do contrato.

Devido a especialização que as diversas sociedades comerciais vão ganhando nos diversos mercados em que actuam, levou a considerar o *confirming* como uma vantagem para a empresa, cliente da instituição financeira que, se liberta dos custos burocráticos, com os encargos administrativos⁹⁶⁴, mandatando o Banco a gestão de pagamento aos seus fornecedores, ficando apenas com a responsabilidade de seguir com o seu objecto social⁹⁶⁵. Para os fornecedores, cliente beneficiário, o contrato de *confirming* representa um factor de segurança, pois terá o seu crédito pago por uma entidade financeira na data do seu vencimento ou antecipando-o, bastando que a entidade financeira o comunique que recebeu instruções do empresário para proceder ao pagamento de determinado grupo de crédito, normalmente representado por facturas. Além da já citada vantagem de gestão de tesouraria e com o controlo/redução dos custos administrativos, se fortalece a relação de confiança entre empresário e fornecedores⁹⁶⁶.

III. O contrato de *confirming* representa aquele tipo de contratos complexos, onde o conjunto de deveres vem de tal forma graduado que o seu raio de relações fiduciárias se revela marcante. Desde logo, a entidade financeira apenas actua sob instruções do cliente-empresário e, por este facto, actua por conta e no interesse deste. O serviço de gestão de pagamentos apenas é realizado pela entidade financeira só quando o seu cliente ordenar. Esta actividade engloba o seguinte *iter* de actuação: registo das dívidas/créditos, elaboração das ordens de pagamento, assinatura de cheques, controlo dos custos, bem como gestão de contas bancárias, havendo clara separação das contas (segregação patrimonial) dos clientes e da entidade financeira, que realiza também um serviço de financiamento ao cliente-empresário, também chamado *confirming de financiamento*, através do qual são adiantados montantes financeiros

⁹⁶⁴ Martinez Fedi, “El confirming”, *Finanzas y Contabilidad*, Vol. 24, 1998, pág. 30 seg.

⁹⁶⁵ Garcia Chanchez, “ El contrato de confirming, un producto financiero desde la óptica contable”, *Actualidad Financiera*, n° 4/99, 1999, pág. 50 seg.

⁹⁶⁶ Garcia Sole, “El confirming: una nueva técnica financiera”, *La Ley*, 1984 – 4, pág. 1529 seg.

para que a dívida seja integral e antecipadamente satisfeita, contra a obrigação do cliente-empresário restituir os montantes adicionados à uma taxa de juro acordada com a entidade financeira. Por fim, o serviço de financiamento aos fornecedores. Como referimos, o contrato de *confirming* é um contrato complexo. A gestão de pagamentos realizada pela entidade financeira não se esgota, na maioria esmagadora das vezes, no financiamento do seu cliente-empresário; ele engloba os efeitos jurídicos da antecipação de pagamento aos clientes-fornecedores⁹⁶⁷. A entidade financeira pode também, em nome próprio e por conta do cliente-empresário, convencionar com os fornecedores o pagamento posterior à data do vencimento das facturas contra o pagamento de juros. O que ocorre é o acesso que o fornecedor tem a um crédito automático e desprovido de burocracia que dispensa a obrigatoriedade de oferecer elementos de garantia⁹⁶⁸.

Podemos sintetizar que o contrato de *confirming* é um serviço de gestão dos pagamentos aos fornecedores e outros serviços convencionados e com aqueles relacionados ao cliente-empresário, através do potencial técnico e tecnológico fornecido pelas entidades financeiras que chama a si a responsabilidades, ainda que consideradas acessórias, e que actua em nome próprio (e algumas vezes em nome da empresa) e por sua conta da empresa⁹⁶⁹. É um contrato que não tem regulamentação legal específica, mas nada obsta que a sua prática comercial leva a considera-lo tipicamente social.

⁹⁶⁷ Garcia Sánchez, “El contrato de confirming...”, *ob., cit.*, pág. 74 seg.

⁹⁶⁸ Garcia Sanchez, “El contrato de confirming...”, *ob., cit.*, pág. 72 seg.

⁹⁶⁹ Luís Pestana de Vasconcelos, *Dos Contratos de Cessão Financeira (Factoring)*, STVDIA IVRIDICA, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 1999. A propósito do contrato de *factoring*, mais precisamente sobre a operação e estrutura do mesmo contrato, nomeadamente, sobre as teses reducionistas da causa do contrato de cessão financeira, respondendo a doutrina de Nuzzo, afirma que “se não se deve marginalizar o serviço de gestão e cobrança de créditos face à concessão de adiantamentos ou assunção do riscos dos créditos cedidos, também não se deve esquecer que estas representam igualmente função importantes na economia do contrato. A acentuação de um ou outros desses serviços far-se-á sempre de acordo com as condições conjunturais de cada economia, bem como das necessidades específicas do facturizado”. Adianta dizendo que “por outro lado, é difícil ver no factor um simples mandatário da sua contraparte, com poderes de cobrança dos créditos cedidos; ao cobrar os créditos, o ente financeiro actua como verdadeiro titular dos mesmos. A não ser que se aceite, neste caso, uma titularidade fiduciária do factor relativamente a esses direitos”, pág. 179. Julgamos que essa justificação serve bem para a defesa de que a entidade de *confirming* actua como mandatário com os poderes de uma titularidade fiduciária.

2. 3 – Mandato para alienar

Nos termos deste modelo, o mandante transfere um bem para a esfera do mandatário para que este o aliene a terceiro⁹⁷⁰. O mandato *ad alienandum* não deixa de conter as características próprias do mandato para administrar, pois pensamos que quem vem alienar de terceiros alguns bens nos termos definidos no pacto fiduciário, tem de tomar todas as providências para que o respectivo bem não perca o seu valor, o seu *quantum* da substância. O fiduciário, ao actuar *proprio nomine*, mas no interesse do fiduciante, conforme o *pactum*, deve retransmitir o produto da contraprestação da alienação ao mandante/fiduciante. A exigência de que a administração deva ser feita no interesse e por conta do mandante, tem a ver com utilidade e intenção da gestão, que deve estar de acordo com o interesse firmado no acordo⁹⁷¹.

É imprescindível que se invista na titularidade fiduciária do bem para que este possa alienar a terceiro, principalmente naquelas situações que está em causa a alienação de bem imóvel ou móvel sujeito a registo, em que o alienante tem de ver inscrito registralmente em seu nome a aquisição obtida do mandante, nos termos do comando do art. 9º do Código do Registo Predial, e assim garantir a legitimidade dos direitos adquiridos.

3 - A gestão de valores mobiliários

O Código de Valores Mobiliários é o conjunto de várias normas regulamentares do mesmo Código, que criaram um sistema normativo que determina o regime jurídico aplicável a toda a actividade relativa aos valores mobiliários⁹⁷². A gestão dos valores mobiliários é considerada assegurada quando o valor mobiliário for criado através da sua materialização em forma de representação pelo mecanismo da emissão dos títulos ou da sua inscrição em registo.

⁹⁷⁰ Não pretendemos entrar na discussão doutrinal à volta da estrutura do mandato para alienar. De resto, já marcamos a nossa posição. Defendemos a tese segundo a qual para o mandatário poder alienar é necessário que o mandatário seja proprietário fiduciário do bem, pois o resultado financeiro da alienação vem inscrever-se na esfera proprietária do mandatário e depois este vai transferir para o mandante. Para mais desenvolvimento, Pestana de Vasconcelos, *A Cessão...*, ob. cit., pág. 255-262. Igualmente Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, 4ª ed. Coimbra Editora, 2002, pág. 194-195 e Castro Mendes, *Teoria geral do direito civil*, Vol. II, AAFDL, Lisboa, 1985, pág. 167.

⁹⁷¹ Menezes Leitão, *A Responsabilidade do Gestor Perante o Dono do Negócio no Direito Civil Português*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 189 seg.

⁹⁷² Veja-se como André Figueiredo, na sua já citada obra *O Negócio ...*, pág. 405 e seg., expõe de forma detalhada as situações jurídicas que incidem sobre os valores mobiliários. Desde a sua circulação, o seu registo, titularização, a intermediação, etc.

Tradicionalmente, o mercado de valores foi considerado como um «espaço sem intermediação», pois registava-se um contacto directo entre os investidores/aforradores e os emitentes/captadores de investimento de fundos, mas esta constatação não pode deixar perder de vista o facto relevante de que por de trás deste encontro directo há a realização de uma actividade de prestação de serviços de intermediação sem a qual o êxito esperado e a execução do investimento não seriam possíveis⁹⁷³. Perante a crescente modernização dos mercados e dos instrumentos financeiros bem como a emissão, aquisição e alienação destes instrumentos à escala global, tiveram se der criados mecanismos de controlo que fossem capazes de acompanhar esta modernização, oferecendo ao mercado e aos seus intervenientes segurança jurídica nas suas transacções⁹⁷⁴. Assim, ficou obrigatório a intervenção do intermediário financeiro (art. 206º, nº 1 do CVM), tornando-o parte integrante da organização e exercício da titularidade mobiliária através de prestação de serviços de registo e depósito relativos a valores mobiliários (art. 291º, al. a) e art. 325º, nº 1 CVM). Fazendo parte da organização e da sua actividade qualquer investidor para ter acesso aos sistemas de liquidação (art. 267º CVM), deve fazê-lo obrigatoriamente na presença do intermediário financeiro que é a entidade habilitada à sua recepção ou execução (art. 290º, nº 1, al. a) e art. 325º nº 1). Por razões de segurança, eficiência das operações que o mercado regista e estabilidade nas transacções económicas, a figura do intermediário financeiro impôs-se⁹⁷⁵. Neste âmbito, é de considerar estar no âmbito das actividades de intermediação financeira o contrato de gestão de carteira, que, nos termos do art. 290º, conjugado com o art. 289º, nº 1 do CVM, são considerados “serviços e actividades de investimento em instrumentos financeiros”⁹⁷⁶.

⁹⁷³ Paulo Câmara, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pág. 345.

⁹⁷⁴ André Figueiredo, *Negócio...*, ob. cit., pág. 364 seg., expende a ideia de que o processo da passagem do expediente de alienação ou oneração da grande quantidade de valores mobiliários representados em papel, que de muitos inconvenientes se apontavam era o facto de que apresentavam elevados “riscos de natureza operacional e jurídico”. A *oportunidade da informática* – itálico no original – potenciou o processo de mitigação ou até a eliminação da incontornabilidade da representação em papel, pois a informática como corolário do desenvolvimento tecnológico trouxe o registo em conta e os valores mobiliários, e avantajou-se no âmbito das operações no mercado: “a emissão, transmissão e oneração de valores mobiliários parecem por isso estar simplesmente dependentes de uma simples inscrição na conta”. Mas estas vantagens não conseguem esconder uma realidade mais complexa: hoje os mercados que enfrentam grande fluxo de liquidez e, por isso, maior tráfego mobiliário, e estão ainda constituídos por complexas “redes de processos e intervenientes, que pressupõe a sobreposição de sucessivas «camadas» de registos em conta (...) e que, afinal, nem sempre prescindem do papel”.

⁹⁷⁵ André Figueiredo, *O negócio ...*, ob. cit., pág. 367-368.

⁹⁷⁶ Para mais desenvolvimentos da natureza do contrato de gestão de carteira, veja-se Manuel Carneiro da Frada, “Crise Financeira Mundial e Contratos de Gestão de Carteiras”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, RFDUL, Edição Especial, Coimbra Editora, 2010, pág. 468 seg.

Os intermediários financeiros⁹⁷⁷ que actuam em nome próprio devem ser pessoas colectivas com natureza empresarial, nos termos do art. 293º CVM. Os intermediários financeiros não devem ser confundidos com os consultores para investimento em valores mobiliários, que podem ser pessoas singulares ou colectivas (art. 294º, nº 4 e 301º CVM. Por isso, a actividade do intermediário financeiro desenvolve-se através de um contrato de intermediação financeira que, nos termos da lei empresariais, por existência de uma ligação entre o contrato e a empresa⁹⁷⁸, e de prestação de serviços, tendo em atenção que a actividade de intermediação financeira são os serviços e as actividades de investimento em valores mobiliários, os serviços auxiliares dos serviços e das actividades de investimento, a gestão de instituições de investimento colectivo e o exercício das funções de depositário dos valores mobiliários que integram o património dessas instituições, conforme expende o art. 289º CVM. Estes serviços são prestados pelo intermediário, enquanto profissional, a favor do seu cliente, mas vinculado às regras do mercado, traduzem verdadeiros contratos de prestação de serviços.

Não tem sido unânime a consideração do contrato de intermediação financeira como um contrato de natureza fiduciária, aliás, já nos referimos que o negócio fiduciário ainda apresenta muitas questões, umas de fundo e outras de pormenor que reclamam problematização. Somos, no entanto, adeptos da ideia de que a relação existente entre o intermediário financeiro e os seus clientes é uma especial relação de confiança.

4 – O mandato para administração; em especial para suprir incapacidades nos países da *civil law*.

Não é de estranhar que em países com a nossa cultura da *civil law* não se tenha desenvolvido figuras próximas às dos anglo-americanos no sentido de suprir-se incapacidades

⁹⁷⁷ Esta terminologia tem a sua herança, na explanação de André Figueiredo, no direito inglês e estadunidense onde os valores mobiliários são, na maioria parte dos casos, integrados e noutros depositados em centrais de custódia, que registam a participação dos intermediários financeiros e as «*casas de investimento*». Estes, por sua vez, intermedeiam aqueles valores mobiliários por conta de clientes, de forma directa ou em sucessivos patamares. Resultou, assim, a chamada titularidade intermediada de valores mobiliários, que em inglês se diz «*intermediated holding of securities*» ou «*intermediated securities*». *Ob. cit.*, pág. 365.

⁹⁷⁸ José A. Engrácia Antunes, “*Contratos Comerciais*”, em *Direito e Justiça*, Volume Especial, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, 2007, pag. 25

de vária ordem, mesmo admitindo que existem novas formas de famílias⁹⁷⁹, indagando se estas constituiriam para as novas realidades novas formas de terapia, procurando estudar com conclusões elucidativas sobre a necessidade de novas formas de protecção da vida, do património e de outras situações jurídicas cuja transmissão não devam ficar “encalhadas” no processo sucessório positivado actualmente. É assim que assistimos a regulamentação do sistema de acolhimento familiar, das suas condições e riscos e da vinculação dos menores a estas famílias de acolhimento⁹⁸⁰.

Perante um conjunto de novas realidades, o Conselho Europeu emitiu uma Recomendação nº (99) 4 que os Estados membros adoptassem medidas alternativas às que tradicionalmente eram utilizadas para a protecção dos incapazes adultos⁹⁸¹. Visando responder a situações que não eram simplesmente particulares mas uma preocupação social, o Conselho Europeu preferiu adoptar um conceito funcional de incapacidade capaz de, através de medidas flexibilizáveis⁹⁸² e ligadas a situação concreta da pessoa⁹⁸³, oferecer respostas eficazes aos efeitos perniciosos da incapacidade sem ferir os aspectos ligados a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade

Outras ordens jurídicas da *civil law* têm ensaiado mecanismos para superar estas dificuldades⁹⁸⁴ e, como exemplo que aqui se pode apontar, é a publicação de um estudo

⁹⁷⁹ *Novas Formas de Família*, Ana Paula Relvas e Madalena Alarcão (Coords.), Quarteto, Lisboa, 2002.

⁹⁸⁰ Fátima Tribuna/ Ana Paula Relvas, “Famílias de Acolhimento e Vinculação na Adolescência”, in *Novas Formas ...*, ob. cit., pág. 53-119.

⁹⁸¹ Cfr. Conselho da Europa, “Recommendation N° R (99) 4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles Concerning the Legal protection of incapable adults, an introduction in particular to part V Interventions in the health field”, *European Journal of Health Law*, Vol. 7, nº 3 (2000), pág. 333-235.

⁹⁸² Como sabemos, as medidas actuais, constantes no Código Civil ligadas as incapacidades, apresentam-se muito rígidas, incapazes de serem eficazes em todos os casos que se aplicam. A flexibilização que a Recomendação do Conselho sugere é no sentido de que as medidas a serem aplicadas caibam a cada caso concreto, pois a forma de reacção às causas de incapacidade diferem-se de pessoa para pessoa, segundo a sua idade, a sua robustez física, ao grau de incapacidade, ao nível da sua capacidade económica, dos serviços de saúde que rodeiam o incapaz, a uma infinidade de situações que o legislador não tem capacidade para as prever e regular.

⁹⁸³ As medidas devem sempre serem capazes de preservar a capacidade restante da pessoa em concreto e procurar maximizar o grau de autonomia que tem, assim as mesmas devem obedecer aos princípios da subsidiariedade, proporcionalidade e da autonomia privada. O primeiro funciona no sentido de que as regras sobre incapacidade devem sempre ser chamadas quando a vontade do próprio incapaz não for suficiente para regular a sua situação; o segundo impõe que as medidas a serem tomadas e a necessidade de haver um espaço de autonomia do incapaz seja ponderado; o terceiro resulta do respeito absoluto pela vontade do incapaz. Se ele preferir **A** como administrador dos seus bens não se lhe pode recusar ou impor **B**.

⁹⁸⁴ Alberto Muñoz Fernández, “Los poderes preventivos o de protección en el Código civil español”, *Las Nuevas Herramientas de Protección Jurídico-Privada de las Personas Dependientes – Un Estudio Comparado*, ICS, Universidad de Navarra, Thomson Reuters, 2014, pág. 44, o autor demonstra a sua preocupação com a falta de institutos jurídicos que visam a protecção de pessoas incapacitadas e critica dizendo que “até datas recentes o Direito tem sido pouco criativo no momento de estabelecer medidas” tendente à protecção dos incapazes.

comparado sobre “novas ferramentas de protecção jurídico-privada de pessoas dependentes”⁹⁸⁵. Mais uma vez vamos fazer uma breve ronda por algumas ordens jurídicas.

II. Em França o legislador encontrou uma solução que, embora estando consagrado a tutela e a curatela, instituiu a figura da *sauvegarde de justice*, através da loi n° 68-5, de 3 de Janeiro de 1968⁹⁸⁶, e que se mantém até aos nossos dias, mas objecto de algumas alterações objecto da reforma ao direito de protecção dos adultos elaborada através da *Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007*, cuja vigência deu início a 1 de Janeiro de 2009. Nos termos do art. 433° e seguintes do *Code*, podem estar sujeitos à *sauvegarde de justice* os indivíduos maiores de idade que devam ser protegidos na prática dos actos da sua vida, em consequência da alteração das faculdades mentais, debilidade ou fragilidade devido à idade. O regime desta figura determina também que a medida de protecção jurídica é temporária – de duração de um ano, podendo ser renovável – e pode ser de auxílio, quando o incapacitado necessite de ser representado para a prática de determinados actos⁹⁸⁷.

Apesar de podermos considerar como moderna a solução apresentada pelo legislador francês no ano de 1968, entendeu ainda assim introduzir novas reformas ao regime jurídico dos maiores com capacidade diminuída. Na sequência, minimizou a abrangência da tutela e da curatela privilegiando as medidas de protecção menos atentatórias da dignidade da pessoa humana, passando as medidas relativas à tutela e curatela a serem tratadas de forma subsidiária. Com a publicação da citada Lei n° 2007-308, de 5 de Março, que alterou muitas disposições do *Code*, criou uma nova figura jurídica: mandato de protecção futura – art. 477° e seguintes. Através desta é possível que uma pessoa defina para o futuro que alguém possa vir a cuidar de si (dos seus interesses pessoais) e dos seus bens conjuntamente ou apenas definir individualmente uma ou até dispor que um mandatário faça a gestão dum negócio em especial, e há a possibilidade do mandante determinar a existência de mais do que um mandatário, especificando a cada um a sua área de actuação⁹⁸⁸.

⁹⁸⁵ Coord. Alberto Muñoz Fernández, ICS, Universidad de Navarra, Thomson Reuters, 2014.

⁹⁸⁶ Esta lei foi introduzida através da *Reforma de Carbonnier*. Para mais informação, Jean Carbonnier, *Droit civil: Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Vol. I (Paris: Quadrige/PUF, 2004), pág. 656 seg.

⁹⁸⁷ Cristina de Amunátegui Rodrigues, “Los poderes preventivos: un apunte sobre su reciente regulación en los códigos civiles español y francés”, en *Família y discapacidad*, Coor. Sílvia Diaz Alabart, Madrid, 2012, pág. 39-41

⁹⁸⁸ Annick Bateau, *Droit des personnes, des familles et des majeurs proteges*, 4^a édition (Paris: L.G.D.J., 2009), pág. 474 seg.

É um mecanismo que afasta a intervenção judicial, porque esta é normalmente morosa e publicista, e aplica-se a partir do momento em que as alterações das faculdades do mandante se registam, no entanto, tendo em atenção a protecção da pessoa, o indivíduo com capacidade diminuída deverá ser sempre ouvido sobre a medida a ser decretada e sobre a pessoa do mandatário. Este deverá sempre ter em consideração as decisões do mandante em matéria de saúde, habitação e outras de carácter muito pessoal e, por isso, o mandato deverá ser revisto de cinco em cinco anos.

O *mandant de protection future* é constituído através da estrutura da figura do mandato, devendo, por isso, respeitar a suas regras que estão estabelecidas do Código Civil – art. 1984 a 2010. Assim, o *mandant de protection future* é livremente revogável, não sendo exigível uma forma específica, nem é necessário que o mandatário seja notificado da decisão do mandante.

Devido a esta figura e à reforma de 2007, e ainda por influência do trust introduzido na ordem jurídica francesa por meio da Convenção de Haia, surgiu a *fiducie*. Esta foi já considerada “como um excelente método de administração de bens dos incapazes de exercício de direitos”⁹⁸⁹.

II. Na Itália também se procedeu a uma reforma sobre a incapacidade de maiores de idade e, através da Lei nº 6/2004, de 9 de Janeiro, criou a figura do administrador de apoio que foi recepcionado pelo Código Civil, provocando alterações ao regime da interdição e da inabilitação⁹⁹⁰. A lei estabeleceu como sua finalidade primária a tutela das pessoas desprovidas de forma total ou parcial de autonomia no desempenho das suas actividades quotidianas, através de apoio temporário ou permanente⁹⁹¹, de sorte que o sujeito com capacidade diminuída não perde a sua capacidade total, apenas é reduzida ou atenuada em atenção a determinados actos.

O que se pode retirar desta lei é a preocupação com a socialização do sujeito com capacidade diminuída, operando sempre no sentido de minorar a estigmatização, a sua

⁹⁸⁹ M^a J. Carreiro Vaz Tomé/ Diogo Leite de Campos, *A propriedade fiduciária (trust). Estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina, Coimbra. 1999, pág. 242.

⁹⁹⁰ Karl A. Von Sachsen Gessaphe, “La legge tedesca sull’assistenza giuridica e la programmata riforma della legge italiana in materia di interdizione e di inabilitazione”, in *Família Quaderni – La Riforma dell’interdizione e dell’inabilitazione*, Vol. I, 2002, pág. 67 seg.

⁹⁹¹ É o que consta do preâmbulo da lei.

protecção e, para tal, ao juiz foi-lhe dado o poder de escolher quem melhor protege o sujeito de forma a que a sua capacidade seja restringida ao mínimo possível para que não fique sem espaço social⁹⁹². Desta feita, o juiz pode revogar a medida de protecção, quando as medidas não estejam a cumprir com o seu fim, ampliar ou restringir o seu objecto e determinar o limite temporal durante a qual a medida vai funcionar⁹⁹³. A *amministrazione di sostegno* foi uma figura jurídica que o legislador italiano criou com o intuito de que servisse de um modelo geral de protecção, limitando de forma significativa o campo de aplicação da interdição e da inabilitação⁹⁹⁴.

Aquando da recepção do *trust* na Itália, que levou a doutrina a discussões aceras sobre a sua compatibilidade com a ordem jurídica interna⁹⁹⁵, surgiu, por proposta legislativa⁹⁹⁶, um tipo de *trust* cuja finalidade era a protecção de pessoas com algum tipo de deficiência⁹⁹⁷. A utilização da estrutura do *trust* para criar um instrumento *in favore di soggetti deboli* visou não apenas proteger os interesses desta pessoa com capacidade diminuída mas também, como acontece na Inglaterra, institucionalizar através de um fundo fiduciário que permanentemente esteja ao serviço de protecção especial de sujeitos com necessidades. O legislador italiano chamou a esta figura “*fondo fiduciario in favore di soggetti deboli*” e os seus beneficiários são os menores de idade, os maiores de 75 anos, as pessoas com deficiência, doentes afectados por patologias crónicas físicas ou psíquicas, toxicodependentes e alcoólatras⁹⁹⁸. É um *trust* semelhante ao *charitable trust*, pois “há fundo fiduciário quando um sujeito, dito disponente, transfere bens ou direitos para uma ou mais pessoas ou para um ente (...), dito fiduciário, para que gira, aplique ou disponha em benefício de um ou mais *soggetti deboli* ou de uma ou mais categorias de *soggetti deboli*”⁹⁹⁹.

⁹⁹² Leonardo Milone, “Il disegno di legge n° 2189 sull’amministratore di sostegno”, in *Família Quaderni – La Riforma dell’interdizione e dell’inabilitazione*, Vol. I, 2002, pág. 110 seg. Veja-se também Paolo Cendon, “La tutela civilistica dell’infermo di mente” in *La riforma dell’interdizione e dell’inabilitazione*, Salvatore Patti (ed.), Giuffrè editore, Milano, 2002, pág. 30.

⁹⁹³ Giovanni Bonilini, “Compiti dell’amministratore di sostegno”, in *L’amministrazione di sostegno*, Giovanni Bonilini/Augusto Chizzini (ed), Cedam, Padova, 2004, pág. 167.

⁹⁹⁴ Paolo Cendon, “un altro diritto per i soggetti deboli, l’amministrazione di sostegno e l’avita di tutti i giorni”, in *L’amministrazione di sostegno*, Milano: Milano, 2005, pág. 55.

⁹⁹⁵ Laura Santoro, *Il Trust ...*, ob. cit., pág. 68 seg.

⁹⁹⁶ Projecto de lei n° 5494, de 4 de Dezembro de 1998, baptizada como “proposta Paissan”.

⁹⁹⁷ Paula Távora Vitor, *A Administração ...*, ob. cit., pág. 275 seg.

⁹⁹⁸ Paula Távora Vitor, *A Administração ...*, ob. cit., pág. 275 seg.

⁹⁹⁹ Paula Távora Vitor, *A Administração ...*, ob. cit., pág. 276.

Na Itália surgiu uma outra figura cujo fim é assegurar a gestão de bens que o de cujos pretendeu destinar a um determinado(s) beneficiário(s). O mandato *post mortem* tem sido admitido com certa largueza pela jurisprudência, com fundamento de que tem realizado uma função substancialmente alternativa ao testamento. O Código Civil italiano, no art. 1723, n° 2, determina que o mandato não se extingue por morte do mandante e que o fim transmissivo do bem depois da morte do beneficiário não opera recorrendo-se necessariamente ao testamento. Esta posição foi alvo de várias críticas, mas por *sentenza* da Corte da Cassação ficou determinado que o encargo conferido a um terceiro para exercer a vontade do de cujos pode ser realizado de três modos: através do mandato *mortis causa*; do mandato *post mortem*, e do mandato *post mortem exequendum*¹⁰⁰⁰.

A forma de operacionalizar o mandato *post mortem* é através da modalidade da *fiducia cum amico*: regista-se a transferência dos bens ao fiduciário ficando convencionado que depois da morte do fiduciante aquele transferirá o bem à pessoa indicada por este¹⁰⁰¹.

III. Em Espanha o legislador criou a “Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad”, Lei n° 41/2003, de 18 de Novembro. A incapacidade é avaliada segundo critério que a própria lei define, beneficiando quem tem o grau de incapacidade psíquica superior a 33%, por isso, não é definidor que a incapacidade ou deficiência seja capaz de impossibilitar alguma autonomia pessoal, deve considerar-se que a deficiência que determina a incapacidade esteja prevista numa tabela para o efeito criada que gradua a incapacidade e é a referência que deve ser seguida pelo órgão competente para declarar a incapacidade, mesmo se não ocorrerem os pressupostos da incapacidade judicial previstos do Código Civil, *maxime*, do art. 200°¹⁰⁰².

Os beneficiários da lei são os menores de idade ou jovens com incapacidade física ou psíquica e, com mais restrições, os idosos e os que podem estar abrangidos *ad futurum*. É um mecanismo de protecção sobre a incapacidade dos filhos ou de familiares sob dependência de alguém¹⁰⁰³.

¹⁰⁰⁰ Sandro Merz, *La Transmissione Familiare e Fiduciaria della Ricchezza*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2001, pág. 718-732.

¹⁰⁰¹ Sandro Merz, *La Transmissione ...*, ob. cit., pág. 731.

¹⁰⁰² Paula Távora Vítor, *A Administração ...*, ob. cit., pág., 278 seg.

¹⁰⁰³ Isabel Zurita Martín, *Protección Civil dela Ancianidad*, Madrid, Dykinson, S. L. 2004, pág. 280, *apud* Paula Távora Vítor, ob. cit., pág. 279.

Para concretização do fim que o legislador se propôs com a lei, estabeleceu a instituição de separação de património, sendo que este é submetido a um regime de administração e supervisão específico, ficando, por isso, vinculado à satisfação das necessidades da pessoa com incapacidade¹⁰⁰⁴. A massa de bens e direitos que passarem a estar ao serviço de um fim determinado constitui um património de destinação, de sorte que o mesmo é inatacável pelos credores da pessoa que dá o destino dos bens, respondendo apenas por dívidas próprias¹⁰⁰⁵, apesar da lei não fazer qualquer referência ao património de afectação, qualificando-o como património protegido (exposición de motivos de la Ley 41/2003, Apartado II), cuja protecção perante terceiros é fraca, o que não acontece com a separação patrimonial do *trust*.

A constituição do património protegido vem regulado no art. 3 da referida lei, começando por assinalar as pessoas com legitimidade para a constituição do mesmo património. Em primeiro lugar, a própria pessoa com incapacidade e beneficiária do mesmo; em segundo lugar, os pais tutores ou curadores quando o beneficiário não tenha capacidade de exercício; Em terceiro lugar, o *guardador de hecho* de uma pessoa com incapacidade psíquica poderá constituir em benefício deste um património protegido com os bens que seus pais ou tutores tenham deixado como herança; por último, qualquer interessado com legitimidade para o fazer, solicitando à pessoa incapaz, quando esta não for total e no caso inverso aos seus pais ou tutores, a constituição de um património protegido¹⁰⁰⁶.

Segundo a ordem de pessoas com legitimidade para requerer a constituição do património protegido, ela constitui-se através de decisão judicial ou por documento público, onde deverá constar o rol dos bens e direitos que de início constituem o referido património, que podem ser já os que constem da titularidade do beneficiário ou ingressados a título gratuito por qualquer pessoa interessada, mas com conhecimento judicial; as regras de administração e fiscalização do património, que será realizado nos termos do art. 5 da Lei; a prestação de contas a ser feita junto do Ministério Público, a quem cabe a supervisão a da

¹⁰⁰⁴ Murillo de Salas, *Hacia una visión de los mecanismos jurídico-privados de protección en matéria de discapacidad*, Zaragoza, 2010, pág. 212 seg.

¹⁰⁰⁵ Joaquín Díaz-Cañabate Garrigues, *Negócios fiduciários en el Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, 1978, pág. 82.

¹⁰⁰⁶ Luís Diéz-Picazo e António Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, pág. 261.

administração (art. 7); determinar o fim a dar aos bens que foram dados ao património protegido em caso da sua extinção, nos termos do Código Civil e do art. 2.2 da Ley (art. 6.1).

Quando a administração é exercida por pessoa diferente do beneficiário, o administrador é equiparável a representação legal e para a validade e eficácia da prática dos actos necessários à administração dos bens afectos aos património protegido será dispensável a autorização ou outro acto da mesma natureza dos pais ou tutores. Com o fim de proteger o beneficiário, a representação legal do património deve ser averbada no registo civil. Este registo será para todos os bens, sejam bens em que a lei obriga o registo, seja a titularidade sobre bens imóveis ou de outro direito real sobre os bens que fazem parte do património protegido, deverão constar no registo de propriedade mencionando-se no mesmo a qualidade do administrador e tal registo efectua-se a favor do beneficiário. Toda a situação jurídica em volta do património protegido deverá ser anotada no registo correspondente (art. 8.1 e2)¹⁰⁰⁷.

A doutrina espanhola tem defendido a existência de outra figura jurídica que visa a protecção dos incapazes maiores de idade: o mandato de protecção¹⁰⁰⁸. Não é uma posição que o legislador tenha claramente definido, mas a doutrina tem-se socorrido do preâmbulo da lei, nomeadamente, à “exposición de motivos” da Ley 41/2003 para daí extrair a intenção do legislador em realizar pequenas alterações ao Código Civil introduzindo novas figuras. Mas a recepção desta figura logo levantou problemas de ordem técnica. O CC determina no seu art. 1732º que o mandato se extingue pela incapacidade superveniente do mandante. Para ultrapassar esta dificuldade¹⁰⁰⁹ considerou-se que o mandato serviria como medida preventiva que seria mais útil para pessoas que, estando numa situação de previsibilidade de deterioração do seu estado de saúde física ou mental, transfira determinados poderes seus, por serem detentores de um volume de património considerável ou de negócios com certa complexidade cuja gestão é recomendável a uma pessoa de confiança e com competência no ramo do negócio, criando assim um “regime provisional” ou “provisório” de defesa dos seus interesses não confrontando com o regime do mandato, maxime, a disposição do artº 1732 CC¹⁰¹⁰.

O artigo que vimos citando, no seu último parágrafo, diferencia dois tipos de mandato sem, no entanto, lhes atribuir um *nomen iuris*, mas cuja outorga visa atingir um objectivo

¹⁰⁰⁷ Luís Díez-Picazo e António Gullón, *Sistema de ...*, ob. cit., pág. 262-264.

¹⁰⁰⁸ Alberto Muños Fernández, “Los poderes ...”, ob. cit., pág. 43-67. E. Arroyo Amayuela, «Del mandato “ordinário” al mandato “de protecção”», *Revista Jurídica del Notariado*, nº 49, 2004, pág. 16 -17.

¹⁰⁰⁹ Cristina de Amunátegui Rodríguez, *Incapacitación y Mandato*, La Ley, Madrid, 2008, pág. 196 seg.

¹⁰¹⁰ Alberto Muños Fernández, “Los poderes ...”, ob. cit., pág. 48.

protector: aquele cuja produção dos efeitos jurídicos não dependam de uma condição, com a indicação expressa de que o mandato não se extinguirá caso o mandante se torne incapaz e o outro em que os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes iniciem a sua produção quando o mandante se torne incapaz, nos exactos termos expostos por ele¹⁰¹¹. No primeiro caso estaríamos perante um “*mandato con subsistencia de efectos*”¹⁰¹² e, no segundo, “*mandato con poderes de protección*”¹⁰¹³.

Por último fazer uma referência, mesmo que brevíssima, a uma figura que o Direito espanhol vem desenvolvendo: o guarda de facto (*guardador de hecho*). É uma figura reconhecida e praticada na vida real que vem ganhando sinais *de iure* com a intervenção do legislador, nomeadamente, com a legitimação do guardador em constituir património protegido – Ley 41/2003, de *Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad* – e pela Ley 39/2006, de *Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*. Na sociedade espanhola, a figura está a ser muito utilizada e a sua expansão está a levar a que em alguns casos este actue por conta do guardado, mesmo não sendo seu representante. No entanto, apesar das referências feitas às leis, na verdade não existe uma regulamentação sobre esta figura o que, de *lege ferenda* deverá ser feito o seu reconhecimento legal¹⁰¹⁴.

IV. Na Alemanha, por força de correntes psiquiátricas muito influentes, foi aprovada a Lei para a Reforma do Direito de Tutela e Curatela para maiores de idade, que revogou os anteriores regimes sobre tutela e curatela de pessoas maiores, suprimindo a figura da incapacidade, fixando-se um único regime: a *Betreuung* ou assistência, reguladas no BGB

¹⁰¹¹ Alberto Muñoz Fernández, “Los poderes ...”, ob. cit., pág. 53.

¹⁰¹² V. M. de Luna Cubero, «Poderes preventivos», en *III Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Logroño, 7-8 Mayo, 2009, pág. 65.

¹⁰¹³ M. A. Martínez García, «Apoderamientos preventivos y autotutela», en R. Martínez Die, (dir), *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 115-148.

¹⁰¹⁴ Para mais desenvolvimentos veja-se Ascensión Leciñena Ibarra, *La guarda de hecho de las personas mayores*, Thomson Reuters, Madrid, 2014. No primeiro capítulo da sua obra a autora explica que o fenómeno do envelhecimento, ao desenvolvimento de novas técnicas e procedimentos terapêuticos criou um novo fenómeno: a existência de uma sociedade bastante envelhecida que necessita de cuidados especiais. Está a ele associado o facto de que com o envelhecimento há cada vez maior sinal de que estas pessoas vão perdendo a sua autonomia pessoal.

nos art. 1896 a 1908¹⁰¹⁵. A reforma teve em vista um pendor mais humanista, pois veio atribuir maior garantia aos direitos, nomeadamente ao exercício dos seus direitos e a sua autodeterminação, bem como a posição jurídica dos incapacitados físicos ou psíquicos perante outros entes jurídicos de tal sorte que imperou, na elaboração da reforma, o princípio da necessidade¹⁰¹⁶, através do qual o assistente (*Betreuer*) apenas actuará a favor do incapacitado naquelas situações em que se demonstrou que era impossível proteger os seus interesses de outra maneira¹⁰¹⁷.

A assistência é decretada judicialmente a requerimento do interessado ou officiosamente quando chegue ao tribunal o conhecimento da existência de alguma situação de necessidade de protecção especial, que são a incapacidade física, psíquica ou mental que impossibilitem que o sujeito se dedique de forma total ou parcial de tratar os assuntos da sua vida. Nada obsta que o incapacitado proponha a alguém que desempenhe o cargo de assistente, devendo o juiz respeitar esta proposta, salvo quando a proposta possa indiciar um resultado contrário aos interesses do incapacitado – § 1896 II, BGB. As competências do *Betreuer* devem estar bem delimitadas pela decisão judicial que decreta a assistência, que podem ter um âmbito limitado aos bens do incapacitado ou a determinados bens, ou apenas dirigir-se a cuidados da pessoa incapacitada ou em ambos os casos¹⁰¹⁸.

Pode acontecer que nenhum parente chegado ou pessoa íntima do meio familiar esteja disponível a exercer a função de assistente. Nestes casos o juiz poderá nomear um trabalhador de uma instituição de assistência e assim cuidar assistido e deverá ser remunerado por um fundo público. O BGB determina que nestes casos a remuneração destes profissionais corre a cargo do património do assistido e só na falta deste pelo erário público. O importante aqui é o facto de que a escolha da pessoa que exercerá as funções de *Betreuer* deve obedecer a um dos dois seguintes critérios: a indicação da pessoa que se encontre em posição mais favorável para dar resposta às necessidades e aos interesses do beneficiário/incapaz, ou a indicação da pessoa

¹⁰¹⁵ Na verdade, a reforma alemã teve por base a reforma austríaca de 1984. Em 1990 os germânicos aprovaram a reforma aos institutos da tutela e da curatela. Tais alterações se prolongaram, tendo ocorrido em 1998 (1. BtÄndG), 2005 (2. BtÄndG), 2008, (3. BtÄndG), esta última que entrou em vigor a 01 de Setembro de 2009.

¹⁰¹⁶ Volker Lipp, *Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson (Zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht)* (Mannheim: Mohr Siebeck, 2000), pág. 12 seg.

¹⁰¹⁷ Martín Garcia Ripoli Montijano, “La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo”, en *Actualidade Civil*. Dir. Xavier O’Callaghan Muñoz, nº 21, 1999-2, Madrid, pág. 557.

¹⁰¹⁸ Jochen Taupitz, “Von der entrechtenden Bevormundung zur helfenden Betreuung: Das neue Betreuungsgesetz”, *JS*, 32, nº 1 (1996), pág. 10 seg.

que não está numa posição que possa despoletar conflito de interesses. É assim entendido porque o §1895, V, BGB, apenas faz referência a importância das relações familiares e as ligações pessoais do incapacitado. Por isso, é importante a determinação do campo de actuação do *Betreuer* para depois definir a pessoa que melhor responde ao grau de exigência das tarefas a desempenhar.

V. Por sua vez, na Holanda, o Código Civil elencou duas formas de protecção para os adultos com incapacidade: a tutoria de protecção (mentor), dirigida para as questões do foro pessoal, regulada no Título 1 – 2º do Livro 1, cujo epígrafe é “Direito da pessoa e da Família (arts. 01:450 a 01:461) e a administração fiduciária, que visa tutelar as situações económicas e patrimoniais da pessoa, regulada no Título 1 – 19 do Livro 1 sobre o “Direito da pessoa e da Família (arts. 01:431 a 01:449). O legislador holandês fundou a razão desta separação no facto de considerar não ser possível que uma pessoa com dificuldades físicas e/ou psíquicas fosse capaz de cuidar de forma independente e cabal dos seus próprios interesses pessoais e patrimoniais.

A tutoria de protecção pode ser requerida pelo próprio interessado, pelo cônjuge casado ou em união de facto, os parentes consanguíneos em linha directa ou colateral até ao 4ª grau do tutor, o administrador fiduciário, o mentor (os dois últimos em caso de estarem já nomeados), a pessoa ou instituição de gestão de saúde pública ou o Ministério Público. O requerimento pode ser dirigido nas situações em que não está em curso a causa que dá origem a decisão judicial, mas basta que seja de esperar que num futuro próximo o adulto fique numa situação pessoal em que necessitará de medidas de protecção. Como no direito alemão, aqui o juiz deverá atender ao pedido do interessado para a escolha do mentor ou administrador fiduciário, salvo, se a escolha for atendida, possa vir prejudicar os legítimos interesses do protegido.

As funções do tutor/mentor ou administrador fiduciário devem ser as de representar o adulto em todos os actos relacionados com os seus cuidados, tratamento médico e todo o apoio relativo à sua pessoa, com excepção daqueles que, pela sua natureza, não cabem neste tipo de representação. No aspecto patrimonial, o administrador deve praticar os actos de gestão dos activos e património do adulto de forma eficiente, promovendo o máximo de rendimento possível, aplicando os deveres de cuidado, diligência e lealdade. Está obrigado a prestação de

contas perante o juiz nos termos em que esteja determinado pela sentença que o nomeou, podendo ser responsável (assim como o tutor) perante o adulto, pela falta de cumprimento dos seus deveres. Por sua vez, o adulto ficará obrigado a indemnizar o tutor e o administrador pelos gastos realizados pelo exercício da função e em remunerá-los através dos seus recursos económicos em quantidade a ser determinada pelo juiz em sede da sentença que determinou as medidas de protecção, sempre que o adulto tenha recursos que permitam tal decisão.

VI. Na lusofonia falta dar um passo em frente e é urgente cobrar dos respectivos legisladores e da jurisprudência uma acção mais progressista.

No regime do Código Civil português e também angolano, as incapacidades de pessoas maiores de idade são reguladas pelos institutos da interdição, inabilitação e incapacidade accidental. O regime jurídico oferecido por estes institutos é de tal forma rígido que desde a sua consagração legal manteve a sua operacionalidade até aos dias de hoje. São institutos que não acompanharam as alterações sociais que influenciam de forma muito profunda a vida das pessoas. O envelhecimento arrasta consigo o nascimento de doenças degenerativas e estas trazem problemas ligados a perda ou diminuição da capacidade das pessoas. Estes institutos já não oferecem segurança jurídica nas questões relativas a administração dos bens do maior incapacitado¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁹ Pais de Vasconcelos, admite que o negócio fiduciário pode ser “muito útil como alternativa ao esquema rígido da tutela e curatela”. Devido as questões de ordem subjectiva, nomeadamente o poder, receio de exposição das situações de droga, alcoolismo e outras das famílias, bem como os efeitos quase danosos do processualismo das figuras da interdição e da inabilitação, levam a considerar “a fidúcia tutelar” como uma “modalidade cum amico que se traduz na entrega da totalidade ou de parte importante do património do beneficiário a uma pessoa de confiança, geralmente um familiar, que fica incumbido de administrar esse património no interesse do beneficiário e a satisfazer a partir dele as suas necessidades”. *Os Contratos ...*, ob. cit., pág. 301.

SECÇÃO III

NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS PARA GARANTIA

Os negócios fiduciários têm servido como fonte de criação de novos tipos contratuais. Já em Roma, a criação da *fiducia cum creditore* foi com o escopo de utilizar a propriedade como meio de garantia que consistia “na transferência da propriedade de uma *res Mancipi* do devedor ou de um terceiro (fiduciante) para o credor (fiduciário), que ficava obrigado a restituí-la ao garante quando se verificasse a satisfação do crédito garantido”¹⁰²⁰.

À capacidade criadora de novos contratos, os negócios fiduciários para garantia “permitem alargar o âmbito muito apertado das garantias típicas”¹⁰²¹, e não é sem razão que se tem dito que assistimos a um “relativo naufrágio das garantias reais”¹⁰²².

Assim podemos ilustrar como exemplos os casos relativos às acções das sociedades anónimas¹⁰²³. Não faremos referência às acções como representação da participação social mas naquelas situações em que ocorre uma deslocação fiduciária de uma sociedade anónima para a esfera de titularidade do seu credor¹⁰²⁴. No entanto, para melhor explicar esta situação fiduciária, não deixaremos de referir aquela posição fiduciária representativa da participação social. Acontece que certos credores (normalmente uma instituição financeira) necessitam de ver a sua posição reforçada na assembleia-geral ou, pelo menos, estar em condições de exercer ampla influência sobre os demais accionistas com poder de voto, para assegurar que o seu crédito será saldado. Para que este desiderato ocorra é necessário que as acções da sociedade anónima devedora se transfiram ao credor fiduciário e este pode assim participar nas

¹⁰²⁰ Alberto Vieira Cura, “*Fiducia cum creditore*”, BFDUC, Coimbra, 1991, pág. 1 seg.

¹⁰²¹ Pais de Vasconcelos, *Contratos...*, ob. cit., pág. 299.

¹⁰²² Menéres Campos, *A Reserva de Propriedade: do vendedor ao financiador*. Coimbra Editora, 2013, pág. 26, citando Philippe Simler.

¹⁰²³ O art. 1º do CVM faz uma enumeração taxativa de valores mobiliários, onde inclui as acções. O Código do Mercado de Valores Mobiliários, artº 3º, nº 1, al. a), define valores mobiliários como “as acções, obrigações, títulos de participação e quaisquer outros valores seja qual a sua natureza ou forma de representação, ainda que meramente escritural, emitidos por quaisquer pessoas ou entidades, públicas ou privadas, em conjuntos homogéneos que confirmam aos seus titulares direitos idênticos e legalmente susceptíveis de negociação num mercado organizado”. Esta definição foi alvo de várias discussões, primeiro porque havia contradição entre o CVM (art. 1º, nºs 1 e 2) e o CMVM (art. 1º nas diversas alíneas), depois porque a doutrina se dividiu. Oliveira Ascensão, por força do ajuste legal, saiu de uma definição para outra – vide em *O actual conceito de valor mobiliário* (em Direito dos Valores Mobiliários, Vol. III, Coimbra Editora, 2001, pág. 42) para *O novíssimo conceito de valor mobiliário* (em Direito dos Valores Mobiliários, Vol. VI, Coimbra Editora, 2001, pág. 139 e seg.)

¹⁰²⁴ Cfr. Pais de Vasconcelos, *Contratos...*, ob. cit., pág. 300.

operações diversas sobre as acções e ter sua quota de responsabilidade sobre o sucesso ou insucesso da mesma. As acções enquanto valores mobiliários podem ser escriturais ou tituladas, conforme o Código de Valores Mobiliários. Quanto a última, a que a lei designa indiferentemente por títulos (art. 46º, nº 1 *in fine* CVM e art. 304º CSC), por acções (art. 298º CSC) ou por valores mobiliários titulados (art. 101º CVM), é incorporada num documento circulante que deve conter determinadas menções obrigatórias para valer como acção e a forma de representação destas acções determina a aplicação de um regime diferenciado quanto à forma de organização. Assim, as acções tituladas podem estar depositadas em sistema centralizado, podem estar depositadas num intermediário financeiro fora de sistema centralizado, ou podem não estar depositadas nas duas formas referidas, as que se chamam valores mobiliários vivos.

Com estas três formas de organização supõe-se a existência de liberdade de forma, no entanto, há vezes que a lei impõem uma determinada forma, por exemplo, a exigência de depositar no sistema centralizado, nos casos das acções estarem admitidas a negociações em mercado regulamentado (art. 99º, nº 2, al. *a*) CVM), ou naqueles casos em que toda a emissão está representada por um único título, chamado título global, e a sociedade não pretenda depositar em sistema centralizado, a lei (art. 99º, nº 2, al. *b*) CVM) impõe o seu depósito num intermediário financeiro. Perante estas situações, o credor apenas estará seguro se participar directamente destas operações, tomando conhecimento directamente da forma de organização e assim saber com relativa segurança o seu valor de transacção.

1 - Mandato de crédito

I. Não é demais fazer um recuo histórico às origens romanas e recordar que o *mandatum* esteve sempre relacionado com a ideia de *amicitia*, que encarnava todas as relações sociais e, como tal, trespassava um significativo número de instituições jurídicas¹⁰²⁵.

A doutrina tem considerado o mandato de crédito como uma garantia, cuja origem provém do *mandatum pecuniae credendae*, considerada uma das modalidades do mandato para que pessoalmente fosse garantido um crédito¹⁰²⁶. Terá surgido na época do direito

¹⁰²⁵ Maria José Torres Parra, *El Mandato de Crédito como Garantía Personal*, Dykison, Madrid, 1998, pág. 47.

¹⁰²⁶ José Carlos Moreira Alves, *Direito ...*, ob. cit., pág. 430-431. A. Santos Justo, *Direito...*, ob. cit., pág. 165. Enrique Rubio Torrano, “El mandato de credito (a propósito de la Ley 526 de la Compilación navarra)”, defende

clássico com o labor do pretor e da jurisprudência, tendo sido já chamada *mandatum qualificatum*¹⁰²⁷. Através dela se estabelecia um encargo para uma pessoa, mandante, que dava a outra, mandatário, para emprestar determinada quantia em dinheiro ou quantidade de coisa fungível a um terceiro beneficiário.

A estrutura desta relação aponta para a existência de três partes, o mandante, o mandatário e o terceiro beneficiário/devedor. No processo da sua execução registava-se a existência de dois negócios diferentes¹⁰²⁸:

a) um mútuo, entre o mandatário e o terceiro, cuja tutela residia na *actio ex mutuo*, pelo facto de ser um contrato real de mútuo;

b) outro, o mandato entre o mandante/garante e o mandatário/credor do mútuo, cuja sua segurança residia no facto de poder demandar o mandante através da *actio mandati contraria* para ser indemnizado da lesão criada pelo não cumprimento do mandato, e porque constituía um contrato consensual de mandato.

Por isso, tem-se defendido que por força desta estrutura, o *mandatum pecuniae credendae* pode ser entendido como uma garantia aceite pelo mutuante, que toma a forma de um mandato através do qual o mandante encarrega o mandatário para que este faça a entrega como mútuo de uma quantia em dinheiro a um terceiro, mutuário, de tal forma que o mandatário passa a ser credor do terceiro e o mandante o garante da obrigação mutuária¹⁰²⁹. Está aqui a demonstração da operacionalização dos contratos consensuais e a demonstração das grandes virtualidades do princípio da autonomia privada, ou seja, da liberdade de assumir pactos legítimos¹⁰³⁰.

que “o *mandatum pecuniae credendae* constitui um dos casos estranhos que foram produzidos ao longo da história das instituições jurídicas, cujas raízes estão no Direito Romano, que desapareceram e voltaram a aparecer em textos articulados de alguns dos mais novos códigos civis europeus”, pág. 102, in www.navarra.es/appsext/.../default.aspx?...RJ... Consultado a 14 de Maio de 2015.

¹⁰²⁷ José Carlos Moreira Alves, *Direito ...*, ob. cit., pág. 430. A. Santos Justo, *Direito ...*, ob. cit., pág. 165.

¹⁰²⁸ José Carlos Moreira Alves, *Direito ...*, ob. cit., pág. 431. A. Santos Justo, *Direito ...*, ob. cit., pág. 165.

¹⁰²⁹ Maria José Torres Parra, *El mandato de ...*, ob. cit., pág. 48.

¹⁰³⁰ É assim na medida em que, no art. 405º CC, vem implícito o subprincípio da liberdade de conformação do contrato, que significa que as partes podem atribuir às normas contratuais o conteúdo que lhes aprover. Assim, as partes têm a liberdade de concluir contratos nos termos dos tipos previstos e regulados na lei; podem ainda concluir contratos diferentes dos tipos a que lei prevê e regula, bem como concluir contratos cuja composição é a reunião das regras aplicáveis de dois ou mais contratos tipificados na lei. Esta liberdade deixa de ser

É uma figura muito aproveitada no âmbito do direito bancário, cuja estrutura e função económica pode ser assim descrita: é um contrato através do qual um sujeito – um banco – se obriga perante outro sujeito – mandante – por quem se atribui o encargo de conceder um crédito a um terceiro beneficiário. Apesar de ser a área predilecta de utilização, não podemos deixar de parte a sua regulamentação no Código Civil. Assim, o art. 629º, nº 1, define-o como sendo “aquele que encarrega outrem de dar crédito a terceiro, em nome e por conta do encarregado, responde como fiador, se o encargo for aceito”. Quando o mandatário recebe e aceita o encargo de conceder um crédito, é porque está a actuar segundo as ordens do mandante e segundo a sua vontade, e apenas acontece assim porque o mandante é, e continua a ser durante a execução do contrato, o seu *dominus*¹⁰³¹. Podemos distinguir duas situações que ocorrem: a) o mandato inicial de crédito que depois de ser executado pelo mandatário circunscreve a responsabilidade do mandante como a do fiador; b) mandato de crédito próprio em que o mandante apenas responde nos exactos termos em que cabe o *quantum* indemnizatório do mandatário que concedeu o crédito, pois o âmbito da fiança – art. 631º – não deve exceder a dívida principal e a fiança deve ter o conteúdo da obrigação principal e cobrir as consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor – art. 634º CC¹⁰³².

II. No ordenamento jurídico português o mandato do crédito vem regulado na secção relativa à fiança, fazendo parte das garantias especiais das obrigações, portanto, uma garantia pessoal típica. Este é um dos motivos que tem levado parte da doutrina a considerá-la como uma modalidade ou espécie da fiança¹⁰³³. Para nós, o mandato de crédito é um verdadeiro

legitimamente exercida se, entre outras, violar o disposto no artº 280º e seguintes do CC. Para mais desenvolvimentos, veja-se Pires de Lima/ Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, ob. cit., pág. 355 seg., Menezes Cordeiro, *Tratado ...*, ob. cit., pág. 391 seg. Joaquim de Sousa Ribeiro, “O contrato hoje: função e valores”, em *Direito dos contratos*, ob. cit., pág. 35-56.

¹⁰³¹ A. Pinto Monteiro/ Júlio Gomes, “Sobre as cartas de conforto na concessão de crédito”, in *Ab Uno ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, 1998, pág. 413-467. Os autores explicam que “o mandatário deve, na concessão do crédito, agir de modo a que este sirva ou satisfaça os escopos do próprio mandante. Esta «proeminência» do interesse do «mandante» promissário explica a faculdade de revogar o «mandato», o que é só coerente «com uma filosofia do instituto que coloca o aceno na exigência de garantir a mais completa correspondência entre o êxito de operação e a utilidade do promissário». Em posição contrária defende José A. Engrácia Antunes, *Direito dos contratos comerciais*, Almedina, Coimbra 2009, pág. 544, nota 1066, não concordando que o mandato de crédito seja uma modalidade do mandato civil ou comercial, pois a figura prevista no art. 629º CC o «mandatário» actua sempre exclusivamente por conta própria.

¹⁰³² Almeida Costa, *Direito das Obrigações ...*, ob. cit., pág. 827.

¹⁰³³ Pires de Lima/ Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, 2007, pág. 647. Exprimem os autores que “rigorosamente, não deveria falar-se, neste caso, em *mandato*, já que o mandatário, nos termos do artigo 1157º, age por conta do mandante e não por conta própria” – anotação nº 1 – apoiando haver

mandato e a regulamentação aí constante deve ser aplicada ao mandato de crédito, sendo que a normas aplicáveis à fiança são supletivas. Como bem afirmou Biondi¹⁰³⁴, o mandato de crédito não é mais do que a aplicação do mandato e segue o seu regime jurídico.

Se fizermos uma pequena ronda por alguns dos ordenamentos jurídicos europeus, verificaremos que a figura em estudo está mais próxima do mandato do que da fiança: o §778 do BGB determina que “quem confere a outro o mandato de conceder crédito a um terceiro em nome próprio e por conta própria, responde como fiador perante o mandatário pela obrigação do terceiro nascida da concessão do crédito”.

Na Itália, o *Codice Civile* de 1942 estabelece no seu art. 1958º que “se uma pessoa se obriga perante outra, que lhe conferiu o encargo a conceder crédito a um terceiro, em nome e por conta própria, aquele que deu o encargo responde como fiador de uma dívida futura ...” e no artigo seguinte determina que “uma vez aceite o encargo, as condições patrimoniais de quem o conferiu ou do terceiro atingiram níveis difíceis para a satisfação do crédito, aquele

aqui uma fiança, mesmo que não expressa. Pedro Romano Martinez/ Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantia de cumprimento*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág. 113, entendem que “mas, na realidade, apesar dos pontos de contacto e do emprego do termo «mandato», na figura ora em apreço não se está verdadeiramente perante um contrato de mandato (...)” e que “no fundo, o mandato de crédito corresponde a uma garantia pessoal” para depois dizer, em forma conclusiva, que “a fiança resultante do mandato de crédito tem como fonte a lei e não a vontade declarada das partes nesse sentido”. Em sentido contrário podemos citar Manuel J. da Costa Gomes, *Assunção Fideijussória de Dívida*, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 485, que não considera o mandato de crédito uma fiança. Nas suas palavras diz que “o negócio mandato de crédito não se pode reconduzir ao negócio fiança é também claro: a causa do mandato de crédito é a concessão de crédito e não uma causa garantia”. Igualmente, André Navarro Noronha, *As cartas de conforto*, Coimbra Editora, 2005, pág. 150, defende o mandato de crédito como um verdadeiro mandato. Para ele “ (...) a causalidade entre o mandato de crédito e a concessão deste que nos explica que o mandato mantenha o controlo da operação, a qual é feita às suas ordens e ao serviço da sua vontade e do seu interesse, com a consequente faculdade de o mandante das instruções sobre a modalidade e os termos do crédito a conceder”. Por fim, há quem entenda que o mandato de crédito não é um mandato nem uma fiança é uma figura autónoma, cfr., Luís M. Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, 3ª reimp., da 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pág. 110-111, e exprime-se assim em defesa da sua tese: “Não se trata de um verdadeiro mandato, porque embora o encarregado se obrigue a praticar um acto jurídico, actuando em nome próprio, o que poderia apontar para o mandato sem representação, a verdade é que actua por conta própria e não por conta do autor do encargo (...)” e adianta, “também não estamos face a uma verdadeira fiança (...de uma obrigação futura, de todo o modo, uma vez que o contrato de crédito donde emergirá a obrigação garantida ainda não foi celebrado)”. Finaliza dizendo que “a caracterização do mandato de crédito como uma figura autónoma relativamente, quer ao mandato, quer à fiança, não significa que as posições destes dois contratos não se lhe possam aplicar, naqueles pontos em que a lei não tenha estabelecido para esta figura um regime particular”. Esta é uma posição próxima a Almeida Costa. Defende o autor que “não se trata de um autêntico contrato de mandato, tal como é definido e disciplinado nos art. 1157º e seg. do CC. Desde logo, o encarregado de prestar crédito age por conta própria, ao passo que o verdadeiro mandatário age por conta do mandato. Também não se trata de uma pura e simples fiança de dívida futura, dado que o autor comete a outrem o encargo de prestar crédito a terceiro. Mas parece evidente que o mandato de crédito apresenta flagrantes analogias com o contrato de mandato e com a fiança. Justifica-se, pois, o recurso às soluções consagradas para estes institutos, quanto aos aspectos que não encontrem regulamentação expressa”. *Direito das Obrigações ...*, ob. cit., pág. 846.

¹⁰³⁴ *Istituzione di Diritto Romano*, 3ª ed., Milano, 1956, pág. 432.

que tenha aceite o encargo não pode ser obrigado a cumprir. Se aplicará o disposto no art. 1956”.

Na obra *Istituzioni di Diritto Privato*, Guido Alpa¹⁰³⁵ considera o mandato de crédito como uma garantia pessoal. O texto nada diz a respeito e a explicação oferecida fica fixada na comparação do seu regime com a *fideiussione* e explica que o *Codice* disciplina separadamente a *fideiussione* do mandato de crédito, cuja função é em tudo similar. O título do capítulo (*Le garanzie personali*) onde está inserido o tema é que sugere tal conclusão.

Já em Espanha a única referência legislativa a esta figura encontra-se na *Ley 526 del Fuero Nuevo de Navarra*¹⁰³⁶, que determina o seguinte: “Quem manda outrem para que empreste uma quantidade ou conceda um crédito a um terceiro constitui-se fiador da obrigação contraída por este. O mandatário poderá libertar-se do mandato se as condições patrimoniais do mandante ou do terceiro se tornarem difíceis para a satisfação de dívida”. Constituiu a recepção, mesmo que da região de Navarra, da figura do mandato de crédito, nos exactos termos dos princípios do Direito romano justiniano¹⁰³⁷.

III. Com esta aproximação legislativa torna-se mais fácil defender que a figura em questão é um verdadeiro mandato jurídico obrigacional cujas obrigações do mandatário ficam dependentes da sua aceitação¹⁰³⁸. Dela também podemos verificar que o código português e o italiano referem as expressões “conferir o encargo” de “encarregar” de “encarregado” e a legislação alemã e a compilação de Navarra¹⁰³⁹ não fazem referência nenhuma àquelas expressões mas se socorrem a outras como “mandatário” e “mandato” cujo valor é muito marcante para indagar da natureza jurídica do instituto jurídico, podendo considerar-se mais como um *lapsus* do legislador¹⁰⁴⁰.

¹⁰³⁵ Guido Alpa, org. *Istituzioni di Diritto Privato*, a cura di Mário Bessone, 30ª ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2006, pág. 491.

¹⁰³⁶ Maria Luísa Arcos Vieira, *El mandato de crédito*, Aranzi Editorial, 1996, pág. 60 seg.

¹⁰³⁷ Maria Luísa Arcos Vieira, *El mandato...*, ob. cit., pág. 291.

¹⁰³⁸ Maria Luísa Arcos Vieira, *El mandato...*, ob. cit., pág. 226 seg.

¹⁰³⁹ Na verdade, em consequência da recessão económica que a Espanha viveu no auge da crise, que não era apenas espanhola mas mundial, o Governo decidiu, como resposta da falta de liquidez e financiamento para a economia, desenvolveu vários mecanismos para fomentar a liquidez através de medidas como as que ficaram definidas no Real Decreto Ley 4/2012, de 24 de Fevereiro, que determinou as obrigações para o pagamento aos provedores das entidades locais, resultando que em pleno século XXI uma figura jurídica não regulada no código civil mas herdada da época romana com raízes provenientes do século III, fosse utilizada com o fim último de mitigar os efeitos nefastos da crise económica.

¹⁰⁴⁰ Enrique Rubio Torrano, *El Mandato ...*, ob. cit., pág. 109.

Um dos outros problemas de enquadramento sistemático do instituto jurídico em análise é o facto de que na lei parece sugerir um mandato de gestão, pois parece que o objecto de prestação do mandatário de crédito não é a concessão de crédito a um terceiro em si mas a realização guiada por critério de diligência da gestão que visa a concessão do crédito¹⁰⁴¹.

O contrato de mandato é livremente revogável – art. 1170º CC – e qualquer das partes pode exercer este direito, a não ser que haja convenção em contrário ou renúncia ao direito. No mandato de crédito a revogação apenas ocorre enquanto o crédito não for concedido, podendo denunciar o acordo em qualquer momento, ficando, neste caso, com a responsabilidade de indemnizar pelos danos que causar com esta decisão, de sorte que o mandatário, depois de aceitar o encargo, não pode renunciar ao mandato¹⁰⁴².

IV. Em jeito de conclusão dizer que o mandato de crédito faz parte do “espaço amplo” e do “poder de irradiar normatividade” do contrato de mandato, pois “no mandato de crédito o «mandatário» recebeu e aceitou o encargo, a incumbência de conceder um crédito e, segundo uma importante opinião, «ter o encargo de conceder crédito» significa que o mandatário não deve apenas conceder o crédito ao terceiro, mas deve fazê-lo às ordens do mandante e ao serviço da vontade e do interesse do mandante”¹⁰⁴³. Há claramente a assunção de uma posição fiduciária que, mesmo sem haver transferência de titularidade sobre direito de propriedade, regista-se segregação de património, através de registo de conta, separando-se a parte monetária que diz respeito ao banco/mandatário/fiduciário e ao mandante/fiduciante do valor entregue ao beneficiário.

¹⁰⁴¹ Maria Luísa Arcos Vieira, *El Mandato ...*, ob. cit., pág. 295.

¹⁰⁴² Menezes Leitão, *Garantia das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 138.

¹⁰⁴³ António Pinto Monteiro, “Sobre as cartas de conforto na concessão de crédito” em Antunes Varela/ Diogo Freitas do Amaral/ Jorge Miranda/ J. J. Gomes Canotilho (org.), *Ab Uno ad Omnes – 75 anos da Coimbra Editora*, Coimbra Editora, 1998, pág. 413 – 467.

2 - Alienação fiduciária em garantia

A actividade financeira¹⁰⁴⁴ tem-se mostrado, desde os anos mais remotos, como o motor do desenvolvimento das economias, aconteceu o mesmo em Portugal e Angola. As garantias financeiras foram introduzidas no direito interno português por imposição da União Europeia – Directriz nº 2002/47 – que veio estabelecer o “reconhecimento dos acordos de garantia financeira com transferência de titularidade” – art. 6º. A conclusão da existência do negócio fiduciário financeiro, como negócio de garantia, pode ser assacada da interpretação do art. 14º do Decreto-Lei nº 105/2004, que faz referência aos deveres do beneficiário da alienação fiduciária¹⁰⁴⁵. Esta disposição normativa determina que antes do momento acordado para o cumprimento das obrigações financeiras garantidas, o considerado fiduciário deve: a) restituir ao prestador a garantia prestada ou objecto equivalente; b) entregar ao prestador o valor em dinheiro corresponde ao objecto da garantia, e c) libertar-se da obrigação através da compensação.

O negócio fiduciário financeiro é um *sub-tipo* do *tipo* de negócio fiduciário ordinário ou amplo, resultando que as normas de aplicação do tipo social geral devem ser “reguladas” pelo negócio fiduciário de garantia¹⁰⁴⁶. Sendo um contrato de transmissão de direitos em garantia¹⁰⁴⁷, significa que o fiduciário/credor passa a ser titular dos referidos direitos, aliás, a própria lei, no art. 2º, nº 1 al. b) e no art. 6º, expressa em termos de considerar ser um “acordo de garantia financeira com transferência de propriedade”

O negócio fiduciário financeiro é uma figura flexível e eficaz para separar bens de uma determinada sociedade para garantir um financiamento e, em caso de incumprimento, o fiduciário pode vender os referidos bens para ressarcir a dívida. No geral o tomador financeiro afecta bens ou direitos a um fiduciário – geralmente uma sociedade financeira – em benefício dos credores. Nesta figura o credor deve ser pessoa diferente do fiduciário para se evitar conflito de interesses, não podendo aquele ficar na posse dos bens dados em garantia. É um

¹⁰⁴⁴ A presente investigação gira em torno de um campo empírico pouco explorado. O que já foi feito está cheio de ambiguidades que muitas vezes se confundem devido aos cruzamentos que as matérias referidas fazem germinar a interacção constante entre o direito penal e o direito da economia. Cfr. Júlio C. Báez, *Protección del Fideicomiso Financiero*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2008, pág. 15.

¹⁰⁴⁵ O mesmo entendimento pode ser encontrado em A. Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Bancário*, 6ª ed., revista e atualizada, com colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2016, pág. 630 seg.

¹⁰⁴⁶ Pedro Pais de Vasconcelos, *Contratos ...*, ob. cit., pág. 66 seg.

¹⁰⁴⁷ Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos ...*, III, ob. cit., pág. 182 seg.

negócio que oferece uma dinâmica no campo das garantias ao transferir-se fiduciariamente a titularidade sobre os bens; se a obrigação garantida não se cumprir, o fiduciário pode afectar esses bens ao pagamento da dívida.

O contrato oferece um equilíbrio no que respeita a *fiducia*. Com efeito, o credor, enquanto beneficiário do contrato, não é parte do convénio e não adquire o bem ou os bens que compõem a garantia financeira. Os credores garantidos não exercem a administração dos bens – que é responsabilidade do fiduciário – podendo exigir a satisfação dos seus direitos.

O dispositivo legal – art. 2º, nºs 2 e 3 – designa como contrato de garantia financeira a alienação fiduciária em garantia, porque nesta há transmissão da propriedade em função da garantia, facto que o faz distinguir do penhor financeiro. Assim, tem sido normal que a doutrina¹⁰⁴⁸ e a jurisprudência prefiram adoptar a designação legal, o que não é errado. Esta figura representa, na origem, a utilização da propriedade como garantia das obrigações, que consiste na alienação de um direito ao credor, com função de garantia, podendo este utilizar a coisa para se pagar do seu crédito, mas devendo restitui-la, caso o crédito a que serve de garantia venha a ser cumprido. Hoje, todavia, é entendido como sendo o contrato de alienação em garantia em si que funciona para operacionalizar a transmissão, não necessitando de outro contrato para ocorrer os efeitos jurídicos pretendidos¹⁰⁴⁹.

Menezes Cordeiro que a “alienação fiduciária em garantia será possível desde que, em concreto, não ponha em crise a proibição dos pactos comissórios ou desde que caia no espaço de permissividade do Decreto-Lei nº 105/2004, de 8 de Maio”¹⁰⁵⁰. Ora, nos parece que não há que fazer um esforço no sentido em que o Professor de Lisboa indica, porque a referida lei estabelece as condições para que o contrato de alienação financeira em garantia seja

¹⁰⁴⁸Luís Menezes Leitão, *Garantias das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 268-276. Tiago R. de Athayde Matta, “Da garantia fiduciária no âmbito do sistema financeiro”, Coordenação: Sinde Monteiro, *Garantia das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 525-563. L. Pestana de Vasconcelos, *Direito das Garantias*, Almedina, Coimbra, pág. 533 seg.

¹⁰⁴⁹L. Pestana de Vasconcelos, *Direito das ...*, ob. cit., anot. 1530, pag. 567, faz uma advertência, fazendo apelo a uma diferenciação entre alienação em garantia em sentido estrito e em sentido amplo, nos seguintes termos: “Uma precisão. O reporte, a venda a retro, a locação financeira são modalidades de recurso à propriedade como garantia, mas não são modalidades de alienação em garantia em *sentido estrito*, tal como as caracterizamos daqui para frente em texto. Com efeito, nesses casos o facto que gera a transmissão do direito é uma compra e venda, enquanto nas alienações em garantia em sentido estrito é justamente o contrato de alienação em garantia em si, não se recorrendo a outro tipo contratual para operar a transmissão (sendo que esse negócio transmissivo poderá mesmo, como na cessão de créditos em garantia, ter um conteúdo complexo, que vá para além da transferência do direito). Claro que num sentido amplo, v.g., o reporte, a venda a retro, a locação financeira restitutiva são igualmente alienações em garantia”.

¹⁰⁵⁰*Tratado de ...*, Vol. VII, ob. cit., pág. 268.

validamente considerado. Basta que sejam cumpridos os pressupostos da lei para que os efeitos jurídicos que despoletarem sejam no sentido de considerar aquela massa de bens entregue ao fiduciário como um mecanismo que não visa privar os credores gerais do fiduciário muito menos constitui uma forma de outorga ao fiduciário/credor de um poder de fazer seu o direito sobre o bem fiduciado¹⁰⁵¹.

3 - O reporte

O Código Comercial, no seu art. 477º estabelece o conceito de reporte nos seguintes termos: “o reporte é constituído pela compra, a dinheiro de contado, de títulos de crédito negociáveis e pela revenda simultânea de títulos da mesma espécie, a termo, mas por preço determinado, sendo a compra e a revenda feitas à mesma pessoa”. No entanto, este artigo coloca uma condição de validade: no parágrafo único do mesmo artigo o legislador acresce que “é condição essencial à validade do reporte a entrega real dos títulos”.

Não é apenas o Código Comercial que trata do regime jurídico desta figura que serve de meio de crédito e de garantia. O decreto – Lei nº 105/2004, de 8 de Maio, assinala o reporte como modalidade do contrato de alienação fiduciária em garantia – art. 2º, nº 3 – e pelos efeitos da admissibilidade legal do vencimento antecipado e de compensação da obrigação de restituição do beneficiado da garantia – art. 20º.

Este contrato tem por sujeitos o reportador, pessoa singular ou colectiva, que compra os títulos e, a termo, revende os títulos da mesma espécie e, do outro lado, o reportado, que vende os títulos contra o recebimento do respectivo preço tornando a comprar, igualmente a termo, os referidos títulos. O termo referido apenas tem influência na recompra, ou seja, na primeira venda regista-se a produção imediata dos seus efeitos jurídicos, sendo que a revenda é realizada simultaneamente, no entanto, os seus efeitos apenas se registam quando o termo se verificar¹⁰⁵².

¹⁰⁵¹ L. Pestana de Vasconcelos, *Direito ...*, ob. cit., pág. 533, considera que a alienação fiduciária em garantia não é uma novidade, porque há no sistema jurídico outras figuras típicas que constituem verdadeiros negócios fiduciários.

¹⁰⁵² Cfr. L. Pestana de Vasconcelos, *Direito...*, ob. cit., pág. 526.

4 - A venda a retro

Encontramos sinais desta figura nas Ordenações Filipinas, no Livro IV, Título IV¹⁰⁵³ e era assim definida:

“Licita cousa he, que o comprador e vendedor ponhem na compra e venda, que fizerem, qualquer cautela, pacto e condição, em que ambos acordarem, com tanto que seja honesta, e conforme a 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 pola cousa vendida, até tempo certo, ou quando quizesse, a venda fosse desfeita, e a cousa vendida tornada ao vendedor, tal avença e condição, assi cordada pelas partes, val; e o comprador, havendo a cousa comprada a seu poder, ganhará e fará cumpridamente seus todos os frutos e novos, e vendas, que houver da coisa comprada, até que lhe o dito preço seja restituído”.

Hoje, o Código Civil (art. 927º) define-o como sendo “a venda em que se reconhece ao vendedor a faculdade de resolver o contrato”. Esta definição, literalmente, não parece oferecer para o nosso estudo algum valor dogmático¹⁰⁵⁴. Na verdade, este contrato pode servir para aquisição de um crédito ou para garantia. É uma figura jurídica que serve para atingir diversos interesses com tutela jus económica, como nos casos em que alguém precisando de dinheiro não pretenda o recurso ao crédito tradicional, evitando os encargos com juros e a pontualidade no pagamento das parcelas, entrega um bens a título de venda, mas não de forma definitiva podem recuperá-lo com certa segurança¹⁰⁵⁵. É uma venda cuja transmissão da propriedade não é operada em definitivo, pois o vendedor goza do direito de reaver para si o direito alienado¹⁰⁵⁶; em contrapartida, o comprador pode exigir a retribuição do preço e o reembolso feito das despesas com a alienação. Sabemos que a transmissão de direito de propriedade tem custos, quer relativos aos que têm por finalidade o cumprimento das formalidades com a

¹⁰⁵³ Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa.

¹⁰⁵⁴ Para mais desenvolvimentos sobre o estudo deste instituto jurídico, veja-se Raúl Ventura, “O contrato de compra e venda no Direito Civil. O preço e Venda a retro”, *ROA*, Ano 40, Vol. III, 1980, pág. 643 seg; Pires de Lima/ Antunes Varela, *Código Civil ...*, ob. cit. Vol. II, pág. 222 seg; Romano Martinez, *Direito das Obrigações (parte especial), contratos. Compra e venda, locação, empreitada*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, pág. 82 seg.; Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 297-310 e 746-753.

¹⁰⁵⁵ Galvão Telles, “A venda a retro”, *BMJ*, nº 83, pág. 134 seg.

¹⁰⁵⁶ Raúl Ventura “O contrato ...”, ob. cit., pág. 648, assevera que, “para haver venda a retro, é indispensável que no *contrato de venda* seja convencionada a faculdade de resolver o contrato”.

transmissão e outros relativos na manutenção do conteúdo dos direitos de propriedade¹⁰⁵⁷. É por esta razão que, e se admite que, não tendo o vendedor accionado o seu direito de reintegração do bem na sua esfera patrimonial, o referido bem pode ser avaliado por uma pessoa estranha ao negócio para que depois da venda o excedente seja entregue à contraparte, evitando assim que a venda a retro seja contaminada pelos efeitos do pacto comissório¹⁰⁵⁸.

O que podemos retirar daqui é o facto de que o contrato de venda a retro visa a transmissão da propriedade de um bem com o escopo de crédito e de garantia, podendo o vendedor recuperar o seu direito através da resolução do contrato. O escopo fiduciário subjacente não tem aproximação com a fidúcia romana, mas sim com a fidúcia germânica¹⁰⁵⁹, pois o *Treuhänder* (fiduciário) adquire de forma condicionada resolutoriamente da titularidade do bem com efeitos reais e é por isso que no caso do vendedor accionar a condição resolutiva, outra coisa o comprador não fará se não vender o bem (caso já esteja estipulado o preço ou, em situação diferente, contratar um avaliador) para que o valor do bem seja o que justamente o comprador mereça e o remanescente ser devolvido ao vendedor.

5 - A locação financeira restitutiva

Por Decreto-Lei nº 171/79 foi introduzida a figura da locação financeira na ordem jurídica lusa¹⁰⁶⁰. Seguiram-se importantes alterações ao seu regime, nomeadamente o Decreto-

¹⁰⁵⁷ F. Gómez Pomar, “Derechos de propiedad y costes de transacción: ¿qué puede enseñar Coase a los juristas?” *ADC*, Vol. 51, nº 3, pág. 1035-1070.

¹⁰⁵⁸ Pestana de Vasconcelos *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 750, entende que “efectivamente, a proibição do pacto comissório, atendendo à sua *ractio*, aplica-se (*rectius* é potencialmente aplicável) igualmente a venda a retro apesar de não existir qualquer disposição específica do regime desta que o preveja. Todavia, a existência dos referidos deveres de liquidação do bem (ou avaliação independente) e de restituição do excedente, sempre que puderem afirmar-se, impedem que se chegue ao resultado vedado pela referida proibição”. Tem entendimento diferente Raúl Ventura, “O contrato de compra e venda no Código Civil. O preço, venda a retro”, *ROA*, Ano 40, Vol. III, pág. 646, para quem a venda a retro não se confunde com o pacto comissório porque o “legislador não se impressionou com a possibilidade de ser atingido um resultado semelhante ao do pacto comissório, e isto porque não encarou o mecanismo da venda a retro sob esse prisma”.

¹⁰⁵⁹ Mariano Navarro Martorell, *La Propiedad Fiduciária*, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1ª ed., 1950, pág. 43. O autor explica com algum detalhe as várias manifestações fiduciárias que têm por base a fidúcia germânica.

¹⁰⁶⁰ Cfr. D. Leite de Campos, “Locação Financeira (leasing) e locação”, *ROA*, Ano 62, Vol. III, Dezembro, 2002, “o contrato de locação financeira (leasing) surgiu nos países anglo-saxónicos, sobretudo nos Estados Unidos, como um mero instrumento financeiro, de origem e construção acentuadamente pragmáticas, para solucionar algumas necessidades das sociedades e das pessoas singulares na sua actividade económica. Teve grande sucesso que se alargou rapidamente à satisfação de um número muito variado e pouco classificável de necessidades das sociedades e das pessoas singulares”.

Lei nº 149/95, de 24 de Junho¹⁰⁶¹, que, no seu artº 1º, definiu a locação financeira como “o contrato pelo qual uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados”¹⁰⁶².

Os elementos essenciais para caracterização deste tipo de contratos são encontrados na lei que a regulamenta. Com efeito, a relação contratual aqui existente se constitui pela obrigação do locador em ceder o uso da coisa por um período determinado e a obrigação do locador pagar as rendas devidas pelo uso da coisa. No campo dos direitos, assiste ao locador o direito de exigir o pagamento da renda pelo uso da coisa e o direito do locatário de exigir a entrega da coisa para uso, nos termos convencionados, podendo, no final, celebrar-se outro contrato através do qual o locador poderá vender a coisa ao locatário. O locador financeiro deve ser, nos termos da lei¹⁰⁶³, um profissional, nomeadamente, um banco, sociedades de locação financeira, as instituições financeiras de créditos e as Caixas Agrícolas com reservas¹⁰⁶⁴.

A locação financeira restitutiva ocorre quando o proprietário de um bem móvel ou imóvel, sendo que é mais frequente este último, vende a uma instituição de crédito (ou numa

¹⁰⁶¹ Não foi a única alteração. Igualmente, pelo Decreto-Lei nº 265/97 de 2 de Outubro e pelo Decreto-Lei nº 285/2001, de 3 de Novembro.

¹⁰⁶² Na verdade, o termo locação não responde correctamente a significação da palavra “leasing”. O verbo inglês “to lease” que significa “arrendar” ou “dar em arrendamento” e do substantivo “lease” que se pode traduzir por “arrendamento” ou “locação”. O mais correcto seria chamar a este contrato pelo seu nome na nossa língua, mas acontece que a denominação inglesa “leasing”, traduzida literalmente para português não aclara todo seu significado pois se trata de um termo com significação jurídica que não significa exactamente com a sua significação idiomática. Vincenzo-Fantozzi Buonocore explica que, o termo “leasing” é utilizado não para indicar o contrato de locação, mas para ilustrar um típico instrumento de financiamento que tem como base a locação, mas que não se esgota nela. Explica ainda que a razão por que a tradução para o italiano é locação financeira, sendo que a palavra “locação” indica o núcleo base do instituto ou, pelo menos, a relação jurídica preponderante, no entanto, o atributo financeiro procura captar o aspecto teleológico do fenómeno. Há que assinalar a peculiaridade mais forte que é a função financiadora. *Il leasing*, Milano, 1989.

¹⁰⁶³ O Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (art. 8º, nº 2, para o primeiro caso, depois, art. 4º, al. b do nº 1, do Dec.-Lei nº 285º/01, de 3 de Novembro e, por fim, o art. 1º do Dec.-Lei nº 186/02, de 21 de Agosto).

¹⁰⁶⁴ A actividade de locação financeira não constitui a actividade principal das Caixas Agrícolas, no entanto, a lei permite que estas entidades possam estender a sua actividade, nos termos do art. 36º-A DO Dec.-Lei nº 24/94, de 11 de Janeiro, à “locação financeira a favor dos associados para financiamento das actividades referidas no artº 27º”. Significa que, com restrição do anunciado pela lei, as Caixas Agrícolas não podem contratar com pessoas que não sejam seus associados locação financeira e, mesmo com os associados, apenas é permitido nos exactos termos que o art. 27º enumera.

das instituições referidas supra) e de seguida é celebrado entre as mesmas partes um contrato de locação financeira. Assim, o *lease back* é uma modalidade do *leasing*.

A locação financeira restitutiva é originária dos Estados Unidos da América e, por isso, no original chama-se *sale and lease back* que os americanos costumam tratar abreviadamente de *lease-back*, nasceu na primeira metade do século XX. Na verdade, foi no ano de 1936 que a história registou pela primeira vez a utilização, com fins financeiros, o *lease*, uma figura clássica da *common law*, que atribui a alguém de forma temporária e com plena exclusividade o gozo de um bem¹⁰⁶⁵.

O contrato de locação financeira restitutiva tem como partes o locador e o locatário, ou seja, o proprietário do bem que vende e a instituição de crédito que compra, sendo que esta última, no segundo contrato passa a ser locador e o vendedor locatário¹⁰⁶⁶, cujo objecto é o financiamento que é garantido pela propriedade do bem. É uma modalidade da locação financeira. É um contrato cuja fisionomia estrutural é composta por dois contratos

¹⁰⁶⁵ No ano em referência uma cadeia de supermercados americanos (a Safeway Stores), depois de adquirir um solar e construir nele um supermercado, venderam as suas instalações a uns investidores privados como forma de obter capital para seus investimentos. Em seguida foi-lhes cedido o uso das instalações através de um contrato de *lease*, com a faculdade de recuperar a sua titularidade finda a execução do contrato. Este procedimento foi denominado por “*sale and lease back*” e atingiu maior difusão aquando da crise económica naquela época e da necessidade que a indústria pós guerra necessitava para se reajustar ao novo momento, depois da Segunda Guerra Mundial, e responder a forte procura de produtos novos que o mercado exigia. Os acessos aos modelos tradicionais de financiamento mostraram-se muito burocráticos, atrasados e ineficazes perante a grande competitividade para se obter dinheiro. O *sale and lease back* foi uma óptima resposta às dificuldades dos industriais e investidores da época, pois uma das grandes vantagens que apresentava era o facto de que se podia obter liquidez a partir do próprio património sem perder a posse dos bens vendidos e evitava-se as dificuldades das demoras e entraves das formas tradicionais de obtenção de crédito. Entretanto, Diogo Leite de Campos documenta que a génese da locação financeira vem também dos Estados Unidos e registou-se no segundo quartel do século XIX. Em 1877 a companhia de telefones Bell cedeu o uso dos seus aparelhos através da fórmula de locação financeira. A IBM e a Remington-Rand seguiram-lhe o exemplo já no século XX. *Locação Financeira*, AAFDL, 2012, pág. 43-44. A primeira sociedade de *leasing* constituída na América foi em S. Francisco e chamava-se United States Leasing Corporation, em 1952. Na Europa vieram a instalar-se na década de 60 do século passado, nomeadamente na Inglaterra, França e Itália.

¹⁰⁶⁶ Não é unânime esta posição pois há quem defenda uma composição trilateral do *leasing*. Os que defendem a o carácter bilateral, por sinal maioritária, indicamos entre todos, Fernando de Gravato Morais, *Manual da Locação Financeira*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pág. 56; Diogo Leite de Campos, *A Locação Financeira*, ob. cit., pág. 22 e Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 281; este autor no entanto, admite a existência de contratos com relação tripartida e defende que “o fim visado pela celebração conjunta e articulada destes dois contratos, ainda de uma forma mais acentuada do que na locação financeira em que a coisa é adquirida a um terceiro (aquele que assenta numa relação trilateral), é o financiamento do vendedor, que se consubstancia no preço acordado para a compra do bem que este último continuará a usar, mas agora como locatário-financeiro”. Na doutrina estrangeira, F. García Sole, «Problema actual del leasing inmobiliario», in *Jornadas sobre produtos financeiros actuales*, Madrid, 1994, pág. 54-55, G. de Nova *Il contratto di leasing* (com 170 sentenze ed altri materiali), 2ª ed., Milano, 1985, pág. 23-24. Os que defendem a forma trilateral podemos citar E. Chuliá Vicent y T. Beltren Alandete, *Aspectos jurídicos de los contratos atípicos*, III, Barcelona, 1998, pág. 18, R. Clarizia, *Collegamento negoziale e vicende della proprietà. Due profili della locazione finanziaria Rimini*, 1982, pág. 63 seg.

umbilicados, pois só assim será possível convergir na produção dos efeitos pretendidos pelas partes¹⁰⁶⁷, que são sujeitos nos dois contratos, ou seja, o comprador será sempre o locador financeiro e o locatário será o vendedor, decorrendo daí que, no contrato de compra e venda e no de locação financeira, os sujeitos são os mesmos.

Agora falemos sobre a relação entre o *lease back* com o negócio fiduciário. Ao começarmos a análise importa assinalar a grande transcendência prática desta questão, que não supõe apenas um estudo simplista e considerar como se fosse uma questão doutrinal abstracta de suporte teórico, mas importa esclarecer em que medida o *lease back* é susceptível de transmitir ou não a propriedade de forma plena e exclusiva para a esfera do comprador. Antes da resposta encaminharemos para uma nova explicação. A ordem jurídica lusa admite que, no negócio fiduciário, é característica a doutrina do duplo efeito, pois para a produção de efeitos jurídicos, para a sua validade e eficácia basta a *causa fiduciae*, que se identifica com a finalidade de gestão e de garantia. A intenção económica das partes é a criação de uma causa que recaia sobre o bem que o fiduciário adquire do fiduciante, por isso, é de aceitar que o negócio fiduciário produz um duplo efeito sendo um real de transferência da propriedade e outro obrigacional de retransmissão do bem.

O negócio real convencionado pelas partes apresenta-se como uma categoria autónoma e causal em que a *causa fiduciae* não consiste na alienação propriamente dita, mas numa transmissão plena, temporária e por isso funcionalizada a um determinado fim, que neste caso é o de garantia de um financiamento. Assim, a transferência da propriedade constitui um elemento essencial para a prossecução do objectivo seguido pelas partes na relação contratual do *lease-beck*.

A situação de proprietário do locador financeiro também é temporária e funcionalizada a um fim: o de garantir o cumprimento das obrigações pela outra parte e, no caso do locatário financeiro não accionar a faculdade de comprar o bem dentro do tempo convencionado, poder recuperar o montante investido¹⁰⁶⁸. Como se pode observar, o *lease-back* tem uma natureza jurídica complexa, pois reflecte a combinação entre um contrato de compra e venda e outro de locação financeira ou, usando terminologia empregue por Remédio Marques, “locação-

¹⁰⁶⁷ Atente-se que o fim económico do contrato de locação financeira restitutiva é financiar o vendedor. Este financiamento é concedido através do preço da compra do bem que o vendedor/locatário continuará a fazer uso. Por isso, a propriedade do bem tem a função de garantir os créditos às rendas que o locador tem direito. Cfr. L. Pestana de Vasconcelos, *A cessão ...*, ob. cit., pág. 281-281.

¹⁰⁶⁸ L. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, pág. 292.

venda”¹⁰⁶⁹. A complexidade referida não está localizada na coexistência dos dois negócios, da sua consequente articulação. A sua complexidade surge no momento em que as partes formalizam cada um dos contratos que mais tarde funcionarão de forma conexas, como contratos coligados¹⁰⁷⁰, porque, de um lado, o proprietário não venderia o bem se não estivesse seguro de que podia continuar a utilizar em seu proveito através da fórmula de locação¹⁰⁷¹. De outro lado, porque o valor das rendas, bem como o preço da opção de compra, se estabelecem em função do preço da venda e do tempo de duração do contrato de locação.

6 – O depósito *escrow* e outras figuras jurídicas que implicam a transferência de propriedade com função de garantia.

I. Comparativamente às figuras da *Common Law* que se assemelham com a *security trust*, já referido supra, podemos enumerar o depósito, a hipoteca e mais tradicional a *fiducia cum creditore*. Começemos pelo depósito. O artº 1185º oferece a noção da figura jurídica: “Depósito é o contrato pelo qual uma das partes entrega à outra uma coisa, móvel ou imóvel, para que a guarde, e a restitua quando for exigida”¹⁰⁷². Este contrato tem por objecto a guarda

¹⁰⁶⁹ “Locação financeira retributiva (*sale and lease-back*) e a proibição dos pactos comissórios – negócio fiduciário, mútuo e acção executiva”, *BFD*, Vol. LXXVII, 2001, Coimbra, pág. 586. Assim justifica a terminologia: “fala-se em *locação venda* para referir o complexo contratual em que se *aluga* uma coisa (móvel) por certo tempo mediante prestações, que o seu total somam o preço da coisa, com a transformação *automática* do contrato em *compra e venda* no precípua momento do pagamento do último laguer. É de resto, o esquema negocial previsto no artigo 932º/2, do CC, que aponta para a existência de dois contratos *unidos* – de *locação* e de *compra e venda* –, em que o pagamento da última prestação (*rectius*, a renda), por banda do locatário-comprador, funciona como *condição resolutiva* da locação e, *uno actu*, como *condição suspensiva* da compra e venda”.

¹⁰⁷⁰ J. P., Remédio Marques, *Locação ...*, ob. cit., pág. 590.

¹⁰⁷¹ Diogo Leite de Campos, “Notas sobre a admissibilidade da locação financeira retributiva («lease back») no Direito Português”, *ROA*, Vol. III, 1982, pág. 775-793; J. P. Remédio Marques, *Locação ...*, ob. cit., pág. 589.

¹⁰⁷² O contrato de depósito remonta à Grécia antiga que considerava como um acto com protecção divina, protegido pelos deuses, daí a sua ligação com a ideia de confiança. As *Instituciones de Justiniano* iniciavam o Título III dedicado ao contrato de depósito definindo-o como “o que se deu a alguém para guardar”. No direito romano as irregularidades que podiam ser atribuídas ao depositário tinham duas razões fundamentais: a *actio depositi directa*, que estabelecia a punição do depositário por violação das suas obrigações, obrigando-o à devolução da coisa; a *actio depositi contraria* que sancionava o incumprimento das obrigações do depositante, exigindo-o a reembolsar o depositário das despesas imprescindíveis para a manutenção e conservação da coisa depositada. 1800 anos depois, o Código napoleónico afirmava que era “um acto pelo qual se recebe uma coisa alheia, com a obrigação de guardá-la e restituí-la *in natura*”. Hoje, o nosso Código Civil guarda a ideia de entrega de uma coisa para que alguém a guarde.

de uma coisa. Dizem Pires de Lima e Antunes Varela, referindo-se à Vaz Serra, que a obrigação dominante do depositário no negócio é a de receber a coisa para a guardar¹⁰⁷³.

O CVM prevê no art. 99º a modalidade de depósito de valores mobiliários, que se efectua em intermediário financeiro ou no sistema centralizado (nº 1), por iniciativa voluntária do titular do valor mobiliário ou do emitente, ou (nº 2) o depósito deve ser obrigatório em sistema centralizado, quando realizado em negociação no mercado regulamentado ou em intermediário financeiro, quando todo a emissão ou série seja representado por um único título. Para proteger os bens ou direitos depositados, o legislador obriga – nº 3 – a realizar uma segregação patrimonial, mantendo separadas contas de registo do seu titular, ficando imunes de acções executivas dos credores da entidade depositária, muito menos podem integrar a sua massa falida, em caso de insolvência – art. 100º, nº 2.

II. Para ilustrar a proximidade que aqui pretendemos ensaiar, a Professora Santisteban¹⁰⁷⁴ propõe o seguinte exemplo: Suponhamos que o vendedor de um imóvel acorda com o comprador que o valor da venda seja entregue por este último ao notário por ambos escolhido, a fim de que notário o utilize para pagar os impostos vinculados a compra e venda e liberar o imóvel de eventuais ónus. Desta forma o vendedor pode vender o imóvel apesar de não dispor do dinheiro para extinguir os ónus e o comprador fica seguro que o imóvel lhe será entregue livre de encargos antes que o vendedor cobre o preço.

Com o exemplo exposto explica-se que é possível construir-se um contrato de depósito combinado com o contrato de mandato¹⁰⁷⁵ que é realizável através do *security trust* que

¹⁰⁷³ *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4ª ed., revista e actualizada, Coimbra Editora, 1997, anotação ao artº 1185º. A doutrina tem ensaiado uma classificação do depósito. Assim, o depósito pode ser voluntário e depósito judicial. O primeiro diz respeito aquele em que as partes voluntariamente consentem no acordo. O judicial resulta de uma decisão dos tribunais decorrente de um processo de arresto ou de penhora. Por este facto, não pode ser considerado como um contrato. Depósito civil e depósito mercantil. O primeiro é o regulado pelo Código Civil (art. 1185º) e o segundo está regulado no Código Comercial (art. 403º e seg.). Para que um contrato de depósito seja considerado mercantil “é necessário que seja de géneros ou de mercadorias destinados a qualquer acto de comércio”. Há depósito regular e depósito irregular. O irregular está definido no Código Civil (art. 1205º). É irregular o depósito que tem por objecto coisas fungíveis. Para que se possa determinar que o depósito seja considerado irregular é necessário que o seu objecto seja determinado pelo seu género, quantidade e qualidade; todos os outros são regulares. A lei prevê ainda o depósito de coisa controvertida (artº 1202º), bem como o depósito bancário, cuja especificidade está no facto de que o depósito é efectuado num banco. Assim, o seu regime deve ser o constante do contrato de mútuo.

¹⁰⁷⁴ *El Instituto ...*, ob. cit., pág. 182.

¹⁰⁷⁵ A jurisprudência lusa já fez inúmeras referências sobre contrato de depósito combinado com o de mandato. O acórdão da Relação de Lisboa de 15 de Abril de 1997 – *CJ*, 1997, 2º – 103 – determinou que “é um contrato misto de mandato e depósito, o acordo de vontades, em que uma das partes se obriga a vender um jipe de outra,

oferece claramente a vantagem de que a quantia de dinheiro da venda entregue pelo comprador ao notário, “fedatário” no dizer hispano-latino e “tabelião” na linguagem brasileira, ao ser integrado no *trust fund*, se segrega no património deste último que adquire a condição de *trustee*. Assim, fica impedido que a soma da venda se mantenha diferenciada no património do notário, através da sua inscrição no registo de depósitos, por exemplo, possa ser embargada pelos credores do vendedor antes que ele dê o destino convencionado. Também há que ter em consideração que, se ocorrer uma confusão entre o valor da venda e o património do notário e nos encontrarmos perante um depósito irregular¹⁰⁷⁶, evitamos que o vendedor e comprador (beneficiários do *trust*) se convertam em meros titulares de um direito de crédito ordinário.

Por outro lado, através do *escrow account* é possível constituir-se *trust* designando o próprio banco como *trustee*¹⁰⁷⁷. O banco obriga-se a administrar a quantia depositada segundo as orientações do depositante até ao momento que se despolete o evento que permita individualizar o sujeito de que deve ser entregue o valor. Qual a vantagem da utilização deste mecanismo? A estrutura do *trust* coloca o *trustee* numa situação tranquila, pois o devedor fica provisoriamente despedido da sua posição de titular da quantidade monetária depositada, sobre a qual se constitui a garantia e também assegura às partes a quantia objecto de garantia, já que não é susceptível de ser executada por terceiros, seja de outros credores do devedor, do banco ou do próprio credor. Por fim, se combinarmos a função de garantia com a função de gestão, o *trust* pode servir para propiciar uma rentabilidade aceitável do dinheiro depositado.

mediante retribuição, que para isso lhe foi entregue. Tal contrato não depende de forma especial. Uma das obrigações decorrentes do contrato consiste no dever de guarda do veículo a vender”. Na mesma senda andou o Supremo Tribunal de Justiça (de 07 de Fevereiro de 2002, www.dgsi.pt): afirmou que “é de qualificar como contrato misto de depósito e de mandato aquele pelo qual um dos contraentes entrega a outrem um veículo automóvel seu para que o segundo o venda por determinado preço mínimo – veículo esse que logo ficou à guarda do vendedor nas próprias instalações deste, o qual, de pronto, lhe colocou um cartaz publicitário de ‘vende-se’ – ficando o eventual sobre-preço para o vendedor como forma de pagamento do seu serviço. Passou, pois, a impender sobre o vendedor o dever de providenciar pela guarda e conservação do veículo a partir do momento da respectiva entrega, ou seja, de defesa contra os perigos de subtracção, destruição e dano, e independentemente do lugar do respectivo depósito, de harmonia com os princípios da responsabilidade contratual”.

¹⁰⁷⁶ O Código Civil regula o depósito irregular no art. 1205º e 1206º. O primeiro artigo oferece a noção: “Diz-se irregular o depósito que tem por objecto coisas fungíveis”. Significa que quando o objecto do depósito é coisa fungível ou consumível, a restituição deve ser feita não *in natura*, mas apenas em género, qualidade e quantidade. Cfr. Pires de Lima/ Antunes Varela, *Código Civil ...*, ob. cit., pág. 861.

¹⁰⁷⁷ Não tem sido pacífica na doutrina lusa a admissibilidade da consideração do banco, numa relação de depósito *escrow*, como um fiduciário. No entanto, e na linha do que defendemos, o *trustee* é um fiduciário e esta ideia é largamente defendida nos Estados Unidos da América, doutrina que deixamos o nosso voto de confiança. Na literatura lusa poucos defenderam esta posição. Citamos Pais de Vasconcelos, *Contratos ...*, ob. cit., pag. 224. Romano Martinez/ Fuzeta da Ponte, *Garantias de Cumprimento*, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág. 64-65, e Morais Antunes, que parece ser quem melhor expôs o instituto jurídico – *Do Contrato de Depósito Escrow*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 282.

III. O contrato de depósito *escrow* tem diversas aplicações, como, por exemplo, no contrato de compra e venda de imóveis com o fim de garantir o cumprimento das obrigações resultantes de uma determinada transacção imobiliária, nomeadamente, o pagamento do preço da venda por parte do comprador e a consequente entrega da escritura pública por parte do vendedor¹⁰⁷⁸. Igualmente a compra e vende de acções, quotas ou parte do capital de sociedades é comum na *Common Law* tendo-se instalado muito rapidamente na *Civil Law*. Para tal, o preço que o comprador deverá pagar ao vendedor fica depositado “in escrow”, com a indicação específica de que o mesmo apenas deverá ser entregue ao vendedor quando ocorrerem determinados factos, nomeadamente, a demonstração de que a informação prestada ao comprador no processo preliminar das negociações da operação se apresenta como perfeita, completa e autêntica¹⁰⁷⁹.

O depósito é assim reconduzível ao negócio fiduciário¹⁰⁸⁰. Mas observe-se que o vocábulo *escrow* é polissémico. Pode ser entendido de quatro formas: uma primeira que significa um bem entregue pelo depositário a uma terceira parte para entregar a um destinatário, decorrido um determinado tempo ou verificado um evento; segundo, a manutenção de uma conta em *trust* ou garantia; terceiro, relacionado com o depositário de determinado documento, bem ou depósito; e quarto, o acordo através do qual um documento ou um bem é entregue a uma terceira pessoa até a ocorrência de um evento¹⁰⁸¹. Para nós interessa a posição que represente a existência de uma transferência de bens para a titularidade do *escrow holder* em garantia para depósito *escrow*, com a obrigação de retransmissão da

¹⁰⁷⁸ João T. Morais Antunes, *Do Contrato ...*, ob. cit., pág. 191.

¹⁰⁷⁹ *Idem*, pág. 192. O autor adianta explicando que “Estão a quem causa as garantias e as declarações (de facto) prestadas pelo vendedor que influenciaram a decisão do comprador de contratar, nomeadamente o preço a pagar pela compra: - situação económico-financeira da empresa; património da sociedade; número de trabalhadores da empresa; dívidas a terceiros, designadamente dívidas fiscais; litígios judiciais ou extra-judiciais com terceiras entidades, etc.

A estrutura de garantia ínsita neste tipo particular de “escrow” é aparentemente simples: o comprador – devedor do preço – deposita a quantia devida junto de um terceiro – o depositário *escrow* (normalmente um Banco) – regulando-se minuciosamente no contrato os casos em que o objecto do depósito deve ser entregue, ou, ao invés, restituído ao comprador”.

¹⁰⁸⁰ Por acórdão do *STJ* de 11 – 11 – 2011, considerou que “se as partes acordaram, simultaneamente com a celebração do contrato de compra e venda de acções, em depositar essas acções num Banco, para garantia do cumprimento da obrigação de pagamento do respectivo preço, vinculando-se o Banco a guardá-las e a dar a tais acções o destino acordado entre as partes daquele contrato (principal), está-se perante um contrato de depósito fiduciário ou depósito *in escrow*”. Encontrado em www.dgsi.pt

¹⁰⁸¹ Manuel José R. C. Sequeira, “Depósito escrow – em contributo para o seu estudo”, *Temas de Direito Bancário*, II, Cadernos o *Direito*, nº 9, 2014, pág. 181. O autor baseou-se no *Black's Law Dictionary*, conforme nota nº 5.

propriedade ao depositante/fiduciante ou transferi-la para o beneficiário do depósito¹⁰⁸². Pensamos que o estatuto, normalmente profissional, do *escrow holder* cria confiança e se estabelece como elemento essencial do contrato *escrow*. Apesar do contrato em questão ser considerado *intuitus personae*, a confiança a que vimos aludindo não é a dotada de características subjectivas mas as objectivas, tendo como ponto de referência o profissionalismo¹⁰⁸³. Embora a causa do depósito civil seja a obrigação de guarda, o depósito *escrow* com natureza fiduciária, tem no depósito a obrigação principal do *escrow holder*, que é instrumentalizado para o objectivo fiduciário.

Com a transferência dos bens para o fiduciário, é imperioso que se estabeleça uma separação dos patrimónios, do depositado e o pessoal do *escrow holder*, assim como os limites dos seus poderes, já que a obrigação de guarda sobre os bens transferidos constitui o dever principal para o êxito da função que os referidos bens vão desempenhar.

IV. A hipoteca¹⁰⁸⁴ é outra figura que a *civil law* tem e que pode ser comparativamente invocada. Ela não constitui nos dias de hoje um importante instrumento para a vida creditícia¹⁰⁸⁵, pois não facilita o hipotecador continuar com a sua actividade sem

¹⁰⁸² João Tiago M. Antunes, *Do Depósito ...*, ob. cit., pág. 284. Apesar do autor partilhar a nossa posição, ele não aceita a recondução do depósito *escrow* ao negócio fiduciário. Firma que “Subjacente a esta tese parece estar o pensamento – errado a nosso ver – segundo o qual a garantia e a administração são finalidades incompatíveis com tipo legal de depósito”, e adianta justificando que “(...) a «causa-negotii» do contrato de depósito – a guarda ou costódia de uma coisa- se mostra, em abstracto. Funcionalmente adequada à realização de uma finalidade concreta de garantia, e que os ajustamentos introduzidos pelas partes no tipo legal de depósito para que o contrato possa desempenhar tal utilidade não conduzem à sua descaracterização como um verdadeiro e próprio depósito” – pág. 283.

¹⁰⁸³ Manuel José R. C. Sequeira, *Depósito ...*, ob. cit., pág. 195.

¹⁰⁸⁴ O nosso Código Civil dispõe que “a hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiros, com preferência sobre os demais credores que não gozam de privilégio especial ou de prioridade de registo” – art. 686º, nº 1. Na discussão do anteprojecto do actual Código Civil, Vaz Serra ensaiou a seguinte definição: “a hipoteca atribui ao credor, além de outros direitos, a possibilidade de executar os bens hipotecados, ainda que tenham sido adquiridos por terceiro, bem como o de ser pago pelo produto da venda dos mesmos bens com preferência aos credores, que não tenham melhor direito”. “*Hipoteca*”, Anteprojecto do Código Civil, *BMJ*, nº 62, pág. 54. O Código de Seabra definia a hipoteca como sendo “o direito, concedido a certos credores, de serem pagos pelo valor de certos bens imobiliários do devedor, e com preferência aos outros credores, achando-se os seus créditos devidamente registados” – art. 888º.

Fez bem o nosso legislador, com inspiração na norma do Código Civil italiano – art. 2808º – em não dar uma definição de hipoteca, pois a terminologia pode ser utilizada com fins diversos. Pode ser tratado como direito real de garantia ou como o acto jurídico que dá origem a criação do instituto. Também pode ser entendido em sentido amplo, correspondendo ao instituto jurídico ou em sentido *stritu*, correspondendo a um direito subjectivo adstrito ao credor hipotecário. Meneses Campos, *Da Hipoteca*, Almedina, Coimbra, reimp., 2003, pág. 18-19.

¹⁰⁸⁵ Diogo L. de Campos, “A alienação em garantia”, em *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal (150º Aniversário)*, Lisboa, 1998, pág. 8-9.

haver constrangimento para a sua constituição e aquisição rápida, simples e funcional do crédito, acabando por impor dificuldades na actividade comercial, situação que também está voltada de forma massificada na aquisição de casa própria, de tal sorte que a hipoteca não é mais um meio principal colocado aos interesses dos agentes económicos nem é o instrumento que pode ser utilizado pela esmagadora maioria dos particulares¹⁰⁸⁶.

A decisão do tribunal de Milão de 17 de Dezembro de 1996, que homologou a deliberação de uma assembleia extraordinária de uma sociedade comercial italiana que garantia a emissão de obrigações mediante a constituição de um *trust*¹⁰⁸⁷, é demonstrativa da importância do que estamos a descrever. Com a finalidade de garantir a emissão de obrigações, uma sociedade emissora italiana, em vez de se socorrer da hipoteca, constituiu um *trust: trust for debenture holders*. Para este mecanismo funcionar a sociedade italiana formou uma sociedade imobiliária na Inglaterra por si controlada, onde transferiu a propriedade de um imóvel. O *trust* constituído era regulado por lei de Jersey que transmite a uma sociedade fiduciária italiana, já que o imóvel se encontrava em território italiano, que actuava na qualidade de *trustee* sobre as acções da sociedade imobiliária inglesa. Nesta relação, as obrigações do *trustee*, por sinal único accionista da sociedade imobiliária, são a manutenção dos andares arrendados, cobrar as respectivas rendas, se possível aplicar em investimento e certificar-se que a sociedade não distribuirá os dividendos durante a vigência do *trust*. Findo o período do bónus e se os obrigacionistas recuperarem o dinheiro investido, o *trustee* fica na responsabilidade de retransmitir os bens (as acções) do *trust* ao disponente, pois se assim não

¹⁰⁸⁶ A hipoteca enquanto meio de circulação dos bens e de tutela do crédito foi-se moldando com o tempo, resultando de exigências económico-sociais, teve em Portugal uma evolução interessante: Em 1 de Julho de 1863, foi publicada a Lei sobre a criação dos Registos de Hipotecas. Doze dias depois, foi aprovado um Decreto sobre a constituição e actividade das sociedades por acções para o crédito territorial e agrícola, instrumento cuja fonte foi o Decreto francês de 1852 de orientação prussiana. À imagem do *Crédit Foncier*, nasceu em Portugal a Companhia Geral do Crédito Predial Português, em 24 de Outubro de 1864, que teve o monopólio para a promoção do crédito territorial durante 25 anos. Depois da reforma do sistema bancário e financeiro de 1984, existia uma diversificação de instituições que, ao lado do Crédito Predial Português, a Caixa Geral de Depósitos e o Montepio Português, podiam participar no desenvolvimento do crédito territorial mediante empréstimos com hipoteca e a emissão de cédulas. A reforma do sistema financeiro português chegou através do Decreto-Lei nº 298/1992, de 31 de Dezembro. O Decreto-Lei nº 125/1990, de 16 de Abril, veio regular a emissão de cédulas hipotecárias portuguesas e utilizou pela primeira vez o termo “Obrigações Hipotecárias” e foi sucessivamente revogado pelos Decretos – Lei nº 17/1995, de 25 de Janeiro, nº 343/98, de 6 de Novembro, nº 52/2006, de 15 de Março. Este normativo tinha por objecto a concessão, aquisição e alienação de créditos garantidos por hipoteca e outras ligadas ao sector público que aqui não nos interessam.

¹⁰⁸⁷ O relato dos acontecimentos pode ser encontrado na obra de Sónia Martín Santisteban, *El Instituto ...*, ob. cit. pág. 187-191, ver também anotação 265, *apud Societá*, 1997, pág. 585 seg., e ainda disponível em M. Lupoi «Datti strutturali», *I trust interni*, em suporte CD-ROM. Director: M. Lupoi. Iniciativa da associação «*Il trust in Italia*».

ocorrer o *trustee* deverá tomar todas as diligências para assegurar o reembolso dos obrigacionistas e, para tal, deverá utilizar para o devido pagamento das rendas, vender todo ou parte do imóvel, vender as acções da sociedade ou utilizar outros mecanismos que, com o valor da venda, possa satisfazer os obrigacionistas, para que no final restitua ao disponente o remanescente. Assim, a sociedade constituiu uma garantia segura, pois o imóvel (o bem) deslocou-se da sociedade emissora, o que impossibilita a execução por parte dos credores enquanto o *trust* estiver em vigor, tendo em conta que o bem incorpora a esfera patrimonial da sociedade imobiliária inglesa cujas acções foram transmitidas a uma sociedade fiduciária, todavia, as acções integram um património segregado que não pode ser embargado pelos credores pessoais da referida sociedade, o que leva a que a sociedade emissora não fique privada da propriedade do imóvel, pois poderá recuperar no momento de reembolsar os bónus.

A operação de garantia através da hipoteca poderia levar ao mesmo fim, apenas há a desvantagem de que, para os obrigacionistas e para a sociedade emissora, os problemas de constituição e execução da garantia hipotecária são penosos em caso de incumprimento¹⁰⁸⁸. Com o *trust* as formalidades e os custos com a sua constituição são simplificados, primeiro porque os únicos intervenientes na operação são o constituinte e o *trustee*, e segundo, para a sua constituição é dispensável a intervenção do notário. Importante é igualmente a flexibilidade do instituto anglo-saxónico, pois permite alinhar a constituição e a execução de

¹⁰⁸⁸ Assinala A. Vaz Serra, que “a segurança do credor consiste em saber que o hipotecador é o verdadeiro titular do direito hipotecado e o valor deste está comprometido por encargos anteriores, ao ponto de afectar a garantia, e em poder realizar de maneira expedita o seu capital se tiver necessidade disso”. Em “*Hipoteca*”, Anteprojecto do Código Civil, *BMJ*, nºs 62 e 63, respectivamente pág. 5 seg. e 193 e seg. Entretanto, podemos elencar algumas vantagens e desvantagens do instituto da hipoteca. Primeiro as vantagens: como se trata de um direito real, ela constitui uma segurança concedida ao credor para que possa executar o bem e com ela obter um determinado valor, satisfazendo-se do seu crédito com preferência aos outros credores estranhos à relação obrigacional garantida ou até com credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade no registo. A segunda vantagem a ser apontada, mas já referida, é a de ser um meio de realização económica, e que vem, no dizer de Vaz Serra, “facilitando ao proprietário com base nos seus bens imobiliários, a aquisição de crédito, que lhe permita, com o mínimo de encargos e pelo prazo conveniente, dispor dos capitais de que carece para desenvolver o aproveitamento do solo”. “*Hipoteca*”, nº 62, ob. cit., pág. 5 e seg. Por último, a hipoteca como garantia real é mais vantajosa em relação às garantias pessoais. Representa um fortalecer da garantia real no campo das obrigações, pois constitui, conforme dispõe o art. 601º, “pelo cumprimento da obrigação respondem todo o património do devedor; sendo que a hipoteca pode ficar adstrito a um determinado bem, que preferencialmente, será destinado ao pagamento da dívida. Agora os inconvenientes: a rigidez da sua constituição é o primeiro inconveniente, que o torna diferente do *trust* que é muito mais maleável. A hipoteca não procede perante outros dois direitos reais: privilégios creditórios e direito de retenção. O processo de execução constitui um entrave à celeridade que o credor tem para ver o seu crédito realizado, pois a lei de processo não permite a venda extrajudicial do bem hipotecado, situação associado a outra desvantagem, que é o carácter acessório da hipoteca em relação ao crédito.

garantias às medidas que resultam mais oportunas à satisfação dos interesses dos obrigados resguardando os interesses na sociedade emissora¹⁰⁸⁹.

V. No direito luso pode-se, a título exemplificativo, convocar à discussão a figura das obrigações hipotecárias, apesar de que, no dizer de Calvão da Silva, nos empresta um “escasso interesse da figura”¹⁰⁹⁰. Reguladas pelo Dec.-Lei nº 59/2006, de 20 de Março¹⁰⁹¹, que no seu art. 6º, nº 1, determina como um dos seus objectos sociais a concessão, aquisição e alienação de créditos hipotecários, melhor dito, de créditos garantidos por hipoteca sobre imóveis, com o fim de emitir obrigações hipotecárias. Este objecto social é operacionalizado por Instituições de Crédito Hipotecário que podem também, mas acessoriamente, efectuar actos de administração dos bens que lhes hajam sido restituídos em reembolsos de créditos, bem como realizar as restantes actividades necessárias à prossecução do seu objecto – art. 6º, nº 3. As obrigações hipotecárias são valores mobiliários ou instrumentos financeiros, conforme dispõe o artº 1, al. b) e art. 2º, nº 2 do CVM. Correspondem também a uma modalidade de obrigações em que o reembolso e o pagamento de juros estão especialmente garantidos, pois os obrigacionistas gozam de privilégio creditório especial e as hipotecas respectivas prevalecem sobre quaisquer privilégios creditórios imobiliários – art. 3º, nºs 1 e 2 respectivamente. Por este facto, as obrigações hipotecárias são constituídas por um património autónomo, funcionando como garantia do seu reembolso e em caso de insolvência do emitente operacionaliza-se a separação do património da massa insolvente, assegurando-se assim a gestão do mesmo até o reembolso total dos obrigacionistas – artigos 3º, nº 3, 5º, nºs 1 e 2, 17º do Dec.-Lei nº 59/2006, de 20 de Março.

VI. Por fim, podemos invocar a *fiducia cum creditore*. Apesar de não estar amplamente divulgada, ela pode ser revelada na alienação fiduciária em garantia, tem sido utilizada em muitos países da *civil law*¹⁰⁹². A Suíça e a Alemanha parecem ser os países que mais exploram

¹⁰⁸⁹ Sónia Martín Santisteban, *El Instituto ...*, ob. cit., pág. 189.

¹⁰⁹⁰ “Instituições de crédito hipotecário, obrigações hipotecárias e obrigações sobre o sector público”, *RLJ*, Ano 141º, nº 3975, Julho-Agosto, 2012, pág. 337-347.

¹⁰⁹¹ Pela primeira vez as obrigações hipotecárias foram reguladas pelo Dec.-Lei nº 125/ de 16 de Abril, revogada sucessivamente pelos decreto-leis nºs 17/95 de 27 de Janeiro e 52/2006 de 15 de Março.

¹⁰⁹² *Idem*. Ver também Miguel Virgos Soriano, *El Trust y el Derecho Español*, Thomson, Civitas, 2006, pág. 35-99; Siano Cateriana, *Insegnamento di Diritto Privato Comparato, Lezione VIII “Il Trust”*, Pegaso Università

esta figura jurídica. Nestes países, não obstante a existência de casos tipificados na lei, é vasta a consciência jurídica da sua aceitação como sendo casos socialmente típicos com consagração doutrinal e jurisprudencialmente aceites¹⁰⁹³.

A garantia fiduciária apresenta algumas vantagens sobre a hipoteca, mas não nos parece que tenha vantagens sobre o *trust*. Na primeira questão constatamos que não é muito rígida no formalismo, pois tem maior sensibilidade no seu processo de constituição, se regista algum desagravamento nos encargos fiscais e, se ocorrer algum processo de execução, os credores sentem maior comodidade e agilidade verem pagos os seus créditos. Estas vantagens são igualmente encontradas no *trust*, no entanto, este instituto oferece maior grau de segurança aos credores que não é possível conseguir-se com a garantia fiduciária.

A propriedade tem sido um *quid* utilizado *intuito creditore* devido as virtualidades que podem ser extraídas da sua utilização que, afinal, já os Romanos o faziam. Podemos associar à propriedade um conjunto de funções com vista a satisfação das mais idiossincráticas necessidades humanas. Por isso, nestas situações a propriedade deixa de ser vista como algo estático, passando a ser instrumental para realizar um fim, deslocando as características que legalmente lhe atribuímos, ganhando elementos especiais que trouxeram novos problemas normativos: “a possibilidade de as partes convencionarem a transmissão da propriedade a título de garantia”¹⁰⁹⁴ ampliou o conteúdo do art. 1306º do CC. É a resposta que o legislador luso encontrou, apesar de ter sido com imposição do Conselho Europeu, as inquietações que a realidade da vida demonstra quotidianamente, superando as concepções jurídicas que estagnaram-se no tempo e estão falidas nas respostas a dinâmica do contemporâneo comércio jurídico.

Telemática; A. Gamboa, *Il trust in Itália ed in Francia*, In Studi Sacco, I, Milano 1995. No solo Luso mais recentemente, A. Barreto Menezes Cordeiro, *O Trust...*, ob. cit., pág. 415-518.

¹⁰⁹³ Sónia Martín Santistaban, *El Instituto ...*, ob. cit., pág. 184.

¹⁰⁹⁴ Preambulo do Dec.-Lei nº 105/2004, de 8 de Maio.

CAPÍTULO VII

A PRETENZA VULNERABILIDADE DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

SECÇÃO I

RISCO FIDUCIÁRIO

1 - A questão

Levantou-se recentemente uma dura oposição à ideia de que a possibilidade de abuso por parte do fiduciário – o chamado risco fiduciário – constitui elemento identificador do negócio fiduciário. André Figueiredo opõe-se categoricamente a esta ideia dizendo que “em si mesmo, a possibilidade de abuso por uma das partes de uma relação contratual, ou melhor, de incumprimento de um programa contratual não constitui, seguramente, um traço distintivo do negócio fiduciário; esta é antes uma característica (*rectius*, uma contingência) comum a todos os tipos contratuais, em que credor e devedor se apresentam com pretensões recíprocas de fonte negocial. Assim sendo, pouco sentido faz, nem é sequer comum (salvo no que ainda diz respeito à doutrina do negócio fiduciário...), caracterizar dogmaticamente uma determinada categoria contratual tomando como elemento definidor o risco de incumprimento”¹⁰⁹⁵.

O autor não deixa de ter razão, mas não estão errados os autores que davam acento tónico ao risco como elemento caracterizador do negócio fiduciário. Na origem da sua formação ela apresentou como um dos seus elementos o risco de infidelidade que, também é caracterizador de toda a relação, com a diferença de que nesta, o risco de incumprimento vem acentuado e traz consigo um campo reduzido de actuação do incumpridor que é distinto do risco comum dos contratos. No entanto, há relações jurídicas onde o risco tem características diferentes do risco comum. A posição defendida por André Figueiredo¹⁰⁹⁶ carece de uma

¹⁰⁹⁵ *O Negócio ...*, ob. cit., pág. 77.

¹⁰⁹⁶ Importa adicionar, a favor da manutenção da ideia de risco nos negócios fiduciários, o facto de que o Direito quantificou o grau de potencialidade e actualidade do facto gerador do risco, bem como os comportamentos activos e omissos causadores do facto e no quadro da concretização do risco e em atenção à ordem jurídica de protecção dos bens jurídicos que não encontram resposta em outros ramos do Direito, o Código Penal nos art. 277º, nº 1, al. a), 278º, 279º e 280º, que dentro de uma ordem sistemática previu os crimes de perigo. É doutrina ampla de que o Direito Penal tem como fundamento e razão de ser a protecção de valores fundamentais da sociedade. Não está imune de críticas, e diz-se que esta função é apenas um protesto para a existência das normas

reconstrução dogmática. Sabemos que, e estando de acordo com o autor crítico, o negócio fiduciário se disseminou e constitui um dado presente e que não se pode olvidar, por isso obrigou a ciência jurídica a tomar posição segundo as exigências dos nossos dias. Assim, verificamos manifestações fiduciárias em diferentes áreas do Direito, para alcançar objectivos diversos e seguindo estruturas jurídicas simples até as mais complexas¹⁰⁹⁷, onde o negócio fiduciário desempenha o papel de substrato jurídico típico em que uma das partes na relação actua em nome próprio mas no interesse alheio¹⁰⁹⁸. Devido a estas circunstâncias, entendemos que o risco é elemento caracterizador do negócio fiduciário, não com as características comuns que lhe têm sido atribuídas mas, indo de encontro com o facto de ser uma figura jurídica complexa e com uma dose considerável de versatilidade oferecendo vulnerabilidade devido a posição resultante do *pactum* que atribui efeitos obrigacionais ao fiduciante e que é limitadora da situação jurídica-real do fiduciário, o risco constitui um elemento estrutural da relação fiduciária na medida em que os efeitos do seu aparecimento se diferenciam consoante a posição do fiduciante ou do fiduciário. Para melhor fundamentar a nossa posição, impõe-se falar sobre o risco.

2 - Aproximação a um conceito de risco

I. Esteve Pardo tratou de catalogar o risco como “o lado obscuro da técnica”¹⁰⁹⁹. Quando falamos de técnica salta-nos logo a ideia de estar ligada às ciências naturais, à matemática, física, química, etc., o que leva a um labor sofrível na medida em que não é fácil delimitar o seu conceito quando ele está presente em todos os domínios da vida. Bem advertiu José Engrácia Antunes que, “apesar da sua subtilidade, o conceito de risco é um conceito

punitivas e é “meramente simbólica”. Dizem os críticos que não tem correspondência com a realidade de um Estado Democrático de Direito. Conferem primazia à actividade comunicativa dos sujeitos que concebem normativamente as suas relações como relações de reconhecimento recíproco e cooperam enquanto cidadãos colegisladores – Habermas, 1992, pág. 134 seg., *apud* Augusto Silva Dias, “Direito Penal”, in, <http://www.ifl.pt/private/admin/ficheiros/uplods>, visitado a 5-04-2014.

¹⁰⁹⁷ Veja-se, a propósito, Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, “Coligação Negocial e Operações Negociais Complexas. Tendências fundamentais da doutrina e necessidade de uma reconstrução unitária”, Volume Comemorativo do Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 2002. O mesmo autor, noutra obra (*Contratos Complexos e Complexos Contratuais*, Coimbra Editora, 2014, pág. 19 seg.), refere-se ao contrato complexo como o círculo constituído por “todas as formações contratuais em que uma das partes, ou ambas, se obrigam a prestações reguladas em diversos regimes legais contratuais típicos, ou de qualquer forma existe um conjunto de prestações ou de efeitos com alguma aparente autonomia relativa”.

¹⁰⁹⁸ Posição igualmente defendida por André Figueiredo, *O Negócio ...*, ob. cit., pág. 16.

¹⁰⁹⁹ *Técnica, riesgo e derecho*, Barcelona, 1999, pág. 9.

complexo”¹¹⁰⁰. Na verdade, o conceito de risco atravessa toda a ciência e, na ciência jurídica, ela toma vários sentidos, que muitas vezes têm a sua sede problemática noutros ramos do saber¹¹⁰¹.

A palavra risco tem origem latina. Significa *periculum*, derivada do verbo *perdere*, cujo passivo *perire* dá origem ao *periculum*. Seu sinónimo é *destruere*, *evertere* e *amittere*. Os Romanos chamavam *periculum* quando queriam determinar que uma coisa estava deteriorada, aniquilada. Usavam a expressão para vincar a ideia de que alguém era juridicamente obrigado a reparar a perda ou diminuição patrimonial. Num outro sentido, Peter Bernstein considera que “risco tem origem do termo italiano ‘*risicare*’, cujo significado é ousar. Neste sentido, o risco é mais uma escolha do que uma fatalidade. As acções que ousamos praticar, que estão no quadro da liberdade que temos para fazer as escolhas, espelham, ao fim e ao cabo, aquela que é a história do risco”¹¹⁰².

Epistemologicamente, risco é a possibilidade de ocorrer um acontecimento futuro e incerto. É um perigo, uma situação de ameaça pressentida, no entanto, não apurada¹¹⁰³. Risco e perigo parecem irmãos gémeos com nomes diferentes. Não é assim, apesar da sua fronteira ser extremamente ténue e, para melhor os identificar, é importante usar um elemento/factor de «contrapeso»: a previsibilidade, ou melhor, a imprevisibilidade¹¹⁰⁴. Há, no entanto, quem

¹¹⁰⁰ “Direito dos Contratos Comerciais”, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 705.

¹¹⁰¹ Foi com significativa razão que D. Lipton, “Il Rischio. Percezione, Simboli, Culture”, Società Editrice il Mulino, Bologna, 2003, pág. 19-20, agrupou o risco em seis modalidades: a) o risco ambiental; b) o risco ligado ao “estilo de vida”; c) o risco sanitário; d) o risco referente às “relações interpessoais”; e) o risco económico, e f) o risco de criminalidade.

¹¹⁰² “Against The Gods – The Remarkable Story of Risk”, Wiley, New York, 1998, pág. 8.

¹¹⁰³ Carla Amado Gomes, *Risco e Modificação do Acto Administrativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra Editora, 2007, pág. 225-226.

¹¹⁰⁴ Pedro Melo, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 64, tomando como referência a estreita correlação entre os conceitos de risco e perigo, identificou, na base de estudos de outros autores, três perspectivas diversas para o risco:

- a) “o risco como o perigo de um prejuízo decorrente de factores não imputáveis às partes enquanto actos ilícitos;
- b) o risco como o perigo de alteração de equilíbrio contratual por força de circunstâncias e de eventos supervenientes; e
- c) o risco como o perigo de prejuízos emergentes da impossibilidade superveniente de realização de uma das prestações contratuais”.

Na verdade, o perigo tem sido, durante muito tempo, definido como uma situação material que, havendo um acontecimento em curso sem impedimentos, se considera a sua ocorrência previsível e que, com bastante probabilidade, afectará de forma danosa direitos e bens legalmente protegidos. É assim que pensa João Loureiro (“Da Sociedade Técnica de Massas à Sociedade de Risco: Prevenção, Precaução e Tecnologia”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, BFDUC, Coimbra, 2001, pág. 858) ao considerar que no conceito de perigo há que ter em atenção as suas diferentes dimensões, ou melhor, “(a) o conhecimento das circunstâncias que preenchem o *Tatbestand*; (b) as regras de experiência ou de prognose que apontam para a verosimilhança de

prefira falar em probabilidade¹¹⁰⁵, no sentido de que se distinguem em função da maior ou menor probabilidade dessa ocorrência ou da destrição entre potencialidade e actualidade¹¹⁰⁶, respectivamente, sendo que, para a Ciência do Direito, porque não pode ficar imune à transversalidade e a influência da teoria do risco, a exigência de uma aturada interpretação do fenómeno factual concreto deve atender sempre ao momento histórico, pois sendo incerta a ocorrência da eventualidade futura, é imprescindível “medir”¹¹⁰⁷ a potencialidade e a actualidade do facto gerador.

II. Do ponto de vista jurídico, risco (“risk”, “Gefahr”, “riesgo”, “rischio”, “risque”) é a situação de perigosidade susceptível de criar um dano, aquela probabilidade de ocorrência dum evento danoso. A imprevisibilidade de ocorrência do facto danoso pode evoluir para a concretização do resultado que era duvidoso. Aqui estaremos a falar da impossibilidade da prestação, que nos reconduziria a falar do risco nas relações obrigacionais. Neste ramo do Direito também é possível a adopção de medidas conducentes a precaver o potencial dano, cuja localização está temporalmente ligada ao momento em que o dano ou evento se apresenta com natureza de acontecimento incerto.

«a» conduzir a um evento «b»; (c) que o resultado esperado se traduza num dano; (d) que afectado seja um bem jurídico protegido”.

Também durante muito tempo, o risco teve a sua morfologia conceptual baseada numa ocorrência futura, incerta, no entanto, com possibilidade de materialização num dano.

¹¹⁰⁵ Manuel de Nazaré Ribeiro, *O Risco nas Obrigações*, FDL, Dissertação de Licenciatura do aluno ordinário nº 15, do Curso Complementar de Ciências Jurídicas, 1949-1950, pág. 11, defende que “a ideia de perigo anda ligada à ideia de probabilidade, falando-se de perigo precisamente quando o acontecimento que se prevê ou é possível revestir a natureza de acontecimento lesivo de interesses juridicamente protegidos. Esta é uma noção de perigo em sentido objectivo, porque subjectivamente fala-se de perigo quando se emite um juízo de probabilidade”.

¹¹⁰⁶ Fernando Alves Correia, “Risco e Direito do Urbanismo”, *RLJ*, Ano 138º, nº 3955, Coimbra Editora, Março-Abril 2009, pág. 199-218.

¹¹⁰⁷ Medir aqui com o sentido de avaliar de forma ponderada a oportunidade de ocorrência do risco e assim, tentar minimizar o impacto dos danos ou evitá-los. Não está em causa a “avaliação dos sistemas de minimização de riscos” – Fernando Alves Correia, *idem*, pag. 201 – que é apenas aplicável ao nível público, mas encontrar dentro do sistema jurídico a forma adequada de protecção dos direitos e legítimas expectativas das pessoas, onde há “exclusão do arbítrio e da realização da igualdade, bem como da realização judicativo-decisória do direito (...)” – Fernando Bronze, *Lições ...*, ob. cit., pág. 609. É, no fundo, ser prudente no processo de avaliação, tendo em consideração os conhecimentos que se têm no momento sobre o facto gerador do evento danoso, bem como a possibilidade de quantificar as consequências adstritas ao comportamento adoptado ou a ocorrência de determinada actividade, assim como uma situação de omissão. Fernando Alves Correia, “*Risco ...*”, ob. cit., pág. 205.

Há autores lusos que oferecem dados para um conceito de risco, tendo Baptista Machado¹¹⁰⁸ definido como “o perigo de um prejuízo que alguém suporta como titular de uma posição jurídica” e Menezes Cordeiro¹¹⁰⁹ identificando-a como “uma eventualidade danosa potencial”.

Importa dizer que, dentro da teoria jurídica, o risco apresenta-se de forma multifacetada, estando presente nas mais diversas figuras jurídicas, havendo necessidade de se prestar muita atenção quando falamos de risco dada a sua plurissemia nas várias áreas do saber jurídico¹¹¹⁰, sendo que a problemática da distribuição do risco é congénito a todos os contratos, seja no âmbito do direito público ou do direito privado¹¹¹¹, não havendo um estádio no processo da formação do contrato, na sua conclusão, execução e cumprimento, um ponto de ausência do risco, uma situação de risco zero. No campo das obrigações, haverá risco quando, em primeiro lugar, haja uma situação objectiva de perigo e, em segundo lugar, que na relação obrigacional em concreto, resultem factos eventuais causadores de danos, nomeadamente, a impossibilidade da prestação. É importante que, para analisarmos a concretização do risco, ou melhor, a realização do evento possível que produza um dano juridicamente relevante, seguir duas vias: primeiro uma análise positiva, através da qual a explicação tem por fundamento os conhecimentos científicos e tecnológicos, e uma análise

¹¹⁰⁸ “Risco Contratual e Mora do Credor”, *RLJ*, Ano CXVI, nº 3712, pág. 196.

¹¹⁰⁹ “Direito das Obrigações”, 2º Vol. 1ª ed., (reimpressão), AAFDL, Lisboa, 1986, pág. 368.

¹¹¹⁰ Veja-se a questão da responsabilidade pelo risco – art. 499º e seguintes do CC. Sobre a transferência do risco, no âmbito do cumprimento e não cumprimento das obrigações – art. 796º CC. A transferência do risco na Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias. Outra forma de encarar a diversificação da noção de risco é a que tem a sua sede na classificação clássica de relações jurídicas geradoras de responsabilidade civil. Assim, a primeira ocupação da teoria do risco seria a que pode ser encontrada nas relações extracontratuais, ligada à responsabilidade sem culpa ou pelo risco. Há quem, para afastar a culpa com critério de responsabilização, elaborasse outras teorias, como a do risco-benefício, do risco-criado e a do risco profissional. A segunda é a que está centrada nas relações contratuais, onde a verificação de impossibilidade superveniente de prestar tem a sua causa em facto não imputável ao devedor. O risco é aqui um elemento que procurará dar resposta à questão segundo a qual, perante o inadimplemento por caso fortuito ou de força maior e absoldido o devedor de cumprir a prestação a ele adstrita, quem suporta o prejuízo resultante da falta da prestação. Ainda no que tange ao risco contratual, é importante observar que o inadimplemento da prestação pode ser total ou parcial (no primeiro caso não há de todo possibilidade de cumprimento e no segundo, por exemplo, quando há desaparecimento parcial das mercadorias a fornecer) como também, conforme Guido Alpa, *Rischio Contrattuale*, Novissimo Digesto Italiano – Appendice VI, Editrice Torinese, Torino, 1986, pág. 865, as situações de diminuição da satisfação económica do negócio (como no caso de deterioração de parte da mercadoria). Em Espanha, (Pablo Salvador Coderch e Juan Antonio Ruiz García, Barcelona, Abril 2002, www.indret.com) fala-se de “responsabilidad por riesgo” como se a expressão fosse sinónima de “responsabilidad objetiva”, como acontece na literatura lusófona. Para um sector amplo da doutrina espanhola, falam da responsabilidade pelo risco quando deriva de um facto em que o demandado tenha criado um risco ou tenha potenciado a probabilidade da sua criação e será responsabilizado, caso o risco se concretize e produza um dano.

¹¹¹¹ Pedro Melo, *A Distribuição do Risco ...*, ob. cit, pág. 15.

normativa, a partir de uma avaliação jurídica e um juízo de imputação, de atribuição a um ou mais agentes sociais ou a toda a comunidade sobre as consequências do evento: o dano deve imputar-se a alguém¹¹¹².

III. A confiança é apontada como um elemento característico dos negócios jurídicos, apesar de alguma oposição, como dissemos supra. Na verdade, quando o fiduciante escolhe alguém para gerir o seu património, não o faz sem antes fazer um exercício de escolha de sorte que as características pessoais de índole familiar, ideológico, religioso ou profissional, levam-no a criar um estado de confiança que o fazem decidir contratar. Assim, podemos dizer que a confiança pode ser vista sob o prisma subjectivo e objectivo. Será subjectivo, a que também é chamada psicológica, e que está relacionada com a estabilidade negocial sob forma dupla: a sensação pessoal de estabilidade que o sistema jurídico (confiança geral ou *Generalvertrauen*), de um lado, e o próprio negócio jurídico (confiança individual ou *Individualvertrauen*), por outro, oferece; baseia-se na crença individual da existência de interesses mútuos ou recíprocos a serem satisfeitos, assumidos como razão para a vinculação entre as partes. Relativamente à confiança objectiva é um valor centrado no problema da estabilidade negocial, avaliado na convicção de que a outra parte também quer a conclusão do negócio.

Nas relações jurídicas da confiança ressaltam dois corolários: a confiança como segurança e como princípio jurídico. A segurança não consta como valor fundamental de forma expressa no sistema jurídico civil, mas facilmente dele se pode deduzir pela existência e exigência da estabilização das relações jurídicas¹¹¹³, que podem ser colhidas da necessidade da validade de qualquer negócio jurídico assentar na capacidade das partes, na existência da

¹¹¹² Pablo Salvador Coderch, Recensión: *Ciencia y politica del riesgo*, de José A. López Cereza y José Luis Luján, Barcelona, Outubro de 2001, pág. 3.

¹¹¹³ O mesmo é defender a tese da eficácia dos contratos (artº 406º CC), no sentido de que eles devem ser cumpridos conforme a regulamentação obrigacional e a sua modificação ou extinção apenas ocorrerá quando as partes assim convencionarem; esta é a regra geral e, como entende Antunes Varela, a regra constante no art. 406º deve considerar-se extensiva a todas as obrigações, mesmo naquelas matérias que não são contratuais – *Das Obrigações ...*, ob. cit., pág. 592. No entanto, há variadíssimos casos no direito dos contratos em que a própria lei admite que ocorra modificação ou extinção por acto unilateral. Vejamos o que acontece com a doação (art. 969º e seg.), arrendamento (art. 1093º), mandato (art. 1170º), empreitada (art. 1216º), entre outros que o CC admite, bem como legislação a vulsa. Na área do direito comercial, nomeadamente na relação entre consumidores e prestadores de serviços, produtores ou fornecedores, tem-se defendido que impera o chamado *direito de desistência*, definido como sendo aquele direito atribuído pela lei a uma das partes para através de uma mera declaração unilateral e discricionária se desvincular do contrato. Esse direito apenas pode ser exercido durante um determinado prazo – cfr. Carlos Ferreira de Almeida, *Direito do Consumo*, Coimbra Editora, 2005, pág. 110 seg.

declaração negocial e na possibilidade, licitude e determinabilidade do objecto¹¹¹⁴. Como princípio jurídico, aglutinador do sentido axiológico-normativo em que assenta a validade dos contratos, conformador do fim social e económico e realizador de uma justiça comutativa própria do sentido contratual¹¹¹⁵, a segurança deve sempre ser lida e entendida num sentido ético-jurídico. O princípio da confiança tem por função proteger as expectativas negociais e, incidindo sobre a conduta de quem actua no tráfico jurídico, ressalta a ideia de responsabilidade pessoal como consequência da necessidade da segurança e certeza jurídicas.

O princípio da confiança, enquanto principio normativo fundamental da teoria do negócio jurídico, funciona como o húmus do princípio da boa fé, valorizando-o e colocando-o na sua original posição de regra de conduta através da qual uma das partes actua “sob vigilância do outro” ou “pensando no outro”, para que ela possa obter a satisfação do seu interesse sem criar danos na sua esfera jurídica.

No entanto, a confiança deve ter parâmetros para a sua aceitação e valoração. Desde logo, deve ser considerada uma confiança por uma expectativa justificável no sentido de que possa ser razoavelmente examinada pela conduta das partes e assim aferida a sua justificabilidade. Deve ser registada uma relação de causalidade entre a conduta do outro e o investimento de confiança; na verdade, o confiante apenas poderá invocar como tutela do seu direito o princípio da confiança, se tiver concluído o acordo negocial por causa de um facto promovido pela contraparte que lhe tenha gerado a confiança. Nos negócios fiduciários a confiança é elemento caracterizador na medida em que, ao dar-se o património para ser gerido ou em garantia ao fiduciário, resulta indagar sobre a esfera externa desta relação fiduciária, quando até, e em regra, o fiduciário não realiza um investimento de confiança, não adopta uma conduta que ofereça uma expectativa justificável no fiduciante. São apenas as qualidades profissionais (no negócio para administração) ou de parte numa anterior relação jurídica (no

¹¹¹⁴ Manuel de Andrade, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, reimpressão, Coimbra Editora, 1992, pág. 69. Também Menezes Cordeiro indica a segurança como um dever acessório das obrigações, que advém do Direito através da boa fé (art. 227º, nº 1, 762º, nº 2 e 334º CC) “visando assegurar que os valores fundamentais da Ordem Jurídica são concretizados”, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, 2ª ed., 2012, pág. 322.

¹¹¹⁵ Fernando Bronze, *Lições de...*, ob. cit., pág. 627. Na página seguinte, este autor assegura que “os princípios normativos constituem, podemos dizer-lo, os sentidos fundamentantes da intenção prático-material (que não lógico-formal) do direito. A respectiva consideração como que nos remete, portanto, para o plano da... arqueonomia – não em termos ... paleontológicos (por mera referência às fossilizadas estruturas originárias – numa perspectiva cronológica – da juridicidade, mas genuinamente axiológicos (enquanto eles identificam os autênticos étimos da validade prático-normativa do sistema jurídico)”. Mais adiante ensina que “um verdadeiro princípio jurídico é, pois, uma intenção prática que se deve reconhecer como fundamento normativo e momento constitutivo do direito.”

negócio para garantia, onde o fiduciária é credor do fiduciante) que oferecem as condições justificáveis de confiabilidade. Os reflexos patrimoniais do acto de confiança são de ordem complexas, pois apesar da relação obrigacional entre os sujeitos da relação, há que saber se haverá ou não oponibilidade aos credores do fiduciário, perante as suas dívidas.

SECÇÃO II

VIOLAÇÃO DO PACTO FIDUCIÁRIO

I. O *pactum fiduciae* é o centro através do qual gravita a relação entre o fiduciante e o fiduciário. É no pactum que vem estabelecido o acordo para administrar um bem ou dar esse bem ou direito em garantia. O fiduciário ao adquirir o bem não o incorpora na sua esfera patrimonial nem o tem em definitivo. Cumprida a convenção fiduciária, deve ser reintegrado na esfera do fiduciante o direito que esteve na titularidade temporária do fiduciário. No entanto, pode acontecer que o fiduciário se recuse a retransmitir o direito ao fiduciante. Nestes casos, o fiduciário coloca-se em mora obrigando-se a reparar os prejuízos que causar ao fiduciante (art. 804º, nº 1 CC) pois, por sua exclusiva culpa e quando ainda é possível, a retransmissão não foi realizada em tempo devido por atraso ou retardamento no cumprimento da obrigação de retransmissão (nº 2). Situação diferente será quando o incumprimento se manifestar definitivo. Nestas situações o fiduciante poderá lançar mão do disposto no art. 798º CC, pedindo que o devedor faltoso do cumprimento seja obrigado a reparar os prejuízos causados ou a fazer recurso da execução específica, já que o direito de exigir responsabilidade é um direito imperativo que se encontra excluído da autonomia da vontade das partes.

O negócio fiduciário rege-se pelas regras gerais do direito dos contratos. Existem algumas especificidades que fazem dele um contrato diferente, flexível, que permite uma utilização da sua estrutura para vários negócios em nome próprio mas no interesse alheio em que enquadram patrimónios de outrem nas esferas jurídicas próprias para funcionalmente as gerirem ou servirem de instrumentos de garantia¹¹¹⁶. Assim, além dos elementos comuns de violação dos deveres contratuais, aqui existiram “violações típicas”, aquelas que não são comuns para a maioria dos outros contratos. Fiquemos, por enquanto, nas violações contratuais gerais.

II. No negócio fiduciário para administração o fiduciário tem a disposição do direito limitado às regras constantes no *pactum fiduciae*, cuja violação implicará a correspondente sanção civil, sem desprimor de poder haver, se as circunstâncias da violação contratual assim

¹¹¹⁶ André Figueiredo, *O Negócio...*, ob. cit., pág. 16.

o determinarem, sanção penal, na medida que “quem, tendo-lhe sido confiado por lei ou acto jurídico, o encargo de dispor de interesses patrimoniais alheios ou de os administrar ou fiscalizar, causar a esses interesses, intencionalmente e com grave prejuízo dos deveres que lhe incumbem, prejuízo patrimonial importante, é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”, correspondente ao crime de infidelidade, previsto e punível pelo art. 224º do Código Penal Português¹¹¹⁷.

Já dissemos que uma das características dos negócios fiduciários é a confiança que o fiduciante deposita no fiduciário. Desde logo, o facto do fiduciante entregar um bem, mesmo que a título temporário, não deixa de ser uma transferência do poder pleno e exclusivo do direito de propriedade sobre esse bem, o que leva a presumir-se que o exercício destes poderes pelo fiduciário passam a ser feitos de forma pública e com os meios de defesa ao dispor de um proprietário (art. 1311º)¹¹¹⁸. Esta situação, mesmo que fiscalizada por um direito de retransmissão do mesmo bem por parte do fiduciante – o que é reflexo do efeito obrigacional da relação fiduciária –, leva a que o fiduciante se assegure através da pretensão creditícia de que o fiduciário agirá conforme o acordado¹¹¹⁹. Esta confiança vem materializada no acordo através da catalogação dos direitos e deveres entre o fiduciante e o fiduciário.

As regras acordadas podem ser violadas quando o fiduciário não cumpre com os seus deveres, deixando de administrar o direito que lhe foi fiduciariamente entregue, alienando-o quando não o deveria fazer, ou alienando um bem para se pagar do seu crédito e não entregando ao fiduciante o excedente, bem como naquelas situações de violação das boas regras de gestão que levam a desvalorização do bem fiduciário, o que leva como consequência

¹¹¹⁷ Pestana de Vasconcelos, *A Cessão...*, ob. cit., pág. 178-179, com observância à anotação nº 383. Pais de Vasconcelos, *Contrato...*, ob. cit., pág. 289. Este Professor defende ainda que “ (...) o fiduciário poderá empenhar o bem fiduciário e mais tarde transmiti-lo onerado ao fiduciante, que continua a arriscar-se a perdê-lo se o mesmo for penhorado numa acção executiva contra o ex-fiduciário. A raiz dessa perda encontra-se no incumprimento por este último das suas obrigações durante a vigência do próprio contrato fiduciário” – pág. 180. É expressiva a forma como a Lei nº 4.728/1965 – Lei do Mercado dos Capitais – brasileira, determina, no seu artº 66-B, § 2º, que aquele que “alienar ou der em garantia a terceiros, coisas que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, I, do Código Penal”.

¹¹¹⁸ José Fernando Marquez, *Fideicomiso, facultades de administración y disposición del fiduciário. Deudas del fideicomiso. Insolvência. Acciones de fraude y simulación*. Editora *La Ley*, 2ª ed. Buenos Aires, 2011, pág. 82, considera a titularidade do fiduciário sobre os bens como uma titularidade temporal e por isso “dueño imperfecto, pus su dominio está limitado”.

¹¹¹⁹ Não obstante ser evidente que nas relações negociais tem de haver sempre alguma relação de confiança entre os contratantes, não é menos verdade que esta exigência é especialmente acentuada nas relações fiduciárias devido às especificidades destas relações e porque dentro da dialéctica relacional o fiduciante não escolhe *qualquer* fiduciário nem se está em sede da contratação em massa, onde a confiança tem uma amplitude fragilizada.

a responsabilização civil contratual do fiduciário pelos danos causados por mora (quando tenha havido acordo para cumprimento a prazo – art. 805º, nº 2, podendo interpelá-lo quando este acordo não ocorrer – art. 805º, nº 1, e até oferecer uma interpelação admonitória – art. 808º, nº 1, 2ª parte), incumprimento (art. 798º) ou por cumprimento defeituoso¹¹²⁰.

Ora, nos negócios fiduciários que visam a administração, devem ser sinalizados os deveres que o fiduciário tem e que são de considerável intensidade, nomeadamente, os deveres de cuidado, de diligência e da informação sobre a gestão que lhe foi confiada no sentido de não só atingir o fim visado, como também a conservação e a manutenção do valor do direito, o mesmo se exigindo sobre o direito cedido na pendência da garantia quando está em causa a *fidúcia cum creditore*. A contraprestação dos deveres de cuidado, diligência e informação é a confiança que o fiduciante depositou no fiduciário.

1 - Ataque ao direito fiduciado

I. A transferência que se opera da esfera do fiduciante para o fiduciário do direito objecto do negócio fiduciário não faz acrescer ao “património bruto”¹¹²¹ deste último, pois o património transferido tem a missão funcionalizada de ser administrado para a realização de um fim determinado ou dado em garantia para a satisfação de um crédito, mesmo sabendo que os bens fiduciários estão temporariamente na plena e exclusiva titularidade do fiduciário.

É bom notar que a posição de titular do direito de propriedade de forma plena e exclusiva em que se acha o fiduciário é contraposto um interesse por parte do fiduciante em ver ser retiradas vantagens deste direito a seu favor ou a favor de um terceiro. Assim, a posição real do fiduciário é amenizada por uma relação obrigacional a que ele está adstrito para com o fiduciante. A natureza complexa do negócio fiduciário oferece algumas dificuldades a nível dogmático que urge superá-las. Em primeiro lugar, procurar descompor a estrutura do referido negócio: ela é composta por uma relação obrigacional, cujo titular é o fiduciante, e outra de natureza real que está alojada da titularidade transferida para o fiduciário. A fonte desta aparente *dupla titularidade de direitos* e o património de afectação, que cria uma conexão entre as duas situações de titularidade dependentes entre elas. O direito

¹¹²⁰ Pais de Vasconcelos, *Contrato...*, ob. cit., pág. 291.

¹¹²¹ Expressão de Pestana de Vasconcelos, *A cessão...*, ob. cit., pág. 203. Este autor defende a ideia de não poder haver a separação convencional de patrimónios.

de crédito do fiduciante e o direito real do fiduciário convivem em interdependência, que é efeito directo da segregação patrimonial que lhe subjaz. Assim, mais rigorosamente, a estrutura do negócio fiduciário está composto por um nexo de dependência funcional entre o exercício de um direito real para a realização do interesse do fiduciante, cuja pretensão de ver realizado o escopo convencionado lhe atribui um direito crédito e outro nexo de dependência estrutural, em que o negócio fiduciário se apresenta, havendo uma relação interna que se revela através do acordo havido entre fiduciante e fiduciário, e outra relação externa, em que, pela posição em fica investido o fiduciário, de titular pleno e exclusivo mas temporário, do património de afectação, em que os actos de administração do mesmo têm efeitos fora da relação fiduciante *vs* fiduciário. Nesta última situação, entra em acção a valoração normativa do art. 1184º, que permite tutelar três funções fundamentais: uma primeira relacionada com a possibilidade do fiduciante exigir do fiduciário a adopção de um comportamento adequado com o *pactum*, em segundo lugar, uma imposição ao fiduciário para retransmitir os bens ao fiduciante, limitando por isso o seu poder de disposição, e uma terceira em que o fiduciante fica legitimado a obter do tribunal sentença que produza os efeitos da declaração negocial, caso o fiduciário não compra com os termos do contrato. Resumindo o que estamos a construir, dizer que sobre a propriedade do fiduciário paira sempre o espectro da futura reposição da posição proprietária do fiduciante, situação que é limitadora da referida propriedade enquanto garantia comum dos credores do fiduciário¹¹²².

Não tem sido fácil expor convincentemente a aceitação de que, da relação creditícia entre fiduciante e fiduciário, há efeitos externos nas relações fiduciárias¹¹²³, derivada, também, da necessidade de ponderar as especiais natureza e características da transmissão do objecto do negócio fiduciário. Nos negócios fiduciários a transferência do património é tida como uma “deslocação funcional”, que se manifesta mais intensamente na protecção do fiduciante perante as acções de cumprimento das prestações por parte dos credores do fiduciário. A “deslocação funcional” tem subjacente a retransmissão à origem dos mesmos bens, o que faz

¹¹²² Cfr. Acórdão da Relação de Lisboa, de 24 de Março de 2009, visitado a 02 de Fevereiro de 2016 em www.dgsi.pt

¹¹²³ André Figueiredo, *O Negócio ...*, ob. cit., pág. 166. Este autor afirma que “ (...) a concepção clássica do negócio fiduciário enquanto agregador de um *efeito real* – o reconhecimento ao fiduciário de uma pretensão à retransmissão daquele mesmo bem e à sua fruição indirecta – não impediu a resolução de parte do *problema fiduciário*, mas constitui ainda, nos direitos de *civil law*, um evidente obstáculo à tutela do fiduciante em face de disposições do bem fiduciário em violação do *pactum fiduciae*, mesmo quando o terceiro adquirente conheça essa circunstância”.

daquele património uma massa não vocacionada à expropriação, porque não se aloja definitivamente na esfera patrimonial do fiduciário e também porque fica aquém do âmbito da previsão do art. 601º. Da referida “deslocação funcional”, mesmo que abre a porta a uma situação de titular de direito de propriedade, ressaltam os interesses jurídico-económicos do fiduciante, que na *relação interna* se sobrepõem aos direitos e poderes do fiduciário sobre os bens dados em *fiducia*¹¹²⁴. Por isso, a discussão sobre a posição do fiduciante perante a titularidade sobre direitos reais dos bens fiduciários nem sempre deve ser vista no ângulo da posição proprietária do fiduciário, mas no prisma do fiduciante, que lhe assiste um direito à segregação patrimonial, cuja natureza é, como já ressaltado, obrigacional.

Existem na história recente muitos dados que servem para, muito rapidamente, ultrapassarmos algumas barreiras dogmáticas¹¹²⁵. A impossibilidade apresentada pela doutrina clássica em aceitar, ou melhor, explicar a razão da inadmissibilidade dos efeitos externos nas relações fiduciárias são resultado de uma estagnação na “actividade reflexiva tendente a desocultar o sentido que uma dada norma jurídica (*lato sensu*) visa exprimir”¹¹²⁶. A hermenêutica jurídica leva-nos a ir mais longe ou a restringir o que as normas nos oferecem na sua significação textual pois, a interpretação congrega, além deste elemento literário, um elemento histórico, teleológico, gramatical, não podemos deixar ao lado as “socialmente concretas experiências problemáticas, das circunstancialmente pertinentes exigências axiológicas e das juridicamente reconstitutivas ponderações metodológicas”¹¹²⁷ para serem actuais as antigas directrizes da norma jurídica e o sentido dos princípios jurídicos, dentro do espírito da unidade normativa do sistema em que o novo desponta do antigo num processo dialéctico, reconstruindo-o. Estamos em sede de um negócio jurídico, mas não é preocupação nem há dificuldades de interpretar o valor e sentido das declarações negociais – art. 236º CC – , o que importa é indagar problemáticamente o sentido e significado (que deve apresentar sempre um “excesso” em relação ao significante, não se reduzindo assim o “enunciado literal

¹¹²⁴ André Figueiredo, *O Negócio ...*, ob. cit., pág. 162.

¹¹²⁵ As questões de direito que aqui vão sendo levantadas devem ter em conta que o direito é uma ordem, no sentido de que ele visa proteger a intersubjectividade, a intercomunicação que é base do tráfico jurídico que reclama uma certeza e segurança jurídica. É pois um sistema cuja ordem está estabelecida de forma unitária e coerente visando “assegurar a dialéctica entre segurança e justiça: a estabilidade das expectativas (a garantia da previsibilidade) e a prático-normativamente consonante definição das posições relativas de cada pessoa (realização da justiça) convergem assim também na densificação da ideia de que o direito tem que ser ordem”. Cfr. Fernando Bronze, *Lições ...*, ob. cit., pág. 611.

¹¹²⁶ Fernando Bronze, *Lições ...*, ob. cit., pág. 879.

¹¹²⁷ Fernando Bronze, *Lições ...*, ob. cit., pág. 880.

que se comunica”¹¹²⁸) das normas jurídicas e dos princípios normativos que, a par das normas contratuais, vão regular a vida da relação jurídica contratualizada e garantir o sentido que hoje a normatividade do regime do mandato sem representação tem no negócio fiduciário e o seu papel de porta de entrada para a construção de um regime próprio.

II. Para compreender o fenómeno fiduciário temos que fazer um exercício paralelo à evolução da figura jurídica em questão, desde o seu aparecimento até agora, sem deixar de atender às vicissitudes que teve durante o tempo, conforme deixamos descrito no Capítulo I, Secção II. Se antigamente ela servia um único fim, hoje, pelo conjunto de experiências registadas, serve de base para formulação de vários tipos negociais em que alguém (fiduciário) agindo em nome próprio mas no interesse de outrem (fiduciante) se torna titular de forma plena e exclusiva, mas temporária, de um direito de propriedade para a realização de um fim acordado no *pactum fiduciae*. A compreensão solicitada passa por um entendimento do conceito de património, já inicialmente abordada no Capítulo IV, Secção II, nº 1.

Há escassez de estudos que se dediquem com profundidade ao património. Podemos citar os estudos do Professor Paulo Cunha como sendo o que mais fundo foi na dogmatização ao problema¹¹²⁹. Só com a definição circunscrita do conceito de património poderemos avançar para a discussão sobre o reconhecimento, ou não, da possibilidade do acervo patrimonial transferido fiduciariamente poder estar apto a constituir-se como efeitos externos da relação jus-fiduciária e assim constituírem-se garantias gerais do fiduciário. Só que, em nossa opinião, a temática do património carece de uma análise, crítica, sistemática e global do sistema jurídico e da evolução económica e social que vimos fazendo referência com alguma insistência, para intentar um enquadramento dogmático do seu problema.

Vimos já que a estrutura do negócio fiduciário tem uma composição em que os bens fiduciados estão funcionalmente afectados¹¹³⁰ à realização de uma finalidade estabelecida no

¹¹²⁸ Fernando Bronze, *Lições ...*, ob. cit., pág. 881.

¹¹²⁹ *Do Património: estudos de direito privado*, Lisboa, Minerva, 1934,

¹¹³⁰ Oliveira Ascensão, *Direito Civil. Reais*. 5ª ed. Coimbra Editora, 1993, pág. 362 seg., já identificou como características dos direitos reais a inerência e a afectação funcional, posteriores das marcas da sequela e da prevalência. Defende o autor que o carácter absoluto dos direitos reais apenas desaparece se “alguém, tendo adquirido posteriormente, de boa fé, e a título oneroso, um direito incompatível sobre a mesma coisa, o registar antes de o verdadeiro titular o ter feito”. Para ele, o registo tem uma capital importância pelo facto de o direito real, para além de ter uma eficácia absoluta, ser ainda resolúvel. É, defende, assim porque a resolução está em sintonia com a realização de um facto composto por aquisição aparente a título oneroso por parte de terceiro de boa fé e registo dessa aquisição. Por sua vez, A. Menezes Cordeiro, veio propor uma definição de direito real

pactum mas titulados de forma plena, exclusiva e temporária na pessoa do fiduciário. A relação entre fiduciante e fiduciário está regida por um vínculo de destinação sujeito ao interesse e ao aproveitamento daquele bem por parte do fiduciante de forma directa ou, o dito aproveitamento, será a benefício de um terceiro por si designado nos termos acordados¹¹³¹. Se a transferência fiduciária constituir um património unitário na esfera do fiduciário, os seus resultados, em termos de projecção externa dos direitos resultantes do negócio fiduciário serão conforme a norma do nº 1, art. 601º CC. Pelo contrário, se os bens dados em *fiducia* forem estranhos às dívidas que o fiduciário tenha assumido pessoalmente, aqueles não responderão pelas obrigações deste. Naquele caso, os bens fiduciados e os bens próprios do fiduciário constituem garantia geral das suas obrigações creditícias; já relativamente à segunda situação, estará reforçada a posição do fiduciante que, mesmo sendo titular de um direito de crédito, gozará de uma imunidade resultante de uma separação dos patrimónios para o caso de haver uma acção de execução movida contra o fiduciário ou caso ocorra a insolvência deste¹¹³². Este é o cenário a partir do qual vamos abordar a questão, sendo o ponto fulcral o património do devedor.

Aceitando que o património é o acervo de todas as posições jurídicas activas avaliáveis em dinheiro pertencentes a uma pessoa¹¹³³, ela é a que serve para solucionar o problema normativo da responsabilidade patrimonial do fiduciário. A elaboração de uma noção de património nem sempre é fácil, nem a adopção de um conceito já elaborado é imune de suspeitas, uma vez que a mesma oferece uma perigosa polissemia¹¹³⁴, capaz de levar a confusão de quem não presta atenção ao facto de que a lei e a doutrina, muitas vezes utilizarem-na para fins diferentes e dão um significado diferente consoante as diversas figuras jurídicas que o conhecimento jurídico disponibiliza. Por isso, mais do que ficar

diferente mas, incluindo nele a ideia de “afecção funcional”. Para ele considera-se direito real enquanto “afecção jurídico-privada de uma coisa corpórea aos fins das pessoas individualmente consideradas”. Este autor defende a ideia de que o nosso sistema jurídico não recebe o princípio da eficácia *erga omnes* inerente aos direitos reais, pois se admitem situações em que direitos reais oponíveis como, por exemplo, o direito real de aquisição que não registando o seu direito vê a sua situação de titular ser «anulada» por outro adquirente a *non domino* do transmitente por ter registado primeiro. *Direitos Reais*, reimp., Lex, Lisboa, 1993, pág. 255-302.

¹¹³¹ André Figueiredo, *O Negócio* ..., ob. cit., pág. 173.

¹¹³² Giusto Jaeger defendeu a ideia de património material ou dividida. Para este autor, o fiduciante, embora tenha transferido temporariamente o seu direito de propriedade, dispõe de um direito à restituição do bem, susceptível de fundar um *ius separationis* em processo de insolvência do fiduciário. Outros autores defendem esta ideia, como por exemplo, Luis Díez-Picazo, António Gullon e Hernández Gil. *Apud* Catarina Monteiro Pires, *Alienação* ..., ob. cit., pág. 222.

¹¹³³ Carvalho Fernandes, *Teoria* ..., Vol I, ob. cit., pág. 141.

¹¹³⁴ Oliveira Ascensão, *Direito Civil* ..., Vol. III, ob. cit., pág. 124.

amarrado à uma definição dada por acabada, preferimos utilizar a que se coaduna com o campo de responsabilidade pelas dívidas do fiduciário, porque assume uma posição que dogmaticamente é capaz de espelhar a posição nuclear da titularidade por imputação patrimonial.

Deste modo, ajustando os termos em que queremos entender o conceito de património, à *ratio* imanente na deslocação de uma massa patrimonial para a realização de um determinado objectivo, cuja normatividade está positivada no art. 1184º CC, entendemos que para a definitiva compreensão da protecção do fiduciante contra a inobservância pelo fiduciário das regras constante no *pactum*, é encontrada na função que essencialmente a titularidade sobre o património desempenha no conceito de negócio fiduciário. Ora, os poderes de gestão e disposição que o fiduciário adquire por transmissão da titularidade dos direitos de propriedade, são contrabalançados pelo direito que o fiduciante ganha, a partir da mesma deslocação patrimonial, que não é concebida numa relação *puramente obrigacional*¹¹³⁵ e que se consubstancia no interesse de ver regressado para a sua esfera jurídica, o que pode ser dito por outras palavras, que são os efeitos da *destinação patrimonial*. Por si só, este quadro não é constitutivo de um mecanismo de eficácia protectora do fiduciante; serve sim como fundamento material a partir do qual se constrói a defesa dos seus interesses e assenta nos requisitos formais constitutivos da mesma defesa, nos termos referidos do mandato sem representação, nomeadamente, os constantes do art. 1184º.

2 - Insolvência do fiduciário

I. A insolvência, como o negócio fiduciário, é um dentre muitos conceitos jurídicos que sem dúvida se apresenta muitas vezes impreciso na sua significação. A forma frequente como tem sido utilizada levou a um desgaste de rigor da sua acepção e contribuiu para se converter num vocábulo de uma perigosa equivocidade. A sua indeterminação não corresponde apenas a um produto desmesurado e de superficial uso do termo, senão, transmite a complexidade ínsita no seu estudo.

¹¹³⁵ Vincent Sagaert, “The Trust Book in the DCFR: A civil lawyer’s perspective”, in *The Future of European Property Law*, Selp, European Law Publishers, Munich, 2012, pág. 32. A expressão foi usada por este autor para dar a entender que no entendimento clássico das relações obrigacionais, não é possível um direito de crédito impor-se sobre um direito real.

A problemática da insolvência tem sido debatida tendo como ponto de partida o plano do incumprimento. Pensamos ser errada esta posição. Há que fazer-se a sua correcção analítica na base das distintas formas de aplicação do verbo *solvere*: a prioridade que se dá à responsabilidade do devedor e a sua determinação como prejuízo do direito de crédito.

Antecedentes históricos ilustram-nos que parte considerável da doutrina ao tratar da questão da insolvência parte de uma tradicional posição que podemos considerar antitética do cumprimento. A fundamentação desta posição reside no sentido etimológico de alguns termos ligados ao cumprimento¹¹³⁶. Assim, o adjectivo insolvente é considerado como simples negação do *solvente* ou do *solutio*, que é a pessoa que realiza ou pode realizar o cumprimento, descrevendo a situação do que não cumpre ou não pode cumprir por definitivo do que está em inadimplemento. Por sua vez, o substantivo insolvência constitui o reverso do cumprimento¹¹³⁷. É a doutrina mercantilista que apoia a ideia da distinção ente os dois termos jurídicos para a configuração da insolvência¹¹³⁸⁻¹¹³⁹.

A insolvência também foi vista como risco e como lesão do direito de crédito. O pensamento jurídico de Roma avaliava o conceito de insolvência partindo da ideia de prejuízo, tendo evoluído na base de outros dois conceitos, o de *periculum* e de *damnum*. A convergência

¹¹³⁶ G. Bonelli «La decadenza dal termina del debitore insolvente», *Giuriprudenza italiana*, vol. LI, 1999, IV, pág. 225 seg.

¹¹³⁷ A origem etimológica dos termos jurídicos analisados demonstra bem a confusão que se instalou na doutrina. Assim, o adjectivo solvente (do latim *solvens, entis*) provém do verbo *solver*, cuja significação é “desatar ou resolver”. Esta acepção, no actual momento histórico que vivemos, guarda um paralelismo com o sentido jurídico do termo, pois *solver* oferece-nos precisamente o sentido de “desatar ou ficar solto”, isto é “liberado”, daí que, originariamente, *solutio* não foi o cumprimento de um dever ou prestação senão o acto formal requerido para que o devedor ficasse livre do vínculo que estabelecia com a primitiva *obligatio*. Esta posição de sujeição do devedor ao poder coactivo do credor, desenhado inicialmente à volta da execução pessoal, se projecta no alcance jurídico do termo insolvente. Com base a um conteúdo de responsabilidade exclusivamente patrimonial, o seu significado não alude a situação subjectiva do incumprimento, senão que, pelo contrário, indica a situação objectiva do devedor que não pode ficar livre por carecer de bens suficientes que podem ser objecto de agressão dos credores. Não é casual, com que supra ficou dito, que nas ocasiões em que se pretende relacionar etimologicamente o incumprimento com a insolvência se emprega sistematicamente uma locução latina inexistente com *in solvens*. Quando na realidade os termos que aparecem nas fontes para designar o insolvente são: *in solutus* ou *in solvendo esse*. Entre os autores lusos veja-se principalmente A. Menezes Cordeiro, “Introdução ao Direito da Insolvência”, em *O Direito*, 137º (2005), III, pág. 465-506, *Manual de Direito Comercial*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 409 e Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, 3ª ed., 2011, Almedina, Coimbra, pág. 15. Na Itália, G. Brunelli, *Diritto Fallimentare italiano*, Roma, 1932, pág. 95.

¹¹³⁸ O Código Comercial Francês de 1807 regula a situação das dívidas do comerciante, estabelecendo o procedimento geral para a liquidação dos bens do devedor insolvente na base do direito romano, que entre outras elegera a *missio in bona*, *cessio bonorum* e a *venditio bonorum*. Por outro lado, foi estabelecido o “faillite” do devedor comerciante, cujo centro de referência no plano histórico ficou estabelecido por força do *ius commune* de influência do Direito estatutário italiano. Para mais desenvolvimentos, Francisco J. Orduña Moreno e Raquel Guillénatalén, *La Protección Patrimonial del Crédito*, Tomo II, Cevitas, Navarra, 2010, pág. 28.

¹¹³⁹ Um dos iniciadores desta doutrina mercantilista foi G. Bonelli, «Del Fallimento», in *Commento al Codice di Commercio*, Vol. I, Milano, 1938, pág. 4 seg.

dos sentidos conceptuais de *periculum*, de *damnum* com a noção de prejuízo, fortaleceu a posição romana na defesa do entendimento de insolvência e, verificadas as suas fontes, a sua aplicação no plano jurídico levou às duas consequências jurídicas assinaláveis:

a) A assunção por uma das partes do risco inerente à relação obrigatória, particularmente dos danos que provêm de factores como o caso fortuito ou de força maior;

b) A imputação de determinados danos na base de uma valoração objectiva da responsabilidade.

II. Historicamente, e na base de um desenvolvimento do regime clássico de responsabilidade, estas consequências alicerçaram-se e, segundo o *modus operandi justiniano*, que se caracterizava por uma sistematização baseada numa valoração subjectiva do comportamento culposo e doloso do devedor como fundamento e limite da responsabilidade, os clássicos expuseram um regime de responsabilidade baseado na tipicidade de cada acção e tendo em consideração as particularidades de cada caso concreto. A par dos pressupostos de indemnização por danos causados, que estavam previstos pela Lei de Aquilia, o regime de responsabilidade nas obrigações variou tendo em consideração a convenção das partes e o tipo de acção correspondente¹¹⁴⁰.

Hoje, a insolvência é entendida como um sistema funcional que visa a execução universal objetivando a liquidação do património do devedor para o cumprimento das suas obrigações. Deste modo, a responsabilidade patrimonial do devedor é entendida como fundamento primário das consequências jurídicas derivadas do incumprimento. A determinação da insolvência como pressuposto material do dano ao(s) credor(es) assente num fundamento objectivo, levou parte da doutrina a definir as notas caracterizadoras da noção de insolvência como a lesão do direito de crédito. Neste sentido, a designada incapacidade patrimonial do devedor para cumprir o *quantum* das dívidas reclamadas, ou seja, a consideração da «garantia patrimonial» como verdadeiro sustentáculo da efectividade do crédito, é considerada insolvência quando insuficiente para a satisfação do interesse patrimonial do credor. No entanto, esta conclusão não esgota o esforço metodológico para determinar a situação de insolvência. É importante encontrar um conjunto de elementos que

¹¹⁴⁰ Francisco J. Orduña Moreno e Raquel Guillén Catalán, *La Protección...*, ob. cit., pág. 67.

ajudem a definir a partir de que momento e em que condições o devedor deve ser considerado insolvente. Se a questão da insolvência em si mesmo já é controvertida, definir a determinação da situação de insolvência não é menos difícil¹¹⁴¹. Como sabemos, tanto a impossibilidade objectiva como a subjectiva, relativa ao devedor, dão lugar a extinção da obrigação¹¹⁴². Ora, a impossibilidade do devedor cumprir com as suas obrigações (cfr. art. 3º, nº 1 do CIRE) não deve ser técnico-juridicamente tratada com rigor (cfr. art. 790º CC), mas atender às condições em que pontualmente o devedor não é capaz de realizar a prestação devida¹¹⁴³.

III. Esta generalidade da *opinio iuris* não é bastante pacificadora na doutrina para considerar o alcance da insolvência como pressuposto material da lesão do direito de crédito¹¹⁴⁴. Partindo de uma concepção analítica, a insolvência é representativa de um dano creditício porquanto se refere também a uma «alteração ou mutação do estado da garantia patrimonial do devedor», mudanças que podem ocorrer com as condições patrimoniais do devedor susceptíveis de colocar em evidente “perigo” a consecução do interesse patrimonial do credor ligadas à constituição do crédito, o que leva a considerar o carácter *superveniente* da insolvência pois, muitas vezes, apresenta-se como um *eventus damni*, que determina a lesão do direito de crédito através da diminuição do património (*deminutio patrimonii*) que afecta a garantia patrimonial do devedor, enquanto suporte da realização do crédito. Nesta ordem de

¹¹⁴¹ A incapacidade do devedor em cumprir com seus compromissos não pode ser vista de forma cega, antes, tem-se recorrido a dois critérios principais para definir a situação de insolvência: *a*) o critério de fluxo de caixa (*cash flow*), e *b*) o critério do balanço ou do activo patrimonial (*balance sheet* ou *asset*). O primeiro considera que o devedor é insolvente logo que se torna incapaz, por falta de liquidez, para pagar as suas dívidas no momento em que estas se vencem. Não é relevante a superioridade do activo do devedor sobre o seu passivo, sendo de considerar apenas a impossibilidade de pagar as dívidas que podem surgir na sua regular actividade. O segundo critério tem assento tónico no facto dos bens do devedor não serem suficientes para o cumprimento integral das suas obrigações. De acordo com este critério, a insolvência não desaparece pelo facto do devedor poder cumprir com as suas obrigações, pelo contrário, o que importa é o facto de que o conjunto de bens do devedor não seja suficiente para satisfazer as suas responsabilidades. Veja-se, Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, pág. 83-84.

¹¹⁴² José Lebre de Freitas, “Pressupostos objectivos e subjectivos da insolvência”, em *Themis*, edição especial, 2005, pág. 11-25.

¹¹⁴³ Menezes Leitão, *Direito da ...*, ob. cit., pág. 76.

¹¹⁴⁴ Veja-se o que disse Menezes Leitão: “A insolvência é no Direito Português genericamente definida como a impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas pelo art. 3º, nº 1, CIRE, sendo este o critério principal para definição da insolvência, o que implica a adopção do critério do *fluxo de caixa*. A definição legal, que é essencialmente inspirada no § 17 da *Insolvenzordnung* alemã deve ser adequadamente interpretada. Não está em causa uma situação de impossibilidade em sentido técnico-jurídico que importaria na extinção da obrigação (art. 790º). Parece preferível a definição anterior do CPEREF que entendia a insolvência como a impossibilidade de cumprir pontualmente as respectivas obrigações por carência de meios próprios e por falta de crédito” – *Direito da ...*, ob. cit., pág. 76. O sublinhado é nosso.

ideias, a insolvência toma outra significação, um entendimento segundo o qual é a alteração do estado patrimonial do devedor que consiste numa diminuição considerável da garantia patrimonial. O carácter *superveniente* da insolvência tem o seu ponto de comunicação com a efectividade do princípio da responsabilidade patrimonial do devedor, já que se a força desta característica se encontra na possibilidade de previsão do futuro, como a própria ordem jurídica prevê ao dizer *bens presentes e futuros*, e a sua actuação fica determinada numa acção presente, *os bens que integram o património do devedor*, a sua delimitação temporal a estes efeitos fica delimitada em relação à constituição da relação obrigatória, de tal forma que, a lesão não alcança os credores posteriores a alteração ou modificação da garantia patrimonial, afectando apenas os credores que sejam considerados ao tempo de se efectuar a execução. O prejuízo não atinge, assim, os credores posteriores ao acto ou negócio de disposição, sujeitos a um novo estado da garantia patrimonial do devedor como suporte efectivo da sua responsabilidade patrimonial.

A relação entre insolvência e responsabilidade do devedor está configurada a partir de uma perspectiva da tipicidade legal da insolvência. Esta constatação leva-nos a outra consideração: a relação entre a insolvência e a autonomia da vontade deve ser sempre encarada tendo como marco a tipicidade da insolvência como facto ou causa jurídica determinante de efeitos jurídicos pois, a insolvência está sujeita a uma valorização normativa, estando os seus efeitos jurídicos sujeitos a uma regulamentação determinada directamente pela norma jurídica. Assim, no alcance jurídico da insolvência não cabe a autonomia da vontade, uma vez que a autonomia privada da vontade dentro da insolvência é relevante apenas quanto ao exercício das faculdades e acções, por exemplo, as relativas a diligências do titular do direito de crédito (*vigilantibus et non dormientibus iure succurrunt*), mas não delimita os efeitos jurídicos produzidos pela insolvência, que estão já definidos pela norma jurídica¹¹⁴⁵.

¹¹⁴⁵ É o caso da herança jacente. A autonomia privada da vontade preside à faculdade do herdeiro aceitar ou não a herança (art. 2062º CC). No caso de ninguém declarar a aceitação da herança e não seja declarada vaga para o Estado ou mesmo que haja declaração de aceitação, o CIRE no seu art. 10º, al. a) determina a continuação do processo contra a herança e até ao encerramento do processo proíbe a sua divisão e, como consequência, não há lugar à habilitação de herdeiros, mas têm a faculdade de requer a suspensão do processo por cinco dias (art. 10º, al. b)). A aceitação da herança, logo, a manifestação da autonomia da vontade do herdeiro, não tem como efeito a extinção da sua autonomia patrimonial, levando o processo insolvencial até ao seu fim, estabelecendo a sua indivisão; são os efeitos que se produzem por força da lei. Nos casos da aceitação da herança por qualquer herdeiro, a possibilidade de declaração da insolvência mantêm-se pois constitui um património autónomo que por força da lei está sujeito a administração do cabeça de casal até à sua liquidação e partilha, conforme do CC – art. 2071º – e os patrimónios autónomos podem ser declarados insolventes. Cfr. Menezes Leitão, *Direito ...*, ob. cit., pág. 89 seg.

Ou seja, dentro da questão da tipicidade da insolvência, há espaço muito restrito para a autonomia privada, que está aberta em alguns aspectos processuais, como o vencimento antecipado da obrigação, a acção rescisória por fraude dos credores ou a hipótese da acção sub-rogatória. Também há espaço para a autonomia privada nas seguintes situações: na faculdade que qualquer credor tem em requerer a insolvência ou uma medida cautelar; os credores podem eleger um administrador diferente do que o juiz determinar, como podem definir a sua remuneração e as condições de funcionamento; a assembleia de credores tem os poderes constantes nos arts. 67º, nº 1, 80º, 156º, nº 2, 161º, nºs 1 e 3, 192º e 228º, nº 1, al. b), todos do CIRE¹¹⁴⁶.

IV. O direito português determina de uma forma geral que a insolvência é a impossibilidade de cumprimento das obrigações vencidas; assim está estatuído no art. 3º, nº 1, CIRE, constituindo o critério legal para a determinação da situação de insolvência em vigência no território luso. O critério do fluxo de caixa é o que a lei portuguesa adoptou, considerando que a insolvência constitui a impossibilidade de cumprimento das obrigações e não a insuficiência patrimonial que leva a que a situação líquida seja considerada negativa¹¹⁴⁷.

O CIRE, no seu art. 2º, nº 1, anuncia os sujeitos passivos da insolvência. Interessa-nos os sujeitos referidos nas al. a) e h), ou seja, quaisquer pessoas singulares ou colectivas e quaisquer outros patrimónios autónomos. No primeiro caso o interesse centra-se no facto de os fiduciários poderem ser pessoas singulares ou pessoas colectivas, mas que para efeitos de insolvência não é relevante a questão da personalidade jurídica, pois não é critério relevante para a fixação do âmbito subjectivo da insolvência, mas sim o da autonomia patrimonial, o que vem a ter reflexos na qualificação do ente jurídico que pode assumir a posição jurídica de fiduciário e, no segundo, pelo facto de fundos autónomos serem um exemplo paradigmáticos de gestão de património de terceiros. Ficam excluídos deste âmbito – nº 2 do art. 2º CIRE – as empresas públicas, as empresas de seguros, as instituições de crédito, as sociedades financeiras, as empresas de investimento, que prestem serviços que impliquem a detenção de fundos ou de valores imobiliários de terceiros e os organismos de investimento colectivo. Esta excepção funda-se no facto de que estas entidades têm um regime próprio ou especial de

¹¹⁴⁶ Menezes Cordeiro, “Introdução à Insolvência”, *O Direito*, III, nº 137º, 2005, pág. 501-502.

¹¹⁴⁷ Menezes Leitão, *Direito ...*, ob. cit., pág. 85.

insolvência. É o que acontece com as empresas de seguro, que se regem pelo Decreto-Lei nº 94-B/98, de 17 de Abril, as instituições de crédito, cujo regime consta do Decreto-Lei nº 298/92, de 31 de Dezembro, das sociedades financeiras, regidas pelo Decreto-Lei nº 199/06, de 25 de Outubro, das empresas de investimento, indicadas pelo art.º 293º, nº 2 do Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei nº 486/99, de 13 de Novembro e os organismos de investimento colectivo cujo regime vem estatuído no Decreto-Lei nº 252/03, de 17 de Outubro.

A regra geral sobre a incidência do processo insolvencial consta do nº 1 do art. 46 CIRE: a massa insolvente destina-se à satisfação dos credores da insolvência, depois de pagas as suas próprias dívidas, e, salvo disposição em contrário, abrange todo o património do devedor à data da declaração de insolvência, bem como os bens e direitos que adquira na pendência do processo.

V. Dadas as características do negócio fiduciário, fundamentalmente a similitude legal com o regime do mandato sem representação, os bens impenhoráveis não fazem parte da massa insolvente, conforme o disposto no nº 2 do art. 46º CIRE¹¹⁴⁸, salvo se o fiduciário insolvente voluntariamente os integrar e a impenhorabilidade não for absoluta. O CIRE (cfr. art. 51º) atribui à massa insolvente a função de pagar, em primeiro lugar, as próprias dívidas e, em segundo lugar, os créditos sobre a insolvência, sendo, por isso, justo qualificar a massa insolvente como património de afectação¹¹⁴⁹.

Podemos já avançar que na *fiducia* não integra o património do fiduciário havendo uma titularidade funcionalizada e instrumental ao desígnio convencionado entre as partes. Assim, os direitos adquiridos pelo fiduciário na execução do contrato, devem ser transferidos para o fiduciante e não respondem pelas obrigações do fiduciário, “ (...) desde que o negócio

¹¹⁴⁸ Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 232.

¹¹⁴⁹ Paula Costa e Silva, *apud* Menezes Leitão, *Direito ...*, ob. cit., pág. 99. Menezes Cordeiro considera que, para além da totalidade do património do devedor à data da declaração de insolvência (Cfr. art. 601º CC), devem também fazer parte da massa insolvente os bens dos responsáveis legais das dívidas do insolvente, como o sócio único (art. 84º CSC), os sócios em nome colectivo (art. 175º, nº 1, CSC) ou comanditados (art.º 465º, nº 1 CSC), os gerentes e administradores de quaisquer sociedades (art. 78º, nº 1 e nº 4 CSC e ainda quando o insolvente seja casado em regime de comunhão de bens ou adquiridos, neste caso a massa insolvente é constituída pelos bens próprios e pela meação dos bens comuns (art. 1696º CC). Os bens que o insolvente for adquirindo, ou forem reintegrados na pendência do processo através do administrador da insolvência, fazem parte da massa insolvente.

fiduciário (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” – art. 1184º CC¹¹⁵⁰.

É ponto assente que através do mecanismo da separação patrimonial os bens dados em fiducia não ao dispor do processo de insolvência, porque estando a propriedade dos bens ingressados na esfera do fiduciário a título pleno, mas temporário, porque funcionalizado à realização de um fim, não constituem garantia patrimonial dos credores pessoais do fiduciário. Os compromissos do fiduciário não têm por garantia os direitos e bens que estão na sua esfera patrimonial para realizar um escopo, por isso, com titularidade temporária¹¹⁵¹. Alias, esta posição é semelhante aos casos em que, se o fiduciário der um destino diferente ao convencionado, pode o fiduciante a simples requerimento (ou até dos seus sucessores) solicitar a anulabilidade do negócio, bastando para o efeito invocar o excesso de poder exercido pelo fiduciante ou a violação, por ventura mais grave, da finalidade dos bens estabelecido no acordo fiduciário. Dependendo de cada caso em concreto, poderá fazer-se recurso a sanção pecuniária compulsiva (art. 829º-A), ou lançando mão ao expediente da execução específica (art. 830º)¹¹⁵², havendo alguma dificuldade nada obsta que a acção declarativa de condenação seja operacionalizada¹¹⁵³. O princípio da autonomia privada, ínsito na norma do art. 406º CC, impõe o cumprimento pontual do contrato, que corresponde com a execução do programa negocial na base do princípio da boa fé. Sobre os meios de defesa do fiduciante, espelharemos mais detalhadamente no último Capítulo, Secção V.

¹¹⁵⁰ Como veremos no Capítulo IX e Secção IV da nossa investigação, mais precisamente no que se refere aos meios de defesa do fiduciante, esta norma parece estar em contradição com a reforma sobre o Código do Registo Predial, nomeadamente no que se refere a obrigatoriedade de efectuar o registo, a noção restrita sobre terceiros para efeitos de registo e as condições para ter essa qualidade de terceiros.

¹¹⁵¹ Sobre a separação patrimonial, desenvolveremos mais detalhadamente no último Capítulo, Secção IV, nº 4.

¹¹⁵² J. Calvão da Silva, “Cumprimento e sanção pecuniária compulsiva”, Separata do vol. XXX, do suplemento do *BFDUC*, Coimbra, 1987, pág. 500 seg.

¹¹⁵³ Não há unanimidade doutrinal sobre o recurso à execução específica. Explica J. Almeida Costa que o recurso a este expediente não deve ser entendido como excepcional. *Direito das...*, ob. cit., pág. 214.

CAPÍTULO IX

NATUREZA DAS OBRIGAÇÕES DO FIDUCIÁRIO

I As obrigações que o fiduciário assume na relação jurídica estabelecida, traduzem-se num vínculo através do qual deverá tomar uma atitude: gerindo o bem fiduciado ou alienando o bem para se pagar, por exemplo. A posição do fiduciante é contraposta a uma posição real do fiduciário perante terceiros, uma vez que os bens na sua titularidade visam realizar um fim determinado no *pactum fiduciae*. A obrigação primária é a realização do fim determinado no *pactum*. Em segundo lugar, a obrigação é a retransmissão os bens dados em *fiducia* ao fiduciante ou a terceiro, conforme o acordado, no fim de um determinado tempo ou verificado determinado facto. Concorrem para a obrigação primária os deveres de conservação e manutenção, e outros deveres já descritos dos bens afectados para os fins fiduciários. Para qualificar as obrigações do fiduciário importa indagar: todos os deveres serão obrigações através das quais o fiduciário fica adstrito, em favor do fiduciante, à produção dos efeitos queridos no *pactum* como resultado final da prestação, ou constituirá apenas uma obrigação de desenvolver uma actividade prudente em vista a alcançar um resultado final? Por outras palavras, estará o fiduciário obrigado a dirigir a sua conduta prestamista a um resultado determinado cujo cumprimento ou incumprimento dependa directamente a produção ou não desse resultado, podendo ser responsabilizado pelo incumprimento se esse resultado não for obtido ou se, afinal, bastará que a conduta diligente e necessária do fiduciário esteja ligada à realização do interesse do credor, mas não estando obrigado a assegurar que o mesmo se produza?

II. A resposta a estas situações leva-nos a falar sobre a prestação de resultado e a prestação de meio, que constituem uma das várias questões cujo tratamento doutrinário é pouco exaustivo, encontrando-se esparso e sem sustento em textos legais, havendo um silêncio legislativo a este respeito¹¹⁵⁴. Na primeira modalidade de prestação o devedor responsabiliza-

¹¹⁵⁴ Na doutrina lusa não há unanimidade sobre a admissibilidade da tipologia aqui sufragada por nós. Menezes Cordeiro defende a ideia de que as obrigações são todas de resultado. Para ele, nas obrigações o que interessa ao credor é o resultado procurado não fazendo qualquer sentido falar-se em obrigações de meio. *Direito das Obrigações*, Vol. I, AAFDL, Lisboa, 2001 (reimpressão), pág. 358-359. Menezes Leitão, por sua vez, afirma não

se a obter um resultado, respondendo por incumprimento se esse resultado não for obtido. Na segunda, o devedor não está obrigado a obter um resultado, mas a actuar com diligência para que esse resultado seja obtido. É dado adquirido que em todas as relações obrigacionais o devedor está vinculado a um dever de actuar com diligência que por si constitui já um resultado, na medida em que toda a relação obrigacional está dirigida à satisfação de um interesse do credor, por isso, “um resultado intermédio, coincide com a satisfação de um interesse instrumental ou de 2º grau do credor e, nessa medida, «não é senão um meio na série teleológica que constitui o conteúdo do interesse primário do credor»”¹¹⁵⁵.

Antes porém, importa reflectir sobre o facto de que o negócio fiduciário ser o meio que a ordem jurídica oferece para o individuo quando, como e se assim entender, adopte uma conduta para a satisfação dos seus interesses. O negócio fiduciário é assim um acto jurídico apto para a produção de efeitos jurídicos e, como tal, é também um acto de regulamentação que pode ser convencionada pelas partes e, neste sentido, o acto passa a ser objecto de um

haver base no direito português para distinguir entre obrigações de meios e de resultado, posição que teve como apoio a doutrina de Gomes da Silva (in *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, Lisboa, 1944, pág. 206 e 238). *Direito das Obrigações*, Vol. I, 7ª ed. Almedina, Coimbra 2008, pág. 142. Também Ferreira de Almeida se afasta desta destriça pelo facto de defende, ela poder constituir um elemento perturbador face à presunção de culpa do devedor incita no art. 799º, nº 1 CC, in «Os contratos civis de prestação de serviço médico», *Direito da Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996, pág. 110-112. No entanto, é maioritária a doutrina que apoia a orientação de aceitação da existência da modalidade da obrigação de meio e obrigação de resultado. Entre outros, Manuel de Andrade, *Teoria geral das obrigações*, com Rui de Alarcão, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2ª ed., 1963, pág. 413-415, e Almeida Costa, *Direito das ...*, ob. cit., pag. 971.

Em Espanha está em estudo uma *Propuesta de Código Mercantil*, elaborada pela Sección Segunda da Comisión General de Codificación, apresentada oficialmente pelo Ministério da Justiça espanhol no dia 13 de Junho de 2013 e que actualmente se encontra em fase de discussão pública, cuja justificação da “propuesta” é a importância dos serviços na economia europeia e espanhola contemporânea, post-industrial, dirigidos juridicamente através das obrigações de fazer ou de prestar (aquelas cujo objecto seja a realização de uma actividade porque no cumprimento de uma actividade há a alternativa de poder cumprir-se uma obrigação com um simples fazer [meios] ou exigir-se a consecução de um resultado que satisfaça a finalidade contratual), às quais se aplica em sentido próprio a classificação *sub examine*. Atenda-se que, nas obrigações de dar, a entrega é sempre um resultado e a sua falta corresponde ao incumprimento do dever de prestar. No seu Libro Cuarto (“Sobre las obligaciones y de los contratos mercantiles en general”), consagra a regulamentação de determinados aspectos da teoria geral das obrigações e dos contratos que tradicionalmente são reservadas ao Código Civil, pelo que se aplicam restritivamente no âmbito da Propuesta do Código Mercantil. No capítulo V, cuja epígrafe é “Del contenido del contrato”, uma discutível proposição normativa contida no art. 415º, vem dizer o seguinte:

“*Supuestos de obligaciones contractuales: 1. La obligación contractual puede consistir en proporcionar un resultado o simplemente poner los medios posibles para conseguirlos.*

2. *Cuando no se hubiera pactado expresamente, para determinar en qué medida una obligación obliga a proporcionar un resultado o solo a poner los medios para conseguirlos, se tendrán en cuenta principalmente:*

a) *Los términos en que esté redactado el contrato.*

b) *El precio y demás elementos del mismo.*

c) *La mayor o menor idoneidad que, para alcanzar un resultado, tengan los medios a utilizar.*

d) *La incidencia que para el cumplimiento de la obligación tuvieran las aptitudes de la parte que asumió el encargo”.*

¹¹⁵⁵ Ricardo Lucas Ribeiro, *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra Editora, 2010, pág. 21.

dever e a forma de produção dos efeitos jurídicos queridos, que em princípio são inalteráveis, salvo por vontade das partes. Assumida esta posição, há que considerar que a faculdade que a Ordem Jurídica concede ao particular de negociar quando e como, passa a ser regulada de determinada forma¹¹⁵⁶. O acto jurídico deixa de ser um meio egoístico do seu autor para ser ele também um meio para a realização do interesse do credor. Ora, realizado o escopo pelo qual a propriedade foi transferida para a esfera do fiduciário, ela deve ser retransmitida; a retransmissão torna-se um negócio de cumprimento de uma obrigação, já não é um negócio “juridicamente *livre*, é um negócio que a pessoa *deve* praticar”¹¹⁵⁷, de sorte que o negócio de retransmissão dos bens fiduciários não corresponderá com o negócio de afectação (entretanto já realizado), mas um negócio funcionalizado à satisfação do fiduciante (agora credor) ou de um terceiro beneficiário (também protegido um uma expectativa com carácter real)¹¹⁵⁸.

Quando a retransmissão não ocorra e devesse acontecer por força do acto de regulamentação contratual expresso no negócio fiduciário e livremente aceite pelas partes, o fiduciário deixará de ter legitimidade para praticar qualquer acto que não o constante no *pactum fiduciae*, “que altera as situações jurídicas pré-existentes e alteram-se em conformidade com os termos desse acordo”¹¹⁵⁹ pois, se for de forma diferente a sanção é a sua invalidade. Na falta de conformação entre a legitimidade e o valor dos interesses a realizar, o negócio fiduciário deixará de ser o meio adequado para, em primeiro lugar, a transferência fiduciária de bens ou direitos e, em segundo lugar, a realização do escopo desta transferência. Passando o negócio a ser a base de legitimidade da actuação do autor do acto jurídico, a sua regulamentação abriga-o a actuar conforme o acordo negocial, logo, a retransmissão dos bens é um dever do fiduciário (devedor) para com o fiduciante (credor). Se negociar com terceiros, violando a obrigação de retransmissão, actua sem legitimidade e deixa de haver conformação com o valor dos interesses e, como consequência, o negócio deixa de ser o meio de auto-regulação da protecção dos interesses das partes¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁶ Miguel Galvão Teles, *Obrigação de Emitir Declaração Negocial*, Almedina, Coimbra, 2012, pág. 216.

¹¹⁵⁷ Miguel Galvão Teles, *Obrigação ...*, ob. cit., pág. 219.

¹¹⁵⁸ Sobre a natureza real da expectativa jurídica veja-se, Menezes Leitão, *Direito ...*, Vol. I, ob. cit., pág. 200-204. Maria Peralta, *Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 165 seg.

¹¹⁵⁹ C. Ferreira de Almeida, *Contratos ...*, Vol. I, ob. cit., pág. 33.

¹¹⁶⁰ É importante observar que os bens ou direitos transferidos do fiduciante para o fiduciário, mesmo havendo segregação patrimonial, passam para a esfera jurídico-patrimonial deste último, funcionalizado ao exercício de uma finalidade. Se é assim, a retransmissão dos referidos bens ou direitos deverá ser feita através de um outro negócio jurídico, cujo título da obrigação de negociar é o negócio fiduciário onde consta a obrigação de

Não vemos, por isso, que se possa considerar o negócio fiduciário como potencial criador de fragilidades da posição do fiduciante porque, afinal, o seu peso obrigacional cria no fiduciário um dever de negociar. Tendo havido uma declaração negocial dirigida no sentido de tomar, no futuro, uma determinada conduta negocial, que é o retorno dos bens para a esfera patrimonial do fiduciante ou a entrega a um terceiro beneficiário, será um negócio objecto do dever dessa retransmissão¹¹⁶¹, que faculta ao fiduciante *a possibilidade* de socorrer-se da figura da execução específica – art. 830º CC. A retransmissão do direito para a esfera jurídica do fiduciante pode ser reconduzida à uma promessa do fiduciário ao fiduciante estabelecida no negócio em que ocorreu a transmissão do direito do fiduciante para o fiduciário com o intuito de realizar um. Realizado o objectivo que esteve na base da transmissão fiduciária do direito de titularidade sobre bens, e tendo havido o compromisso de retransmissão, nada obsta que o fiduciário seja equiparado a um promitente devedor pois, no dizer da lei, “se alguém se tiver obrigado a celebrar certo contrato e não cumprir a promessa, pode a outra parte, na falta de convenção em contrário, obter sentença que produza os efeitos da declaração negocial do faltoso, sempre que a isso não se oponha a natureza da obrigação assumida” – nº 1, art. 830º – desde que ainda seja possível realizar-se a retransmissão, já que não faria nenhum sentido a execução se o direito ou bem não existir no momento ou a retransmissão, por qualquer outra razão, ser impossível fim¹¹⁶² – voltaremos a falar desta aproximação à figura do contrato-promessa no último Capítulo, Secção V.

Reconhecendo que a doutrina não é pacífica sobre o âmbito de aplicação da execução específica no contrato-promessa¹¹⁶³, somos de admitir que na base de todos os elementos metodológicos válidos para que se realize uma interpretação que seja mais consentânea com os valores do nosso sistema jurídico e com as circunstâncias materiais que hoje nos rodeiam, o incumprimento do fiduciário na retransmissão do direito – feito através de um outro negócio – causa lesão ao fiduciante e este pode ver o seu interesse tutelado através da execução específica, nos termos do já citado art. 830º CC, por ser o preceito que oferece o melhor critério jurídico para resolver aquele problema decidendo (o incumprimento) em termos

retransmissão manifestada através da emissão de uma declaração negocial. O cumprimento do dever é a realização do negócio de retransmissão.

¹¹⁶¹ Miguel Galvão Teles, *Obrigação ...*, ob. cit., pág. 237 seg.

¹¹⁶² Pires de Lima/Antunes Varela, *Código ...*, ob. cit., Vol. II, pág. 107.

¹¹⁶³ Pires de Lima/Antunes Varela, *Código ...*, ob. cit., Vol. II, pág. 106. Em sentido inverso, e por todos, Almeida e Costa, *Obrigações ...*, ob. cit., pág. 213 seg.

pratico-normativamente conforme com o direito e axiológico-teologicamente adequado, até porque o valor decidendo está na ratio do próprio preceito, onde se pode extrair as soluções mais conformes com a unidade do sistema jurídico. Não se trata de uma integração de lacuna, mas de analogia, no sentido de estender a intenção normativa ínsita na execução específica nos contratos-promessa para outros casos particulares que sejam do mesmo género tipológico, conforme art. 11º CC¹¹⁶⁴. Trata-se de avaliar se o critério jurídico a utilizar nos casos em que o fiduciário se recusa a retransmitir o direito ou bem, pode ser o constante no art. 830º CC e se dela se pode presumir que o legislador pretendeu consagrar uma solução para este problema e se dela se afere um mínimo de correspondência entre o caso e a previsão da norma¹¹⁶⁵. Como ensinou Castanheira Neves¹¹⁶⁶, a “norma não é uma entidade em sentido normativo absoluto e invariável”, porque a intenção ideológica, filosófica, política, cultural e económica, a *occasio legis*, que mobilizou o legislador a criar esta norma alterou-se com o tempo – determina o nº 1, art. 9º CC, que há três factores que condicionam a metódica da interpretação: a *unidade do sistema*, as *circunstancias em que a lei foi elaborada* e as *condições específicas do tempo em que é aplicada* –, por isso, a norma “é uma variável normativa em função do problema judicativo decisório que a convoca, a interroga problematicamente e a vai determinando na sua normatividade judicativamente assimilada”, havendo necessidade imperiosa de ser tomada uma atitude *actualista*, conforme pensamento de Baptista Machado¹¹⁶⁷, já que o ordenamento vai-se vivificando, alinhando-se às circunstancias que dialecticamente fundam o sistema de validade normativo-jurídica. Como bem assinalou Larenz¹¹⁶⁸ “a lei vale na verdade para todos os tempos, mas em cada época da maneira como esta a compreende e desimplica, segundo a sua própria consciência jurídica”.

Em conclusão, as obrigações do fiduciário devem ser entendidas no quadro de uma relação complexa onde afloram deveres de vária ordem e níveis, mas a principal, dada a natureza do negócio fiduciário, é a de retransmitir o direito fiduciário. Como veremos no Capítulo X, Secção V, o fiduciante tem vários meios de defesa do seu direito, mas a execução

¹¹⁶⁴ J. Baptista Machado, *Introdução* ..., ob. cit., pág. 327.

¹¹⁶⁵ J. Baptista Machado, *Introdução* ..., ob. cit., pág. 190.

¹¹⁶⁶ *O Actual Problema* ..., ob. cit., pág. 345.

¹¹⁶⁷ *Introdução* ..., ob. cit., pág. 190.

¹¹⁶⁸ *Metodologia* ..., ob. cit., pág. 448. O autor diz mais: “Quem interpreta a lei em certo momento busca nela uma resposta para as questões do seu tempo”.

específica goza de um lugar privilegiado, dada a sua forte operacionalidade que facilita o tribunal para, através de uma sentença, substituir a declaração do fiduciário faltoso.

SECÇÃO I

ORIGAÇÕES DE MEIO OU DE RESULTADO?

I. Determinar se as obrigações do fiduciário são de meio ou de resultado leva-nos antes a indagar sobre o conteúdo da relação contratual complexa¹¹⁶⁹ que é o negócio fiduciário. Na relação fiduciária encontramos um complexo de vínculos resultantes de uma relação real e outra obrigacional, ou seja, uma que é resultado da transmissão do direito sobre a titularidade plena e exclusiva do direito de propriedade do fiduciante para o fiduciário e a segunda em que o fiduciário se vê no dever de retransmitir o bem ao fiduciante ou a terceiro¹¹⁷⁰. Acresce a complexidade resultante da transmissão do direito de propriedade da esfera jurídica do fiduciante para o fiduciário. Apesar da sua estrutura complexa, o negócio fiduciário é um contrato único, cuja unidade está adstrita ao fim do contrato: a realização do que ficou determinado no *pactum fiduciae*, que pode consistir na transmissão do bem ou de um direito para administração ou para garantia.

Esta complexidade de vínculos vai reflectir-se no conjunto de deveres que comporta: os deveres de prestação subdividem-se em deveres principais ou primários de prestação e em deveres secundários ou acidentais de prestação. Pelos primeiros é possível determinar se o negócio é para administração ou para garantia, pois constituem o elemento principal da relação, juntamente com os correspondentes direitos. Já quanto ao segundo grupo, consistem

¹¹⁶⁹ Carneiro da Frada, *Contrato e Deveres de Protecção*, Almedina, Coimbra, 1994, pág. 36-37, anot. 58, explica a distinção e a sua importância que há entre relação obrigacional complexa e relação contratual complexa. Para ele, “a expressão «relação obrigacional» tem, na doutrina, um duplo significado. No seu sentido restrito, ela é idêntica ao conceito de crédito. Num sentido mais amplo designa, em palavras de Gernhuber, «uma unidade que serve de ordenação de uma concreta relação de prestar com todas as consequências jurídicas que a esta estão acopladas» (Bürgerliches Recht, München, 1983, 116). Para esta reserva-se a designação de *relação obrigacional complexa* ou de *relação contratual complexa*. Estes dois termos não são, rigorosamente, intermutáveis. Se o primeiro pareceria mais correcto para caracterizar a complexidade da obrigação que se dá também por via de outras fontes que não o contrato, o último toma justificadamente por paradigma a relação emergente do contrato por ser esta aquela que apresenta maior riqueza e diversidade de conteúdo. Feita esta indicação, e tendo em conta que a nossa indagação se move essencialmente no universo contratual, utilizar-se-á indistintamente qualquer uma das expressões”.

¹¹⁷⁰ Cariato Ferrara é de opinião que na realidade existem dois contratos, um real positivo e outro obrigacional negativo. O primeiro produz a transferência da propriedade e o segundo obriga o fiduciário a usar de determinada maneira o direito adquirido, para o restituir depois ao fiduciante ou a um terceiro. No entanto, é opinião geral na doutrina que o negócio fiduciário é um único negócio, constituído por duas relações unidas indissolavelmente, porque nenhuma delas existe autonomamente. Para atingir a finalidade do negócio fiduciário coexistem a transferência do direito real do fiduciante para o fiduciário e o vínculo obrigacional deste para o primeiro de cumprir o dever de utilização e destinação do bem de determinada maneira.

numa dupla significação, sendo a primeira a que se encontra numa posição que vão, de forma acessória, satisfazer o interesse do credor e, assim, estaremos a falar dos deveres acessórios da prestação principal, e, noutra vertente mas na mesma linha, os que são um acrescentamento necessário à prestação principal em determinadas circunstâncias, que correspondem aos deveres secundários substitutivos ou complementares¹¹⁷¹.

São postas de parte, para o objecto do nosso estudo, as obrigações de prestação instantânea por se realizarem num único momento; a sua realização temporal é instantânea¹¹⁷². Os negócios fiduciários não têm esta característica, pelo contrário, são de prestação continuada na medida em que visam a administração de bens, mesmo quando o negócio visa garantir um crédito que não se realiza num só momento mas de forma duradoura, por vezes sinalagmática¹¹⁷³, o que por si só faz nascer deveres de cooperação entre as partes. O dever principal ou primário a que está adstrito o fiduciário é a retransmissão do bem ao fiduciante ou a terceiro, decorrido determinado prazo ou verificado certo evento. A par deste dever existem outros que, não concorrendo directamente para o êxito da realização dos deveres primários, servem para que os interesses e os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes no contrato sejam conseguidos.

O dever que o fiduciário tem em manter conservada e protegida a massa patrimonial fiduciária está conexionado com o dever que o fiduciante tem em informar o fiduciário sobre, por exemplo, o funcionamento de uma máquina que está integrada no conjunto dos bens dados em *fidúcia*, de prestar toda a informação para que o fiduciário esteja adstrito ao dever de actuação com diligência, de forma zelosa e consistente, nos termos do *pactum* e da necessidade de realização da obrigação assumida, mesmo sem descrição exhaustiva dos poderes e faculdades que passa a titular.

II. Ora, para melhor identificar o que neste capítulo se está a discutir, é importante proceder a uma nova discussão: quais os critérios atendíveis para determinar se uma

¹¹⁷¹ Cfr. Carneiro da Frada, *Contrato e Deveres...*, ob. cit., pág. 37-38.

¹¹⁷² Cfr. Mário Júlio de Almeida e Costa, *Direito ...*, ob. cit., pág. 644-645.

¹¹⁷³ O conteúdo do sinalagma é mais visível na *fiducia cum creditore*, nomeadamente, na venda com garantia, pois o fiduciante-vendedor tem obrigações e direitos que encontram correspondência com obrigações e direitos do fiduciário-comprador. Aquele é obrigado a entregar o objecto da venda para garantir um crédito e tem o direito de exigir a retransmissão do bem quando tenha realizado a prestação debitória. O fiduciante-comprador tem a obrigação de devolver o bem-garantia e o direito de ver prestado o crédito ou de se pagar com a venda do bem-garantia.

determinada obrigação é de meio ou de resultado? Foram elencadas algumas categorias de critérios: os critérios objectivos (estando nelas incluído o critério da álea, da aceitação dos riscos e o critério da maior ou menor determinação da prestação prometida); os critérios subjectivos (englobando a situação do devedor, sobre a análise dos direitos do credor) e, por fim, a solução da autonomia privada como critério aceitável para a determinação das obrigações de meios ou de resultado e da possibilidade da transformação de uma obrigação de meio e obrigação de resultado e vice-versa¹¹⁷⁴. Para a compreensão e valorização do efeito prático da distinção, é importante explicitar que as obrigações de meio e as de resultado são “tipos” de obrigações, não podendo ser definidas sob o risco de cair-se em enganos de qualificação e errarmos no método que se pretende seguir para o discurso jurídico¹¹⁷⁵. Os conceitos estão circunscritos por uma definição de cuja aplicação a um determinado evento fica dependente a determinado conjunto de características da definição. Pelo contrário, o tipo não precisa, para ser identificado, que todas as notas que o caracterizam estejam presentes, sendo necessário fazer-se um exercício de racionalidade prática e em cada caso concreto identificar a presença ou não e com que grau e intensidade¹¹⁷⁶ “as notas características tidas como típicas” cobrem aquela situação de facto e podem ser chamadas de “tipo”¹¹⁷⁷. Depois, é a vontade das partes, alicerçada no princípio da autonomia privada, que constitui o elemento fundamental que deve ser levado em conta para a distinção entre obrigação de meio e de resultado.

Esta posição encontra um forte aliado: os Princípios Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

¹¹⁷⁴ Cfr. Ricardo Lucas Ribeiro, *Obrigações ...*, ob. cit., pág. 55-79. A distinção que este autor ensaiou teve por base a doutrina e jurisprudência francesa, nomeadamente, do ensino de Joseph Frossard, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1965. Mazeaud/ Léon Mazeaud/ Jean Mazeaud/ François Chabas, *Leçons de Droit Civil, Traité théorique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Librairie du Recueil Sirey, Paris, 4ª ed. 1950. René Demogue, *Traité des obligations en général, I, T. V*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1952 e II, T. VI, 1931. Boris Stark, *Droit civil, Obligations*, Librairies Technique, Paris, 1972.

¹¹⁷⁵ A propósito da distinção entre tipo e conceito, veja-se P. Pais de Vasconcelos, *Contratos ...*, pág. 41 seg.

¹¹⁷⁶ P. Pais de Vasconcelos, *Contratos ...*, ob. cit., pág. 43, aponta, quando sublinhava para os critérios da distinção entre tipo e conceito (a abertura, a graduabilidade e a totalidade), que quanto ao primeiro, leva a considerar que os tipos não são definíveis porque são apenas descritíveis e por isso insusceptíveis de subsunção. Quanto a graduabilidade assinala que não se caracteriza os tipos a partir das posições “sim” existe ou “não existe o tipo”, mas em termos “mais” ou “menos” típico. Por último, defende que os tipos não se limitam a exprimir, a designar, uma pluralidade de casos; os casos designados são eles próprios e cada um deles também co-constituintes do mesmo tipo. Assim, o tipo e os casos que o constituem não se dissociam, portanto não operam de forma de indução e dedução, mas num desenvolvimento de ambos.

¹¹⁷⁷ Cfr. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, tradução de José Lamego, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 3ª ed. 1997, pág. 307.

(UNIDROIT) que no seu art. 5.1.4, dispõe que (nº 1) “quando a obrigação de uma parte implicar o dever de atingir um resultado determinado, essa parte está obrigada a atingir esse resultado”; o nº 2 determina o seguinte: “quando a obrigação de uma parte implicar o dever de empregar toda a diligência necessária na realização de uma certa actividade, essa parte está obrigada a empregar toda a diligência que seria usada por uma pessoa razoável da mesma condição colocada na mesma situação”. No entanto, este não é o único critério a ter em conta, mas é o mais importante. Tem-se em conta sempre a orientação do art. 5.1.5 dos referidos princípios que oferece um conjunto de outros elementos a relevar no momento da determinação do “tipo” de obrigação, exercício que deve ser levado conjuntamente com a interpretação da lei e/ou do contrato¹¹⁷⁸, os deveres das partes, o grau de risco próprio do contrato em causa e a capacidade do credor para facilitar o cumprimento da obrigação.

A Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a uma normativa comum europeia de compra e venda (CESL) também caminha no mesmo sentido manifestando a importância da distinção entre obrigações de meio e de resultado e a sua perspectiva no futuro do Direito europeu dos contratos. Apesar de alguns autores considerarem que no âmbito europeu esta distinção perdeu a sua tradicional importância¹¹⁷⁹, há quem, no entanto, na base do *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), considere que as obrigações de meio e de resultado não são categorias contrapostas mas complementares¹¹⁸⁰.

III. A jurisprudência italiana não recebeu com agrado a dicotomia obrigações de meio e de resultado, acusando-a de revestir de pouca utilidade para resolver problemas práticos¹¹⁸¹. Na doutrina francesa, e talvez quem começou a alicerçar os fundamentos desta teoria, Demogue¹¹⁸² formulou a bipartição obrigação de meios/obrigação de resultado partindo do

¹¹⁷⁸ Sinde Monteiro, «Anotação ao Ac. do STJ de 12-11-96», *RLJ*, ano 132º, nºs 3898-3909 (2000), pág. 93.

¹¹⁷⁹ Antoni Vaquer Aloyi, “La responsabilidad civil de los profesionales frente al derecho contractual europeo”, en Sérgio Câmara Lapuente (Dir.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, pág. 421-456.

¹¹⁸⁰ Margarita Jiménez Horwitz, “La distinción entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estudio comparativo con el Derecho alemán)”, *Anuario de Derecho Civil*, 2012, pág. 551-584.

¹¹⁸¹ Veja-se a decisão da *sezione unite* da *Suprema Corte di Casazione* de 23-06-2005 e a de 11-01-2008.

¹¹⁸² René Demogue, *Traité des obligations en général*, tomo V, Librairie Arthur Rousseau, 1925, Paris, pág. 536-537.

peso da prova, e a maioria da doutrina francesa¹¹⁸³ identifica este elemento como sendo o principal efeito da dicotomia.

A estrutura do negócio fiduciário pode levar a falsa ideia que é orientada pelos pressupostos de obrigação de meio, porque ao fiduciária se exigiria uma actuação diligente e cuidada, não estando adstrito a alcançar resultados concretos, tal como acontece com alguns profissionais, como os médicos, advogados, contabilistas, etc¹¹⁸⁴. Nada mais errado. Desde logo porque a generalização é perigosa e pode levar a uma desproporção das finalidades do contrato, podendo desvirtuar a essência dos contratos fiduciários. Por isso, somos a entender que não existe separação absoluta entre obrigações de resultado e obrigações de meio¹¹⁸⁵.

Parece que já temos matéria suficiente para transportamos as questões que vimos discorrendo para a nossa discussão. Na determinação do conteúdo do contrato fiduciário, fiduciante e fiduciário definem se determinada obrigação visa atingir um resultado ou se este dever fica circunscrito ao emprego de toda a diligência necessária para a realização de certa actividade ou fim, que seria exigível a uma pessoa razoável tendo em atenção a natureza do contrato e as circunstâncias de cada caso, o que levaria a pensar que estaríamos na presença de deveres fiduciários de meio.

Como consequência da complexidade da relação contratual fiduciária, existirão deveres que são fundamentais e necessários para a realização da prestação – e que por isso constituem os deveres primários – ou aqueles deveres que apenas vêm facilitar a realização da prestação principal. Naquelas identificamos os deveres de entrega e de retransmissão do bem dado em fiducia ou a sua entrega a um terceiro decorrido algum tempo ou realizado um evento. Os deveres acessórios seriam os de guarda, manutenção e conservação dos bens fiduciados, e em algumas relações podemos citar os deveres de informação e deveres sem os quais o fiduciário não pode contratar como, por exemplo, o registo dos intermediários financeiros. Os primeiros seriam obrigações de resultado e os demais obrigações de meios. Nesta mesma linha, podemos afirmar que os deveres de cuidado correspondem obrigação de

¹¹⁸³ Leon Mazeaud, Henri Mazeaud & André Tunc, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil, delictual y contratual*, T. I-1, trad. da 5ª ed. por Luís Alcalá-Zamora, EJE, Buenos Aires, 1961, pág. 132-133, Jean Carbonnier, *Droit civil*, IV, Presses Universitaires de France, Paris, 1994, pág. 261-263.

¹¹⁸⁴ Este erro é constatado numa resolução nº 3914, da Superintendência Bancária de Colômbia, de 1989, que no seu art. 8º determina que: “*Teniendo en cuenta que sus obligaciones son de medio y no de resultado, las sociedades fiduciarias así deberán expresarlo en forma visible en los contratos que celebran para el efecto y, demás, se abstendrán de garantizar un rendimiento para los dineros recibidos*”.

¹¹⁸⁵ Álvaro Mendoza Ramírez, “Fidúcia en Garantía”, *Actualidad Jurídica*, Dikaion, 1995, pág. 130.

meio e não de resultado, pois exigem um actuar para e não o estar adstrito a um resultado. Ainda assim, para qualificarmos as obrigações fiduciárias nunca devemos colocar de parte a natureza profissional do fiduciário, pois há que atender ao modelo de conduta que estabelece a sua *lex artis*¹¹⁸⁶.

IV. Uma outra importância sobre a diferenciação de prestação de resultado e prestação de meio é a que diz respeito a responsabilização pelo incumprimento e o do ónus de provar a culpa. Se a prestação não puder ser cumprida por causa não imputável ao devedor fiduciário, e se a obrigação for de meio, o fiduciário ficará exonerado do cumprimento, mas se a obrigação for de resultado, a impossibilidade subjectiva não exonera o devedor fiduciário¹¹⁸⁷. Por este caminho, a doutrina tem entendido enfrentar uma distinção que opõe, de um lado, impossibilidade objectiva e impossibilidade subjectiva e, do outro lado, prestação de meios e prestação de resultado. Serve esta distinção para relevar o facto de que, quando estamos perante prestação de meios, a impossibilidade objectiva bem como a impossibilidade subjectiva, exonerariam o devedor. Relativamente à prestação de resultado, apenas a impossibilidade objectiva seria capaz de liberar o devedor. Esta distinção, a ser considerada válida, colocaria em causa o que defendemos supra, ficando aqui renovado que o critério mais conforme com a metodologia jurídica, a da racionalidade prático-normativa¹¹⁸⁸, que tem na lei

¹¹⁸⁶ J. Figueiredo Dias/ Sinde Monteiro, “Responsabilidade médica em Portugal”, *BMJ*, nº 332, 1984, pág. 46. Os professores consideram, a propósito da actividades médica, que “ (...) é diferente ter de provar a verificação de um erro de técnica profissional, com recurso às leis da arte e da ciência médica, ou ter de provar que aquele médico, naquelas circunstancias, podia e devia ter agido de maneira diferente. A prova de que estas circunstâncias não se verificam, estará o médico em melhores condições de a fazer. Parece pois justo impor-lhe esse ónus”. No direito alemão há quem entenda que a prossecução de interesses através da *legis artis* por parte do fiduciário, desobriga-o a estar adstrito a obtenção de um resultado, cfr. Martin Löhnig, *Treuhand*, ob. cit., pág. 151-152.

¹¹⁸⁷ É amplamente aceite o ensinamento de que o não cumprimento das obrigações, reguladas no nosso CC no art. 790º a 797º apresenta natureza objectiva e subjectiva cujos regimes jurídicos têm uma importante diferenciação: na impossibilidade objectiva a própria lei (art. 790º, nº 1) determina o efeito da extinção da obrigação e, logo, a exoneração do devedor. Igual solução é colocada em sede de impossibilidade subjectiva, com a diferença que aqui a exoneração só opera quando a prestação não puder ser realizada por terceiro. Este critério legal tem por base a equiparação da fungibilidade ou não da prestação, sendo que, quando a impossibilidade tiver por base uma prestação não fungível, o devedor fica exonerado; já, ao invés, se a prestação for fungível, a impossibilidade subjectiva não exonera o devedor, ficando excluído da obrigação de prestar se a impossibilidade objectiva. Cfr. Entre outros, Antunes Varela, *Das Obrigações ...*, ob. cit., pág. 72, Rui de Alarcão, *Direito das Obrigações* (textos elaborados pelos Drs. J. Sousa Ribeiro, Sinde Monteiro, Almeno de Sá e J. C. Proença, com base nas lições do Prof. Rui de Alarcão ao 3º Ano Jurídico) Coimbra, 1983, pág. 39-40. Em sentido contrário, Pessoa Jorge, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999 (reimpressão), pág. 105 seg.

¹¹⁸⁸ Cfr. Fernando Bronze, *Lições de Introdução...*, ob. cit., pág. 811-900.

ou no contrato o critério para detectar na situação de facto a fungibilidade ou não da prestação, livre de uma possível indexação à dicotomia prestação de meios/prestação de resultado. É a fungibilidade o critério para determinar a exoneração ou não do devedor na impossibilidade objectiva e na impossibilidade subjectiva¹¹⁸⁹, conseqüentemente se na obrigação de meio o fiduciário puder substituir-se por terceiro para o cumprimento da prestação, nada obsta que a responsabilidade objectiva o exonere; nas obrigações de resultado se um terceiro poder cumprir a prestação, o fiduciário ficará desobrigado do vínculo através da impossibilidade objectiva.

Quanto ao ónus da prova da culpa, na responsabilidade contratual sempre que ocorra incumprimento na obrigação de resultado, haverá presunção de culpa do devedor fiduciário, pois nos termos do art. 790º, apenas a impossibilidade objectiva e não a culpa o exonera; já no que diz respeito à responsabilidade contratual na obrigação de meios, o ónus de provar a culpa se apresenta mais cuidadosa na sua determinação. A variedade de manifestações fiduciárias leva a considerar que depende da natureza da obrigação (de meio) assumida pelo fiduciário, pois ela há-de influenciar a direcção a tomar. Se a relação fiduciária é marcadamente de meio, parece não se levantarem dúvida para que lado pende o ónus, mas se a relação fiduciária complexa oferecer um conjunto combinado de deveres, haverá que se fazer recurso a outros elementos para a determinação da mesma. Ora, em muitos casos o interesse do lesado em ver reparado o seu direito leva-o a, objectivamente, fazer a demonstração da existência da lesão, não estando em condições de provar que o lesante violou dispositivos normativos respeitantes a actividade essencialmente profissional¹¹⁹⁰, por isso, é preferível a solução legal – art. 799º, nº 1 –, ao determinar que é ao devedor que incumbe provar que o incumprimento não procede de culpa sua.

Em termos gerais e no que a lei regulamenta (art. 342º CC), cabe ao lesado (neste caso ao credor, logo autor da intenção indemnizatória) fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado, por um lado e, por outro, ao réu (no nosso caso o devedor) incumbe provar os factos impeditivos, modificativos ou extintivos desse direito¹¹⁹¹. Sempre que o credor fiduciante se encontrar em presença de incumprimento por parte do devedor fiduciário das

¹¹⁸⁹ Ricardo Lucas Ribeiro, *Obrigações ...*, ob. cit., pág. 88-90. Antunes Varela, *Obrigações...*, ob. cit., pág. 73-74.

¹¹⁹⁰ J. Figueiredo Dias/ J. Sinde Monteiro, “Responsabilidade ...”, ob. cit., pág. 46.

¹¹⁹¹ Nuno Manuel Pinto Oliveira, “Ónus da Prova e Não Cumprimento das Obrigações”, *Scientia Iuridica*, nºs 283/285, 2000, pág. 173-207.

obrigações assumidas no *pactum fiduciae*, tem de provar os factos que o elevaram nesta posição de poder exigir o cumprimento da obrigação; já ao fiduciário caberá, caso seja possível fazer prova de que as alegações do fiduciante não procedem porque há factos que são impeditivos, modificativos ou extintivos daquele direito¹¹⁹², como por exemplo, a falta de informação devida sobre a quantidade, qualidade e natureza dos bens transferidos, a intenção velada do fiduciante em defraudar o fisco ou a inexistência do terceiro beneficiário.

V. Em resumo, devemos afastar a tendência tradicional de murar a natureza das obrigações em obrigações de resultado e de meio. Não devemos, de forma genérica, determinar se num contrato as obrigações de uma das partes são de resultado ou de meio. Teremos sempre de fazer um exame sobre o conteúdo do *pactum fiduciae* e identificar qual o fim fiduciário acordado, a modalidade do negócio seguido e por esta via a natureza concreta dos deveres necessários para a prossecução do objectivo convencionado. Desta forma não haverá negócios fiduciários exclusivamente de resultado nem de meio; existirá sim negócios fiduciários com mais carga de obrigações de resultado e outros com mais tendência de obrigações de meio. Pode mesmo acontecer que em determinados negócios o objecto corresponde uma obrigação de meios, em que o fiduciário fica vinculado a praticar actos que estão vinculados a atingir um resultado: o interesse do fiduciante ou do fiduciário, consoante a modalidade do negócio; na obrigação de resultado, em que o fiduciário se acha vinculado a obtenção de um resultado determinado, que é possível se o fiduciário adoptar um comportamento que visa o êxito de determinado resultado, mesmo que não esteja vinculado a ele. Aqui a inexecução consta da não realização da conduta que alguém se comprometeu a fazer, sem a qual o resultado não se alcança, mesmo que não tenha havido comprometimento.

¹¹⁹² Sobre o problema do ónus da prova em geral, veja-se, entre outros, Vaz Serra, *RLJ*, Ano 106º, – 315º; Antunes Varela, *RLJ*, Ano 116º, pág., 317 a 319, 338 a 347, 377 a 381 e Ano 117º pág., 27 a 32; Manuel de Andrade, *Noções elementares de processo civil*, Coimbra Editora, Coimbra 1976, pág. 195 seg., Alberto dos Reis, *Código de Processo Civil anotado*, Vol. III, Coimbra Editora, 3ª ed., (reimpressão), 1981, pág. 265 seg. O ónus da culpa na responsabilidade contratual, que temos vindo a referir, é diferente do ónus na responsabilidade civil extracontratual. Aqui, nos termos expressos pela norma do art. 487º, nº 1, “é ao lesado que incumbe provar a culpa do autor da lesão, salvo havendo presunção legal da culpa”. Acontece o inverso do que sucede na responsabilidade contratual, pois é ao credor que está o encargo de provar que o devedor foi quem criou o facto gerador do direito à indemnização. Há na responsabilidade contratual a regra da presunção da culpa que, nos termos do art. 799º, haverá culpa presumida do devedor, estando assim na obrigação de provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua. Cfr. Ricardo Lucas Ribeiro, *Obrigações ...*, ob. cit., pág. 105-107.

É a natureza das obrigações que estabelece a ligação entre a conduta diligente, ordenada, prudente, com a obtenção do resultado convencionado.

Configuremos novamente um exemplo. Se alguém estando saudável, mas considerando que alguma parte do seu corpo é esteticamente desagradável, procura um médico de cirurgia estética para que lhe seja corrigida parte do corpo¹¹⁹³. O que se busca aqui é claramente um resultado: o de ser mais elegante ou bonito, na perspectiva do paciente e satisfazer o interesse deste, na perspectiva do médico. Só que para este resultado ser alcançado é necessário que o médico desempenhe o seu ofício com diligência e conhecimento técnico científico, não sendo justo, caso o resultado esperado e acordado não seja alcançado, que o profissional, procurando eximir-se das suas responsabilidades, invoque a obrigação de meio como alegação de defesa e não a obtenção do resultado¹¹⁹⁴. Nestas circunstâncias as obrigações de meios se traduzem da realização de operações instrumentais necessárias para o êxito da cirurgia.

¹¹⁹³ São por demais conhecidos casos de pessoas que mudam de sexo, aumentam o volume dos seios, das nádegas, dos lábios, reduzem partes do abdómen, orelha ou corrigem o nariz, nem sempre porque sentem-se constrangidos com a aparência, mas porque seguem apenas certa moda (veja-se no Brasil onde há *miss bumbum*).

¹¹⁹⁴ É bom entender que através da lei de defesa dos consumidores, os serviços médicos prestados no ramo privado – por lei determina que o acesso ao Serviço Nacional de Saúde é gratuito – são considerados objecto da relação de consumo, logo, os critérios anotados para determinação de responsabilidade reparatória devem ser tomadas em consideração na hora de qualificar a natureza da prestação. Há, portanto, que combinar vários vectores: o constante no Código Civil, a constante na *lex artis* e nas diversas leis das ciências médicas e nas demais leis que regulam, em cada caso concreto, a relação jurídica, dentro da unidade do sistema.

SECÇÃO II

CONTRATAÇÃO COM TERCEIROS

I. Do contrato fiduciário pode resultar que o fiduciário seja mandatado a praticar actos que envolvam relacionamento com terceiros. Acontece que, quando assume relações jurídicas com a outra parte do negócio fiduciário e com o beneficiário, estaremos perante a execução do contrato; já quando a relação emerge de contratos com terceiros, o que sucede é a assunção de obrigações por parte do fiduciário que terão reflexos no fiduciante e/ou no beneficiário. Por exemplo, com a celebração de contratos diversos que visam a administração dos bens fiduciados, para a cobrança de créditos ou para a alienação de bens, nos devidos termos assumidos no acordo, terão reflexo na esfera jurídica do fiduciante.

Sempre que o fiduciário tomar iniciativas em contratar com terceiras pessoas mas tal acto não constar do acordo fiduciário, responderá sempre perante o fiduciante e o beneficiário, se estes tiverem sofrido algum dano no direito que legitimamente esperam vir a ingressar na sua esfera jurídico-patrimonial ou que as consequências danosas tenham por origem uma execução contratual deficiente para as prestações comprometidas com o fiduciante para benefício de terceiro.

Tendo em atenção o facto de que os bens que se transmitem da esfera do fiduciante para o fiduciário desempenham um fim, ou, dito mais especificamente, estão afectados finalisticamente à realização do que foi acordado no pacto fiduciário, não engrossarão no património próprio do fiduciário, de sorte que estes bens nunca poderão responder pelas dívidas próprias do fiduciário, não constituirão a garantia geral das suas obrigações. Sabemos que o direito civil estabelece um princípio geral sobre a garantia geral das obrigações – art. 601º – que são os bens do devedor. Este princípio, com todas as nuances interpretativas que devam ser hoje feitas, é uma limitação da responsabilidade do fiduciário perante o património fiduciário, mas constitui também um princípio geral da responsabilidade ilimitada do fiduciário quando contratar com terceiros sobre assuntos alheios ao *pactum fiduciae*, cujo cumprimento das obrigações aí nascidas devam ser asseguradas por todos os bens penhoráveis constantes do seu património no momento da execução, estendendo-se àquele que tenha sido

adquirido depois da constituição da obrigação¹¹⁹⁵. Importa observar que os bens fiduciários, apesar de estarem exclusivamente destinados ao fim definido no *pactum*, são propriedade plena e exclusiva do fiduciário, constituindo um poder que está controlado por uma limitação do seu exercício – o de satisfazer o interesse inscrito no acordo: do fiduciante, do terceiro beneficiário ou do próprio fiduciante.

II. Característica muito própria do negócio fiduciário é o facto de que a titularidade jurídica dos bens pertencente ao fiduciário está funcionalmente destinada à satisfação dos interesses manifestado pelo fiduciante (que podem ser a benefício de terceiro ou do fiduciário), o que leva a fazer um recorte diferente, quanto a responsabilidade do fiduciário, no que diz respeito às suas dividas próprias devido a uma autonomia ou separação de património, por força da titularidade de um direito de crédito oponível ao fiduciante, quando ocorra execução contra o fiduciário ou se registre a sua insolvência¹¹⁹⁶. Sabemos que o fiduciante tem um direito creditício definido contratualmente e, pelas características próprias da fisionomia fiduciária, é de se concordar que a posição creditória do fiduciante é de uma eficácia externa com características próprias e, por isso, com resquícios de um poder real oponível a terceiros¹¹⁹⁷. Sobre esta questão dogmaticamente fulcral, sabemos que um sector da doutrina lusitana defende a ideia de que, por força do princípio da relatividade dos contratos, as obrigações não produzem efeitos externos¹¹⁹⁸.

¹¹⁹⁵ Mário J. Almeida Costa, *Direito ...*, ob. cit., pág. 783. Este autor observa que esta regra tem algumas excepções: limitação legal, limitação convencional e limitação por determinação de terceiro, pág. 785-787.

¹¹⁹⁶ Para mais desenvolvimentos, André Figueiredo, *O Negócio ...*, ob. cit.

¹¹⁹⁷ Maria de Assunção Oliveira Cristas, *Transmissão Contratual do Direito de Crédito. Do carácter real do direito de crédito*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 564. Para a autora o “entendimento da titularidade do direito de crédito oponível *erga omnes* resulta a necessidade de lhe conferir meios eficazes de tutela. Esses meios passam pela possibilidade de, no caso de violação por terceiro dessa mesma titularidade, através de alienação de direito alheio ou de cobrança e recepção do cumprimento, pela possibilidade de alcançar, com a mesma eficácia absoluta, o produto do cumprimento”.

¹¹⁹⁸ Por todos, Vaz Serra, *Responsabilidade de terceiro no não cumprimento das obrigações*, *BMJ*, nº 85, 1959, pág. 345 seg., que defende que “a obrigação só pode ser infringida pelo devedor, pois só a ele vincula. Os direitos de crédito, como relativos que são, apenas são eficazes na relação entre credor e devedor”. Manuel de Andrade, *Teoria Geral das Obrigações*, ob. cit., pág. 50 seg., é defensor da ideia de que “as obrigações, por seu lado, só podem ser atingidas pelo próprio devedor (ou devedores). Se, por culpa sua, não executa a prestação a que está adstrito, incorre em responsabilidade *contratual* para com o credor, cujo direito ofendeu. Se por ventura não cumpre, mas por culpa de terceira pessoa, esta pode incorrer certamente em responsabilidade extracontratual. Tratar-se-á, porém, duma responsabilidade *para com o devedor* pelos prejuízos que lhe tenha causado o facto ilícito do terceiro”. Por fim, Antunes Varela, *Das Obrigações ...*, ob. cit., pág. 157 seg., na mesma linha considera que “só, porém, através doutros institutos, como a proibição da concorrência desleal, o abuso do direito (quando se verifique nos pressupostos deste), os negócios usurários, as sanções penais, quando a conduta de terceiro integre qualquer *tipo legal* de infracção criminal (burla, abuso de confiança, simulação, etc.), será

Noutro ângulo é possível debater mais uma questão. Se no exercício dos poderes outorgados no *pactum fiduciae* ao fiduciário causar danos ao fiduciante ou a terceiro, constituirá garantia da prestação o património afectado à missão fiduciária ou o património próprio do devedor fiduciário? A resposta fica dependente de saber se o fiduciário agiu no estrito cumprimento dos deveres acordados e ainda assim houve lesão, ou se a violação proveio de culpa sua. Na primeira situação estaremos próximos da responsabilidade objectiva ou pelo risco do fiduciário, colocando como hipóteses se o fiduciário responde pelos danos causados pelas coisas que estão sob seu domínio, podendo assim libertar-se desta responsabilidade demonstrando que não teve culpa no aparecimento do dano; se o dano for causado pelos riscos ou vícios da coisa; se o dano surgiu por culpa da vítima ou de terceiro ou, finalmente, se o bem tiver sido usado contra a vontade expressa ou presuntiva do dono¹¹⁹⁹.

Em princípio, o fundamento clássico que assegura a responsabilidade objectiva ao titular do bem provém da presunção de que ele tira proveito dela e em contrapartida deve indemnizar quem venha a sofrer danos pela utilização do bem. Porém, esta não é a realidade quando estamos perante os negócios fiduciários. Nas hipóteses exemplificadas o titular da propriedade sobre o bem não tem proveito sobre a coisa, pelo contrário, o seu exercício é em benefício de quem está designado no acordo fiduciário. Por isso, não poderá utilizar ou dispor dos bens ou seus frutos para proveito próprio, se não for outra a vontade expressa no acordo. Naquela situação em que envolve risco, cujo fundamento está baseado no facto de que se alguém exerce uma actividade geradora de perigos especiais fica na obrigação de responder pelos danos que cria na esfera jurídica de terceiros, também a responsabilidade do fiduciário não é aqui assacada porque a obrigação de indemnizar tendo como causa a conduta perigosa do fiduciário, apenas seria possível se essa obrigação de indemnizar constituísse uma “contrapartida das vantagens que aufero do exercício de tal actividade”¹²⁰⁰, quando, como dissemos supra, o fiduciário não tira vantagens nenhuma dos bens em seu poder, pois estes estão destinados à satisfação dos interesses do fiduciante, ficando apenas com a responsabilidade de os administrar, fundamentalmente com a função de os conservar

possível reagir contra a conduta responsável do terceiro; nunca mediante um efeito externo que a obrigação não possui”.

¹¹⁹⁹ Antunes Varela, *Das Obrigações ...*, pág. 562 seg, 589 seg e 629 seg.

¹²⁰⁰ Cfr. Mário J. Almeida Costa, *Direito ...*, ob. cit., pág. 562. Também pode ser consultado para melhores desenvolvimentos, Antunes Varela, *Das Obrigações ...*, ob. cit., pág. 636, Sinde Monteiro, *Estudos Sobre Responsabilidade Civil*, Coimbra, 1983, pág. 10,

mantendo a sua substância¹²⁰¹, função que se verifica no negócio fiduciário gestório como no negócio fiduciário para garantia. Já se a relação fiduciária for estabelecida com o objectivo de garantia de um crédito do fiduciário sobre o fiduciante, o aproveitamento é estabelecido se o devedor/fiduciante não saldar a sua dívida, podendo o credor/fiduciário vender o bem e pagar-se, sendo obrigado a entregar ao fiduciante o remanescente, havendo-o.

III. Noutro quadrante, mas dentro da temática sobre a contratação do fiduciário com terceiros, importa abordar a questão da extensão da área de influência externa da relação fiduciária. Avançar neste estudo particular exige desde já observar que não são pacíficas as suas conclusões, pois envolvem uma complexidade jurídica resultante da marcada divergência entre teses assentes no direito das obrigações e nos direitos reais. Por outro lado, e como já assinalámos, as relações fiduciárias não se bastam com as de origem romana, sendo claro hoje que o *trust* e o *fideicomiso* são assinaláveis manifestações de relações fiduciárias, tem-se entendido, erradamente, que apenas no direito anglo-americano é possível a verificação unânime de efeitos externos do vínculo fiduciário.

Nos direitos continentais, e em particular no espaço luso, a discussão está centrada na doutrina da eficácia externa das obrigações que é tributária de uma querela, proveniente de Roma, assente no confronto entre os chamados direitos absolutos e direitos reais. Estes postulados têm-se apresentado de certa forma estagnados constituindo muitas vezes obstáculos para que formas pouco comuns no comércio jurídico recebam do direito positivo respostas consistentes, pois não há hoje dúvidas a levantar-se quanto a constatação de que o negócio fiduciário é um instrumento para, através dos feixes da autonomia privada, serem conformados os interesses dos particulares oferecendo certeza e segurança no tráfego jurídico tendo em vista a garantia, ponderada por razões de justiça e equidade, dos resultados económicos que o instituto em estudo oferece. Para este desiderato ser alcançado é necessário avançar para uma desconstrução ou re-definição dos fundamentos normativos do sistema do direito privado.

¹²⁰¹ Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 134, anotação 290. Na verdade, há deveres de boa administração que não são exclusivos para a relação fiduciária para a administração mas também se estendem para os negócios fiduciários para garantia. Assim, se o fiduciário passar para a titularidade plena e exclusiva de bens que vão garantir o pagamento de um crédito que tem sobre o fiduciante, deverá usar da prudência e diligência necessárias para que, na hipótese de ter de alienar tais bens para se pagar, estejam com a mesma substância quantitativa e qualitativa para poder realizar a função que provocou a deslocação da esfera patrimonial do fiduciante para o *poder fiduciário*.

Encontrar novos quadrantes normativos que sejam de apoiar uma nova interpretação dos pilares do direito privado e que sejam capazes de levar a um entendimento da presente questão, vamos pôr em confronto os fundamentos da tese da eficácia interna das obrigações, válida *inter partes*, pois é dirigida contra o devedor, da que opõe a doutrina do efeito externo correspondente a um dever imposto à generalidade das pessoas em absterem-se de violar o direito do credor para que este possa livremente cumprir a obrigação. Um sector importante da doutrina, a chamada tradicional, não admite o efeito externo das obrigações¹²⁰², sustentando a sua posição na tradicional diferenciação entre direito de crédito/eficácia interna *versus* direitos reais/eficácia externa, avaliadas a partir de “considerações de interesses e de valorações centradas em princípios legais e na vida prática”¹²⁰³. Os defensores desta doutrina alinham na comparação também tradicional segundo a qual os direitos de crédito estão cobertos pelo princípio da liberdade contratual e os direitos reais estão submetidos a princípios hirtos da taxatividade e da tipicidade. Por fim, consideram que a lei oferece protecção suficiente ao credor sendo, por isso, desnecessário socorrer-se do sistema dos direitos reais ou da tutela da responsabilidade equiliana para que o credor não se ache seguro¹²⁰⁴. Com esta avaliação conclusiva, os defensores desta doutrina consideram que nas relações meramente obrigacionais impera o princípio da relatividade, ou seja, a obrigação corresponderia ao direito que o credor tem de exigir ao devedor que cumpra com a sua obrigação para com ele. Temos de entender, com outros autores lusos¹²⁰⁵, que esta forma restritiva de analisar pode levar-nos a enganos pois, dentro do direito privado é possível localizar relações obrigacionais cujo poder do credor está estruturado com carácter potestativo¹²⁰⁶, relações que a doutrina tratou de identificar como doutrina do terceiro cúmplice¹²⁰⁷.

¹²⁰² Para citar apenas alguns autores aludimos a Vaz Serra, “Responsabilidade de terceiros no não-cumprimento da obrigação”, in *BMJ*, nº 85º, 1958, pág. 345 seg. Antunes Varela, *Das Obrigações ...*, ob. cit., pág. 172 seg. Sinda Monteiro, *Responsabilidade ...*, ob. cit., pág. 518 seg.

¹²⁰³ Mário Júlio de Almeida e Costa, “A eficácia externa das obrigações. Entendimento da doutrina clássica”, in *Estudo em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, Vol. I, BFDUC, Coimbra Editora, 2009, pág. 526.

¹²⁰⁴ Mário Júlio de Almeida e Costa, “A eficácia ...”, ob. cit., pág. 530.

¹²⁰⁵ E. Santos Júnior, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 413 e seg.

¹²⁰⁶ A. Menezes Cordeiro. “Eficácia externa dos créditos e abuso do direito”, *O Direito*, nº 141º, Vol. I, 2009, pág. 37.

¹²⁰⁷ Mário Júlio de Almeida e Costa, “A eficácia ...”, ob. cit., pág. 523. Ainda E. Santos Júnior, *Da Responsabilidade ...*, ob. cit., pág. 413 e seg. Também Maria de Assunção Oliveira Cristas, *Transmissão Contratual do Direito de Crédito. Do Carácter Real do Direito de Crédito*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 465, defende que há uma posição dominante em Portugal e ela “ (...) recusa a existência de um dever geral de respeito

IV. Avaliados cuidadosamente os contornos sobre a pretensa incomunicabilidade do princípio da relatividade com o princípio *erga omnes*, verificamos na verdade que existem vasos comunicantes entre os dois lados: por força da responsabilidade aquiliana, nos direitos reais encontramos protecção *inter partes*; já nos direitos de crédito é possível descobrir feixes de responsabilização a terceiros por razões de natureza sistemática e dogmática¹²⁰⁸.

Aceitamos a doutrina que vê na penhora de créditos uma clara manifestação de externalidades do direito obrigacional¹²⁰⁹. Esta figura jurídica tem regulamentação no Código Civil (art. 679° a 685°), bem como no Código de Processo Civil (art. 823° e seg., e mais especificamente nos arts. 856° a 862°). Nestas regras pode o credor coactivamente realizar a prestação através do património de terceiros. No concreto, podemos indicar o conteúdo do art. 817° CC que, apesar da construção legislativa poder sugerir uma elaboração normativa generalizada, não deixa de, por interpretação, ser considerada como manifestação de eficácia externa da obrigação pois, considera que o credor tem o direito de executar o património do devedor, cabendo neste património os direitos de crédito que eventualmente tenha sobre terceiros¹²¹⁰ e quando os bens de terceiro estejam vinculados à garantia do crédito – art. 818° CC. A jurisprudência lusa tem entendido também que os bens de terceiro podem ser objecto de execução e penhora¹²¹¹.

Neste sentido tem-se entendido que, para além de ser um princípio pilar do direito civil, o facto de se considerar o património do devedor como garantia comum de todos os

dos direitos de crédito, sustentando apenas a oponibilidade dos direitos de crédito a terceiros, *ex vi* artigo 334°, quando a sua actuação configurar abuso de direito, ou seja, quando a actuação lesiva do direito possa ser considerada como um exercício inadmissível da liberdade de acção ou da autonomia privada”.

¹²⁰⁸ A. Menezes Cordeiro, “Eficácia externa: novas reflexões”, in *O Direito*, nº 141°, Vol. IV, 2009, pág. 781.

¹²⁰⁹ Fernão de C. Fernandes Thomaz, “Penhora de créditos e eficácia externa das obrigações”, *ROA*, Ano 42, Vol. I, 1982, pág. 57-87.

¹²¹⁰ Fernão de C. Fernandes Thomaz, “Penhora ...”, *ob. cit.*, pág. 61.

¹²¹¹ Acórdão da Relação do Porto de 23 de Abril de 2001, *CJ*, nº 2, pág. 205 seg. Este tribunal sumariou assim a sua decisão: “I – Os bens de terceiro (pessoa diversa do devedor) podem ser objecto de execução e penhora em dois casos: a) quando sobre eles recair direito real constituído para garantia do crédito exequendo; b) quando tenha sido julgada procedente acção de impugnação pauliana de que resulte a obrigação de restituição dos bens ao devedor. II – Em ambos os casos, importa que a execução seja movida obrigatoriamente contra ele. III – No caso de impugnação procedente, os interesses a defender pelo terceiro deixam de ser a posse e a propriedade do imóvel, passando a ser apenas a sua boa liquidação, pelo que não são admissíveis os embargos de terceiros. V – Se já estiver pendente a execução, então o meio processual adequado para o terceiro assegurar a sua legitimidade superveniente, é o incidente de intervenção espontânea”. Em 2005 a Relação de Coimbra também se referiu à penhora de crédito: “1 – A omissão da declaração do terceiro devedor do crédito indicado à penhora, nos termos do artigo 856°, nº 2 do Código de Processo Civil, tem como efeito a inoponibilidade à execução da extinção do crédito por sua iniciativa. O terceiro devedor que omitiu a declaração não pode questionar a existência do crédito na execução pendente. (...) 3 – O terceiro devedor que confirma, expressa ou tacitamente, o crédito indicado à penhora incorre em responsabilidade civil pelos danos que causar pelo incumprimento”, em www.dgsi.pt.

credores que, à partida, se acham em igualdade posicional perante essa garantia, de outro lado, nada obsta que se considere a hipótese de um regime do alargamento da garantia patrimonial¹²¹², valorando com mais força normativa todos os elementos que constituem esse património, considerando então a existência de garantias especiais. É nestas circunstâncias que os créditos integrados no património do devedor podem ser executados pelos credores¹²¹³.

Como vimos defendendo, a situação proprietária do fiduciário é instrumentalizada para a realização exitosa do desiderato contratual. Os bens objecto do direito de propriedade estão afectados aos fins fiduciários, estando alojados na esfera jurídica do proprietário fiduciário de forma temporária, estando a realização dos fins em vista e acordado o limite temporal da sua actuação, e o destino final dos mesmos fixados num *vínculo de destinação*. Assim, mesmo sendo proprietário, o fiduciário não poderá dar um destino diferente daquele que foi definido no *pactum*. Se vender o bem e este não for o destino acordado, mesmo sendo proprietário lhe faltará legitimidade para alienar, e esta venda estará ferida de um vício e considerada venda de bens alheios, cominada com a nulidade – art. 892º e 289º CC. Sendo negócio nulo, a invalidade pode ser invocada a todo tempo, pelo fiduciante ou outra pessoa com interesse, ou até pelo próprio tribunal, conforme comando do art. 286º CC¹²¹⁴. O *pactum fiduciae* é assim a fonte de qualificação da tutela dos interesses a considerar. Daqui resulta saber se os terceiros terão algum interesse digno de tutela quando os efeitos do negócio fiduciário se projectam nas esferas jurídicas do fiduciante e do fiduciário.

Os interesses dos terceiros estarão dependentes de duas situações: a primeira diz respeito a existência da manifestação do fiduciário da sua real situação de proprietário fiduciário, quer através de acto do próprio fiduciário, quer através de registo predial; a segunda, quando há a manifestação aparente de proprietário real e não fiduciário. Naquela o terceiro que adquirir o bem e o fim da *fiducia* não é a alienação, o terceiro será sempre um adquirente de má fé e não será terceiro (conforme defendemos no último Capítulo, Secção V) e a transmissão é considerada infiel; na outra, tudo dependerá da posição que o fiduciante adoptar, porque havendo violação do *pactum* pode ser invocada a invalidade ou ineficácia da transmissão do fiduciário para o terceiro. Como se pode facilmente concluir, os interesses

¹²¹² Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. I, 5ª ed. revista e actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009, pág. 153.

¹²¹³ Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral...*, ob. cit., pág. 148 seg.

¹²¹⁴ Acórdão do Tribunal de Relação de Évora, de 14 de Maio de 2015, visitado a 21 de Outubro de 2016, em www.dgsi.pt

parecem passível de protecção naquelas situações em que o autor não revela a sua qualidade de titular fiduciário do direito de propriedade objecto da transmissão¹²¹⁵.

V. Chegados no término desta viagem, importa voltar à nossa questão central: podendo o fiduciário contratar com terceiros, que meios de defesa tem o fiduciante para se fazer ressarcir dos danos que aquela contratualização do fiduciário pode causar? Ora, esta indagação leva-nos a reflectir sobre outra *vexata quaestio*: determinar quem é o terceiro e que influência desempenha o registo naquelas situações em que o objecto da transferência fiduciária é um bem imóvel ou móvel sujeito a registo. O Código de Registo Predial – art. 8º-A – estabelece a regra da obrigatoriedade do registo, mas podem ser também facultativos quando a lei não impõe, o que significa que apenas são obrigatórios os factos que a própria lei enumerou. No âmbito desta obrigatoriedade, há que destacar a estatuição do normativo constante do art. 5º do CR Predial que impõe como regra geral a sujeição do registo aos factos susceptíveis de produzirem efeitos contra terceiros apenas depois do correspondente registo¹²¹⁶, pois enquanto estes factos não forem registados, determina o nº 1 do artº 4º, apenas “podem ser invocados entre as próprias partes ou seus herdeiros”, extraíndo-se aqui um efeito de oponibilidade a terceiros. Estes, os terceiros, são apenas os que tenham adquirido do *mesmo autor* direitos incompatíveis entre si¹²¹⁷. Assim, se o fiduciário transmitir a duas pessoas diferentes, estas

¹²¹⁵ Esta é a posição seguida por Pessoa Jorge, *O Mandatário ...*, ob. cit., pág. 299, ao afirmar que “nestes casos, em que o mandatário *nomine proprio* revela a sua qualidade, não há razão alguma para proteger especialmente os referidos terceiros. E isto é importante, na medida em que mostra não ser a protecção dos interesses da outra parte ou de terceiros que justifica a pretensa necessidade da dupla transferência, quando o mandatário actua em nome próprio, mas sim a *aparência* de titularidade dos bens que essa actuação cria”. Observamos uma diferença com a posição do Professor Pessoa Jorge: a titularidade do mandatário/fiduciário não é *aparente*; ele é titular exclusivo e pleno, mas funcionalizado a um fim determinado. A finalidade do direito limita o seu exercício: se não visar aquele fim o exercício de tal direito não produz os efeitos jurídicos pretendido pelas partes, logo o negócio pode ser considerado nulo, por ilegitimidade da titularidade, por abuso de direito ou por outra razão que a ordem jurídica considere justificável.

¹²¹⁶ É justo referir que, com a entrada em vigor do Dec.-Lei nº 116/2008, a regra para o registo sofreu uma alteração de regime. Para além do princípio de obrigatoriedade, foi recepcionado o princípio da oficiosidade, como consta dos art. 8º-A a 8º-D, por força da redacção dada pelo referido diploma no nº 1 do artº 8º, já que antes da entrada em vigor deste diploma vigorava o princípio da instância, segundo a qual o registo dependia da iniciativa de quem a lei atribuía legitimidade para o fazer e estes eram os “sujeitos activos ou passivos, da respectiva relação jurídica e, em geral, todas as pessoas que nele tenham interesse”. Cfr., e para mais desenvolvimentos, Rui Pinto Duarte, *Curso de Direitos Reais*, 3ª ed., revista e aumentada, Principia Editora, 2013, pág. 143-146.

¹²¹⁷ Tem havido uma discussão à volta de correcta concepção sobre quem deve ser considerado terceiro. No entanto, como ensina Rui Pinto Duarte (*Curso de ...*, ob. cit., pág. 162-164, nota nº 505), esta discussão não é exclusiva no território luso. Espanha e França já vêm discutindo esta situação. Este autor defende uma concepção restrita nos exactos termos expressos em texto. Na mesma linha seguem Manuel de Andrade (*Teoria Geral da*

serão terceiros perante o fiduciário e não perante o fiduciante, pelo que este poderá sempre invocar a acção de nulidade do negócio realizado entre o fiduciário e o terceiro, por infidelidade¹²¹⁸, por venda de bens alheios¹²¹⁹ ou por abuso de direito¹²²⁰. Estas pessoas (terceiros) não fortalecem as suas posições registando-se elas mesmas, pelo contrário, registam apenas as aquisições¹²²¹ realizadas o que, para o sistema fiduciário, tem a implicação primária de que no registo aquisitivo do fiduciário deva constar a inscrição da aquisição como fiduciária, pois a transmissão do património fiduciário, apesar de pleno, é finalisticamente efectuada para cumprir uma função.

Como a propriedade fiduciária está destinada ao cumprimento de um fim específico, havendo retransmissão ao primário proprietário depois de atingido o fim acordado, a legitimidade do fiduciário transmitir para terceiro o direito de propriedade é cerceada porque o fiduciante tem um direito de crédito sobre o fiduciário, fazendo desaparecer uma das características segundo a qual é de domínio ilimitado e exclusivo, por isso de uma soberania¹²²², bem como a sua perpetuidade e também pelo facto de hoje poder dizer-se com segurança que estão ultrapassadas as barreiras dogmáticas (mas carregadas de premissas ideológicas, económicas e sociais) que fundaram a propriedade no domínio de um único sujeito¹²²³. Hoje já podemos ter um discurso diferente da doutrina tradicional e afirmar que há

Relação Jurídica, Vol. II, ob. cit., pág. 19), Orlando de Carvalho (“Terceiros para efeitos de registo”, in BFDUC, Vol. LXX, 1994, pág.97-106) e Mota Pinto (*Teoria Geral ...*, ob. cit., pág. 365-369).

¹²¹⁸ Crime previsto pelo art. 224º do CP. No Comentário *Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, pág. 362-372, Américo Taipa de Carvalho assegura que “ (...) a consagração desta figura criminosa visou preencher uma lacuna do direito português: punir aqueles que, tendo-lhes sido confiado o encargo de administrar (dispor, administrar em sentido restrito, ou fiscalizar) interesses patrimoniais alheios, consciente e dolosamente, causem graves prejuízos a estes interesses”. À esta justificação acrescenta-se o facto de que “o crime de infidelidade (administrativa, i. é, na gestão de interesses patrimoniais alheios) pressupõe uma relação de confiança”.

¹²¹⁹ Art. 892º CC. A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito operada pelo fiduciário para terceiro sem que esse fosse o fim constante no *pactum fiduciae*, é ferida de vício porque o transmitente fiduciário estaria sem legitimidade para a realizar; a consequência desta venda é a nulidade. Cfr. Pires de Lima/ Antunes Varela, *Código Civil ...*, Vol. II, ob. cit., pág. 183-185.

¹²²⁰ O fiduciário é titular de um direito de propriedade que deve exercê-lo sem exceder os poderes daí advenientes. Os poderes contidos na estrutura da titularidade fiduciária para a prossecução do interesse definido, tem por fonte o fim próprio do direito fiduciário ou das circunstâncias em que ele deve ser exercido. Cfr. Pires de Lima/ Antunes Varela, *Código Civil ...*, Vol. I, notas ao art. 334º, pág. 298-300.

¹²²¹ Orlando Carvalho, “Terceiros para ...”, ob. cit., pág. 98.

¹²²² M. Henrique Mesquita, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 1990, pág. 54 seg.

¹²²³ Veja-se a posição de Antunes Varela, *Das Obrigações ...*, vol. II, ob. cit., pág. 421 seg., que apenas se refere aos bens comuns do casal e a herança, sem admitir que a lei não convoca para si a descrição dos regimes destes patrimónios. O silêncio da lei neste sentido pode ser entendido que há um espaço muito grande da autonomia privada.

relativização do fundamento da propriedade podendo ser graduada¹²²⁴ recebendo os corolários da autonomia privada autorizando que o princípio do consensualismo possa impor-se sobre uma obrigação passiva universal.

Na contratação com terceiros, o fiduciário deve sempre, por dever de informação, dar a conhecer os terceiros a sua qualidade. Se o bem for um imóvel ou móvel sujeito a registo bastará a certidão da conservatória dos registos onde conste a inscrição do bem e a qualidade do fiduciário¹²²⁵. Naqueles casos em que o bem não esteja registado deve o fiduciário prestar toda a informação, inclusive, a qualidade em que celebra o contrato, sob pena de estar a ser infiel ao fiduciante e a enganar o terceiro adquirente. Tendo em atenção o facto de que a responsabilidade do fiduciário está limitada aos bens fiduciários, será fundamental para o terceiro saber se contrata com o fiduciário na qualidade de titular de determinado património fiduciário ou se o faz no seu próprio interesse, já que nestas situações a sua responsabilidade é ilimitada porque circunscrita a todos os seus bens, e legítima nos casos de *fiducia* para garantia, em que o fiduciante é devedor do fiduciário. Entendemos que o dever de informação adstrito ao fiduciário é essencial nos preliminares da contratação com terceiros e a sua inobservância pode causar danos a terceiros de boa fé, por isso, a obrigação de informar é de resultado, pois o fiduciário deverá estar em condições de provar que prestou de forma clara e pronta toda a informação necessária¹²²⁶ para que o outro contratante se colocasse em posição

¹²²⁴ Rui Pinto Duarte, *Curso de ...*, ob. cit., pág. 313.

¹²²⁵ A falta de informação que o fiduciário deveria prestar antes da contratação, cabe no regime do artº 227º CC. Existe muita doutrina sobre o caso. Veja-se, a título exemplificativo, Dário Moura Vicente, “Culpa na formação dos contratos”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, FDUC, Coimbra Editora, 2007, pág. 265-284. Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos, “A fase preliminar do contrato”, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, Coimbra Editora, 2007, pág. 309-368. Eva Moreira da Silva, *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Almedina, Coimbra, 2003. A. Cardoso Guedes, “A responsabilidade do banco por informações à luz do art. 485º do Código Civil”, in *RDE*, nº 14, 1988, pág. 145.

¹²²⁶ Já fizemos referência de que os intermediários financeiros, cuja regulamentação consta do CVM, têm a sua natureza jurídica comum aos fiduciários. Sobre eles impendem deveres de informação, tanto nos preliminares como na execução do contrato de intermediação. Veja-se Filipe Canabarro Teixeira, “Os deveres de informação dos intermediários financeiros em relação a seus clientes e sua responsabilidade civil”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, nº 31, Dezembro 2008, pág. 51-87. A este propósito diz o autor que “ (...) é dever do intermediário financeiro buscar a informação acerca do cliente, com o objectivo de possibilitar efectivamente a avaliação de que o ‘cliente compreende os riscos envolventes’, para então poder formar seu juízo acerca da adequação do investimento, ou não para o cliente e o informar – art. 314º, nº 2, do CVM. *Ou seja, há uma obrigação de resultado, onde tem de ser alcançado um objectivo específico, não bastando o seu mero cumprimento.* Assim, essa especificação efectuada pelo nº 1 do art. 314º do CVM, torna plenamente visível a extensão do princípio, o concretiza de forma veemente, sendo que no art. 314º B do CVM, temos os critérios que o intermediário financeiro deve basear-se na busca da informação relativa aos conhecimentos e experiencia do cliente” – pág. 61, itálico no original. Paulo Câmara, “Os deveres de informação e a formação dos preços no

de melhor definir, segundo a sua vontade, se contratava ou não e em que condições o podia fazer¹²²⁷. Sem esta informação, prestada como dever do fiduciário e cobrada pelo terceiro como diligente, ao prestar-se a compra de um bem, tem consciência do risco adveniente de declaração de nulidade pelo facto do vendedor (fiduciário) não poder fazê-lo, já que ele é proprietário para um fim determinado¹²²⁸.

mercado de valores mobiliários”, *Caderno de Valores Mobiliários*, nº 2, primeiro semestre, 1998. Fazenda Martins, “Deveres dos intermediários financeiros, em especial, os deveres para com os clientes e o mercado”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, Abril, 2000.

¹²²⁷ AZUERO, S. Rodriguez, *Responsabilidad del fiduciario*, Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké-Ediciones, Rosaristas, 1997, pág. 55.

¹²²⁸ Pessoa Jorge, *O Mandatário ...*, ob. cit., pág. 300-301

CAPÍTULO X

NATUREZA JURÍDICA DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO

SECÇÃO I

NEGÓCIO FIDUCIÁRIO E SIMULAÇÃO. CRÍTICA

A identificação do negócio fiduciário como sendo um negócio simulado deu causa à sua negação na ordem jurídica lusa¹²²⁹. O mesmo aconteceu em Espanha¹²³⁰ e em certa doutrina italiana¹²³¹. Basta ver que a questão vem tratada por vários autores e estes dedicam capítulos significativos à comparação ou proximidade entre as figuras jurídicas¹²³², factor que não só agudizou a não difusão da figura, como ofereceu grande confusão e, com ela, surgiu insegurança no tráfego jurídico e dúvidas no seu emprego. Justificaram os defensores de tal posicionamento, que o negócio fiduciário, pela sua actividade e função e pela problemática das suas relações com o negócio simulado e com o negócio indirecto, levou-os a concluir que por determinado processo analógico era possível identificar o negócio fiduciário com o instituto da simulação. Cabe recordar que a tal respeito as teses clássicas apresentam a simulação como a existência de desconformidade, desacordo ou divergência entre a vontade real e a declarada. A divergência será subjectiva quando disser respeito aos sujeitos e será objectiva quando for atinente ao conteúdo do negócio. Do ponto de vista jurídico, simulação tem o significado de alguma coisa que aparenta ser mas que na realidade não é e, assim,

¹²²⁹ Entre todos, Beleza dos Santos, *A simulação ...*, ob. cit., pág. 120-145.

¹²³⁰ González Martínez, «El fiduciario, construcciones y teorías», *El titular*, 1928, capítulo IV, pág. 285 seg.

¹²³¹ Arnaldo Valente, *Nuovi profili della simulazione e della fidúcia: contributo ad un superamento della crisi della simulazione*, Giuffrè, Milano, 1961, pág. 184 seg. Este autor faz uma descrição histórica sobre a ligação dos conceitos das duas figuras jurídicas. Ainda a propósito desta questão, Cesare Grasseti, “Del Negozio Fiduciario e della sua Ammissibilità nel nostro Ordinamento Giuridico”, in *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, Vol. 34, Ed. Vallardi, 1936, pág. 355-356, expendeu que “ (...) Essa si è portata particolarmente su un altro aspetto caratteristico, e precisamente sui criteri distintivi dalle varie figure di simulazione. Già trent’anni or sono Francesco Ferrara osservava come la regione, meglio una delle regione fosse appunto da ricercarsi in una tradizionale confusione coi negozi simulati: in proposito l’insegnamento del Ferrara há trovato accoglimento pressochè concorde (...)”.

¹²³² Além da já referida obra de Beleza dos Santos, e de Manuel de Andrade, veja-se Galvão Telles, *Manual dos contratos em geral*, 4ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 188 seg., Luís Carvalho Fernandes, *Teoria geral do direito civil*, Vol. II, 5ª ed., UCP, Lisboa, 2010, pág. 347 seg., *Admissibilidade do negócio fiduciário no direito português*, in Estudos sobre a simulação, Quid Juris, Lisboa, 2004, pág. 242, Pestana de Vasconcelos, *A cessão ...*, ob. cit., pág. 83-86.

simulação negocial será a aparência de um negócio que afinal não existe, seja quando através do acto simulado se esconde um negócio diferente seja quando nada se esconde¹²³³.

Foi neste sentido que o direito positivo acolheu a simulação – art. 240º CC. Ela consiste num acordo entre declarante e declaratório com o fim de celebrarem um negócio que não corresponde com a sua vontade real, no intuito de enganar terceiros¹²³⁴. O *animus simulandi* não visa um verdadeiro negócio, mas sim fantasiar uma relação negocial. Importa referir que o entendimento que se tem sobre a qualificação do negócio fiduciário como simulação tem as suas fontes históricas nas origem da *fiducia* que, como já referimos, tinha na *in jure cessio*, figura ligada a *imaginaria venditio*, para efectivar a transferência de bens; aliás, foi assim que Pietro Bomfante se expressou dizendo que “(...) *se la ‘mancipatio’ è una ‘imaginaria venditio’, l’in jure cessio’ è una ‘lis imaginaria’* (...)”¹²³⁵.

O negócio fiduciário não é um negócio simulado. As diferenças encontram-se no plano das suas estruturas e na sua funcionalidade, conclusão a que a doutrina lusa¹²³⁶ e estrangeira¹²³⁷ já chegou com significativa unanimidade. As referidas diferenças não são fáceis de identificar¹²³⁸, primeiro porque o processo de identificação autónoma do negócio fiduciário surgiu de forma conjunta com a da simulação, observando, no entanto, o facto de que esta demarcação já era referida em Roma¹²³⁹. Os erros cometidos na interpretação da estrutura da *fiducia* levaram a que esta se confundisse com a simulação, como se apenas aí existisse simulação, facto revelador da falta de atenção ao desenvolvimento que a figura romana teve noutros lugares, que se revelou fundamentalmente como resultado da autonomia privada, cuja função era o preenchimento de lacunas do sistema jurídico.

¹²³³ Orlando de Carvalho, “Negócio Indirecto”, Suplemento X, BFDUC, Coimbra, 1952, pág. 114.

¹²³⁴ Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do...*, ob. cit., pág. 306.

¹²³⁵ *Storia del Diritto Romano*, Giuffrè Editore, Milano, Vol. 2, 1958, pág. 199 (há uma versão em espanhol já citada).

¹²³⁶ Luís Carvalho Fernandes, *A admissibilidade do negócio fiduciário no direito português*, in Estudos sobre a simulação, Quid Júris, Lisboa, 2004, pág. 242 seg.

¹²³⁷ F. Regelsberger, *Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession*, Acp, 1880, pg. 172. Heinrich von Lang, *Die Wirkungen der fiduziarischen Geschäfte*, 83 AcP, 1894, pág. 336-351.

¹²³⁸ Luís Carvalho Fernandes, *A admissibilidade ...*, ob. cit., pág. 274, esclarece que “cabe, contudo, reconhecer que a delimitação entre estas duas figuras – simulação e fidúcia –, se revela na prática, com frequência, muito mais intrincada, do que no plano dogmático”. Adianta, noutro lugar, dizendo que “a razão de ser desta dificuldade resulta, como não custa a compreender, de na destrição das duas figuras estar envolvida uma complexa questão de interpretação do negócio jurídico, dirigida ao apuramento da vontade real das partes e da eventual existência de uma vontade aparente, que daquela divirja. Concretizando, na *fidúcia cum amico*, por exemplo, está por vezes em causa saber se no caso existe uma *interposição fictícia* ou *real* de pessoas”. *Teoria ...*, ob. cit., pág. 353.

¹²³⁹ Gionanni Pugliese, *La simulazione nei negozi giuridici*, CEDAM, Pádova, 1938, pág.

Quanto à sua estrutura, deve sublinhar-se que o negócio fiduciário é um acto unitário, embora com um conteúdo complexo, cuja explicação reside no facto de que no mesmo negócio se pode identificar um negócio de transmissão, normalmente típico, e que serve de negócio base, contra a existência de uma cláusula – o chamado *pactum fiduciae* – que define os poderes do fiduciário e os fins que orientam a sua actuação¹²⁴⁰.

Sendo o negócio fiduciário um acto que as partes quiseram como verdadeiro, havendo um único negócio e sendo válida a *causa fiduciae* e o fim visado, entendemos que o *pactum fiduciae* é diferente do *pactum simulationis*, pois naquele as partes não visam enganar terceiros, muito menos pretendem ocultar através de um negócio aparente. O fiduciante, ao transmitir a sua propriedade para o fiduciário, fá-lo de forma verdadeira existindo apenas um *pactum* que vai criar um direito de natureza obrigacional para que o fiduciante consiga ver regressado na sua esfera patrimonial aquele bem ou direito, depois de cumprido o fim estipulado no *pactum*. O funcionamento do negócio fiduciário não é à partida ilícito, como acontece com a simulação. Aqui, as partes acordam em praticar um acto ilícito: o de enganar terceiros. No negócio fiduciário, no limite, pode ocorrer um acordo de ocultação do *pactum fiduciae*, cujo conteúdo fica alheio ao conhecimento de terceiros, mas fiduciante e fiduciário manifestam com verdade as suas declarações de vontade no sentido de celebrar o acto, “somente não o querem com todas as consequências jurídicas do negócio fundamento, inerentes aos seus efeitos típicos, mas apenas para certo fim específico, que justifica a inclusão, nele, do pacto fiduciário”¹²⁴¹. No negócio fiduciário as partes têm uma única vontade e não existirão dois momentos para manifestar a vontade negocial, apesar do seu conteúdo ser múltiplo mas as partes determinam desde a celebração do negócio. Nesta figura o que as partes desejam é todo o negócio e não apenas a parte dele visível (o *pactum fiduciae*).

O Tribunal da Relação de Lisboa num acórdão de 22 de Junho de 2016, expôs que “numa venda de um imóvel, não ficando demonstrado o intuito de enganar terceiros e apurando-se que as partes pretendiam respectivamente vender e comprar, embora tivessem uma finalidade subjacente a essa vontade, com a expectativa de que a transmissão de propriedade fosse temporária, não estão reunidos os requisitos da simulação. A venda fiduciária consiste na venda de um bem como garantia do pagamento da quantia mutuada pelo

¹²⁴⁰ Luís Carvalho Fernandes, *Teoria ...*, ob. cit., pág. 349.

¹²⁴¹ Luís Carvalho Fernandes, *Teoria ...*, ob. cit., pág. 353.

comprar ao vendedor (...), a venda fiduciária é uma figura atípica e sem regulamentação para os contratos de compra e venda em geral (...)”¹²⁴², ficando demonstrada a posição da jurisprudência sobre a questão: o negócio fiduciário não é um negócio simulado.

¹²⁴² Consultado a 29 de Agosto de 2016, em www.dgsi.pt

SECÇÃO II

NEGÓCIO FIDUCIÁRIO E FRAUDE À LEI. CRÍTICA

I. Há fraude à lei quando esta estabelece uma proibição mas o agente procura atingir o fim que a norma previu e proibiu, através de actos que contornam o dispositivo legal¹²⁴³.

É um instituto cujo estudo se situará no domínio específico dos valores negativos do negócio jurídico. Como muitos conceitos jurídicos, a fraude à lei não é um conceito estático, ganhou os benefícios e sofreu as agruras da evolução de acordo com a própria dinâmica e progresso inerentes às várias fases jurídico-históricas. Constata-se, assim, que a conceitualização da fraude à lei foi moldando o seu conteúdo segundo a mutação do direito através dos tempos, cujo resultado foi uma análise e qualificação do instituto nem sempre pacífica.

Já os Romanos tratavam da fraude à lei mas não ofereciam, no início, um conceito concreto; era preciso ir às fontes para encontrar várias aplicações concretas. Chamavam-lhe *fraus* e, na verdade, trata-se de um instituto jurídico complexo. A denominação *fraus* teve no início o significado de “*damnum*” ou “*noxa*” e mais tarde passou a ser tratada com o sentido de “engano”. Na mesma altura, o termo tomou o significado de “frustrar”, que se pretendia com ela dar sentido à ideia de “iludir”¹²⁴⁴. No entanto, com o avançar do tempo a figura jurídica foi ganhando consistência. Os textos de Digesto testemunham o estado de arte do momento: Paulus¹²⁴⁵ afirmou que:

«*contra legem facit qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero qui salvis legis verbis sententiam eius circumvenit*».

¹²⁴³ Manuel de Andrade, *Teoria ...*, ob. cit., Vol. II, pág. 337.

¹²⁴⁴ Alberto Sols Lucia, *El Fraude a la Ley – Estudio analítico del Art. 6.4º del Código Civil en la Doctrina y la Jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 19 seg.

¹²⁴⁵ Digesto 1.3.29. A tradução do texto seria: “Age contra lei o que fez aquilo que a lei proíbe: age em fraude à lei aquele que evita o comando dela respeitando as palavras da lei”.

Ulpiano também exerceu contributo para a afirmação do instituto jurídico e nos seus textos encontramos¹²⁴⁶:

«*fraus enim legi fit ubi, quod fieri autem non vetuit, id fit*».

É importante assinalar que já no Direito Romano se experimentou precisar a distinção, concretização ou vertentes de significação ou sentidos etimológicos como eram tratadas a fraude. Para aclarar as diversas situações, os Romanos distinguiram a *fraus legis* ou fraude à lei e a *fraus creditorum vel patroni* ou fraude aos credores.

Na doutrina encontramos sectores que fazem distinção entre contratos contrários à lei e contratos em fraude à lei¹²⁴⁷.

II. Na literatura jurídica lusa, foi Beleza dos Santos¹²⁴⁸ quem introduziu de forma mais aprofundada o tema da fraude à lei, apesar de que já as Ordenações Filipinas¹²⁴⁹ se tinham pronunciado sobre o tema, confundindo-a com a simulação, pois considerava que os actos praticados pelo agente eram simulados na medida em que visavam “defraudar nossas Leis e Ordenações” e diferenciavam-se segundo o propósito enganador: se era para defraudar terceiros, então estávamos perante simulação; já estaríamos perante a fraude à lei se o acto visava a própria lei.

Beleza dos Santos seguiu as teses germânicas¹²⁵⁰ e italiana¹²⁵¹ da época, considerando que a fraude à lei não tinha autonomia e que se tratava de uma questão de interpretação, não admitindo, por isso, as posições doutrinárias subjectiva e objectiva que defendem a autonomia da mesma figura jurídica. Para o autor, a distinção válida para separar os negócios contrários à lei e os negócios realizados com fraude à lei era a que assentava na qualificação dos primeiros como resultantes da violação da norma legal e para os segundos da violação do espírito da lei.

¹²⁴⁶ Digesto 1.3.30. A tradução do texto seria: “Pratica-se fraude à lei quando se faz aquilo que a lei não quer que seja feito, mas não proíbe que o seja”.

¹²⁴⁷ A. Vaz Serra, “Objecto da Obrigação. A prestação – suas espécies, conteúdo e requisitos”, *BMJ*, nº 74, Março, 1958, pág. 171 seg.

¹²⁴⁸ *A Simulação ...*, ob. cit., pág. 101-112.

¹²⁴⁹ *Ordenações Filipinas*, Vol. III, Livros IV e V, ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1985. Encontramos nas Ordenações a clara associação da fraude à lei com a simulação. Assim o Título LXXI do Livro IV cuja epigrafe é *Dos actos simulados*.

¹²⁵⁰ (verificar bem)

¹²⁵¹ Francesco Ferrara, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, pág. 64 seg.

O conteúdo do acto fraudulento não conta para Beleza dos Santos, sendo relevante a violação da norma, pois acentua o autor, “a letra e o espírito são elementos essenciais e inseparáveis da norma legal”¹²⁵². O Prof. Manuel de Andrade trouxe à doutrina uma visão que veio influenciar a tomada de decisões. Primeiro, definiu separadamente negócios contra a lei – “os que ofendem aberta e declaradamente uma proibição legal” – e negócios em fraude à lei, os que – “procuram contornar ou circunvir uma proibição legal, tentando chegar ao mesmo resultado por caminhos diversos dos que a lei designadamente previu e proibiu”¹²⁵³. Parece que o Professor retomou a posição anteriormente defendida: a dicotomia da violação da letra e violação do espírito da lei, reconduzindo a problemática para o campo da interpretação jurídico¹²⁵⁴.

III. Uma certa doutrina da América Latina¹²⁵⁵ considera uma distinção entre acepção ampla e acepção restrita da fraude à lei. Para delimitar a fronteira entre as duas considerações defendem que há três características que são a mais nova ou mais adiantada ideia de fraude no Direito:

1º A fraude como meio ou via indirecta. Não se actua contra a lei ou contra os credores. O responsável pela fraude não ataca de forma aberta, mas ilude, surpreende por astúcia a traição. Daí que a fraude deva ser descoberta, pois não aparece de maneira notória ou visível. Invocam Ihering que qualifica esta forma de fraude como “delito hipócrita”.

2º A fraude como resultado é um ilícito, violação do Direito, seja vítima uma norma ou um direito subjectivo. Concretiza-se numa antijuridicidade, um objectivo que se pretende alcançar mas que o ordenamento jurídico rejeita.

¹²⁵² *A Simulação ...*, ob. cit. pág. 104-106.

¹²⁵³ *Teoria ...*, ob. cit. pág. 337 seg.

¹²⁵⁴ Manuel de Andrade, *Teoria ...*, ob. cit., pág. 339 Adianta o insigne Professor que “caso se mostre que o intuito da lei foi proibir não apenas os negócios que especificamente visou, mas quaisquer outros tendentes a produzir o mesmo resultado”. Esta posição foi influenciada na elaboração do Código Civil de 1966. Basta estudar os escritos de A. Vaz Serra – *A Prestação ...*, ob. cit. pág. 15-283; Rui de Alarcão, “Breve Motivação do anteprojecto sobre o negocio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial”, *BMJ*, nº 138, 1964, pág. 120-121.

¹²⁵⁵ Entre todos, Jorge Mosset Iturraspe, *Contratos Simulados...*, ob. cit., pág. 13.

3º Finalmente, em atenção à visão subjectiva, a fraude é um engano, astúcia, *ars fallendi*. A vontade de actuar com *fraudandi causa*, considerando que o núcleo da fraude é o engano a atitude ardilosa.

IV. No direito continental a fraude começou a ter relevância na época medieval, a partir dos séculos XII e XIV, onde o método de interpretação atendia mais ao espírito que à letra da lei e predominava a interpretação extensiva em prejuízo da interpretação restritiva e, por fim, a moral era mais valorizada do que o Direito. Foi com esta configuração jurídica que apareceu a “versão moderna”, nas palavras de Díez-Picazo¹²⁵⁶, que aparece o instituto da fraude e que naquela altura tratavam chamar de *circunventio legis*, que era rodear, contornar ou esquivar a norma, com o intuito de violá-la, como os germanos na época chamaram *Gesetzumgehung*.

O Jurista de Bolonha, distinguido glosador, Azón de Ramenghis, no século XII, experimentou uma classificação dividida em três partes dos casos de *fraus legis*. No século XIV, Cinus de Pistoya, membro da Escola dos pós glosadores ou dos comentaristas, avançou para a primeira distinção entre fraude e simulação e também do ataque directo à *sententia legis*, na base da já referida influência do *sensus* ou sentido dos textos do que pela *littera* ou letra da lei. Sintetizando, a evolução até este século baseia-se em duas novas categorias: *fraus hominis* e *fraus legis*.

Com o Código Civil francês de 1804 iniciou-se a codificação e deu-se prioridade completa à autonomia da vontade, facto que levou a que se fechassem as portas à sanção geral da fraude à lei¹²⁵⁷. Até a reforma “a Título Preliminar” do Código Civil espanhol de 1974, era notável este pensamento jurídico naquele país, não obstante se verificar que a fraude à lei se foi introduzindo no ordenamento por distintos caminhos e foi recepcionada pela jurisprudência anterior a 1974¹²⁵⁸. A partir dos ensinamentos de González y Alguer, pode ler-se que “*creemos que la sanción de nulidad del artículo 4º, apartado I, alcanza también a los negocios que, sin ser contrarios en sí a la ley, sirven para burlarla. Es el principio de nulidade de los actos in*

¹²⁵⁶ *El abuso del derecho y el fraude de ley, en nuevo Título Preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones*, In Documentación jurídica, Madrid, nº 4, pág. 214 seg.

¹²⁵⁷ J. Ghestian (Dir), *Traité de Droit Civil. Introduction générale*, 2ª ed., L.G.D.J., Nº 741., Paris, 1983, t. I., Cap. II: *La fraude*, pág. 663 seg.

¹²⁵⁸ A. Sols Lucia, *El fraude a la ley (estudio analítico del art. 6.4. del Cód. Civ. En la doctrina y jurisprudencia)*, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 71 seg.

fraudem legis (...)”, e mais adianta avança afirmando que “... *la tesis según la cual para que haya fraude a la ley se exige conciencia de burlar sus resultados, alegando que de outra suerte se trataria de un fraude sin fraude, a pesar de su apariencia indestructible ‘fraude a la ley’ es puramente convencional y se inspira en la contemplación del caso normal y más corriente de evitación de los resultados legales, en que quienes emplea el rodeo de otros médios legales suelen tener que esta se basa objectivamente en el resultado contrario a derecho*”¹²⁵⁹.

Em França aconteceu situação semelhante; o silêncio do *Code*, a completa omissão de uma “teoria sintética da fraude”, nas palavras de Ghestin, não constituiu obstáculo à previsão de determinadas aplicações da fraude. A Corte da Cassação produziu uma fórmula que consistia no seguinte: “a fraude é excepção a todas as regras”. Foi a partir da segunda metade do século XIX que a solução adoptada pela Corte se designou como um brocado: “*fraus omnia corrumpit*”. De recordar que a comissão de reforma do Código Civil havia proposto a aprovação de uma disposição com a seguinte redacção: “o exercício de um direito com a finalidade de fazer fraude à lei ou a direitos de outra pessoa, não pode produzir efeitos e compromete a responsabilidade do seu autor”¹²⁶⁰.

Na verdade, o mecanismo da fraude à lei se encontra hoje consagrado legislativamente é posição maioritária na doutrina e jurisprudencialmente consagrado nos sistemas jurídicos europeus. No Direito italiano encontramos no Cód. Civil, art. 1344º, sob a epígrafe “Contrato em fraude a lei” dispõe que “se reputa assim ilícita a causa quando o contrato constitui um meio para iludir a aplicação de uma norma imperativa”. É opinião unânime que o código italiano, posto que a lei não explicita a noção de causa, rege a doutrina objectiva de causa, reconhecendo na função económico-social que o contrato cumpre: na modificação de uma situação existente que o Direito Objectivo considera importante para suas próprias finalidades. A lei distingue entre a “causa ilícita” – aquela contrária “a normas imperativas, à ordem pública ou aos bons costumes” – de “ilicitude efectiva”, nas palavras de Messineo¹²⁶¹, e a causa que se supõe ilícita em consideração ao resultado (iludir a norma) que o contrato teria, se pudesse conseguir.

¹²⁵⁹ In *Tratado de Derecho Civil*, Enneccerus, Kipp y Wolff, *ob. cit.*, pág. 304.

¹²⁶⁰ L. Ginossar, *La fraude du droit d'autrui, est-elle licite?* In *Mélange Jean Dabin*, II, 1963, pág. 615.

¹²⁶¹ *Sulla frode alla legginel negozio giurídico di Diritto Privato. Circolo Giuridico*, Palermo, 1907.

Por sua vez, na Alemanha, a falta de um preceito condenatório dos negócios em fraude à lei não constituiu obstáculo para que tanto a doutrina como a jurisprudência tenham coincidido na posição de aceitar a nulidade de tais negócios, em particular nos casos relacionados com os contratos de hotelaria, compras a prazo, leis de protecção do inquilino, pagamentos de impostos. As normas de economia dirigida e direitos de divisa originadas no período de guerra e no pós-guerra foram importantes fontes de negociações fraudulentas. Como afirmam Enneccerus e Nipperdey, “também é nulo o negócio executado para burlar a proibição (independentemente da intenção ou consciência de burlar), se a proibição, segundo a vontade do legislador, fixada por interpretação ou segundo o fim da lei, queria evitar a realização do resultado prático proposto, mas não se queria apenas proibir a espécie ou forma determinada do negócio, ou seja, apenas este meio de realização do resultado”¹²⁶².

V. No sistema da *Common Law* a consideração da fraude à lei deve ser tida em conta a algumas considerações próprias deste sistema:

- a) Há uma grande aversão por definições e, no geral, a desenvolvimentos doutrinários, principalmente no direito norte-americano;
- b) A importância dada aos “casos” dos pressupostos de facto definidos pelos tribunais;
- c) A fraude é sinónimo de engano, de acto torpe ou ilícito;
- d) As diferentes reacções das jurisdições de equidade e da *common law* perante o mesmo instituto.

O conceito americano de boa fé assemelha-se à honesta intenção de se abster de alcançar uma vantagem indevida de um terceiro apesar das formas e tecnicismos da lei, juntamente com a total ausência de informação ou benefício de factos que tornariam a transacção inequitativa. A má fé é um conceito contrário, está construído em função da fraude e aproxima-se a ambas as noções. Não obstante, a jurisprudência norte-americana constatou que a fraude a lei é de maior grau que a má fé e identifica-a com “uma acção intencional e desonesta com propósito único para enganar ou decepcionar uma das partes numa negociação

¹²⁶² In L. Enneccerus, T. Kipp, e F. M. Wolf, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 2ª ed., t. I, Barcelona, 1950, pág. 303.

ou de um acto que resulte numa perda ou prejuízo e em benefício de outra”. Muitos autores americanos coincidem em afirmar que “não existe uma noção omnicompreensiva de fraude”, senão que “cada caso deve ser considerado conforme os seus próprios factos peculiares”, na medida em que “o tema de fraude implica uma designação genérica e tão diversos graus e variadas formas” que os tribunais se contentaram em obter umas poucas regras gerais com o fim de descobrir e combater, e permitir que sejam os factos e circunstanciais próprias de cada caso que, “tocando fundo na consciência e entendimento do juiz e do jurado, determinem a presença ou ausência da fraude”¹²⁶³.

Esta forma anglo-americana de pensar do Direito tem-se baseado numa forte convicção de que não é conveniente definir para que a invenção, a imaginação humana, não encontre novas formas de fraude que possam, a posteriori, contornar a definição¹²⁶⁴. Há um reportório de citações judiciais americanas que é ilustrativo desta posição: “toda negociação injusta”; “todo acto positivo que resulte uma intenção de enganar”; “o artifício pelo qual uma pessoa é enganada em seu próprio prejuízo”; “um acto voluntário e mal intencionado, dirigido a cometer um dano aos direitos de terceiros”; “as práticas enganosas tendentes a privar ou que efectivamente privem a outro dos direitos, por meio de alguma artimanha ou de um artifício contrário às regras de honestidade comum”; “fazer aparentar um estado de coisas a uma pessoa com que se negocia ou se negociará no futuro, como se fosse uma situação real, mas se tem conhecimento de que o verdadeiro estado de coisas é outro”¹²⁶⁵.

A partir de um conjunto variável de situações de fraude, o juiz Hardwicke, no caso “*Chesterfiel vs. Janssen*”¹²⁶⁶, elaborou um critério classificador, tradicional na Inglaterra e nos EUA, da seguinte forma:

- a) Fraude activa ou actual;
- b) Fraude que surge com evidência da natureza intrínseca da negociação;
- c) Fraude presumida pelas circunstâncias e condições dos contratantes;
- d) O engano praticado por terceira pessoa por meio de um negócio celebrado entre outras pessoas;

¹²⁶³ *American Laundry Machinery vs Skinner*, 225 NC 285; 34 SE 2 190.

¹²⁶⁴ Claramente na *Common law*, há uma acentuada aversão por definições legais, preferindo dar importância aos “casos” decididos pelos tribunais e em consequência confronta-se, muitas vezes, com diferentes reacções da jurisdição da *equity* e da *common law* relativamente ao instituto da fraude à lei.

¹²⁶⁵ *American Laundry Machinery vs Skinner*, 225NC 285: 34 SE 2 190.

¹²⁶⁶ Walker y Walker, *The english legal system*, Butterworths, London, 1980, pág. 53 seg.

e) A fraude realizada sobre herdeiros futuros ou outros direitos em expectativa tendentes a captar sua vontade para dispor dos bens a adquirir no futuro.

Relativamente às condições mínimas da fraude considera-se a *false representation* de um facto importante que o imputado sabia ou deveria saber que era falso; manifestação esta em que o prejudicado confiou no próprio prejuízo; sempre que um homem comum tivesse razoavelmente confiado da mesma maneira.

VI. Por fim, o Direito inglês trata da questão da fraude à lei com uma reacção negativa, de resto como toda a *common law*, no sentido de impedir que se dê procedência a uma acção ou a defesa fundada num facto fraudulento. Para os Ingleses é o mesmo que a aplicação da máxima tratada como a *clean hands* ou a negação para quem recorre à justiça com as mãos sujas, aplicada de modo extensivo e amplo. A equidade, a jurisprudência da equidade, pelo contrário, tem uma visão positiva da fraude, confirmando a transacção e obrigando o demandado a cumprir com a sua prestação, transferindo-se assim o ilicitamente obtido a quem em justiça o corresponde¹²⁶⁷.

O negócio fiduciário, como já o demonstramos, não é um negócio *contra legem*, muito menos *fraus legis*. No entanto, é de se admitir que ao longo da história o negócio fiduciário foi reconduzido a formas de actos que visavam contornar o sistema jurídico para alcançar um fim. Assim mesmo expendeu Cariota-Ferrara¹²⁶⁸, ao considerar o negócio fiduciário e o negócio em fraude à lei como negócios não necessariamente coincidentes mas não incompatíveis, ou Siebert¹²⁶⁹, que assegurava que o negócio fiduciário tinha por finalidade contornar proibições legais através da figura da *Umgehungsfunktion*. No direito anglo-saxónico os *uses* foram também utilizados para esses fins. Nos nossos dias o facto de um negócio ser considerado fiduciário não se pode considerar necessariamente como um negócio em fraude à lei. A doutrina¹²⁷⁰ e a jurisprudência¹²⁷¹ têm considerado que o negócio apenas será considerado em fraude à lei quando o fim prosseguido seja proibido pela lei.

¹²⁶⁷ Walker & Walker, *The english legal system*, Butterworths, London, 1980, pág. 53 seg. Ainda ver L. Rabasa, *El Derecho angloamericano*, Madrid, 1944, pág. 52.

¹²⁶⁸ *Il negozi fiduciari*, Cedam, Padova, 1933, pág. 57.

¹²⁶⁹ Wolfgang Siebert, *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis. Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem*. N. G. Elwert'sche Verlagsbuchhandlung, G. Braun, Marburg in Hessen, 1933, pág. 32.

¹²⁷⁰ Luís Carvalho Fernandes, *Admissibilidade ...*, ob. cit., pág. 248-249; Pais de Vasconcelos, *Teoria geral ...*, ob. cit., pág. 354-355; Pestana de Vasconcelos, *A cessão ...*, ob. cit., pág. 86-88.

Na verdade, não há lei que proíba a realização de negócios fiduciário. Como resulta do art. 405º CC, as partes são livres de celebrar os negócios que lhes aprouver, desde que não atinjam alguma disposição proibitiva. Se no ordenamento jurídico não encontramos dispositivo normativo alguma que impeça directamente ou através de proibição de utilização de determinadas cláusulas, não vemos razão nenhuma para que o negócio fiduciário seja considerado um negócio com fraude à lei. Nem o regime da tipicidade dos direitos reais é suficiente para abalar a ordenação normativa fiduciária, pois como ficou demonstrado (Capítulo VII, Secção I), o próprio legislador português desmistificou a regra do *numerus clausus* ao admitir a figura da alienação fiduciária em garantia. Tão pouco a ausência de regulamentação positiva serve para o argumento a ser expurgado, pois a figura do mandato sem representação alarga o seu campo de aplicação aos cânones regulamentares de todos os negócios jurídicos de actuação em nome próprio mas no interesse alheio.

¹²⁷¹ Acórdão do *STJ* de 17-12-2002; Acórdão do *STJ* de 16-03-2011.

SECÇÃO III

NEGÓCIO FIDUCIÁRIO E CONTRATO A FAVOR DE TERCEIRO. CRÍTICA

O contrato a favor de terceiros é aquele em que se atribui um benefício a um terceiro, estranho ao acordo negocial, e que através desta vantagem adquire um direito próprio¹²⁷². As notas caracterizadoras deste tipo contratual são a existência de um terceiro e a aquisição, pelo terceiro, de um direito pelo benefício concedido. Este modelo contratual tem como partes o promitente, que se obriga a realizar a prestação, e o promissário, a quem a promessa é feita e se obriga a realizar uma prestação a favor de um terceiro. Este é estranho ao acordo, apesar de o contrato ser a seu benefício¹²⁷³.

O terceiro beneficiário não é parte do contrato e se por qualquer eventualidade puder ser considerado como sujeito contratual, a qualificação de contrato a favor de terceiro desaparece¹²⁷⁴. O Diogo Leite de Campos, mestre coimbrão, assevera que “a enorme variedade de contratos a favor de terceiro e a aparente diversidade que reveste, levam a crer na impossibilidade de uma teoria geral do contrato a favor de terceiro ou, pelo menos, na sua escassa utilidade, pelo seu carácter demasiadamente genérico e pelas poucas vezes em que seria aplicada. A riqueza dos contratos a favor de terceiro ultrapassaria quaisquer limites em que se pretendesse confiná-la”¹²⁷⁵. A riqueza destes contratos levou algum sector da doutrina estrangeira a considerar os contratos a favor de terceiro como sendo uma das várias modalidades dos negócios fiduciários¹²⁷⁶.

¹²⁷² Diogo Leite de Campos, *Contrato a favor de terceiros*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 7.

¹²⁷³ Almeida e Costa, *Direito ...*, ob. cit., pág. 315-320. Menezes Leitão, *Direito ...*, ob. cit., pág. 249-256. Antunes Varela, *Das Obrigações ...*, ob. cit., pág. 408-426. Paula Costa e Silva, “Contrato a favor de terceiro, conformação subjectiva da instância e legitimidade processual”, in *Homenagem da FDUL ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles – 90 anos*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 963-994.

¹²⁷⁴ Diogo Leite de Campos, *Contrato ...*, ob. cit., pág. 7.

¹²⁷⁵ Diogo Leite Campos, *Contrato ...*, ob. cit., pág. 8

¹²⁷⁶ Jorge Hugo Lascala, *Prática del fideicomiso*, 3ª reimp. Astrea, Buenos Aires, 2013, pág. 143. Este autor defende a ideia de que “*dada la conformación estructural de la figura, aparte de dos sujetos para formarla, resulta insoslayable la intervención posterior de otra persona que es quien se beneficiará con la gestión de administración de los bienes, o a quien éstos pasarán. El efecto o condición previstos por la ley en la definición de dominio fiduciario, sumado a lo expuesto, nos obliga a encuadrar el instituto en la categoría de contratos con estipulaciones a favor de terceros que dimana de la doctrina del art. 504 del Cód. Civil, que lo admite como principio general. En consecuencia, cabe denominar al fiduciante como estipulante o promisorio, que es quien estipula el beneficio a favor del tercero; al fiduciario como promitente, que es quien ha de cumplir la prestación,*

Nada mais errado. Contra o mesmo entendimento, posicionaram-se os que consideram que os contratos não podem prejudicar nem conceder benefícios a terceiros por razões de necessidade de adaptação do direito ou de normas jurídicas, e a sua conformação com novas formas negociais que, entretanto, foram surgindo, concluiu-se que estas estipulações teriam sempre um fundamento contratual (Saleilles, Bibiloni), por oposição àqueles que justificavam como provenientes de declarações unilaterais ou de aquisição directa (Clin y Capitant), ou apelando aos princípios da representação (Savigny), ou provenientes de uma oferta (Laurent), ou até de gestão de negócios (Pothier, Demolombe).

No contrato a favor de terceiro, o direito adquirido por este é um direito autónomo, não deriva do património do promitente ou do promissário, mas nasce directamente do contrato entre este dois sujeitos, pois “só estes, e não o beneficiário, que dão vida ao contrato, nele têm interesse próprio e suportam os seus efeitos”¹²⁷⁷. No negócio fiduciário pode ocorrer que o beneficiário não seja um terceiro mas o próprio fiduciante, ou pode acontecer que o negócio não visa atribuir benefício nenhum, como acontece a *fiducia cum creditore*, onde o fim último do negócio é a satisfação de um direito do próprio fiduciário.

O que importa que seja fixado é que no negócio fiduciário o terceiro não determina a vontade de realização do negócio por parte do fiduciante. Mesmo nos *trusts*, onde o beneficiário goza do direito de sequela em caso de incumprimento do *trustee*, ainda assim, esse direito nasce do contrato havia entre *settlor* e *trustee*, sem a intervenção do terceiro beneficiário.

y al beneficiário-fideicomisario como tercero beneficiário, que será quien reciba el beneficio estipulado por el fiduciante o promisorio”.

¹²⁷⁷ Diogo Leite de Campos, *Contrato ...*, ob. cit., pág. 8.

SECÇÃO IV

POSIÇÃO ADOPTADA

I. O negócio fiduciário teve um desenvolvimento considerável na actividade prática e no labor doutrinário e jurisprudencial nos países latino-americanos. Algo similar ocorreu nos países anglo-saxónicos que têm mais de uma centena de anos de prática, sendo que nos últimos anos desenvolveram-se estruturas alternativas muito mais sofisticadas, permitindo melhorar o perfil de risco, a segurança nos efeitos contratualizados e a simplificação do formalismo de muitos negócios.

Em consequência, as posições sobre a natureza jurídica do negócio fiduciário têm sido diversas, desde a sua absoluta negação, passando pela qualificação de negócio simulado, pelo negócio indirecto, até aos que admitem a sua existência. Entre os que defendem esta última posição também reinam divergências que, no entanto, não são de considerar graves pois residem sobretudo no ponto tónico que se dá à autonomia ou separação do património fiduciário, ao risco da insolvência ou penhora dos bens do fiduciário ou até à ideia de “instrumento de confiança” que se atribui ao negócio fiduciário.

O negócio fiduciário tem natureza jurídica complexa uma vez que em muitos casos a sua estrutura é apenas utilizada para compor outros contratos. É, no entanto, importante clarificar que a complexidade do negócio fiduciário não depende da coexistência da composição de dois ou mais contratos. Pelo contrário, a sua complexidade deve ser vista na relação entre fiduciante e fiduciário em que ocorre uma vinculação interna, com efeitos obrigacionais e reais, e uma relação com efeitos externos, na relação entre fiduciário e terceiros, limitada pelos poderes obrigacionais do fiduciante.

A fundamentação para o enquadramento da natureza jurídica do negócio fiduciário é legalmente pressuposta. Tem a sua base na figura do mandato sem representação. O mandato vem regulado no CC e a sua definição consta do seu artº. 1157º, podendo ser extraído o seguinte resumo: o mandatário pratica actos por conta do mandante. Importa aqui determo-nos ao mandato sem representação, que é aquele em que o mandatário actua em nome próprio, significando que as responsabilidades obrigacionais provenientes a esta actuação vão

inscrever-se na sua esfera para, posteriormente, retransmitir os direitos adquiridos durante a execução do mandato ao mandatário ou a terceiro, conforme o que for acordado.

II. Consta do regime do mandato sem representação uma dupla transferência. Igualmente há dupla transferência do negócio fiduciário. Já o dissemos, no mandato sem representação, o mandatário actua em nome próprio, por isso é responsável pelos actos que pratica, mas fá-lo no interesse do mandante. No negócio fiduciário, este actua em nome próprio e é responsável pelos actos que pratica, no interesse do fiduciante nos exactos termos convencionados no *pactum fiduciae*.

1 - Os Intermediários Financeiros

I. A combinação da ideia fiduciária com os mercados de valores é cada vez mais evidente uma vez que foram desenvolvidas técnicas de contratação em que a *fiducia* marca de forma visível a sua presença. Esta combinação desenvolveu também a difusão do tema, diversificou a visão doutrinária do mesmo e os tribunais passaram a tomar posição quando foram solicitados.

Os intermediários financeiros são entidades profissionais¹²⁷⁸ cujas características legais obrigam a serem pessoas colectivas – artº 293¹²⁷⁹. São empresas prestadoras de serviços e para o início das suas actividades devem obter um registo na CMVM. No Direito angolano, o seu Código de Valores Mobiliários define agentes de intermediação (e não intermediários) como “as instituições financeiras que estejam autorizadas a exercer um ou mais serviços e actividades de investimento em valores mobiliários e instrumentos derivados em Angola e que se encontrem registadas junto do Organismo de Supervisão do Mercado de Valores Mobiliários”. Daqui resulta uma primeira diferença com o Direito português: os intermediários financeiros são tratados como *agentes de intermediação*, que para os angolanos é uma terminologia imprecisa face ao conjunto de tarefas que lhe são atribuídas. Pensamos que a intermediação, por ser uma actuação no mercado que se fixa entre os investidores e o sistema central de liquidação e compensação, não encontra significação epistemológica nem jurídica

¹²⁷⁸ O art. 289º, nº 2 do CVM dispõe que “só os intermediários financeiros podem exercer, a título profissional, actividades de intermediação financeira”. Sublinhado nosso.

¹²⁷⁹ Redacção dada pelo art. 8º do Dec.-Lei nº 71/2010, de 18 de Junho.

com o termo *agente*. A natureza profissional dos agentes de intermediação resulta do art. 317º CVMA.

II. A actividade dos intermediários financeiros é defendida pela doutrina¹²⁸⁰ como tendo natureza fiduciária, primeiro, porque como se pode extrair das alíneas *a)*, *b)*, *c)* e *d)* do artº 290º do CVM, os serviços e actividades em instrumentos financeiros como a recepção e a transmissão de ordens, a execução de ordens, a gestão de carteiras, a tomada e a colocação com ou sem garantia em oferta pública de distribuição são feitas por conta de outrem, por isso com características do mandato. Igualmente podem os intermediários financeiros prestar serviços auxiliares – art. 291º do CVM. Em segundo lugar, os arts. 306º, nº 1 do CVM e art. 334º, nº 1 do CVMA, determinam uma clara separação de património do intermediário financeiro dos bens pertencentes ao património de cada um dos seus clientes, portanto, há segregação patrimonial. Esta separação constitui também um dever do intermediário financeiro com o objectivo de defesa dos interesses dos clientes¹²⁸¹. O normativo constante deste dispositivo é expansivo e as suas concretizações podem ser encontradas no processo de insolvência e recuperação de empresa (CIRE) ou de saneamento do intermediário financeiro – art. 306º, nº 2 do CVM e art. 334º, nº 2 CVMA – cujos efeitos não atingem os seus clientes, bem como o constante na norma do nº 3 que estabelece a advertência sobre o risco da utilização indevida pelo intermediário dos instrumentos financeiros dos seus clientes, ou o exercício de direitos a eles inerentes, salvo acordo dos titulares.

As duas características de actuação dos intermediários financeiros são as mesmas – ou, no limite, semelhantes – às exigíveis aos fiduciários e, mais concretamente, ao mandato sem representação, nomeadamente na natureza da titularidade do mandatário e interesse prosseguido¹²⁸². Verificado o regime jurídico do mandato sem representação, observamos que

¹²⁸⁰ Dissemos a doutrina porque a lei conduziu claramente as opções de ordem de sistematização do regime jurídico da intermediação financeira. É desta disciplina que a Ciência Jurídica tem concluído que a actividade do intermediário financeiro é fiduciariamente compreendida.

¹²⁸¹ Paulo Câmara, *Manual ...*, ob. cit., pág. 396.

¹²⁸² Maria J. Romão C. Vaz Tomé, “Sobre o contrato de mandato sem representação e o *trust*”, *ROA*, Ano 67, Vol. III, 2007. Assim explica a autora: “A relação entre titularidade no interesse de outrem, por um lado e, por outro, o mandato sem representação e a propriedade fiduciária pode ser considerada como correspondendo àquela entre *genus* e *especies*. A titularidade do mandatário sem poderes de representação, assim como o proprietário fiduciário são espécies do género titularidade no interesse de outrem. Em ambos os casos se verifica a dissociação entre titularidade do direito e interesse prosseguido. Esta dissociação implica também pelo objecto dos poderes, condiciona, de algum modo, a escritura do direito do mandatário-proprietário e do proprietário fiduciário, encontrando-se, em ambos os casos, a propriedade como que desagregada nas respectivas atribuições”.

o mandatário actua em nome próprio mas no interesse do mandante (art. 1180º CC)¹²⁸³, tendo o dever de separar os bens adquiridos em execução do mandato que deve transmiti-los ao mandante assim que terminar o mandato (art. 1181º CC). Por força da separação patrimonial, os bens resultantes da execução do mandato não respondem pelas obrigações do mandatário (art. 1184º CC). Estas regras fazem dos intermediários verdadeiros mandatários sem representação e, adicionado o disposto na lei – art. 290º CVM –, são considerados fiduciários.

2 - O Contrato de mediação

I. Há contratos cuja definição não é apenas difícil, mas também arriscada, por envolverem uma estrutura complexa e, também porque muitas vezes a discussão à volta da sua autonomia não é unânime¹²⁸⁴. Basta visitarmos as diversas noções ensaiadas pela doutrina e pela jurisprudência, conforme recolha feita por Higinia O. Castelo¹²⁸⁵: “Supõe, na sua essência, a incumbência a uma pessoa de conseguir interessado para certo negócio, a aproximação feita pelo mediador entre o terceiro e o comitente e a conclusão do negócio entre este e o terceiro em consequência da actividade do intermediário” – acórdão do *STJ* de 17/03/1967, *BMJ*, 165, pág. 333. Pais de Vasconcelos¹²⁸⁶ entende ser caracterizado “pela intermediação entre o comprador e o vendedor, ou entre as partes num outro negócio que não a compra e venda, em que o intermediário – mediador – aproxima as partes no negócio, põe-nas em presença, por vezes até intervém na negociação para o promover, mas não participa no negócio”. Como se vê não é fácil defini-lo. Mesmo assim, consideramos que o *contrato de mediação é aquele através do qual alguém se obriga perante outra, em seu próprio nome, mas no interesse de*

¹²⁸³ Carlos Ferreira de Almeida, “Transacção de conta alheia”, *Direito de Valores Mobiliários*, Lex, Lisboa, 1997, pág. 304, entende, e muito bem, que “os intermediários financeiros, nas transacções de conta alheia, actuam geralmente em nome próprio, seja porque e são ligados aos seus clientes por contratos de mandato sem representação”, mas já é duvidoso quando o autor entende que “seja porque não fazem uso de poderes de representação que lhes tenham sido conferidos”.

¹²⁸⁴ José A. Engrácia Antunes, *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 435 seg., enquadra o contrato de mediação na *classe* dos contratos de distribuição. Na nota 863 o autor defende que “o contrato de mediação consubstancia frequentemente uma relação jurídico-contratual de distribuição *lato sensu* – sendo o mediador investido numa função ancilar da colocação dos bens e serviços de um empresário no mercado –, embora de modo algum a tal se esgote necessariamente”. Já Carlos Ferreira de Almeida (*Contratos, II ...*, ob. cit., pág. 194-205) enquadra o contrato de mediação nos *Subtipos do contrato de mandato*.

¹²⁸⁵ *O contrato de mediação*, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 11-12.

¹²⁸⁶ *Direito Comercial*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 197.

outrem, para que, através de remuneração, proporcione condições tendentes a encontrar um interessado em estabelecer negociações para conclusão de um negócio.

É um contrato atípico cujo regime jurídico não é unitário, pois está disperso por legislação avulsa¹²⁸⁷. Pelo que nos interessa, vamos cingir-nos à sua relação com a intermediação financeira, conforme regulamentação legal vista supra. Os contratos de mediação têm os seguintes pontos característicos fundamentais: ser uma actividade que não é continuada no tempo ou periódica, é independente, no sentido em que os seus interesses não se podem confundir com os interesses do sujeito com quem se contrata e pode ser desenvolvida por profissionais ou não, sendo que nos casos em que a mediação numa área jurídica seja regulamentada por lei é obrigatório que o mediador seja um profissional; a actividade é onerosa porque o mediador é remunerado; a convenção através da qual fica definido o atrás referido, pode ser expressa ou tácita¹²⁸⁸, acordo que não vincula o mediador a uma obrigação de resultado, pois não é ele que define a produção dos efeitos jurídicos do acordo entre o seu cliente e o terceiro contactado¹²⁸⁹.

II. A actividade de intermediação financeira, como já referimos, apenas pode ser desenvolvida a título profissional, o que não é rigoroso na mediação. O contrato de mediação¹²⁹⁰ pode ser um instrumento através do qual se desenvolve a actividade de intermediação financeira, mas este apenas ocorre dentro do mercado financeiro regulado, mesmo naquelas situações em que o intermediário exerça negociação por conta própria¹²⁹¹, entretanto, não se reconduz a ele. Da avaliação destes contratos ressalta que eles reconduzem-se ao contrato de mandato pois, nos termos do art. 290º, nº 1, al. a) e b), e art. 325º a 334º do

¹²⁸⁷ Encontramos mediadores na área do emprego, regulado pelo Dec.-Lei nº 124/89, de 14 de Abril; mediação no imobiliário, vigente através do Dec.-Lei nº 211/2004, de 20 de Agosto; mediação na área de seguros, cuja regulamentação encontramos no Dec.-Lei nº 144/2006, de 31 de Julho. No entanto, há sistemas jurídicos em que a mediação é regulada na lei, definindo os seus princípios gerais entre outros. É o caso do Código Civil italiano, nos arts. 1754 e seguintes; Código das Obrigações suíço, art. 412 e seguintes, Código Civil alemão, §§ 652 e seguintes. Cfr. Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos II* ..., ob. cit., pág. 203, nota 393.

¹²⁸⁸ José A. Engrácia Antunes, *Direito dos ...*, ob. cit., pág. 460 seg.

¹²⁸⁹ Hígina Orvalho de Castelo, *O contrato* ..., ob. cit., pág. 13.

¹²⁹⁰ São contratos de intermediação financeira a gestão de carteira (contrato celebrado entre um intermediário financeiro [gestor] e um investidor [cliente] através do qual o último, mediante retribuição, confia ao primeiro a administração de um património financeiro de que é titular com vista a incrementar a respectiva rentabilidade) – cfr. J. Engrácia Antunes, *Direito ...*, ob. cit., pág. 587. Os contratos de colocação (celebrados entre um ou vários intermediários financeiros e um emitente, pelo qual aquele ou aqueles se obrigam, mediante remuneração, a colocar determinados instrumentos financeiros (“maxime”, valores mobiliários) no âmbito de uma oferta pública de distribuição) – cfr. J. Engrácia Antunes, *Direito ...*, ob. cit., pág. 584.

¹²⁹¹ Paulo Câmara, *Manual de ...*, ob. cit., pág. 422.

CVM, determinam a recepção, transmissão e execução de ordens e constituem serviços prestados por conta de outrem¹²⁹². Mesmo não se esgotando nestas situações, o Código de Valores Mobiliários não criou um grupo tipificado fechado¹²⁹³ de contratos de intermediação financeira, havendo possibilidade de ir mais além dos enumerados na lei, convocando a autonomia privada para que as partes possam auto-regular a produção dos efeitos jurídicos queridos. Já na mediação, quando é instrumento de contratação de valores mobiliários, o intermediário financeiro não age em execução de um mandato, desde logo porque o mediador, não actua em representação do seu cliente, e do acordo entre si e seu cliente não resulta uma relação de trabalho nem é uma relação com natureza representativa¹²⁹⁴.

Nada impede, no entanto, que o intermediário financeiro tome uma atitude que se aproxime mais da actividade de mera mediação, nomeadamente, quando actua no OTC (*over the counter*)¹²⁹⁵. Determina o nº 2 do art. 290 do CVM que a “recepção e transmissão de ordens por conta de outrem inclui a colocação em contacto de dois ou mais investidores com vista à realização de uma operação”¹²⁹⁶. Esta norma demonstra que há possibilidade de um determinado investidor poder confiar no intermediário financeiro a missão de encontrar um potencial negociador de uma transacção a ser realizada entre o investidor e o terceiro encontrado¹²⁹⁷. Ainda assim, não podemos com rigor determinar que os contratos de intermediação financeira sejam contratos de mediação pois que a negociação multilateral é efectuada em mercado regulamentado e é exercida por intermediários financeiros, entidades habilitadas para tal – art. 334º CVM –, indo o direito luso (art. 291º CVM) em determinadas matérias mais longe que o direito europeu (Directiva dos Mercados de Investimentos Financeiros, “DMIF”), que não exige que a prestação de serviços auxiliares possa ser realizada por intermediário financeiro não registado¹²⁹⁸. Para concluir, mesmo que as transacções sobre instrumentos financeiros sejam o objecto de certos contratos de mediação, não encontramos

¹²⁹² Fátima Gomes, “Contratos de intermediação financeira: sumário alargado”, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Coimbra Editora, 2002, pág. 582.

¹²⁹³ Hígina Orlando de Castelo, *O contrato ...*, ob. cit., pág. 44. Diz a autora que “os contratos de intermediação financeira previstos no CVM não esgota os possíveis, na medida em que a lei não impõe um regime de taxatividade ou *numerus clausus* destes contratos, sendo possíveis outros além dos legalmente previstos”.

¹²⁹⁴ Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos II ...*, ob. cit., pág. 204.

¹²⁹⁵ Hígina Orvalho Castelo, *O contrato ...*, ob. cit., pág. 45.

¹²⁹⁶ Esta norma é literalmente igual à constante do nº 2 do art. 316º do CVMA. O legislador angolano, ao que tudo indica, inspirou-se no Código dos Valores Mobiliários de Portugal.

¹²⁹⁷ José Engrácia Antunes, *Direito ...*, ob. cit., pág. 582.

¹²⁹⁸ Paulo Câmara, *Manual de ...*, ob. cit., pág. 353.

neles uma correspondência específica de um regime legal¹²⁹⁹, muito menos se encontra traços característicos de um contrato de mandato, pois os actos principais praticados pelo mediador não são considerados como actos jurídicos, podendo ser os actos acessórios deste, nomeadamente, os actos que possam contribuir o mediador a munir-se de informação sobre o angariado, por exemplo¹³⁰⁰. O mediador não tem uma verdadeira obrigação, estando mais numa situação de onerado a encontrar um terceiro negociador que vai contratar com o cliente cujo sucesso não está no seu controlo. Não é o que acontece com a intermediação financeira, pois nesta, o intermediário negocea e executa por conta e no interesse do seu cliente (operações por conta de outrem)¹³⁰¹, sem colocar de parte que muitas vezes também negocia por conta própria e, ainda assim, necessita de ordem do cliente/ordenador para executar a operação descrita na ordem, correspondendo com o mandato com representação¹³⁰².

3 - O mandato sem representação¹³⁰³

I. A experiência jurídica tem demonstrado que o negócio fiduciário faz parte dos contratos complexos em que algumas vezes se apresenta como negócio modelo (estrutural) de uma relação contratual¹³⁰⁴ e noutras como negócio fiduciário *proprio sensu*¹³⁰⁵. A complexidade do negócio não reside na conexão entre negócios, muito menos na constituição de complexos ou conglomerados contratuais¹³⁰⁶. O negócio fiduciário é autónomo, completo e unitário. A característica de atípico já é discutível. Para nós, consideramos que é socialmente

¹²⁹⁹ Hígina Orvalho Castelo, *O contrato ...*, ob. cit., pág. 46.

¹³⁰⁰ Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos II...*, ob. cit., pág. 204.

¹³⁰¹ Existem outros actos que o mediador deve praticar. Assim, para a sua remuneração e, segundo o acordado com o seu cliente, deve apresentar ou indicar o angariado o cliente, mesmo que a indicação se cingir na apresentação de dados de identificação, ou que tenha proporcionado a sua aproximação.

¹³⁰² Menezes Cordeiro, “Actividade de ...”, *ob. cit.*, pág. 135.

¹³⁰³ Não vamos desenvolver a questão do mandato figura jurídica prevista no artº 1157º CC, por não ser esta a sede para tal. Sabemos já que o mandato está repartido em duas outras figuras: o mandato com representação, quando a prática de actos jurídicos por conta do mandante e em seu nome para que os efeitos destes actos se repercutem na sua esfera jurídica, ou quando a actuação é em nome do mandatário e aí estaremos perante a figura do mandato sem representação.

¹³⁰⁴ Como é o caso da cessão em crédito em garantia, cfr. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 347 seg. Assim diz o autor: “A cessão de crédito em garantia faz parte de um negócio pelo qual uma parte (...) cede à outra um crédito pecuniário sobre um terceiro seu devedor, com vista a garantir uma obrigação principal (...). Temos desta forma uma estrutura fiduciária (...)”.

¹³⁰⁵ A. Barreto Menezes Cordeiro tratou de lhes chamar de “negócios fiduciários *stritu sensu*”, *Do trust ...*, ob. cit., pág. 939 seg.

¹³⁰⁶ Francisco Manuel de Brito Pereira Coelho, *Coligação negocial ...*, Separata do Boletim Comemorativo da FDUC, Coimbra Editora, 2002, pág. 1 seg.

típico. A atipicidade legal a ele associado pode ser *desmascarado* com a existência de negócios fiduciários cuja fonte é a lei: na *fiducia* para garantia indicamos a alienação fiduciária em garantia (art. 2, nº 2, do Dec.-Lei nº 105/2004, de 8 de Maio) e para a *fiducia* para gestão a substituição fideicomissária (art. 2286º seg. CC)¹³⁰⁷. No entanto, a existência destes contratos fiduciários não afasta a falta de *nitidez e coerência sistemática* das regras específicas sobre o regime jurídico da figura em estudo. Consideramos assim que autonomia privada constitui o elemento chave para a constituição de negócios fiduciários, pois a variedade de negócios fiduciários que podem ser constituídos privilegia a criação imaginária do homem e encontra tutela na lei¹³⁰⁸. É o art. 405º do CC, cuja previsão divide a norma em duas partes: uma, mesmo que literalmente é a segunda, representa a possibilidade que as partes têm de livremente criarem figuras negociais que melhor respondam aos seus interesses e que melhor regulamentação apresenta na circulação do tráfego jurídico; a outra, e que literalmente corresponde à primeira parte da norma, é a limitação legal dessa criação humana. Como a autonomia privada é um princípio que permite a produção de efeitos jurídicos pretendido pelas partes, é justo que esta liberdade seja vigiada ou, no dizer da lei, limitada. São limites gerais, já que dentro do sistema jurídico podemos encontrar outros princípios jurídicos que limitam a faculdade das partes para livremente constituírem e modelarem as suas relações jurídicas ou disposições que, por imperativo de justiça e ética, imponham às partes determinada forma para a manifestação das suas declarações negociais ou para adopção de comportamento¹³⁰⁹.

¹³⁰⁷ A substituição fideicomissária é a manifestação não só da autonomia da vontade mas, também, como veículo e criação de negócio fiduciário através de disposição fiduciária. Cfr. Pais de Vasconcelos, *Teoria geral ...*, ob. cit., pág. 554. Luís Carvalho Fernandes, *Teoria Geral ...*, Vol. II, ob. cit., pág. 345; afirma este autor que “a chamada *substituição fideicomissária* (...) é a mais relevante manifestação da *fidúcia cum amico*, na finalidade de fidúcia para administração”. Ainda e mais recentemente, Barreto Menezes Cordeiro, *Do Trust ...*, ob. cit., pág. 984, considera que a constituição de relações fiduciárias pode ser feita através de “disposição testamentária: a constituição do negócio fiduciário opera com o falecimento do testador/fiduciante, categoria que pode ser denominada fidúcia sucessória”. Em sentido contrário, Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 63, nota nº 131, nega atribuir carácter de negócio fiduciário à substituição fideicomissária. Defende a sua tese dizendo que “no fideicomisso, embora se consagre uma “titularidade fiduciária” por parte do fiduciário, o cuidadoso regime que a lei consagrou para tutelar a posição do fideicomissário, nomeadamente no que toca às limitações impostas ao fiduciário e à sua natureza, que excluem de todo o risco fiduciário, leva-nos a colocar o fideicomisso fora de categoria que acima procuramos delimitar, embora se trate de uma figura muito próxima”. Parece-nos que o Professor do Porto coloca o assento tónico no *risco fiduciário* como elemento para qualificação do negócio fiduciário, o que é um erro. É verdade que o risco no negócio fiduciário tem uma função que a difere do risco tratado na teoria geral do contrato, no entanto, não é bastante para o caracterizar como sendo elemento estruturante do negócio fiduciário.

¹³⁰⁸ Paulo Mota Pinto, *Declaração Tácita ...*, ob. cit., pág. 418 seg. Joaquim de Sousa Ribeiro, *O problema do ...*, ob. cit., pág. 21.

¹³⁰⁹ Heinrich Ewald Hörster, *A Parte ...*, ob. cit., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 60 seg.

Como o negócio fiduciário não tem no regime jurídico angolano ou português uma definição legal e atendendo às características próprias do negócio em referência, que fazem dele um negócio com estrutura versátil e possibilitadora de constituir modalidades de várias relações fiduciárias, levou a um estudo de aproximação a outras figuras jurídicas e assim construir a sua natureza jurídica. O fiduciário, como já dito, assume a obrigação de actuar em nome próprio mas no interesse do fiduciante. Assim mesmo age o mandatário sem representação. Como no negócio fiduciário, no mandato sem representação o mandatário é titular dos direitos adquiridos pelo exercício do mandato e, como tal, os efeitos jurídicos dos actos que pratica integram-se na sua esfera jurídica¹³¹⁰. Mas como a sua actuação é no interesse do mandante, está obrigado a transferir os direitos adquiridos através do mandato, transferência que deve ser operada através de um acto específico de alienação¹³¹¹. Esta realidade pode ser reconduzida ao *trust* e ao *fideicomiso*. No primeiro caso é o que acontece com a qualificação dada aos *trustees* como *fiduciaries*¹³¹². No continente da América Latina também consideram que o *fideicomiso* segue o modelo do mandato, fundamentalmente pelo facto de que, e referimo-nos apenas à Argentina, o mandatário e o fiduciário têm direito a uma retribuição pela actividade realizada (art. 1871º do Cod. Civil e art. 8º da ley 24.441); obrigação de prestar contas por parte do mandatário e do fiduciário (art. 1909º do Cod. Civil e art. 7º da ley 24.441); a extinção do mandato e do contrato de *fideicomiso* por revogação do mandante e do fiduciante (art. 1963º Cod. Civil e art. 25º inc. b, ley 24.441); o direito do mandatário e do fiduciário de renunciar as suas funções (art. 1963º Cod. Civil e art. 9º inc. e, ley 24.441)¹³¹³.

¹³¹⁰ Michele Graziadei, “Proprietà ...”, *ob. cit.* pág. 11 seg. A autora, a propósito dos poderes do mandante e da legitimidade do mandatário, encontra a justificação a esta contraposição no poder de revogação que o mandante/fiduciante tem. Também Cristina Fuenteseca, “Análisis ...”, *ob. cit.*, pág. 49, a propósito de enquadramento de regime jurídico do *trust* nos ordenamentos da *Civil Law*, entende que “(...) especialmente en aquellos que no admiten una distinción entre propiedad legal y equitativa (...) la vía que, en nuestra opinión, parece más adecuada sería la del mandato; tal vez reconociendo un mandato para administrar pudieran solventarse algunos de los problemas que eventualmente se planteen”.

¹³¹¹ Acórdão do STJ, de 26 de Outubro de 2004, *CJ*, Vol. III, 26-10-2004, pág. 84-89.

¹³¹² J. D. Heydon/ P. L. Loughlan, *Cases and ...*, *ob. cit.*, pág. 211 seg. O *agent* e os *lawyers* também têm sido considerados no espaço da *Common Law* como *fiduciaries*. Cfr. Simon Gardener, *An Introduction ...*, *ob. cit.*, pág. 15-17. Diz assim o autor: “The rule that trustees should have no personal interest is an important one for the trust concept. Taken with the other things we know about trusts, it means that trustees are fiduciaries. A fiduciary is someone whose role it is to act on behalf of – serve the interest of – another, his principal. A trustee is a fiduciary *vis-à-vis* the objects of his trust. Other fiduciaries include solicitors, who must serve the interests of their clients”.

¹³¹³ Natálio Pedro Etchegaray, *Fideicomiso ...*, *ob. cit.*, pág. 13-14.

II. Não foi fácil admitir a validade do negócio fiduciário¹³¹⁴. Com algumas hesitações¹³¹⁵, a figura jurídica foi aceita pela doutrina e pela jurisprudência, sem deixar de estar envolta noutra polémica: a sua recondução ao instituto do mandato sem representação, que tem na sua estrutura normativa a tendência de estender para fora do seu quadro típico a regulamentação da actuação por conta alheia. Foi Galvão Telles quem rompeu a trincheira da doutrina tradicional, trazendo uma interpretação que revolucionou os estudos sobre a matéria e, para tal, defendeu, e respondendo a uma questão que ele mesmo se colocava, que “há que distinguir duas finalidades: uma de mandato, outra de garantia (...). A primeira modalidade prende-se com o chamado mandato sem representação”¹³¹⁶ com escopo de administração. A outra, que configura a *fiducia cum creditore*, em que “o devedor (ou um terceiro) aliena ao credor certa coisa, mas com obrigação para este de só a utilizar na satisfação do seu crédito”¹³¹⁷.

É importante advertir que a recondução do negócio fiduciário ao mandato sem representação não é total, ou, dito de outra forma, a disciplina regulamentar das relações jurídico-contratuais que têm a forma de mandato sem representação são considerados para os negócios fiduciários como fundamento normativo para cobrir a regulamentação que lhes faltar. A estrutura do mandato deve ser adaptada à composição do negócio fiduciário tendo em

¹³¹⁴ As diferenças são significativas. Manuel de Andrade qualifica o negócio fiduciário como representação indirecta – *Teoria geral...*, ob. cit., vol. II, pág. 175-176. Castro Mendes entende que a *fiducia cum amico* não representa apenas o mandato sem representação mas também o depósito e a prestação de serviço – *Direito Civil: teoria geral*, Vol. II, ed., revista em 1985, AAFDL, Lisboa, 1995. Pessoa Jorge assume que o mandato sem representação pode ser utilizado para obter os mesmos efeitos do negócio fiduciário – *O mandato sem ...*, ob. cit., pág. 328. Na mesma linha estão Oliveira Ascensão, Pais de Vasconcelos, *Contratos ...*, ob. cit., pág. 298. Este autor garante que, “a partir dos tipos contratuais utilizados como instrumentos, os contratos fiduciários serviram, na história, para a criação e desenvolvimento de novos tipos contratuais”; M. Januário da Costa Gomes – *Assunção fideijussória ...*, ob. cit., pág. 88 seg.; Pestana de Vasconcelos, *A cessão ...*, ob. cit., pág. 253-255, não só admitiu expressamente da recondução do mandato sem representação ao negócio fiduciário tendo, inclusivamente, identificado quatro modalidades de mandato: mandato para adquirir, mandato para alienar, mandato para administrar e mandato para cobrança.

Como dissemos em texto, o mandato sem representação é extensivo ao *trust* e Maria Vaz Tomé foi quem desenvolveu com sapiência apurada a sua interpretação. *Sobre o contrato de ...*, ob. cit., pág. 1107.

¹³¹⁵ Inocêncio Galvão Telles, *Manual dos ...*, ob. cit., pág. 188, faz uma demonstração da dificuldade que houve em assumir-se como válido o negócio fiduciário: “(...) os chamados *negócios jurídicos fiduciários*, figura subtil cuja natureza, validade e regime são objecto de ampla discussão”.

¹³¹⁶ *Manual dos ...*, ob. cit., pág. 190. Na verdade o Professor de Lisboa equiparou o mandato com *fiducia cum amico* e *fiducia cum creditore*, levando-o a agrupar o mandato sem representação em: a) para aquisição e cobrança, e b) administração e alienação. Explica que os actos de mandatário “pressupõem a propriedade a coisa ou a titularidade do crédito. Mas em quem? Não no *mandante*, uma vez que o mandatário *não o representa*; sim no *mandatário*, que se apresente a agir *em nome próprio* e por isso só poderá locar ou vender a coisa ou cobrar o crédito se aquela ou este figurarem como *seus*”, pág. 191.

¹³¹⁷ Inocêncio Galvão Telles, *Manual de ...*, ob. cit., pág. 192.

atenção o que for considerado necessário¹³¹⁸. Como sabemos, no mandato, o mandatário age de acordo com as instruções do mandante, assim como o fiduciário actua nos exactos termos com o estabelecido no *pactum fiduciae*, onde consta a vontade do fiduciante. Analisados os dois institutos verificamos que o mandato sem representação parece que apenas pode ser reconduzido ao negócio fiduciário de natureza *cum amico*, não só porque a lei admite o mandato sem representação para alienar, adquirir, administrar e para cobrança¹³¹⁹ como não se vislumbra de forma directa qualquer conexão entre agir por conta própria, mas no interesse do mandante com a satisfação de um crédito através da transmissão da propriedade para efeitos de garantia. Pode ser um engano, pois o que deve ser considerado é a aplicação do regime geral do mandato sem representação aos factos que fiduciariamente se registam a transmissão de situações activas cujo conteúdo é considerado patrimonial, com o objectivo de realizar um fim previamente acordado. Por isso, o regime jurídico do mandato sem representação é a regra geral, o *céu* sob o qual se encontram todas as relações fiduciárias. A partir das regras disciplinadoras do mandato sem representação se podem extrair os “sentidos fundamentantes da intenção práctico-material do direito”¹³²⁰ aplicáveis ao negócio fiduciário.

III. Na *fiducia cum creditore*, as partes transferem a titularidade da propriedade através da celebração de um contrato típico, normalmente o contrato de compra e venda (ou a venda em garantia) em que o preço declarado pode ser, ou não, o valor que o credor (fiduciário-comprador) presta ao devedor (fiduciante-vendedor). A titularidade plena e exclusiva (e também temporal) do fiduciário-comprador é funcionalizada no sentido de garantir o seu crédito, devolvendo o bem se o fiduciante-vendedor pagar a dívida, extinguindo-se a relação

¹³¹⁸ Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 252. Este autor adverte que “não queremos aqui afirmar, sublinhe-se, que todos os mandatos sem representação são necessariamente negócios fiduciários: queremos simplesmente provar, e isso nos basta, no âmbito deste trabalho, que pelo menos algumas modalidades de mandato sem representação têm essa natureza ou podem ter esse efeito”. No direito germânico, Franz Beyerle, *Die Treuhand im Grundriss des deutschen Privatrechts*, Weimar, Böhlau, 1932. Naquele ano longínquo o autor já falava numa tendência histórica de atribuição a outrem de um direito próprio para actuação no interesse dele.

¹³¹⁹ Galvão Telles, *Manual dos ...*, ob. cit., pág. 195, expende que “a nossa lei admite o mandato sem representação, nomeadamente *para fins alienatórios* ou outros que *supõem a titularidade de determinado direito*. O mandante terá de *transmitir* esse direito ao mandatário (...)”. Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 253-272, a este propósito diz que “(...) vamos analisar a estrutura de diferentes subtipos ou modalidades de mandato sem representação (...)” e avança indicando o mandato para adquirir, para alienar, para administrar e para cobrar. André Figueiredo, *O Negócio ...*, ob. cit., pág. 83 e 91-92, assume que “nestes termos traçados o *núcleo irredutível* do conceito (-tipo) de negócio fiduciário de gestão, é com segurança que ele se pode reconduzir o tipo legal do mandato sem representação (...)”.

¹³²⁰ Fernando Pinto Bronze, *Lições ...*, ob. cit., pág. 574.

creditícia, ou vendendo o bem em garantia, pagando-se. Se houver excedente deverá entregar ao fiduciante-devedor. Nesta modalidade quais as semelhanças que se podem identificar com o mandato sem representação? Em primeiro lugar, a obrigação de haver separação patrimonial, pois os bens dados em *fiducia* vão desempenhar um fim (de garantia de um crédito), não podendo estar ao dispor dos credores do fiduciário-comprador¹³²¹. Em segundo lugar, a titularidade do fiduciário-comprador e a titularidade do mandatário correspondem a “espécies do género titularidade no interesse de outrem”¹³²², registando-se entre ambos clara separação entre a titularidade do direito da propriedade e o interesse prosseguido e descrito do *pactum fiduciae*. Ora, no mandato sem representação estão salvaguardados não apenas os interesses do mandante, como também dos credores do mandatário. A separação e a afectação do património dados em *fiducia* visam um fim específico não cabendo na previsão das normas dos arts. 601º e 817º CC, significando que aquele património não responde pelas dívidas do mandatário. A separação patrimonial constitui, no âmbito da estrutura do contrato de mandato, uma barreira à convocação da figura da impugnação pauliana – art. 610º seg. CC – abrindo-se caminho para que o registo dos bens e o conhecimento dos credores do mandatário sobre a natureza da tais bens estejam imaculados de fraudes ou vícios¹³²³. Este mecanismo é extensivo a qualquer modalidade do negócio fiduciário¹³²⁴.

¹³²¹ Em Espanha os defensores das críticas à doutrina do duplo efeito, comandados por De Castro, entendem que a separação de património pessoal do fiduciário e o património transmitido, corresponde a um desdobramento do patrimonial entre material e formal. O fiduciante não transmite o domínio total sobre os bens, a propriedade material, entregando ao fiduciário apenas a propriedade formal. O *ius separationis* não seria numa verdadeira separação material do património, mas numa outorga de titularidade fiduciária meramente formal, e o fiduciante seria sempre o proprietário real perante o fiduciário, perante terceiros adquirentes de má fé – *El negocio ...*, ob. cit., pág. 409 seg., Díez-Picazo, “Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios”, en *Dictámenes jurídicos*, Cívitas, Madrid, 1987, pág. 35 seg.

¹³²² Cfr. Vaz Tomé, “Sobre o contrato ...”, ob. cit., pág. 1141. Mais uma vez em Espanha, certa doutrina entende que não podendo haver uma verdadeira transferência da propriedade do fiduciante-vendedor para o fiduciário-comprador, a propriedade formal seria o núcleo em que descansa uma titularidade fiduciária. Por isso, na *fiducia cum creditore* não há “*trespaso dominical, sino solo la dicha titularidad fiduciaria, surge una nueva incógnita, a saber, la de definir el exacto contenido y alcance de éste*” – cfr. Gorka Galicia Aizpurua, “Fidúcia cum creditore, mandato para adquirir y leasing”, *RDP*, nº 5, 2011, pág. 40-50. No mesmo País, a Ley 466 del Fuero Nuevo de Navarra, expõe que “*por la fiducia de garantia 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 fiduciario la retransmisión de la propiedad o derecho cedido; el fiduciario, en su caso, deberá restituir y responder con arreglo a lo establecido para el acreedor pignoratício en la Ley 470 ...*”. Se extrai deste texto que uma das consequências da fidúcia para garantia é a transmissão da propriedade e a sua consequente titularidade do direito sobre a mesma – cfr. Cármen Prez de Ontero Baquero, “Consideraciones ...”, ob. cit., pág. 5 seg.

¹³²³ Vaz Tomé, “Sobre o contrato ...”, ob. cit., pág. 1135 seg.

¹³²⁴ Cfr. Joaquin de Arespachaga, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 118-119.

A potencialidade normativa do regime do mandato sem representação para fazer *cobertura* a todos factos transmissivos de situações activas atípicas de conteúdo patrimonial para serem exercidos em nome próprio mas no interesse alheio¹³²⁵, permite concluir que neste instituto jurídico encontramos fortes sinais de princípios gerais aplicáveis a todas as modalidades de negócios fiduciários que não tenham recebido uma regulamentação legal (como por exemplo o constante no art. 1180º), mas também podemos dele assacar regras cuja configuração conformam uma aplicação restrita (como por exemplo a falta expressa sobre a actuação em nome próprio do mandatário nos negócios para garantia) e nem por isso se pode afirmar que haja falta de apoio legal, pelo contrário, fica provado que o ordenamento jurídico luso, e nesta medida também o angolano, é auto-suficiente em regulamentação contratual, contendo um conjunto de princípios e regras, uma disciplina jurídica portanto, que serve, na ausência de regras próprias, para dar resposta aos problemas colocados em sede dos negócios fiduciários: as encontradas em sede do mandato sem representação. Este instituto é a chave para a resolução das dúvidas sobre a regulamentação do fenómeno negocial fiduciário, sem deixar que se possa reclamar uma regulamentação própria. As situações sociais típicas diversas de transmissão de situações de titularidade activas de natureza patrimonial que servem para actuar em nome próprio mas no interesse alheio, que não se encontram prefiguradas em normas jurídicas são, conforme o descrito, *individualmente* enquadradas no regime geral do mandato sem representação. Estas são as causas justificativas da invocação da regulamentação jurídica do mandato sem representação, considerada regime geral aplicável a partir de critérios *individualizadores* a cada negócio fiduciário.

IV. Postos aqui, importa analisar as possíveis consequências metodológicas utilizadas para convocar a estrutura regulamentar do mandato sem representação e adaptá-la (aceitá-la) como modelo em que assenta o negócio fiduciário. Como já referido supra, a disciplina jurídica do mandato sem representação não se basta com o negócio fiduciário para administração, mas com um esforço de interpretação extensiva e, quiçá, de integração, serve muito bem para os negócios fiduciários para garantia. Assim, o operador decisor fica numa

¹³²⁵ Helmut Coing, *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts*, München, Beck, 1973, pág. 85 seg. O autor teorizou a aproximação dos negócios fiduciários ao mandato (*Auftrag*) e ao contrato de gestão de negócios (*Geschäftsbesorgungsvertrag*), valorizando o dever de lealdade (*Treupflicht*) que o mandatário/fiduciário deve adoptar para a protecção do interesse quer do mandante/fiduciante, quer do terceiro beneficiário.

posição de vantagem pois, não se sentirá amarrado a interpretar e qualificar os negócios fiduciários na base estrita do regime jurídico do mandato sem representação, mas sim buscando neste os elementos catalisadores dos valores e fins que o sistema jurídico oferece. Assim, será possível extrair nas normas que regulam o mandato sem representação (e, em alguns casos do mandato em geral) os elementos estruturais e funcionais fundamentais de um contrato como processo, como regulamento e como meio de realização dos interesses das pessoas¹³²⁶, conjugando-os com a intenção axiológica e teleológica do sistema jurídico¹³²⁷, para a qualificação válida dos negócios fiduciários.

Nos termos acabados de abordar, temos de tratar os negócios fiduciários como uma unidade dogmática a construir (sem ferir o que ficou dito antes: o direito é uma constante reconstituição), com regulamentação desconcentrada e em linhas que necessitam de aperfeiçoamento, desde logo porque é um instituto jurídico sem regime jurídico próprio. Primeiro, consideramos haver negócios fiduciários, mesmo com outras denominações, cujo regime jurídico previamente foi estabelecido pela lei, por isso típicos, como a já citada alienação fiduciária em garantia. Há outros que resultam da liberdade contratual e que podem ser reconduzíveis ao regime do mandato sem representação.

Há práticas sociais que são típicas, cuja utilização constante e sistemática de actuação no interesse de outrem serve de fundamento justificador para considerar que a força normativa ínsita na disciplina jurídica do mandato sem representação, leva a considerar tais práticas como instituições jurídicas, por terem um valor próprio, quer na realização judicativa-decisória do direito, quer para a valorização da constante problematização dogmática¹³²⁸ e, em consequência, serem instrumentos fiduciários para a realização de interesses das partes. Assentando na realidade e aceitando-a, utilizando um critério sistemático de racionalidade prático-argumentativa¹³²⁹, nada nos impedirá de chegar a estes resultados. Com os argumentos aduzidos, consideramos como ponto assente que sobre a admissibilidade do negócio jurídico, cujo regime jurídico está aflorado na capacidade expansiva da normatividade regulatória do mandato sem representação, deve ser entendida a partir do estabelecimento duma relação jurídica em que o fiduciário é investido na titularidade do direito sobre o bem fiduciado, que é

¹³²⁶ Enzo Rappo, *O Contrato ...*, ob. cit., pág. 124 seg. e 211 seg. Também Ferreira de Almeida, *Contratos ...*, Vol. I, ob. cit., pág. 32 seg. quando se refere ao contrato como acordo performativo.

¹³²⁷ Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento ...*, ob. cit., pág. 66 seg.

¹³²⁸ Orlando de Carvalho, *Negócio jurídico indirecto*, Suplemento X, *BFDUC*, Coimbra, 1952, pág. 39.

¹³²⁹ Castanheira Neves, *Metodologia Jurídica ...*, ob. cit., pág. 49 seg.

tendencialmente pleno e exclusivo por causa da limitação temporal do seu exercício, que visa uma função gestória ou garantística, para a qual deve haver uma separação entre os patrimónios da *fiducia* e do fiduciário, para que os credores gerais deste não tirem proveito daqueles bens, ou numa situação de insolvência, fiquem a salvo da massa insolvente. Os pressupostos de uma teoria assim desenhada resultam na natureza e características próprias de uma relação jurídica de actuação em nome próprio por conta alheia.

V. Em jeito de conclusão, podemos afirmar que, nos termos metodológicos gerais, para determinarmos se um contrato é fiduciário e em que medida pode ser-lhe aplicado o regime jurídico do mandato sem representação devemos:

a) Ter em linha de consideração os princípios e as regras gerais do direito dos contratos e do negócio jurídico, relativos à formação do contrato, à capacidade dos sujeitos, à declaração negocial, ao objecto, ao cumprimento e não cumprimento, por fim, à conduta das partes¹³³⁰;

b) Em segundo lugar, levar em atenção as cláusulas que as partes convencionaram, avaliando a sua licitude ou não, e se não ofendem regras próprias de determinadas áreas de actuação do comércio jurídico, como por exemplo, as cláusulas contratuais gerais e as regras do mercado de valores mobiliários;

c) Um terceiro exercício, prende-se com a observância das questões específicas de cada contrato em geral, e cada contrato fiduciário em particular, pois nestas situações poderá ocorrer a aplicação de regras com determinada especialidade, por exemplo na compra e venda de um imóvel, para além das regras gerais constantes no Código Civil, deveremos atender às regras do registo; já a compra e venda de valores mobiliários as regras de transmissão são diferentes¹³³¹;

d) Por fim, atender as regras especiais de responsabilidade das partes consoante a área em que o negócio fiduciário é aplicado: se o mandatário/fiduciário for incumbido de efectuar uma cobrança, o seu incumprimento parece obedecer às regras gerais do Código Civil¹³³²; se,

¹³³⁰ António Pinto Monteiro, “Negócio jurídico e contrato de sociedade comercial”, *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Coimbra Editora, 2007, pág. 91 seg.

¹³³¹ Vera Eiró, “A transmissão de valores mobiliários – as acções em especial”, *Themis*, Ano VI, nº 11, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 158 seg.

¹³³² Almeida Costa, *Obrigações ...*, ob. cit., pág. 965 seg. Há várias situações que o Código Civil faz referência como sendo não cumprimento. A primeira é aquela em que o devedor falta culposamente ao cumprimento da obrigação – art. 798º seg. A segunda acontece nas situações em que o devedor impossibilita culposamente a

pelo contrário, o mandatário/fiduciário no âmbito da sua actuação no mercado de valores mobiliários, as regras de responsabilização serão diferentes¹³³³.

Como afirmamos no início deste número V, é metodologicamente correcto, viável à unidade e coerência do sistema, que estando na presença de um contrato considerado legalmente atípico, se atendam às regras dos contratos que lhe estão próximos na sua estrutura, função e efeitos. Urge pois, que deve ser expurgado do comércio jurídico a insegurança que nela paira sobre a admissibilidade do negócio fiduciário, até porque, a arquitectura dogmática que vimos ensaiando sobre a figura jurídica em estudo, as circunstâncias hodiernas, a prática profissional e, valorando o ténue labor doutrinário sobre a questão, são factores bastantes para influenciarem positivamente na política legislativa, para uma cada vez maior defesa dos direitos, interesses e expectativas dos contratantes.

VI. Perante a existência de alguns contratos fiduciários, já indicados supra, Capítulo VII, Secções II e III, poderá ser indagada a viabilidade da existência de um regime jurídico único para os negócios fiduciários. Devido a diversidade dos contratos de transmissão de posição activa de carácter patrimonial, que é exercido em nome próprio mas no interesse alheio, e sem desprimor da compatibilização da *ratio legis* do mandato sem representação ao negócio fiduciário, a partir do qual podemos assinalar um leque de *notas essenciais* semelhantes ao negócio fiduciário, entendemos que deve haver um *núcleo comum* de princípios e regras susceptíveis de servirem de critério para a resolução dos vários contratos fiduciários, a partir do qual se vai formar o regime jurídico da categoria jurídica em estudo.

Portanto, o regime positivado na lei e que delimita a disciplina jurídica do mandato sem representação, corresponde a um *modelo paradigmático* que se materializa como princípios gerais válidos para os negócios fiduciários, pelo que, e sem receio de errar, pode

prestação – art. 801º seg. A terceira ocorre quando a obrigação ainda não pode, não obstante o atraso, ser cumprida – mora do devedor ou do credor, cfr. art. 804º nº 2, 813º. Por fim, e em quatro lugar, nas situações em que a prestação não permite uma adequada satisfação do credor – cumprimento defeituoso, cfr. 762º, nº 1, 804, 808º CC.

¹³³³ Para além da natureza dos sujeitos que actuam no mercado de valores, é exigível uma conduta profissional cujo conteúdo é marcado pelos princípios e deveres próprios da actividade de intermediação financeiras, e também da natureza especial de imputação dos danos ao intermediário financeiro, nomeadamente a constante no art. 304º-A, nº 1 do Cód. Val. Mobiliários. Cfr. Gonçalo André Castilho dos Santos, *A Responsabilidade Civil do Intermediário Financeiro Perante o Cliente*, Estudos sobre o Mercado de Valores Mobiliários, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 19, 71-181 e 189 seg.

outorgar-se ao mandato sem representação o estatuto de “figura exemplo”¹³³⁴. Os princípios sobre a actuação do mandatário, da segregação do património resultante da execução do contrato, da retransmissão dos bens para o mandante e das regras de responsabilidade do mandatário são aplicáveis ao fiduciário e podem servir de âncora para uma *teoria geral do negócio fiduciário*.

4 - O património de afectação. A propriedade fiduciária. Acolhimento legal

I. A teoria do património de afectação foi defendida pela primeira vez por Pierre Lepaulle¹³³⁵, que criou uma nova forma de encarar a titularidade do património, dando um passo em frente da doutrina da época e veio sustentar posições dogmáticas que hoje vingam na discussão jurídica. O fundamento da teoria criada por Lepaulle foi, primeiro, demonstrar que a ideia de que a função central do património geral do devedor é garantir o direito do credor é errada e, por isso, e em segundo lugar, defende que afinal as pessoas podem ser titulares de várias massas patrimoniais, podendo atribuir-lhes capacidades jurídicas para as mais variadas situações, o que tem por consequência, e em terceiro lugar, que essas massas patrimoniais podem desempenhar diferentes finalidades¹³³⁶. Apenas assim, e transpondo esta perspectiva geral para a figura em exame, é possível garantir segurança ao fiduciante, porque os credores do fiduciário não poderão executar este património, por não ser destinado a fazer parte da sua esfera patrimonial, e também constitui garantia do beneficiário da relação fiduciária que poderá sempre vigiar se o fim para o qual foi determinada a afectação patrimonial está a ser cumprida. Na sequência desta inovação doutrinária, o *Code Civil Québécoise* recepcionou, para a *fiducie* o *patrimoine d'affectation* e, por ele, o fiduciário passou a ser administrador de propriedade alheia, mas com poderes suficientes para que o domínio sobre os bens fique em seu nome. Estes poderes constituem simples prerrogativas de um titular, que não o levam a arrogar-se como verdadeiro proprietário, pois as referidas prerrogativas servem apenas para

¹³³⁴ Menezes Cordeiro, *Manual de Direito Comercial*, 2ª ed. Almedina, Coimbra, 2007, pág. 658.

¹³³⁵ *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international*, Paris, 1932, pág. 108 seg.

¹³³⁶ Pierre Lepaulle, *Traité ...*, ob. cit., pág. 111.

atingir o fim determinado do *pactum*¹³³⁷. Na sequência do seu desenvolvimento, foi aplicada para justificar a separação do património de uma pessoa jurídica, ou seja, para separar o património da pessoa física que é sócia da sociedade comercial. O desenvolvimento do direito societário fez expandir a aplicação desde princípio jurídico impulsionando a doutrina a desenvolver-la.

O conjunto de bens que o fiduciante transmite para o fiduciário constitui o património fiduciário. Tem sido tratado como património autónomo¹³³⁸, segregado¹³³⁹ e também de afectação¹³⁴⁰. Constitui uma questão que levanta muito debate¹³⁴¹. A estrutura do negócio jurídico já é complexa não sendo de menor complexidade a eficácia transmissiva da propriedade num negócio desta natureza¹³⁴².

É importante, antes de avançarmos, fazermos brevíssimas referências a algumas características que podem ser extraídas do património para compreendermos a sua capacidade de instrumentalização e afectação para um fim determinado. O património confere um poder. Savigny, pioneiro nesta defesa, entendia que o património “era o conjunto de relações que manifesta um certo modo do poder de uma pessoa”. A *Vermögen*¹³⁴³, dizia, presente nas obrigações como na propriedade, consistia no domínio de uma pessoa sobre uma fracção do

¹³³⁷ O art. 1261 do CcQ determina assim: “(...) *Le patrimoine fiduciaire, forme des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire; les biens en fiducie ne sont pas les biens de ces personnes (...)*”.

¹³³⁸ Isaías Chaves Vela, “Responsabilidad de los Patrimonios Autónomos y de la Fiduciaria frente al Constituyente, al Beneficiario y a Terceros”, in *IV Foro Nacional de Derecho Comercial – Nov. 28 a 30, 1988 – Aspectos Jurídicos de la Fiducia*, Ed. SF – Cámara de Comercio de Bogotá, 1989, pág. 41-44.

¹³³⁹ André Figueiredo, *O Negócio ...*, ob. cit., pág. 287 seg.

¹³⁴⁰ Joaquim Garrigues Diaz-Cabañabate, *Negócios Fiduciários en el Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, 1978, pág. 82 seg.

¹³⁴¹ A. Barreto Menezes Cordeiro afirma que “ (...) a problemática da segregação ou não segregação dos bens constituídos em fidúcia está hoje relativamente pacificada na Alemanha, em Itália e em Espanha”. Para Portugal, considera que deu-se início a um movimento ininterrupto nesta direcção, mas agora não é possível afirmar-se que haja claramente um património de afectação – *Do Trust ...*, ob. cit. pág. 1105 seg.

¹³⁴² Tem-se abordado a questão a volta de quatro teorias: uma que não admite a transmissão de propriedade – De Castro “El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoría del doble efecto”, *RDN*, nº 2, 1966, pág. 408 seg.; uma que admite a transmissão formal da propriedade, de concepção germânica – cfr. Dernburg, *Pandette*, vol.I, 1ª, Torino, 1906; outra que considera a transmissão efectiva, mas temporal – De Gispert Pastor, “Contrato de compraventa a carta de gracia. Sentencia de 23 de marzo de 1972”, *RJC*, 1973, pág. 1973; e a que defende a transmissão plena e exclusiva da propriedade – cfr. Jordano Barea, “Problema del negocio fiduciario”, *RDP*, 1958, 519 seg. Este autor de Sevilla veio mudar a sua posição. Num trabalho de 1983, “Mandato para adquirir y titularidad fiduciaria”, *ADC*, pág. 1435, considerou que “el negocio fiduciario es contrario a los fundamentos mismos del sistema jurídico español, y adopción de la teoría realista y más justa propugnada por el profesor Castro”; Na pátria lusa veja-se Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 129 seg. Vaz Tomé, “Sobre o contrato de mandato sem representação e o *trust*”, *ROA*, nº 67, vol. III, 2007, pág. 1131 seg.

¹³⁴³ O significado traduzido desta palavra é hoje muito difícil, mas está relacionada com “poder” e “património”.

mundo exterior¹³⁴⁴. Na mesma direcção mas com outros fundamentos seguiu Von Tuhr¹³⁴⁵, para quem o referido poder consistia numa esfera menor reconhecida pela ordem jurídica a um sujeito, que está incluída numa esfera maior, correspondente a soma de todos os direitos e constitui o objecto da responsabilidade do sujeito, e conclui afirmando que o vocábulo “poder” deve atribuir-se “o sentido que tem na linguagem comum: património é poder económico”. Mais deslocado desta linha, Ferrara¹³⁴⁶ criticou a tese anterior e disse que se estava a prestar a uma grande confusão entre *património* e *capacidade patrimonial*. Sustentou que o património actual de um sujeito corresponde a um complexo de direitos adquiridos, que nada tem a ver com a aptidão da mesma pessoa em adquirir novos bens e direitos.

Se é verdade que ter capacidade patrimonial empresta poder de exercício, potencialidade para adquirir, maior verdade é o facto de que o poder de um sujeito se refere a direitos que tem sobre as coisas, na sua globalidade ou de forma fraccionada. Assim, deve haver separação entre conceito jurídico e conceito económico do património para se fazer uma outra constatação característica: o património deve cumprir uma finalidade, seja a que maioritariamente é determinada por lei, quer a que resulta da autonomia privada, mesmo que com restrições legais. Os direitos sobre os bens e destinados a realização duma finalidade correspondem ao conceito de património; as possibilidades utilitárias dos bens presentes e a sua projecção para futuro, bem como a já referida rapidez de circulação da riqueza numa sociedade em constante mutação, associada a um exercício funcional dos direitos subjectivos fez nascer uma *concepção dinâmica*¹³⁴⁷ sobre o cumprimento finalístico do património. O cumprimento de uma finalidade adstrita ao património só é possível se admitirmos que ela exerce também uma função instrumental com vista a realização dos vários interesses humanos, ou seja, os propósitos que as partes podem pactuar são funcionalizados no sentido de captar no património as suas utilidades, portanto, *instrumentalizar* o património para a realização de interesses, ou dito por outras palavras, realizar operações patrimonialmente comprometidas à satisfação de necessidades.

¹³⁴⁴ Frederico C. Savigny, *Sistema de derecho romano actual*, trad. de la versión francesa J. Mesía y M. Poley, Madrid, 1878,

¹³⁴⁵ *Derecho Civil. Teoria general del derecho civil alemán*, Vol. I, trad. T. Rava, Bs. As., Depalma, 1946, pág. 385 seg.

¹³⁴⁶ *Trattato di diritto civile italiano*, Vol. I, Roma, Athenaeum, 1921, pág. 869 seg.

¹³⁴⁷ Jorge H. Bustamante Alsina, “El patrimonio como punto de convergencia del derecho y la economía”, ED, 131-951.

Instrumentalizar o património significa também para o nosso estudo, poder utilizá-lo para fins que não contendam com a *boa fé, ordem pública* e com os *bons costumes*¹³⁴⁸. Esta possibilidade leva o fiduciante a transferir para o fiduciário uma massa de bens (uma parcela ou a totalidade) para a realização de um fim convencionado. Recebido o acervo patrimonial e estando ele “recepionado” na sua esfera jurídica, o fiduciário deve proceder à delimitação do seu património, separando-o do acervo fiduciado para, de um lado, exercer os poderes de proprietário de forma *tendencialmente* plena e exclusiva, com vista à satisfação do interesse assinalado no *pactum* e possibilitar a catalogação dos interesses de cada uma das partes; de outro lado, a segregação do patrimonial possibilita uma clara delimitação dos riscos, ou seja, assegura que não seja atingido o direito subjectivo do fiduciante, em poder exigir do fiduciário o cumprimento integral do acordo e assim constituir um reforço da expectativa da sua satisfação e, assegurar aos credores do fiduciário quais os bens disponíveis para garantia dos seus créditos.

Elemento importante é o de saber como se opera a segregação patrimonial. Ela deve ser feita numa cláusula constante no acordo fiduciário, ou por meio de um termo de afectação, mecanismo que pode ser usado quando o fiduciário é pessoa física, e quando se trata de fiduciário/pessoa colectiva, deverá ser feita através de uma contabilidade transparente e, em ambos os casos, os bens devem ser registados, quando a lei exige. Assim, mesmo que o fiduciário seja atingido pela insolvência ou por uma acção executiva, o património fiduciário não será afectado porque, e com já dito, não há comunicação entre os patrimónios da *fiducia* e do fiduciário. O património de afectação, logo a segregação patrimonial extingue-se assim que for realizado o fim que constituiu a criação da relação fiduciária.

O princípio da segregação patrimonial¹³⁴⁹ facilita a funcionalidade da teoria do duplo efeito, na medida em que estando registado na esfera do fiduciário e/ou na Conservatória do

¹³⁴⁸ O princípio da ordem pública e dos bens costumes, constante no art. 281º CC, devem estar em sintonia com o disposto no art. 280º, nº 2 CC. Assim e conforme ensinamento do Prof. Mota Pinto, ordem pública é o conjunto dos princípios fundamentais subjacentes ao sistema jurídico que o Estado e a sociedade estão substancialmente interessados em que prevaleçam e que tem uma acuidade tão forte que devem prevalecer sobre as convenções privadas. Já bons costumes são uma noção variável com o tempo e lugar, abrangendo o conjunto de regras éticas aceites pelas pessoas honestas, de boa fé, num dado ambiente e num certo momento; não se remete o juiz para uma averiguação empírica dos usos, pois remete-se para os bens usos. *Teoria ...*, ob. cit., pág. 557.

¹³⁴⁹ Entendemos que a segregação patrimonial, além de ser um dever que em muitos casos resulta da lei, pensamos ser um princípio estrutural e funcional, facilita a interpretação jurídica do tipo de negócio e também a detectar os fundamentos de validade e do sentido que uma separação patrimonial joga na estrutura e função do negócio fiduciário no âmbito do direito privado.

Registo Predial, quando for exigência do Cód.Reg.Pred., os bens que foram incorporados em função da execução do contrato de mandato/*fiducia*, devem ser retransmitidos ou transmitidos a um terceiro, se esta for a vontade do fiduciante manifestada no *pactum*, conforme o sentido teleológico do art. 1181º, nº 1 CC¹³⁵⁰.

II. Havendo uma função para a separação patrimonial, parece que deverá exigir-se uma causa da segregação. A causa será assim um elemento essencial do acto de destinação, pois a convenção entre fiduciante e fiduciário visa a realização de um escopo, cujo êxito apenas será possível com a transmissão da titularidade do direito de propriedade de determinados bens que, por sua vez, deverão estar segregados dos bens próprios do fiduciário. Ora, a destinação dos bens visa realizar também uma função económica-individual, assente naquela convenção das partes. Não está em causa uma possível criação de uma *fattispecie* negocial caracterizada por uma *hipotética e imprecisa* “causa destinatória”, mas para prever e disciplinar o retorno dos bens que, tendo sido destinados à realização do referido escopo, devam estar separados do património geral do fiduciário e colocando-se a salvo dos seus credores¹³⁵¹. A identificação de uma causa de destinação, normalmente ínsita no *pactum fiduciae*, ocupa um importante papel na hierarquização dos princípios jurídicos que o ordenamento jurídico *oferece* para os negócios de actuação por conta própria mas no interesse de outrem. Serve, afinal, para demonstrar que os efeitos do princípio da autonomia privada podem suplantar os efeitos reais de uma transmissão de bens imóveis ou móveis sujeitos a registo operada entre fiduciante e fiduciário, desde que tenha justificação valorativa e seja causa idónea para suportar esta superação¹³⁵². A causa tem a importante função de manter vivo o direito sobre os bens fiduciários na esfera de interesses ou de expectativas do fiduciante, e tutela a situação *condicionada* dos bens na esfera patrimonial do fiduciário através de vínculo de destinação que, por sua vez, faz nascer um dever de segregação. A causa subjacente ao acto de destinação define exactamente a função que os bens vão desempenhar: se para gestão, no sentido de manter a sua substancia inalterada, no sentido de promover a sua frutificação, ou outra razão

¹³⁵⁰ Como vimos a defender, o conjunto de normas do Código Civil que regulam o mandato sem representação, constituem o núcleo a partir do qual se constrói o regime jurídico do negócio fiduciário.

¹³⁵¹ Umberto Stafini, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter C.C.*, seconda edizione, Cedam, Milano, 2010, pág. 54 seg.

¹³⁵² G. Gabrielli, “Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari”, em *Rev. dir. civ.*, Vol. I, 2007, pág. 321 seg.

gestória; se de garantia, no sentido do fiduciário credor poder se satisfazer, caso o fiduciante devedor não realize a prestação devida.

A estrutura da causa destinatória é, para o negócio fiduciário, a *causa fiduciae*. Nela se convencionou a transferência da titularidade do direito sobre determinados bens para a realização de um objectivo. O objectivo convencionado a ser realizado pelo fiduciante é alcançado através da destinação de bens, logo, os bens devem estar *unicamente* ao serviço daquele objectivo, findo o qual retornarão à esfera patrimonial do fiduciante ou de um terceiro beneficiário. Esta conclusão pode levantar um problema, embora já afluído, que é o de compatibilizar o vínculo de destinação dos bens fiduciários com o princípio do *numerus clausus* do direito real. O entendimento deste princípio, acrescido da consideração da natureza absoluta dos direitos reais, como também já referido, tem impedido a configuração de situações de propriedade *funcionalizada* e *instrumentalizada* para a realização de interesses que são diferentes dos seus proprietários. Os defensores da inamovibilidade do estado absoluto do direito real sustentam as suas teses com o argumento de que apenas o titular do direito de propriedade pode ter garantida a disposição e fruição dos direitos relativos à sua propriedade.

Presentemente já se levantam vozes por todos os lados que advogam um suavizar deste princípio porque, na verdade o que consta do art. 1306º CC não corresponde a uma absoluta proibição dos direitos reais ao dispor dos particulares e, entendem também, da necessidade de ampliar o conteúdo material e de operacionalidade do princípio da autonomia contratual, consagrada no art. 405º CC, bem como a funcionalização da propriedade prevista no CRP, art. 62º e na CRA, art. 37º. Para uma tentativa de exposição de razões para defender a suavização do princípio do *numerus clausus*, vamos fazer uma nova reflexão sobre a causa. Na ordem jurídica portuguesa, a doutrina maioritária vai-se inclinando num posicionamento que entende que o princípio do consensualismo não é estruturante do sistema jurídico, constituindo numa “regra-base e não numa inevitabilidade”¹³⁵³. Este facto veio produzir consequências no campo da análise da causa nos actos translativos. Assim, a causa penetrando no acto *translativo-destinatório* estabelece condicionantes à transferência do acervo fiduciário sob duas perspectivas: uma negativa, que obriga o titular do direito transferido a actuar conforme a *causa-destinatória*; e outra positiva, reflectida no substrato causal do próprio acto translativo, que representa uma certa inter-movimentação de interesses subjacente no negócio em questão.

¹³⁵³ Rui Pinto Duarte, *Curso de ...*, ob. cit., pág. 58.

Daí a referida necessidade de atribuir importância capital ao princípio da autonomia privada, cuja função não está esgotada nos contratos meramente obrigacionais, mas também nos de carácter real, desde que os interesses das partes estejam em convergência e sejam lícitas, resultando daí uma multiplicidade de formas de titularidade, conforme a função da *deslocação-destinação* dos bens fiduciários.

III. A dupla transferência do património fiduciário é sustentada pela teoria do duplo efeito, que considera que no negócio fiduciário há a celebração de dois negócios: um é o que corresponde com a transmissão da propriedade, com titularidade *com tendência* plena e exclusiva do fiduciário; outro que é obrigacional, por isso, *inter partes*, expresso no *pactum fiduciae*¹³⁵⁴. Apesar de uma aparente separação entre o *pactum fiduciae*, cláusula que contém os poderes e deveres do fiduciário e o negócio translativo, normalmente típico, não significa que haja dois negócios; na verdade o negócio fiduciário constitui um acto único cujo conteúdo é complexo e atípico¹³⁵⁵, por isso, para a segurança e certeza jurídicas, bem como da protecção dos direitos do fiduciante, os bens dados em *fiducia* devem ser separados do património próprio do titular fiduciário, uma vez que tais bens ficam *estritamente* afectados ao cumprimento de um propósito ou finalidade que as partes pretendem. Desaparece assim, o risco de abuso do fiduciário, que se defendia estar inerente à transmissão fiduciária¹³⁵⁶.

O património de afectação oferece também segurança ao fiduciante e ao beneficiário, pois limita os poderes ínsitos na titularidade do fiduciário, que encontram tutela, ainda que *residual*, nos inerentes direitos objecto do conteúdo do direito de propriedade, nomeadamente o gozo pleno e exclusivo dos direitos de uso e disposição – art. 1305º CC. Num plano prático, importa avaliar o sentido ético-sociológico e normativo que a afectação de um determinado acervo patrimonial para a realização de interesses juridicamente tutelados corporizada, e em que medida a ordem jurídica permite aproveitar as suas potencialidades económicas, harmonizando a normatividade do direito real, *maxime*, o direito de propriedade, com os fins que o seu titular pode dar para a satisfação dos seus interesses, utilizando para o efeito outros

¹³⁵⁴ Pessoa Jorge, *O Mandato ...*, ob. cit., pág. 308 seg., faz críticas a esta tese.

¹³⁵⁵ Luís A. Carvalho Fernandes, *Estudos Sobre Simulação*, Quid Juris, Lisboa, 2004, pág. 267.

¹³⁵⁶ Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 165 seg. O autor considera que a transmissão dos bens para o fiduciário deixa o fiduciante numa posição de fragilidade por falta de meios adequados de defesa. As situações em que estas situações ocorreriam são *a)* a recusa de retransmissão do direito fiduciário; *b)* a violação do negócio fiduciário; *c)* a penhora contra o fiduciário e; *d)* a insolvência do fiduciário.

mecanismos alicerçados em realidades jurídico-negociais novas e em princípios que conformam a unidade do sistema jurídico.

O proprietário, e seguindo as potencialidades de exploração do conteúdo do princípio da autonomia privada, “é dono e senhor *exclusivo* da sua esfera jurídica”, e através da disposição dos seus bens pode realizar os fins que considere úteis conforme os valores e crenças da comunidade em que está inserido e os pratique. Assim, se considerar que protege melhor os seus familiares¹³⁵⁷, ou um determinado grupo de pessoas com dificuldades económicas ou outras¹³⁵⁸, v.g., pode, através de uma fundação, dispor de parte do seu património para a realização daquele fim¹³⁵⁹. É o que Oliveira Ascensão identifica como “assegurar que uma finalidade do instituidor seja prosseguida, mediante o suporte duma massa patrimonial que a isso é afectada”¹³⁶⁰. Como se vê, a afectação de uma massa patrimonial para a realização de um fim determinado vai circunscrever as linhas limitadoras do exercício dos poderes de disposição do titular fiduciário do direito de propriedade e da sua gestão. O mesmo é dizer que a finalidade a dar aos bens e estabelecido no acordo, constitui reflexo de uma atitude socialmente aceita, normativamente comprometida e realiza um desiderato ético – o bem e a justiça social –, e é juridicamente relevante, porque os seus resultados práticos a execução deste negócio (fiduciário) encontram tutela no ordenamento jurídico.

¹³⁵⁷ Henrique Mesquita, “Anotação ao acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 4 de Outubro de 1996”, RLJ, nº 3877, 2014, pág. 111 seg., indica, para referir o fim de apoio familiar que o se pode afectar determinados bens para a criação de fundação, uma disposição estatutária da Fundação Berardo: “*Os bens que vierem a ser afectados pelo fundador ficarão sujeitos ao encargo expresso da beneficiária prover à habitação, sustento, educação, saúde e demais despesas, encargos e alimentos do fundador, seu cônjuge e descendentes*”. Carlos Mota Pinto, *Teoria Geral ...*, ob. cit., pág. 293, não admite a existência de fundações cujo fim é pessoal ou familiares. Afirma mesmo que “tais fins só poderão ser prosseguidos através de outros meios técnico-jurídico”. Já Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral ...*, ob. cit., pág. 195, oferece um entendimento diferente e considera que “a restrição a um fim de interesse social e a exclusão de fundações de interesse particular é uma reminiscência da proibição da *mão morta*, que não encontra já hoje justificação”. Por nossa parte, preferimos seguir a tese deste último professor, por entender que “interesse social” deve ser entendido partindo do facto de que a sociedade tem a sua base a família, e porque as proibições à autonomia privada em nada contribuem para a capacidade humana de explorar as potencialidades que diversos institutos do direito privado oferecem. A disposição de bens oferece ao proprietário numerosas possibilidades de realizar planos da sua vida pessoal e familiar, podendo, para o efeito, instrumentalizar o seu património para diferentes fins.

¹³⁵⁸ Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral ...*, ob. cit., pág. 195.

¹³⁵⁹ Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria Geral ...*, Vol. I, ob. cit., pág. 562 seg. Este saudoso Professor considera que “A natureza patrimonial do substrato da fundação coloca o acento tónico da organização do substrato na determinação do conjunto de bens afectos à realização dos seus fins. Denomina-se *dotação*, ou *instituição*, o acto de atribuição do património constitutivo do substrato da futura pessoa colectiva fundacional”.

¹³⁶⁰ *Teoria Geral ...*, Vol. I, ob. cit., pág. 322.

VI. A regra da segregação é um atractivo que o instituto em estudo oferece no âmbito das relações financeiras¹³⁶¹. Nas transacções financeiras, principalmente as creditícias, o património cumpre uma função jurídica e economicamente fundamental de garantia. O crédito, como é por demais consabido, constitui nos dias de hoje a maior alavanca para a economia das famílias e das empresas. A falência da utilização da hipoteca e da penhora como soluções creditícias é evidente. Apesar de nestas duas modalidades o património ser o bem dado em garantia, nos mecanismos mais recentes a separação patrimonial permite aclarar a situação jurídica atribuída ao credor/fiduciário garantido sobre o bem garantido e oferecido pelo devedor/fiduciante, definindo, como já repetidamente dissemos, os poderes e faculdades suficientes para satisfazer o seu crédito, havendo cumprimento voluntário ou, em caso de incumprimento, a satisfazer-se do crédito garantido; também serve para opor-se a terceiros credores que sejam titulares dos poderes e faculdades susceptíveis de atingirem aqueles bens, evitando assim que a satisfação *prioritária* do seu crédito garantido seja dificultado. Assim, o património afectado como instrumento do negócio fiduciário em garantia, reforça a tese da titularidade funcionalizada à satisfação do crédito, cujo conteúdo e eficácia da sua realização se manifestam nos poderes e faculdades antes anotados, em que a harmonização com a deslocação patrimonial resulta de uma razoável e proporcional capacidade para realizar a prestação.

Falamos sobre a transferência do bem ou direito do fiduciante ao fiduciário e que o bem ou direito constitui um património separado. Vamos agora fazer uma discussão sobre a natureza deste património fiduciário. Antes, intentaremos fazer uma distinção/semelhança entre património, património autónomo e património de afectação, que na prática pouca importância tem, revelando-se mais no plano formal.

Hodiernamente se ensina que o património é um atributo da personalidade jurídica e assim seria o conjunto de bens, direitos e obrigações próprias de um sujeito, que definiriam a esfera de responsabilidade patrimonial e a manifestação de poder económico¹³⁶². Defende-se

¹³⁶¹ Paola Manes, “Sui «patrimoni destinati as uno specifico affare» nella riforma del diritto societário”, in *Contr. imp.*, 2003, pág. 181 seg.

¹³⁶² Veja-se Mota Pinto, *Teoria Geral ...*, ob. cit., pág. 347 seg. Apesar do autor considerar que “na esfera jurídica de uma pessoa existe normalmente apenas um património”, admite que poder haver “um conjunto de relações patrimoniais submetido a um tratamento jurídico particular, tal como se fosse uma pessoa diversa”, e entre os critérios existentes para determinar a existência de um ou vários patrimónios separados ao lado de um património geral na esfera de um sujeito, prefere o da *responsabilidade por dívidas*, afastando-se da possibilidade do mesmo património estar exposto para uma especial destinação. Antunes Varela, *Das Obrigações ...*, II, ob. cit., pág. 419,

uma teoria de unidade patrimonial em que cada sujeito seria titular daqueles bens, direitos e obrigações, não havendo possibilidade de uma pessoa ser titular de vários patrimónios¹³⁶³. Vale também para estes defensores que sendo o património um atributo da personalidade jurídica não é possível a existência de património sem pessoa ou de direitos sem sujeito.

Durante o nosso percurso fomos falando de património autónomo como sendo aquele património que está autonomizado da esfera de responsabilidade patrimonial do fiduciante e do fiduciário, não podendo ser causa vinculante para com os seus credores. A autonomia referida é no sentido de considerar o património vinculado a um fim. Dogmaticamente, património autónomo é aquele que não necessita de uma vinculação a um sujeito, bastando que alguém o administre e actue em seu nome. A constituição do património autónomo está funcionalizada à realização de um fim determinado por quem transfere os bens ou direitos, beneficiando quem recebe os mesmos ou os seus frutos. Quando os bens e direitos se deslocam do património do seu titular é porque a vontade do proprietário e em observância de uma disposição legal, se lhe reconhece personalidade jurídica, como acontece com as fundações.

Já o património de afectação¹³⁶⁴, que é completamente avesso à tese da unidade do património, pode deslocar-se do seu titular para exercer um fim determinado na titularidade de outro sujeito. A linha dogmática que entendemos do património afectado, constitui o alicerce a partir do qual se constrói a transferência dos bens ou direitos nos negócios fiduciários e, talvez, o elemento central da *vis* atractiva sobre a titularidade fiduciária. Consideramos pois, que os bens e direitos que constituem tal património estão ajustados ao serviço de um fim especial, diferente dos bens do património único cuja finalidade é geral. Admitir a doutrina do património de afectação, implica aceitar que um mesmo sujeito pode ser titular de mais do que um património, totalmente autónomos entre si, um próprio e outro cujo exercício tem um

segue a mesma linha do privilégio do património para garantia das obrigações; admite a existência de património separado ou autónomo, mas apenas nos casos admitidos por lei e o fim a que se destinam “esse conjunto global de bens” é que sejam capazes de “responder apenas *pelas dívidas* relacionadas com tal finalidade”. Cita como exemplos a herança e os bens comuns do casal, quando o regime económico do casamento seja o de comunhão geral. Fernando Carvalho, *Teoria Geral ...*, I, ob. cit., pág.141 seg. Este Professor deixa nas suas lições um entendimento diferente. Para ele o património seria o conjunto de posições jurídicas activos avaliáveis em dinheiro de que uma pessoa é titular, ficando de fora as obrigações correspondentes àquela posição jurídica subjectiva. Do lado do entendimento económico do património veja-se, entre todos, Manuel de Andrade, *Teoria Geral ...*, I, ob. cit., pág. 206 seg., para quem o património teria de ser constituído por direitos subjectivos com avaliação pecuniária, pois apenas assim seria susceptível de transmissibilidade.

¹³⁶³ Charles Aubry/ Charles Rau, *Cours de Droit ...*, ob. cit., pág. 336.

¹³⁶⁴ Pierre Lepaulle, *Traité théorique ...*, ob. cit. pág. 113 seg.

objectivo específico, de tal maneira que a transferência dos bens e direitos do fiduciante ao fiduciário não compreende a plenitude do domínio, mas apenas a titularidade necessária para que seja cumprida a finalidade da relação fiduciária, não havendo qualquer dificuldade em reconduzir a discussão ao tema das limitações ao exercício do direito de propriedade, que nos termos do Direito vigente já não se defende um ilimitado *ius utendi, fruendi et abutendi*, porque o direito de propriedade já não se enclausura na ideia de pertença exclusiva da coisa ao titular do direito nem na indeterminação dos poderes do proprietário¹³⁶⁵, passou a ser entendida como um instrumento de realização de várias soluções práticas e de uma complexa função social e económica fundada na autonomia privada ou na lei¹³⁶⁶.

V. O legislador luso, por força da Directiva nº 68/26/CE, do parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio, expressou no preâmbulo do Dec.-Lei nº 105/2004, de 8 de Maio, que “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 (...)” permitindo que haja outros fins para a transmissão, como o caso da transmissão para fins de garantia¹³⁶⁷. Este diploma legal vem demonstrar que o Código Civil não é a sede de todo

¹³⁶⁵ Vejamos algumas definições de propriedade que ilustram a ideia de poder absoluto: Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, Lex, reimp. da ed. de 1979, Lisboa, pág. 620, considera que é “a afectação jurídico privada de uma coisa corpórea, em termos plenos e exclusivos, aos fins de pessoas individualmente consideradas” entendida como a “permissão normativa, plena e exclusiva, de aproveitamento de uma coisa corpórea”. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 6ª ed., Quid Iuris, Lisboa, 2009, pág. 316, define como “o direito real máximo, mediante o qual é assegurada a certa pessoa, com exclusividade, a generalidade dos poderes de aproveitamento global das utilidades de certas coisas”. Já Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Reais*, 5ª ed., reimp. Coimbra Editora, 2000, pág. 448, entende que é “o direito real que outorga a universalidade dos poderes que à coisa se podem referir”.

¹³⁶⁶ Se avaliarmos as palavras de Antunes Varela na Comunicação à Assembleia Nacional aos 26 de Novembro de 1966, no quadro das discussões do projecto do Código Civil, chegaremos à conclusão de que a quando da elaboração do Código de 66 já havia a consciência de que a propriedade poderia estar ao exercício de uma função diferente da do seu titular. Ouçamos o insigne Professor: “ (...) é o facto de o Código, ao descrever o conteúdo que tem o direito de propriedade, haver incluído na definição, como elemento normal, e não a título de excepção encravada no poder absoluto do *dominus*, os limites resultantes da lei para o gozo do proprietário (chegando este aspecto) para revelar já um espírito muito diferente do que anima os clássicos postulados do individualismo, traduzindo uma outra concepção da propriedade, que é, como a experiência mostrará, susceptível de desentranhar-se em muitas soluções práticas” – *BMJ*, nº 161, 1966, pág. 5-85.

¹³⁶⁷ Não pretendendo transferir para este lugar uma discussão que não é ponto central do presente estudo, importa todavia recordar uma divergência que a Prof. Mónica Jardim (“A actual problema ...”, *ob. cit.*, pág. 179-218) levantou a propósito da interpretação a dar ao art. 408º CC. Contra as doutrinas dos Professores Almeida Costa e Ferreira de Almeida, e que nós já tomamos posição. Entendem estes Professores, que com a evolução das várias formas da vida económica, as regras sobre a transmissão, de uma forma geral, e a contida naquele preceito legal, deixaram de ser injuntivas passando a ser supletivas.

sistema de transmissão negocial da propriedade¹³⁶⁸, apesar de entendermos que não se tem explorado as potencialidades que o Código Civil oferece, bastando encarar a actual realidade prática e, com ela, alterar metodologicamente a interpretação dos seus institutos jurídicos¹³⁶⁹, procurando encontrar respostas normativas para novos institutos atípicos. Como ensinou Castanheira Neves, “é assim que havemos de ver hoje na interpretação jurídica (...), o acto metodológico de determinação daquele sentido normativo-jurídico que, segundo a intenção do direito vigente, deva ter-se pelo critério também jurídico (o critério *de direito*) no âmbito de uma problemática realização do direito e enquanto momento metodológico-normativo dessa realização”¹³⁷⁰.

A dinâmica da vida tem obrigado as pessoas a encontrar novas soluções que sejam proporcionais a mesma dinâmica, facto que levou o Direito a segui-lo, oferecendo institutos que tutelem a realização, pelas pessoas, de tais soluções. Nesta orientação prática, tem-se ensaiado várias formas de instrumentalizar a propriedade, tendo surgido, por opção do legislador (a título meramente exemplificativo, pois não se esgota aqui a lista destes *tipos* de negócios fiduciários), as figuras da alienação fiduciária em garantia, a compra e venda com reserva de propriedade, a locação financeira e a venda a retro – para fins de garantia – substituição fideicomissária, intermediação financeira, gestão de fundos mobiliários e imobiliários, os diversos tipos de *trust*, o mandado sem representação para alienação, adquirir e para cobrar¹³⁷¹ – para fins de gestão –, pelo que, a sua transmissão negocial pode coenvolver já os limites de interesse particular, ultrapassando o “figurino originário de garantia de livre utilização e disposição exclusiva de um determinado bem”¹³⁷², ou mesmo de ordem legal ao direito de propriedade¹³⁷³.

¹³⁶⁸ C. Ferreira de Almeida, “Transmissão Contratual da Propriedade ...”, *ob. cit.*, pág. 17. Este autor demonstra que a transmissão de direitos incorporados em títulos de crédito e em valores mobiliários vêm regulados nas leis uniformes e no Código de Valores Mobiliários, pág. 14-15.

¹³⁶⁹ R. von Ihering, *El espíritu ...*, *ob. cit.*, pág. 37 seg.

¹³⁷⁰ *O Actual ...*, *ob. cit.*, pág. 12.

¹³⁷¹ Conforme descrito na secção sobre modalidade de negócio fiduciário.

¹³⁷² Cfr. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª ed., 2011, pág. 800.

¹³⁷³ João Calvão da Silva, *Banca, Bolsa e Seguras. Direito Europeu e Português*. Tomo I. Parte Geral, 2ª ed. Almedina, Coimbra, 2007, pág. 231, indica que “nada mais natural, tendo na devida conta o sentido e fim ou escopo de garantia da transmissão da propriedade ou titularidade: satisfeita a obrigação garantida, deixa o credor-proprietário de ter justa causa para conservar na sua esfera jurídica o objecto garante, devendo, por isso, restituí-lo (em espécie ou em valor) ou compensar essa sua obrigação de restituir, a mostrar que a propriedade-garantia é fiduciária e temporária (se a vida do objecto da garantia em propriedade supera a do crédito garantido)”.

A tese da separação patrimonial tem sofrido ataques e o comando normativo constante no art. 601º CC tem servido de fundamento legal. Diz a norma que “pelo cumprimento da obrigação respondem todos os bens do devedor susceptíveis de penhora”. Para além das razões de ordem conceitual em que se estruturou a noção de património a volta da personalidade da pessoa, os defensores da inadmissibilidade de património separado entendem que a sua existência prejudica os credores do titular do património¹³⁷⁴. Nada mais errado. O artigo citado abre a possibilidade de “sem prejuízo dos regimes especialmente estabelecidos em consequência da separação de patrimónios” ser limitado ao credor o poder de penhorar todos os bens titulados pelo devedor¹³⁷⁵. Como sabemos, grande parte da doutrina lusa entende que está consagrado neste artigo o princípio geral da responsabilidade patrimonial ilimitada do devedor, segundo o qual a realização da obrigação é garantida pela totalidade dos bens existentes na esfera jurídica do devedor no momento da execução ou depois de contraída a dívida¹³⁷⁶. Os exemplos deixados sobre a existência de figuras típicas que são contratos fiduciários respondem por si só.

VI. Na Europa está consagrado no Direito positivo de vários países o património separado, e nestes há até a obrigação de segregação patrimonial, por se entender que constitui

¹³⁷⁴ Menezes Leitão, *Garantias das ...*, ob. cit., pág. 292-293. Este Professor de Lisboa defende que “a separação de patrimónios constitui uma situação em que a lei prevê a sujeição de certos bens do devedor a um regime próprio de responsabilidade por dívidas”. Como dissemos em textos, não concordamos com esta ideia. Fora do prisma da responsabilidade patrimonial, o património pode servir outras necessidades que não apenas as relacionadas com os credores do titular do direito de propriedade. Seria, desde logo, negar a existência de soluções gestórias de patrimónios que nada têm a ver com os credores – como é o caso da substituição fideicomissária – apesar de admitirmos que numa segunda posição o resultado paralelo seja afastar os bens do propriedade à possibilidade de execução. Também Carvalho Fernandes, *Teoria ...*, ob. cit., pág. 158, afirma que “os patrimónios autónomos caracterizam-se por um *regime especial de responsabilidade por dívidas*. A razão de ser deste critério está em íntima conexão com a função de garantia do património perante os credores (...)” – itálico no original.

¹³⁷⁵ O Código Civil prevê algumas limitações ao poder de penhorar os bens titulados em nome do devedor: art.s 602º, 603º, 604º, 605º e 606º. Também o Código de Processo Civil impõe certas limitações: relatividade da penhora e a sua forma absoluta, art. 821º seg.

¹³⁷⁶ Pires de Lima/ Antunes Varela, *Código Civil ...*, ob. cit., pág. 671, na anotação que fazem ao art. 601º observam que neste artigo “prevêem-se duas limitações à regra geral da exequibilidade de todo o património do devedor: a de os bens serem insusceptíveis de penhora e a da autonomia patrimonial resultante da separação de patrimónios”. Entretanto, parece que os Professores de Coimbra não admitem a existência de separação de patrimónios resultante da autonomia privada, fazendo depender da lei, como por exemplo, “quanto às dívidas dos cônjuges, atendendo-se à existência de dois patrimónios – o próprio e o comum”, bom como “o património da herança, embora pertencente ao herdeiro desde a morte do *de cuius*, só responde pelas dívidas daquele depois de pagos os credores da herança e os legatários”. Menezes Leitão, *Direito ...*, Vol. II, ob. cit., pág. 295-296. Almeida Costa, *Obrigações ...*, ob. cit., pá 783-787

um mecanismo de delimitação de riscos. Na Itália¹³⁷⁷ podemos encontrar, nos dispositivos legais¹³⁷⁸ que regulamentam os fundos comuns de investimento abertos, os fundos de investimento mobiliário fechado, bem como o regime sobre a *cartolarizzazione dei crediti* (securitização de crédito). Com a recepção do *trust*¹³⁷⁹ no direito positivo italiano, criaram-se muitas figuras jurídicas próximas ao direito anglo-saxónico. É o que acontece com o fundo de investimento que é semelhante a um *investment trust*¹³⁸⁰, caracterizado pela transferência fiduciária de um determinado valor monetário de um investidor para um *trustee* com o fim de o administrar. Na constituição deste tipo de relação, os investidores socorrem-se das sociedades de investimento e para que os direitos dos investidores estejam garantidos foi determinada a separação de património: haverá o património próprio do fundo, que será distinto do património da sociedade que realiza a sua gestão e do património dos seus investidores. No que diz respeito a securitização de crédito, a lei¹³⁸¹ determina que são operações realizadas através da cessão créditos pecuniários a título oneroso que podem ser emitidos como títulos no mercado de capitais. Nas operações de securitização, os créditos constituem património separado da sociedade emissora e até de qualquer património afecto a operações relacionadas com emissão de títulos, situação que impede que os credores dos

¹³⁷⁷ Entre outros, Maurizio Lupoi, “I patrimoni destinati ad uno specifico affare”, in AA.VV., *Per una lettura europea della riforma del diritto societario italiano*, a cura di Palazzo, 10. Andrea Zoppini, “Autonomia e separazione del patrimonio della prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni”, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pág. 545 seg.

¹³⁷⁸ Além da área do direito indicado em texto, S. M. Carbone, “Trust interno e legge straniera”, in M. Dogliotti i A. Braun, coord., *Il trust nel diritto delle persone e delle famiglie*, Milán, Giuffrè, 2003, pág. 25 seg. Este autor refere-se a propósito das limitações legais a responsabilidade patrimonial do devedor estarem limitadas com a criação de “*patrimoni separati, patrimoni autonomi, o fundi patrimoniali, dedicati ad uno specifico scopo operanti sui nel diritto dell’economia sui nel diritto di famiglia*”.

¹³⁷⁹ A Convenção de Haia sobre o *Trust* de 1 de Julho de 1985, estabelece no seu art. 2º, al. a) que os bens do *trust* constituem um fundo separado e formam parte do património do *trustee*. Nesta mesmo artigo encontramos disposição que determina que “os bens ou direitos são postos sob controlo de um fiduciário no interesse do beneficiário ou para um propósito específico”.

¹³⁸⁰ Berardino Lobonati, *Holding e investment trust*, Giuffrè, Milano, 1959, pág. 542. À data do surgimento da figura do *investment trust*, não havia separação entre os patrimónios dos investidores e da sociedade de gestão (ou bancos). O autor admitia que estas relações tinham natureza fiduciária, mas que não eram reconduzidas à categoria de negócio fiduciário porque faltava este elemento fundamental: a separação patrimonial. Mas o caminho seguido pelo autor foi enquadrar o *investment trust* no mandato, porque se trata de transferir poderes de administração ou gestão, permanecendo a titularidade dos bens na esfera do transmitente ou de um terceiro indicado por ele. Hoje esta dificuldade está completamente ultrapassada.

¹³⁸¹ Lei nº 130, de 30 de Abril de 1999.

possíveis subscritores dos respectivos títulos intentem acções susceptíveis de prejudicar os créditos vinculados à securitização¹³⁸².

No direito francês podemos indicar a revisão legislativa já atrás referida no Capítulo II, Secção IV, introduzidas através da aprovação da Lei nº 211, de 19 de Fevereiro de 2007. Esta lei introduziu na regulamentação do Código Civil o regime geral da *fiducia* e entre elas há a destacar o chamado “património fiduciário” que são os direitos transferidos para o fiduciário, mas distinto do seu próprio património. As regras impostas legalmente sobre o “património separado” levam a que, havendo insolvência do fiduciário, os direitos transferidos não farão parte da massa insolvente, mesmo que esta não esteja quantificada, porque nestes casos será chamado um perito avaliador; em caso de morte do fiduciário o “património fiduciário” não fará parte da massa hereditária. A *fiducia* francesa contém elementos que a aproximam bastante do *trust* formulado pela Convenção de Haia de 1 de Julho de 1985, e é por esta razão que a lei que alterou parte do Código Civil trouxe as figuras da *propriété fiduciaire* e *titularité affectée*.

O direito brasileiro assinala grande avanço nestas matérias. Basta ver que tem legislação sobre propriedade fiduciária (Código Civil, Capítulo IX, arts. 1. 361 a 1368-A), sobre a propriedade fiduciária e o património de afectação (Lei nº 11. 101, de 8 de Fevereiro de 2005) determina no art. 119, IX, que “os patrimónios de afectação, constituídos para cumprimento de destinação específica, obedecerão ao disposto na legislação respectiva, permanecendo seus bens, direitos e obrigações separados dos do falido até o advento do respectivo termo ou até o cumprimento de sua finalidade (...)”. Este grande acervo normativo legal é resultado de um processo longo de estudos sobre o estado de arte do direito dos contratos brasileiro e de um estudo comparado, fundamentalmente de influência anglo-saxónica. Numa primeira fase, foi considerado impossível a transposição para o Direito Brasileiro da figura do *trust* ou outra com as suas semelhanças, devido a sua natureza estrutural. A partir do momento em que a propriedade foi sendo aceite como possível de desdobramento na sua utilização, o entendimento do valor do *trust* passou a ser outro, e como disse Namem Chalhub¹³⁸³, “não seria possível realizar negócios financeiros e de investimentos

¹³⁸² Em 1986 foi aprovada a legge 19 giugno, n. 289, relativo as disposições de administração de valores mobiliários, que estabeleceu a noção de património separado – cfr. Michele Graziadei, “Proprietà Fiduciária e Proprietà del Mandatário”, *Qdr.*, nº 3, 1990, pág. 4.

¹³⁸³ “Património de afectação”, *IRIB* em Revista, nº 318, 2004, pág. 58-59.

típicos da sociedade contemporânea não fosse essa separação, esse desdobramento da propriedade”. Defenderam então os cultores da ciência jurídica brasileira que, como não era possível assimilar na totalidade os fundamentos do *trust*, socorreu-se à possibilidade de uma combinação entre os seus elementos com a estrutura fiduciária do tipo romano, nomeadamente o mecanismo do património de afectação, flexibilizando o uso da propriedade e retirando as potencialidades da sua função económica e social.

O património de afectação é um mecanismo de definição e delimitação de objectivos específicos, do exercício dos poderes e faculdades ligados à titularidade fiduciária, e é o resguardo contra os credores do fiduciário. Outro importante papel que a afectação patrimonial desempenha é clarificação de uma “desconexão” entre o exercício pelo titular do direito transferido fiduciariamente e a manutenção de uma expectativa real de realização do interesse do fiduciante, que oferece um aparente conflito que na realidade não existe. O património fiduciário é destinado à realizar um interesse que o fiduciante quer ver realizado e, em princípio, será realizado porque aqueles bens não deverão servir um interesse diferente do acordado. A conformação dos interesses com observância dos valores e princípios do sistema jurídico, afasta tal conflitualidade, sendo, no entanto, de esperar que o fiduciário actue com respeito aos ditames da boa fé. Dentro deste quadro intencional mas noutra prisma, comprovada que está a utilidade formal da normatividade que o art. 1184º CC contém, é possível construir dogmaticamente soluções que, marcando a função congregadora que esta disposição legal desempenha na intercepção entre os pólos “titularidade do direito fiduciário” e “responsabilidade patrimonial”, sirvam de regras mediadoras para solução de problemas que surgirem na execução do negócio fiduciário.

VII. O já referido no Capítulo V, Secção I, *Draft Common Frame of Reference*, na sequência dos efeitos especiais da constituição do *trust* que anuncia no art. X. – 1:202, relativos a obrigação de separação do património do *trust* (*trust fund*) do património pessoal do *trustee*, determina que:

- a) os credores destes não podem executar os bens que fazem parte do *trust fund* nem o procedimento por insolvência do *trustee* atinge este património;
- b) os bens fiduciários não fazem parte de qualquer repartição em função de alguma relação matrimonial ou familiar e;

- c) os sucessores do *trustee* não beneficiam a qualquer título dos bens fiduciários por sua morte.

O art. X. – 3: 103, regula a determinabilidade e segregação do *trust fund*. O dispositivo vem exigir que no momento da constituição do *trust* a declaração faça constar quais os bens que serão afectados à realização do objectivo específico e separá-los dos bens pertencentes ao *trustee* ou a outros bens que o mesmo *trustee* esteja a administrar. A intenção envolta ao artigo em questão está no facto de, com a segregação, se poder delimitar direitos sobre os bens fiduciários, pois determinar correctamente os bens (*certainty of object*) pode ter reflexos importantes na situação de terceiros, principalmente se aqueles determinados bens estão ou não disponíveis para satisfazer os credores do *trustee*¹³⁸⁴.

É sem dúvida uma manifestação da importância e função que a separação do património exerce nas relações jurídicas de hoje, fundamentalmente naquelas em que se instrumentaliza a transferência do património para a realização de um determinado objectivo.

O facto de abrirmos aqui um espaço para um diálogo investigativo com os documentos produzidos pelo *Study Group on a European Civil Code*¹³⁸⁵, serve para demonstrar a importância dos diversos mecanismos contratuais que existem para instrumentalizar a propriedade e criar situações de titularidade fiduciária a nível Europeu, que forcem, na sua constituição, uma separação do património, como factor determinante para ver garantidos os direitos do *truster*, como também da segurança e certeza jurídicas.

VIII. Quanto ao direito luso, a securitização de créditos é tratada como titularização de créditos que a lei no seu preâmbulo veio descrever como sendo as “operações de transmissão de créditos com vista à subsequente emissão, pelas entidades adquirentes, de valores mobiliários destinados ao financiamento das referidas operações”¹³⁸⁶. No regime destas operações podemos destacar a norma constante do n° 1 do art. 62°, que determina que “os créditos afectados ao reembolso de uma emissão de obrigações titularizadas, bem como o

¹³⁸⁴ Christian von Bar/Eric Clive, *Principles ...*, Vol. 6, ob. cit., pág. 5711.

¹³⁸⁵ O estudo desenvolvido por este *Study Group*, foi feito tendo em atensão, como também já referido, a Convenção de Haia sobre o reconhecimento do *Trust*, e sobre os *Principles of European Contract Law*, sem esquecer os Direitos nacionais.

¹³⁸⁶ A titularização de créditos foi introduzida no ordenamento jurídico interno português através do Decreto-Lei n° 453/99, de 5 de Novembro, que foi alterado em duas ocasiões pelo Decreto-Lei n° 82/2002, de 5 de Abril e pelo Decreto-Lei n° 303/2003, de 5 de Dezembro.

produto do reembolso daqueles e os respectivos rendimentos, constituem um património autónomo, não respondendo por quaisquer dívidas da sociedade de titularização de créditos até ao pagamento integral dos montantes devidos aos titulares das obrigações titularizadas que constituem aquela emissão e das despesas e encargos com esta relacionados”. O nº 2 do referido artigo estabeleceu a regra segundo o qual cada património autónomo apenas responde pelas dívidas próprias e, para tal, os créditos integrados em cada património autónomo devem ser adequadamente descritos em contas segregadas da sociedade de titularização de créditos, sendo obrigatório que elas façam o seu plano de contas e a sua demonstração financeira conforme dispõe o art. 1º, nº 3 do Regulamento nº 12/2002 da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, que obriga a identificação, “para cada emissão de obrigações titularizadas, os activos que lhe são afectos”, bem como a identificação da proveniência “de custos e proveitos por cada categoria de activos e de passivos associados a cada emissão de obrigações”. Com este mecanismo pretende-se assegurar não só transparência às operações como também garantir segurança adequada aos investidores. É através do instituto do património separado que os investidores vêm assegurados os valores monetários aplicados e que os mesmos se destinam efectivamente a realização dos fins de remuneração e de reembolso das obrigações emitidas para o financiamento dos títulos obtidos e nelas incorporados¹³⁸⁷.

No que expressamente diz respeito ao mandato sem representação, apontamos o art. 1184º como núcleo central da separação patrimonial no direito civil e o fundamento normativo da responsabilidade do mandatário. Deste artigo resulta a separação dos bens que o mandatário haja adquirido em execução do mandato, evitando assim que os credores gerais do mandatário possam executá-los. O regime constante do art. 1180º encerra uma ideia negocial do conteúdo do direito adquirido e das obrigações assumidas pelo mandatário; neste artigo verificamos também o acolhimento da teoria da dupla transferência.

Encontramos na lei outras manifestações de separação patrimonial: a regra constante do art. 239º e seguintes do CIRE e sobre o estabelecimento individual de responsabilidade limitada. O CIRE veio consagrar um instituto jurídico, manifestando-se assim uma atitude inovadora e que se enquadra no processo que visa recepcionar institutos jurídicos para melhor

¹³⁸⁷ João Calvão da Silva, *Titul[ariz]ação de créditos. Securitization*. 2ª ed., revista e aumentada, Almedina. Coimbra. 2005, pág. 141.

harmonizar o Direito europeu¹³⁸⁸. Foi assim que veio consagrar a figura da exoneração do passivo restante¹³⁸⁹, como um mecanismo de protecção do devedor que seja uma pessoa singular¹³⁹⁰, constituindo uma significativa inovação¹³⁹¹ no Direito interno português em matéria falimentar¹³⁹².

Este procedimento serve para favorecer o insolvente, quando seja pessoa singular, e é concedido quando os créditos não sejam pagos na íntegra no competente processo de insolvência ou nos cinco anos subsequentes ao encerramento do referido processo. É uma possibilidade que a lei concede para que o devedor não fique, por longo período, adstrito aos direitos dos credores, possibilitando que as pessoas singulares tenham o benefício de novo prazo de contagem para uma nova insolvência¹³⁹³. Quando se verifica que o insolvente não conseguiu liquidar a sua dívida, em despacho inicial o juiz determina a cessão do rendimento disponível do devedor, que correspondem a todos os rendimentos disponíveis, que a qualquer título o devedor venha a beneficiar, com exclusão dos créditos cedidos a terceiros enquanto estes se mantiverem eficazes – art. 239º, nº 3, al. a) e art. 115º – e aqueles rendimentos que sejam indispensáveis para uma vida condigna do devedor, que o juiz deverá calcular numa base aritmética, multiplicando três vezes o salário mínimo, considerando o rendimento proveniente de actividade profissional do devedor ou despesas que o juiz considere necessárias, requeridas e fundamentadas pelo devedor – art. 239º, nº 3, al. b), para um fiduciário durante este período de cinco anos¹³⁹⁴. O fiduciário adquire os rendimentos do

¹³⁸⁸ É a ideia do mercado livre, sustentado pelos seus mecanismos reguladores, que vem “limitar drasticamente os poderes do juiz, conferindo a soberania aos credores”, cfr. José Lebre de Freitas, “Pressupostos Objectivos e Subjectivos da Insolvência”, in *Themis*, edição especial, 2005, pág. 12.

¹³⁸⁹ Assunção Cristas, “Exoneração do devedor pelo passivo restante”, in *Themis*, edição especial, 2005, pág. 165-182.

¹³⁹⁰ Menezes Leitão, *Direito da Insolvência*, 2011, 3ª ed. Almedina, Coimbra, pág. 321 seg.

¹³⁹¹ Luís A. Carvalho Fernandes, “A exoneração do passivo restantes na insolvência das pessoas singulares no Direito português”, em *Colectânea de Estudos sobre a Insolvência*, reimp., Quid Juris, Lisboa, 2011, pág. 275 seg. Ainda Assunção Cristas, “Exoneração ...”, *ob. cit.*, pág. 166, expressa que “o CIRE, embora não escapando a esta tradição, tem alguns pontos em que vai mais além e introduz soluções inovadores (...)”.

¹³⁹² A jurisprudência recepcionou sem reservas ao dispositivo legal que regulamentou a exoneração do passivo restante. Assim, o acórdão de 24 de Janeiro de 2012 do *STJ* defendeu que “o código conjuga de forma inovadora o princípio fundamental do ressarcimento dos credores com a atribuição aos devedores singulares insolventes da possibilidade de se libertarem de algumas das suas dívidas, e assim lhes permitir a sua reabilitação económica. O princípio do *fresh start* para as pessoas singulares de boa fé incorridas em situação de insolvência, tão difundido nos Estados Unidos, e recentemente incorporado na legislação alemã da insolvência, é agora também acolhido entre nós, através do regime da exoneração do passivo restante”.

¹³⁹³ Menezes Leitão, *Direito ...*, *ob. cit.*, pág. 323.

¹³⁹⁴ A transferência dos rendimentos do devedor para o fiduciário é acompanhada de uma série de condições: “estabelece um ónus a cargo do devedor (isto significa que o resultado está, a partir desse momento, totalmente dependente da sua actuação)” – Assunção Cristas, “Exoneração ...”, *ob. cit.*, pág. 170; significa que o devedor

devedor insolvente através da cessão devendo observar a separação entre o seu património e os bens (rendimentos) cedidos, podendo ser responsabilizado se não afectar à finalidade que estes rendimentos estão sujeitos – artº 241º, nº 2. Como se trata de um comerciante profissional, a separação do património (rendimentos) não deve ser apenas física mas também contabilística, evitando com rigor que não haja confusão entre o património do fiduciário e o do devedor insolvente, mas também para que a frutificação dos rendimentos, caso ocorra, fiquem determinados pois poderão facilitar o rápido cumprimento das obrigações do devedor. Como nestes casos o fiduciário tem direito à remuneração e ao reembolso das despesas realizadas – art. 240º –, fica obrigado a não utilizar para si o património fiduciário ou os seus frutos. Constitui, no final de contas, uma modalidade de *fiducia* para administração.

Sobre o Estabelecimento Individual de Responsabilidade Limitada, aprovado pelo Dec.-Lei nº 248/86, de 26 de Agosto, que logo no seu art. 1º, nº 2, determina que “o interessado afectará ao estabelecimento individual de responsabilidade limitada uma parte do seu património, cujo valor representará o capital inicial do estabelecimento”. Para a questão aqui em estudo, esta norma é demonstrativa da importância que se dá ao património de alguém que pretenda desenvolver actividade comercial, mas que não queira estar exposto aos riscos que as sociedades tradicionais apresentam, nomeadamente, a partilha com outros sócios do valor patrimonial contributivo ao desígnio societário e, às vezes, a entrega da administração do património e dos interesses dos sócios a pessoas estranhas ao contrato societário. Assim, o EIRL passou a ser um mecanismo através do qual uma pessoa singular, desenvolvendo uma actividade mercantil, limita a responsabilidade da sua actividade a um específico património que afecte para esse fim¹³⁹⁵, reduzindo a organização e a actividade comercial numa base individual e, ao mesmo tempo, esse património faz limitar a responsabilidade por dívidas resultantes da sua actividade¹³⁹⁶ – art. 10º, 11º e 22º, ressalvando que por força do art. 27º EIRL ficam salvaguardados os credores do EIRL, garantindo-lhes preferência sobre os credores comuns.

deverá cumprir com as exigências constantes do artº 238, nº 1, als. *b), c), d), e), f) e g)*, que se resume na observância de uma conduta irrepreensível nas relações jurídico económicas, bem como não se tenha registado anteriormente situações semelhantes.

¹³⁹⁵ Miguel J. A. Pupo Correia, *Direito Comercial, Direito da Empresa*, 12ª ed. revista e actualizada, com a colaboração de António José Tomás e Octávio Castelo Paulo, Ediforum, Lisboa, 2011, pág. 60-61.

¹³⁹⁶ Paulo Olavo Cunha, *Lições de Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 92 seg.

O aparecimento desta figura jurídica corresponde também a uma forte resposta da doutrina tradicional que considerava que o princípio da unidade do património, constante do art. 601º CC, não pode ser entendido hoje como fora anteriormente, segundo o qual o património não pode ser dividido e, como tal, responde por todas as obrigações do seu titular¹³⁹⁷, inovando o EIRL com a admissibilidade de a “nova forma jurídica da empresa individual de responsabilidade limitada, como património de afectação especial”¹³⁹⁸, configurado como um património autónomo¹³⁹⁹ que visa o desenvolvimento da actividade mercantil do indivíduo, ficando assim demarcada a responsabilidade patrimonial da EIRL, já que este constitui a garantia dos direitos dos créditos resultantes da actividade a que está vinculado¹⁴⁰⁰.

Nem sempre é conforme o exposto. O legislador previu situações em que uma sociedade plurisocietária pudesse ficar reduzida a um único sócio, por desistência dos demais ou por outra razão¹⁴⁰¹, estabelecendo-se, por superveniência, uma separação entre o património da sociedade tornada unipessoal e do património social do património do sócio restante. Sempre que o único sócio não conseguir recuperar a natureza plural da sociedade, não observar os preceitos que determinam a afectação do património da sociedade ao cumprimento das suas próprias fins obrigacionais e haja declaração de judicial de insolvência da sociedade desta sociedade, a responsabilidade do sócio único passa a ser ilimitada. É o comando do art. 84º CSC que criou o regime jurídico das situações de redução de uma pluralidade de sócios para um único, procurando salvaguardar situações de abuso na actuação do sócio “remanescente” que viola o imperativo de separação de patrimónios, criando

¹³⁹⁷ Ferrer Correia, “Sobre a projectada reforma da Legislação Comercial Portuguesa”, in *ROA*, nº 44, Vol. I, 1884, pág. 13 seg., fala das razões porque uma reforma naquela altura impunha-se e enumera as desvantagens da defesa do princípio da indivisibilidade do património para a defesa do património pessoal e familiar do profissional da actividade comercial.

¹³⁹⁸ Miguel J. A. Pupo Correia, *Direito ...*, ob. cit., pág. 62.

¹³⁹⁹ Paulo Olavo Cunha, *Lições ...*, ob. cit., pág. 94, qualifica a natureza jurídica do EIRL como um “património autónomo”.

¹⁴⁰⁰ Miguel J. A. Pupo Correia, *Direito ...*, ob. cit., pág. 63. Ainda José Engrácia Antunes, “O estabelecimento individual de responsabilidade limitada: crónica de uma morte anunciada”, *RFDP*, III, 2006, pág. 401 seg.

¹⁴⁰¹ O art. 142º, nº 1, al. a) do CSC prevê as situações em que a unipessoalidade derivada da sociedade perdure por mais de um ano e não tendo havido requerimento para a sua dissolução, o sócio restante pode estar interessado no *status* actual da sociedade ou sentindo-se conformado com a situação, requerer a sua continuidade como sócio único,

fragilidades no património da sociedade e, com ela, fragilidades nos interesses dos credores da sociedade¹⁴⁰².

Como outro mecanismo de gestão, podemos citar a substituição fideicomissária como sendo um instituto que legalmente prevê a separação de património. O art. 2286º CC ao determinar que o “ (...) testador impõe ao herdeiro instituído o encargo de conservar a herança, para que a reverta, por sua morte, a favor de outrem”, está claramente separando o património do fiduciário daquele que este, depois de praticar todos os actos de conservação, reverte-los a benefício de um terceiro. E mais, esta separação é mais evidente, pois a lei dispõe que os credores pessoais do fiduciário não têm o direito de se pagar pelos bens sujeitos ao fideicomisso, mas tão-somente pelos seus frutos – art. 2292º. Entende-se porque o legislador colocou esta última parte da norma, pois o fiduciário tem o gozo e administração dos bens – art. 2290º, nº 1 – e as regras do usufruto são extensivas ao fiduciário – nº 2. Por fim, o art. 2293º, nº 2 oferece a possibilidade do fiduciário se tornar proprietário definitivo dos bens hereditários, desde que o fideicomissário não pudesse ou não quisesse aceitar a herança. Nestas circunstâncias e fazendo valer um sentido teleológico conforme com a dogmática moderna, consideramos que o fiduciário é um titular fiduciário, apesar das restrições decorrentes na natureza temporária da propriedade, que parece mais uma expectativa¹⁴⁰³, que não tem outros fiduciários, nada impede que assim não seja tratado¹⁴⁰⁴.

O contrato de compra e venda com reserva de propriedade é também um mecanismo de separação patrimonial e de utilização da propriedade com fins de garantia. O art. 409º, nº 1 CC estabelece que “nos contratos de alienação é lícito ao alienante reservar para si a propriedade da coisa até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte ou até à verificação de qualquer outro evento”. Desta disposição não resulta qualquer definição legal,

¹⁴⁰² Por todos, Ricardo Costa, “Responsabilidade do sócio único: revisitação do artigo 84º do CSC”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. I, BFD, Stvdia Ivridica, Coimbra Editora, 2012, pág. 251-268.

¹⁴⁰³ Maria Raquel, “Da expectativa jurídica”, *ROA*, Ano 54, Vol. 1994, pág. 160 seg. Galvão Telles, *Sucessão Testamentária*, Coimbra Editora, 2006, pág. 99, o autor, referindo-se ao art. 2294º, explica ser compreensível a solução dada pelo legislador “visto ser puramente eventual a sobrevivência do fideicomissário ao fiduciário, requisito essencial para a efectiva sucessão daquele na herança ou no legado, efectiva sucessão sem a qual nenhum acto de disposição lhe é possível”.

¹⁴⁰⁴ Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Sucessões*, 5ª ed. revista, Coimbra Editora, 2000, pág. 229. No direito brasileiro a lei exige que todo aquele que for indicado como fiduciário deverá prestar caução – art. 1.953 § único. É condição para que o fiduciário “entre no domínio” dos bens. Se não prestar caução “idónea” nunca será proprietário fiduciário. De outra forma caberá ao fideicomissário provar a idoneidade do fiduciário. Cfr. Sílvio de Sousa Venosa, *Direito Civil – Direito das Sucessões*, 10ª ed. Editora Atlas, São Paulo, 2010, pág. 307.

sendo a tomada de uma posição legislativa que permite o proprietário tomar, nas circunstâncias que descreve, determinada posição relativa a propriedade de seus bens. Este facto ofereceu várias divergências doutrinárias e tem sido impedimento na aceitação da reserva de propriedade ser feita a favor de um terceiro financiador¹⁴⁰⁵.

Pensamos nós e, na linha de parte da doutrina que abraçamos, que da conjugação dos artigos 409º CC, que estabelece a estrutura funcional da reserva de propriedade e 408º CC que consagra o princípio do consensualismo no Direito Civil, portanto ambas normas revestidas de carácter não injuntivo¹⁴⁰⁶, pode ocorrer a transmissão da propriedade sem necessidade de um acto diferente do contrato, tão pouco da realização da tradição da coisa objecto da transmissão, podendo o efeito real ser despoletado em momento diferente da celebração do contrato. Na base da autonomia da vontade, o proprietário disponibiliza o direito sobre a sua propriedade (e não as suas utilidades) para garantir a concessão de crédito, ocorrendo simplesmente a funcionalização do direito de propriedade numa direcção diferente da sua típica função, que é operada através de qualquer estrutura de alienação ou com a *verificação de qualquer evento*. Assim, as posições das partes do contrato (vendedor, comprador e financiador) tomam posições jurídicas que melhor clarificam o funcionamento da transmissão do direito de propriedade, ficando o seu domínio sob reserva do financiador.

¹⁴⁰⁵ Sobre a natureza jurídica da reserva de propriedade, temos os autores Pires de Lima e Antunes Varela, *Código ...*, Vol. I, ob. cit., pág. 334 e Heinrich Hörster, *A parte ...*, ob. cit., pág. 493 são defensores da tese da condição suspensiva; a tese da venda obrigatória é defendida fora do território luso, fundamentalmente por Francesco Galgano, *Diritto Civile e Commerciale, Le obbligazione e i contratti*, Vol. II, Tomo II, 2ª ed., Cedam, Padova, 1993, pág. 27. A tese da condição resolutiva que foi longinquamente defendida por Cunha Gonçalves, *Da compra e venda no direito comercial português*, Coimbra Editora, 1925, pág. 475. A tese da dupla propriedade, cuja fonte de defesa é a Itália – Marco Comporti, *contributo allo studio del diritto reale*, Giuffrè, Milano, 1971, pág. 371 – e Espanha – Maria Belén Andreu Martinez de Velasco, *La reserva de domino en el concurso*, Granada, Editorial Comares, 2009, pág. 63. A tese da reserva de propriedade com função real de garantia, Pinto Duarte, *Curso de ...*, ob. cit., pág. 263 seg. Por fim, quem considera a reserva de propriedade como a combinação de uma venda com efeito translativo diferido e de uma posição de expectativa real do comprador Maria Peralta, *Posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*, Almedina, Coimbra, 1990, pág. 165. Menezes Leitão, *Direito ...*, Vol. I, ob. cit., pág. 200 seg.

¹⁴⁰⁶ Aqui tomamos partido do que os Professores Almeida Costa (“Alienação Fiduciária em garantia e aquisição de casa própria – Notas de direito comparado”, *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Ciência Humanas da Universidade Católica Portuguesa, Vol. I, 1980, pág. 49) e Ferreira Almeida (“Transmissão contratual da propriedade – Entre o mito da consensualidade e a realidade de múltiplos regimes”, *Themis*, Vol. I, nº 11, 2005, pág. 5 seg) tomam ao considerar que o princípio do consensualismo é hoje tomado como uma regra supletiva, posição que Mónica Jardim (A actual problemática a propósito do princípio da consensualidade”, *BFDUC*, Vol. XC, Tomo I, 2014, pág. 179-218) não defende, preferindo manter-se fiel aos cânones que presidiram à construção deste princípio, mesmo contra o reconhecimento generalizado na doutrina lusa que o aparecimento de novas formas de vida económica trouxeram novas formas de transmissão do direito de propriedade.

O vendedor ganha uma posição de proprietário limitada com a função de garantia, até que o adquirente cumpra com as suas obrigações. O comprador sem um terceiro financiador é, nos termos gerais da reserva de propriedade, titular de um poder, na medida em que, mesmo encontrando-se numa situação de expectativa de vir a ser um titular de direito real, poderá perseguir a coisa em caso de cumprimento das suas obrigações. Como os mecanismos tradicionais de garantia já não respondem ao dinamismo da necessidade de crédito, a instrumentalização da transmissão do domínio da propriedade passou a garantir o acesso ao financiamento do interessado pelo serviço ou bem de consumo, não prestado pelo fornecedor do serviço ou bem mas por um terceiro financiador, normalmente pessoa jurídica com competência profissional e capacidade financeira que lhe coloca numa posição economicamente vantajosa. Assim, o contrato passou a ser triangular, e o beneficiário da reserva de propriedade passou a ser o terceiro financiador, que concede o empréstimo, pagando o preço do bem ou serviço adquirido do vendedor, que por acordo assegura a reserva de propriedade deve estar a favor do financiador. Desta forma, as três partes, através de um programa comum, manifestado por meio do negócio jurídico enquanto acto de regulamentação, vai atender a realização de interesses comuns, apresentando semelhanças com a alienação fiduciária em garantia.

No que toca ao nosso estudo, perguntamos que importância tem a reserva de propriedade para demonstrar a segregação patrimonial? A resposta pode ser encontrada em alguns institutos existentes no ordenamento jurídico (citaremos apenas dois, por não ser, a reserva de propriedade e a locação financeira, objecto central da tese), cujo regime consta do art. 104º, CIRE. No primeiro caso, a questão a debater está relacionada com a situação de insolvência do vendedor, mas ainda assim a lei dar a possibilidade do comprador poder exigir o cumprimento do contrato se a coisa já lhe tiver sido entregue na data da declaração da insolvência. O sentido e alcance normativo constante no nº 1 do art. 104º esclarece, que apesar da propriedade continuar na esfera de domínio do vendedor insolvente, o comprador fiel às suas obrigações, tem legitimidade de exigir a conclusão do contrato. O poder jurídico que o comprador tem só é possível porque na esfera patrimonial do devedor insolvente a propriedade do bem em causa e que se encontra sob reserva está separado da massa susceptível de

execução dos credores do vendedor¹⁴⁰⁷. Estando a propriedade funcionalizada a garantir um crédito, priva o vendedor de usufruir as utilidades que a propriedade oferece, e por isso é que está sob reserva, mas em contra ponto oferece ao comprador a fruição de um direito de que ainda não se efectivou na sua esfera jurídica. É assim porque, primeiro, se reconhece uma expectativa de aquisição com carácter real na esfera do comprador e, segundo, é preciso assegurar ao financiador que o risco do crédito, que não é bom que seja assumido pelo vendedor, está coberto pelo bem objecto da reserva de propriedade. Esta última situação é reforçada pela ideia de que a propriedade do vendedor é instrumental porque afectada à realização de um fim e, assim, exterior a massa patrimonial susceptível de ser garantia ao cumprimento das suas obrigações¹⁴⁰⁸. A segregação patrimonial e a sua subsequente posição em que se acha o devedor insolvente se estende para o regime constante no art. 104º, nº 2. Na verdade, no âmbito da locação financeira, ao locador lhe é outorgada a qualidade de proprietário do bem, mas instrumentalizada à realização de um fim, no caso, de garantir o cumprimento das obrigações do locatário. Nestes termos, o locador não tem para si o aproveitamento das utilidades da propriedade do bem¹⁴⁰⁹, que são transferidas para o locatário, sujeito que tem inscrito na sua esfera jurídica um direito de crédito ao gozo de tais utilidades e ao direito de aquisição do bem locado. A natureza da posição proprietária do locador, da instrumentalização do bem locado para efeitos de garantia e a correspondente segregação patrimonial, leva a considerar a locação financeira como um instituto estruturado a partir do negócio fiduciário para garantia¹⁴¹⁰.

O quadro legal – Dec.-Lei nº 453/99, de 5 de Novembro, entretanto alterado pelo Dec.-Lei nº 82/2002, de 5 de Abril e pelo Dec.-Lei nº 303/2003, de 5 de Dezembro – que regula a titularização de créditos também consagra a segregação patrimonial e a existência de património autónomo. A titularização de crédito é uma operação complexa cuja estrutura

¹⁴⁰⁷ Menezes Leitão, *Garantias das ...*, ob. cit., pág. 261, que considera que a exigência da forma escrita da cláusula de reserva de propriedade é estabelecida no art. 104, nº4 CIRE, “para estabelecer a sua oponibilidade à massa insolvente”. Continua afirmando que a solução constante nesta norma “ (...) tem, no entanto, natureza claramente excepcional, pressupondo que em condições normais os credores do vendedor não poderão executar os bens alienados sob reserva de propriedade”, pág. 265.

¹⁴⁰⁸ Pestana de Vasconcelos, *Direito das ...*, ob. cit., pág. 384 seg.

¹⁴⁰⁹ Pestana de Vasconcelos, *Direito das ...*, ob. cit., pág. 456. Afirma o autor que “a propriedade do locador-financeiro (...), consiste meramente numa garantia do seu crédito: o bem em si só lhe interesse para esse fim”. Ainda pode ser consultado, P. Romano Martinez/ P. Fuzeta da Ponte, *Garantias de ...*, ob. cit., pág. 250.

¹⁴¹⁰ Pestana de Vasconcelos, *Direito das ...*, ob. cit., pág. 449. Diz o Professor do Porto que o “contrato em questão é um verdadeiro negócio fiduciário típico”.

corresponde a existência de uma aquisição de créditos através de uma entidade que emite *valores mobiliários* para o financiamento desta mesma aquisição, ficando na obrigação de transmitir para os subscritores desses *valores* os rendimentos de créditos, contra a remuneração pelos serviços prestados¹⁴¹¹. A complexidade desta figura jurídica reside no facto de abarcar um processo funcional e estrutural único mas assente na existência de várias relações jurídicas, entre cedentes e cessionários, adquirentes de créditos e investidores, na cessão e gestão de créditos e na emissão de valores mobiliários¹⁴¹². O processo de intervenção que a figura comporta, reflecte a importância que tem no mercado financeiro. Oferece vantagens para os cedentes, para os investidores e para a economia de uma forma geral¹⁴¹³, facto que eleva os riscos de conflitos de interesses entre os operadores e destes com os seus credores. Basta analisar o que a lei diz: o art. 5º, nº 1 determina que sempre que for celebrado o contrato de cessão também se acordará que o cedente actuará como gestor dos créditos cedidos, sem exclusão da possibilidade da gestão vir a ser feita por uma terceira entidade idónea – nº 2. Com este quadro é justificável haver uma separação de patrimónios na esfera jurídica do cessionário. Assim determina o art. 62º, nº 1 que “os créditos afectados ao reembolso de uma emissão de obrigações titularizadas, bem como o produto do reembolso daqueles e os respectivos rendimentos, constituem em património autónomo, não respondendo por quaisquer dívidas da sociedade de titularização de créditos até ao pagamento integral dos montantes devidos aos titulares das obrigações titularizadas que constituem aquela emissão e das despesas e encargos com esta relacionadas”. O mesmo artigo, mas no nº 2, exige que haja descrição em contas segregadas da sociedade, dos bens que integram em cada momento o património autónomo, devendo estar especificadas sob forma codificada nos documentos de emissão¹⁴¹⁴.

¹⁴¹¹ Diogo Leite de Campos/Cláudia Saavedra Pinto, *Créditos Futuros, Titularização e Regime Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 10.

¹⁴¹² Diogo Leite de Campos/Cláudia Saavedra Pinto, *Créditos ...*, ob. cit., pág. 10-11. João Calvão da Silva, *Titul[ariz]ação de Créditos*, 2ª ed., revista e aumentada, Almedina Coimbra, 2005, pág. 7-8.

¹⁴¹³ João Calvão da Silva, *Titul[ariz]ação ...*, ob. cit., pág. 10-12. O Professor de Coimbra enumera, as vantagens que a figura oferece para os cedentes, investidores e para a economia, indicando com algum pormenor. Também, Diogo Leite de Campos/Cláudia Saavedra Pinto, *Créditos ...*, ob. cit., pág. 34 seg.

¹⁴¹⁴ João Calvão da Silva, *Titul[ariz]ação ...*, ob. cit., pág. 139-144. Diogo Leite de Campos/ Cláudia Saavedra Pinto, *Créditos ...*, ob. cit., pág. 91. Ainda Diogo Leite de Campos/Manuel Monteiro, *Titularização de Créditos, Anotações ao Decreto-Lei nº 453/99, de 5 de Novembro*, Almedina, Coimbra, 2001, pág. 103, entendem que “o conjunto de créditos que sejam afectos, pela sociedade, a uma determinada emissão de obrigações titularizadas passa a constituir um verdadeiro património autónomo. Assim, enquanto a emissão em causa não for integralmente reembolsada, os créditos que façam parte do património autónomo afecto à emissão não podem

Por fim, a alienação fiduciária em garantia, cujo regime vem regulado no Dec.-Lei nº 105/2005, de 8 de Maio, em vigência por imposição da Directiva 2002/47/CE do Parlamento e do Conselho, de 6 de Junho, implica a “transmissão da propriedade do objecto da garantia para o respectivo beneficiário”¹⁴¹⁵, a título de garantia, e deve manter-se separada do património do beneficiário, feita através do registo em conta – artigos 73º, 74º, 80º e 306º, nº 1 do CVM – regulando a constituição dos valores mobiliários, a presunção do direito de titularidade sobre os valores, o processo de transmissão dos valores mobiliários e o princípio segundo o qual, o desenvolvimento da actividade do intermediário financeiro, deve assegurar-se que os bens pertencentes a cada um dos seus clientes estão separados do seu património. O art. 14º do Dec.-Lei nº 105/2004, sob a epígrafe “deveres do beneficiário da garantia”, determina três deveres: o beneficiário da garantia deve restituir a garantia financeira prestada; entregar ao prestador a quantia em dinheiro correspondente ao valor que o objecto da garantia em no momento do vencimento da obrigação; e livrar-se da sua obrigação por meio de compensação. Estes deveres apenas são exigíveis porque, como dispõe a Directiva no seu considerando nº 13, “a validade dos acordos de garantia financeira baseados na transferência da plena propriedade da garantia financeira” deve ser protegida e por força também do disposto no art. 2º, al. b) da mesma Directiva, define «acordo de garantia financeira com transferência de titularidade», com sendo “um 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”.

Para assegurar a eficácia do acordo, os mecanismos de falência são afastados, facilitando que os bens objecto da transferência para fins de garantia fiquem separados do património do beneficiário e salvos de acções de execução – arts. 16º a 19º do Dec.-Lei nº 105/2004 e 306º, nº 2 do CVM.

responder por nenhuma outra dívida da sociedade. Não podem, igualmente, ser objecto de transmissão”. Neste último ponto acrescemos que vai na direcção da defesa do fiduciante, naquelas casos que o fiduciário não retransmite o direito de propriedade quando o deveria fazer, e aliena a terceiros. Pois, se há a obrigação, nalguns casos contratual mas noutros legal, se ocorrer a transmissão esta é nula, por violação de disposição contratual ou da lei.

¹⁴¹⁵ Cfr. Preâmbulo do Dec.-Lei nº 105/2004, de 8 de Maio.

IX. Podemos então concluir que a separação patrimonial é dos elementos característicos dos negócios fiduciários, pois com ela podemos afirmar que o património fiduciário está a salvo da alienabilidade e impenhorabilidade por parte dos credores do fiduciário, seja quando o seu património deva ser chamado como garantia geral das suas obrigações (art. 601º) seja para definir a posição jurídica do fiduciante¹⁴¹⁶. Fica também claro que só se fala de titularidade fiduciária se for aceite o instrumento da separação patrimonial, verdadeiro garante de que o fiduciário é proprietário porque há um fim a ser realizado, é uma titularidade funcionalizada a realização de produção de efeitos jurídicos queridos pelas partes ou, até mesmo, determinados por disposição legal.

Do percurso elaborado verificamos que em todas as situações de segregação patrimonial o motivo indicado pelo legislador foi uniforme, o de colocar a salvo dos credores gerais de quem é transmissário dos bens afectados à realização de um fim. Os vários institutos consultados demonstraram serem estrutural e funcionalmente diferentes, mas apresentaram uma intenção teleológica e axiológica de sequência manifestada na afectação de bens para a realização de um objectivo que, para o estudo a desenvolver, assenta na estrutura do mandato sem representação, e visa precisamente oferecer respostas aos regimes de responsabilidade patrimonial.

Assim, a segregação patrimonial pode ser considerada um valor normativo de elevada importância, capaz de elucidar o alcance da segunda parte do art. 601º CC e ultrapassar uma certa doutrina que, amarrada aos dogmas do passado têm entendido não ser possível construir patrimónios autónomos¹⁴¹⁷. Mas ligar o fenómeno da segregação patrimonial ao regime de responsabilidade por dívidas é reduzir as suas qualidades normativas e negar a suas potencialidades de projectar-se em outras zonas do Direito. Assim, e por exemplo, a segregação patrimonial pode servir para afectar parte do património do seu titular a realização de interesses filantrópicos, destinando os lucros destes bens ao apoio de crianças carentes, etc. Não interessa avançar por este caminho, pois aqui interessa é fazer uma avaliação construtiva ao efeito de separação patrimonial nas relações fiduciárias que tenham por fim pôr a salvo bens afectados à realização de um fim, por isso, impossíveis de desempenharem fins diversos

¹⁴¹⁶ André Figueiredo, *O Negócio ...*, ob. cit., pág. 264 seg.

¹⁴¹⁷ Muito recentemente A. Barreto Menezes Leitão parece estar em dúvidas sobre uma autonomia ou categoria normativa do património autónomo. Diz que “a incontestabilidade desta questão (a do acolhimento desta solução), contrasta com as acentuadas dificuldades em construir uma doutrina que defenda a posição do beneficiário contra alienações a terceiros de má-fé”. *Do Trust ...*, ob. cit., pág. 1105 seg.

do acordado no *pactum* e de responderem por dívidas próprias do fiduciário. Mas uma questão se afigura pertinente colocar. Não podemos considerar que a imposição da segregação patrimonial e as soluções daí advenientes, criadas pelo legislador não são exclusivas, pelo contrário, podem ser estendidas aos negócios fiduciários atípicos, porque a intenção regulamentar e protectora ínsita no ordenamento jurídico não deveria ser diferente, sob pena de afectar a unidade e consistência do sistema, e seria também um forte atentado contra o princípio da liberdade contratual, privando as pessoas de destinarem o seu património para a realização das mais diversas funções económicas que dele se pode retirar. Como este entendimento foi alcançado, passemos então para a outra questão de não menos importância, que é a relativa aos meios de defesa que estão ao dispor do fiduciante em caso da chamada infidelidade do fiduciário ou em caso dos seus credores pessoas pretenderem executar os bens dados em *fiducia*.

SECÇÃO V

OS MEIOS DE DEFESA DO FIDUCIANTE

1 – A tutela do fiduciante: a segregação patrimonial e a satisfação do interesse do fiduciante

I. A satisfação do interesse secundário do fiduciante realiza-se pela prestação a que o fiduciário está adstrito: a retransmissão dos bens fiduciados, ou a sua entrega a um terceiro, pois o interesse primário é a realização do escopo pelo qual se operou a transmissão da posição activa de conteúdo patrimonial. O credor/fiduciante, enquanto titular do interesse pré-definido no *pactum* a ser satisfeito pela realização da prestação devida, toma o comando da mesma podendo exigir que o devedor/fiduciário adopte um comportamento positivo (actuando no sentido da realização da prestação), ou através de acto decorrente da autonomia da vontade “só de *per si* ou integrado numa decisão judicial, produzir efeitos jurídicos que inelutavelmente se impõe à contraparte”¹⁴¹⁸. Quando a vontade do credor/fiduciante se integrar numa decisão judicial é porque a extinção da obrigação do fiduciário não ocorre através do cumprimento voluntário, mas de forma *anómala*¹⁴¹⁹, já que a obrigação de prestar do fiduciário é-lhe imposta judicialmente. Apura-se, afinal, que o projecto do cumprimento pelo fiduciário assente no vínculo obrigacional e assegurado no *pactum fiduciae* está sob domínio do interesse do fiduciante, situação que é fundamentada pelo facto de que, nos termos do art. 398º, nº 2 CC, o conteúdo da prestação a realizar pelo fiduciário deve corresponder a um interesse digno de protecção legal do fiduciante¹⁴²⁰. Assim, a primeira obrigação a ser observada pelo fiduciário e que é a primeira defesa do fiduciante, é o cumprimento dos deveres de segurança no tráfico¹⁴²¹ e dos deveres de protecção¹⁴²².

¹⁴¹⁸ Carlos Mota Pinto, *Teoria ...*, ob. cit., pág. 178-184.

¹⁴¹⁹ Manuel Januário da Costa Gomes, *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, Almedina, Coimbra, 1989, pág. 13. Este autor tratou de chamar *anómalas* aquelas situações em que o cumprimento não surge de modo natural, mas que “considerando formalmente o direito de exigir a realização da prestação e o dever de a efectuar, são *anómalas* (...)”, e indica como exemplos as situações de impossibilidade superveniente da prestação, relativa à pessoa do credor, na dação em cumprimento, na remissão, na novação, na consignação em depósito e na compensação.

¹⁴²⁰ Manuel Januário da Costa Gomes, *Em Tema ...*, ob. cit., pág. 11-12.

¹⁴²¹ Sinde Monteiro, *Responsabilidade por ...*, ob. cit., pág. 300 seg.

¹⁴²² Carneiro da Frada, *Contrato e ...*, ob. cit., pág. 56 e 178 seg.

No negócio fiduciário a separação patrimonial bem como a instrumentalização dos bens fiduciários constituem a base de delimitação da responsabilidade patrimonial do fiduciário, cujas consequências vão conflitar com os interesses dos seus credores. Não dissemos conflitar para atenuar os fundamentos que avocamos para justificar as virtualidades que a propriedade oferece aos indivíduos para a satisfação das suas necessidades. Por isso, a propriedade e as diversas funções que ela pode desempenhar e que a prática da vida vem demonstrando, têm de ser acompanhadas com uma atitude actualizadora para não recuar ao espaço da tese doutrinal própria do positivismo legalista (que se amarrou aos cânones legais sem deles extrair o seu sentido teleológico e axiológico), sob risco de ferirmos o esforço meritório que sectores importantes da doutrina e da jurisprudência têm empreendido.

Pensamos ter tentado elaborar uma demonstração que justifique surpreender, no vasto sistema juscivilístico, quadros normativos que quando explorados nos oferecem critérios de solução dos nossos problemas. Um deles, e talvez o de mais fácil compreensão, é o que pode ser retirado das potencialidades normativas constantes na disciplina do art. 1184º CC. Antes de qualquer avanço, importa recordar com Castanheira Neves que “o direito não é antes da sua realização, pois só na sua realização adquire a sua autêntica existência e vem à sua própria realidade”¹⁴²³. É preciso, afinal, conhecer o substrato sobre o qual assenta a vigência da normatividade da ordem social, e só a reconhecemos porque o direito, *rectius*, o contrato, é uma entidade prática. “Não temos direito só porque pensamos a essência jurídica ou a juridicidade, ou porque construímos um sistema de normatividade jurídica”¹⁴²⁴, mas temos direito porque ele é a nossa realidade diária. Ora, se é assim o direito e se o nosso sistema jurídico permite explorar as suas virtualidades, por que razão não aceitar soluções baseadas num sistema postulado teleológica e axiologicamente na nossa realidade social muitas vezes tipificada?

II. O problema (para os que não admitem o negócio fiduciário) normativo da segregação patrimonial e a função que a propriedade funcionalizada para a realização de um fim consensualizado estão a desaparecer. Recapitulando a defesa já feita, o art.1184º CC é estruturalmente composto por uma relação em que, por força da transferência de uma massa

¹⁴²³ *Metodologia ...*, ob. cit., pág. 25.

¹⁴²⁴ Castanheira Neves, *Metodologia ...*, ob. cit., pág. 25.

de bens, o mandatário fica investido numa posição proprietária activa para a realização de um determinado fim. Cumprido o escopo fiduciário, o mandatário fica obrigado a retransmitir aquela massa de bens, obrigação contra a qual o mandante tem o direito de exigir o seu cumprimento. Assim, se o dever principal do mandatário não for alienar a propriedade que fiduciariamente lhe está atribuída, violará sempre o pacto fiduciário. Aqui inicia uma primeira limitação à titularidade fiduciária: só a pode exercer conforme a finalidade acordada e nos termos normativos da sua afectação funcional. Por isso, todo o acto jurídico tomado pelo mandatário que vai para lá da função económica e social da atribuição da posição proprietária é ilegítimo. A segunda limitação está relacionada com o facto de que, mesmo que os direitos adquiridos pelo mandatário em execução do contrato estejam inscritos na sua esfera jurídica, devem ser retransmitidos ao mandante, pessoa por conta de quem é funcionalizada a propriedade fiduciária. Por isso, a possível resistência em não transmitir os bens fiduciários ao mandante pode corresponder, em primeira instância, a falta de cumprimento do acordado e, em segunda instância, consoante o caso, abuso de direito ou enriquecimento sem causa¹⁴²⁵. A terceira limitação à titularidade fiduciária diz respeito à conjugação finalística da obrigação legal de transmissão dos direitos do mandatário ao mandante (art. 1181º CC) com a segregação patrimonial também legalmente imposta ao mandatário, para que os bens transferidos e adquiridos não respondam perante os seus credores (art. 1184º CC).

Feito este esboço delimitador da esfera de titularidade do mandatário, o que se pode extrair da disciplina constante no art. 1184º CC é o seu sentido normativo que abrange

¹⁴²⁵ Aqui há que valorar o sentido em que o regime geral do enriquecimento sem causa define as situações do seu surgimento, para que “quando o enriquecimento criado está de harmonia com a ordenação jurídica dos bens aceita pelo sistema, pode asseverar-se que a deslocação patrimonial tem causa justificativa; se, pelo contrário, por força dessa ordenação positiva, ele houver de pertencer a outrem, o enriquecimento carece de causa”, cfr. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código ...*, Vol. I, ob. cit., pág. 456. Para o estudo em causa, o que nos interessa são as situações em que o fiduciário aliena o património fiduciário, ou parte dele, gratuitamente a um terceiro. Nestes casos, o legislador civilista previu três situações. Vejamos a ordem em que vêm enumeradas no Código Civil: a primeira consta do art. 289º, nº 2 (Efeitos da declaração de nulidade e da anulação), em que a nulidade ou anulabilidade de alienação gratuita obriga à restituição fundada na invalidade do negócio; em segundo lugar, o art. 481º (Obrigação de restituir no caso de alienação gratuita) e, em terceiro lugar, o art. 616º (Efeitos [da impugnação pauliana] em relação ao devedor). Nestas situações, como bem defende Menezes Leitão, “(...) o empobrecido pode agir directamente contra um terceiro exigindo a restituição de prestações conferidas pelo alienante através de um negócio em que não é parte”. *O Enriquecimento Sem Causa no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 825. Estas três situações constituem um eixo director para enquadrar a defesa do fiduciante nos casos em que o fiduciário aliena gratuitamente os bens fiduciários, realizando, por exemplo, uma doação. O DCFR proíbe o enriquecimento sem causa do *trustee*. A combinação dos artigos X. – 3:201 (*Additions to the trust fund*), X. – 6:109 (*Obligation on to obtain unauthorised enrichment or advantage*) e X. – 7:203 (*Disgorgement of unauthorised enrichment*). O *STJ* português em acórdão de 29 de Abril de 2014 seguiu o mesmo caminho. Consultado a 12 de Outubro de 2016 em www.dgsi.pt

positivamente as relações fiduciárias, que a ordem jurídica aceita, servindo de critério jurídico e metodológico de decisões judicativas e assim encontrar soluções para os problemas concretos¹⁴²⁶. O que a regra jurídica em referência nos oferece também, é uma intenção prática normativa para todas as relações sociais mesmo que não assimiláveis na sua totalidade pela disciplina constante neste artigo, mas poderem ser “acomodadas”, tendo em consideração os fins e valores consagrados nas ditas relações sociais. Assim, a figura do mandato sem representação serve muito bem de *modelo* de referente normativo de *actuação* e *responsabilidade* do fiduciário, e de defesa do fiduciante e dos terceiros beneficiários, pois o que afinal está em causa não é a procura de um modelo como objecto a conhecer para as relações fiduciárias *proprio sensu*, mas sim identificar a similitude da resolução dos problemas que os negócios fiduciários e o contrato de mandato sem representação oferecem¹⁴²⁷ no actual contexto do ordenamento jurídico.

III. A propriedade pode ser transmitida para realizar um fim determinado, privando o seu titular das utilidades que ela proporciona, fixando-se num outro objectivo funcional: a segurança do cumprimento de um dever contratual para administração ou para garantia. Assim, o *ius separationes* pode, afinal, constituir uma vantagem para os credores das partes, que terão ao seu dispor bens determinados que podem (ou não) cobrir as dívidas, com eficiência, simplicidade, e ser processualmente expeditos na sua execução (porque estão alheios a quaisquer desígnios que não o de serem garantia geral do devedor). Situação que, de resto, não constitui novidade alguma porque os romanos já assim procediam com a *fiducia cum creditore*¹⁴²⁸.

O acto translativo destinatário está subjacente a uma *causa mandati* que coloca o fiduciário numa posição de titularidade dos bens *por causa* de um *mandato destinatário* translativo¹⁴²⁹. Em algumas situações é a lei¹⁴³⁰ e a jurisprudência¹⁴³¹ que não só permitem a realização de transferência de bens para o cumprimento de determinado fim, como também

¹⁴²⁶ Castanheira Neves, *O Actual ...*, ob. cit., pág. 63 seg.

¹⁴²⁷ Castanheira Neves, *O Actual ...*, ob. cit., pág. 64. A propósito da interpretação jurídica defende que “o direito não é *objecto* a conhecer, e sim *problema* a resolver”.

¹⁴²⁸ A. Santos Justo, *Direito ...*, Vol. II, ob. cit., pág. 167.

¹⁴²⁹ Umberto Stefani, *Destinazione ...*, ob. cit., pág. 102.

¹⁴³⁰ Dec.-Lei nº 105/2004, de 8 de Maio, sobre os acordos de garantia financeira, que introduziu a alienação fiduciária em garantia.

¹⁴³¹ Acórdão do *STJ*, de 02 de Outubro de 2008, visitado a 15 de Julho de 2015 em www.dgsi.pt

admitem que, com aquele acto translativo, os bens fiquem separados dos bens do fiduciário e assim não sejam executados pelos seus credores, sejam registados para realizarem o fim acordado e desempenhem efectivamente a função para a qual foram destinados.

A questão parece resolver-se definitivamente se entendermos que os deveres do fiduciário têm a ver com dois pólos diferentes mas interligados: deveres relativos ao substrato patrimonial do negócio fiduciário e deveres em relação ao fiduciante e aos beneficiários. Aqueles dizem respeito, fundamentalmente, ao poder de disposição que o fiduciário tem, resultado da transmissão feita pelo fiduciante do direito de propriedade sobre tais bens. O poder de disposição permite que o fiduciário tome todas as diligências necessárias para que a realização do objectivo constante no *pactum* se manifeste como efeito jurídico contratual ou legal¹⁴³². Para tal, deve adoptar um comportamento correspondente ao dever de cuidado, de guarda e de conservação, bem como o de um gestor criterioso, o que vai consubstanciar a existência de poderes de administrar. A distinção e parentesco entre poderes de disposição e poderes de administração nas relações fiduciárias são mais evidentes no *Trust*¹⁴³³. Já os segundos, porque mais ligados à pessoa do fiduciante ou a terceiros beneficiários, dizem respeito ao dever de boa fé e de lealdade, de cooperação, assim como ao dever de evitar conflitos de interesses. As consequências do não cumprimento destes deveres podem constituir o fiduciário em responsabilidade civil, por violação do contrato ou da lei.

2 – O abuso de direito. O cumprimento pelo fiduciário do *pactum fiduciae*

I. O abuso de direito – art. 334º CC – não é apenas um dos limites que pode ser apontado ao titular fiduciário do direito de propriedade¹⁴³⁴, é também um meio de defesa do fiduciante. É o instrumento jurídico através do qual se procura evitar que, no exercício de um

¹⁴³² Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos ...*, Vol. I, ob. cit., pág. 33.

¹⁴³³ David Hayton, *The Law of ...*, ob. cit., pág. 31 seg. Os *administrative powers* são para a realização de uma gestão transparente do *Trust*, e compreendem as faculdades para cuidar, conservar, frutificar, ou tomar qualquer acto que correspondam aos fins constantes no acto constitutivo. Os *dispositive powers* não são facilmente identificáveis em qualquer *trust* (aparecem mais nos *family trusts*), dizem respeito ao poder de alienar, de manutenção, e a todos os poderes para melhor levar a cabo a gestão do *trustee*.

¹⁴³⁴ As limitações ao poder do titular do direito de propriedade são encontradas no âmbito do Direito Administrativo, com a expropriação, requisição, servidões administrativas, algumas restrições de utilidade pública. No âmbito do direito privado podem ser apontadas as relações de vizinhança, o concurso de direitos e o estabelecimento de equilíbrio entre o direito de propriedade e o direito ao ambiente e à saúde – cfr. Madalena Teixeira, “As limitações ao direito de propriedade de bens imóveis no Direito português”, *CENoR*, nº 1, 2013, pág. 137-170, com a indicação bibliográfica aí constante.

qualquer direito sejam intoleravelmente ultrapassados os limites impostos pela boa fé, bons costumes ou pelo fim social ou económico do referido direito. Ora, quando o fiduciário é investido na titularidade do direito fiduciário, passa a exercer determinados poderes que estão contidos na estrutura do referido direito para a prossecução de um interesse que não deve exorbitar o fim do direito subjectivo ou do contexto em que ele deve ser exercido¹⁴³⁵. Estas condicionantes são os ditames da boa fé e o fim típico social e económico manifestado no *pactum fiduciae*. O negócio fiduciário desempenha uma função económico-social que indica “a sua finalidade metajurídica, fundamental e global”¹⁴³⁶, pelo que, a sua inobservância corresponderá sempre a violação de um imperativo ético-social. Afinal, o fiduciário tem o dever de actuar de boa fé no cumprimento da sua obrigação, bem como no exercício do direito correspondente – art. 762º, nº 2 CC¹⁴³⁷. Do acordo fiduciário decorrem elementos normativos que densificam o conteúdo da previsão do art. 334º e, independentemente da consciência do fiduciário sobre se os actos que pratica estão em conformidade ou não com a proibição do abuso, a sua conduta será ilegítima se exercer de forma contrária aos poderes que convencionalmente lhe foram conferidos¹⁴³⁸, ofendendo o fim pelo qual a transferência da propriedade se operou. Ainda que a situação em causa não tenha na letra da lei uma tutela directa, devem considerar-se abrangidas todas aquelas situações em que o fiduciário não exerce os poderes que lhe foram transferidos conforme do *pactum* ou simplesmente não os exerce, estando perante uma situação inércia ou omissão¹⁴³⁹. O que mais importa para a qualificação do comportamento *in concreto* do fiduciário é, primeiro, considerar o fundamento do direito a exercer, que é constituída pela ordem valorativa e material constante no plano interno do mesmo direito subjectivo, para tal, e em segundo lugar, o exame do comportamento do abusador deve ser determinado numa situação concreta historicamente localizada. Nestas situações, a directriz que deve ser seguida é a de que o fundamento axiológico do direito fiduciário (*rectius*, do direito subjectivo) constitui exactamente o limite do seu exercício. Nestes termos, se o exercício do direito subjectivo for contrário ao fundamento axiológico-

¹⁴³⁵ Acórdão do STJ de 17 de Maio de 2016, consulta a 2 de Outubro de 2016 em www.dgsi.pt

¹⁴³⁶ Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos ...*, II, ob. cit., pág. 111.

¹⁴³⁷ Síndez Monteiro, *Responsabilidade ...*, ob. cit., pág. 540, entende que “ (...) no cumprimento das suas obrigações tem, segundo a boa fé, de ter em conta os interesses do credor, então, quase como uma evidência, na extensão desta ideia, ao credor também se lhe exige que exerça os seus direitos tendo em consideração os interesses do devedor, e com isso um exercício não abusivo”.

¹⁴³⁸ Galvão Telles, *Obrigações ...*, ob. cit., pág.

¹⁴³⁹ Almeida Costa, *Obrigações ...*, ob. cit., pág. 87.

jurídico a ele subjacente, havendo uma dissociação da intenção normativa que deveria constituir e integrar o fim material do direito a exercer, podemos afirmar que há abuso do direito. A realidade material constitui o sentido ou fundamento objectivo do direito a exercer, que constitui o limite do exercício do direito, pelo que, no *pactum fiduciae* encontramos o fundamento que ordena de forma valorativa e material o comportamento do fiduciário.

Deste modo, o exercício do direito fiduciário deve caber na estrutura formal desenhada pelas partes ou pela lei, e deve coincidir com o fundamento axiológico do poder da situação de titularidade fiduciária, ou seja, o comportamento do fiduciário, o exercício do direito subjectivo de que a titularidade deriva da transferência fiduciária de um direito, deve preencher a materialidade que é o substrato da estrutura jurídico-formal do poder em causa. Por isso, para que haja tutela de todas as situações em que há uma proibição com a finalidade de se garantir um mínimo possível de valores ético-jurídicos no contacto intersubjectivo entre as partes nas relações jurídicas, mesmo que a convenção havida não faça referência expressa a determinada conduta¹⁴⁴⁰, é necessário que a estrutura do direito fiduciário seja direccionada numa mesma e única intenção jurídica, pela razão ou base material que lhe subjaz e através da qual a situação concreta deve ser permanentemente ponderada, para ser ou não considerado o exercício de um determinado direito fiduciário conforme com a ordem jurídica¹⁴⁴¹. Foi por isso que dissemos que a titularidade do direito de propriedade fiduciária constitui um instrumento com o qual o fiduciário pratica determinados actos com vista à satisfação dos interesses do fiduciante e, para tal, os poderes que o fiduciário tem não podem ser exercidos de forma contrária àquela funcionalidade estruturalmente formada, em atenção à materialidade manifestada no interesse do fiduciante, sob pena de o seu comportamento ser desconforme com a própria estrutura jurídico-formal do direito fiduciariamente transmitido ou estar em contrariedade com o sentido normativo do direito a exercer, configurando um abuso de direito¹⁴⁴²; a finalidade que as partes acordaram definir para o exercício do direito de

¹⁴⁴⁰ No mesmo sentido segui o *STJ*. Acórdão de 08 de Setembro de 2016, visto a 2 de Outubro de 2016, em www.dgsi.pt

¹⁴⁴¹ Fernando Augusto Cunha de Sá, *Abuso do Direito*, 2ª reimpr.da edição de 1973, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 454 seg.

¹⁴⁴² Coutinho de Abreu, *Do abuso de direito*, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 43. O autor expressa que “os direitos subjectivos são instrumentos para as pessoas prosseguirem interesses, são meios de satisfação de necessidades pessoais – é a idéia nuclear de que se parte. É para isso que a sociedade juridicamente ordenada os confere ou reconhece – relevando essa medida o «social». Logo, se se invoca um direito para legitimar um comportamento inadequado àquela funcionalidade, essa invocação é espúria, pois tal comportamento não pode então traduzir as faculdades em que o direito se analisa. Isto é, não pode em rigor falar-se nesse caso de exercício

propriedade pelo fiduciário está indissociavelmente ligada ao princípio de justiça subjacente ao acordo, a boa fé, e ao fim social e económico do mesmo direito.

A cláusula geral do abuso de direito exige a demonstração de factos que provêm da forma como o seu titular exerce o direito e como ofende de forma manifesta os princípios da boa fé¹⁴⁴³, os bens costumes e a ordem pública, estes dois últimos princípios erigidos em atenção à reprovação do sentimento dos valores sociais¹⁴⁴⁴ e negociais segregados pela comunidade¹⁴⁴⁵. Daí que, verificado o acto como correspondendo ao exercício ilegítimo do direito, o direito à reparação exige a verificação dos outros requisitos da responsabilidade civil, nomeadamente o dano e o nexo causal entre este e o facto gerador¹⁴⁴⁶.

II. Os poderes conferidos ao fiduciário através da transferência do direito de propriedade, não devem ser exercidos para lá do seu conteúdo (que é o de ser meio de satisfação de interesses descritos no *pactum*¹⁴⁴⁷), não ofendendo a obrigação de não causar danos à contraparte, mas também e, sobretudo, quando manifestamente agride o sentimento social que a comunidade releva como juridicamente importante¹⁴⁴⁸. Como referido a propósito do risco inerente a este tipo de relação jurídica, pode acontecer que o fiduciário negue a retransmissão do direito adquirido ou fazer uma gestão com o propósito de prejudicar o fiduciante ou o beneficiário, ou simplesmente demonstre falta de interesse no exercício dos poderes conferidos pela titularidade fiduciária. No primeiro caso, o fiduciário estaria a afrontar abertamente os princípios anunciados no art. 334º CC; daí ser também ilegítimo o exercício do direito. No segundo caso, estaríamos na presença de dolo, e as consequências são obtidas por

de um direito – por mais que o comportamento pareça sê-lo (residindo, porém, nesta aparência o sinal distintivo do abuso de direito, em relação à pura e simples ilegalidade”.

¹⁴⁴³ Sinde Monteiro, *Responsabilidade ...*, ob. cit., pág. 535-535. O Professor de Coimbra alerta para a necessidade de ter que atender às coordenadas entre os institutos da boa fé e do abuso de direito, “pelo ângulo de análise da utilização do conceito de boa fé”.

¹⁴⁴⁴ Uma certa área da doutrina espanhola tem considerado que o abuso do direito é sempre um “ejercicio antisocial”. Por todos, José Luís Lacruz Berdejo, *et al*, *Elementos de Derecho Civil, Parte I, Vol. 3º*, Dykson, Madrid, 2005, pág. 111.

¹⁴⁴⁵ Sinde Monteiro, *Responsabilidade ...*, ob. cit., pág. 550, ensina que “o juízo de que um comportamento é contrário, ofensivo dos bens costumes, contém uma desaprovação dirigida à “moral social ou negocial” dominante. Mas parece que o art. 334º (como o art.280º/2) contém também uma remissão para princípios de valoração imanentes à ordem jurídica”.

¹⁴⁴⁶ Acórdão do STJ de Portugal de 02 de Junho de 2016, em www.dgsi.pt

¹⁴⁴⁷ Martin Löhnig, *Treuhand*, ob. cit., pág. 172 seg. Este autor defende que o poder transferido ao fiduciário deve ser usado no exclusivo interesse do fiduciante porque a transferência do poder é feita tendo em atenção a estipulação constante no *pactum fiduciae*, cláusula onde constam não só os termos de utilização do poder como também a definição do interesse que motivou a transferência do direito subjectivo de carácter patrimonial.

¹⁴⁴⁸ Vaz Serra, “Abuso do Direito (em matéria de responsabilidade civil)”, *BMJ*, nº 85, 1959, pág. 259.

meio do art. 483º CC. No último caso, e como já referido nesta Secção, a inércia ou a omissão podem também configurar abuso de direito. Não estando directamente consagrada uma sanção para o abuso de direito, o caminho a percorrer pelo fiduciante seria invocar a acção de nulidade, tentar a resolução do contrato quando não quisesse continuar com a relação, ou intentar uma acção de cumprimento, quando pretendesse continuar com a relação fiduciária. Como se vê, a figura do abuso de direito tem um campo de aplicação alargado a todas as situações em que o exercício do direito transferido para o fiduciário seja contrário aos princípios já anunciados¹⁴⁴⁹, e quando afecta a correcta ordenação axiológica do sistema jurídico é despoletado o dever de indemnizar¹⁴⁵⁰.

A construção dogmática do abuso do direito revela-se como um princípio jurídico que visa balizar o exercício de direitos¹⁴⁵¹, enquadrando-se num patamar axiológico-material que não corresponde à prática de um acto ilícito, onde o autor infringe directamente a lei¹⁴⁵².

Desta forma, a compatibilização do exercício do direito do fiduciário (transmissário dos poderes por virtude da transferência do direito de propriedade) com o fim prosseguido pelas partes constitui o centro desta problemática, ou, como disse Fernando de Sá, “ (...) a violação material do fundamento axiológico de certo direito com o preenchimento da estrutura

¹⁴⁴⁹ Vaz Serra, “Abuso ...”, *ob. cit.*, pág. 258.

¹⁴⁵⁰ Coutinho de Abreu, *Abuso ...*, *ob. cit.*, pág. 43. Entende o autor que “a simples não actuação ou mesmo negação de interesses próprios pelo sujeito de um direito é juridicamente irrelevante enquanto se não projectar na esfera de interesses de outrem. Só quando o referido comportamento for susceptível de causar um prejuízo não insignificante a um terceiro se configurará o abuso de direito”.

¹⁴⁵¹ Karl Larenz, *Metodologia ...*, *ob. cit.*, pág. 599 seg. O autor entende que “os princípios ético-jurídicos são pautas orientadoras da norma jurídica que, em virtude da sua própria força de convicção, podem justificar decisões jurídicas. Distinguem-se dos princípios técnico-jurídicos, que se fundam em razões de oportunidade, pelo seu conteúdo material de justiça; por este motivo, podem ser entendidos como manifestações e especificações especiais da ideia de Direito (...)”.

¹⁴⁵² Dizemos que há acto ilícito quando o agente viola frontalmente um comando legal, resultando na censurabilidade, pela ordem jurídica, do seu comportamento. A previsão da norma estabelece uma direcção obrigatória, o sujeito toma uma direcção diferente. Quando nos referimos ao abuso o agente exerce um direito seu; o que ele viola são os valores, a intenção teleológica, ínsita no direito e reconhecida pelo Direito; o sujeito exerce o direito ultrapassando os limites de um conjunto de princípios ordenadores da boa conduta e da segurança e certeza jurídica que a sociedade guarda. O abuso do direito diferencia-se ainda das cláusulas abusivas. Se aquelas se apresentam como a forma de exercer o direito com violação a limites éticos, sociais, económicos e legais, estes se caracterizam pelo exercício do direito de forma excessiva, onerosa, implicando vantagens discriminadas de um contratante em relação a outro, estando em causa limites éticos, económicos e legais das relações económicas. Para mais desenvolvimentos sobre as cláusulas abusivas, Almedina, Coimbra, 1999, pág. 11 seg., Joaquim de Sousa Ribeiro, *O Problema do contrato ...*, *ob. cit.*, Oliveira Ascensão, “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé”, *ROA*, nº 60, Vol. II, 2000, Pinto Monteiro, “Novo regime jurídico dos contratos de adesão/Cláusulas contratuais gerais”, *ROA*, nº 62, Vol. I, 2002

formal do mesmo direito é que reside o cerne, a essência do abuso do direito”¹⁴⁵³. Assim, já não falaremos do abuso no exercício do direito fiduciário quando o exercício dos poderes pelo fiduciário é legitimado pela tutela do interesse que o fiduciante (transmitente) tem no direito sobre os bens transmitidos para cumprir o escopo convencionado.

III. O facto de a forma e a intensidade de exercício do direito de propriedade poder ser resultado da vinculação a uma dupla função harmonizadora e racionalizada de interesses do fiduciante e do fiduciário (por exemplo na venda em garantia ou na cessão de crédito em garantia), cuja natureza indica para a direcção antes abordada, que é a de que o uso e disposição da propriedade privada não é totalmente livre, mas juspublicisticamente harmonizado com o sistema e sujeito a condições do princípio da autonomia da vontade e da lei¹⁴⁵⁴, leva a uma atitude responsabilizadora do titular fiduciário; já para o fiduciante, a busca de soluções que satisfaçam as necessidades da vida prática exige criatividade e engenho próprios da pessoa, podendo utilizar os bens à sua disposição para realizar a satisfação das ditas necessidades, que vão ser a fonte e causa da sua posição na relação fiduciária. É por isso que, o fiduciário ao exercer o *direito de propriedade* que lhe foi transmitido, tem um poder cujo conteúdo está preenchido por valores, finalidades e direitos directamente inscritos no *pactum fiduciae*, ou interpretados a partir da teleologia imanente ao ordenamento jurídico. Como o poder do titular fiduciário do direito de propriedade visa atingir determinados objectivos em função dos quais está limitada a sua actuação, nasce uma *vinculação funcional*, cuja forma e intensidade são variáveis em cada caso historicamente localizado, sendo necessário, por isso, que ao fiduciário tenha sido traçado um *iter* de actuação através do qual foi funcionalizada a transferência da propriedade, não devendo violar o acordo com o fiduciante. Afinal “todos os direitos são limitados quanto ao seu conteúdo e o titular tem que respeitar estes limites”¹⁴⁵⁵.

IV. O actual cenário dogmático dominante no direito luso e na maioria dos países da *Civil Law*, sustenta os argumentos que colocamos em defesa da existência de linhas

¹⁴⁵³ *Abuso do ...*, ob. cit., pág. 456.

¹⁴⁵⁴ Mário Esteves de Oliveira, “O direito de propriedade e o *jus aedificandi* no direito português”, (parecer jurídico), in *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº 3, 1995, pág. 191-239 (196-197).

¹⁴⁵⁵ H. Köhler, *apud* Heinrich Ewald Hörster, *A parte ...*, ob. cit., pág. 279.

normativas directoras capazes de regular, ainda que de forma genérica, o conteúdo e a amplitude do poder de gestão e disposição do fiduciário. Nem sempre o ordenamento jurídico oferece soluções que parecem, à primeira vista, estabelecerem uma conexão *intra*-sistemática, mas elas estão lá, basta um exercício interpretativo. Vejamos as soluções encontradas no mandato sem representação e na substituição fideicomissária¹⁴⁵⁶: no primeiro caso a lei simplesmente estabelece a obrigatoriedade de retransmissão dos bens adquiridos em execução do mandato; já quanto à segunda, a alienação do bem está sob sindicância do tribunal, que autoriza. No entanto, em ambos os casos as soluções concorrem para o mesmo fim: evitar que o fiduciário aliene os bens em prejuízo do interesse do fiduciante. Em face do que afirmamos, é fácil concluir que, na perspectiva que aqui se adota, o desvio do programa contratual configura incumprimento nos termos gerais previstos no Código Civil, já que os poderes de disposição do fiduciário resultam de um vínculo de natureza obrigacional com o fiduciante. Assim, consideramos que quando o sistema normal de reparação de danos não funciona¹⁴⁵⁷, a figura do abuso do direito é o instrumento capaz de cobrir as falhas do sistema. Mas a atracção por esta via não deve subestimar o princípio fundamental do direito civil que protege o sentimento de justiça material e a observância das obrigações assumidas nas diversas relações intersubjectivas: o princípio do cumprimento pontual dos contratos, ou da força vinculativa dos contratos, que fora das questões de equidade, em princípio só podem ser alterados por força legal ou judicial e o princípio da integralidade, no sentido de proteger a satisfação integral do direito do credor¹⁴⁵⁸.

Observe-se, por fim, que quando falamos da transmissão da propriedade fiduciária estamos a referir-nos a um elemento essencial da instituição fiduciária, que identifica o fim ou

¹⁴⁵⁶ Luís A. Carvalho Fernandes, *Teoria ...*, ob. cit., pág. 345 seg. Carlos Olavo, “Substituição ...”, ob. cit. pág. 467 seg.

¹⁴⁵⁷ As regras do cumprimento e incumprimento das obrigações e as do nexó de imputação da conduta dos sujeitos aos factos danosos têm no Código Civil os seus princípios gerais. Todavia, nem sempre eles são capazes ou suficientes para responder aos novos paradigmas de contratação (como, por exemplo, nos valores mobiliários). A especialização cada vez mais crescente dos mercados comerciais desafia a comunidade jurídica a uma cada vez maior problematização crítica e constante enquadramento das suas bases e estruturas teóricas. A profissionalização exigível aos sujeitos que actuam em mercados cada vez mais sofisticados, levanta problemas da responsabilidade profissional que os cânones do CC de 1966 não foram capazes de prever. Foi a legislação avulsa que foi cobrindo as lacunas deixadas pela lei geral. Muitas vezes, assiste-se a uma conexão dialogante entre o Direito Civil e o Direito Comercial para a resolução dos problemas de imputação de condutas para a consequente responsabilização.

¹⁴⁵⁸ Almeida Costa, *Obrigações ...*, ob. cit., pág. 312 seg.

objectivo da transferência e, por isso, a *causa fiduciae*, a partir da qual ficam definidos os poderes e faculdades do fiduciário para exercer o direito sobre aquela propriedade.

3 – O valor do registo dos bens adquiridos pelo fiduciário e o terceiro adquirente

3.1 – O Código de Registo Predial

I. Quando falamos da obrigatoriedade de efectuar o registo de bens sujeitos a este facto, devemos atender aos vários requisitos de registo que o Cód.R.Pred. pressupõe. O art. 2º, nº 1 do diploma referido, determina que estão sujeitos a registo: *a)* “os factos jurídicos que determinem a constituição, o reconhecimento, a aquisição ou a modificação dos direitos de propriedade (...)”, bem como *c)* “os factos confirmativos de convenções (...) resolúveis que tenham por objecto os direitos mencionados na alínea *a)*”. Também ficam sujeitos a registo *l)* “a locação financeira e as suas transmissões”; *n)* “a penhora e a declaração de insolvência”; *o)* “o penhor, a penhora, o arresto e o arrolamento de créditos garantidos por hipoteca ou consignação de rendimentos”; *u)* “quaisquer outras restrições ao direito de propriedade, quaisquer outros encargos e quaisquer outros factos sujeitos por lei a registo”. Consideramos que estes são os factos sujeitos a registos que têm relação com o objecto das relações fiduciárias. Feita esta identificação, importa verificar na lei o que há sobre vícios de registo. O Capítulo II do Cód.R.Pred., regula esta matéria e determina no art. 14º que o registo é juridicamente inexistente quando a falta de assinatura do registo for insuprível, e quando assim for o registo não produz qualquer efeito jurídico e pode ser invocado por qualquer pessoa, a todo o tempo, mesmo sem declaração judicial – art. 15º. Quanto às causas de nulidade – art. 16º – importa enumerar o constante das alíneas *a)*, *b)* e *c)*, nomeadamente, quando o registo for considerado falso, ou tiver sido lavrado na base de títulos falsos, ou quando os títulos que servem de base ao registo forem insuficientes para prova legal do mesmo, ou ainda quando o registo enfermar de omissões ou inexactidões de que resulte incerteza acerca dos sujeitos da relação jurídico-fiduciária a que o facto registado se refere. O mesmo diploma legal estabelece no art. 42º, nº 1, os elementos necessários para se efectuar o registo, e determina que “o pedido de registo deve conter a identificação do apresentante, a indicação dos factos e dos prédios a que respeita, bem como a relação dos documentos que o instruem (...)”. A afectação de

imóveis vem descrita no art. 51º; a finalidade da descrição do registo – art. 79º – visa a identificação física, económica e fiscal dos prédios; as menções das descrições subordinadas – art. 83º, nº 1 al. c), que visa identificar a *menção do fim a que se destina* e; a *obrigatoriedade de inscrição de convenções e cláusulas acessórias* – art. 94º –, nomeadamente nas convenções que estabelecem reserva de propriedade; venda a retro; cláusulas fideicomissárias e todas as cláusulas suspensivas ou resolutivas que condicionem os efeitos de actos de disposição ou oneração.

II. A excursão acabada de ser feita serve para concluirmos que o legislador regulou um conjunto de situações que, por um lado, se não forem observadas causam a inexistência ou nulidade do registo, e de outro, para justificar uma limitação ao poder de disposição do titular fiduciário e, por isso, como demonstraremos, o fiduciário numa das situações descritas não deverá alienar os bens objecto da relação fiduciária. Numa outra perspectiva, há situações previstas em que, mesmo que o legislador não tenha feito uma descrição nominativa das situações fiduciárias, servem para defendermos a tese segundo a qual, no registo da transmissão da titularidade fiduciária de um direito de propriedade, fica inscrita a convenção ou cláusula fiduciária que condiciona os actos de disposição do fiduciário pois, com a inscrição dessas cláusulas, fica determinado em que condições temporais e de conteúdo o fiduciário exercerá o direito sobre tal propriedade. Sendo assim, não nos parece que o “terceiro adquirente” tendo actuado como uma pessoa diligente e, sendo obrigatório o registo de factos transmissivos de direito sobre propriedade, não observe que no registo anterior (aquele que coloca o fiduciário na *situação de titularidade fiduciária*) há a inscrição de que a titularidade do fiduciário é funcionalizada à realização de um fim, não tendo legitimidade de actuar de forma diversa da descrita no registo. Como acontece com a cláusula fideicomissária, que obriga o fiduciário à devolução da herança ao fideicomissário depois da sua morte – art. 2293º –, por isso, está impedido de alienar ou onerar os bens da herança sem autorização do tribunal, que deve sopesar as vantagens que tal operação pode oferecer ao fiduciário e ao fideicomissário – art. 2291º, para todas as outras *situações fiduciárias* as soluções devem ser as mesmas, servindo aqui os argumentos aduzidos a propósito da equiparação do fiduciário faltoso ao promitente devedor, constantes no Capítulo IX e na página seguinte.

Como na hipótese descrita, entendemos que em todas as relações fiduciárias devem estar inscritas no respectivo registo a identificação dos sujeitos, a afectação do bem fiduciário e, com ele, a identificação do fim a que se destina, a identificação física e económica do bem para que o fiduciário não aliene a terceiros bens que não tenha legitimidade para o fazer e, também, para que os potenciais adquirentes, se forem diligentes, possam apurar junto dos registos a verdadeira natureza da titularidade do alienante. Servem ainda para prevenir os credores do fiduciário, que saberão que determinados bens específicos não podem ser executados porque estão na titularidade do seu devedor para o *cumprimento de um fim específico*. Para além de estar aqui descrita uma das concretizações do princípio *pacta sunt servanda*, que exige o cumprimento dos contratos de forma pontual, quer na forma acordada sobre o modo do cumprimento da obrigação, como também nos termos temporais convencionados¹⁴⁵⁹, reflecte as consequências do não cumprimento dos contratos e, neste sentido, fica alinhada a observância dos pressupostos gerais do cumprimento dos contratos, cujas consequências o ordenamento jurídico descreve de duas formas: quando haja cumprimento, fica extinta a obrigação; quando haja incumprimento do contrato, despoletam-se os mecanismos de responsabilização.

Esta última exposição leva-nos a alguns corolários conclusivos: as pessoas em convivência social devem adoptar um mínimo de atitude ética aceitável. Como bem disse Roque Cabral¹⁴⁶⁰, “os deveres levam-me ao *dever fundamental* de cumprir os deveres; esse dever situa-se ao nível do que eu mesmo sou: um ser ‘devido’”. Assim, se o fiduciário não assume o acordo, deixando de cumprir o que lhe está adstrito, pode o fiduciante socorrer-se do instituto da execução específica – art. 830º CC¹⁴⁶¹. Porquê fazer aproximação do negócio fiduciário ao contrato promessa? Primeiro porque é coerente que busquemos dentro do sistema jurídico as melhores soluções dos problemas que nos são apresentados; depois porque a estrutura funcional deste último é a que melhor assimila a natureza do *acto translativo*

¹⁴⁵⁹ Antunes Varela, *Obrigações*, I Vol., ob. cit., pág. 13.

¹⁴⁶⁰ *Temas de Ética*, Universidade Católica Portuguesa, Braga, 2003, pág. 206.

¹⁴⁶¹ Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 175 seg. O autor entende que “ (...) o argumento decisivo no sentido da opção, nestes casos, pela via contratual, para além da tutela executiva estar assegurada pela aplicação analógica do art. 830º, reside antes, segundo cremos, no facto de o mandante ter um relevante interesse em controlar a execução do mandato por parte do mandatário, recusando-se a aceitar a transmissão de direitos sobre bens que traduzam um incorrecto cumprimento da obrigação por parte do mandatário, sem que este o possa fazer unilateralmente”

destinatário da propriedade fiduciária¹⁴⁶². Como já várias vezes explicámos, a posição do fiduciante – a de detentor de um direito de crédito – não encontra tutela em caso de pretender reaver a sua propriedade através da acção de reivindicação (art. 1311º CC). Por isso, colocando acento tónico na obrigação que o fiduciário tem, e que resulta da complexidade do instituto em estudo na retransmissão dos bens ao fiduciante, a sua posição assemelha-se à do promitente vendedor¹⁴⁶³. O fiduciante quer ver reintroduzido na sua esfera patrimonial o direito de propriedade do bem dado em *fiducia*. A forma natural de o fiduciário transmitir tal direito é o cumprimento do *pactum* nos termos acordados e na forma semelhante à transmissão do bem do mandatário para o mandante. Assim mesmo acontece com o promitente vendedor que, através da assinatura do contrato prometido, cumpre com o seu dever contratual¹⁴⁶⁴.

III. De capital importância é o estudo da segunda parte da norma do art. 1184º CC. Este artigo, como referido, afasta a responsabilidade do mandatário pelos bens do mandato, mas apenas será assim “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”. Nos termos deste artigo, a separação de responsabilidades é condicionada pela existência de um documento escrito sobre o mandato que esteja assinado antes da data do registo da penhora contra o mandatário e os bens objecto da penhora (não) tenham sido registados, se foram imóveis ou móveis sujeitos a registo.

Esta norma parece desproteger o mandante naqueles casos em que o mandato não conste de documento ou nas situações em que não haja registo, quando por lei o registo for obrigatório. Se o mandato não constar de documento, haverá falta de legitimidade por parte do mandatário para praticar em nome próprio mas no interesse alheio os actos necessário ao cumprimento do mandato. Já se não houver registo, *em princípio*, a penhora abrangerá os bens do mandato desprotegendo o mandante¹⁴⁶⁵. Analisemos mais cuidadosamente esta situação.

¹⁴⁶² Recorde-se que já abordámos a questão da equiparação do fiduciário faltoso ao promitente devedor no Capítulo IX, sobre a natureza das obrigações do fiduciário, nas págs. 408-409.

¹⁴⁶³ Pais de Vasconcelos, *Contratos ...*, ob. cit., pág. 290. Este autor equipara o fiduciante ao promissário lesado, e o fiduciário ao promissário faltoso. Admite, também, que a execução específica pode ser invocada pelo beneficiário, nos termos do art. 443º seguinte do CC. Sobre o estudo da figura, Mário Júlio de Almeida Costa, *Contrato-Promessa. Uma Síntese do Regime Vigente*, 9ª ed., revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2007.

¹⁴⁶⁴ Pestana de Vasconcelos, *A Cessão ...*, ob. cit., pág. 176.

¹⁴⁶⁵ Pires de Lima/ Antunes Varela, *Código ...*, ob. cit., pág. 753-754.

Na sequência da reforma sobre algumas áreas do Direito ocorrida em Portugal, foi aprovado o Dec.-Lei nº 125/2013, de 30 de Agosto, cuja razão principal, conforme o preâmbulo da lei, “ (...) deve-se, em primeiro lugar, à necessidade de adequar o Cod.Reg. Pred., as alterações introduzidas na acção executiva pelo novo Código de Processo Civil (...)” e assim reformulou-se “o regime da obrigatoriedade de submissão de atos a registo, tornando-o facultativo quanto a factos que não são suscetíveis a produzir efeito real antes do registo”, procurando a simplificação do seu regime e “alterando-se também o leque dos sujeitos da obrigação de registar e alargam-se os prazos para a promoção de registo”, estabelecendo-se uma clarificação do “regime da cominação pela promoção do registo fora do prazo legalmente fixado”. Antes da entrada em vigor deste dispositivo legal, o Dec.-Lei nº 116/2008, de 4 de Julho, que alterou a forma dos actos, passando a ser válidos os actos celebrados por escritura pública, mas também os documentos particulares autenticados, facto que estendeu para os advogados, solicitadores a competência para praticar actos que eram reservados aos notários, ficando eles e as câmaras de comércio e indústria obrigados a promover o registo dos respectivos actos, deixou de ser obrigação de um dos sujeitos do facto jurídico sujeito ao registo a sua realização, o que implicou uma interpretação diferente da que era feita, de vários dispositivos normativos.

Assim, passou a ser obrigatório a todos os actos enumerados no art. 2º do Cod.Reg. Pred., estabelecendo um número de excepções no art. 8º-A, nº 1, onde não consta a última parte do art. 1184º do CC, o que leva a considerar que aquela disposição deixou de ter razão de vigência. Não tendo vigência, o que se espera da operacionalidade dela? O fiduciante fica completamente desarmado, perdendo todo o seu património, pois os bens ingressados na esfera patrimonial do fiduciário terão de ser registados, a não ser que não ocorra qualquer acção dos credores do fiduciário dentro dos sessentas dias a contar da data em que os factos tiverem sido titulados – art. 8º – C, nº 1 Cód.Reg.Pred. O sujeito passivo (mandante/fiduciante) do facto sujeito a registo não é obrigado a realizar o mesmo – art. 8º-B, Cód.Reg.Pred. –, estando obrigadas as entidades que celebram a escritura pública a autenticar os documentos particulares ou a reconhecer as assinaturas neles apostas e, na ausência destas entidades, o sujeito activo (mandatário/fiduciário) do facto sujeito a registo.

Como sabemos, o registo tem uma função publicista e declarativa/consolidativa, pois visa anunciar a situação jurídica do bem ou coisa objecto do registo, garantindo a sua

segurança e certeza jurídicas no âmbito do comércio jurídico, sendo condição de oponibilidade perante certos e determinados terceiros¹⁴⁶⁶. Com o registo efectuado, nasce a presunção de que o direito existente é pertença do titular nele inscrito – artº 7º Cód.Reg.Pred. – o que significa que, qualquer transacção sobre tal direito quando realizada de boa fé e a título oneroso vê assegurada a sua posição contra quem puder impugnar, invocando vício que desconhece e que seja anterior à sua titulação¹⁴⁶⁷. Como consequência, o registo predial sobre os factos a ele sujeito, produz um efeito de oponibilidade a terceiros, conforme o disposto no art. 5º do Cód.Reg.Pred. O nº 4 do mesmo artigo, delimita os terceiros para efeito de registo, os quais “são aqueles que tenham adquirido de um autor comum direitos incompatíveis entre si”, estando aqui consagrada a concepção restrita de terceiros¹⁴⁶⁸. Serão, nestes termos, terceiros apenas aqueles que adquiriram um direito de um autor comum, o que supõe que o *causante* tenha actuado de livre vontade, e não de um transmissor comum, pois aí poderia ser por acto alheio à autonomia privada, como por exemplo, a transmissão por acto de autoridade pública (expropriação) ou judicial (venda judicial).

IV. O que pode ser dito, ainda assim, do art. 1184º CC? Lembremos o que diz a segunda parte da norma: “ (...) 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”. Uma primeira observação: na base do que ficou exposto supra, é obrigatório o registo dos bens adquiridos em execução do mandato quando estes estejam sujeitos a registo. Há quase uma forma automática, mesmo com a dilação de dois meses, de efectuar o registo, porque as entidades que lavram os factos sujeitos a registo estão legalmente obrigadas a promovê-los. A segunda observação está já dita: não estando abrangida nas excepções constantes do art. 8º-A Cod.Reg.Pred., *quid iuris* a eficácia daquela norma? Das duas uma: ou a última parte do art. 1184º CC deixou de ter força normativa, porque derogada pelo Código de Registo Predial, ou será sempre seguida porque continua a sua vigência. Mas falta outra

¹⁴⁶⁶ Mónica Jardim, *Escritos ...*, ob. cit., pág. 70.

¹⁴⁶⁷ A Escola de Coimbra, na voz de Mónica Jardim, defende a tese de que o adquirente de boa fé ou de má fé devem estar protegidos pela norma do art. 5º do Cod.Reg.Pred., *Escritos de Direito Notarial e Direito Registral*, Almedina, Coimbra, 2015, pág. 293-294.

¹⁴⁶⁸ Cfr. Mónica Jardim, *Escritos ...*, ob. cit., pág. 263-366. Aí a autora expõe as outras teorias sobre a concepção alargada de terceiros para efeitos de registo. Enumera as posições mais importantes da jurisprudência e cita os autores que na doutrina defenderam com mais força as suas posições, nomeadamente, Oliveira Ascensão, Rui Pinto Duarte, Remédio Marques e Maria Clara Sottomayor.

observação não ligada ao registo. Apenas não haverá penhora dos bens na titularidade funcionalizada para um fim convencionado, se o mandato constar de um documento com data anterior à execução, posição legal que não oferece dificuldades de interpretação e aplicação. É justo que o acordo fiduciário seja anterior à data do registo da execução dos bens, impedindo-se que ocorra qualquer acto tendente a prejudicar os credores do mandatário mas também do mandante, evitando-se o pacto comissório.

V. No silêncio do legislador, vamos ensaiar uma solução, interpretando a norma em questão, conjugando-a com as citadas do Código de Registo Predial, e convocando-se, para o efeito, a unidade do sistema jurídico. No caso em questão o registo é condição de oponibilidade de determinados terceiros e também da penhora e, sendo o mesmo obrigatório, pode parecer que o mandante/fiduciante fica desprovido de qualquer defesa. Mas não é assim. Na verdade, antes da entrada em vigor do art. 5º, nº 4 do Cod.Reg. Pred., os credores com benefício à penhora eram os terceiros que adquiriram do mesmo transmitente (o mandatário/fiduciário, a administração pública – com a expropriação -, ou o tribunal – com a venda judicial) direitos entre si incompatíveis. Estando registada a transmissão entre o mandante e o mandatário, este produzia os efeitos em relação a terceiros/credores do mandatário¹⁴⁶⁹. A questão agora é a seguinte: no actual momento, todos os credores do mandatário são terceiros para efeito de registo? A resposta é negativa. Primeiro é importante atender aos requisitos que operacionalizam a protecção de terceiros, nomeadamente, a observância do princípio geral da boa fé¹⁴⁷⁰ constantes no art. 227º que impõe o *dever* de negociar conforme os ditames da boa fé, cujos feixes normativos vamos encontrar naquele outro princípio tutelar constante no art. 291º que protege o terceiro de boa fé em caso de nulidade ou anulação do negócio jurídico realizado, porque desconhecia, sem culpa, o vício do mesmo negócio – nº 3¹⁴⁷¹. Ora, pode suceder que o terceiro saiba que o seu transmitente exerce determinados poderes e faculdades sobre o bem a *transaccionar* com limitação, estando proibido de alienar o referido bem porque o plano regulamentar do contrato havido

¹⁴⁶⁹ Pires de Lima/ Antunes Varela, *Código ...*, ob. cit., pág. 831-832.

¹⁴⁷⁰ Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos...*, Vol. I, ob. cit., pág. 190 seg. Carlos Ferreira de Almeida, “Contrato formal e pré-contrato informal”, em *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil*, Coimbra Editora, 2006, pág. 349 seg.

¹⁴⁷¹ É importante reconhecer que este não é o único requisito para a protecção de terceiros. Os nºs 1 e 2 também explicitam outros requisitos.

entre este e o primitivo transmitente se destinava a um fim específico, conhecendo por isso o vício que enferma a realização deste negócio, quando deveria agir de forma honesta e correcta pois, quando a lei impõe este dever está a determinar os efeitos de um vínculo obrigacional¹⁴⁷², nomeadamente, regulando e delimitando comportamentos e integrando declarações negociais¹⁴⁷³. Havendo um comportamento diferente, a protecção do terceiro cai por terra.

Pode, no entanto, acontecer que o mandatário/fiduciário induza em erro o terceiro, deixando de lhe prestar as informações que estava contratual ou legalmente vinculado a prestar¹⁴⁷⁴, conforme o comando da norma constante no art. 485º, nº 2. O dever a prestação de informação resulta da actuação de boa fé, conforme o já citado art. 227º, em cujos preliminares para a conclusão de um negócios se deve fazer uma “exposição de [toda] a situação de facto, verse ela sobre pessoas, coisas ou qualquer outra relação”¹⁴⁷⁵ que esteja directa ou indirectamente ligada ao programa contratual¹⁴⁷⁶. Assim, se os poderes de disposição do mandatário não lhe conferiam poderes de alienar e este os ocultou, o terceiro estará de boa fé, ficando o mandatário numa posição de responsabilidade perante o terceiro e perante o mandante por ter exercido os poderes e faculdades que lhe não foram conferidos, ou que exerceu de forma excessiva, violando os limites impostos pela boa fé – art. 334º¹⁴⁷⁷. Mas pode também acontecer que o terceiro se coloque culposamente numa situação de erro, quando devesse observar diligentemente todos os cuidados que, por si mesmo, pudesse avaliar para

¹⁴⁷² Joaquim de Sousa Ribeiro, *Direito dos ...*, ob. cit., pág. 208.

¹⁴⁷³ Joaquim de Sousa Ribeiro, *Direito dos ...*, ob. cit., pág. 208. Também I. Galvão Telles, *Manual ...*, ob. cit., pág. 448 seg. Ainda Ana Mafalda Castanheira Neves de Miranda Barbosa, “O problema da integração das lacunas contratuais à luz de considerações de carácter metodológico – Algumas Reflexões”, em *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil*, Vol. II, Coimbra Editora, 2006, pág. 366 seg., que considera que “(...) o problema da integração das lacunas contratuais, intimamente relacionado com o problema da interpretação das declarações negociais, se traduz, afinal, numa questão de realização do direito em concreto, que convoca, em simultâneo, numa tensão dialéctica inegável, a situação concreta, ou seja, o contrato que suscita um problema concreto, e o sistema normativo, com todas as suas normas e princípios, onde avultam os princípios da autonomia e o princípio da boa fé”.

¹⁴⁷⁴ Eva Sónia Moreira da Silva, *As Relações entre a Responsabilidade Pré-Contratual por Informações e os Vícios da Vontade (Erro e Dolo). O Caso da Indução Negligente em Erro*. Almedina, Coimbra, 2010, pág. 22-40. A autora anuncia os pressupostos para haver o dever pré-contratual de informação, como sendo o ónus de auto-informação e o dever de hetero-informação.

¹⁴⁷⁵ Sinde Monteiro, *Responsabilidade por ...*, ob. cit., pág. 15.

¹⁴⁷⁶ Carlos Ferreira de Almeida, *Contratos...*, Vol. I, ob. cit., pág. 191, expõe que “o lugar próprio do *dever pré-contratual de informação* situa-se algures entre as fronteiras de dois interesses antagónicos: o interesse dos potenciais contraentes em conhecer todos os factores relevantes para a negociação e o interesse em prevalecerem-se da informação como trunfo na negociação (“o segredo é a alma do negócio”). Não é esta a situação para o que expusemos e defendemos.

¹⁴⁷⁷ Pires de Lima/Antunes Varela, *Código ...*, Vol. I, ob. cit., pág. 216.

formar os conhecimentos suficientes para uma conveniente formação da sua vontade negocial. É pois de exigir das partes um comportamento activo, não só prestando mas também solicitando informações ou esclarecimentos adicionais, ou correctivos, sobre informações obtidas, ficando o terceiro responsabilizado se tomar uma atitude diferente.

Em segundo lugar, é negativa aquela resposta porque quem não tiver obtido o direito por acto de vontade do mandatário não será terceiro e é necessário que o direito do adquirente esteja numa relação em que é impossível harmonizar o seu exercício com o direito de um outro adquirente. Em relação ao mandante/fiduciante, estes não são terceiros, porque com eles não há nenhuma relação de transmissibilidade. Assim ficam arredados todos os credores que por força do registo não adquiriram de *autor comum*, bem como “aqueles que não adquiriram com base na vontade do sujeito passivo, quer por aquisição derivada constitutiva, quer por aquisição derivada translativa”¹⁴⁷⁸. Significa que “para efeitos do art. 5 do Cod.Reg.Pred., terceiros são só aqueles que adquiriram do mesmo *causante*, direitos incompatíveis, com base na sua vontade, já que aqueles que adquirindo direitos ao abrigo da lei, tenham esse *causante* como sujeito passivo, não obstante ele não ter intervindo nos actos jurídicos de que tais direitos resultam”¹⁴⁷⁹. Em síntese, não é terceiro para o caso em estudo, o titular do direito de arresto ou de execução na base de uma penhora, muito menos é assim considerado o adquirente na venda judicial, porque há falta de uma declaração de vontade do *causante*.

Este é o sentido que a decisão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal seguiu, afastando a qualidade de terceiros para efeito de registo os adquirentes da venda voluntária e da venda executiva, pois a titularidade do comprador provém da lei e não de acto voluntário do executado¹⁴⁸⁰. Tem sido entendimento do STJ que o comprador na venda executiva voluntária não registada pode impugnar a venda executiva registada, reclamando a sua titularidade sobre a propriedade anteriormente adquirida. Consequentemente, estando consagrada a concepção restrita de terceiros para efeitos de registo¹⁴⁸¹ e segundo os argumentos expostos, consideramos que a segunda parte do art. 1184º CC se acha derogada.

¹⁴⁷⁸ Mónica Jardim, *Escritos de ...*, ob. cit., pág. 344.

¹⁴⁷⁹ Mónica Jardim, *Escritos de ...*, ob. cit., pág. 345.

¹⁴⁸⁰ Mónica Jardim, *Escritos de ...*, ob. cit., pág. 352. A autora refere que a posição do STJ foi registada de 11 de Novembro de 2003 a 12 de Janeiro de 2012, havendo neste espaço temporal outros arestos que vão no mesmo sentido.

¹⁴⁸¹ É importante advertir que adquirir direitos com base na vontade é condição de se ser terceiro, e não foi um acto generoso do legislador rejeitar a concepção ampla, cfr. Oliveira Ascensão, “A desconformidade do registo predial com a realidade e o efeito atributivo”, *Cadernos de Direito Privado*, nº 31, 2010, pág. 5.

Por isso, nas situações em que o mandatário/fiduciário tenha adquirido o direito mas não o registou, mesmo que a acção executiva contra si intentada pelos seus credores tenha corrido, pode intentar uma acção de reivindicação de propriedade, tendo como causa pedir a venda judicial a *non domino*, pedindo a sua nulidade¹⁴⁸². Ora, a aquisição do exequente é feita através de venda judicial, não havendo incompatibilidade entre direitos, pois o autor não deu causa a tal, não parece poder falar-se de legitimidade. Preste-se atenção ao facto de que o próprio legislador foi quem delimitou os índices qualificativos de terceiros para efeitos de registo: são aqueles que adquiram direitos incompatíveis, na base da liberdade do seu autor. A venda executiva não é compatível com os ditames da autonomia privada, tendo a coerção como base, forçando-se o mandatário a vender a quem oferecer o preço que cubra as despesas do processo executivo e da cobertura da dívida, que é a causa do processo executivo. Assim, os bens na titularidade fiduciária do mandatário não respondem pelas suas dívidas, ainda que a aquisição dos mesmos esteja sujeita a registo e não se tenha efectuado.

VI. Por esta via, o mandante vê garantida a sua posição porque, querendo o mandatário cumprir com o acordo poderá reivindicar a propriedade do adquirente judicial e retransmitir o bem ao mandante ou, directamente, poderá propor uma acção de anulação invocando exactamente os mesmos fundamentos que tutelam o direito do mandatário contra terceiros adquirentes (de má fé): a falta de legitimidade para adquirir direitos através do processo executivo e a falta de legitimidade para alienar (venda judicial) da parte do tribunal por não se registar manifestação de autonomia da vontade.

Como a nulidade pode ser invocada a todo o tempo e por qualquer interessado – art. 286º CC –, o mandante goza de legitimidade para o fazer, cujo efeito é a retroactividade, devendo ser restituído tudo o que tiver sido prestado – art. 289º CC. O sentido desta norma vai valorizar o sentido teleológico do art. 1184º CC e do art. 5º, nº 4 do Cod.Reg.Pred.. Feita as ponderações necessárias, logo se vê que, não existindo um acto de vontade por parte do transmitente, fica difícil exigir dele a restituição de algo que não prestou. O adquirente

¹⁴⁸² Mónica Jardim em defesa desta tese afirma que “de facto, nada justifica que deduzidos embargos estes sejam julgados procedentes e a penhora levantada, mas intentada acção de reivindicação, no termo da acção executiva, esta improceda por se considerar que o autor da acção e o adquirente na venda judicial são terceiros para efeitos do art. 5º do Cod.Reg.Pred.”. *Escritos de ...*, pág. 357.

executivo é que será obrigado a restituir o bem e o promotor da venda judicial será obrigado a restituir os valores correspondentes à alienação ocorrida.

A oponibilidade prevista no nº 1 do art. 291º CC parece não cobrir a tutela do adquirente na venda judicial ou no arresto, porque as causas de defesa dos terceiros constantes neste artigo são exactamente as mesmas referidas para efeitos da relação mandante/mandatário e do art. 5º do Cod.Reg.Pred.; *i. e.*, quando não sejam considerados terceiros os adquirentes em venda judicial, a declaração de nulidade da mesma prejudica os direitos adquiridos sobre os mesmos bens, ainda que seja a título oneroso e de boa fé. Se assim não for, ficam sempre salvaguardados os direitos do mandante se, nos termos do nº 2 do art. 291º, a acção de nulidade for proposta dentro dos três anos posteriores à conclusão do negócio.

Importa ainda referir que, nos termos do comando normativo constante na 2ª parte do art. 1184º, para efeitos das referências feitas ao art. 5º do Código de Registo Predial, seria necessário que o terceiro desconhecesse que o mandatário/vendedor (no caso de não ser venda executiva) não deveria vender porque os bens em questão estão afectados à realização de um fim acordado com outra pessoa; em caso contrário, estaria a actuar de má fé, até porque a ordenação jurídica obriga a todos actuação segundo os ditames da boa fé.

Com a já referida vocação normativa do mandato sem representação a servir de directriz regulamentar do negócio fiduciário, as causas e fundamentos da proximidade do vínculo de afectação, natureza da causalidade da relação jurídica e a sua consequente restrição ao exercício da autonomia privada e o reflexo daquele vínculo *inter partes* para com terceiros adquirentes, podemos afirmar que a posição do fiduciante estaria assegurada exactamente nos mesmos termos referidos para o mandante.

VII. Na linha do entendimento da jurisprudência portuguesa¹⁴⁸³, e servindo aqui como meio de defesa do fiduciante, se a venda de um bem do fiduciário a um terceiro proceder de um acto criminoso, deve ser considerada nula, porque a ordem jurídica não deve tolerar que na base de actos sancionados com condenação penal transitada em julgado possam subsistir negócios jurídicos de cariz patrimonial lesivos ao fiduciante. Pode suceder que o fiduciário através de actos que configurem burla ou falsificação de documentos – art. 16º-B e art. 17º do Cod.Reg.Pred. – consiga alienar os bens que lhe foram transmitidos para um fim

¹⁴⁸³ Acórdão do STJ de 07 de Junho de 2016, em www.dgsi.pt

determinado¹⁴⁸⁴ ou, se em conluio com o terceiro adquirente, se efectivar a transferência com o intuito de prejudicar o fiduciante. Tendo ocorrido o julgamento e condenação criminal, através do processo cível o fiduciante poderá pedir a nulidade do negócio jurídico “invocando como causa de pedir não só pela via do conhecimento officioso de simulação absoluta, se provados os pertinentes requisitos, como também por violação do art. 280º do Código Civil”. Nada obsta que em julgamento por meio de processo criminal não se desencadeie a acção de nulidade, se atendermos a que, através do princípio da economia processual, os pedidos cíveis podem ser atendidos nos processos criminais¹⁴⁸⁵.

Nestes termos, se o fiduciário usar documento falso, defraudando toda a sociedade porque põe em causa a fé pública, por um lado, e a segurança e credibilidade no tráfico jurídico probatório, por outro, para a obtenção de qualquer proveito de ordem patrimonial, ou com a intenção velada de prejudicar o fiduciante, deve considerar-se que tal benefício foi obtido de forma ilegítima¹⁴⁸⁶.

3.2 – O Registo no Código de Valores Mobiliários

I. O registo da transmissão do direito de propriedade até aqui descrito diz respeito a bens imóveis. No entanto, a ordenação jurídica dos bens disciplina o registo de outros factos e, na senda da enumeração feita sobre os bens fiduciários, no Capítulo III, Secção II, impõe-se fazer um breve olhar investigativo ao registo de valores mobiliários, que constituem um importante instrumento financeiro, quer como elemento representativo de dívida, quer como elemento de estrutura derivada¹⁴⁸⁷, objecto das transacções em que um dos intervenientes no

¹⁴⁸⁴ Mónica Jardim, *Efeitos Substantivos do Registo Predial. Terceiro para efeitos de registo*, Almedina, Coimbra, 2013, pág., quando se referias às observações finais, chamou a atenção para o facto de que hoje “é extrema a facilidade com que, em alguns serviços de finanças, se inscrevem «falsos prédios» na matriz” e que também “não há qualquer controlo da titularidade do direito em caso de falecimento, desde que os prédios não estejam registados na Conservatória”, e que mesmo perante estes evidentes factos, os “títulos falsos continuam a servir de base à feitura do registo”.

¹⁴⁸⁵ Vasco A. Grandão Ramos, *Direito Processual Penal. Noções Fundamentais*. Colecção Faculdade de Direito – UAN, 5ª ed., Luanda, 2009, pág. 48. O Código de Processual Penal angolano, nos seus art. 29º a 34º, determina as condições através das quais é enxertada a acção cível no processo penal.

¹⁴⁸⁶ Helena Moniz, *Código Penal, Comentário Conimbricense*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, pág. 674-687.

¹⁴⁸⁷ Os valores mobiliários como instrumento representativo de dívida podem ser obrigações, obrigações de caixa, títulos de participação, obrigações hipotecárias, obrigações perpétuas, direitos dos obrigacionistas e governo das sociedades, bem como os valores representativos de dívida pública. Já os valores mobiliários de estrutura derivada são os valores mobiliários convertíveis, obrigações *warrants*, *warrants* autónomos, certificados, valores mobiliários por eventos de créditos e certificados de depósito de valores mobiliários. Entretanto, os valores

negócio¹⁴⁸⁸, o intermediário financeiro, actua como um fiduciário, pois actua em nome próprio mas o interesse dos seus clientes (fiduciantes) e, por isso, está adstrito à observância de deveres fiduciários.

A titularização e a emissão de valores mobiliários podem ser definidos consoante a sua natureza, e são mais complexos quando forem valores representativos de dívida. Já referimos que a titularização foi regulada pela primeira vez pelo Dec.-Lei nº 453/99, de 5 de Novembro, entretanto sucessivamente revogado pelos Decs.-Lei nºs 82/2002, de 5 de Abril, 303/07, de 05 de Dezembro e 52/2006, de 15 de Março, que determina a cessão de créditos como forma de titularização, a constituição dos veículos de titularização e o seu funcionamento, bem como a emissão de valores mobiliários¹⁴⁸⁹. Os veículos de titularização são os fundos de titularização e as sociedades de titularização. Aqueles são patrimónios autónomos geridos por sociedades de gestão de fundos compostas por um conjunto de pessoas, cada uma delas detentora de uma parcela do património representada através de valores mobiliários, e as segundas são sociedades comerciais sob a forma anónima, cujo financiamento é apenas feito através de fundos próprios ou por intermédio da emissão de obrigações.¹⁴⁹⁰

A transmissão de valores mobiliários disciplinada pelo CVM, difere da constante no regime geral do CC pois não disciplina os factos jurídicos subjacentes à transmissão, mas regula a transmissão em si mesma. Por essa razão, não encontramos no CVM as figuras da compra e venda, da doação, ou outras. Por outro lado, a transmissão dos valores mobiliários não é uniforme. Depende muito de três situações específicas, nomeadamente: (i) da forma como se apresentam, se escritural ou titulada (art. 46º CVM), (ii) dependendo ou não da sua integração em sistema centralizado (art. 88º - 94º CVM), e (iii) se a sua modalidade é nominativa ou ao portador (art. 52º CVM). Assim, os valores mobiliários transmitem-se através de registo em conta, ou seja, registando como débito na conta de quem aliena e como crédito na do adquirente, servindo o mesmo mecanismo para os valores mobiliários titulados integrados no sistema centralizado. Quando não for assim, a transmissão obedece à seguinte

mobiliários, enquanto espécie do género instrumento financeiro, não esgotam os bens fiduciários utilizados pelos intermediários financeiros (agentes fiduciários). Assim, há os instrumentos financeiros derivados e os instrumentos financeiros de natureza monetária. Cfr. Paulo Câmara, *Manual de Direito ...*, ob. cit., pág. 87, 132, 160, 188 e 196.

¹⁴⁸⁸ José Queirós Almeida, “Contratos de Intermediação Financeira Enquanto Categoria Jurídica”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, nº 24, Novembro, 2006, Edição Especial, pág. 291-303.

¹⁴⁸⁹ Paulo Câmara, *Manual de Direito ...*, ob. cit., pág. 313-314.

¹⁴⁹⁰ Paulo Câmara, *Manual de Direito ...*, ob. cit., pág. 318.

ordem: não estando depositados, os valores ao portador transmitem-se através de entrega; já se estiverem depositados num intermediário financeiro a transmissão acontece com a entrega ao depositário ou através de movimentação de registo, neste caso se o depositário desempenhar a função de depositário do alienante; se os valores mobiliários titulados forem nominativos, a transmissão ocorre por meio de declaração de transmissão, escrita e registada no título do emitente ou do seu intermediário financeiro¹⁴⁹¹.

II. Conforme referido, a actividade de intermediação financeira é fiduciária, é de titularidade indirecta¹⁴⁹², impõe que haja segregação patrimonial entre o património do intermediário financeiro/fiduciário e dos seus clientes/fiduciantes e entre os patrimónios destes – art. 306º a 306-D CVM. Entre as várias formas de concretização deste dever genérico¹⁴⁹³, importa indicar a realização e a actualização da contabilidade do intermediário financeiro/fiduciário, por forma a possibilitar que os instrumentos financeiros possam ser facilmente individualizáveis na esfera patrimonial do fiduciário. Para além deste importante dever, existem outros cuja disciplina pode ser encontrada nos arts. 304º segs. CVM, de natureza imperativa, que impõem ao intermediário financeiro/fiduciário a observância de uma conduta típica perante o mercado e em relação aos seus clientes.

A demonstração (prova) da existência da relação fiduciária entre intermediário financeiro e seus clientes/investidores, é feita através de documentos (registos) da relação de clientela em que o investidor mandata o intermediário para actuar no mercado mobiliário no seu interesse mas em nome do intermediário/fiduciário, e dos registos (contabilísticos) realizados de toda a actividade¹⁴⁹⁴. Essa demonstração facilita também a transparência dos actos que pratica, tendo em atenção, por um lado, a dinâmica e a circulação dos valores

¹⁴⁹¹ Paulo Câmara, *Manual de Direito* ..., ob. cit., pág. 327.

¹⁴⁹² André Figueiredo, *O Negócio* ..., ob. cit., pág. 405 seg.

¹⁴⁹³ O Código de Valores Mobiliários dispõe no Título VI uma separação dos deveres dos intermediários financeiros. Assim, no capítulo II – nos arts. 289º a 320º trata das disposições gerais, e regula os deveres gerais dos intermediários; já nos arts. 321º a 351º do mesmo capítulo está consagrada a regulamentação dos contratos de intermediação, que correspondem aos deveres específicos de cada tipo contratual.

¹⁴⁹⁴ O DMIF dispõe de normas cuja exigência é constituída por constituem deveres de organização interna dos intermediários financeiros. No art. 13º podemos encontrar a exigência de boa organização administrativa e contabilística, e um controlo capaz de processar o conjunto de informações necessárias a prestar aos clientes e ao mercado com eficácia. O Código de Valores Mobiliários também tem um conjunto de normas que vão no mesmo sentido – art. 305º – estabelecendo a obrigação de manter os registos adequados e metódicos das suas actividades e organização interna.

mobiliários que é feita em massa¹⁴⁹⁵, e do outro, a segurança que oferece à estrutura do mercado. Como se constata, no mercado de valores mobiliários não é possível actuar por conta de outrem sem antes estar registada pelo regulador a relação de clientela entre mandante/fiduciante e mandatário/fiduciário. A existência da documentação indicada supra corresponde à exigência constante na 2ª parte do art. 1184 CC (...desde que o mandato conste de documento anterior à data da penhora desses bens...). Esta é uma primeira indicação a acatar.

O dever legal de segregação patrimonial tem reflexos na actuação do intermediário financeiro/fiduciário para a satisfação e defesa dos interesses do seu cliente/fiduciante. O incumprimento da obrigação principal, que é a de realizar a aquisição ou alienação de valores mobiliários (que não esgotam os contratos de intermediação financeira) para depois serem entregues ao investidor, ou a insolvência do intermediário financeiro, têm na segregação patrimonial o mecanismo de salvaguarda dos interesses em jogo. Naquele primeiro caso, o investidor fiduciário poderá defender accionando a acção de cumprimento, querendo manter a relação contratual, ou a resolução contratual, querendo extingui-la¹⁴⁹⁶. No segundo caso, possibilitará evitar que os credores gerais do intermediário financeiro/fiduciário executem o património fiduciário, até porque com a insolvência fica extinta a relação de clientela¹⁴⁹⁷.

Anote-se que, a propósito do que se deixou dito, as diversas fontes legais dos deveres dos intermediários financeiros estão em dois planos diferentes: uns de ordem privada e outros de origem juspublicística. Os primeiros visam fundamentalmente densificar os deveres cujo

¹⁴⁹⁵ Não apenas a massificação de clientes como também a massificação na contratação estão ligadas à celeridade da circulação dos valores mobiliários. Cfr. Isabel Vidal “Da (ir)relevância ...”, ob. cit., pág. 314. Também, Ferreira de Almeida, “Registo de valores mobiliários”, *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VI, Coimbra Editora, 2006, pág. 115 seg.

¹⁴⁹⁶ Paulo Câmara, *Manual de ...*, ob. cit., pág. 355.

¹⁴⁹⁷ Nestes casos poderá ser invocada a venda de coisa alheia. Estando o contrato resolvido, o intermediário financeiro/fiduciário, deixa de ter legitimidade para deter os valores mobiliários registados na sua conta em nome do cliente que desencadeou a extinção da relação jurídica. Para a relação mandante vs mandatário, o que importa verificar é se os pressupostos de validade da venda de coisa alheia estão reunidos: a falta de legitimidade para dispor da coisa alienada e o adquirente estar de boa fé. Estando extinta a relação entre mandante e mandatário, este deverá entregar ao mandante tudo quanto haja recebido em execução do mandato, extinguindo a legitimidade para dispor de tais bens ou direitos e de actuar no interesse do mandante. Se o adquirente não estiver de boa fé, então estaremos perante simulação, por ele saber que o alienante não está legitimado para o fazer, e ainda assim a venda é realizada; ela é feita apenas no intuito de enganar o verdadeiro proprietário do direito. Para mais desenvolvimentos e, em muitas questões em desacordo, veja-se Raúl Ventura, “Venda de bens alheios”, *ROA*, Vol. I, Ano 40, 1980, pág. 305-348. Paulo Olavo, “Venda de bens alheios”, *ROA*, Vol. II, Ano 47, 1987, pág. 425 seg. Diogo Bártolo, “Venda de bens alheios”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocência Galvão Telles*, Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 390 seg. Yara Miranda, “Venda de coisa alheia”, *Themis*, Ano VI, nº 11, 2005, pág. 111-144. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código ...*, Vol. II, ob. cit., pág. 191 seg.

incumprimento culmina com a responsabilidade civil, sem deixar de anotar as duas figuras referidas supra, a acção de cumprimento e a resolução. No que toca à faceta pública dos deveres dos intermediários financeiros, podemos referir que estão em causas normas provenientes do Direito Administrativo, uma vez que a não observância de alguns dos deveres implica a aplicação de medidas contra-ordenacionais – art. 397º CVM¹⁴⁹⁸, o que cria uma ordenação fechada em que as condutas estão controladas e a autonomia privada muito limitada, deixando pouca margem para os intermediários actuarem com uma certa dose de discricionariedade, registando-se assim poucas situações de violação do *pactum*. Este entendimento deve cingir-se ao quadro das relações fiduciárias que estamos a abordar, porque a actividade de intermediação financeira proporciona um leque vasto de situações de responsabilidade que fogem ao nosso tema, como por exemplo a de os deveres de informação dos emitentes constantes no CVM não consubstanciarem direito subjectivo, mas deveres de publicação, e neste sentido, não corresponderem à existência de um direito à prestação de informação¹⁴⁹⁹.

III. Assim, podemos considerar que há transmissão de valores mobiliários escriturais e titulados em sistema centralizado a partir do momento do registo da execução da ordem, ganhando eficácia translativa. O que significa que, e centrando o nosso posicionamento no mercado regulamentado, o registo da transmissão dos valores mobiliários tem um carácter officioso (art. 69º, nº 1 CVM), pelo que a legitimidade do alienante dos valores mobiliários para as transmitir é obtida a partir da data do negócio (art. 210º CVM), imperando o princípio geral do direito civil da consensualidade.

Como sabemos, no ordenamento jurídico lusitano e angolano, o registo tem, regra geral, uma função de publicidade, por conseguinte declarativo e consolidativo do direito, exercendo em alguns poucos casos influência decisiva na constituição, transmissão ou extinção do direito objecto do registo. O registo primeiramente efectuado vê logo o seu valor jurídico a operar, impondo-se sobre registos posteriores, e a determinar que o direito adquirido, modificado ou extinto, ganhe oponibilidade *erga omnes* perante determinados terceiros¹⁵⁰⁰. Esta regra, se levada ao mercado de valores mobiliários, pode oferecer alguma

¹⁴⁹⁸ Paulo Câmara, *Manual de ...*, ob. cit., pág. 355.

¹⁴⁹⁹ Paulo Câmara, *Manual de ...*, ob. cit., pág. 221.

¹⁵⁰⁰ Mónica Jardim, *Efeitos Substantivos...*, ob. cit., pág. 475.

confusão, já que há algumas semelhanças quanto ao efeito do registo, na medida em que, no Código dos Valores Mobiliários, serve também para identificar os intermediários financeiros e a existência de determinados tipos de valores mobiliários, bem como a forma da sua possível oneração, com a excepção da hipoteca – que, conforme determina a lei, recai sobre bens imóveis ou equiparáveis – e do registo *provisório* de aquisição na base da declaração de promessa de contratar¹⁵⁰¹. Ora, os valores mobiliários não podem ser hipotecados, por não serem bens imóveis ou a eles equiparáveis, podendo sim serem penhorados.

Como podemos resumidamente concluir, o registo dos valores imobiliários não corresponde, na estrutura e função, ao sistema do registo predial, e pela sua crescente importância e prática mercantil (no mercado de valores mobiliários) merece um estudo dogmático autónomo¹⁵⁰². Nos termos do art. 74º, nº 1, do CVM, “o registo em conta individualizada de valores mobiliários escriturais faz presumir que o direito existe e que pertence ao titular da conta, nos precisos termos dos respectivos registos”. Quanto à intenção normativa, este artigo tem a mesma função que o registo predial. Alerta-se, entretanto, que o CVM faz, em dois espaços diferentes, referências ao registo: numa primeira, encontramos nos artigos 63º, 64º, nº 2, al. b) e 99º, nº 5, indicações relativas ao contrato de prestação de serviços de registo e depósito de valores mobiliários a ser executado pelo intermediário financeiro ao correspondente emitente; noutra parte do CVM, nos artigos 343º e 344º, refere-se a disciplina do contrato para registo e depósito de valores mobiliários que pode ser celebrado entre o intermediário financeiro e os titulares dos valores. O que aproxima ambos os contratos é o facto de haver sempre a actuação como parte do intermediário financeiro; o que os faz diferentes é o facto de serem diferentes as entidades que contratam com intermediário financeiro: no primeiro caso é a entidade emitente; no segundo caso é o próprio titular dos valores mobiliários¹⁵⁰³.

¹⁵⁰¹ Mónica Jardim, *Efeito Substantivos ...*, ob. cit., pág. 817 seg.

¹⁵⁰² Que a literatura jurídica portuguesa tem bastante, desde estudos marcadamente académicos (Revista da Faculdade de Direito de Lisboa – Direito de Valores Mobiliários) e outros dispersos pelas diversas revistas das diversas Faculdades, a estudos especializados, provenientes da Comissão de Mercados de Valores Mobiliários (os *Cadernos do Merc. Val. Mobiliários*).

¹⁵⁰³ Maria Rebelo Pereira, “Contratos de registo de depósito de valores mobiliários”, *Cadernos de Mercado de Valores Mobiliários*, nº 12, 2001, pág. 317 seg.

No CVM, consta a regra segundo a qual o registo tem carácter secreto, o que contende com a regra da publicidade do registo predial¹⁵⁰⁴. É o que se extrai dos artigos 86º e 304, nº 4. Nesta linha, a portaria nº 290/2000, de 25 de Maio, do Ministério das Finanças, que regulamenta o registo das emissões de valores mobiliários, dispõe no art. 2º que o registo da emissão de valores mobiliários junto do emitente pode ser feito em suporte de papel ou em suporte informático – nº 1 – e se for feito em suporte informático, ela é guardada em local distinto do registo –, nº 2, al. a) – a sua utilização depende de código de acesso (*password*) reservado a pessoas previamente determinadas – al. b). O mesmo dispositivo legal assegura protecção especial ao registo, em caso de força maior, e disciplina os termos em que há abertura e encerramento do registo. Esta situação retira imediatamente a função de publicitar a titularidade de determinado direito e assim assegurar uma possível oponibilidade a terceiros. No regime geral, todo o interessado que quiser adquirir um determinado prédio pode, a partir do seu registo, saber a sua situação, nomeadamente o titular, as dimensões e se sofre de algum encargo. O mesmo já não se pode dizer dos valores mobiliários pois, não estando publicitados, nunca se saberá antecipadamente se o transmitente goza ou não de legitimidade para o fazer.

O art. 58º, nº 1 CVM, interpretado *a contrario sensu*, sugere a alienação de valores mobiliários por pessoa sem legitimidade para o fazer. Se o adquirente proceder de boa fé psicológica¹⁵⁰⁵ e de acordo com as regras de transmissão aplicáveis no mercado, a aquisição não pode ser considerada inválida por falta de legitimidade do alienante. O mesmo preceito legal indica que a regra do trato sucessivo deve ser observada, porque o alienante deve ter o valor mobiliário objecto da transacção registado a seu favor, facto que lhe garantirá a legitimidade formal¹⁵⁰⁶. O mesmo artigo dá uma indicação no sentido de que, para haver transmissão válida o que está em causa é a legitimidade substancial, pelo que, fora dos casos

¹⁵⁰⁴ Paula Costa e Silva “Efeitos do registo e valores mobiliários. A protecção conferida ao terceiro adquirente”, *ROA*, Ano 58, Vol. II, 1998, pág. 859-874.

¹⁵⁰⁵ Menezes Cordeiro, *Da Boa Fé ...*, ob. cit., pág. 407 seg. O autor faz uma descrição explicativa muito exaustiva entre boa fé objectiva e subjectiva e as subdivisões desta última, demonstrando o valor prático da sua divisão.

¹⁵⁰⁶ Paula Costa e Silva, “Efeitos ...” ob. cit., pág. 865. A autora fala numa “base pessoal do registo de valores mobiliários”, pois as contas de registo “não estão estruturadas sobre os valores, mas sobre a pessoa do titular desses valores”. Ora, sendo assim facilmente se observa que mesmo que um possível adquirente diligencie no sentido de obter algum documento provando se há registo daquele valor mobiliário, apenas encontrará a pessoa em nome de quem o valor está titulado, mas não quem tem legitimidade substancial para proceder à sua alienação. A legitimidade para alienar resultará dos mecanismos que o próprio mercado assegura, que são as *regras de transmissão aplicáveis* – art. 58º, nº 1 CVM.

de dolo (conluio entre as partes) e de desrespeito pelas regras do mercado, a falta de conhecimento da legitimidade substancial do alienante não prejudica a aquisição¹⁵⁰⁷.

IV. Postos aqui, importa perguntar com Paula Costa e Silva¹⁵⁰⁸: “terá sentido aplicar o conceito de terceiro enquanto conceito ordenador ao domínio dos valores mobiliários?” A resposta aconselha algumas cautelas. No Código do Mercado dos Valores Mobiliários de 1991, o art. 64º, nº 6, fazia referência ao “terceiro adquirente de valores mobiliários”. No actual CVM a indicação vem no art. 79º, nº 2 como sendo “terceiro de boa fé”. O artigo em questão está integrado num capítulo que trata dos valores mobiliários escriturais, na subsecção sobre o valor e vícios do registo. O nº 1 do mesmo artigo, dispõe que “os registos podem ser rectificadados pela entidade registadora, officiosamente ou por iniciativa dos interessados”. É no número seguinte que o legislador determina que a “rectificação retroage à data do registo rectificadado, sem prejuízo dos direitos de terceiro de boa fé”. Significa que no processo de registo, havendo vários registos sobre os mesmos valores mobiliários, os primeiros prevalecem sobre os subsequentes, imperando o princípio da prioridade de registo – art. 75º CVM. Havendo um registo efectuado por um terceiro que tenha actuado de boa fé, não vê os seus direitos prejudicados pelo facto de um registo precedente ter sido rectificadado.

Para compreendermos a tutela do terceiro de boa fé no processo de aquisição e transmissão de valores mobiliários, uma vez que na negociação em mercado existe a chamada contraparte central, que é a entidade que se apresenta, por força legal (art. 268º, nº 1, al. *b*), CVM), como contraparte dos sujeitos actuantes no sistema, exercendo o papel de adquirente de cada um dos vendedores e de vendedora relativamente a cada adquirente, não há, do ponto de vista prático, uma relação directa entre terceiros e alienante. O mecanismo previsto pelo CVM, serve para garantir o pagamento e o registo das posições dos sujeitos no processo de compra e venda de valores mobiliários, o asseguramento e os ajustes de ganhos e perdas das operações em mercado – art. 259º, nº 1 CVM –, em que o alienante ou terceiro não intervêm.

A intervenção dos intermediários financeiros (fiduciários), que actuam no mercado pela existência de um contrato de registo ou de depósito com os seus clientes – artº 326º, nº 3 CVM –, é feita através da emissão de ordem de alienação ou de aquisição de valores

¹⁵⁰⁷ Paulo Câmara, *Manual de ...*, ob. cit., pág. 330-333.

¹⁵⁰⁸ Paula Costa e Silva, “Efeitos ...” ob. cit., pág. 869.

mobiliários (ou a efectuar a subscrição ou a transacção de valores mobiliários) por conta do fiduciante, estabelecendo-se uma relação de clientela, no sentido de o intermediário financeiro actuar por conta do investidor/fiduciante¹⁵⁰⁹, e fixando-se um *anonimato*¹⁵¹⁰ na negociação pois, por força do já citado art. 304, nº 4 CVM, o comprador e vendedor (clientes) não se conhecem, não importando saber quem é a *verdadeira* contraparte, bastando a prova do registo. Na realidade, o intermediário financeiro actua fiduciariamente, apresenta-se no mercado em nome próprio mas no interesse do seu cliente/investidor, pelo que se alienar ou onerar os valores mobiliários que deveriam ser transferidos para o investidor/fiduciante, não só viola o plano convencional, mas também viola uma estrutura concebida para mitigar ao máximo erros¹⁵¹¹. Nestas circunstâncias é importante saber como o cliente/investidor/fiduciante se pode defender, já que as regras que o mercado mobiliário impõe são diferentes das regras gerais que o ordenamento jurídico português / angolano oferece, como coordenadas suficientemente capazes de tutelar os interesses do fiduciante.

V. Como já referido e no quadro sistemático do ordenamento jurídico, o fiduciário é titular pleno e exclusivo de direitos e poderes de disposição com limitações provenientes da necessidade de defesa dos interesses do fiduciante, situação que reforça a sua posição perante terceiros adquirentes de direitos incompatíveis com os direitos do fiduciante sobre o mesmo

¹⁵⁰⁹ Maria Rebelo Pereira, “Os contratos de registo ...”, *ob. cit.*, pág. 330-331.

¹⁵¹⁰ Paulo Câmara, *Manual de ...*, *ob. cit.*, pág. 338. Paula Costa e Silva, “Compra, venda e troca de valores mobiliários”, em *Direito dos Valores Mobiliários*, Coordenação de Amadeu Ferreira, Lex, Lisboa, 1997, pág. 246. Esta autora fala em “mercado de anónimos”. O anonimato é entendido no sentido de que os investidores actuam no mercado dando ordens de alienação ou de aquisição de valores mobiliários através dos intermediários financeiros, desconhecendo por completo quem é a contraparte. O ordenante deve ficar preocupado se a operação que o intermediário financeiro vai executar está ou não em conformidade com a *lei do mercado*, importando mais os valores mobiliários enquanto objecto do negócio do que a contraparte (ordenante).

¹⁵¹¹ Paula Costa e Silva, “Compra, venda e troca de valores mobiliários”, *Direito dos Valores Mobiliários*, Lex, Lisboa, 1997, pág. 246, num exame bem ilustrativo da importância de respeitar com o regime jurídico global do mercado de valores mobiliários disse que “ (...) o legislador rodeia o mercado de valores mobiliários de múltiplas cautelas. As regras vigentes neste mercado são, na sua grande maioria, injuntivas, tendo conteúdo procedimental. Circunstância que se explica pelo facto de nada poder ser deixado ao acaso a partir do momento em que os valores mobiliários são emitidos e se tornam susceptíveis de negociação em mercado organizado”. E adiante: “Por outro lado, o acesso e permanência de vários intervenientes no mercado estão submetidos a um apertado conjunto de condições. O legislador entendeu não deixar que as poupanças fossem aplicadas e geridas por quem não tem particulares aptidões para esse efeito. Entregou o mercado de valores mobiliários nas mãos de profissionais especialmente qualificados, que se articulam entre si: tudo começa, de um lado, no comprador ou no subscritor e termina, do outro lado, no vendedor ou emitente. No meio estão os intermediários financeiros”.

bem ou direito, podendo utilizar a acção de nulidade ou de acção de cumprimento perante o fiduciário, ou de responsabilização de terceiros adquirentes de má fé¹⁵¹².

O quadro geral anotado é recebido na *especial* relação de intermediação financeira com alguns desvios, porque os valores mobiliários têm características próprias e são negociados num mercado próprio (regulado) através de sujeitos com características próprias¹⁵¹³. Os intermediários financeiros são os agentes que, em nome próprio mas actuando por conta dos seus clientes (investidores), são titulares fiduciários dos valores mobiliários dos seus clientes ou apenas são executores de valores mobiliários titulados em nome dos seus clientes. Eles situam-se entre o investidor/comprador ou subscritor e o investidor/vendedor ou emitente¹⁵¹⁴. Os efeitos das duas diferentes situações e as consequências da actuação do intermediário financeiro/fiduciário não são as mesmas e têm reflexos não apenas nas partes (intermediário e investidor/cliente), como também sobre os terceiros adquirentes de boa fé.

O desvio aberto à regra geral vem consagrado no art. 306-B, nº 1 e 3 CVM, que limita o exercício dos direitos e poderes para a realização do fim constante no *pactum fiduciae*. Aqueles dispositivos permitem que, quando os valores mobiliários inscritos ou depositados em conta aberta em nome do cliente, que por isso é seu titular, com a sua autorização expressa, o intermediário financeiro possa dispor dos mesmos em nome próprio, no seu interesse ou de terceiro, sem necessidade de haver um prévio registo a favor do intermediário para dispor dos referidos valores mobiliários. Significa que, havendo uma posterior transmissão do fiduciário/intermediário financeiro para terceiros, pode ser questionada a sua legitimidade por ausência de titularidade, já que o que ocorre com a autorização é a concessão de um poder de disposição pelo titular dos valores mobiliários. Nestas situações de operações por conta alheia, tem-se ensaiado uma distinção entre negócios de cobertura (aqueles celebrados entre intermediário financeiro e os seus clientes, através dos quais são conferidos aos intermediários poderes para celebrar negócios jurídicos de execução) e negócios jurídicos de execução (aqueles que são celebrados pelos intermediários financeiros por conta dos seus clientes com a

¹⁵¹² André Figueiredo, *O Negócio ...*, ob. cit., pág. 541.

¹⁵¹³ Carlos Ferreira de Almeida, “Transacções de conta alheia”, *Direito dos Valores Mobiliários*, Lex, Lisboa, 1997, pág. 292, ensaiou um quadro de “protagonistas” do mercado de valores mobiliários da seguinte forma; *a*) do lado da oferta (primária) de valores mobiliários: as entidades emitentes (empresas e entidades da Administração Pública); *b*) do lado da procura de valores mobiliários: os investidores (famílias e empresas); *c*) as instituições de organização do mercado (Comissão de Mercado de Valores Mobiliários e outros); *d*) os intermediários financeiros (sociedades financeiras, sociedades comerciais, bancos, sociedades de investimentos, sociedades de gestão de patrimónios).

¹⁵¹⁴ Paula Costa e Silva, “Compra ...”, ob. cit., pág. 246.

finalidade de aquisição ou alienação de valores mobiliários)¹⁵¹⁵; nas situações em que os valores mobiliários se acham na titularidade fiduciária do intermediário financeiro, ainda assim não é dispensável a autorização do(s) seu(s) cliente(s), na medida em que a relação fiduciária que caracteriza a intermediação financeira exige que a actuação seja, não em nome próprio, mas no interesse do mandante/cliente. Assim, a posição proprietária está funcionalizada à realização de um fim específico convencionado, havendo aqui uma equiparação à disciplina regulamentar do mandato sem representação. Quando os valores mobiliários estão inscritos na conta do seu titular, o seu cliente/investidor, estamos perante as regras do mandato representativo, a autorização serve de substrato de legitimação para ele (o intermediário financeiro) poder alienar os valores mobiliários para a realização de interesses próprios ou de terceiros, facto demonstrativo da aludida limitação ou desvio das coordenadas de titularidade fiduciária, e por isso do poder de disposição do intermediário financeiro/fiduciário sobre os valores mobiliários. Faltando a autorização, o intermediário financeiro apenas pode praticar actos para a salvaguarda do interesse dos seus clientes conforme o convencionado, associado a uma outra obrigação de capital importância no regime do mercado de valores mobiliários: o dever de segregação patrimonial¹⁵¹⁶ – arts. nº 1, al. j) e nº 5 CVM -, cujos reflexos se vão sentir no âmbito do dever de protecção dos investidores individuais e na prevenção do conflito de interesses, que se materializam com o recenseamento e comunicação de conflito de interesses – art. 312º, nº 1 CVM¹⁵¹⁷. A esta constatação legal junta-se o facto de o art. 277º CVM determinar que, depois de a ordem de transferência ser emitida, ela torna-se irrevogável; mesmo que a actuação do fiduciário seja completamente contra o *pactum*, não atinge a conclusão do negócio, nomeadamente a ordem de liquidação¹⁵¹⁸, ficando o terceiro de boa fé protegido de algum vício imputável ao intermediário financeiro. Assim, é fácil concluir que o CVM nos oferece soluções jurídicas especiais, relativamente ao que vem disposto na 2ª parte do art. 1184 CC.

¹⁵¹⁵ José Queirós Almeida, “Contratos ...”, *ob. cit.*, pág. 297. Ferreira de Almeida “Transacção ...”, *ob. cit.*, pág. 295.

¹⁵¹⁶ Sobre a sua influência na relação entre intermediário financeiro e os seus clientes e na situação de insolvência do intermediário financeiro a relação que este estabelece entre os clientes/fiduciantes com os credores gerais do fiduciário ou com outros terceiros adquirentes, ver André Figueiredo, *O Negócio ...*, *ob. cit.*, pág. 491 seg. Também Paulo Câmara, *Manual de ...*, *ob. cit.*, pág. 396.

¹⁵¹⁷ Paulo Câmara, *Manual de ...*, *ob. cit.*, pág. 362 e 372.

¹⁵¹⁸ Paulo Câmara, *Manual de ...*, *ob. cit.*, pág. 339.

VI. Como o quadro normativo legal relativo à actividade dos intermediários financeiros é injuntivo, pois visa não só estabelecer uma relação entre eles e os investidores/clientes/fiduciantes, mas também, e sobretudo, normas de índole *organizativas* e *proibitivas*¹⁵¹⁹ que visam a protecção do bom funcionamento do mercado e assegurar a confiança nas estruturas de apoio de intermediação financeira, a actuação do intermediário financeiro sem autorização devida do investidor não fere apenas o investidor, mas pode abalar toda a organização de intermediação e o exercício da titularidade mobiliária¹⁵²⁰.

Nos termos que acabamos de expor, verificamos que as directrizes normativas constantes no art. 1184º CC, alargam o seu campo de aplicação para o quadro da disciplina jurídica da intermediação financeira, com cautelas relativas à última parte daquele dispositivo civilista. Quanto à necessidade de um documento comprovativo da relação entre fiduciário e fiduciante parece não haver grandes dificuldades, pois a categorização jurídica dos contratos de intermediação financeira¹⁵²¹ vêm resolver esse problema. A existência destes contratos, que servem para que o intermediário financeiro actue no mercado, e para que o intermediário financeiro tenha uma relação de clientela com os investidores e possa efectuar registo dos valores mobiliários, da sua subscrição, registo, emissão e transmissão, serve para demonstrar a existência de documento comprovativo entre o fiduciário e fiduciante e desse modo a existência de documento que corresponde ao mandato que o investidor/mandante/fiduciário conferiu ao intermediário financeiro/mandatário/fiduciário, anterior à data da penhora dos bens.

Já não será assim com a exigência do registo. Dissemos antes que o registo constante no art. 1184º CC não é o mesmo registo exigível aos valores mobiliários. Aqueles são regulados pelo Código de Registo Predial e têm uma função declarativa e produzem efeitos reais, logo são oponíveis *erga omnes* perante terceiros. Estes têm a sua sede de regulamentação no Código de Valores Mobiliários e a sua função é de legitimação formal para actuar no mercado de valores. Têm uma outra função, a constitutiva de valores mobiliários (a emissão), de depósito e de transmissão dos mesmos valores mobiliários (valendo aqui as

¹⁵¹⁹ Paulo Câmara, *Manual de ...*, ob. cit., pág. 363.

¹⁵²⁰ José Fazenda Martins, “Deveres dos Intermediários Financeiros, em especial, os Deveres para com os Clientes e o Mercado”, em *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, nº 7, 2000, pág. 334.

¹⁵²¹ Fátima Gomes, “Contratos de Intermediação Financeira”, em *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Universidade Católica Editora, 2000, pág. 571.

aquisições, quer originárias quer derivadas¹⁵²²). Como o espírito da norma do Código Civil é a protecção de terceiros adquirentes a partir do registo predial, consideramos que no Direito dos Valores Mobiliários não é o sistema de registo a fonte desta protecção; pelo contrário, tal protecção resulta do respeito que todos os intervenientes devem ter pelas normas que tutelam a confiança em relação aos diferentes sistemas que compõem a estrutura do mercado, nomeadamente os sistemas de liquidação e compensação, sistemas de negociação multilateral, sistemas de contraparte central e sistemas centralizados, que concorrem para a defesa dos interesses dos negociadores de valores mobiliários. Em poucas palavras, o mercado de valores mobiliários é um *sector regulado*, com um regime próprio de supervisão, inspecção, intervenção e sanção¹⁵²³. Perante esta estrutura de defesa não é possível validar qualquer negócio celebrado entre intermediário financeiro e seus clientes, com outro interveniente no mercado, ou com um terceiro adquirente, desde que desrespeitem as normas e o terceiro adquirente tenha actuado fora da bitola da boa fé.

VII. Este conjunto de fundamentos legais e dogmáticos esgrimidos, ajudam-nos a concluir que, para alcançar soluções de protecção de interesses do cliente/fiduciante, do intermediário financeiro/fiduciário e até do terceiro adquirente de boa fé, é preciso assegurar a certeza no tráfego e segurança jurídica da circulação dos valores mobiliários, não abalar a confiança nos sistemas de liquidação e compensação bem como os sistemas centralizados de valores. Como ocorre um grande desvio aos mecanismos de defesa do fiduciante até agora defendidos, pois o terceiro de boa fé pode ver o seu direito protegido, mesmo se o intermediário financeiro/fiduciário tiver actuado contra a relação de clientela com o fiduciante (contrato específico com o ordenador/Cliente), o respeito pelas regras é a segurança mais eficaz. Como descrito, o fiduciante vê, na esmagadora maioria das vezes, o seu direito prejudicado sem nada poder fazer naquele momento, podendo apenas, posteriormente, accionar os mecanismos de responsabilização que o Código dos Valores Mobiliários prevê por violação das normas de mercado¹⁵²⁴.

¹⁵²² António Ferreira Soares, “Negociação, liquidação e compensação de operações sobre valores mobiliários”, *Direitos dos Valores Mobiliários*, Lex, Lisboa, 1997, pág. 312.

¹⁵²³ Urélio Menéndez/Ángel Rojo (Dir.), *Leciones de Derecho Mercantil*, 8ª ed., Civitas, Madrid, 2010, pág. 862.

¹⁵²⁴ Menezes Leitão, “Actividades de intermediação e responsabilidade dos intermediários financeiros”, *Direitos dos Valores Mobiliários*, Vol. II, Coimbra Editora, 2000, pág. 134. Paulo Câmara, *Manual ...*, ob. cit., pág. 683 e seguintes.

Mas não pretendemos com o exposto afastar as regras gerais de responsabilização civil. Pelo contrário, queremos demonstrar que os princípios gerais estão lá presentes, nomeadamente as relativas ao regime de imputação. No entanto, o CVM oferece soluções específicas que em alguns casos se acham afastadas das regras do artº 483º CC, como a cláusula geral obrigacional e de imputação delitual constante no art. 304º-A¹⁵²⁵. Este mesmo artigo, no seu nº 2, consagra o critério da culpa diferente do constante no art. 487º, nº CC. O CVM adoptou outro caminho, elegendo como critério de aferição da culpa do intermediário financeiro o padrão do *diligentissimus pater familias*, devido ao carácter profissional que a lei condiciona para actuar no mercado de valores mobiliários naquela condição. Uma assinalável regra própria da intermediação financeira é o facto de que o consentimento do cliente e o cumprimento do dever de actuar de determinada forma no mercado poderem ser considerados como causas da ilicitude¹⁵²⁶.

¹⁵²⁵ Gonçalo André C. dos Santos, *A Responsabilidade ...*, ob. cit., pág. 189 seg.

¹⁵²⁶ Gonçalo André C. dos Santos, *A Responsabilidade ...*, ob. cit., pág. 208 seg.

CONCLUSÕES

Para finalizar o percurso laborioso e paciente que temos vindo a trilhar até aqui, afigura-se pertinente algumas notas conclusivas sem pretender que sejam consideradas teses acabadas, e por conseguinte imunes de críticas e renovações. O termo tese é por demais pesado e sugestivo de uma definição dogmática e juscientificamente acabada. Em síntese concluímos que:

1 – O estudo disperso e com falta de sistematização sobre negócio fiduciário, bem como falta de regulamentação legal do mesmo instituto, tem dificultado a elaboração de um conceito unívoco e maioritariamente partilhado, o que pode parecer que, mais que estarmos perante uma figura jurídica, estamos em presença de uma construção jurídica. É escassa a literatura jurídica sobre a instituição, que vai demonstrando noutros lugares, e mesmo a nível internacional, a sua força utilitária como instrumento de conformação de interesses.

2 – Na ausência de uma regulamentação própria que lhe garanta autonomia, conforme entendimento dos defensores da inadmissibilidade do negócio fiduciário, defendemos, *mutatis mutandis*, a utilização da capacidade expansiva do instituto jurídico do “mandato sem representação”, como figura paradigmática. Por outras palavras, defende-se um alargamento do campo de aplicação das normas regulamentares da figura do mandato sem representação ao negócio fiduciário.

Neste sentido, entendemos que o negócio fiduciário é um instituto cujo regime é fundamentalmente cooptado da disciplina regulamentar do mandato sem representação. Primeiro porque a prática normativa subjacente ao negócio fiduciário cabe a previsão do art. 1180º CC e seguintes, que estabelecem as regras do contrato do mandato sem representação, nomeadamente a actuação do mandatário (fiduciário) em nome próprio mas no interesse do mandante (fiduciante), na obrigação de retransmitir os bens adquiridos em execução do mandato, na separação de bens, e por consequência na irresponsabilidade destes bens pelas obrigações do mandatário (fiduciário). Em segundo lugar, a estrutura normativa desenhada pelo mandato sem representação, vista como imagem do espelho do negócio fiduciário, destrói

a tese muito difundida pelos críticos do instituto do negócio fiduciário, segundo o qual a posição seria sempre de *fragilidade* por haver uma *possibilidade de abuso* pelo fiduciário.

Contrariamente aquela posição, ficou demonstrado que o direito de carácter obrigacional do fiduciante, a convocação do abuso de direito, no exercício do direito e dos poderes transferidos do fiduciante para o fiduciário com vista a execução do contrato, a acção de nulidade por ilegitimidade de alienação do fiduciário dos bens a seu cargo para terceiros, ou outros mecanismos de defesa que a ordem jurídica coloca à disposição do fiduciante não o colocam em nenhuma posição de *debilidade*.

3 – Do exercício comparatístico feito sobre a posição dos diversos direitos nacionais, desde países da *civil law* até aos da *common law*, não esquecendo alguns da Ásia e África, concluímos que apesar da forma diferente como os negócios fiduciários são tratados e até as denominações utilizadas (*fiducia*, *Treuhand*, *trust* ou *fideicomiso*), ambos os sistemas mantêm um núcleo indestrutível que os faz uma categoria unitária: são todos negócios fiduciários.

Entretanto, as partes da relação fiduciária podem apresentar algumas dissemelhanças residuais, como na forma de actuar do fiduciário que é titular pleno e exclusivo, ainda que temporário do direito sobre o bem transferido para a *fiducia*; já o *trustee* é um administrador da propriedade instrumentalizada para a realização de um objectivo, normalmente beneficiar alguém, que por este motivo o beneficiário passa a ter direitos sobre o mesmo bem, que dependendo do sistema em causa, pode fiscalizar a actuação do fiduciário/*trustee*, em graus diferentes, mais intenso na *common law*, e por fim, não são totalmente coincidentes o estatuto da propriedade fiduciária: na visão continental a propriedade é totalmente transferida para o fiduciário para o cumprimento de uma finalidade, e quando esta é realizada para o fiduciário deve retransmiti-la para o fiduciante; na *common law* o *trust* impõe uma repartição da propriedade, havendo um título legal de proprietário pertencente ao fiduciário/*trustee* e outra propriedade económica pertencente ao beneficiário.

Apesar do que acabamos de dizer, entendemos que as figuras fiduciárias referidas supra podem ser reconduzidas a um conceito amplo mas unitário de negócio fiduciário. O que se exigirá é um exercício de interpretação e qualificação para acudir ou clarificar problemas dogmáticos que a ordem jurídica formal ainda não resolveu. Para reforçar este desiderato, realizamos um estudo histórico, ainda que breve, da *fiducia* nascida em Roma, na antiga

Germânia e nas Ilhas Britânicas, tendo chegado à conclusão que houve vários factores que mutuamente influenciaram a forma como hoje encaramos o negócio fiduciário e contribuiu para entendermos como a estrutura destas figuras foi-se modificando, transfigurando-se ao sabor do tempo e das novas forma de viver, bem como da pertinência em dar soluções a problemas. Foi possível também concluir que as origens da relação fiduciária nos espaços territoriais e jurídicos estudados são comuns, a estrutura funcional e os efeitos produzidos são umbilicalmente próximos, facto que facilitou o labor unificador do conceito de negócio fiduciário.

4 – As alterações que ocorrem nas diversas sociedades, fruto da globalização e do avanço da ciência e da técnica, têm vindo a contribuir para a mudança na interpretação e entendimento dos princípios jurídicos fundamentais do Estado de Direito. Neste sentido, o fenómeno da globalização, sobretudo no domínio da economia, veio também reforçar o Direito a adaptar-se às novas dinâmicas societárias, que vão repercutir-se na disciplina sobre “os negócios fiduciários”, que implicou, além do citado estudo comparado, estudarmos também a regulamentação no âmbito do Direito Internacional Privado, nomeadamente o estudo da Convenção de Haia sobre o *Trust*, cujo conteúdo é por demais esclarecedor das semelhanças que tem com o negócio fiduciário que mais convive com a família romana.

5 – Igualmente foi estudada, a existência de instrumentos Europeus sobre os *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, manifestados através de um *Draft Common Frame of Reference*, que oferecem uma inegável importância para uma cada vez maior unificação do conceito de negócio fiduciário. A instituição é tratada neste importante documento com uma extensa “regulamentação”, cabendo ao Livro X, e alguns artigos do Livro IX, fundamentalmente sobre a constituição do *trust* para garantia, o quadro a partir do qual se poderá constituir um *trust*, os seus elementos estruturais, requisitos para ser parte, poderes, direitos e deveres do *trustee* (aqui demos prioridade a indicação de obrigação de actuar no interesse do *truster* – conforme o disposto no acto constitutivo –, o dever de determinação e segregação patrimonial, para que não haja contaminação entre o património do *trust* e o património do *trustee*, bem como para a delimitar quais os bens que podem ser executados pelos credores do *trustee*, o dever de cuidado – que está sempre ligado a outros

deveres constantes em artigos, como v.g., art. X. – 6:108, cuja epígrafe é “Dever de segregar, proteger e manter em segurança” os bens fiduciários, ou com no art. X. – 6:101 sobre os deveres gerais do *trustee*, para além da obrigação de administrar o *trust*, exige-se em particular, uma atenção na observância do princípio da boa fé).

6 – O princípio da autonomia privada continua a ser o motor e fundamento da vinculação contratual, concebido como o meio para a realização dos interesses das pessoas através da troca de bens e serviços, devendo respeitar-se os princípios da ordem pública e dos bons costumes para que, não sendo equiparáveis a normatividade injuntiva, sejam um instrumento ao dispor do direito contratual.

É com este sentido teleológico e axiológico que entendemos que a propriedade pode estar ao serviço dos legítimos interesses das pessoas, servindo de instrumento para a realização das necessidades pessoais, familiares e da comunidade.

7 – As novas formas de manifestação de riqueza e sua transacção em novos mercados obrigam à adopção de novos mecanismos contratuais, que vão desde a utilização de tipos contratuais existentes, à modificação (evolução) destes, à criação de novos tipos até à recepção pelo ordenamento jurídico de tipos sociais cuja prática realiza legitimamente os interesses das pessoas: a propriedade fiduciária, que é a propriedade cuja titularidade sobre o seu direito é exercida de forma plena e exclusiva, mas temporária porque é limitada à realização de um fim específico. É temporária porquanto se a realização do escopo para a qual foi constituída for cumprida, o direito sobre a propriedade volta ao seu *statu quo ante*; no entanto, se ficar estipulado no *pactum fiduciae*, que o direito tem por destinatário o terceiro beneficiário, então é na esfera jurídica deste que se vai alojar a titularidade do direito sobre o referido bem. Assim, a propriedade pode ser transferida com a finalidade de exploração económica (beneficiar alguém das mais variadas formas) ou com o fito de garantir um crédito (como a alienação fiduciária em garantia). Nestes dois casos, os direitos e poderes do fiduciário são diferentes: no primeiro o destino do bem está intrinsecamente ligado à convenção fiduciária; já no segundo caso, além do disposto do *pactum*, o destino do bem depende muito do cumprimento do dever creditício do devedor/fiduciante. Este expediente é de longe mais simples e rápido relativamente às tradicionais formas de garantia: a hipoteca e a penhora.

8 – A doutrina nacional lusa, como muita estrangeira, resistiu em admitir a existência ou recepção nos seus ordenamentos jurídicos da figura do negócio fiduciário. Os argumentos foram muitos. Desde a consideração de ser um negócio simulado, passando por considerá-lo um negócio com fraude à lei, sem deixar de referir as atribuições como um negócio desigual para as partes, onde o fiduciário teria em suas mãos meios de defesa frágeis. Pensamos que não deve ser assim. Do percurso realizado, procuramos demonstrar que os interesses legítimos das partes, a produção dos efeitos queridos, constituem o ponto de partida da construção do edifício que é o contrato. Perante os novos dados normativos e dogmáticos, a perspectiva alinhada pelos detractores do negócio fiduciário ameaça a sua própria posição e abala o seu fundamento dogmático. A realização legítima de interesses juridicamente tutelados vai de encontro com o valor e o fim do direito, logo, quando a intenção contratual das partes não visa enganar terceiros, não visa contornar a lei, muito menos abalar a composição do regime jurídico vigente, devemos considerar que a escolha do negócio fiduciário para a realização dos fins pretendidos deve merecer a defesa do ordenamento jurídico.

9 – No que diz respeito à validade do negócio fiduciário, importa assegurar que é um negócio que cumpre com os requisitos de constituição (quanto aos sujeitos, quanto à forma), garante a disciplina regulamentar (é constituída por normas positivas injuntivas ou não e normas lavradas ao sabor da liberdade contratual) e cumpre uma função económica e social (realiza os interesses das partes sem violação de normas injuntivas), pelo que, enquanto meio de realizar os interesses das partes e resolver problemas que a vida nos coloca, revela o sentido prático que as soluções jurídicas devem assumir.

10 – Ficou também demonstrado que a existência de novas formas de transmissão da propriedade veio estender o conteúdo do artigo 1306º CC, ampliando o *numerus clausus* da constituição dos direitos reais. A ordem jurídica portuguesa através do Dec.-lei nº 105/2005, que consagrou a alienação fiduciária em garantia, veio demonstrar que afinal o conteúdo da norma do Código Civil não é estanque, ela flexibiliza-se conforme os imperativos da vida prática das pessoas, e aceita que a mesma propriedade desempenhe funções diferentes mas não conflitantes entre si, garantindo sempre certeza e segurança jurídicas. Logo, o princípio da

tipicidade dos direitos reais não é um princípio fechado em si, também sofre com as vicissitudes do tempo e da realidade social, económica e política.

11 – A existência de negócios fiduciários típicos pode constituir uma alavanca para estabelecer um regime geral destes negócios, facilitando a criação de modelos fiduciários, estabelecendo regras para que livremente se defina o seu conteúdo (sem desprimor da disciplina constante no art. 405º CC), no sentido do comércio jurídico ser mais conforme com as necessidades prementes das pessoas.

12 – A estrutura funcional do negócio fiduciário entendida na malha regulamentar dos Direitos Reais, que é vista numa perspectiva estática, cria a ideia de que, quando se opera a transferência do direito de propriedade do fiduciante para o fiduciário, aquele se colocaria numa posição de fragilidade, porque o direito obrigacional de que é detentor não seria suficiente para forçar o fiduciário – titular de um direito real – a cumprir o contrato nos termos acordados nem de perseguir o bem em caso de alienação do fiduciário a terceiro. Entretanto, procurámos demonstrar que a ordem jurídica portuguesa e angolana têm suficientes instrumentos de defesa de interesses e direitos juridicamente tutelados nas instituições fiduciárias. Desde logo, há um princípio transversal a todo o Direito que obriga o cumprimento pelas partes do acordo celebrado: *pacta sunt servanda* (art. 408ª CC), que no âmbito do negócio fiduciário pode também ser entendido como *voluntarius est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare* (*Digesto*, 13,6,17,3), para alertar que se o mandatário/fiduciário aceitar o mandato deve cumpri-lo. A ordem jurídica está de tal forma estruturada que criou pontos de equilíbrio para que os comportamentos dos sujeitos não criem *estragos* no tráfego, exigindo que cada um actue segundo a medida do seu direito e no limite do seu poder. A figura do abuso do direito (art. 334º CC) estabelece as fronteiras para que o exercício de um direito não seja ilegítimo: o respeito pela boa fé, pelos princípios da ordem pública e dos bens costumes, e ainda pela observância do fim económico e social do direito em questão; ora, se o fiduciário é proprietário *por causa do fim* convencional e inscrito no *pactum fiduciae*, não poderá actua de forma diferente do convencional, sob pena daquele exercício ser ilegítimo, logo os efeitos daí decorrentes serem nulos. Na mesma direcção, a utilização da execução específica (art. 830º CC) pode servir de meio de defesa do fiduciante,

requerendo-se ao tribunal que através de uma sentença, substitua o comportamento faltoso do fiduciário, equiparando este com um promitente devedor.

13 – Nas várias áreas do Código Civil encontramos normas que exigem o registo de direitos e outros actos sobre bens imóveis ou equiparados, sob pena do referido direito ou acto não se impor na ordem jurídica. Hoje, perante novas formas de circulação de direitos e da riqueza, da desmaterialização dos títulos de créditos, dos novos mecanismos de negociação sobre alienação e transmissão de direitos, a regulamentação constante no Código Civil e no Código de Registo Predial é insuficiente, ou, pelo menos, necessita de uma re-orientação. Basta observarmos que a subscrição, emissão, depósito e transmissão de valores mobiliários também obedecem a uma regulamentação de registo, que nada tem a ver com o Código de Registo Predial. O registo dos actos praticados no mercado de valores mobiliário não têm efeitos de publicidade, no sentido de dar a conhecer à generalidade da sociedade que um determinado direito existe na esfera jurídica de alguém, muito menos serve para atribuir efeitos reais à titularidade de tais direitos. Serve sim, para legitimar os intervenientes do mercado, para operacionalizar as transacções e para tornar anónimo os elementos das transacções. Por outro lado tem um efeito constitutivo, na medida em que a constituição dos valores mobiliários é feita através do registo. A característica descrita tem um valor acrescido nas relações fiduciárias porque, por um lado, a utilização do regime regulamentar do mandato sem representação para disciplinar o negócio fiduciário implica atender a regras de registo (art.1184º CC) e, por outro, a equiparação dos intermediários financeiros aos fiduciários observa a regras exclusivas do mercado mobiliário que contêm mecanismos de registos próprios.

14 – Em consequência da conclusão exposta no número precedente, a regulação constante no nº 4 do art. 5º do Código de Registo Predial veio oferecer uma nova interpretação à norma do art. 1184º do Código Civil e derroga a última parte da mesma norma. Ponderados os fundamentos que se extraem do normativo do sistema registal do Cod.Reg.Pred., e tendo em atenção o regime legal dos intermediários financeiros (quer do ponto de vista procedimental, quer do ponto de vista organizacional), as repercussões concretizadoras em sede da defesa do fiduciante no âmbito do art. 1184º CC alteraram-se. A segunda parte deste

artigo vale apenas para o registo sobre imóveis ou móveis sujeitos a registo, não podendo ser extensivo para os instrumentos financeiros. Ainda assim, quanto estivermos perante a alienação dos bens imóveis feito, quer voluntariamente pelo fiduciário, quer através do tribunal por acção executiva, quer ainda por expropriação através da administração pública, o fiduciante verá sempre o seu direito defendido porque: na primeira situação, o fiduciante poderá exigir o cumprimento do acordo através do tribunal (acção de cumprimento), poderá invocar o abuso de direito e o tribunal declarar a nulidade da alienação ou simplesmente usar a acção de nulidade. No segundo e terceiro casos, da interpretação do normativo constante do Código de Registo Predial, conclui-se que a alienação forçada pelo tribunal não atinge o direito do fiduciante porque o seu direito sobre o bem fiduciário não tem qualquer relação de transmissibilidade, quer original quer derivada com o adquirente do fiduciário faltoso, logo o requisito de “incompatibilidade” com o terceiro adquirente não se coloca, mesmo que estiver de boa fé, uma vez que este passou a ser titular de um direito cujo *dante causa* não é comum e o acto de alienação não foi feito por acto de vontade, já que *voluntas coacta, non est voluntas*.

15 – Importa acrescer que na relação fiduciária baseada no mercado mobiliário, a estrutura legal a ela subjacente assegura a defesa dos intervenientes, nomeadamente do fiduciante, quando é o ordenador, e do terceiro adquirente de boa fé, pois, para além de outros mecanismos legais, o mercado é indiferente quanto aos sujeitos, estando mais preocupado com o facto objectivo da transacção. Depois, a celeridade das operações estabelece regras rígidas de relacionamento: quando uma ordem é dada o processo para a sua liquidação ou compensação é irreversível, não havendo qualquer possibilidade de, por vício de algum acto, reverter ou mesmo anular a operação. Assim, para algum terceiro adquirente valerá apenas que esteja de boa fé; já a possível fragilidade do fiduciante (investidor/cliente) não resulta do sistema de registo constante do Cod.Reg.Pred., está sim nos mecanismos de funcionamento do mercado, que não asseguram a não reversibilidade dos actos, ou seja, quando uma ordem é dada o caminho para a liquidação ou compensação não é interrompido, conseguindo o terceiro, estando de boa fé, adquirir o direito transaccionado, mesmo que o fiduciante/ordenador tenha sido, por alguma razão, prejudicado, requerendo através dos mecanismos que o mercado regulado lhe oferece para reparação dos seus danos.

16 - Do ponto de vista do direito a constituir, e servindo-se da experiência de outros direitos (v.g., a maioria dos países da América-latina), da existência de princípios gerais e de situações sociais típicas de materialidade fáctica, cuja normatividade a ela subjacente afastam os obstáculos à admissibilidade do negócio fiduciário, não restarão dúvidas que é imperioso que o legislador português e angolano adoptem uma posição clara no estabelecimento de um regime geral dos negócios fiduciários, partindo, para facilitar processos, na recepção nos respectivos direitos nacionais, da Convenção de Haia sobre *Trust*, já que este instrumento legal estabelece as balizas para definir a constituição das relações fiduciárias, quer quanto aos sujeitos, quanto aos seus direitos e obrigações, quanto ao objecto e o dever de segregação patrimonial; também deve observar-se os instrumentos europeus sobre os *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, que são o conteúdo do *Draft Common Frame of Reference*. A combinação de todas estas instituições jurídicas (nacionais, europeias e internacionais), podem servir de *trampolim* para o legislador luso e angolano (este, para além dos instrumentos europeus, incluirá também outros Direitos africanos, principalmente das regiões onde está integrado economicamente) avançar para a construção de um quadro jurídico correspondente ao regime jurídico geral do negócio fiduciário.

BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Da Empresarialidade. As Empresas no Direito*. Almedina, Coimbra, 1996.

- *Do Abuso de Direito*, Almedina, Coimbra, 1999
- “O dever de cuidado exige concretizações ou precisões” – Reforma do Código das Sociedades. *IDET*, Colóquios, nº 3, Almedina, Coimbra, 2007, pág.
- “Deveres de cuidado e de lealdade e interesse social”. Reformas do Código das Sociedades Comerciais. *IDET*. Colóquios, nº 3, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 15-47.
- *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- *Governança das sociedades comerciais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2016.
- *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 5ª ed., reimp., Almedina, Coimbra, 2016.

ADRAGÃO, Paulo Pulido, *Lições de História do Direito Romano, Peninsular e Português*, com a colaboração de Ana Raquel Coxo e Hugo Cabral Monteiro, Almedina, Coimbra, 2016.

AFONSO, Ana, “Contrato de gestão de carteira. Deveres e responsabilidade do intermediário financeiro”, in *Jornadas. Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira*. Almedina, Coimbra, 2007, pág. 55-85.

AGUIAR-BRANCO, Fernando, *Dos Fideicomissos*, Fundação Eng. António de Almeida, Porto, 1946/1947, reimp., 2000.

AHUMADA, Cervantes, *Títulos y operaciones de crédito*, Editora Herrero, México, 1988

AIZPURUA GALICIA, Gorka, *Causas y Garantia Fiduciária*, Tirant, Valência, 2012.
- “Fiducia cum creditore, mandato para adquirir y leasing”, *RDP*, nº 3, 2011, pág. 33-71.

ALARCÃO, Rui de, “Breve motivação do anteprojecto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coação, representação, condição e objecto negocial”, *BMJ*, nº 138, 1964, pág. 120.

ALBUQUERQUE, Pedro, *Responsabilidade processual por litigância de má-fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo (A responsabilidade por pedido infundado de declaração da situação de insolvência ou indevida apresentação por parte do devedor)*, Almedina, Coimbra, 2006.

ALFARO, Ricardo, “El trust en el derecho civil”, *Revista Jus*, nº 97, México, Agosto 1946, pág. 159 seg.

ALIBI, Fernando, “Los Contratos Municipales: Doctrina General. Comentários a la legislación vigente. Jurisprudência del Tribunal Supremo”. Editorial Horizonte, Valência, 1944, pág. 55 seg.

ALLEN, Wilhan T., “The Corporate Director’s Fiduciary Duty of Care and the Business Judgment Rule under U.S. Corporate Law”, *in* Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research, 1998, pág.

ALEXANDRE, Isabel, “O processo de insolvência: pressupostos processuais, tramitação, medidas cautelares e impugnação da sentença”, *Themis*, Edição Especial, FDUNL, 2005, pág.

ÁGUILA-REAL, Alfaro, “La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 18, 2002, pág. 25-76.

ALLEN, Wilhan T., “The Corporate Director’s Fiduciary Duty of Care and the Business Judgment Rule under U.S. Corporate Law”, *in* Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research, 1998, pág.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Texto e Enunciado da Teoria do Negócio Jurídico*, Vol. I, II. Almedina, Coimbra, 1992.

- «Os contratos civis de prestação de serviço médico». *Direito de Saúde e Bioética*, Lisboa, 1996.

- “Transmissão contratual da propriedade – entre o mito da consensualidade e a realidade de múltiplos regimes”. *Themis*, ano VI, nº 11, 2005, pág. 7 seg.

- *Contratos I. Conceito. Fontes. Formação*. 5ª ed., reimp., Almedina, Coimbra, 2015.

- *Contratos II. Contratos de Liberalidade, de Cooperação e de Risco*. 4ª ed. Almedina, Coimbra, 2016.

- *Contratos IV. Funções. Circunstâncias. Interpretação*. Almedina, Coimbra, 2014.

- *Direito do Consumo*, Coimbra Editora, 2005.

- “Valores mobiliários: o papel e o computador”, *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. I, Coimbra Editora, 2007, pág. 621-630.

- “Contratos de Propriedade Intelectual. Uma Síntese”. *Contratos de Direitos de Autor e de Direito Industrial*, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 6-24.

- “Contrato formal e pré-contrato informal”, em *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil*, Coimbra Editora, 2006, pág. 349-366.

ALONSO, Eduardo Estrada, *El fideicomiso y los fondos sin personalidad jurídica*, Editorial Universitária, Ramon Areces, Madrid, 2010.

ALONSO SOTO, R., PÉREZ DE LA CRUZ, A., SÁNCHEZ ANDRÉS, A., “Lección 27. Los contratos de colaboración”, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Civitas, 10ª ed., Madrid, 2012.

ALOYI, Antoni Vaquer, “La responsabilidad civil delos profesionales frente al derecho contractual europeo”, en *La revisión de las normas europeas y nacionales de*

protección de los consumidores. Sérgio Câmara Lapuente (Dir.), Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2012, pág. 421-456.

ALPA, Guido, *Rischio Contrattuale*, Novissimo Digesto Italiano – Appendice VI, Editrice Torinese, Torino, 1986.

- *Istituzioni di Diritto Privato*, a cura di Mário Bessone, 30ª ed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2006.

ALVAREZ, Manuel de la Câmara, “Meditaciones sobre la causa”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1978, pág. 668 seg.

ALVES, José Carlos Moreira, *Direito Romano*, 15ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2012.

ALVES, Raul Guichard, “Alguns aspectos do instituto da interdição”, *RDJ*, Vol. IX, Tomo 2,

AMADO, João Leal, *Contrato de Trabalho*, 2ª ed., Coimbra Editora, 2010.

AMAYUELA, E. Arroyo, «Del mandato “ordinrio” al mandato “de protección”», *Revista Jurídica del Notário*, nº 49, 2004, pág. 16.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de, *Incapacitación y Mandato*, La Ley, Madrid, 2008.

ANDERSON, Hamish, “The Treatment of Trust Assets in English Insolvency Law”, in *Commercial Aspects of Trust and Fiduciary Obligations*. Clarendon Press. Oxford. reprinted, 2003, pág. 176-190.

ANDERSON, Roger W., *Understanding Trust and Estates*, 3rd Ed., New York, LexisNexis, 2003.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I, II, reimp., Coimbra, 2003.

- *Noções Elementares de Processo Civil*, Coimbra Editora, 1976.

ANDRADE, Margarida Costa, “O penhor financeiro com direito de disposição de valores mobiliários”, *Separata da ROA*, Ano 70, 2010.

ANTUNES, José A. Engrácia, “Contratos Comerciais”, in *Direito e Justiça*. Volume Especiais, Revista da Universidade Católica Portuguesa, 2007.

- *Direito dos Contratos Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2009.

ANTUNES, Morais, *Do contrato de Depósito Escrow*, Almedina, Coimbra, 2007.

ARANGUREN PEZONAGA, Carlos/ DUQUE VILLAVECES, Martha, *Fidúcia Pública en Colômbia*, Pontificia Universidade Javeriana, Bogotá – Colômbia, 1990.

ARESPACOCCHAGA, Joaquin de, *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

ASCARELLI, Tullio, “Il negozio indiretto e la società commerciali”, in *Studi di diritto commerciale in onore di C. Vivante*, Vol. I, Il Foro Italiano, Roma, 1931, pág. 23-98.

ASCENSÃO, José de Oliveira, “A desconformidade do registo predial com a realidade e o efeito atributivo”, *Cadernos de Direito Privado*, nº 31, 2010, pág. 5.

- *Direito Civil – Introdução e Teoria Geral*, 13ª ed., Refundida, Almedina, Coimbra, 2005.

- *Direito Civil – Teoria Geral (Relações e Situações Jurídicas)*, Vol. III, Coimbra Editora, 2002.

- “O actual conceito de valor mobiliário”, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. III, Coimbra Editora, 2001, pág. 42 seg.

- “O novíssimo conceito de valor mobiliário”, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VI, Coimbra Editora, 2001, pág. 139 seg.

- *Direito Civil – Reais*, reimp., 5ª ed., Coimbra Editora, 2000.

- *Direito Civil – Sucessões*, 5ª ed. Revista, Coimbra Editora, 2000.

- “Cláusulas contratuais gerais, cláusulas abusivas e boa fé”, *ROA*, nº 60, vol. II, 2000.

- “Telecomunicações e Direito de Autor”, in *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade de Informação*.

- “Direitos de Autor, hoje – publicações periódicas e obra colectiva”, *ROA*, nº 54, Vol. I, 1994.

- *A tipicidade dos Direitos Reais*, Lisboa, 1968.

ATKINSON, Rob, *Obedience as the Foundation of Fiduciary Duty*, 34 J Corp L, 2008, pág. 43-97.

AUBRY, Charles/ RAU, Charles-Frédéric, *Cours de droit civil français d’après la méthode de Zachariae*, Tomo 6, 4ª ed., Paris, 1917.

AURELIANO, Nuno, *O Risco nos Contratos de Alienação*, Almedina, Coimbra, 2009.

AZPEITÍA, Alberto M., “Curso de leasing inmobiliário, derecho de superficie y fideicomiso inmobiliario”, *Revista del Notariado*, Colégio dos Escrivãos da Cidade de Buenos Aires, transcrição taquigráfica da aula de 24 de Abril de 1985.

AZUERO, Sérgio Rodriguez, *Negócios fiduciários en América Latina*, 1ª ed., Legis Editores S. A., Colômbia, 2005.

- “Negócios Fiduciários Civiles y Planificación Patrimonial”, en *Planificación Patrimonial y Sucesoria*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 2012, pág. 35-56.

- *Responsabilidad del fiduciário*, Bogotá, Biblioteca Diké-Ediciones Rosaristas, 1997.

BALDI, G., «L’abbligazione di custodire (il comportamento dovuto)», *Revista di Diritto Civile*, t. XXXII, 1940.

BALE, Hugh/ FAUVARQUE-COSSON, Bénédiate/ RUTGERS, Jacobien/ TOLLON, Denis/ VOGENAUER, Stefan, *Cases, materials and text in contrat law*, Hart Publishing, Oxford, 2010.

BÁEZ, Júlio C., *Protección del Fideicomiso Financiero*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2008.

BAR, Christian von/ CLIVE, Eric, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*, Full Edition, Vol. 1 e 6, Sellier European Law Publishers, Munich, 2009.

BARNIÈRE, F., “Trust and fiducie”, *Towards a European Civil Code*, 3^a ed., Ars Aequi Libri. Kluwer Law International, Nijmegen – The Hague – London – Boston, 2004.

BATTEUR, Annick, *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 4^a édition, Paris: L.G.D.J., 2009.

BATIZA, Rodolfo, “El trust en Derecho Civil”, *Revista Jus*, n° 97, México, 1946.
- *Principios básicos del fideicomiso y de la administración fiduciario*, México, 1985.

BEATSON, Jack, “The relationship between Regulations Governing the Financial Service Industry and Fiduciary Duties under the General Law”, in *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*, Clarendon Press, Oxford, Reimp. 2003, pág. 55-69.

BEAULNE, Jacques, *Droit des Fiducies*, Wilson & Lafleur Ltée Éditeurs, Montreal, 1998.

BEILFUSS, González C., “Los Convénios de Bruselas y de Lugano y el trust: propuestas de modificación”; en *La revisión de los Co* ÁGUILA-REAL, Alfaro, “La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n° 18, 2002, pág. 25-76.

BÁRTOLO, Diogo, “Venda de bens alheios”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocência Galvão Telles*, Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 390 seg.

BELFIORE, Ângelo, *Interpretazione e dommitica della teoria dei Diritti Reali*, Giuffrè, Milano, 1979.

BERNSTEIN, Peter, *Against the Gods – The Roman Kable Story of Risk*, Wiley, New York, 1998.

BETTI, Emilio, *Teoria generale delle obbligazione*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1953.
- *Teoria generale delle negozio giuridico*, Napoli, Scientifiche Italiane, 1994.

BEYERLE, Franz, *Die Treuhand im Grundriss des deutschen Privatrechets*, Wiemar, Böhlau, 1932.

BIONDO, Biondo, *Instituzione di Diritto Romano*, 3ª ed., Milano, 1959.

BOGERT, George Gleason, *The Law of Trust and Trustees*, Vol. I, Vermon Law Book Company. West Publishing, Co. Kanas City, 1935.

BOLGAR, Vera, “Why no Trust in the civil law?” 2 Am. J. Comp. L. 204, 1953.

BOEHMER, G., *El Derecho a traves de la jurisprudência*, Barcelona, 1959.

BONFANTE, Pietro, “Historia del Derecho Romano”, *Revista de Derecho Privado*, Vol. I, Madrid, 1944.

BONILINI, Giovanni, “Compiti dell’amministratore di sostegno”, in *L’amministrazione di sostegno*, Giovanni Bonilini/ Augusto Chizzini (ed) Cedan, Padova, 2004, pág. 167 seg.

BONELLI, G., «Del Fallimento», in *Commento al Códice di Commercio*. Vol. I, Milano, 1938.

- «La decadenza dal termina del debitore insolvente», *Giuriprudenza italiana*, Vol.L1, 1999, VI, pág. 225 seg.

BRAUN, Alexandra, “El Trust en Itália: aplicaciones en el ámbito del Derecho de la persona y de la familia”, St. John’s College, Oxford, en Ester Arroyo I Amayuelas (Dir), *El Trust en el Derecho Civil*. Editorial Bosch, Barcelona, 2007, pág. 37 seg.

- “Trusts interni”, *Revista di Diritto Civile*, Ano XLVI, nº 4, 2000, pág. 573-595.

BRETONE, Mário, *Historia do Direito Romano*, Editora Estampa, trad. Isabel Teresa Santos e Hossein Seddighzadetls Shooja, Lisboa, 1988.

BRITO, António José de, “Da obrigatoriedade do direito positivo”. *NOMOS, Revista Portuguesa de Filosofia do Direito e do Estado*, nº 3 e 4, Amadora, 1987, pág. 25 seg.

BRITO, Maria Helena, *A Representação nos Contratos Internacionais*, Almedina, Coimbra, 1999.

BROMLEY, Blake, “Relevance of England’s Charity Trust Law to China’s Charity Law”, Seminário Sino-UK, 2010, in <http://www.beneficgroup.com/.../Relevance%20of%20Eng>

BRONZE, Fernando, *Lições de Introdução ao Direito*, 2ª ed., reimp. Coimbra Editora, 2015.

BRUNELLI, G., *Diritto Fallimentare Italiano*, Roma, 1932.

BRÜGGEMEIER, “Gert, Deliktsrechtliche Aspekte Innerorganisatorischer Funktionsdifferenzierung”, in *AcP*, 191, 1991.

BRUTAN, Puig, *Fundamentos de Derecho Civil*, Vol. III – 3, Barcelona, 1974.

BUONOCORE, Vincenzo-Fantozzi, *Il Leasing*, Milano, 1989.

BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., “El patrimonio como punto de convergencia del derecho y la economía”, ED, 131-951.

BUZAID, Alfredo, “Ensaio sobre a alienação fiduciária em garantia”, *R.T.*, nº401/9-29, São Paulo, Ed. RT, 1969.

CÂMARA, Paulo, “O Governo das Sociedades Comerciais e a reforma do Código das Sociedades Comerciais” in *Código das Sociedades Comerciais e governo das sociedades*, Coimbra Editora, 2010, pág.

- *Manuel de Direito dos Valores Mobiliários*, 3ª ed., Almedina, Coimbra, 2016.

- “Os deveres de informação e a formação dos Preços no Mercado de Valores Mobiliários”, in *Cadernos de Valores Mobiliários*, nº 2 primeiro semestre, 1998.

CAMÕES, Luís de, *Poesia Lírica*, Lisboa, Editorial Verbo, 1971, pág. 79.

CAMPOS, Diogo Leite de, “Locação Financeira (Leasing) e Locação”, *ROA*, Ano 62, Vol. III, 2002,

- “Notas sobre a admissibilidade da locação financeira restitutiva («lease beck») no Direito Português”, *ROA*, Vol. III, 1982, pág. 775-793.

- “A alienação em garantia”, Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal (150º Aniversário), Lisboa, 1998, pág. 5-23.

- *Contrato a favor de terceiros*, Almedina, Coimbra, 2009.

CAMPOS, Diogo Leite de/ Manuel Monteiro, Titularização de Créditos. Anotações ao Decreto-Lei nº 453/99, de 5 de Novembro, Almedina, Coimbra, 2001.

- CAMPOS, Diogo Leite de/ Cláudia Saavedra Pinto, *Créditos futuros, titularização e regime fiscal*, Almedina, Coimbra, 2007.

CAMPOS, Isabel Meneres, *A reserva de Propriedade: do vendedor ao financiador*. Coimbra Editora, 2013.

- *Da Hipoteca*, Almedina, Coimbra, reimp., 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 3ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian, trad., Menezes Cordeiro, 2002.

- *STAUB/HGB: Bankvertragsrecht (Erster Teil)*, 4ª ed. 1988.

- “Die Verdinglichung obligatorischer Rechte”, Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag, vol. I, Köln, 1978, pág. 371 seg.

CANOTILHO, J. J. Gomes/ MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol, I, 4ª ed., revista, Coimbra Editora, 2011.

CAPITANT, Henri, *De la causa de las obligaciones. Traducción y notas por Eugénio Terragalo y Contreras*, Madrid (reimp. fac-smail de Analecta Editorial, Pomplana, 2005).

CARBONE, S. M., “Trust interno e legge straniera”, in M. Dogliotti i A. Braun, coords. *Il trust nel diritto delle persone e della famiglia*, Giuffrè, Milano, 2003, pág. 25.

CARBONNIER, Jean, *Droit Civil, IV*, Presses Universitaires de France, Paris, 1994.
- *Droit Civil: Introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, Vol. I, Quadrige/PUF, Paris, 2004.

CARIELLO, Héctor Turuhpial, *El Fideicomiso. Contratos Bancários*. Vol. I, Caracas, 1999.

CARIOTA-FERRARA, Luigi, *I negozi fiduciari*, Cedam, Padova, 1933.

CARNEVALI, Ugo, *Istituzioni di Diritto Privato*, a cura de Maria Bessone, 30ªed., G. Giappichelli Editore, Torino, 2006.

CARREGAL, Maria, *Fideicomiso. Teoria y Aplicación a los Negócios*. Helista, Buenos Aires, 2008.

CARREJO, Simón, *Derecho Civil, Biens-Derechos Reales*, Reimp. Publicaciones Universidad Externato de Colômbia, Bogotá, 1967.

CARREY, William J./ SHEPHERD, George B., *The Mystery of Delaware Law's Continuing Success*, U Ill L Rev., 2009, pág. 1-93.

CARVALHO, Américo Taipa de, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999.

CARVALHO, Orlando, *Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)*. Suplemento X, BFDUC, Coimbra, 1952.

- *Das Coisas*, Vol. I, II. Centelha, Coimbra, 1977.

- *Direito das Coisas*, 1ª ed., Coord. Francisco Liberal Fernandes, Maria Raquel Guimarães e Maria Regina Redinha, Coimbra Editora, 2012.

- *Critério e Estrutura do Estabelecimento Comercial. O problema da empresa como objecto do negócio*, Coimbra, 1967.

CASALONGUE, Maria de Itali, “Planificación patrimonial, empresarial y sucessória. Proteger com equidad desde la prevención”, en *Planificación Patrimonial y Sucessória*, Mário Carregal (Dir.), Editorial Helista, 2012, pág. 7-14.

CASSAGNE, Juan Carlos, “La transmisión de derechos personales y reales en el derecho administrativo. Relaciones com el Código Civil”. *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, Tomo 1984-B, pág. 741 seg.

COSTANZA, Maria, *Il contratto atípico*, Giuffrè, Milano, 1981.

CASTRILLÓN, Gilberto Peña, *La fidúcia en Colômbia*, Editorial Temis, Bogotá, 1986.

CASTRO, Frederico de, *El negocio jurídico*, INEJ, Madrid, 1967 (Reed. fac. Simele de Civitas, Madrid 1985).

CATERIANA, Siano, *Insegnamento di Diritto Privato Comparato*. Lezione VIII, “Il Trust”, Pégaso, Università Telemática.

CAVALCANTI, José Paulo, *O penhor chamado alienação fiduciária em garantia*. Recife: Companhia Editora de Pernambuco, 1989.

CAVALLÉ, A. Urquizu, *Los patrimonios fiduciarios: aspectos tributarios*, Madrid, Marcial Pons, 2006.

CENDON, Paolo, “La tutela civilista civilística dell’infermo di mente”, in *La Riforma dell’interdizione e dell’inabilitazione*, Salvatore Patti (ed), Giuffrè Editores, Milano, 2002, pág. 30 seg.

- “Un altro diritto per isoggetti deboli, l’amministrazione di sostegno e l’avita di tutti i giorni”, en *L’amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2005.

CHALHUB, Melhim Namen, “Património de afetação”, *IRIB em Revista*, nº 318, 2004, pág. 56-59.

- “Afetação patrimonial no direito contemporâneo”, *Revista Trimestral do Direito Civil*, 29/112, Padua, Rio de Janeiro, 2007.

- *Negócio Fiduciário*, 4ª ed., revista e atualizada, Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2009.

CERLES, Alain, “Le contrat fiduciaire et ses applications bancaires: présent et avenir”, *RFDUL*, Suplemento, 1997, Coimbra Editora, pág. 91 seg.

CHAVES VELA, Isaías, “Responsabilidad de los Patrimonios Autónomos y de la Fiduciária frente al Constituyente, al Beneficiário y a Terceiros”, in *IV Foro Nacional de Derecho Comercial – No. 28 a 30, 1988 – Aspectos Jurídicos de la Fidúcia*, Ed. SF – Câmara de Comercio de Bogotá, 1989.

CHIMBINDA, Jorge Simeão Ferreira, *O Nome da Identidade Umbundu. Contributo Antropológico*. Edições ETU, Huambo, 2009.

CHODOS, Rafael, *The Law of Fiduciary Duties*. Blockthome Legal Press. Califórnia, 2000.

CHORRES, Benavente Hesbert, “La teoría trialista del know-how y sus repercusiones en la propiedad intelectual”, César Iglesias Reballo (Coord.). *Propiedad Intelectual. Derechos Fundamentales y Propiedad Industrial*. Colección de Propiedad Intelectual. Madrid, 2005.

CLARIZIA, R., *Collegamento negoziale e vecende della proprietà. Due profili della localzione finanziaria Rimini*, 1982.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, “O enriquecimento e o dano”, *REDS*, nº 4, 1968, pág.

COELHO, Francisco M. de Brito Pereira, «*Contrato*». *Evolução do conceito no Direito Português*, Coimbra, 1990.

COING, Helmut, “Die Treuhandtheorie als Beispiel der geschichtlichen Dogmatik des 19. Jahrhunderts”, *Rabelsz* 37, (1973).

- *Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäft*, Beck, München, 1973.

CÓRCOLES, Ascensión Gallego, *Asesores de voto (Proxy Advisors) y el Ejercicio del Derecho de voto en las Sociedades*, Monografía, nº 42, 2014.

CORDEIRO, A. Barreto Menezes, *Do Trust no Direito Civil*, Almeida, Coimbra, 2014.

- *Da Simulação no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014.

CORDEIRO, António Menezes, *Da pós eficácia das obrigações*, Lisboa, 1984.

- *Direitos Reais*, Lex, Lisboa, reimp. 1993.

- “Da alteração das circunstâncias”, *Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Almedina, Coimbra, 1987.

- “Do contrato de franquia («franchising»): autonomia privada versus tipicidade negocial”, *ROA*, Vol. I, 1988, pág. 64-84.

- “Evolução juscientífica e Direitos Reais”, in *Estudos de Direito Civil*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1991, pág. 201 seg.

- *Direitos Reais (Sumários)*, Lisboa, 1998.

- *Direito das Obrigações*, Vol. I. AAFDL, reimp., Lisboa, 2001.

- “A lealdade no direito das sociedades”, *ROA*, Ano 66, Vol. III, 2006.

- “Introdução à Insolvência”, *O Direito*, III, nº 137º, 2005, pág. 465-506.

- *Manual de Direito Bancário*, 6ª ed., revista e actualizada, com colab. A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2016.

- *Da Boa Fé em Direito Civil*, 3ª reimp., Almedina, Coimbra, 2007.

- *Manual de Direito das Sociedades*, Vol. I, 1ª reimp., 3ª ed., ampliada e actualizada, Almedina, Coimbra, 2016.

- *Manual de Direito das Sociedades*, Vol. II, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2007.

- *Manual de Direito Comercial*, 2ª ed. Almedina, Coimbra, 2007.

- *Da Confirmação no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2008.

- *Tratado de Direito Civil*, Vol. I, 4ª ed., reformulada e atualizada (reimp.), Almedina, Coimbra, 2016.

- *Tratado de Direito Civil*, Vol. II, 4ª ed., reformulada e atualizada, Almedina, Coimbra, 2014.

- *Tratado de Direito Civil*, Vol. III, 3ª ed., 1ª reimp., reformulada e atualizada, Almedina, Coimbra, 2016.

- *Tratado de Direito Civil*, Vol. IV, 4ª ed., revista e atualizada, com colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro, Almedina, Coimbra, 2017.

- *Tratado de Direito Civil*, Vol. V, 2ª ed., revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2015.
- *Tratado de Direito Civil*, Vol. VI, 2ª ed., revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2012.
- *Tratado de Direito Civil*, Vol. VII, Almedina, Coimbra, 2014.
- *Tratado de Direito Civil*, Vol. IX, 2ª ed., revista, Almedina, Coimbra, 2016.
- “O Costume”, *Polis*, Vol. I, pág. 1362.

CORDEIRO, Catarina Pires, *A alienação em garantia no direito civil português* – policopiado, FDL, 2006.

CORDERCH, Pablo Salvador, *Recensión: Ciência y politica del riesgo, de José A. Lopez Cereza y Gose Luis Luigra*, Barcelona, 2001.

CORNEIRO, Borges, *Direito Civil de Portugal*, Tomo III, 1828.

CORREIA, Fernando Alves, “Risco e Direito do Urbanismo”, *RLJ*, Ano 138, nº 3955, Coimbra Editora, 2009, pág.199-218.

COSTA, Manuel Januário da, *Em Tema de Revogação do Mandato Civil*, Almedina, Coimbra, 1989.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 4ª reimp., da 12ª ed., revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2016.

- *Contrato-Promessa. Uma Síntese do Regime Vigente*, 9ª ed., revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2007.

- “Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria – Notas de direito comparado”, em *Direito e Justiça*, Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa, Vol. I, 1980, pág. 49 seg.

COSTA, Ricardo/ DIAS, Gabriela Figueiredo, *Código das Sociedades em Comentário*, Vol. I, IDET, Almedina, Coimbra, 2010.

COSTA, Ricardo, “Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule”, in Reforma do Código das Sociedades Comerciais, *IDET*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 52 seg.

- “Deveres gerais dos administradores e ‘gestor criterioso e ordenado’”, *Direito das Sociedades em Revista*, I Congresso, Almedina, Coimbra, 2010.

- “A responsabilidade do sócio único: revisitação do artigo 84º do CSC”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, BFD, Stvdia Ivridica, Coimbra Editora, 2012, pág. 251-268.

COSTANZA, Maria, *Il contratto atípico*, Giuffrè, Milano, 1981.

- “Numurus clausus dei diritti reali e autonomia contrattuale”, *Studi in onore di Cerase Grassetti*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1980, pág. 423 seg.

COSTEIRA, Joana, *Os efeitos da Declaração de Insolvência no contrato de trabalho: a tutela dos créditos laborais*. Almedina, Coimbra, 2013.

COSTEIRA, Maria José/ SILVA, Fátima Reis, “Classificação, verificação e graduação de créditos no CIRE – Em especial os créditos laborais”. *Prontuário de Direito do Trabalho*, n.ºs 76, 77 e 78. Coimbra Editora, 2007, pág. 359-371.

COULANGES, Fustel de, *A Cidade Antiga*. Clássica Editora, Lisboa, 1988.

CRISTAS, Assunção/ GOUVEIA, Mariana França, “Transmissão da propriedade e o contrato de compra e venda”, in *Transmissão da Propriedade e Contrato*, Almeida, Coimbra, 2001.

CRISTAS, Maria de Assunção Oliveira, *Transmissão Contratual do Direito de Crédito*, Almedina, Coimbra, 2005.

- “Exoneração do Devedor pelo Passivo Restante”, *Themis*, edição especial, 2005, pág. 165-182.

- “Dupla venda de um direito de crédito”, *Direito*, n.º 132, I-II, 2000, pág. 197-254.

CROUCHER, Rosalind F., *Trusts in Prime Jurisdictions*, 2ª ed., General Editor Alan Kaplan, London, 2006.

CRUZ, Duarte Amaral, *O incumprimento vantajoso: Corporate Governance e responsabilidade civil dos administradores*. Dissertação de mestrado. Universidade Católica Portuguesa. Faculdade de Direito de Lisboa, 2012.

CRUZ, Sebastião, *Actualidade e utilidade dos estudos romanísticos*, 2ª ed., Coimbra, 1982.

- *Direito Romano, (ius romanum)*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, 2002.

CUBERO, V. M. de Luna, «Poderes Preventivos», in *III Jornadas sobre Protección Juridica en la Incapacidad*. Lugaño, 2009, pág. 65 seg.

CUENABOY, Francisco, “La investigación en Derecho Romano. Consideraciones sobre algunos métodos en particular”. *Jornadas Romanísticas. BFDUC. Studia Iuridica*, n.º 70, Coimbra Editora, 2003.

CUNHA, Carolina, *A Indemnização de Clientela do Agente Comercial*, Coimbra Editora, 2003.

CUNHA, Paulo, *Do Património: estudo de direito privado*, Lisboa, Minerva, 1932.

CUNHA, Paulo Olavo, “Independência e inexistência de incompatibilidades para o desempenho de cargos sociais”, *Direito das Sociedades Comerciais em Revista*, I Congresso, Almeida, Coimbra, 2010, pág. 283 seg.

CURA, A. Alberto Vieira, *Fiducia Cum Creditore (Aspectos gerais)*. Suplemento do BFDUC, Vol. XXXIV, 1990.

CURZOM, L. B., *Equity and Trusts*, Bristol, 1985.

CUSHING, Harry, *Voting trust. A chapter in recent corporate history*. The MacMillam Company, New York, 1915.

DANIEL, Henrique Etaungo, *Alusapo. Adivinhas*, 2ª ed., Lisboa, 2010.

DAVID, A. Pratt, *Pension and Employee Benefit Statutes and Regulations*, 2012 Edition, Foundation Press, Thomson Reuters, New York.

DAVID, René, *O direito inglês*, trad. Eduardo Brandão, 2ª ed. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2006.

-*Les Grands Systemes de Droit Contemporains*, 8ª ed., Ed. Dalloz, Paris, 1982.

DE CASTRO, F., “El negocio fiduciario. Estudio crítico de la teoria del doble efecto”, *RDN*, nº 2, 1966, pág. 7.

- *El negocio jurídico*, Madrid, 1985.

DE GISPERT PASTOR, M. T., “Contrato de compraventa a carta de gracia. Sentencia de 23 de marzo de 1972”, *RJC*, 1973, pág. 107.

DE PAGET, H., *Traité de droit civil belge*. Tomo VI, Bruxelles, 1942.

DE WAAL, M. J., “The Trust in South African Law”, in *XV Congrès International de Droit Comparé – Académie Internationale de Droit Comparé, University College*, Bristol, Jul/1998 – Trust vs. Fiducie in a business context, Bruxelles, 1999, pág. 88 seg.

DERNBURG, A., *Pandette*, Vol. I, 1ª, Torino, 1906.

DEMOGUE, Rene, *Traité des obligations en general*. I, IV, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1952.

DESSIN, Corolyn L., “Acting as on Agent unser a Financial Durable Power of Attorney: An Unscripted Role”, in *Nebraska Law Review*, 1996.

DICIONÁRIO de Língua Portuguesa Contemporânea. Academia das Ciências de Lisboa. Verbo, Vol. I. Lisboa, 2010.

DIAS, Augusto Silva, “Direito Penal”, in [http:// www.ifl.pt/private/admin/ficheiros/uplods](http://www.ifl.pt/private/admin/ficheiros/uplods)

DIAS, Gabriela Figueiredo, *A Assistência Técnica nos Contratos de Know-How*, Studia Ivridica, Coimbra Editora, 1995.

- “A fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores”. In *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra, 2007.

“Efeitos da gestão de participação societária de fundos de pensões”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, Vol. III, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 133-161.

DIAS, João A. Álvaro, *Dano Corporal. Quadro Epistemológico e Aspectos Ressarcitórios*. Almedina, Coimbra, 2004.

DIAS, J. Figueiredo/ MONTEIRO, J. Sinde, “Responsabilidade médica em Portugal”, *BMJ*, nº 332, 1984, pág. 21-84.

DÍEZ-PICAZO, Luís/ GULLÓN, António, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. I, 12ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.

DÍEZ-PICAZO, Luís, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, 6ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

- *Fundamentos del Derecho Civil. I. Introducción. Teoría del Contrato*. Civitas, Madrid, 2007.

- *El abuso del derecho y el fraude de ley, en nuevo Titular Preliminar del Código Civil y el problema de sus reciprocas relaciones*. Documentación jurídica, nº 2, Madrid.

- “Operaciones fiduciarias y servicios fiduciarios”, en *Dictámenes jurídicos*, Civitas, Madrid, 1987.

DKEMINIER, J. / JOHANSON, S. M., *Family Wealth Transactions: Wills, Trusts and Estates*. Boston: Little, Brawn & Co, 2ª ed. 1979.

DOBRIS, J. C., “Changes in the Rule and the Form of the Trust at the New Millennium or, we don't Have to Think of England Anymore”. *Albany Law Review*, nº 62, pág. 543-578.

DOGAUCHI, Hiroto, “Trust in the Law of Japan (overview of trust in Japan)”, University of Tokyo, 2006, in www.law.tohoku.ac.jp/kokusaiB2C//link/dogauchi.html

D'ORS, Xavier, *Elementos de Derecho Privado Romano*, 4ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, S.S., Pamplona, 2010.

DROBNIG, Ulrich/BÖGER, Ole, *Principles of European Law, Proprietary Security in Movable Assets*, Sellier European Law Publishers, Munich, 2015.

DUNAND, Jean-Philippe, *Le transfert fiduciaire: “donner pour reprendre”: mancipio dare ut remancipetur. Analyse historique et comparatiste de la fiducie – gestion*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 2000.

DYER, A./VAN LOON, J.H.A., “Report on trusts and analogous institutions” *Actes et Documents de la Quinzième session de la Conférence de La Haye de Droit international privé*, Tomo II, Trust-loi applicable et reconnaissance, pág. 10-110.

EIRÓ, Vera, “A transmissão de valores mobiliários – as acções em especial”, *Themis*, Ano VI, nº 11, Almedina, Coimbra, 2005, pág. 158.

EISEMBERG, Meivin A., “The Duty of Good in Corporate Law”, Vol. 31. Del, J. Corp. C. 1, 2006, in <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubo/737>

EMANUEL, A. S., “Spendthrift Trust: It’s time to Codify the Compromise”. *Nebraska Law Review*, nº 72, 1993.

ETCHAGARAY, Natalio Pedro, *Fideicomiso, Técnica y Práctica Documental*. 2ª reimp. Astrea, Buenos Aires, 2011.

FARIA, Carlos Vieira de, “O papel do habitante no produção e apropriação da sua cidade”, in *Memoriam de Jorge Tracano de Carvalho*, Universidade Autónoma de Lisboa, 2007, pág. 201-216.

FARINA, Juan M., *Contratos comerciales modernos*, Vol. 2, 3ª ed., actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2014.

FARINHO, Domingos Soares, *Intimidade da Vida Privada e Média no Ciberespaço*, Almedina, Coimbra, 2006.

FEDI, Martínez, “El Confirming”, *Finanzas y Contabilidad*, Madrid, Vol. 24, 1998, pág. 30 seg.

FERNANDES, Luís Carvalho, / LABAREDA, João, “Do regime jurídico do direito à reforma dos administradores a cargo das sociedades anónimas”, *RDS*, nº 3-4, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 531-556.

- FERNANDES, Luís Carvalho, *Estudos sobre a simulação*, Quid Iuris, Lisboa, 2004.
- *Anotação ao Código de Insolvência*, 2ª ed., Quid Iuris, Lisboa, 2008.
 - *Lições de Direitos Reais*, 6ª ed., Quid Iuris, Lisboa, 2009.
 - *Teoria Geral do Direito Civil*. Vol. I, II. 5ª ed., revista e actualizada, Lisboa, 2009.

FERNÁNDEZ, Alberto Muñoz, “Los poderes preventivos o de protección en el código civil español”, *Las Nuevas Herramientas de Protección Jurídico-Privada de las Personas Dependientes – Un Estudio Comparado*, ICS, Universidad de Navarra, Thomson Reuters, 2014, pág. 44 seg.

FERRARA, Luige Cariota, *El negocio jurídico*, Madrid, 1956.

- *I negozi fiduciari – trasferimento, cessione e girata ascopo mandato e di garanzia*. *Proceso fiduciário*, CEDAM, Milano, 1933.

FERRARA, Francesco, “La simulación de los negocios jurídicos” (Della simulazione dei negozi giuridizi)”. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1956.

- *Trattato di diritto civile italiano*, Athenaeum, Roma, 1921.

FERREIRA, Amadeu José, *Valor Mobiliários Escriturais. Um novo modo de representação e circulação de direitos*, Almedina, Coimbra, 1997.

FERREIRA, Ânia/ FERNANDES, Teresa, “Estudos sobre a atribuição de pensões e complementos de reforma aos administradores das sociedades anónimas”. *Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 215-241.

FERREIRA, Bruno, “Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes”, *Cadernos da CMVM*, nº 31, Dezembro, 2008.

FERREIRA, Juliano, “Proxy Advisors. Os consultores em matéria de votação”, em *A designação de Administradores, Coleção Governance Lab*, Almedina, 2015, pág. 201-225.

FERREIRA, Hugo Rosa, “Compensação e Insolvência (em particular, na cessão de crédito para titularização)”, in *Direito de Insolvência (Estudos)*, Coord. Rui Pinto, Coimbra Editora, 2011.

FIGUEIREDO, André, *O negócio fiduciário perante terceiro*. Almedina, Coimbra, 2012.

- “Titularidade indireta de a ações e exercício de direito de voto”, *RDS*, nº 3, 2013, pág. 517-548.

- “Notas sobre o exercício de direito de voto nas sociedades cotadas: breve balanço da vigência da Directiva 2007/36/CE e perspectivas de revisão”, in *Direito das Sociedades em Revisão*, III Congresso, Almedina, Coimbra, 2014, pág. 41-66.

FINE, Toni M., *Introdução ao Sistema Jurídico anglo-americano*, trad. Eduarda Saldanha, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2011.

FINN, Paul, “Fiduciary Law and the Modern Commercial World”, in *Commercial Aspects of Trusts and Fiduciary Obligations*. Clarendon Press, Oxford, Reimp. pág. 7-42.

FLATTET, G., *Les investment trusts en Suisse (Mélanges Hamel “Dix ans de conférences d’agrégation”)*, Dalloz, Paris, 1961.

FONSECA, Ricardo Marcelo, *Modernidade e Contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo, Editora LTR, 2002.

FORSYTH, Christopher, “The Jurisdic Basic of the Testamentary Trust, the Principle of Non-delegation of Will-making Power and the Purism Movement”, in *The South African Law Journal*, 1986, vol. 107, pág. 513 seg.

FRADA, Manuel A. Carneiro, *Contrato e Deveres de protecção*, Coimbra, 1994.

- *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, reimp. Almedina, Coimbra, 2004.

FRANCESCHELLI, Remo, *Il "trust" nel Diritto Inglese*, Padova, 1935, 1ª ed., Cedam.

FREITAS, José Lebre de, "Pressupostos objetivos e subjectivos da insolvência", *Themis*, Edição Especial, 2005, pág. 11-25.

FROSSARD, Joseph, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*. Librairie General de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1965.

FUENTESECA, Cristina, *El Negocio Fiduciario en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, J. M. Bosh Editora, Madrid, 1997.

- "Análisis de la posible relación entre la fiducia romana y el trust anglosajón", *Revista de Derecho Privado*, nº 1, 1998, pág. 41.

GABRIELLI, Enriço, "Las Garantias Reales Mobiliarias en Europa", en *El Nuevo Derecho de Las Garantias Reales*, Biblioteca Iberoamericana de Derecho, 2008, pág. 325 seg.

- "Il pegno «anomalò»", in *Rer. Dir. civ.*, I, 1991, pág. 229.

GABRIELLI, G., "Vincolo di destinazione importantiseparazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari", in *Riv. dir. civ.*, Vol. I, 2007, pág. 321 seg.

GAGLIARDO, Mariano, "Nuevas fronteras del derecho sucesorio", en *Planificación Patrimonial y Sucesoria*, Helista, Buenos Aires, 2012, pág. 109.

GALICIA AIZPURUA, Gorka, "Fiducia cum creditore, mandato para adquirir y leasing", *RDP*, nº 3, 2011, pág. 33-71.

GALGANO, F., *Diritto Commerciale – L'imprenditore impresa. Contratti di Impresa. Titolo de crediti. Fallimento*, 12ª ed., Zanichelli, Bologna, 2008.

GALVÉZ, Rosa Mª de Couto de/ SÁNCHEZ-RAMOS, Célia, *Propiedad Intelectual e Industrial de la Obra Científica. La protección*. Editorial Complutense, Madrid, 2008.

GAMBOA, A., *Il Trust in Itália ed in Francia*, In Studi Sacco, I, Milano, 1995.

GAMBARO, António, "Appunti sulla proprietà nell'interesse altrui", *Trusts e attività fiduciaria*, 2007, pág. 169 seg.

GARCIA, António Roman, *La tipicidade en los Derechos Reales*, Madrid, Editora Montecorvo, 1994.

GARCIA, E. Rengifo, *La fiducia mercantil y publica en Colômbia*, 2ª ed. Universidad Externato de Colômbia, 2001.

GARCIA, M. A., Martínez, «Apoderamientos preventivos y autotutela», in R. Martínez Die (Dir.), *La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales*, CIVITAS, Madrid, 2000, pág. 115-148.

GARCIA, Sanchez, *El contrato de confirming, un producto financiero desde la óptica contable*, Actualidad Financiera, nº monográfico 4/99, 1999.

GARDE CASTILLO, J., *La institución desconocida en Derecho internacional privado*, Valladolid, 1947.

GARDNER, Simon, *An Introduction to the law of Trust*, 3ª ed. Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2011.

GARGOLLO, Javier Arce, *Fidúcia y Trust. El fideicomiso Mexicano*. Revista Notarial, nº 49, Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C., Año XVI, 1972.

GARRIDO, Pedro Luís Viscaíno, *Los deberes fiduciarios de los administradores de las sociedades en crisis: acreedores frente a socios*. Tese de doutoramento, Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2014.

GARRIGUES, Joaquin Dias-Cañabate, *Negócios fiduciários en el Derecho Mercantil*, Madrid, Civitas, 1978.

GAUTSCHI, Georg, “Subrogation und Aussonderung von bewegliche Treuhandvermögen”, *RSJ*, nº 72, 1976, pag. 317 seg.

GERNHUBER, Joachin, “Die fiduziarische Treuhand”, *JuS*, 1988, pág. 355 seg.

GESSAPHE, Karl A.von Sachsen. “La legge tedesca sull’assistenza giuridica e la programmata riforma della legge italiana in matéria di interdizione e di inabilitazione”, in *Família Guardeni – La Riforma del’interdizione e dell’inabilitazione*. Vol. I, 2002, pag. 67.

GHESTIAN, J., *Traité de Droit Civil. Introduction generale*, 2ª ed. L. G. J. nº 741, Paris, 1983.

GILISSEN, John, *Introdução Histórica ao Direito*, trad. António M. Hespana e Manuel L. M. Malheiro, 6ª ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

GINOSSAR, L., *La fraude du droit d’autui, est-elle licite? In Mélange Jean Dabim*, II, 1963.

GINOSSAR, Shaley, *Droit réel, propriété et créance*, Paris, LGDJ, 1960.

GIORGI, Giorgio, *Teoria de las obligaciones*, trad., De la, 7ª ed., Italiana, Madrid, 1909, Tomo III.

GIRALDI, Pedro Mário, *Fideicomiso (Ley 24. 441)*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

GOLDSMICHIDT, Roberto, “Trust, fiducia y simulación”, in *Estudios de Derecho Comparado*, Facultad de Derecho de la UCV, Vol. XXII, Caracas, 1958.

GOLDSMICHIDT, Roberto/ EDER, Phamor, *El Fideicomiso (Trust) en el Derecho Comparado (especialmente americano)*, Ediciones Arayu, Buenos Aires, 1954.

GOLTZ, Fritz, *Das fiduziarische Rechtsgeschäft mit besonderer Berücksichtigung des Wechsel-und Konkurs-Rechts*, N. G. Elwert'sche, Marburg, 1901.

GOMES, Carla Amado, *Risco e Modificação do Acto Administrativo Concretizador de Deveres de Protecção do Ambiente*, Coimbra Editora, 2007.

GOMES DE LA LASTRA, Manuel, “El Estado fiduciário”, *LL*, Buenos Aires, Tomo 2003-E, pág. 1311 seg.

GOMES, Fátima, “Contratos de intermediação financeira: sumário alargado”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa*, Coimbra Editora, 2002, pág. 565-599.

GOMES, Januário da Costa, *Assunção Fideijussória de Dívida. Sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*. Almedina. Coimbra, 2000.

GOMES, Júlio M. Vieira, “A gestão de negócios. Um instituto numa encruzilhada”. *BFDUC*, Suplemento, Vol. XXXIX, Coimbra, 1994, pág. 261.

GOMES, Orlando, *Alienação fiduciária em garantia*, 4ª ed., revista e ampliada. São Paulo, RT, 1975.

- “Contrato de fidúcia (trust)”, *R.F.* 211/11-20, Rio de Janeiro, Forense, 1965.

GONÇALVES, Ardebal da Cunha, *Da propriedade resolúvel: sua projecção na alienação fiduciária em garantia*. São Paulo, Editora RT, 1979.

GONZÁLEZ, A. Mariano, *El Fideicomiso de Acciones*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

GORLA, Gino, *El Contrato. Problemas Fundamentales tratados segun el Método Comparativo y Casuístico*, trad. José Ferrandis Vilella. Vol. I, Bosch, Barcelona, 1959.

GOSÁLBEZ, Luís Humberto Cloveria, *La causa del contrato*. Publicaciones del Real Colégio de España – Bolonia, 1998, pág. 150.

GOYENA, Garcia, *Concordâncias, motivos y comentarios del código civil español*. Tomo II, III, Madrid, 1852, (reed. fac. Simil, Editorial Base, Barcelona, 1973).

GOWER and DAVIES, *Principles of modern company law*, 7th ed. by Davies, Sweet and Maxwell, London, 2003.

GRAHAM, Peter, “The Relationship between Regulation Governing the Financial Service Industry and Fiduciary Duties under the General Law”, in *Commercial Aspects of Trust and Fiduciary Obligation*, Oxford University Press, Reprinted, 2003, pág. 43-55.

GRAHAM, Toby & STEEN, Peter, *Trusts & Trustee*, Vol. 18, nº 1, London, 2012.

GRASSETTI, Cesare, “Del negocio fiduciário e della sua admissibilità nel nostro ordinamento giuridico”, 34, *RDComm*, 1936, pág. 345-378.

GRAZIADEI, Michele, “Proprietà fiduciaria, e proprietà del mandatário”, *Qdr.*, 1990, nº 1, pág. seg.

GREEMBER, Véase Abraham S., “The Ancient Lineage of Trade-Marks”, 33 *Journal of the Patent Office Society* 876, 1951, pág. 879-880.

GRETTON, George L., “Trusts without Equity”, in *International and Comparative Law Quarterly – ICLQ*, 2000, vol. 49, pág. 603.

GRIMALDOS GARCÍA, Maria Isabel, “El contrato de confirming”, *Revista Jurídica*, Región de Murcia, Fundación Mariano Ruiz Funes, nº 34, 2003, pág. 81-128.

GROSS BROWN, S., “Deberes de administradores en el derecho comparado: El deber de diligencia y el business judgement rule” *Revista de Derecho de Sociedades*, nº 37, ano 2011-2012, pág. 307-320.

GROSSI, Paolo, *Primeira lição sobre o direito*, trad. Ricardo Fonseca, Forense, Rio de Janeiro, 2006.

- “Absolutismo jurídico (ou da riqueza e da liberdade de historiador do direito)”, in *Paolo Grossi. Historia de propriedade e outros ensaios*. Trad. Eumani Luís Fritoli e Marcelo Fonseca, Renovar, Rio de Janeiro, 2006.

GROSSO, Lydia E. Calagari, “El fideicomiso dentro del proceso de adaptación del trust a los conceptos del derecho civil”, *J. A.* Vol. III, 1996.

GRUNDMANN, Stefan, *Der Treuhandvertrag: insbesondere die werbende Treuhand*, München, 1997.

GUEDES, A. Cardoso, “A responsabilidade do banco por informações à luz do artº 485º do Código Civil”, in *RDE*, nº 14, 1988, pág. 145 seg.

GUILHAUME, F., “Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s’effrite”, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, nº 1, 2000.

GUINÉ, Orlando Vogler, “Do contrato de gestão de carteiras e do exercício de voto”, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. III, 2008, pág. 151-181.

HARRIS, J., *The Hague Trusts Convention: Scop, Application and Preliminary Tissues*, Hart, Publishing, Oxford, 2002.

HEADLEY, John M., *The Emperor and his Chancellor: a Study of the Imperial Chancellery under Gattinara*, CUP, Cambridge, 1983.

HENRIQUES, Paulo Alberto Videira, *A Desvinculação Unilateral Ad Nutun nos Contratos Civis de Sociedade e de Mandato*, BFDUC, Studia Iuridica 54, Coimbra Editora, 2001.

HEYDON, J. David, “The distinctive characteristics of the Trust in Anglo-Saxon Law”, in *Trust & Fiducie – La convention de la Haia et la nouvelle legislation luxembourgeoise*, 2005, ed. Montechestien, Paris, pág.

HEYDON, J. David, /LOUGHLAN, P. L., *Cases and Materials on Equity & Trusts*, 6ª ed. ButterWorths, Austrália, 2002.

HILL, Myron, *Will & Trusts, The professor series*, Published by Emanuel Corp. Larchmont, NY, 5ª ed., 2000

HO, Lusina, “The Reception of Trust in Ásia: Emerging Asian Principles of Trust?”, in *Singapore Journal of Legal Studies*, 2004, pág., 287-304.

HOMEM, Pedro Barbas, “Sobre as fontes do Direito Angolano”, em *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008.

HONORÉ, Tony/ CAMERON, Edwin, *Honoré’s South African Law os Trusts*, 4ª ed., Juta & Co. Ltd., Cape Town, Wetteon, Johannesburg, 1992.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A Parte Geral do Código Civil Português*, 4ª reimp. Almedina, Coimbra, 2007.

HORWITZH, Margarita Jiménez, “La destinación entre los contratos de obras y servicios en el Derecho español (estúdio comparado con el Derecho alemán)”, *Anuario de Derecho Civil*, 2012, pág. 551-584.

HUDSON, Alastair, *Equity and Trusts*, 6ª ed., Routledge-Cavendish, Abingdon, 2010.

IBARRA, Ascención Leciñena, *La guardia de hecho de las personas mayores*. Thomson Reuters, Madrid, 2014.

IHERING, Rudolf von, *El espíritu del Derecho Romano*, Trad. Fernando Vela, Marcial Pons, Madrid, 2005.

ITURRASPE, Jorge Mosset, *Negocios Simulados, fraudulentos y fiduciários*, RC, Editores, Buenos Aires, 2008.

JARDIM, Mónica, *Efeitos Substanciais do Registo Predial. Terceiros para efeitos de registo*, Almedina, Coimbra, 2013.

- “A Actual Problemática a Propósito do Princípio da Consensualidade”, *BFDUC*, Vol. XC, Tomo I, Coimbra Editora, 2014, pág. 179-218.

- *Escritos de Direito Notarial e Direito Registral*, Almedina, Coimbra, 2015.

JENSEN, M. & MECKLING, W., “Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Cost and Ownership Structure”. *Journal of Financial Economics*, Lousanne, Switzerland, Vol.3, nº 4, 1976, pág. 305-360.

JORDANO, João – Baptista, “Mandato para alienar”, 6, *RDES*, 1951, pág. 195-254.

JOHNSTON, David, *The Roman Law of Trusts*, Clarendon Press, Oxford, 1988.

- “Trust and Trust-Like devices in Roman Law”. *Itinera Fiduciae – Trust and Treuhand in Historical Perspective*. Org. Halmholz/ Zimmermann, Humbolt, Berlin, 1998.

JOLOWICZ, J. A., *Derecho Inglés*, Editorial Jurídica Venezolana, 1992.

JONES, G. H., «El Derecho del Trust», in *Derecho Inglés*. Editorial Juridica Venezolana, Caracas, 1992.

JORGE, Fernando Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Reimp. Almedina, 1995.

- *O Mandato Sem Representação*, Almedina, Coimbra, 2001.

JORDANO BAREA, J. B., “El negocio fiduciario (Introducción)”, *RDP*, 1958, 211.

- “Mandato para adquirir y titularidad fiduciária”, *ADC*, 1983, pág. 1435.

JÚNIOR, E. Santos, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, Almedina, Coimbra, 2003.

- *Sobre a Teoria da Interpretação dos Negócios Jurídicos*, Dissertação de Mestrado, AAFDL, Lisboa, 1988.

JUSTO, António Santos, *Direito Privado Romano*, Vol. I, 5ª ed., Studia Iuridica, 50, Coimbra Editora, 2011.

- *Direito Privado Romano*, Vol. II, Studia Iuridica, 50, Coimbra Editora, 2ª ed., reimp., 2006.

- *Direito Privado Romano*, Vol. III, reimp. Studia Iuridica, 50, Coimbra Editora, 2014.

- *Direito Privado Romano*, Vol. IV, Studia Iuridica, 50, Coimbra Editora, 2003.

- *Breviário de Direito Privado Romano*, Coimbra Editora, 2010.

- “O Depósito no direito romano. Algumas marcas romanas no direito português”, in *O Sistema Contratual Romano: De Roma ao Direito Actual*. RFDUL, Edição Especial. Coimbra Editora, 2010.

- *Direitos Reais*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2012.

KASER, Max, *Direito Privado Romano*, 2ª ed., trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011.

KEAY, A., “The Directors Duty to take into account the interests of company creditors: whwnis it triggered?”, *Melb U L Rev*, Vol.25, nº 2, 2001.

KHATIB, Milagros Koteich/ NEME VILLAREAL, Martha Lucía/ CORTÉS, Edgar, “Formalismo negocial romano y neoformalismo. ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil?”, in *Revista de Derecho Privado*, nº 9, 2005.

KNOLL, Susy Inês Bello, *Fideicomiso Público*, Tese de doutoramento, Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, 2011.

KREFT, “Dritter Abschnitt”, in *Insolvenzordnung*. Heidelberg: C. F Müller, 2000, pág. 769 seg.

KÖTZ, Hein, *Trust und Truehand, Eine rechtsvergleichende Darstellung des anglo-amerikanischen Trust und Funktionsverwander Institute des deutschen Rechts*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1963.

LACONTE, Stefano,/ MARZO, Giancarlo, *Il trust en Itália secondo la giuriprudencia tributaria*. Itália Oggi, Sette, Outubro, 2012.

LACRUZ BERDEJO, José Luís, e outros, *Elementos de Derecho Civil*, Vol. I, 3ª ed., Dykinson, Madrid, 2005.

LANG, Heinrich von, *Die Wirkungen der fiduziarischen Geschäfte*, 83, AcP, 1894.

LANGBEIN, H., John/ PRATT, A. David/ STABILE, J., Susan, *Pension and Employee Benefit Law*, Foundation Press, Thomson Reuters, New York, 2010.

LANDAS, Wilhan M./ POSNER, Rechar A., *La estrutura económica del Derecho de propiedad intelectual e industrial*, trad. Victor Manuel Sánchez Alvarez. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 2006.

LAQUIS, Manuel A. “¿Es el know-how un derecho de propiedad?” in *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, Año 4, nº 19-24, Bs.As, 1971.

LAPUENTE, Sérgio Câmara, “Operaciones fiduciarias o trust” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 654, 1999, pág. 1757 seg.

- “Trust a la francesa”, in www.indret.com

- “Breve Compendio Geo-Conceptual sobre Trust”, in *Património Fiduciário y el Trust*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

LARA MELÉNDEZ, Jaime, *La Fidúcia en Colômbia*, Editorial Temis, Bogotá, 1972.

LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, 4ª ed., trad. José Lamego, Fundação Calouste Goubenkian, 2005.

LARENZ, Karl/ WOLF, Martin, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9ª ed., C. H. Beck, München, 2004.

LASCALA, Jorge Hugo, *Pratica del Fideicomiso*, 3ª reimp. Astrea, Buenos Aires, 2013.

LASTRA, Manuel C.Gomes de la, “El Estado fiduciante”, *LL*, Buenos Aires, Tomo 2003-E, pág. 1311 seg.

LEHMANN, Mathias, “El Trust y el Derecho Alemán: historia de amor o choque de culturas?”, en *El Trust en el Derecho Civil*, Ester Arroyo I Amayuelas (Dir.), Editorial Boch, 2007.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, “Actividade de intermediação e responsabilidade dos intermediários financeiros”, em *Direitos dos Valores Mobiliários*, Vol. II, Coimbra Editora, 2000, pág. 129-156.

- *Direito das Obrigações*, Vol. I, 14ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.

- *Direito das Obrigações*, Vol. II, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.

- *Direito das Obrigações*, Vol. III, 10ª ed. Almedina, Coimbra, 2015.

- “As repercussões da insolvência no contrato de trabalho”, em *Estudos em Memoria do Prof. Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 871-884.

- *Direito da Insolvência*, 6ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.

- *A Responsabilidade do Gestor Perante o Dono do Negócio no Direito Civil Português*, Almedina, Coimbra, 2005.

LEITÃO, Adelaide Menezes, “Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais”, *RDS*, Ano I, nº 3, 2009, pág. 647-679.

LEON, António Martin, *Negócios Fiduciários, Simulación y Transmisión de la Propiedad*. Aranzi, Pomplana, 2012.

LEPAULLE, Pierre, *Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal en en droit international*, Paris, 1932.

LIBINATI, Berardino, *Holding e investment trust*, Giuffrè, Milano, 1959.

LIMA, Pires de,/ VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. I, reimp., da 4ª ed., 2010, Vol. II, reimp., da 4ª ed., 2010, Vol. III, reimpr., da 2ª ed., 2010, Vol. IV, reimp., da 2ª ed., 2010, Vol. V, reimpr., 2010 e Vol. VI, reimpr. 2010, Coimbra Editora, 2010.

LISOPRAWSKI, S.V./ KIPER, C. M., *Fideicomiso. Domínio Fiduciario. Securitización*, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1996.

LIPP, Volker, *Freiheit und Fürsorge: Der Mensch als Rechtsperson (Zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht)* (Mannheim: Mohr Siebeck, 2000).

LIPARI, Nicolò, “Il Negócio Fiduciário”, in *Studi di Diritto Civile*, A. Giuffrè, Milano, 1971.

LIPTON, D., “Il Rischio. Percezione. Simboli. Culture”. *Società*. Editrice il Moline. Bologna, 2003.

LÖHNIG, Martin, *Treuhand*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.

LONGO, C., *Corso di Diritto Romano – La fidúcia*, Milano, 1946.

LOUREIRO, João, “Da Sociedade Técnica de Massas à Sociedade de Risco: Prevenção, Precaução e Tecnologia”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, BFDUC, Coimbra, 2001, pág. 828 seg.

LUCIA, Alberto Sols, *El Fraude a la ley – Estudio analítico del artº 64 del Código Civil en la Doutrina y la Jurisprudência*, Boch, Barcelona, 1989.

LUPOI, Maurizio, “I patrimoni destinati ad uno specifico affare”, in, *Per una lettura europea della riforma del diritto societario italiano*, a cura di Palazzo, 2010.

- *Introduzione ai trusts. Diritto inglese. Convenzione dell’Aja. Diritto italiano*, Milano, 1994, pág. 148-153.

LYCZKOWSKA, Karolina, “El nuevo régimen de fiducie en el Derecho francés a luz de las ultimas reformas”, in www.indret.com visitado aos 5 de Março de 2013.

MACHADO, João Baptista, *Iniciação ao Mundo do Direito*, Obra Dispersa, II, Scientia Iuridica, Braga, 1993.

- *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 15º reimp. 2006.

- “Risco contratual e mora do credor”, in *Obra Dispersa*, I, Scientia Iuridica, Braga, 1991.

MAGALHÃES, Vânia, “A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social”, *RDS*, nº 2, 2009.

MAITLAND, Frederic William, *Equity: A course of lectures*, Org. Chaytor/Whittaker, Ver. Brunyate, 2ª ed., Cambridge, University Press, 1936.

MAITLAND «The origen fuses», *Biblioteca de la Universidad Boliveriana*. Monografia sem data.

MALLET-BRICOUT, Blandine, “Le fiduciaire, veritable pivot ou simple rouage d’operation de fiducie?”, *McGill Law Journal*, LJ 58: 4, 2013, pág. 905-935.

MALONE, Leonardo, “Il disegno di legge nº 2189 sull’amministratore di sostegno”, in *Família Quaderni – La Riforma dell’interdizione e dell’inabilitazione*, Vol. I, 2002, pág. 110 seg.

MANES, Paola, “Sui «patrimoni destinati ad uno specifico affare» nella riforma del diritto societario”, in *Contr. imp.*, 2003, pág. 181 seg.

- *Fondazione fiduciária e patrimoni allo scopo*, Cedam, Padova, 2005.

MANSA, T. Huade, «La obligación de custodia en el deposito», *Revista Jurídica de Navarra*, Vol.12, 1991.

MARCHI, Roberto Barreli, *Fideicomiso de planeamento familiar*, Inédito, Montevideo, 2008.

MARECOS, Diogo Vaz, *Código de Trabalho Anotado*. 2ª ed., Actualizado, Coimbra Editora, 2012.

MARIANI, John,/ KAMMERER, Christopher,/ GUFFEY-LANDERS, Nancy, *Understanding Fiduciary Duty*, The Florida Bar Journal, March, 2010, pág. 19.

MARQUES, J. P. Remédio, *Licenças (Voluntárias e Obrigatórias) de Direito de Propriedade Industrial*, Almedina, Coimbra, 2008.

“Locação financeira restitutiva (sale and lease-beck) e a proibição de pactos comissários. Negócios fiduciários, mutuo e acção executiva», *BFDUC*, Vol. LXXVII, Coimbra, 2006.

MARQUEZ, José Fernando, *Fideicomiso, facultades de administración y disposición del fiduciário. Deudas del fideicomiso. Insolvência. Acciones de fraude y simulación*. LL, 2ª ed., Buenos Aires, 2011.

MARTIN, Henssler, “Treuhandgeschäft – Dogmatik und Wirklichkeit”, in *AcP*, Vol. 196, 1996, pág. 37-87.

MARTÍN PÉREZ, José Antonio, “La causa sel contrato ante el proceso de armonización europea (razones de una desaparición inevitable y quizás aparente), en *Estudios de Derecho de Obligaciones. Homenaje alprofesor Mariano Alonso Pérez*, coord. Eugénio Llamas Pombo, t. II, La Ley, Madrid, 2006.

MARTINEZ, González, «El fiduciário, construcciones y teorías», *El Titular*, Cap. IV, 1928, pág. 285 seg.

MARTINEZ, Pedro Romano,/ PONTE, Pedro Fuzeta da, *Garantias de Cumprimento*, 5ª ed., Coimbra Editora, 2006.

MARTINEZ, Pedro Romano, *Da Cessão do Contrato*, 2ª ed. Almedina, Coimbra, 2006.

- *Contrato de Empreitada*, Almedina, Coimbra, 1994.

MARTINEZ, J. A. Dominguez, *El Fideicomiso*, 9ª ed., Porrúa, México, 2001.

MARTINEZ-VAL, Maria Pilar Navau, “El trust anglosajón y la armonización de la fiscalidad del ahorro”, *Noticias de la Unión Europea*, nº 208, Mayo de 2002, Año XVIII, pág.70 seg.

MARTINS, Alexandre Soveral, “Capacidade e representação das sociedades comerciais”, *Problema do Direito das Sociedades*, IDET, Almedina, Coimbra, 2000, pág. 471-496.

- “Transmissão de participações de controlo e cláusulas de revisão de preço”. *Direito das Sociedades em Revista*, I Congresso, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 41-52.

- “Sobre a indicação da qualidade de gerente de uma sociedade por quotas – Anotação ao Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, nº 1/2002, de 6 de Dezembro de 2001, Proc. Nº 3370/00 – 6ª Secção, *Cadernos de Direito Privado*, nº 2, 2003, pág. 20-28.

MARTINS, José Pedro Fazenda, “Deveres dos intermediários financeiros, em especial, os deveres para com os clientes e o mercado”, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, Abril, 2000.

MARTINS, João Zenha, “A idade e a reforma por velhice como causas de cessão do vinculo laboral: a (in)segurança social e o trabalho”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, BFDUC, Coimbra Editora, 2008, pág. 424.

MARTORELL, Mariano Navarro, *La Propiedad Fiduciária*, 1ª ed. Casa Editorial Boch, Barcelona, 1950.

MATTA, Tiago Reis de Athayde, *Fiducia*, Relatório de Mestrado, FDUC, Coimbra, 2006.

-“Da garantia fiduciária no âmbito do sistema financeiro”, in *Garantia das Obrigações*, Coord. Sinde Monteiro, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 525-563.

MATOS, Felipe Miguel Cruz de Albuquerque, “A fase preliminar do contrato”, in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 da Reforma de 1977*, Vol. III, Coimbra Editora, 2007, pág. 309-368.

MATOS, Isabel de, *O Pacto Comissório. Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, 2006.

MAZEAUD, Leon/ MAZEAUD, Henri/ TUNC, André, *Tratado teoricoy pratico de la responsabilidad civil, delitual y contratual*, T.I-1, trad. da 5ª Edición, por Luís Alcalá-Zamora, EJEJA, Buenos Aires, 1961.

MEIER, Guido, *Trust in prime jurisdictions*, Globe Business Publishing, London, 2006.

MELÉNDEZ, Jaime Lara, *La fidúcia en Colômbia*, Editorial Temis, Bogotá, 1972.

MELO, Pedro, *A Distribuição do Risco nos Contratos de Concessão de Obras Públicas*, Almedina, Coimbra, 2011.

MELLO, Alberto de Sa'e, *Contratos de Direito de Autor*, Almedina, Coimbra, 2008.

MENDES, Castro, *Direito Civil (teoria geral)*, Vol. II, Lisboa, 1975.

MENDES, Manuel Fragoso, "Entre o temerário e o diligente – A business judgement rule e os deveres dos administradores. Da sua origem à implementação no ordenamento português". *RDS*, nº 3 e 4, 2014.

MENDONZA RAMÍREZ, Álvaro, "Fidúcia en Garantia", *Actualidad Jurídica*, Dikaion, 1995, pág. 143.

MENÉNDEZ, Aurélio/ROJO (Dir.), *Àngel, Lecciones de Derecho Mercantil*, Civitas, Madrid, 2010.

MERZ, Sandro, *La Transmissione Familiare e Fiduciaria della Richezza*, 2ª ed., Cedam, Padova, 2001.

MESQUITA, M. Henrique, *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 1990.

- Anotação ao Ac. Relação do Porto, de 20, Fev., 1997, *RLJ*, Ano 131, nº 3886, 1998, pág. 20-32.

MESSINA, Giuseppe, *Scritti Giuridici – Negozi Fiduciari*, Dott A. Giuffrè, Milão, Vol. I, 1948.

MESSINEO, Francesco, *Sulla frode alla legginel negozio giuridico di Diretto Privato*, Circolo Giuridico, Palermo, 1907.

MINTZ, Benjamin/ ROSENBLAT, Health D., "A Cause of Action in Dealive", *The Secured Lender, Magazine of the Asset Based Financial Service Industry*, New York, 2006.

MINTZ, Steven J, "Delawere High Court Nixes, Deepening Insolvency", *ABA*, New York, 2007.

MIRANDA, de Pontes/ CAVALCANTI, Francisco, *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial, Tomo LVIII, Editora Borsoi, Rio de Janeiro, 1969.

MIRANDA, Yara, "Venda de bens alheios", *Themis*, Ano VI, nº 11, 2006, pág. 111-144.

MONIZ, Helena, *Código Penal. Comentário Conimbricense*, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, pág. 674-692.

MONTIJANO, Martin Garcia Ripoli, "La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreung) de los enfermos físicos y psicicos: outro modelo", en *Actualidad Civil*, Xavier O'Callaghan Muñoz (Dir.), nº 21, 1999, Madrid, pág. 557 seg.

MONTEIRO, A. Pinto/ GOMES, Júlio, “Sobre as cartas de conforto na concessão de crédito”, in *AbUno ad Omnes – 75 anos de Coimbra Editora*, Coimbra Editora, 1998, pág. 413-467.

- “A «Hardship clause» e o problema da Alteração das Circunstâncias (breve apontamento)”, em “*Júris et de Jure – Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, 1998.

MONTEIRO, A. Pinto, *Cláusula Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, reimp. 2003.

- “Negócio jurídico e contrato de sociedade comercial”, *RLJ*, Ano 136, nº 3941, 2006, pág. 90-103 e em “Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier”, Vol. I, Coimbra Editora, 2007, pág. 91.

- “Novo regime jurídico dos contratos de adesão/Cláusulas contratuais gerais”, *ROA*, nº 62, 2002.

- *Contrato de Agência, Anotação*, 6ª ed., actualizada, Almedina, Coimbra. 2007.

- “Contratos de distribuição comercial”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocência Galvão Telles*, Coimbra, 2002, pág. 232 seg.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, “Responsabilidade delitual da ilicitude”, em *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977*, Vol. III, Coimbra Editora, 2007.

- “Rudimentos da Responsabilidade Civil”, em *Separata da Revista da FDUP*, Vol. II, 2005.

- “Relatório sobre o problema, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil (curso de mestrado), Coimbra, 2011.

- “Anotação ao acórdão do STJ de 12-11-96”, *RLJ*, ano 132, 2000.

- *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989.

MORAIS, Fernando de Gravato, *Manual da Locação Financeira*, 2ª ed. Almedina, Coimbra, 2011.

MORSE, Geoffrey, *Company Law*, Sweet & Maxwell, 1995.

MURITANO, Daniele, “Trust e diritto italiano: uno sguardo d’insieme”, in *I trust interni e le loro clause*, Consiglio Nazionale del Notariato, Gli Autori, Roma, 2007.

NASCIMENTO, Ricardo, *Da Cessação do Contrato de Trabalho. Em especial por iniciativa do trabalhador*. Coimbra Editora, 2008.

NATUCCI, Alessandro, *La tipicità dei Diritti Reali*, Cedam, Pádua, 1988.

NEVES, Alexandra Chicharo das, “A (i)legitimidade do Ministério Público para reclamar taxas de portagem e coimas assentes em contratos de concessão celebrados entre o Estado Português e sociedades anónimas (Processo de insolvência e processos especiais de

revitalização – reclamação de créditos de empresas concessionárias – ilegitimidade do MP em representação do Estado”, in *Revista do Ministério Público*, Janeiro-Março, pág. 159-182.

NEVES, António Castanheira, *Relatório (com a justificação e objectivos, o programa, os conteúdos e os métodos de um curso de Introdução ao Estudo do Direito)*, 1976, Coimbra.

- *Metodologia Jurídica. Problemas Fundamentais*, reimp., BFD, Coimbra Editora, 2013.

- *Fontes do Direito*, DIGESTA, Vol. 2º, reimp., Coimbra Editora, 2010.

- “Aspectos do direito e o problema da positividade jurídica”, *BFDUC*, Vol. LI, Coimbra 1975.

NICOLÁS, Àngel Serrano, “Instrumentos jurídicos para alcanzar la «sucesión anticipar» o «alternativa al testamento» del patrimonio familiar”, en *Planificación Patrimonial y Sucesión*, (Dir.) Mário Carregal, Heliasta, Buenos Aires, 2012, pág. 227-282.

NITSCHKE, Manfred, “Die Anwendbarkeit des in § 31BGB enthaltenen Rechtsgedankens auf alle Unternehmensträger – Zugleich ein Beitrag zur Reform des § 831BGB”, in *NJW*, 1969, pág. 1737 seg.

NOVA, G. de, *Il contratto di leasing (com 170 sentenze ed altri materiali)*, 2ª ed. Milano, 1985.

NORONHA, André Navarro, *As cartas de conforto*, Coimbra Editora, 2005.

NUNES, A. J. Avelãs, *Economia*, Vol. II, O Crédito, Serviços de Acção Social da U.C., Serviços de Textos, Coimbra, 2004.

NUNES, Pedro Caetano, *Responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas*, Almedina, Coimbra, 2009.

- Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas, Almedina, Coimbra, 2012.

OLAVO, Carlos, “Substituição fideicomissária”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, 2002, pág. 391-521.

OLAVO, Paulo, “Venda de bens alheios”, *ROA*, Ano 47, Vol. II, 1987, pág. 425 seg.

OLIVEIRA, Mário Esteves de, “O direito de propriedade e do jus aedificandi no direito português, (parecer)”, *Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente*, nº 3, 1995, pág. 161-239.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto, *Responsabilidade Civil dos Administradores. Entre Direito Civil, Direito das Sociedades e Direito da Insolvência*. Coimbra Editora, 2015.

- “Ônus da Prova e Não Cumprimento das Obrigações”, *Scientia Iuridica*, nºs 283/285, pág. 173-207.

O'MERA, J. K., "Estate Planning Concerns for the Professional Athlete, *Marquette Sports Law Journal*, n° 3, 1993, pág. 85-100.

ONTIVERO BARQUERO, Carmén Perez, "Consideraciones en torno al «Pacto de fiducia cum creditore», www.navarra.es/.../default.aspx

OPITZ, Oswaldo/SILVIA, C. B., *Alienação fiduciária em garantia: aplicação da lei 4.728, de 14 de Julho de 1969*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1970.

ORTIZ SOLTERO, S. M., *El Fideicomiso Mexicano*, Porrúa, 2ª ed., 2001.

PACHECO, Bessa/ SANTOS, Simões, "Representação do Estado pelo Ministério Público", *RMP*, 1º, 2, pág. 180 seg.

OVERBACK, A. F. von, *Rapport explicatif. Actes et Documents de la Quinzième Session*, Tomo II, *Trust-loi applicable et reconnaissance*.

PALMITER, Alan R., *Duty of Obedience: the Forgotten Duty*, 55 *NYL Sch L Ver*, 2010-2011, pág. 457-478.

PALAZZO, António, "Istituti alternativi al testamento", en (Dir.) Pietro Perlingieri, *Trattato di Diritto Civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napole, 2000, pág. 206-272.

PALERMO, Gianfranco, "Sulla riconducibilità del «trust interno» alle categorie civilistiche", *RDCDGO*, I, 2000, pág. 133 seg.

PANZINA, Pedro, "A Responsabilidade subsidiária tributaria", em *Revista Fiscal*, Uniarte Gráfica, Porto, 2007.

PARRA, Maria José Torres, *El Mandato de crédito como garantía personal*, Dykison, Madrid, 1998.

PASQUIER, Claude du, *Introduction à la theorie générale et à la philosophie du droit*. Paris: Delechanx et Niestlé, 1978.

PATERSON, A. A., BATES, T. J. N., & POUSTIE, Mark R., *The Legal System of Scotland: Cases and Materials*, 4ª ed., W. Green/Sweet & Maxwell, Edinburg, 1999.

PELUFFO, Juan P. Cajarville, "El Fideicomiso: Información Básica sobre el Instituto y algunas Consideraciones sobre su Admisibilidad en el Derecho Uruguayo", in *Revista de Derecho Comercial y de la Empresa*, Montevideo, 1981 n° 17, pág. 178-197.

PEÑA CASTRILLÓN, Gilberto, "La Fidúcia en Colômbia", en *Monografias Jurídicas*, Vol. 50, Editorial Temis S. A., Bogotá, 1986, pág. 1-70.

PERALTA, Maria, *Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade*, Almedina, Coimbra, 1999.

PERERA, Ángel Carrasco, *Los derechos de garantía en la ley concursal*, 3ª ed., Civitas, Thomson Reuters, 2009.

- *Tratado de los Derechos de Garantía*, Madrid, 2002.

PEREIRA, Alexandre Dias, *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnodigital*, BFDUC, Studia Iuridica, Coimbra Editora, 2001.

- *Direito de Autor e Liberdade de Informação*, Coimbra Editora, 2007.

- “Contratos de licença de software e bases de dados”, in *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, (Org. Carlos Ferreira de Almeida, Luís Couto Gonçalves e Cláudia Trabuco), Almedina, Coimbra, 2011, pág. 345-368.

PEREIRA, Maria de Lurdes, / MURIAS, Pedro, “Sobre o conceito e a extensão do sinalagma”, em *Estudos em Honra do Prof. Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. I. Almedina, Coimbra, 2008, pág. 379-430.

PEREIRA, Maria Rebelo, “Contratos de registo e depósito de valores mobiliários”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, nº 12, 2001, pág. 317-332.

PEREIRA, Rita Garcia, “A Garantia dos créditos laborais no Código do Trabalho: breve nótula sobre o artº 378º (Responsabilidade solidária das Sociedades em relação de domínio ou de grupo)”, in *QL*, nº 24, 2004, pág. 177.

PERLOFF, Véase Jeffrey M. “droit de suite” in *The New Polgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. I, pág. 645.

PERÉZ, Mariano Alonso, “El error sobre la causa”, em *Estudio de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, Tomo III, Eunsa, Pamplana, 1969.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Cessão da Posição Contratual*, Almedina, Coimbra, 1970.

- *Direitos Reais*, por Álvaro Moreira e Carlos Fraga, Coimbra, 1971.

- “Responsabilidade pré-contratual pela não conclusão dos contratos”, *BFDUC*, Complemento XIV.

- *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª reimp. da 4ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, 2012.

PINTO, Eduardo Vera-Cruz, “O que pode ser o Direito angolano? Ensaio preliminar para elaboração de uma resposta jurisprudencial” (Conferência), Edição do Centenário da Revista da AAFDL. *Homenagem ao Prof. Miguel Galvão Teles*. Lisboa, 2015, pág. 173-213.

PINTO, Paulo Mota, *Declaração Tácita e Comportamento Concludente no Negócio Jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995.

PIRIA VARA, Raquel de, *Derecho Mercantil Mexicano*, Editorial Porrúa, SA., México, 1978.

PIRIS, Catarina Monteiro, *Alienação em Garantia*, Almedina, Coimbra, 2010.

- “A protecção restitutória em valor na resolução do contrato por incumprimento”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Miguel Galvão Telles*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2012.

PIRES, Miguel Lucas, *Dos Princípios Creditórios: Regime Jurídico e sua influência no concurso de credores*, Almedina, Coimbra, 2004.

PINZÓN FONSECA, David Felipe, “La fiducia mercantil como vehículo de propósito especial en Project Finance”, *RFDCP*, Universidade Pontifícia Bolivariana, Vol. 45, nº 123, júlio-diciembre, Medellín, 2015, pág. 547-5575.

POLAND, Heinrichs, *Burgerliches Gesetzbuch*, 60ª ed., C.H. Beck, München, 2001.

POZO, Milenka Villica, “El Fideicomiso en Bolívia”, in *El Fideicomiso en Latinoamérica*, Colección Ponóptico, Madrid, 2010.

PROENÇA, José Carlos Brandão, *Lições de Cumprimento e não Cumprimento das Obrigações*, reimp., Coimbra Editora, 2015.

- “Do dever de guarda do depositário e de outros detentores precários: âmbito e função, critério de apreciação da culpa e impossibilidade de restituição”, *DJ*, t. 2, 1994, pág. 45.

PUGLIESE, Giovanni, *La simulazione nei negozi giuridici*, *Studi di diritto privato e straniero*, vol. XVIII, Cedam, Padova, 1938.

PUGLIATTI, Salvatore, “Fidúcia e rappresentanza indiretta”, en *Diritto civile – Método – teoria – pratica*, Milano, 1961, pág. 201 seg.

PULIDO, Fernandez, *El confirming*, Boletín Económico de ICE, nº 2559, 1997.

QUINTAS, Paula/ QUINTAS, Hélder, *Código do Trabalho Anotado e Comentado*, 3ª ed. Coimbra Editora, 2012.

RABASAL, L., *El Derecho angloamericano*, Madrid, 1944.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, “Aspectos Laborais da Insolvência. Notas breves sobre as implicações laborais no regime do Código da Insolvência e Recuperação de Empresa”, em *Estudos em Memória do Prof. Doutor José Dias Marques*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 697 seg.

RAMOS, Vasco A. Grandão, *Direito Processual Penal. Noções Fundamentais*. Coleção Faculdade de Direito – UAN, 5ª ed., Luanda, 2009.

RAPP, Jean-Marc, “La fiducie dans la jurisprudence et la doctrine suisses: Etat de la question”, *Droit et pratique des opérations fiduciaires en Suisse*, Lausanne, 1994, pág. 25 seg.

RAPPO, Enzo, *O Contrato*, trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Almedina, Coimbra, 2009.

REBULLIDA, Francisco de Assis Sancho, “Notas sobre la causa de la obligación en el código civil”, en *Estudios de Direito Civil*, Tomo I, Eunsa, Pomplana, 1978, pág. 160 seg.

REGO, Margarida Lima, *Contrato de Seguro e Terceiros. Estudos de Direito Civil*, Coimbra, 2010.

REGELSBERGER, F., *Zwei Beiträge zur Lher von der Cession*, *AcP*, 1880.

REI, Maria Raquel A. A., “Da expectativa jurídica”, *ROA*, Ano 54, Vol. 1994, pág. 160 seg.

REIS, Alberto dos, *Código de Processo Civil Anotado*, Vol. III, Coimbra Editora, 3ª ed., reimp.1981.

REIS, Cláudia, “Obrigações tributarias da empresa insolvência”, *Vida Económica*, Cision, Lisboa, 2014.
<http://www.otoc.pt/fotos/editor2/vidaeconomical7abr.pdf>

RELVAS, Ana Paula/ ALARCÃ, Madalena (Coordenadoras), *Novas Formas de Família Quarteto*, Lisboa, 2002.

REMARTINEZ, Amadeo Escolán, *Antecedentes de la fidúcia sucessória Araganesa*, Separata da Revista de estudos jurídicos, económicos y sociales. Vol. 11, Universidad Alfonso X, El Sabio, 2013.

RETAMAL ARELLANO, Humberto, “Algunos Problemas sobre Propriedad Fiduciária”, en *Publicaciones de los Seminários de la Facultad de Ciências Jurídicas y Sociales de la Universidad Católica de Chile*, Vol. 11, Santiago de Chile, 1950,

RIBEIRO, Joaquim de Sousa, *O Problema do Contrato*, reimp. Almedina, Coimbra, 2003.

- “A boa fé como norma de validade”, em *Direito dos Contratos. Estudos*. Coimbra Editora, 2007.

- “O contrato hoje: função e valores”, em *Direito dos contratos. Estudos*. Coimbra Editora, 2007.

RIBEIRO, Manuel de Nazaré, *O Risco nas Obrigações*, FDL, Dissertação de Licenciatura do aluno ordinário nº 15 do curso complementar de Ciências Jurídicas, 1949-1950.

RIBEIRO, Maria de Fátima, *O Contrato de Franquia. Franchising. Noção, Natureza Jurídica e Aspectos Fundamentais de Regime*, Almedina, Coimbra, 2001.

RIBEIRO, Ricardo Lucas, *Obrigações de Meio e Obrigações de Resultado*, Coimbra Editora, 2010.

RIVACOBÁ, Durán, *La propiedad en garantía*, Aranzi, Pomplana, 1998.

ROBBERS, Gerhard, *Einführung in das deutsche Recht*, Nomos, Baden-Baden, 1994.

ROCHA, Manuel Coelho da, *Instituições de Direito Civil Português*, tomo I, 2ª ed. 1843.

ROCHA, Maria Victória, “Obra de arquitectura como obra protegida pelo Direito de Autor”, Coord. Carlos Ferreira de Almeida, Luís Couto Gonçalves e Claudia Trabuco. *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*. Almedina, Coimbra, 2011.

RODRIGUES, Cristina de Amanátegui, “los poderes preventivos: un apunte sobre su reciente regulación en los códigos civiles español e francés” en *Familia y discapacidad*, Coord. Sílvia Diaz Alabart, Madrid, 2012.

ROMERA, Manuel, *Confirming o Factoring: dos modalidades para eliminar riegos*, Estrategia Financiera, 181, 2002.

ROSA, Victor Castro/ GASPÁR, António Henriques, “Contratos de representação cénica, recitação e execução em Direito de Autor”, in *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, (Org. Carlos Ferreira de Almeida, Luis Couto Gonçalves e Claudia Trabuco), Almedina, Coimbra, 2011, pág. 313-344.

RUBIN, Paul, “New liability Under «Deepening Insolvency». The Search for Deep Packets”, *American Bankruptcy Institute Journal, Issues and Information for the Insolvency Professional*, Vol. XXIII, nº 3, 2004.

RUMPF, “Wirtschaftsrechtliche Vertrauensgeschäft”, in *AcP*, 1921, pág. 135.

RUSCH, K., *Gewinnhaftung bei Verletzung von Treupflichten – Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum engleschen und deutschen Recht*, Mohr, Berlin, 2003.

SÁ, Almeno de, *Cláusulas contratuais gerais e directiva sobre cláusulas abusivas*, Almedina, Coimbra, 1999.

SÁ, Augusto Cunha de, *Abuso do Direito*, 2ª Reimp. da edição de 1973, Almedina, Coimbra, 2005.

- “O tempo como elemento essencial do contrato de arrendamento, *ROA*, Ano 30, 1970, pág. 79-136.

SÁ, Fernando Oliveira e, “Contrato e liquidação de dano de terceiro – análise de uma hipótese”, *Novas Tendências de Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 207-251.

SAAVEDRA G., / RAMÓN A., *Diferencias y Semejanzas entre el Usufructo y la Propiedad Fiduciária*, Imprenta Ex- Tallers Gráficos de El Sur, Concepción, 1927.

SALAS, Murillo de, *Hacia una visión de los mecanismos jurídico-privados de protección en matéria de discapacidad*, Zaragoza, 2010.

SÁNCHEZ GERVILLA, Antonio, *Visión histórica de la fiducia y actual criterio del Tribunal Supremo. Foro de casos prácticos*. In www.notariosyregistradores.com

SANDOVAL, Carlos A. Molina, *El Fideicomiso en la dinámica mercantil*. Editorial BF, Montivideo, Buenos Aires, 2009.

SANTISTEBAN, Sónia Martin, *La figura del trust en los Estados Unidos de América*, Barcelone, 2008, in www.indret.com

- *El instituto del Trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los Principios da Civil Law*, Thomson, Aranzi, Navarra, 2005.

- *El deposito y la responsabilidad del depositário*, Aranzadi, Navarra, 2000.

- “El patrimonio de destino de la ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad: un acertamiento al «trusts»?”, *Actualidad Jurídica*, Aranzadi, ano XIV, nº 612, 2004, pág. 1 seg.

SANTORO, Laura, *Il Trust in Itália*, 2ª ed., Giuffrè, 2009.

SANTOS, Gonçalo André Castilho dos, “A responsabilidade civil do Intermediário Financeiro Perante o Cliente”, em *CMVM*, Almedina, Coimbra, 2008.

SANTOS, Hugo Moreno/ GUINÉ, Orlando Vogler, “Deveres fiduciários dos administradores: algumas considerações (passado, presente e futuro)”, *RDS*, nº 5, 2013, pág. 691-711.

SANTOS, José Belezza dos, *A simulação em direito civil*, Coimbra, Vol. I, 1955.

SANTOS, Raquel do Amaral de Oliveira, *Trust: das origens à aceitação pelos países de direito romano-gemânico*. Dissertação de mestrado. Pontifícia Universidade de São Paulo, 2009.

SARAIVA, José Hermano, *O que é o Direito? A crise do Direito e outros estudos jurídicos*, Editora Gravita, Lisboa, 2009.

SATURNO, Angelo, *La proprietà nell'interesse altrui nel diritto civile italiano e comparato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1999.

SAVIGNY, Ferderico C. de, *Sistema de derecho romano actual*, trad. de la versión francesa J. Mesia y M. Poley, Madrid, 1878.

SAPENA TOMÁS, J., “Actualidad de la ‘fiducia cum creditore’ (Problemas de la carta gracia)”, *RDN*, nº 2, 1957, pág. 125.

SCARPA, Dario, “La rappresentazione contabile del patrimonio destinato e la tutela dei creditori particolari”, *Giur. Comm*, 2008-3, pág. 400-415.

SCHRÖDER, Richard/ VOM KÜNSSBERG, Eberhard Freiherr, *Lehrbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, 7ª ed., Verlag Walter de Gruyter & Co., Berlin/Leipzig, 1932.

SCOTT, Austin W., *Deviation from the Terms of a Trust*, 44 Harv L Ver, 1931, pág. 1025-1048.

SEQUEIRA, José Resende Cardoso, “Depósito escrow – um contributo para o seu estudo”, *Temas de Direito Bancário*, II, *Cadernos O Direito*, nº 9, 2014, pág. 179-262.

SERAFIM, Sónia das Neves, “Os deveres fundamentais dos administradores: o dever de cuidado, a business judgment rule e o dever de lealdade”, em *Temas de Direito das Sociedades*, Coord. Manuel Pitta e António Pereira de Almeida, Coimbra Editora, 2011.

SERRA, Adriano Vaz, “Dação em cumprimento e dão em cumprimento”, *BMJ*, nº 39, pág.25

- “Cessão de créditos ou de outros direitos”, *BFDUC*, Vol. XXX, 1954, pág. 191 e *BFDUC*, Vol. XXXI, 1955, pág. 190.

- “Hipoteca”, Anteprojecto do Código Civil, *BMJ*, nº 62, pág. 54.

- “Privilégios”, *BMJ*, nº 69, pág. 41.

- “Negócios abstractos”, *BMJ*, nº 83, pág. 5.

- “Responsabilidade de Terceiro no não Cumprimento das Obrigações”, *BMJ*, nº 85, pág.345

- “Abuso do direito (em matéria de responsabilidade civil)”, *BMJ*, nº 85, pág. 243

- “Objecto da obrigação. A prestação – suas espécies, conteúdo, e requisitos”, *BMJ*, nº74, pág. 15.

- “Resolução do contrato”, *BMJ*, nº 68, pág. 153.

- “Responsabilidade Patrimonial”, *BMJ*, nº 75, pág. 5.

- “União de contratos. Contratos Mistos”, *BMJ*, nº 91, pág. 11.

- “Prescrição extintiva e caducidade”, *BMJ*, nº 71, pág. 45.

- “Fiança e figuras análogos”, *BMJ*, nº 71, pág. 19.

- Anotação ao acórdão do STJ, de 7 de Outubro de 1976, *RLJ*, nº 110.

- Anotação ao acórdão do STJ, de 17 de Março de 1961, *RLJ*, ano 94º, pág. 377.

SERRA, Catarina, “A recente reforma do Direito português da sociedades comerciais – breves notas”, *Scientia Iuridica*, 2008, nº 315, pág. 467-482.

SIEBERT, Wolfgang, *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis. Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem*. N. G. Elwert'sche verlagsbuchhandlung. G. Braun, Mabur in Hessen, 1933.

SILVA, Carlos Alberto Burity da, *Teoria Geral do Direito Civil*, 2ª ed., revista e actualizada, Luanda, 2014.

SILVA, Eva Moreira da, *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Almedina, Coimbra, 2003.

SILVA, Fernando Nunes, “Governança de Organismos de Investimento Colectivo”, em *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, nº 21, 2005, pág. 71-81.

SILVA, João Galvão da, *TITUL[ARIZ]AÇÃO de Créditos. Securitization*, 2ª ed., revista e aumentada, Almedina, Coimbra, 2005.

- “Instituições de crédito hipotecário, obrigações hipotecárias e obrigações sobre o sector público”, *RLJ*, Ano 141º, nº 3975, 2012, pág. 337-347.

- *Banca, Bolsa e Seguros. Direito Europeu e Português*. Tomo I. Parte Geral. 2ª ed. Almedina, Coimbra, 2007.

- *Responsabilidade civil do produtor*, Almedina, Coimbra, 1999.

- “Cumprimento e sanção pecuniária compulsória”, Separata do vol. XXX, do suplemento do *BFDUC*, Coimbra, 1987.

SILVA, Manuel Gomes da, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Vol. I, Lisboa, 1944.

SILVA, Paula Costa e, “Efeitos do registo e valores mobiliários. A protecção conferida ao terceiro adquirente”, *ROA*, Ano 58, Vol. II, 1998, pág. 859-874.

SILVA, Pedro Sousa e, “Fronteira Crítica da Patenteabilidade: os Programas de Computador”, in *Direito Industrial*, Vol. VIII, (Coordenador José de Oliveira Ascensão), Almedina, Coimbra, 2012, pág. 347-361.

SJUGGERUD, Machael, *Defeating the Self-Settled Spendthrift Trust in Bankruptcy*, 28 Fla St U. L. Rev., 2001, pág. 977-999

SOHM, Rodolfo, “Instituciones del Derecho Privado Romano. Historia y Sistema”, *Editorial Revista de Derecho Privado*, Madrid, pág. 577 seg.

SOLE, F. García, «Problemática actual del leasing inmobiliario», in *Jornadas sobre produtos financeiros actuais*, Madrid, 1994.

- “El confirming: una nueva técnica financiera”, *La Ley*, 1998 – 4, pág. 1529 seg.

SOLED, Jay A., *A Proposal to Make Credit Shelter Trusts Obsolete*, 51 Tax Law, 1997, pág. 83-107.

SORIANO, Miguel Virgos, *El Trust y el Derecho Español*, Thomson, Civitas, 2006.

SOUSA, Miguel Teixeira de, “Linguagem e Direito”, em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Oliveira Ascensão*, Vol. I, Coimbra Editora, pág. 267-290.

STARK, Boris, *Droit Civil, Obligations*. Librairies Technique, Paris, 1972.

STEFINI, Umberto, *Destinazione patrimoniale ed autonomia negoziale: l'art. 2645-ter C.C.*, Seconda edizione, Cedam, Milano, 2010.

STEIN, Peter G., *El Derecho Romano en la História de Europa*, trad., César Hornero e Armando Romanos, Siglo Veintiuno Editores, 2000.

TAUPITZ, Jochen, “Von der entrechtenden Bevormundung zur helfenden Betreuung: Das neue Betreuungsgesetz”, *JS*, 32, nº 1, 1996, pág. 10 seg.

TEIXEIRA, António Braz, *Breve Tratado da Razão Jurídica*, Zéfiro Editores, Sintra, 2012.

TEIXEIRA, Fernanda dos Santos, *Cessão Fiduciária de Crédito e o seu tratamento nas hipóteses de recuperação judicial e falência do devedor-fiduciante*. Dissertação de mestrado, Universidade de São Paulo, 2010.

TEIXEIRA, Flávia Daniela Vaz, *Penhor de direitos em garantia de créditos bancárias*. Dissertação de mestrado, Universidade do Minho, 2012.

TEIXEIRA, Madalena, “As limitações ao direito de propriedade de bens imóveis no Direito português”, *CENoR*, nº 1, 2013, pág. 137.

TELES, Miguel Galvão, *Obrigações de Emitir Declaração Negocial*, Almedina, Coimbra, 2012.

TELLES, Inocêncio Galvão, “Mandato sem representação”, *CJ*, Tomo III, 1983, pag. 7.

- *Obrigações*, Almedina, Coimbra, 7ª ed., reimp., 2015.

- *Manual dos Contratos em geral*, refundido e actualizado, 4ª ed., Coimbra Editora, 2002.

TEUBNER, Gunter, “Jurisdificação. Noções, Características, Limites, Soluções”, *RDE*, Ano XIV, 1988, Coimbra, pág. 17-100.

THOMAS, Grant & HUDSON, Alastair, *The Law of Trusts*, Oxford, University Press, Oxford, 2004.

THOMAZ, Fernão de C. Fernandes, “Penhora de Créditos e Eficácia Externa das Obrigações”, *ROA*, Ano 42, Vol. I, 1982, pág. 57-87.

THUR, Andreas von, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, Vol.I (1914), II (1918), 2. Band, 2 Hälfte.

TINCQ, Henri/ BENZINE, Rachid/ CHIVOT, Cominique/ MALKA, Salomon/ MERCIER, Jean/ ROMMELUÈRE, Éric, *As Grandes Religiões do Mundo, Judaísmo, Cristianismo e Islão*, vol. I, Edições Texto & Grafia, Lisboa, 2016.

TOMÉ, Maria J. R. Carreira Vaz, *O Direito à Pensão de Reforma enquanto Bem Comum do Casal*. BFDUC, Studia Ivridica, Coimbra Editora, 1997.

- “Sobre o contrato de mandato sem representação e o trust”, *ROA*, Ano 67, Vol. III, 2007.

TOMÉ, Maria J. R. Carreira Vaz/ CAMPOS, Diogo Leite de, *A propriedade fiduciária (Trust). Estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina, Coimbra, 1999.

TORRANO, Enrique Rubio, “El mandato de credito (a propósito de la Ley 526 de la compilation Navarra)”, in www.navarra.es/appsex/.../default.aspx?...RJ, consultado a 15 de Junho de 2015.

TRABUCO, Claudia, “Contrato de Edição”, em *Contratos de Direito de Autor e de Direito Industrial*, (Org. Carlos Ferreira de Almeida, Luís Couto Gonçalves e Claudia Trabuco), Almedina, Coimbra, 2011, pág. 275-296.

TRIGO, Maria da Graça, *Responsabilidade Civil delitual por Facto de Terceiro*, Coimbra Editora, 2009.

- “Responsabilidade civil por violação de direito intelectual”, *RDS*, nº 3-4, Almedina, Coimbra, 2011, pág. 149-172.

UBERTAZZI, Benedetta, “El trust en el derecho internacional privado italiano e español”. *Anuário Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo V, 2005, pág. 199.

VARELA, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10ª ed., 12ª reimp., Coimbra Editora, 2000.

- *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª ed., 10ª reimp., Coimbra Editora, 2014.

- “Comunicação à Assembleia Nacional sobre o Projecto do Código Civil de 1966”, *BMJ*, nº 161, 1966, pág. 5-85.

- *Noções Fundamentais do Direito Civil*, Vol. I, 6ª ed. Coimbra Editora, 1965.

VASCONCELOS, Luís Miguel Pestana de, *A Cessão de Créditos em Garantia e a Insolvência*. Coimbra Editora, 2007.

- *Direito das Garantias*, Almedina, Coimbra, 2ª ed., 3ª reimp., 2016.

- *Dos Contratos de Cessão Financeira (Factoring)*, Studia Ivridica, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, 1999.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Em Tema de Negócio Fiduciário*, Policopiado, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1985.

- *A Procução Irrevogável*, Almedina, Coimbra, 2001.
- *Contratos Atípicos*, reimp., Almedina, Coimbra, 2002.
- *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª ed., Almedina, Coimbra, 2015.
- “Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais”, *DSR*, Vol. I, 2009, pág. 11.

VELENCOSO, Luz M. Martínez, “Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria”, en www.indret.com, visitado a 08 de Janeiro de 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito Civil – Direito das Sucessões*, 10ª ed. Editora Atlas, São Paulo, 2010.

VENTURA, Raúl/ CORREIA, Brito, “Responsabilidade dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas”, *BMJ*, nº 192, 1970.

- “O contrato de compra e venda no Código Civil. Efeitos essenciais: a transmissão de propriedade da coisa ou da titularidade do direito; a obrigação de entregar a coisa”, *ROA*, 1983, pág. 587.

- “Venda de coisa alheia”, *ROA*, Ano 40, Vol. I, 1980, pág. 305-348.

VIDAL, Isabel, “Da (ir)relevância de forma de representação para efeitos de transmissão de valores mobiliários”, *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, nº 15, 2002, pág. 287-316.

VICENT, E. Chuliá, / ALANDETE, T. Beltrán, *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos*, III, Barcelona, 1998.

VICENTE, Dário Moura, “Segredo comercial e acesso à informação administrativa” em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. III, FDUL, Coimbra Editora, 2010, pág. 289-298.

- “Um Código Civil para a Europa? Algumas Reflexões”, em *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 48-73.

- *Direito Comparado*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2008.

- “Culpa na formação dos contratos”, em *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. III, Coimbra Editora, 2007, pág. 265-284.

VIEIRA, José Alberto, *Direitos Reais*, Coimbra Editora, 2016.

VIEIRA, Maria Luísa Arcos, *El mandato de credito*, Aranzi Editorial, 1996.

VILLAGORDOA LOZANO, J. M., *Doctrina General del Fideicomiso*, Porrúa, 3ª ed., 1998.

VILLCA POZO, Milenka, “El Fideicomiso en Bolivia”, en *El Fideicomiso en Latinoamérica. Integración jurídico-financiera*. Ángel Urquizu Cavallé (Dir.), Estela M. Rivas Nieto (Coord.), Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 35-54.

VITOR, Paula Távora, *A Administração Patrimonial das Pessoas com Capacidade Diminuída*, Coimbra, 2008.

VON TUHR, Andreas, *Derecho Civil. Teoría general del derecho civil alemán*, trad. T. Rava, Bs. As., Depalma, 1940.

WALD, Arnold, “Negócio Fiduciário”, *Revista dos Tribunais*, Vol. 400, S. Paulo, 1969, pág. 25 seg.

WALKER & WALKER, *The English Legal System*, Butter-worths, London, 1980.

WELLWNSICK, J., “Sanieren oder liquidieren”, *WM*, 1999, pág. 405-460.

WHINCUP, Michael, *Contract law and the practice. The English System and Continental Comparisons*, Kluwer Law International, The Hague, 2001.

WIEACKER, Franz, *História do Direito Moderno*, 2ª ed., trad. António Manuel Botelho Hespana, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993.

WITZ, Claude, “La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européen”, July nº 4, Paperback, 1995.

WORTHINGTON, Sarah, *Proprietary Interests in Commercial Transactions*, Clarendon Press, Oxford, reimp. 2005.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo, “Problemas jurídico-laborais dos fundos (fechados) de pensões. Direitos dos trabalhadores”. *RDES*, nº 3-4, Almedina, Coimbra, pág. 13-83.

- “As pensões de reforma e a segurança social dos administradores e doutros membros dos órgãos das sociedades (artigo 402º do CSC)”, *RDS*, nºs 3-4, Ano VII, 2015, pág. 537-586.

ZHANG, Lihong, “La experiencia jurídica del trust en la República Popular China”, in Ester Arroyo I Amayuelas (Dir), *El Trust en el Derecho Civil*, Editorial Boch, Barcelona, 2007.

ZIMMERMANN, Reinhard, *Europa y el Derecho Romano*, Trad. Ignacio Cremades Ugarte, Marcial Pons, Madrid, 2009.

ZOPPINI, Andrea, “Le successioni nel diritto comparato (note introduttive)”, en Guido Alpa et. al., *Diritto Privato Comparato. Istituto e problemi*, Laterza, Roma, 2008, pág. 381-400.

- “Profili sistematici della successioni ‘anticipada’ (note sul patto di famiglia)”, *Revista di Diritto Civile*, nº 3, 2007, pág. 273-296.

- “Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni”, in *Rer. dir. civ.*, 2002, pág. 545 seg.

ZWEIGERT, Konrad, "Methodological Problems in Comparative Law", *Israel Law Review*, Jerusalém, 1972.

RESUMO

Na presente investigação, retomamos um estudo que no espaço luso nunca chegou a autonomizar-se. É uma figura jurídica que representa a manifestação do engenho humano na criação de soluções aos seus problemas que constantemente a vida acolhe. O desenvolvimento da técnica e da tecnologia, a transformação rápida de velhos mecanismos de transacção de riqueza e a assimilação pelo direito de novos valores sociais, culturais e económicos através da prática desenvolvida ao longo da história pela comunidade, reabilitaram em alguns casos aspectos estruturais da *fiducia* e noutros assimilaram novas manifestações, porque constituíam respostas de problemas concretos e juridicamente relevantes. Alguns destes mecanismos a lei tratou de tipificá-los e noutros, através de um mecanismo normativo, que não é de todo novo, operacionaliza-se a atribuição de propriedade fiduciária de um bem, cuja função será a satisfação de interesses do fiduciante.

Na verdade, através do princípio da autonomia privada, o direito reconhece a possibilidade da pessoa (singular ou jurídica) poder, dentro da sua massa de bens, separar um determinado acervo e submetê-lo a uma afectação especial, realizando um fim do interesse do seu titular ou de terceiros. Na base deste princípio e utilizando a mesma figura estudada, ela pode servir para preencher alguma insuficiência teleológica das várias incapacidades reguladas na lei, pode servir de garantia para um crédito pessoal ou comercial ou até para gestão de um património com potencialidade de frutificação.

A estrutura do negócio fiduciário é, por isso, complexa. A atribuição de titularidade fiduciária de forma plena e exclusiva, mas temporária porque focada a atingir um fim, coloca um outro problema: a existência de um património de afectação, que estará separado do património garantidor da responsabilidade patrimonial das dívidas próprias do fiduciário.

Acresce a este problema a teoria do duplo efeito, sacada do contrato de mandato sem representação, enquanto modelo normativo cuja disciplina se aplica ao negócio fiduciário. A transferência do direito de propriedade, logo, de um direito real para o fiduciário, é contraposta com a retransmissão do mesmo direito para o fiduciante que goza de um direito de

natureza obrigacional, facto que faz transparecer a existência de dois negócios, mas que afinal devido a *causa fiduciae* é um negócio unitário.

Sempre na esteira da complexidade do negócio fiduciário, a constatação de alguma dificuldade de controlar o exercício do direito de propriedade não é bastante para desmerecer a tutela devida ao fiduciante. Como sabemos, o contrato é a lei das partes, logo, os fins para o qual a atribuição da posição de titular fiduciário e a consequente afectação dos bens constituem uma baliza na qual deve ser exercido o direito, para além dos remédios que ordem jurídica oferece. A afectação patrimonial constitui também um indicativo dos poderes e deveres dos sujeitos que ocupam as diversas posições fiduciárias.

Detectados vários casos no direito positivos de afectação funcional e consequente separação patrimonial de quem é investido na titularidade fiduciária, parece começarem a desaparecer as dificuldades de admissibilidade do negócio fiduciário.

O negócio fiduciário, já referido, é dogmaticamente complexa e experimenta alguma incerteza no campo conceitual; para não contribuirmos ao problema, adoptamos um conceito expansionista, capaz de abarcar na sua estrutura as relações fiduciárias de origem romanística, germânica e anglo-saxónica (e também latino-americana). Estruturar um conceito que seja capaz de receber as diversas manifestações de posições fiduciárias não é tarefa fácil, e se juntarmos o facto de que a lei não oferece um conceito sobre a figura e a doutrina não se encontra em consensos, o estudo da figura jurídica torna-se uma verdadeira *vexata quaestio*. Por isso, a necessidade de realizar-se um estudo das fontes do negócio fiduciário no Direito Romano, Germânico e Anglo-Saxónico, bem como de um Estudo Comparado traduziu-se numa prioridade.

ABSTRACT

This research revisits a study that has never been taken up in the Portuguese-speaking world. It centres on a legal concept that is a mark of human ingenuity in creating solutions for the sort of problems constantly thrown up by life. Technical and technological developments, the rapid transformation of old wealth transaction mechanisms and the assimilation into law of new social, cultural and economic values through practices developed over time by the community have in some cases revived some of the structural aspects of fiduciary management and in others assimilated new such cases, in that they constitute responses to specific and legally pertinent problems. The law has attempted to make an example of some of these mechanisms and for others, through a standardizing mechanism, which is nothing new, to operationalize the allocation of fiduciary ownership of property, in order to satisfy the interests of the trustor.

Through the principle of private autonomy, the law recognizes the possibility of a person (natural or legal) to be able, from amongst their collection of assets, to separate a particular group of assets and earmark them for special treatment, to achieve a particular aim in the interest of the holder or third parties. On the basis of this principle and using the particular concept in question, this person may compensate for some teleological shortcomings in the various impairments regulated by law, as collateral for personal or business credit or even to manage a property with the potential to bear fruit.

The structure of the trust business is therefore complex. The allocation of fiduciary ownership which is full and exclusive but temporary because it is focused on a particular end, poses another problem: the existence of allocated property, which will be separated from the property to guarantee the financial liability of the trust's debts.

Added to this problem is the theory of double effect, taken from the trustee contract without representation, as a normative model which applies to the trust business. The transfer of property rights, therefore, of real rights to the trust, is counterbalanced with a relay of those same rights to the trustor who enjoys an obligatory right, which gives rise to the existence of two businesses, but in fact due to *causa fiduciae* is a single business.

In the light of the complexity of the trust business, the difficulty in controlling the exercise of property rights is not enough to discredit due protection to the trustor. As we know, a contract is the law of parties, the purpose of which is therefore the attribution of a trustee holder position and the consequent allocation of assets are a goal in which rights must be exercised, in addition to the remedies that the law provides. Allocation of assets are also indicative of the responsibilities and duties of the subjects that occupy the various fiduciary positions.

Once several positive cases in law have been identified of functional allocation and consequent asset separation of persons with fiduciary ownership, the difficulties of the admissibility of trust business begin to disappear.

The trust business, as mentioned above, is theoretically complex and subject to some conceptual uncertainty; in order not to add to the problem, we have adopted a unified concept which is broad enough to be able to cover fiduciary relationships which are Roman, Germanic, Anglo-Saxon and Latin American in origin. Designing a concept capable of encompassing the various fiduciary positions is no easy task. If we add in the fact that the law does not offer a firm idea of the concept and that there is no consensus on the doctrine, study of the legal form becomes a real *vexata quaestio*. Therefore, the need for a study on the sources of the fiduciary business in Roman, Germanic and Anglo-Saxon law, as well as a comparative study, is a priority.

INDICE

INTRODUÇÃO	13
O ESTUDO DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO	13
1 – Complexidade do estudo das fontes do Direito Romano	13
2 - Justificação	16
3 – Sequência	22
PLANO DO TRABALHO	25
PARTE I	29
CAPÍTULO I	29
CARACTERIZAÇÃO GERAL	29
SECÇÃO I	29
1 - Tentativa de Reconstrução de um Conceito	29
2 - <i>Fiducia</i> e confiança.....	43
SECÇÃO II	53
ASPECTOS HISTÓRICOS	53
1 - <i>Fiducia</i> romana.....	53
2 - <i>Fiducia</i> germânica	57
3 - <i>Fiducia</i> inglesa	61
4 - A <i>fiducia</i> e a experiência histórico-cultural do grupo etnolinguístico Umbundo	67
5 – Breve conclusão	75
CAPITULO II	77
ADMISSIBILIDADE DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO	77
ESTUDO COMPARADO	77
SECÇÃO I	77
NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO ALEMÃO	77
SECÇÃO II	81
NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO ITALIANO	81
SECÇÃO III	89
NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO ESPANHOL	89
SECÇÃO IV	95
NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO FRANCÊS	95

SECÇÃO V	99
NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO SUÍÇO	99
SECÇÃO VII	103
NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO JAPONÊS	103
SECÇÃO VIII	105
NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO ANGLO-AMERICANO	105
1 - O caso norte-americano	105
1.1 – Tipos de <i>Trust</i>	107
1.1.1 - <i>Private Trusts</i>	107
1.1.2 – <i>Express Trust</i>	108
1. 1. 3- <i>Construtive Trust</i>	109
1. 2 – <i>Public ou Charitable Trust</i>	110
1. 3 - <i>Implied Trust (Resulting trusts)</i>	113
2 – O Caso Inglês.....	114
2.1 – <i>Trust para Gestão</i>	115
2.2 – <i>Trust para Garantia</i>	116
SUB-SECÇÃO I	119
OUTROS TIPOS DE TRUSTS	119
1 – <i>Simple Trust e Special Trust</i>	119
2 – <i>Voting Trust</i>	119
3 – <i>Living Trust</i>	125
3.1 – Utilidade do <i>family trust</i>	131
SECÇÃO IX	141
NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO BRASILEIRO	141
SECÇÃO X	145
NO DIREITO DOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA	145
1 – O Negócio Fiduciário na Argentina	145
2 – O Negócio Fiduciário na Bolívia	148
3 – O Negócio Fiduciário no Chile.....	151
4 – O Negócio Fiduciário na Colômbia.....	153
5 – Negócio Fiduciário no México	156
SECÇÃO XI	159
NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NA CHINA	159

SECÇÃO XII	163
O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NA ÁFRICA DO SUL	163
SECÇÃO XIII	167
CONCLUSÃO INTERCALAR	167
PARTE II	171
CAPITULO II	171
ESTRUTURA DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO	171
SECÇÃO I	171
ELEMENTO SUBJECTIVO	171
1 – A relação jurídico-fiduciaria	171
2 – O Fiduciante. Capacidade do fiduciante.....	172
3 - O fiduciário. Capacidade do fiduciário	174
4 - O Fiduciário Profissional	175
5 - Responsabilidade do fiduciário	179
6 - Beneficiário	184
SECÇÃO III	187
OS DEVERES FIDUCIÁRIOS	187
1 - A Questão.....	187
2 - Dever de lealdade	197
3 - Dever de cooperação	202
4 - Dever de informação.....	203
5 - Deveres de cuidado.....	206
6 - Dever de guarda ou protecção	211
SECÇÃO II	219
A CAUSA FIDUCIÁRIA	219
1 – A causa como elemento do contrato	219
2 – A causa no negócio fiduciário.....	223
CAPÍTULO III	227
OS BENS FIDUCIÁRIOS	227
SECÇÃO I	227
BENS OU DIREITOS?	227
1- Resposta Legislativa	227
SECÇÃO II	231

BENS PRÓPRIOS DOS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS	231
1 - O património	233
2 - Informações.....	236
3 - <i>Know-how</i>	237
4 - Clientela.....	242
5 - Reforma/Pensão.....	243
6 - Privilégios creditórios	248
6.1 - Crédito por despesas do funeral do devedor conforme a sua condição e o costume da terra.....	248
6.2 - Créditos por despesas com doenças do devedor ou de pessoas a quem este deva prestar alimentos, relativos aos últimos seis meses.....	250
6.3 - Crédito por despesas indispensáveis para o sustento do devedor e das pessoas a quem este tem obrigação de prestar alimentos relativo aos últimos seis meses	250
6.4 - Crédito do autor de obra intelectual, fundado em contrato de edição, sobre os exemplares da obra existentes em poder do editor.....	251
6.5 - Crédito laboral.....	251
7 - Direitos Intelectuais (de Autor) e Industriais	254
8 - <i>O Software</i>	257
CAPÍTULO IV	261
CONSTITUIÇÃO, MODIFICAÇÃO, TRANSMISSÃO E EXTINÇÃO DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO	261
SECÇÃO I	263
CONSTITUIÇÃO	263
SECÇÃO II	279
MODIFICAÇÃO	279
SECÇÃO III	283
TRANSMISSÃO	283
SECÇÃO IV	293
EXTINÇÃO	293
1 - Cumprimento	293
2 - Denúncia.....	295
3 - A Revogação	296
4 - A Caducidade	298
5 - A Resolução	301
6 - Outras formas de extinção	302
CAPÍTULO V	307

MODALIDADE DOS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS	307
1 - O negócio fiduciário para garantia.....	307
2 - O negócio fiduciário para administração	309
3 - O negócio fiduciário aberto e o negocio fiduciário oculto.....	309
4 - O negócio fiduciário directo e negócio fiduciário indirecto.....	310
5 - O negócio fiduciário no interesse do fiduciante, do fiduciário ou de terceiro	310
6 - Negócio fiduciário altruísta e negocio fiduciário egoísta	311
7 - Negócios fiduciários próprios e negócios fiduciários impróprios	311
PARTE III.....	313
CAPÍTULO XII.....	313
ADMISSIBILIDADE O NEGÓCIO FIDUCIÁRIO NO DIREITO PORTUGUÊS.....	313
1- Breve retrospectiva.....	313
2 – Fundamentos justificativos da admissibilidade do negócio jurídico.....	316
CAPÍTULO VII.....	323
TIPICIDADE DOS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS	323
SECÇÃO I	323
O DEBATE SOBRE A TIPICIDADE DOS NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS	323
SECÇÃO II	335
NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS PARA ADMINISTRAÇÃO	335
1 - O mandato sem representação	336
2 - Mandato para administrar	338
2.1 – Mandato para cobrar	338
2. 2 – Mandato para adquirir	339
2. 3 – Mandato para alienar.....	343
3 - A gestão de valores mobiliários	343
4 – O mandato para administração; em especial para suprir incapacidades nos países da <i>civil law</i> ..	345
SECÇÃO III	357
NEGÓCIOS FIDUCIÁRIOS PARA GARANTIA	357
1 - Mandato de crédito	358
2 - Alienação fiduciária em garantia	364
3 - O reporte.....	366
4 - A venda a retro.....	367
5 - A locação financeira restitutiva.....	368

6 – O depósito <i>escrow</i> e outras figuras jurídicas que implicam a transferência de propriedade com função de garantia.....	372
CAPÍTULO VII	381
A PRETENZA VULNERABILIDADE DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO	381
SECÇÃO I	381
RISCO FIDUCIÁRIO	381
1 - A questão.....	381
2 - Aproximação a um conceito de risco	382
SECÇÃO II	389
VIOLAÇÃO DO PACTO FIDUCIÁRIO	389
1 - Ataque ao direito fiduciado	391
2 - Insolvência do fiduciário.....	396
CAPÍTULO IX	405
NATUREZA DAS OBRIGAÇÕES DO FIDUCIÁRIO	405
SECÇÃO I	411
ORIGAÇÕES DE MEIO OU DE RESULTADO?	411
SECÇÃO II	421
CONTRATAÇÃO COM TERCEIROS	421
CAPÍTULO X	433
NATUREZA JURÍDICA DO NEGÓCIO FIDUCIÁRIO	433
SECÇÃO I	433
NEGÓCIO FIDUCIÁRIO E SIMULAÇÃO. CRÍTICA	433
SECÇÃO II	437
NEGÓCIO FIDUCIÁRIO E FRAUDE À LEI. CRÍTICA	437
SECÇÃO III	447
NEGÓCIO FIDUCIÁRIO E CONTRATO A FAVOR DE TERCEIRO. CRÍTICA	447
SECÇÃO IV	449
POSIÇÃO ADOPTADA	449
1 - Os Intermediários Financeiros.....	450
2 - O Contrato de mediação	452
3 - O mandato sem representação	455
4 - O património de afectação. A propriedade fiduciária. Acolhimento legal.....	465
CONCLUSÕES	531

BIBLIOGRAFIA	541
RESUMO	585
ABSTRACT	587