José Augusto de Carvalho Lourenço

A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

UM CONTRATO TÍPICO SOCIALMENTE ATÍPICO

COLECÇÃO

TESES

Título:
A Alienação Fiduciária em Garantia - Um Contrato Típico Socialmente Atípico

Autor:
José Augusto de Carvalho Lourenço

Edição:
Fundação Rui Cunha
CRED-DM - Centro de Reflexão, Estudo e Difusão do Direito de Macau
www.ruicunha.org
www.creddm.org

Concepção gráfica e paginação:
FRC-DESIGN.COM
www.frc-design.com
info@frc-design.com

Coordenação e Revisão do Autor

E-mail:
cred-dm@fundacao-rc.org
Telefone:
(853) 2892 3288
Correio
CRED-DM – Publicações, Fundação Rui Cunha, Avenida da Praia Grande, nº 749 – R/C, RAEM, RPC

Propriedade/Editora:
Fundação Rui Cunha

Novembro de 2013
Tiragem:
300 exemplares

PREÇO (Macau)
MOP 220

ISBN 978-99965-954-3-1

Apoios:

官樂怡基金會
FUNDAÇÃO RUI CUNHA
Por Macau, Mais e Melhor 為澳門 · 無私奉獻 · 精益求精

CREDDM

ISBN 978-99965-954-3-1
9 789996 595431

José Augusto de Carvalho Lourenço

A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

UM CONTRATO TÍPICO SOCIALMENTE ATÍPICO

A minha Mãe e ao meu Saudoso Pai sempre presente,
com o meu maior respeito e reconhecimento.

A minhas Irmãs por uma fraternidade inabalável.

À Isabella e à Rachele
Obrigado pela vossa compreensão,
em especial, dos meus silêncios.

Prefácio

O Mestre José Augusto de Carvalho Lourenço apresentou a obra que agora publica, como dissertação de Mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Acompanhei a elaboração do trabalho, que tive a oportunidade de discutir com o autor, embora não tenha participado no júri que apreciou em provas públicas o mesmo. Não é este o lugar, nem o momento para me pronunciar sobre os méritos científico e académico do mesmo. Basta dizer que a dissertação foi aprovada com a mais elevada classificação que é concedida a trabalhos desta natureza no Curso de Mestrado em Direito em Língua Portuguesa na nossa Faculdade. Sem prejuízo, gostaria de ressaltar alguns aspectos.

O Mestre José Augusto de Carvalho Lourenço escolheu como tema da sua investigação de Mestrado o contrato de alienação fiduciária em garantia. Trata-se de um dos novos contratos que o Código Comercial de Macau veio regular. Enquadra-se no âmbito dos contrato de garantia e corresponde a um esforço de alargar as opções disponíveis em matéria de garantias, visando dar resposta a alguma incomodidade da prática dos negócios com o exíguo número de garantias clássicas. Nesse sentido, várias novas figuras contratuais foram introduzidas pelo Código Comercial, como a garantia flutuante, o contrato de garantia autónoma e a alienação fiduciária em garantia.

Se a garantia flutuante e o contrato de garantia autónoma têm conhecido ampla divulgação na prática dos negócios, o mesmo não tem sucedido com a alienação fiduciária em garantia. É justamente esta circunstância que explica o subtítulo da obra que agora se prefacia: "A alienação fiduciária em garantia: um contrato típico socialmente atípico".

A despeito do subtítulo, o autor não dedica a sua dissertação à determinação das razões para tal. Sem prejuízo, a obra agora dada à estampa certamente contribuirá para uma se não maior aceitação, pelo menos para uma sua melhor compreensão. Por vezes, as novidades demoram tempo a encontrar o seu espaço, a ultrapassar resistências, as práticas instituídas. Uma figura nova demora a ser interiorizada pelos práticos, que à míngua de elementos de apoio, tendem a privilegiar os caminhos já percorridos, já conhecidos. Com a presente obra o autor apresenta um contributo fundamental para que a figura da alienação fiduciária em garantia ultrapasse essas resistências.

Na verdade, o autor disseca a alienação fiduciária, analisando o seu regime júridico em profundidade, mas não só. Com efeito, escora o estudo do regime jurídico da alienação fiduciária em garantia numa exposição segura da evolução da fiducia desde o direito romano, que lhe permite depois, com o auxílio de um aturado estudo de direito comparado, com segurança dilucidar as várias questões que a nova figura coloca.

E ainda que, aqui e ali, possamos não estar de acordo com o autor, nem por isso temos qualquer dúvida quanto à utilidade da obra. Quer para prática dos negócios, quer para a academia. O rigor da investigação, revelado na copiosa informação bibliográfica, a ampla análise comparativa

fornecendo ao leitor interessado inestimáveis contributos para o aprofundamento do estudo do tema e temas conexos, a profundidade da análise do regime jurídico da figura constituem um contributo cujo mérito é indiscutível. E útil é o que qualquer obra científica deve ser.

Mais do que destinada a viver dentro dos muros universitários, qualquer investigação científica só se cumpre na dimensão de contributo para a resolução dos problemas da vida. A presente obra cumpre amplamente esse objectivo, pelo que é de saudar o autor e fazer votos para que continue dedicar-se à investigação das matérias jurídicas.

Augusto Teixeira Garcia

Macau, 31 de Outubro de 2013

Nota Prévia

O estudo que agora se publica reproduz, com algumas alterações de pormenor, a dissertação de mestrado em ciências Jurídico-Civis, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Macau em Fevereiro de 2010 e defendinda em Março do mesmo ano, perante um júri presidido pela Senhora Professora Doutora Wei Dan e constituído pelos Senhores Professores Doutores António Pinto Monteiro e João Paulo Remédio Marques.

Quero, também, manifestar uma palavra de agradecimento que é devida ao Senhor Professor Doutor António Pinto Monteiro, o ter acedido tão prontamente a orientar da presente dissertação, bem como a disponibilidade e o estímulo que nos dispensou. Agradeço igualmente ao Senhor Professor Mestre Augusto Teixeira Garcia, o ter acedido a ser o meu co-orientador e pelos ensinamentos e conselhos que me transmitiu ao longo da elaboração deste trabalho. Ao Senhor Professor Doutor João Paulo Remédio Marques, a quem coube a tarefa de arguição em provas públicas, assim como à Senhora Professora Doutora Wei Dan que apreciou este estudo.

Ao Senhor Professor Doutor Paolo Sanna por ter autorizado a minha pesquisa na Bibilioteca de Direito Privado da *Facultà di Giurisprudenza* da Universidade de Pisa. Ao Senhor Mestre Lorenzo Litta e à Senhora Dr.ª Vanda Lourenço do Nascimento, pela disponibilidade e ajuda prestadas na obtenção da bibliografia necessária à elaboração do presente texto.

José Augusto de Carvalho Lourenço

Macau, Fevereiro de 2010

Objecto de Estudo

O objecto de análise do presente estudo é a alienação fiduciária em garantia.

A análise diacrónica a que nos propomos tem por base o regime jurídico da alienação fiduciária em garantia enquanto contrato de garantia consagrado no Título XVII do Livro III do Código Comercial de Macau e a sua eventual aplicação nos contratos a concluir pelos empresários de Macau, bem como a possibilidade da aplicação do instituto da fidúcia em garantia no sistema jurídico português.

Este é o objecto do nosso trabalho, pelo que passamos a apresentar o percurso de análise que dele pretendemos fazer:

Na Introdução, exporemos um painel alargado das diversas noções doutrinárias sobre a concepção do negócio fiduciário, identificando os dois momentos jurídicos presentes no negócio fiduciário e os efeitos jurídicos respectivos. De seguida, descreveremos o surgimento e a evolução da *"fiducia"*, os diversos tipos de negócio fiduciário, juntamente com as suas diferenças e os elementos de ordem teleológica que estiveram na origem da sua proibição e da sua não consagração na legislação romana e na prática comercial de então. Em consequência da proibição da *"lex commissoria"*, passaremos a explanar a consagração do *Pacto Marciano* e o efeito que os estudos efectuados pelas Escolas dos Glosadores e dos Comentadores tiveram na não consagração da *"fiducia cum creditore"* nos ordenamentos jurídicos romanos continentais. Terminaremos este capítulo referindo a necessidade sentida pelos agentes económicos em terem à sua disposição novas modalidades de garantias reais que lhes permitam a obtenção de crédito para o desenvolvimento das respectivas actividades empresariais.

No primeiro capítulo, faremos o enquadramento jurídico da alienação fiduciária em garantia no seio das garantias especiais das obrigações e descreveremos as diferentes posições doutrinais que determinaram a proibição de negócios fiduciários na maioria dos ordenamentos jurídicos civis da família romano-germânica. De seguida, realizaremos uma apresentação dos regimes jurídicos da alienação fiduciária em garantia em diversos ordenamentos jurídicos, com especial atenção ao regime jurídico brasileiro, às diversas doutrinas que determinaram a não admissibilidade dos negócios fiduciários no ordenamento jurídico português e nos ordenamentos jurídicos de natureza causal de alguns Estados da União Europeia, realçando as diferentes reacções legislativas consagradas em consequência da aprovação da Directiva 2002/47/CE, terminando com uma referência adequada aos ordenamentos jurídicos da Região Administrativa Especial de Hong Kong (RAEHK) e da República Popular da China.

No segundo capítulo, analisaremos o regime jurídico do contrato de garantia da alienação fiduciária em garantia consagrado no Código Comercial de Macau no que respeita ao conceito e

conteúdo da garantia, da acessoriedade ou não da obrigação principal, da sua natureza jurídica, aos requisitos objectivos, subjectivos e de validade e eficácia, e identificaremos as possíveis razões da sua atipicidade social. De seguida, distinguiremos a alienação fiduciária em garantia de figuras afins, como a venda a retro, a locação financeira na modalidade *"lease-back"*, a venda com cláusula de reserva de propriedade, o penhor de coisas móveis, o penhor mercantil e o mandato sem representação.

No terceiro e último capítulo, analisaremos em separado os diversos meios jurídicos de defesa que a lei confere ao credor fiduciário e ao devedor fiduciante para as situações que configurem a violação, pela outra parte, dos respectivos deveres e obrigações resultantes da lei e do contrato. No tocante ao fiduciário, faremos referência a diferentes matérias cujo conhecimento é necessário para fazer operar os meios de defesa: como encontrar o denominado preço justo pelo qual, se necessário, poderá vender o bem fiduciado, a qualificação e classificação do contrato de alienação fiduciária como título executivo, os procedimentos a observar em caso da venda judicial de bem próprio, da acção de apreensão, da penhora do bem fiduciado e da sua posição de proprietário fiduciário face ao processo judicial que determine a falência do devedor fiduciante. Terminaremos este capítulo referindo diversos meios de acção judicial que permitem ao devedor fiduciante reagir ao incumprimento da obrigação fiduciária pelo credor fiduciário.

José Augusto de Carvalho Lourenço

Macau, 11 de Fevereiro de 2010

ÍNDICE

Nota Prévia..... 5
Modo de Citar..... 7
Objecto de Estudo..... 9
Siglas..... 11
Abreviatura de Fontes (Jurídicas)..... 15

INTRODUÇÃO - A Alienação Fiduciária em Garantia (sua Origem e Evolução)

1. Noção geral..... 19
2. Elementos históricos, económicos e empresariais..... 22
2.1 O seu aparecimento e as razões teleológicas da sua substituição. O pacto comissório e a sua proibição..... 22
2.2 O pacto marciano..... 54
2.3 A crise das garantias reais. O seu reaparecimento nos anos 60 do século XX..... 60

CAPÍTULO I - A Utilização da Propriedade como Garantia e a Consagração Legal da Alienação Fiduciária em Garantia

3. Enquadramento no universo das garantias das obrigações..... 79
3.1 Posições antagónicas..... 81
3.1.1 As teses da nulidade do negócio fiduciário..... 82
a) A tese do negócio fiduciário "como aperfeiçoados em simulação"..... 82
b) A tese do negócio abstracto..... 84
c) A tese do negócio em fraude à lei. Princípio da taxatividade dos direitos reais 87
3.1.2 A tese do negócio fiduciário como negócio indirecto..... 95
4. A alienação fiduciária em garantia em diferentes ordenamentos jurídicos..... 102
4.1 O regime jurídico brasileiro da alienação fiduciária em garantia..... 103
4.2 A admissibilidade da alienação fiduciária em garantia financeira na União Europeia A Directiva 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho..... 114
4.3 O sistema jurídico português - Entrada em vigor do DL n.º 105/2004, de 8 de Maio, por transposição da Directiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de Junho..... 117
4.4 Espanha..... 122
4.5 França..... 124
4.6 Alemanha..... 131

4.7 Itália..... 139
4.8 Sistemas jurídicos da República Popular da China e da Região Administrativa Especial de Hong Kong..... 143

CAPÍTULO II - Regime Jurídico Caracterização, Natureza, Tipo e Figuras Afins

5. Conceito e conteúdo da garantia..... 149
6. Dos requisitos do contrato de alienação fiduciária em garantia..... 151
6.1 Requisitos objectivos..... 151
6.1.1 A coisa móvel objecto da fidúcia em garantia..... 152
6.2 Requisitos Subjectivos..... 158
6.2.1 A amplitude subjectiva do credor fiduciário..... 159
6.3 Requisitos de validade, publicidade e eficácia..... 161
6.3.1 Da forma..... 161
6.3.2 O conteúdo mínimo do contrato..... 161
6.3.3 A obrigatoriedade do registo do contrato. Os efeitos do registo..... 163
7. Da natureza jurídica da alienação fiduciária em garantia..... 164
7.1 As diferentes posições doutrinárias..... 165
8. Análise da relação jurídica fiduciária..... 178
9. Semelhanças e diferenças com outras figuras afins..... 181
9.1 A venda a retro..... 182
9.2 A locação financeira (*sale and lease back*)..... 185
9.3 A venda com cláusula de reserva de propriedade (pactum reservati dominii)..... 191
9.4 O penhor de coisas (bens móveis)..... 197
9.5 O penhor mercantil..... 200
9.6 O mandato sem representação..... 204
10. Vantagens e inconvenientes..... 210

CAPÍTULO III - Os Instrumentos de Defesa ao Alcance do Fiduciário e do Fiduciante

SECÇÃO I - Defesa do Credor Fiduciário Efeitos e Eficácia dos Meios à sua Disposição

11. A garantia do credor fiduciário..... 219
12. O preço..... 222
13. Tem o credor título executivo?..... 223
14. A venda judicial do bem alienado em garantia..... 224
14.1 Da acção de apreensão..... 226
15. Dissolução, liquidação e falência ou insolvência do devedor fiduciante..... 228
16. Penhora do bem alienado em garantia..... 230

SECÇÃO II - Meios de Defesa do Devedor Fiduciante Cumpridor

17. O não cumprimento da obrigação contratual pelo credor fiduciário Significado e efeitos da violação do contrato pelo credor fiduciário..... 235

18. Remédios possíveis..... 237
18.1 Execução específica..... 238
18.2 Resolução do contrato..... 240
18.3 Invalidade da venda..... 243
18.4 Enriquecimento sem causa..... 248
18.5 Outros meios possíveis..... 249

Considerações finais..... 253
Bibliografia 257
Jurisprudência consultada..... 281
Sítios consultados na *internet*..... 283

A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA

UM CONTRATO TÍPICO SOCIALMENTE ATÍPICO

Este livro tem como conteúdo um trabalho de investigação sobre a alienação fiduciária em garantia, contrato consagrado no Código Comercial de Macau, desde as suas origens, que remontam ao período da Época Arcaica do direito romano, fases da sua evolução e aplicação nas relações jurídico empresariais e comerciais hodiernas.

O que é a alienação em fiducia, as duas primeiras modalidades - fiducia cum amico e fiducia cum creditore, seu abandono, evolução e presente aplicação, em especial nos ordenamentos jurídicos romano continentais que muito recentemente vieram a consagrar, no direito da União Europeia, a alienação fiduciária em garantia financeira e, em particular a França que passou de uma posição de completo afastamento para uma disciplina jurídica de fiducia com uma abrangências, objectiva e subjectiva, de relevo.

No que respeita ao contrato de alienação fiduciária para além do estudo da legislação em vigor pretendeu-se, através de um trabalho de campo, saber quais as razões de o presente contrato não ter, até ao ano de 2010, sido objecto de qualquer utilização por agente económico o que nos permite denominá-lo de contrato socialmente atípico.

官樂怡基金會
FUNDAÇÃO RUI CUNHA
Por Macau, Mais e Melhor. 為澳門，無私奉獻，精益求精

CREDDM
Centro de Reflexão, Estudo e Difusão do Direito de Macau
澳門法律反思研究及傳播中心

ISBN 978-99965-954-3-1
9 789996 595431