



Alienação em garantia

catarinapires@fd.ul.pt

catarinapires@mlgts.pt



Sumário

- **1. Conceito**
- **2. Contexto:**
 - Prós e contras da ALG no “mercado” de garantias do crédito;
 - Figura numa “encruzilhada”, entre diferentes quadrantes.
- **3. Dois problemas de regime jurídico:**
 - **3.1. Validade:**
 - Proibição do pacto comissório (e do pacto marciano)?
 - Tipicidade dos direitos reais?
 - Limitação das causas legítimas de preferência e *par conditio creditorum*?
 - Abuso? Garantia (demasiado) violenta para o prestador da garantia e para os seus credores?
 - **3.2. Oponibilidade e risco fiduciário:**
 - O problema em geral;
 - O problema particular da posição do prestador da garantia na ação executiva movida pelos credores do beneficiário da garantia;
- **4. Conclusões**



Conceito

- Conceito funcional:

- Negócio através do qual um sujeito (prestador da garantia) **transmite** a outro sujeito (beneficiário da garantia) a titularidade de um bem, **com finalidade de garantia de um crédito**, ficando o beneficiário da garantia obrigado a utilizar o bem apenas para satisfação do seu crédito e a retransmiti-lo ao prestador, uma vez satisfeito o crédito.

≠ compra e venda ≠ penhor/ hipoteca ≠ negócio simulado

- Cf. Ac. STJ de 11 de Maio de 2000 e Ac. TRP 2 Maio de 2013

- Tipicidade ou atipicidade?

- Em PT: tipicidade: DL n.º 105/2004 / atipicidade: demais casos (ainda que com tipicidades sociais distintas).

≠ Alemanha (*praeter legem*) ≠ França (permissão legal) ≠ Holanda (proibição legal)

catarinapires@fd.ul.pt /
catarinapires@mlgts.pt



Contexto

Prós e contras da ALG no “mercado” das garantias do crédito:

- **Razões do uso e expansão da ALG em PT:**
 - Reforço da tutela do crédito (“rainha das garantias”): direito real pleno;
 - Agilização de diligências para realização do crédito (“autotutela”).
- **Razões de contenção da ALG em PT:**
 - Penhor com desapossamento (penhor mercantil e penhor bancário);
 - Contingências fiscais;
 - Ausência de regulação legal completa;
 - Escassa utilização de garantias ampliadas e prolongadas;
 - Dúvidas quanto à validade da figura.



Contexto (cont.)

- **II. Figura numa encruzilhada, entre diferentes quadrantes:**
 - Propriedade em garantia;
 - Garantias reais típicas;
 - Negócio fiduciário – entre riscos fiduciários endógenos e tutela reforçada da confiança;
 - Negócio atípico – a intensificação do juízo de mérito;
 - Negócio de risco – dever de não bagatelização;
 - Negócio bancário – relação obrigacional bancária;
 - **Figura problemática:** é válida? Há uma ou várias alienações em garantia? É possível uma teoria geral da propriedade em garantia? É possível acautelar os riscos fiduciários? Deve a ALG ser convertida numa garantia real clássica, como penhor? Como se relacionam a autonomia e a heteronomia no direito das garantias? Qual o regime da ALG em ação executiva? E em processo insolvencial? A ALG é uma garantia autónoma? Há garantias verdadeiramente autónomas? etc...



Seleção de dois problemas fundamentais

- **Primeiro:** fora dos casos previstos no DL n.º 105/2004, a ALG é válida?
- **Segundo:** ALG é oponível a terceiros? Qual o impacto do risco fiduciário em ação executiva movida pelos credores do beneficiário da garantia? Pode este risco ser acautelado? Como?



Validade

Proibição do pacto comissório

- **Enquadramento legal do problema:**
 - **Código Civil:** “É nula, mesmo que seja anterior ou posterior à constituição da hipoteca, a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada no caso de o devedor não cumprir” (art. 694.ºCC).
 - **DL n.º 105/2004:** “No penhor financeiro, o beneficiário da garantia pode proceder à sua execução, fazendo seu o objeto da garantia, mediante venda ou apropriação (...) (art. 11.º/1)
- **Entre a tendencial tolerância da jurisprudência e a persistência das dúvidas da doutrina;**
- Ac. STJ 16-03-2011: “não é de admitir a extensão teleológica da proibição contida no art. 694.º (...) à venda fiduciária em garantia”; Ac. TRP 05-02-2013: “a proibição do pacto comissório (...) não deve ser extensiva à alienação fiduciária, atentas as diferenças estruturais entre a constituição de direitos reais e a venda fiduciária”.
- Doutrina: vocação expansiva do art. 694.º/ dúvidas e controvérsia quanto à validade do pacto marciano enquanto “porto de abrigo” da garantia.



Validade Pacto marciano

O problema em geral:

- A prática da banca do recurso a pactos marcianos: convenção expressa de mecanismos de avaliação atual e objetiva do bem (terceiro independente/ valor de mercado) e fixação de um dever de retransmissão do excesso.
- A visão alemã e a visão italiana;
- O problema à luz do CC: trabalhos preparatórios e dados do sistema. Controvérsia doutrinária atual. Proposta de solução.
- A violação de deveres pelo beneficiário da garantia e o incumprimento:
 - Falta de avaliação do bem;
 - Falta de restituição do excesso;
 - Apropriação e recusa de venda a terceiro por valor superior ao valor da avaliação.

O problema nos contratos de crédito ao consumo. Restrições e contenção. O regime do crédito ao consumo e as virtualidades da cláusula geral dos bons costumes (280.º/2 CC).



“Validade” (cont.)

Tipicidade dos direitos reais

- **Falso problema:** carácter obrigacional \neq validade: “Não é permitida a constituição, com carácter real, de restrições ao direito de propriedade ou de figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei; toda a restrição resultante de negócio jurídico, que não esteja nestas condições, tem natureza obrigacional” (1306.º/1 CC).
- **Plano obrigacional:** as vinculações do beneficiário da garantia são (devem ser!) puramente obrigacionais:
 - Limitação da utilização do bem aos fins de garantia;
 - Retransmissão do bem, uma vez satisfeito o crédito;
 - Restituição ao prestador da garantia da diferença entre o valor do bem apropriado ou vendido e o valor da dívida insatisfeita;
 - Eventualmente, venda “ao melhor preço”;
 - Deveres de informação (762.º/2).



Validade (cont.)

Limitação de causas de preferência

- **Colocação do problema:** Favorecimento de “castas de credores”? Violação da norma injuntiva do art. 604.º, n.º 2 CC? (“são causas legítimas de preferência, além de outras admitidas na lei, a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, o privilégio creditório e o direito de retenção”)
- **Inquietações e tranquilização através de dados do sistema:**
 - “Superpreferência”: a erosão do princípio *par conditio creditorum* perante outras figuras, como privilégios creditórios;
 - Ausência de processo: “autotutela” no direito de retenção, execução extraprocessual do penhor.
 - Ausência de transparência e objetividade: precauções do pacto marciano.



Validade (cont.) Garantia abusiva?

- O problema da sobregarantia – brevíssima nota e remissão.
- Soluções do direito alemão:
 - **Excesso originário de garantia** – a solução alemã da contrariedade aos bons costumes (§138 BGB).
 - **Excesso superveniente** - “libertação do excesso” com base na interpretação do negócio.
- **É possível solução análoga no direito português** (ainda que não se dispensando um esforço de enriquecimento, por via jurisprudencial, da cláusula geral dos bons costumes).



Oponibilidade e risco fiduciário

- **Em geral:** Os vários riscos fiduciários (violação do pacto fiduciário, insolvência e concurso de credores). Em particular, o conteúdo da situação jurídica do beneficiário e do prestador da garantia.

- **O problema específico na ação executiva:**
 - **Crédito garantido ainda não vencido** (pendência da garantia) – o problema da tutela do prestador da garantia.
 - Propriedade dividida?
 - Dedução de embargos de terceiro (solução alemã)?
 - Aplicação analógica do art. 1184.º? Bem excluído da penhora, análogo ao bem que o mandatário deve transferir para o mandante?
 - Boa-fé (art. 762.º/2): dever de requerer a substituição do bem ao agente de execução nos termos do art. 751.º/4 a) CPC.

 - **Crédito garantido já vencido:**
 - Analogia art. 1184.º Código Civil?
 - O problema da agressão do bem fiduciado com valor superior ao valor da dívida garantida.



Conclusões

- “Tempo de ignorância, tempo de aclimação e tempo de consagração” – onde é que nos encontramos?
- Direito bancário pós-crise, garantias das obrigações e desejável reforço da segurança jurídica;
- Um ou vários “direitos das garantias”?
 - No direito a constituir, limitação da garantia fiduciária a relações entre sociedades comerciais e instituições de crédito?
 - No direito constituído:
 - Reforço de deveres de informação, contenção e dever de “não bagatelização” de negócios de risco.
 - Valorização das cláusulas gerais (boa-fé e bons costumes) como fonte de desenvolvimento do sistema.