

*Estudos em Homenagem  
ao Professor Doutor*

INOCÊNCIO  
GALVÃO  
TELLES

VOLUME IV  
NOVOS ESTUDOS DE DIREITO PRIVADO

[Separata]



ALMEDINA  
2003

## DIREITO COMUNITÁRIO E DIREITOS REAIS

RUI PINTO DUARTE\*

SUMÁRIO: Evocação. 1. Propósitos deste escrito; 2. A intervenção legislativa da Comunidade em matéria de direitos reais; 3. A competência da Comunidade em matéria de “propriedade”; 4. Reflexos na propriedade (em sentido amplo) das regulações de outras matérias; 5. A regulação das garantias reais das obrigações e os seus efeitos laterais; 6. Transmissão da propriedade; 7. A construção de um Direito Europeu em matéria de direitos reais e a necessidade de reflexões que englobem as várias formas de propriedade.

### Evocação

Ao pensar num tema para participar nestes *Estudos*, reflecti sobre qual a obra de INOCÊNCIO GALVÃO TELLES que mais me terá marcado. Vieram-me à lembrança o *Direito das Obrigações*, o *Manual dos Contratos em Geral*, a *Introdução ao Estudo do Direito*, os trabalhos preparatórios para o Código Civil e algumas outras. Acabei por me decidir por uma que hoje é pouco citada, certamente em virtude de não ter sido reeditada após 1966 e de aparentemente ter sido substituída pelo primeiro dos livros referidos: o *Manual de Direito das Obrigações*<sup>1</sup> (frise-se o elemento inicial do nome, para o distinguir claramente).

Corria o ano lectivo de 1973/1974, frequentava eu o segundo ano e tinha Inocêncio GALVÃO TELLES como professor de Direito das Obrigações. O elemento básico de estudo viria a ser a obra homónima da cadeira, então com a sua primeira edição em curso, em fascículos. Na “aula de apresentação” (conservo o meu caderno de apontamentos...), o professor referiu vária bibliografia, incluindo aquele seu *Manual*, sublinhando a sua “desactualização”, por força do Código de 1966. No entanto, como os

---

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

<sup>1</sup> 2ª ed., Coimbra Editora, 1965.

fascículos da nova obra não estavam a “sair” de imediato, comprei o livro “velho”. Na sua leitura houve páginas que, por não serem vulgares nos outros manuais de Direito Civil que ia conhecendo, me surpreenderam especialmente: as que davam o panorama histórico, a perspectiva comparativa e a análise das tendências gerais da matéria. Foi então que comecei a perceber que (também) o Direito Civil não se esgota na construção de conceitos.

As linhas que se seguem valem pela evocação à luz da qual foram escritas.

### 1. Propósitos deste escrito

No âmbito das discussões sobre a “europeização” do Direito Civil e sobre a hipótese de um “código civil europeu”<sup>2</sup>, começaram a aparecer, há poucos anos<sup>3</sup>, reflexões sobre os laços entre o Direito Comunitário e os sistemas jurídicos dos Estados-membros em matéria de direitos reais.

Numa dessas reflexões, ANTONIO GAMBARO<sup>4</sup> sublinhou as grandes diferenças que existem entre os Direitos nacionais europeus em vários aspectos dos direitos reais, chegando a qualificar a situação existente como

<sup>2</sup> Para panoramas dados por obras colectivas, v. *Um Código Civil para a Europa*, n.º 64 da colecção *Studia Iuridica* do Boletim da FDUC, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, *An Academic Green Paper on European Contract Law*, edited by STEFAN GRUNDMANN e JULES STUYCK, A Haia, Londres, Nova Iorque, Kluwer, 2002, e *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice Civile Europeo, Materiali dei Seminari 2001 raccolti da GUIDO ALPA e EMILIA NICOLA BUCCICO*, Milão, Giuffrè, 2002; para relatos mais breves, v. JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *Do Euro ao Código Civil Europeu?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, págs. 97 e segs., GUIDO ALPA, *European Community Resolutions and the Codification of “Private Law”*, in *European Review of Private Law*, vol. 8, n.º 2, 2000, págs. 321 e segs., e DIRK STAUDENMAYER, *The Commission Communication on European Contract Law: What Future for European Contract Law?*, in *European Review of Private Law*, vol. 10, n.º 2, 2002, págs. 249 e segs.. Para indicações bibliográficas amplas, v. a lista anexa à *Joint Response of the Commission on European Contract Law and the Study Group on a European Civil Code* (à comunicação da Comissão de 11 de Julho de 2001, COM 2001 398), publicada na *European Review of Private Law*, vol. 10, n.º 2, 2002 – lista essa que consta a págs. 242 e segs..

<sup>3</sup> Como indício do carácter recente destas reflexões, refira-se que o excelente livro *Le Droit Privé Européen, sous la direction de PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES* (Paris, Economica, 1998) – que reproduziu as comunicações de um colóquio organizado em Reims, em 1997, sobre o tema “Un Droit Privé pour l’Union Européenne?” – não dedicou qualquer página aos direitos reais.

<sup>4</sup> *Perspectives on the Codification of the Law of Property: an Overview*, in *European Review of Private Law*, vol. 5, n.º 4, 1997, págs. 497 e segs..

“cenário de pesadelo”. Daí retirou uma visão pessimista sobre a construção de um Direito Europeu único nesta matéria, propondo que a mesma se faça com um objecto limitado e a baixa velocidade. Opinião ainda mais pessimista foi dada por JÜRGEN BASEDOW, que apontou as obrigações como único objecto possível de uma codificação europeia, devendo as regras sobre direitos reais, bem como as sobre família e sucessões, permanecer meramente nacionais<sup>5</sup>. Não muito diversamente, WALTER VAN GERVEN, ao mesmo tempo que escreveu que a codificação das áreas patrimoniais do Direito Privado Europeu seria em geral viável, acrescentou que seria contraproducente tentar superar a clivagem entre “civil law” e “common law” no campo da “property”<sup>6</sup>. Ainda convergente foi a dúvida manifestada por XAVIER BLANC-JOUVAN sobre se há uma verdadeira necessidade de um certo grau de unificação no campo da “property”<sup>7</sup>.

Já ULRICH DROBNIG, nomeadamente num texto incluído num livro editado em Portugal<sup>8</sup>, tem exprimido uma opinião mais optimista, afirmando a viabilidade de um Direito Civil Europeu em toda a área patrimonial, abrangendo coisas tangíveis e intangíveis, naturalmente sem prejuízo da necessidade de faseamento dos trabalhos – que deveriam começar pelos direitos sobre coisas móveis tangíveis (matéria sobre a qual, aliás, o Autor está a trabalhar). No mesmo sentido, EWOUT HONDIUS defendeu que um futuro código civil europeu deveria versar não apenas os contratos mas também “other traditional areas of civil law, such as family law, inheritance law, restitution, *property* and trust”<sup>9</sup> (sublinhado meu).

O propósito principal do presente estudo é fazer uma introdução ao problema das relações entre o Direito Comunitário e os direitos reais, contribuindo, por essa forma, para a reflexão em torno do nascente Direito Civil Europeu. Acessoriamente, é também objectivo deste texto continuar algumas reflexões sobre o lugar do conceito de direitos reais na Dogmática Jurídica que iniciei noutra lugar.

<sup>5</sup> V. *Codification of Private Law in the European Union: the Making of a Hybrid*, in *European Review of Private Law*, vol. 9, n.º 14, 2001, págs. 35 e segs., em especial pág. 48.

<sup>6</sup> V. o texto *Codifying European Private Law: Top Down and Bottom Up* no livro *An Academic Green Paper on European Contract Law* citado *supra*, na nota 2, pág. 412 (texto e nota 24).

<sup>7</sup> V. o texto *Reflections on “The Common Core of European Private Law” Project* no livro *The Common Core of European Private Law Essays on the Project*, edited by M. BUSSANI e U. MATTEI, A Haia, Londres, Nova Iorque, Kluwer, 2002, pág. 12.

<sup>8</sup> Na obra *Um Código Civil para a Europa* referida *supra*, na nota 2.

<sup>9</sup> V. o texto *Finding the Law in a New Millennium: Prospects for the Development of Civil Law in the European Union* incluído no livro citado *supra* na nota 7, pág. 81.

## 2. A intervenção legislativa da Comunidade em matéria de direitos reais

A expressão “direitos reais” só em poucos casos surge nos diplomas legislativos comunitários. Na pesquisa que fiz encontrei os seguintes<sup>10</sup>:

- Directiva 77/249/CEE do Conselho, de 22 de Março de 1977, tendente a facilitar o exercício efectivo da livre prestação de serviços pelos advogados – o respectivo art. 1.º determina que “os Estados-membros podem reservar para determinadas categorias de advogados a competência para a elaboração de documentos autênticos que confirmam poderes para administrar os bens de pessoas falecidas ou digam respeito à constituição ou à transmissão de *direitos reais* sobre bens imóveis”<sup>11</sup>;
- Sexta Directiva 77/388/CEE do Conselho, de 17 de Maio de 1977, relativa à harmonização das legislações dos Estados Membros respeitantes aos impostos sobre o volume de negócios – o respectivo art. 5.º inclui “os *direitos reais*<sup>12</sup> que conferem ao respectivo titular um poder de utilização sobre bens imóveis” entre as realidades que os Estados-membros podem (ou não) considerar bens corpóreos para os efeitos em causa;
- Directiva 92/49/CEE do Conselho, de 18 de Junho de 1992, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao seguro directo não vida e que altera as directivas 73/239/CEE e 88/357/CEE (terceira directiva sobre o seguro não vida) – o respectivo art. 21 refere os “*direitos reais* imobiliários”<sup>13</sup> entre os investimentos que podem representar as proviões técnicas das empresas de seguros em causa;
- Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 29 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária – o respectivo art. 19 determina que “a marca comunitária pode, independentemente da empresa, ser dada em penhor ou ser objecto de outro *direito real*”<sup>14</sup>;
- Directiva 94/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994, relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utili-

<sup>10</sup> Os sublinhados da expressão “direitos reais” que aparecem na lista são de minha autoria.

<sup>11</sup> Na versão em língua inglesa, “interests in land”.

<sup>12</sup> Na versão em língua inglesa, “rights in rem”.

<sup>13</sup> Na versão em língua inglesa, “immovable property rights”.

<sup>14</sup> Na versão em língua inglesa, “rights in rem”.

- zação a tempo parcial de bens imóveis – o respectivo art. 2.º ao definir o tipo de contrato em causa refere o que cria transmite ou promete transmitir “um *direito real*”<sup>15</sup> ou qualquer outro direito relativo à utilização de um ou mais bens imóveis, durante um período determinado ou determinável de ano”;
- 95/309/CE, Euratom: Decisão da Comissão, de 18 de Julho de 1995, que especifica os princípios para o cálculo dos serviços de habitação, com vista à implementação do artigo 1.º da Directiva do Conselho 89/130/CEE, Euratom relativa à harmonização da determinação do produto nacional bruto a preços de mercado – entre os princípios em causa está um que se refere ao modo de tratamento dos “*direitos reais de habitação periódica*”<sup>16</sup>;
  - Regulamento (CE) n.º 2868/95 da Comissão, de 13 de Dezembro de 1995, relativo à execução do Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, sobre marca comunitária – a respectiva regra 33 refere-se à “transmissão de *direitos reais*”<sup>17</sup> sobre a marca comunitária”;
  - Directiva 98/5/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Fevereiro de 1998, tendente a facilitar o exercício permanente da profissão de advogado num Estado-membro diferente daquele em que foi adquirida a qualificação profissional – o respectivo art. 5.º, n.º 2 (à semelhança da referida Directiva 77/249/CEE) determina que “os Estados-membros que, no seu território, autorizem uma categoria determinada de advogados a elaborar documentos que confirmam poderes para administrar os bens de pessoas falecidas ou digam respeito à constituição ou à transferência de *direitos reais* sobre imóveis”<sup>18</sup>, documentos que noutros Estados-membros são reservados a profissões diferentes da de advogado, podem excluir dessas actividades o advogado que exerça com o título profissional de origem obtido num destes últimos Estados-membros”;
  - Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, de 29 de Maio de 2000, relativo aos processos de insolvência – o respectivo art. 5.º determina que “a abertura do processo de insolvência não afecta os *direitos reais*”<sup>19</sup> de credores ou de terceiros sobre bens corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis (...) pertencentes ao devedor e que,

<sup>15</sup> Na versão em língua inglesa, “real property right”.

<sup>16</sup> Na versão em língua inglesa, “time-share properties”.

<sup>17</sup> Na versão em língua inglesa, “right in rem”.

<sup>18</sup> Na versão em língua inglesa, “interests in land”.

<sup>19</sup> Na versão em língua inglesa, “rights in rem”.

- no momento da abertura do processo, se encontrem no território de outro Estado-Membro”; além disso, a expressão “direitos reais” aparece também no “considerando” 25;
- Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial – o respectivo art. 22 determina que os tribunais do Estado-membro onde o imóvel se encontre situado têm competência exclusiva em matéria de *direitos reais*<sup>20</sup> sobre imóveis; além disso, o respectivo art. 6.º, n.º 4, determina que uma pessoa domiciliada num Estado-membro pode ser demandada, em matéria contratual, no Estado em que se situa o imóvel a que o contrato se refira desde que essa acção possa ser apensada a uma outra sobre matéria real<sup>21</sup>;
  - Directiva 2001/17/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Março de 2001, relativa ao saneamento e à liquidação das empresas de seguros – o respectivo art. 20 (à semelhança do que, para os processos de insolvência em geral, dispõe o referido Regulamento (CE) n.º 1346/2000) determina que “a adopção de medidas de saneamento ou a abertura de um processo de liquidação não afecta os *direitos reais*<sup>22</sup> dos credores ou terceiros sobre bens corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis”, pertencentes à empresa de seguros que estejam situados no território de outro Estado-membro; além disso, o mesmo artigo refere-se, ao “direito real de perceber os frutos de um bem”;
  - Directiva 2001/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Abril de 2001, relativa ao saneamento e à liquidação das instituições de crédito – à semelhança da anterior (e do Regulamento (CE) n.º 1346/2000), determina, no seu art. 21, que as medidas de saneamento ou a abertura de processos de liquidação não afectam os *direitos reais*<sup>23</sup> dos credores ou terceiros sobre bens corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis”, pertencentes a instituições de crédito que estejam situados no território de outro Estado-membro; além disso, paralelamente à directiva anterior, o artigo em causa refere-se ao “direito real de perceber os frutos de um bem”;

<sup>20</sup> Na versão em língua inglesa, “rights in rem”.

<sup>21</sup> Frise-se que os preceitos em causa mais não são do que a reprodução de regras consagradas nas Convenções de Bruxelas (substituída por este Regulamento, nos termos do seu art. 68) e de Lugano.

<sup>22</sup> Na versão em língua inglesa, “rights in rem”.

<sup>23</sup> Na versão em língua inglesa, “rights in re”.

- Directiva 2001/34/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativa à admissão de valores mobiliários à cotação oficial de uma bolsa de valores e à informação a publicar sobre esses valores – no capítulo 5, do anexo B, entre as informações a prestar, aparece o “montante global dos empréstimos obrigacionistas ainda por reembolsar, distinguindo entre empréstimos garantidos (com *direitos reais*<sup>24</sup> de garantia ou de outra forma, pelo emitente ou por terceiro) e empréstimos não garantidos”;
- Regulamento (CE) n.º 6/2002 do Conselho, de 12 de Dezembro de 2001, relativo aos desenhos ou modelos comunitários – o respectivo art. 29, n.º 1, determina que “um desenho ou modelo comunitário registado pode ser dado em penhor ou ser objecto de outros *direitos reais*”<sup>25</sup>; além disso, também o respectivo “considerando” 25 contém uma referência a “direitos reais”;
- Regulamento (CE) n.º 2245/2002 da Comissão, de 21 de Outubro de 2002, de execução do Regulamento (CE) n.º 6/2002 do Conselho relativo aos desenhos ou modelos comunitários – o respectivo art. 24 tem várias referências ao registo de *direitos reais*<sup>26</sup> sobre o desenho ou modelo comunitário;
- Directiva 2002/83/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de Novembro de 2002, relativa aos seguros de vida – o respectivo art. 23 (à semelhança do que faz a citada Directiva 92/49/CEE para o seguro não vida) refere os “*direitos reais* imobiliários”<sup>27</sup> entre os investimentos que podem representar as provisões técnicas das empresas de seguros em causa.

É de realçar que nenhum dos diplomas em causa cria, molda ou, por qualquer outra via, regula um direito real. O mais que o legislador comunitário faz é reconhecer eficácia real – no sentido de eficácia *erga omnes* – a certos direitos. Em relação à directiva sobre direito de habitação periódica (a Directiva 94/47/CE, de 26 de Outubro de 1994, “relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis”), é de sublinhar que, como aliás o seu nome indicia, apenas regula alguns aspectos da

<sup>24</sup> Na versão em língua inglesa, “security”.

<sup>25</sup> Na versão em língua inglesa, “rights in rem”.

<sup>26</sup> Na versão em língua inglesa, “rights in rem”.

<sup>27</sup> Na versão em língua inglesa, “immovable-property rights”.

formação do contrato e do seu modo de resolução<sup>28</sup>. O efeito destas utilizações da expressão “direitos reais” sobre os Direitos dos Estados-membros é, pois, muito ténue. A outro tempo, é de notar que as versões em língua inglesa nem sempre recebem claramente a categoria em causa.

### 3. A competência da Comunidade em matéria de “propriedade”

Já a palavra “propriedade” é mais vezes utilizada na linguagem do Direito Comunitário. Como é sabido, porém, mesmo considerando só o campo jurídico, “propriedade” tem, na língua portuguesa, muitos sentidos – que vão de um certo tipo (o principal) de direito real de gozo<sup>29</sup> a qualquer tipo de direito patrimonial<sup>30</sup>. Noutras línguas, as palavras com a mesma origem etimológica de “propriedade”, por vezes, referem ideias com extensão ainda maior: é o que sucede em inglês, em que “the law of property” abrange não apenas tudo o que no Continente cabe nos direitos reais como também outros institutos jurídicos ligados à utilização dos bens (v.g., o “lease”), problemas de sucessões “mortis causa” e ainda aspectos patrimoniais do matrimónio<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Sobre o carácter limitado da regulação comunitária do “time-share”, v. as observações de MARIO TRIMARCHI no livro *Il Diritto Privato dell'Unione Europea, a cura di ANTONIO TIZZANO*, Turim, Giappicheli, 2000, tomo I, *maxime*, pág. 258 (obra essa integrada, como vol. XXVI, no *Trattato di Diritto Privato diretto da MARIO BESSONE*).

<sup>29</sup> Como sucede nos arts. 1302 e segs. do Código Civil.

<sup>30</sup> Como parece suceder no art. 62 da Constituição da República Portuguesa (sobre o sentido da “propriedade” neste preceito constitucional, v., por exemplo, RUI MEDEIROS, *Ensaio sobre a Responsabilidade Civil do Estado por Actos Legislativos*, Coimbra, Almedina, 1992, págs. 248 e segs., MARIA LÚCIA C. A. AMARAL PINTO CORREIA, *Responsabilidade do Estado e Dever de Indemnizar do Legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1998, págs. 524 e segs., JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *A Aquisição Tendente ao Domínio Total*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pág. 105, e o meu *Curso de Direitos Reais*, Cascais, Principia, 2002, págs. 304 e 305).

<sup>31</sup> Na primeira edição da sua *Introduction to the Law of Property* (Oxford, Oxford University Press, 1958), F. H. LAWSON escrevia as palavras seguintes (aparentemente não conservadas na edição mais recente – a 3<sup>a</sup>, de 2002 – de que é co-autor BERNARD RUDDEN): “The object of the law of property is to provide a secure foundation, so far as the law can do it, for the acquisition, enjoyment, and disposal of wealth. For this reason it is, in contrast to the law of persons, and especially of family law, the part of the law most closely allied to economics. It might therefore be expected to cover the whole field of economics and in particular not only real relations, including relations protected against persons having notice of them, but at least some personal relations” (págs. 2 e 3).

Por outro lado, no Direito Internacional Público “propriedade” (incluindo os seus equivalentes noutras línguas) tem, quase sempre, um sentido muito amplo. Ao fazer o elenco do que aí se entende por “propriedade privada”, FAUSTO DE QUADROS refere, para além do direito real máximo, direitos reais menores, alguns direitos obrigacionais emergentes de contratos administrativos e direitos sobre participações sociais<sup>32</sup>.

A referência à utilização da ideia de propriedade nos textos comunitários, no âmbito deste trabalho, impõe-se não apenas por o direito de propriedade ser o “direito real máximo e prototípico”, mas também, e sobretudo, por não ser possível abordar a competência legislativa da Comunidade em matéria de direitos reais sem fixar o alcance do art. 295<sup>33</sup> do Tratado – que estabelece que “o presente tratado em nada prejudica o regime de propriedade nos Estados-membros”<sup>34</sup>. Tentemos, pois, fazê-lo.

Antes de mais, há que clarificar que a palavra “propriedade” está aí utilizada não no sentido de “direito real máximo” mas num sentido amplo – ainda que seja discutível qual é exactamente esse sentido. O afirmado resulta da letra do preceito, da sua finalidade e da sua inserção sistemática.

Na letra é de sublinhar a expressão “*regime de propriedade*”, pois ela indicia que o que está em causa não são as regras de Direito Privado, mas sim a orientação política em matéria de propriedade.

No que respeita a finalidade parece claro que a mesma foi, e é, admitir que na Comunidade possam coexistir sistemas jurídicos com opções diversas na matéria em causa.

Quanto à inserção sistemática, é de realçar, por um lado, que o preceito acompanha, na parte do Tratado em que se insere, vários outros de natureza programática, e, por outro lado, que há que o coordenar com os demais princípios e normas resultantes do Tratado.

Reflectindo, no final dos anos setenta, sobre o sentido do art. 222 do Tratado de Roma, MARIA ISABEL JALLES chamava a atenção para a necessidade de o ligar ao art. 83 do tratado que instituiu a CECA, que tinha uma redacção semelhante, dizendo que este último se justificava, em 1951, “pelo facto de, no seguimento das nacionalizações operadas logo após o

<sup>32</sup> A *Protecção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional*, Coimbra, Almedina, 1998, pág. 8.

<sup>33</sup> Artigo esse que corresponde *ipsis verbis* ao art. 222 do texto primitivo do Tratado de Roma.

<sup>34</sup> Em francês, “le présent traité ne préjuge en rien le régime de propriété dans les États membres”; em inglês, “this treaty shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership”.

termo da Segunda Guerra Mundial na generalidade dos Estados fundadores, a indústria do carvão e do aço se encontrar praticamente controlada por empresas públicas<sup>35</sup>. A mesma Autora, porém, com citação de variada Jurisprudência e Doutrina, sublinhava que o preceito em causa não podia ser visto como permitindo aos Estados membros todo e qualquer tipo de opção no que respeita à matéria nele visada, invocando uma afirmação do Tribunal das Comunidades segundo a qual “l’abolition de la propriété privée serait contraire à cet article”<sup>36</sup>.

Na verdade, após uma primeira fase em que a opinião comum parecia ser a de que os Estados membros tinham liberdade de nacionalizar e privatizar, sendo, quanto muito, questionáveis os limites dessa liberdade, passou-se a outra fase em que a opinião comum sublinha que o ex-art. 222 não tem prioridade sobre outros princípios e normas resultantes do Tratado, que limitam a liberdade dos Estados em matéria de “regime de propriedade”<sup>37</sup>.

Por outras palavras: o preceito em causa é apenas uma das normas do Tratado a ter em conta na resolução do problema de saber até que ponto, e em que termos, os órgãos comunitários podem promover a aproximação das legislações dos Estados membros em matéria de Direito Privado. Há muitos outros preceitos relevantes, nomeadamente os arts. 94 e 95. Parece óbvio que o art. 295 não pode ter o sentido de obstar ao estabelecido nesses outros preceitos<sup>38</sup>. No entanto, não é óbvio que o Tratado legitime que os órgãos comunitários legislem sem limites em matéria de Direito Privado, mesmo considerando só a área patrimonial<sup>39</sup>. A modéstia dos objetivos inscritos no art. 65, por exemplo, parece apontar para a existência desses limites. A discussão acerca da referida legitimidade está em curso<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> *Implicações Jurídico-Constitucionais da Adesão de Portugal às Comunidades Europeias*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal 116, Lisboa, 1980, pág. 363.

<sup>36</sup> Ob. cit., pág. 367.

<sup>37</sup> V., por exemplo, LUÍS MORAIS, *O Mercado Comum e os Auxílios Públicos*, Coimbra, Almedina, 1993, págs. 95 e segs., *maxime* págs. 130 a 132.

<sup>38</sup> Sobre isto, v. o que escreve MARIO TRIMARCHI, a págs. 164 do texto citado *supra*, na nota 28.

<sup>39</sup> É óbvio que essa modéstia se pode justificar pela inserção sistemática do preceito, mas creio que essa inserção não explica tudo.

<sup>40</sup> V., por exemplo, para além da obra *An American Green Paper on European Contract Law* citada na nota 2, os artigos de WALTER VAN GERVEN, *Coherence of Community and National Laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?* e *A Common Law for Europe: The Future Meeting the Past?* publicados na *European Review of Private Law*, respectivamente vol. 5, n.º 4, 1997, págs. 465 e segs. e vol. 9, n.º 4, 2001, págs. 485

Até agora, não se pode acusar o Conselho e a Comissão de defenderem, na matéria, posições muito ousadas. Na verdade, o “Plano de Acção do Conselho e da Comissão sobre a Melhor Forma de Aplicar as Disposições do Tratado de Amesterdão Relativas à Criação de um Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça” foi bastante prudente quanto a iniciativas na área do Direito Privado. No que diz respeito a direitos reais a única referência directa incluída em tal plano nem sequer incide sobre regras de direito material, mas sim sobre regras de conflitos – relativas à aquisição de boa fé de bens móveis corpóreos – e mesmo essa é apresentada como “análise da possibilidade”<sup>41</sup>. Ora, já nos anos sessenta se planeava, no âmbito comunitário, a harmonização de tais regras<sup>42</sup>.

#### 4. Reflexos na propriedade (em sentido amplo) das regulações de outras matérias

Embora, como assinalámos, os textos legislativos comunitários pouco usem a palavra “real” no sentido que ela tem na locução “direitos reais”, o Direito Comunitário constrange já fortemente os sistemas jurídicos dos Estados membros em matéria de propriedade, tomando esta em sentido amplo.

Mesmo considerando apenas o Direito derivado – em virtude do elevado grau de indeterminação dos princípios e das regras do Tratado – é possível encontrar uma imensidão de normas que tocam ou influenciam a propriedade, em tal sentido. A título de exemplos, refiram-se (para além dos já citados casos da marca comunitária, do direito de habitação periódica, dos processos de insolvência e do desenho ou modelo comunitário) as áreas das sociedades, dos valores mobiliários, do direito de autor e dos direitos conexos, dos contratos de Direito Público e dos contratos de Direito Privado<sup>43</sup>.

---

e segs., bem como o artigo de JÜRGEN BASEDOW referido *supra*, na nota 4 e ainda o de EWOUËD HONDIUS, *Towards a European Civil Code: the Debate Has Started*, publicado no primeiro dos referidos números da revista em causa, págs. 455 e segs..

<sup>41</sup> V. o respectivo n.º 41, alínea f).

<sup>42</sup> V. o n.º 3 do *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, da autoria de MARIO GIULIANO e PAUL LAGARDE, publicado no J.O.C.E. de 31.10.80.

<sup>43</sup> Para o elenco dos diplomas comunitários em todas estas áreas, à excepção da das sociedades, v., por exemplo, o anexo I à já referida COM (2001) 398, de 11 de Julho de 2001. No que respeita a sociedades, v., por exemplo, a publicação de ALEXANDRE SOVERAL

As disposições sobre sociedades, valores mobiliários, direito de autor e direitos conexos – ou, pelo menos, algumas delas – regulam a própria titularidade de direitos patrimoniais (sobre coisas não corpóreas). Quanto às regras sobre contratos o seu impacto sobre a propriedade (“*lato sensu*”) é menos directo, mas não menos importante. O cumprimento dos contratos (sobre relações patrimoniais) tem sempre efeitos económicos e, em última análise, esse cumprimento é assegurado pelo património dos contraentes. Mesmo quem não perfilha as concepções que reduzem as obrigações aos direitos reais não pode negar que o incumprimento dos contratos se reflecte potencialmente no património do incumpridor.

##### 5. A regulação das garantias reais das obrigações e os seus efeitos laterais

A regulação da “property” pela via da regulação do conteúdo obrigacional dos contratos é, pois, um trilha já antigo. Mais recente é o prolongamento dessa regulação pelo lado das garantias reais das obrigações. No espaço da Europa Comunitária, trata-se não só de uma necessidade já, várias vezes, enunciada<sup>44</sup>, como de algo que começa já a surgir – sendo exemplo disso os referidos diplomas relativos aos processos de insolvência, e a Directiva 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho relativa aos acordos de garantia financeira.

No que respeita aos primeiros, são de sublinhar as referidas regras sobre reconhecimento dos direitos reais de credores ou de terceiros sobre bens corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis.

Quanto à segunda, são de pôr em evidência as regras que visam evitar a “requalificação” das transmissões de titularidade feitas ao abrigo desses acordos como meros penhores, protegendo o direito do credor a dispor do objecto da garantia (sobretudo, respectivo art. 5.º).

MARTINS intitulada *Directivas Comunitárias sobre Direito das Sociedades* (Coimbra, Fora do Texto, 1999) – a que há que acrescentar o Regulamento (CE) n.º 2157/2001, do Conselho, de 8 de Outubro de 2001, relativo ao estatuto da sociedade europeia (SE).

<sup>44</sup> V. A *Joint Response* referida *supra* na nota 2, o texto de EWOUT HONDIUS referido *supra* na nota 9, pág. 86, bem como EVA-MARIA KIENINGER, *Securities in Movable Property within the Common Market*, in *European Review of Private Law*, vol. 4, n.º 1, 1996, págs. 41 e segs., CHRISTIAN MOULY, *La Publicité des Sûretés Réelles Mobilières*, in *European Review of Private Law*, vol. 6, n.º 1, 1998, págs. 51 e segs., MICHAEL G. BRIDGE, *The English Law of Real Security*, in *European Law Review*, vol. 10, n.º 4, 2002, pág. 484, e JAN A. KRUPSKI, *Connecting Security Rights in Receivables – A Canadian Perspective on the Rome Convention*, in *European Law Review*, vol. 10, n.º 6, 2002, págs. 739 e segs..

De resto, a nível internacional a harmonização da regulação da “property” tem também estado a ser iniciada precisamente por esse lado, ou seja, por meio das garantias sobre móveis. Sirvam de exemplo a Convenção da Cidade do Cabo sobre Garantias Internacionais sobre Equipamentos Móveis, de 2001, e a Lei Modelo Inter-Americana sobre Garantias Mobiliárias, de 2002<sup>45</sup>.

Não é preciso ser vidente para prever que a uniformização dos regimes das garantias reais dos contratos terá efeitos laterais muito relevantes, implicando um grau elevado de harmonização de outras áreas do Direito, como a do processo executivo (e, certamente, no âmbito da Comunidade, um reforço do já conseguido em matéria de insolvência), a dos privilégios creditórios fiscais e parafiscais e até a do próprio direito de propriedade em sentido restrito.

Quanto à primeira dessas áreas, bastará recordar que o exercício coactivo dos direitos reais de garantia é um dos aspectos nucleares do processo executivo, para concluir que não parece possível uniformizar aqueles sem aproximar as regras sobre este.

No que respeita à segunda área, será suficiente lembrar que tais privilégios existem em muitos países e que eles condicionam as garantias reais de origem voluntária.

Passando à terceira área, diga-se que os movimentos de unificação ou harmonização dos Direitos em matéria de garantias reais não podem ignorar que o direito de propriedade é, cada vez mais, utilizado como garantia<sup>46</sup>. Essa utilização levanta problemas de vários tipos, nomeadamente o do seu choque com a proibição do pacto comissório<sup>47</sup> – que há que resolver. Por outro lado, essa regulação da propriedade a propósito da sua função de garantia dificilmente deixará de abarcar alguns aspectos do direito de propriedade independentemente da sua função – o que mostra até que ponto poderá ir a força expansiva dos movimentos de unificação e harmonização dos Direitos em matéria de garantias reais.

## 6. Transmissão da propriedade

Uma outra matéria que o comércio internacional exige que seja

<sup>45</sup> Publicadas na *Uniform Law Review*, NS, vol. VII, 2002-1 (e a primeira disponível no “site” do Unidroit – [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)).

<sup>46</sup> V., por todos, PIERRE CROCQ, *Propriété et Garantie*, Paris, LGDJ, 1995.

<sup>47</sup> Como assinalámos noutra local, a proibição do pacto comissório parece ser um limite aos contratos fiduciários (*Curso de Direitos Reais*, cit., pág. 154).

objecto de harmonização é a da transmissão do direito de propriedade (agora tomado em sentido restrito). A diversidade dos Direitos existentes no mundo é tal que é impossível aos agentes económicos saber com que podem contar<sup>48</sup>. Tendo em vista as diferenças entre os sistemas de Direito Internacional Privado, muitas vezes, as dificuldades começam na própria determinação do Direito aplicável. A Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Viena, 1980) deixou de fora “os efeitos que o contrato pode ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas” (respectivo art. 4.º, alínea b)). A necessidade de harmonizar as regras sobre transmissão de propriedade, sobretudo das coisas móveis, é, porém, cada vez mais premente.

#### **7. A construção de um Direito Europeu em matéria de direitos reais e a necessidade de reflexões que englobem as várias formas de propriedade**

Os últimos duzentos anos trouxeram o direito de autor e os direitos conexos, a propriedade industrial e os valores mobiliários. A essa diversificação da natureza económica dos bens respondeu o Direito com cisões da ideia de propriedade. Prova disso está no modo pelo qual os juristas se especializam para o estudo dessas diferentes realidades. A propriedade dos bens corpóreos, imóveis e móveis, continua a caber no Direito Civil, embora o Direito do Urbanismo tenha arrancado a este uma boa parte dos problemas suscitados pelos imóveis. No entanto, a propriedade industrial e os valores mobiliários e, embora em menor medida, o direito de autor há muito que são objecto de ramos autónomos dos estudos jurídicos. São cada vez mais raras as tentativas de teorização unitária das várias formas de direitos sobre bens. Para tanto muito contribuiu a adopção pela Pandectística e pelo Código Civil alemão de um conceito de propriedade (e, por extensão, de direitos reais) limitado às coisas corpóreas – conceito esse recebido em vários países, nomeadamente em Portugal. O reconhecimento

---

<sup>48</sup> Para a comprovação, em larga escala, do que se afirma, basta comparar os vários textos incluídos na obra *edited by* ALEXANDER VON ZIEGLER, JETTE H. RONOE, CHARLES DEBATTISTA e ODILE PLÉGAT-KERRAULT, intitulada *Transfer of Ownership in International Trade* – Kluwer/ICC, 1999. Para a mesma comprovação em escala reduzida, mas com a vantagem de a comparação ser dada ao leitor, v. o estudo de ASSUNÇÃO CRISTAS e MARIANA FRANÇA GÓUEVA no livro de que são co-autoras com VÍTOR PEREIRA NEVES intitulado *Transmissão da Propriedade e Contrato* (Coimbra, Almedina, 2001).

de que as formas de propriedade são múltiplas não deve obstar à reflexão sobre o conjunto das mesmas. A especialização que referimos tem obstado a isso. Impõem-se reflexões que englobem as várias formas de propriedade. Só por esse meio será possível corresponder aos desafios económicos. A tal necessidade não se oponha que, no plano dogmático, não é viável a construção unitária de direitos sobre coisas corpóreas e de direitos sobre coisas incorpóreas. O problema não é de Dogmática – é de política legislativa.

Essas reflexões podem e devem passar pela utilização de um conceito muito amplo de propriedade, algo semelhante à “property” anglo-americana. Não creio, contudo, que os juristas da Europa Continental tenham de adoptar tal noção como um conceito central da sua Dogmática. Obviamente, têm que a entender e que a comparar com as suas noções e, provavelmente, desse estudo resultará que a noção de “property” apresenta vantagens e desvantagens. Entre as primeiras está o tratamento conjunto dos direitos de utilização de coisas com base na ideia de exclusão<sup>49</sup>. Entre as segundas está o englobamento de temas (como o da sucessão “mortis causa” e o dos aspectos patrimoniais do matrimónio) cujo tratamento simultâneo com os demais parece inconveniente, em virtude da diversidade das realidades económicas subjacentes.

O conceito de direito real corrente em Portugal e em vários outros países da Europa Continental é, ao mesmo tempo, excessivamente amplo e excessivamente restrito. O primeiro excesso resulta de nele se compreenderem figuras tão diversas quanto as incluídas nas subcategorias direitos reais de gozo, direitos reais de garantia e direitos reais de aquisição. O segundo excesso resulta de ele deixar de fora os direitos sobre outras formas de riqueza economicamente similares às abarcadas pelos direitos reais, v. g. os valores mobiliários e a propriedade industrial.

A construção de um Direito Europeu na área dos direitos reais pode bem ser a ocasião para enfrentar o desafio da reorganização das categorias centrais do Direito Privado, a que me referi noutra escrito<sup>50</sup>. Atrevo-me a pensar que essa ocasião será tanto mais profícua quanto mais características de código a referida construção assumir<sup>51</sup>. Se, em vez de directivas

<sup>49</sup> Para o desenvolvimento da ideia de propriedade com base na ideia de exclusão, v. J. E. PENNER, *The Idea of Property in Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (reedição da 1ª ed. de 1997, com correcções), em especial págs. 68 e segs..

<sup>50</sup> *Curso de Direitos Reais*, cit., pág. 311.

<sup>51</sup> Para a defesa radical da codificação como meio de construção do Direito Privado Europeu, v. o texto de UGO MATTEI no já, várias vezes, citado livro *An Academic Green Paper on European Contract Law*, págs. 215 e segs..

ou regulamentos parcelares, produto de arrastadíssimas negociações, geradoras de textos enxundiosos, se enveredar pelo caminho de um diploma sistemático e sintético, assente em negociações políticas profundas, mas formulado por poucos e bons redactores, a intervenção legislativa em causa passará necessariamente pelo repensar das categorias dogmáticas em que o Direito Privado assenta. Ao avançar tal pensamento, estou, porém, já a sair dos propósitos que assinalei a este texto e a entrar no tema do processo de construção do Direito Civil Europeu – cuja abordagem obrigaria a analisar a evolução dos Direitos dos Estados-membros, bem como o modo de formação do Direito Comunitário. Perante tais tarefas, não há dúvida de que chegou o momento de pôr fim a estas reflexões...\*

---

\* Deixo registado o meu reconhecimento a ALEXANDRA CABRAL, pela ajuda amiga prestada na preparação deste texto.