RUI PINTO DUARTE

MOBILIDADE DOS BENS E GARANTIA DOS CREDORES

Separata da
REVISTA DA BANCA
N.º 15 — JULHO/SETEMBRO 1990

MOBILIDADE DOS BENS E GARANTIA DOS CREDORES

Os trabalhos preliminares do Unidroit *sobre a regulação de alguns aspectos internacionais dos direitos de garantia sobre equipamentos deslocáveis e o direito português.*

RUI PINTO DUARTE *

1. *INTRODUÇÃO*

O *Unidroit* (Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado [1]) está a estudar a oportunidade da elaboração de uma Convenção sobre aspectos internacionais dos «security interests in mobile equipment» [2]. A ideia nasceu de uma proposta feita, em Julho de 1988, pelo Governo do Canadá ao Conselho de Direcção do Unidroit e foi já objecto de um desenvolvido estudo do professor canadiano Ronald C. C. Cuming.

---

* Assistente da Faculdade de Direito de Lisboa.

[1] O Unidroit foi constituído, em 1926, como órgão auxiliar da Sociedade das Nações, e reestabelecido, em 1940, como organização intergovernamental independente, tendo por fonte um tratado multilateral. Portugal é membro da organização desde 1949. O Unidroit tem por objecto «estudar os meios de harmonizar e de coordenar o direito privado (...) e preparar gradualmente a adopção pelos diversos Estados de direito privado uniforme» (artigo 1.º do respectivo estatuto orgânico).

[2] Do que adiante diremos acerca de cada um dos conceitos incluídos nesta expressão resultará a justificação da expressão que usamos no título. Aqui limitar-nos-emos a justificar a palavra «deslocáveis»: não achamos convenientes, por ambíguas, «móvel» e «móbil», nem felizes «movente» e «amovível» e não nos lembrámos de melhor equivalente...

Esse estudo dá conta das dificuldades com que a regra de conflitos tradicional em matéria de direitos reais (submissão à *lex rei sitae*) depara no que toca às coisas móveis e põe pormenorizadamente em relevo o que seriam os sinais de uma tendência para a respectiva superação. Entre esses sinais estariam o direito legislado da generalidade dos estados dos E. U. A. e do Canadá, algumas convenções internacionais (v.g., as Convenções de Bruxelas para a Unificação de certas Regras relativas aos Privilégios e Hipotecas Marítimos, de 1926 e 1967 [3], a Convenção de Genebra relativa ao Reconhecimento Internacional de Direitos sobre Aeronaves, de 1948 [4], e — com um peso especial, por razões de que daremos conta — a Convenção do Unidroit sobre Locação Financeira Internacional, de 1988 [5]), bem como alguns projectos e estudos preliminares de convenções internacionais (os trabalhos da UNCITRAL/CNUDCI sobre «security interests», o projecto, de 1970, da Federação Bancária da CEE relativo aos efeitos extraterritoriais das garantias mobiliárias sem desapossamento, o estudo, de 1968, do Unidroit, sobre a venda a prestações [6] e o estudo, de 1972, da Comissão Europeia para a Cooperação Jurídica, do Conselho da Europa, sobre aspectos internacionais da protecção dos credores [7].

---

[3] Só a primeira foi ratificada por Portugal e a segunda ainda não entrou em vigor (segundo informa Luís Lima Pinheiro, A Reserva da Propriedade em Direito Internacional Privado, dissertação dactilografada de mestrado apresentada à F. D. L., 1989, págs. 156 e 199, nota (74)). O texto da Convenção a que Portugal aderiu está publicado no Diário do Governo de 2 de Junho de 1932.

[4] De que Portugal é parte. V. o texto no Decreto do Governo n.º 33/85, de 4 de Setembro.

[5] Sobre esta Convenção, v. o nosso trabalho intitulado A Convenção do Unidroit sobre Locação Financeira Internacional — Tradução e Notas *in* Documentação e Direito Comparado n.º 35/36.

[6] Trata-se de um trabalho não impresso. A versão que conhecemos (por amabilidade do Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República) intitula-se «Vente à Tempérament et à Crédit d'Objets Mobiliers Corporels dans les États Membres du Conseil de l'Europe» e data de 1970, com as menções de «Conselho da Europa» e «Estrasburgo». Trata-se de um estudo de 253 páginas, que abrange não só o que o seu título indica como também as garantias reais. Citá-lo-emos como «Unidroit, Vente à Tempérament».

[7] Trata-se também de um trabalho não impresso (a que tivemos acesso também por amabilidade do Gabinete de Documentação e Direito Comparado). Tem 122 páginas (para além das de bibliografia e de anexos) e as menções «Conselho da Europa», «Estrasburgo», «4 de Outubro de 1972». Citá-lo-emos como «Conselho da Europa, Aspects Internationaux».

2. *DESCRIÇÃO DAS PROPOSTAS DO PROF. CUMING*

a) O OBJECTO DA CONVENÇÃO

Apesar de o Prof. Cuming escrever (pág. 5) que «No attempt has been made to define with precision the scope of the term 'mobile equipment'» e que «Nor has any attempt been made to define the scope of the terms 'security interest' and 'security agreement'» e ainda que «these terms should be viewed in a functional, rather than a technical, legal context», o próprio Autor acaba por nos dizer explicitamente o que entende por cada uma das noções em causa. No que toca a «equipment», escreve (pág. 1 do Anexo A) que a palavra «is used to describe the use to which the goods are being put by the debtor»; no que toca a «mobile» diz (pág. 3 do mesmo anexo) que «mobile equipment is property of a type that is likely to be moved across international boundaries several times during its useful life», esclarecendo que (pág. 2 do anexo em causa) a qualificação como tal «would depend on the type of equipment involved and not on the factual determination as to whether or not a particular piece of equipment has or not been moved frequently from one state to another by the debtor»; por último, no que toca a «security interest» apresenta (pág. 13) a definição norte-americana (e canadiana) de «any proprietary interest which secures payment or performance of an obligation» e sugere (pág. 2 do Anexo A) que a Convenção recorte o conceito de modo a abranger «any type of non-possessory interest in goods created by contract (...) so as to secure performance of an obligation owing by the debtor or a third party», excluindo expressamente «liens, charges, general privileges or other interest that arise by operation of law in favour of repairers, governamental agencies or creditors» [8, 9].

---

[8] Embora deixando aberta a discussão a possilidade de a Convenção abranger um «specific privilege in favour of an unpaid seller that arises by operation of law».

[9] O Prof. Cuming escreve ainda (pág. 4) que «The existence of a security interest would be a matter determined under the law of the principal place of business of the debtor». Esta formulação parece implicar que a qualificação seja feita exclusivamente segundo a lei material aplicável, o que não merece aplauso. Julgamos, como o faz a Doutrina portuguesa, que, embora a caracterização das normas materiais aplicáveis tenha de ser feita de acordo com o ordenamento em que se inserem, o critério do chamamento dessas normas resulta da própria norma de conflitos (v. I. de Magalhães Collaço, Da Qualificação em Direito Internacio-

b) AS REGRAS A CONSAGRAR

A primeira vez que o Prof. Cuming chama a terreiro a Convenção do Unidroit sobre Locação Financeira Internacional é logo para fundar a possibilidade e a oportunidade de uma convenção sobre alguns aspectos dos direitos de garantia sobre equipamentos deslocáveis, uma vez que a locação financeira é uma técnica de financiamento com garantia e que, segundo muitas opiniões, os direitos do locador financeiro sobre o equipamento locado têm essencialmente uma função de garantia [10]. Nesta medida, a convenção ora sugerida nada mais seria, quanto ao seu objecto, que uma generalização daquela outra.

Assente a viabilidade do tratamento internacional do tema, o Autor interroga qual o tipo de convenção possível, dizendo (pág. 3) não ser pragmático pensar na criação de «an international chattel mortgage or some other specific type of secured financing device» ou ainda em «some form of generic international security interest in movables» e afirmando que o passo correcto a dar é o do estabelecimento de regras de conflitos [11] e apenas sobre alguns aspectos dos «security interests in mobile equipment».

Quanto a quais sejam essas regras de conflitos, a proposta essencial do Prof. Cuming (pág. 27 e pág. 3 do Anexo A) é a de seguir o exemplo norte-americano e canadiano, substituindo a tradicional remissão para a *lex rei sitae* pela remissão para a «location of the debtor» [12], ou seja, normalmente, o seu «principal place of business» [13]. O âmbito dessa remissão seriam os problemas de «validity, priority status and public disclosure of security interests in the equipment» (pág. 27).

---

nal Privado, Lisboa, 1964, *maxime* pág. 217, João Baptista Machado, Lições de Direito Internacional Privado, 3.ª ed., Coimbra, Almedina, 1985, pág. 127, e A. Ferrer Correia, Lições de Direito Internacional Privado, Universidade de Coimbra, policopiado, 1973, págs. 294 e 295, e o Direito Internacional Privado e o Princípio da Igualdade, *in* Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado, Coimbra, Livraria Almedina, 1989, págs. 427 e segs.).

[10] V. *infra*, n.º 5.

[11] V., porém, o que se descreve adiante, no final deste número.

[12] Do *devedor*, sublinhe-se, o que significa que, em caso de o garante não ser o devedor, a lei aplicável é, à mesma, a do domicílio do *devedor*.

[13] O Prof. Cuming não chega a dizer se essa remissão é para a *lex domicilii* do tempo da constituição da garantia ou para a do tempo em que o problema se ponha. A lei do estado canadiano de Alberta, que o Prof. Cuming cita e transcreve em anexo ao seu trabalho, refere «at the time the security interest attaches».

A propósito dessa proposta essencial é feita nova invocação da Convenção do Unidroit sobre Locação Financeira Internacional, já que esta contém um precedente da mesma proposta. Com efeito, o respectivo artigo 7, n.º 3, alínea *c)*, faz apelo, para efeitos do n.º 2 do mesmo artigo, ao direito do Estado no qual o locatário financeiro tem o seu estabelecimento principal, «no que toca a qualquer outro [14] equipamento de um tipo que habitualmente seja deslocado de um Estado para outro» [15].

Restringindo o alcance da sua proposta essencial, o Prof. Cuming faz duas propostas de limitação a esta. A primeira (pág. 4 do Anexo A) é a de a Convenção permitir aos Estados Contratantes recusar o reconhecimento da validade dos direitos de garantia que violem regras imperativas («mandatory rules») da sua ordem jurídica. A segunda (pág. 5 do mesmo anexo) é a de condicionar a aplicação da *lex domicilii* do devedor ao cumprimento das regras de publicidade de outros Estados, dentro de dados prazos a contar do momento da constituição da garantia ou do momento da entrada do equipamento no território desses Estados.

Por último, o Prof. Cuming extravasa a sua auto-limitação ao campo do direito de conflitos e sugere regras de direito material, sobre a posição relativa dos credores. Nomeadamente, propõe (pág. 4 do Anexo A) que um direito de garantia constituído ao abrigo do direito do lugar do estabelecimento principal do devedor prevaleça sobre:

a) qualquer execução que tenha lugar num Estado Contratante posteriormente à constituição da garantia;

b) qualquer «non-purchase money security interest» criada sobre o equipamento posteriormente à constituição da garantia, estando ele situado num Estado Contratante.

---

[14] «Qualquer outro» porque as alíneas *a*) e *b*) se referem, respectivamente, às embarcações registadas e aeronaves, casos em que mandam aplicar o direito do Estado onde estejam registadas.

[15] O Prof. Cuming, antes de dar a definição de «mobile» que citámos *supra*, escreve que «The proposed convention would apply only to 'mobile' equipment as the term is used the Convention on International Financial Leasing», fazendo referência expressa ao referido artigo 7.º n.º 3, alínea *c*).

3. *REFLEXÕES SOBRE AS PROPOSTAS DO PROF. CUMING*

a) QUANTO AO OBJECTO DA CONVENÇÃO

Os interesses protegidos pelas posições do Prof. Cuming ressaltam da própria delimitação do objecto do seu estudo e, emblematicamente, da sua afirmação (pág. 26) de que «Financiers who provide secured financing for the acquisition of mobile equipment require more legal predictability than that afforded by traditional conflict of laws rules applicable to interests in such equipment».

A evidência com que tais interesses surgem é tanto mais notória aos olhos dos juristas europeus continentais quando é certo que estes estão habituados a tratar com os interesses com que lidam através de conceitos de natureza estrutural, não funcional, as mais das vezes com longo percurso histórico, aparentemente não significativos dos pontos de vista económico e social.

O «funcionalismo» da proposta do Prof. Cuming, pese a surpresa que possa gerar no nosso círculo de Direitos, é de apoiar, porque evita (como o próprio Prof. Cuming nota — pág. 28) a necessidade de estabelecer correspondências entre conceitos estruturais, que é tarefa muito difícil.

Quanto aos aspectos substanciais da delimitação do objecto da Convenção, estamos de acordo em que ela incida apenas sobre equipamentos (e não também sobre outras coisas móveis que não mereçam tal qualificativo). Assim se obtém uma quase coincidência das relações jurídicas abrangidas com as que se poderiam dizer de natureza comercial, que internacionalmente são perspectivadas com convergência sempre crescente.

Já a restrição aos equipamentos que sejam *mobile* nos levanta dúvidas, sobretudo pela ambiguidade da definição dada pelo Prof. Cuming. Ambiguidade que, aliás, está também presente na fórmula da Convenção sobre Locação Financeira Internacional. Preferiríamos uma definição claramente ampla, que abrangesse a totalidade dos equipamentos susceptíveis de serem deslocados.

b) QUANTO ÀS REGRAS A CONSAGRAR

No que se refere às regras a consagrar, as reflexões e as propostas do Prof. Cuming não representam uma revolução. É de há muito

reconhecido que em certas situações a aplicação da *lex rei sitae* aos problemas dos direitos sobre coisas móveis não se justifica [16]. As próprias raízes do princípio da aplicação da *lex rei sitae* são muito menos fundas no que toca aos móveis do que no que toca aos imóveis [17].

Aliás, é de dizer que os passos em que Savigny — que foi um dos responsáveis pelo abandono da regra dos estatutários segundo a qual *mobilia sequuntur personam* — tentou fundar a primazia na matéria da *lex rei sitae* não pertencem certamente aqueles que mais concorreram para a sua glória. Na verdade, escrever [18] que o lugar onde uma coisa se encontra é o lugar das relações jurídicas que sobre ela incidem porque essa coisa é perceptível pelos sentidos e ocupa um lugar no espaço e que aquele que quer adquirir ou exercer um direito sobre uma coisa se «desloca», pela sua intenção, para o lugar que ela ocupa, submetendo-se voluntariamente ao direito local é fazer considerações envie-

---

[16] V. Pierre A. Lalive, The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws, Oxford, Clarendon Press, 1955, *maxime*, págs. 99 e segs. e 186 e segs., G. A. Zaphiriou, The Transfer of Chattels in Private International Law, Littleton, Colorado, Fred B. Rothman, 1981 (reimpressão do original de 1956, publicado em Londres pela Athlone Press), *maxime*, págs. 216 e segs. (com remissão para outros locais); entre nós, por último, Luís Lima Pinheiro, ob. cit., *maxime* págs. 192 e segs. Antes, v. Isabel Magalhães Collaço, Direito Internacional Privado, lições ao 5.º ano de 1958-59, actualizadas por Lucas Filipe da Cruz, vol. III, AAFDL, Lisboa, 1966 (policopiado), págs. 263 e segs., e A. Ferrer Correia, Conflitos de Leis em Matéria de Direitos sobre as Coisas Corpóreas, *in* Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado, cit., págs. 382 e 383.

[17] V. Teixeira d'Abreu, Estudos sobre o Código Civil Portuguez, II, Coimbra, Imprensa Academica, págs. 51 e segs., Machado Vilela, Tratado Elementar de Direito Internacional Privado, Livro I, Coimbra Editora, 1921, págs 469 e segs., Mário de Figueiredo, Os Princípios Gerais do Direito Internacional Privado (lições recolhidas por António Batoque e António César Abranches), Coimbra, Livraria Neves, 1928, págs. 172 e segs., Magalhães Collaço, últ. ob. cit., págs. 363 e segs., e Luís Lima Pinheiro, A Reserva da Propriedade em Direito Internacional, cit., pág. 181. Na doutrina estrangeira, v., v.g., Pierre A. Lalive, The Transfer, cit., págs. 34 e segs., Albert A. Ehrenzweig, A Treatise on the Conflict of Laws, St. Paul, Minnesota, West Publishing, 1962, págs. 617 e segs., e Zaphiriou, ob. cit., págs. 39 e segs. Interessantes são ainda, sobre o estatuto dos móveis no direito medieval, as páginas de P. Ourliac e J. de Malafosse no parágrafo que intitulam «les meubles suivent la personne» (Histoire du Droit Privé, 2.ª ed., vol. 2, Paris, P.U.F., 1971).

[18] § CCCLXVI do System. Na tradução francesa de Ch. Guenoux, edição de Didot Frères, Paris, 1851, v. o tomo 8, pág. 168.

sadas, que escondem um pragmatismo não assumido. Não há que duvidar que o verdadeiro fundamento da submissão do estatuto das coisas móveis à *lex rei sitae* é a obediência ao princípio da maior proximidade, ou da melhor competência, no sentido em que ele se confunde com um princípio de eficácia [19].

Não queremos com isto dizer que a *lex domicilii* seja sempre mais apropriada para regular o estatuto das coisas móveis do que a *lex rei sitae*. Mas relativamente a coisas normalmente deslocáveis e no que toca apenas aos direitos de garantia, escolher a *lex domicilii* do devedor constituinte da garantia é, sem dúvida, evitar mudanças frequentes do direito aplicável e, nessa medida, solução mais apropriada que o recurso à *lex rei sitae*. Lembre-se, aliás, que as críticas que Savigny (ob. cit., págs. 174 e 175) fazia aos partidários da doutrina tradicional da *lex domicilii* incidiam, antes de mais, na dificuldade de determinação da pessoa a quem o domicílio se referia, problema este que no caso considerado está resolvido. E como, além disso, o domicílio entendido como estabelecimento principal não é frequentemente transferido [20], a continuidade do estatuto dos direitos sobre a coisa é melhor assegurada assim do que pela aplicação da *lex rei sitae*.

Em louvor da proposta do Prof. Cuming acrescente-se ainda que ela conduz a resultados mais satisfatórios do que os normalmente atingidos pelas teorias relativas à sucessão de estatutos. Na verdade, estas normalmente limitam-se a preservar — e nem em todos os casos — a existência dos direitos constituídos ao abrigo de leis anteriores, sub-

---

[19] Significativamente, Ferrer Correia, no primeiro projecto relativo ao Direito Internacional Privado que escreveu para o Código Civil, invocava, para considerar como assente a pertença das coisas mobiliárias ao «estatuto real», além da natureza do *jus in re*, «razões práticas evidentes» (Direito Internacional Privado *in* BMJ n.º 24, Maio de 1951, pág. 40). Pierre A. Lalive, após discutir «the bases of the *lex situs* theory», concluiu que, modernamente, a doutrina em causa seria fundada na consideração de que «the country of the situs has the effective power over the chattel» e na de que «the exclusive application of the lex situs alone can fulfil the need for security in international property transactions» (ob. cit., pág. 115).

[20] E qualquer eventual transferência tornar-se-á irrelevante a partir do momento em que se estabeleça, como parece dever fazer-se, que a *lex domicilii* para que se remete é a do tempo da constituição da garantia.

metendo, no entanto, o regime de tais direitos à lei nova [21], ao passo que pelo caminho proposto pelo Prof. Cuming se obtém a estabilização do próprio conteúdo do direito.

Em favor da proposta do Prof. Cuming, diga-se por último, que a pessoa de cujo domicílio se fala é o devedor (que constitui garantia), o que tem o lado «simpático» de o direito aplicável não depender da vontade do credor titular do direito de garantia, nem ser o mais próximo deste.

Foram estas considerações — ou análogas a estas — que nos levaram a ter por boa a solução do citado artigo 7.º, n.º 3, alínea *c*) da Convenção do Unidroit sobre Locação Financeira Internacional e são elas que nos levam agora a aplaudir a «choice of law rule» proposta pelo Prof. Cuming.

Mas, também quanto à substância das propostas, não podemos acompanhar totalmente o Prof. Cuming. Se, como escrevemos, em momento nenhuma as propostas do Prof. Cuming surgem como revolucionárias, por vezes elas são mesmo muito tímidas. É o caso da possibilidade de os Estados Contratantes recusarem o reconhecimento da validade dos direitos que violem regras imperativas da sua ordem jurídica. Na hipótese presente, o uso de tal possibilidade destruiria o interesse da Convenção, já que a generalidade das regras relativas aos direitos reais de garantia, pelo menos nos países da família romano-germânica, é de natureza imperativa.

---

[21] A Doutrina entende que o problema do conteúdo dos direitos sobre as coisas deslocadas é diferente do problema da sobrevivência desses direitos e que aquele se deve resolver pela nova *lex situs*. E, consequentemente, entende que, exigindo esta lei, para a existência, validade ou eficácia do direito, algum requisito que a primeira não exigisse, tal direito deixará de existir ou só será válido ou eficaz após o cumprimento desse requisito (v. Baptista Machado, ob. cit., pág. 381, e Ferrer Correia, Temas cit., págs. 405 e 406; na doutrina estrangeira, por exemplo, Gerhard Kegel, Internationales Privatrecht, 6.ª ed., München, C. H. Beck, pág. 488). Assim, um credor garantido por uma reserva de propriedade validamente e eficazmente constituída em Portgual ficará privado do seu direito se a coisa for deslocada para um Estado cujo direito exija registo e idêntica coisa se verificará relativamente a um credor titular de um penhor constituído ao abrigo das regras especiais que permitem o penhor sem entrega da coisa, se a coisa for deslocada para um Estado cujo direito não conheça o penhor sem desapossamento. Sobre os problemas da sucessão de estatutos nestas matérias, v. Conselho da Europa, Aspects Internationaux, págs. 67 e segs., e Luís Pinheiro, A Reserva da Propriedade em Direito Internacional Privado, cit., págs. 286 e segs.

Outra medida que limitaria o interesse da Convenção seria a subordinação da aplicação do *lex domicilii* do devedor ao cumprimento de regras de publicidade de outros Estados. Ela é, aliás, do ponto de vista dos titulares dos direitos de cujo reconhecimento se trata, uma medida injusta, porque eles não têm o controlo da deslocação do equipamento. Melhor equilíbrio com os interesses dos outros credores seria atingido pela subordinação da aplicação da *lex domicilii* do devedor a que esta preveja um mínimo (a definir) de publicidade para tais direitos.

4. *COMPARAÇÃO COM O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PORTUGUÊS*

Em matéria de direitos reais, incluindo os de garantia, a regra mais geral do Direito Internacional Privado Português é a da sua submissão à *lex rei sitae* (artigo 46.º, n.º 1, do Código Civil). Porém, «a constituição e a transferência de direitos sobre os meios de transporte submetidos a um regime de matrícula são regulados pela lei do País onde a matrícula tiver sido efectuada» (artigo 46.º, n.º 3) [22, 23]. A outro tempo, à constituição e transferência de direitos sobre coisas em trânsito é aplicável o Direito do local de destino, por a lei as mandar ter como situadas no País de destino (artigo 46.º, n.º 2).

---

[22] O sentido deste preceito não é apresentado uniformemente na Doutrina. Pires de Lima e Antunes Varela (Código Civil Anotado, vol. I, 4.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1987) enumeram os automóveis entre os meios de transporte em causa. Mas, Baptista Machado (ob. cit., pág. 378), diz expressamente que a regra do n.º 3 do artigo 46.º tem em vista apenas os meios de transporte que se acham postos ao serviço do transporte internacional e Ferrer Correia (Temas, cit., pág. 384 e 385) argumenta, contra a aplicação aos veículos automóveis da doutrina seguida quanto às aeronaves e aos navios, com as ideias de que só há necessidade de um regime especial de Direito Internacional Privado em relação aos meios de transporte que se acham afectados ao transporte internacional de modo duradouro e de que o registo da propriedade automóvel tem em muitos países âmbito e efeitos limitados.

[23] E o artigo 488.º do Código Comercial diz que «as questões sobre propriedade do navio, privilégios e hipotecas que o onerem são reguladas pela lei da nacionalidade que o navio tiver ao tempo em que o direito, objecto da contestação, houver sido adquirido».

Pode assim dizer-se, paralelamente ao que se disse no plano doutrinário, que a inserção na ordem jurídica portuguesa de uma regra como a que constitui o núcleo essencial das propostas do Prof. Cuming não representaria um enxerto difícil.

Já a proposta de subordinação da aplicação da *lex domicilii* ao cumprimento das regras de publicidade de outros Estados nos parece menos compatível com o nosso direito, atento que no direito (material) português, nalguns dos mais importantes casos de garantias, não existem deveres de publicidade. Mas este é, verdadeiramente, um problema tradicional de política legislativa de direito material (sobre o qual tomamos posição no número seguinte).

5. *O DIREITO MATERIAL PORTUGUÊS*

Vale a pena, para melhor compreender quer as propostas do Prof. Cuming, quer o próprio direito português [24], relembrar as nossas regras de direito material na área abrangida pela eventual Convenção. Tenha-se presente que ela incidiria sobre os «security interests in mobile equipment», mais concretamente «any type of *non-possessory* interest in goods *created by contract*» (sublinhados nossos) [25].

Tendo até em vista o referido quanto às propostas do Prof. Cuming, podemos dividir as garantias reais em duas categorias, em função da sua sujeição a registo.

Dentro das garantias reais em causa, a principal das registáveis é a hipoteca. A outra é a consignação de rendimentos, que, como se

---

[24] A comparação dos Direitos (neste caso de um Direito com uma sugestão de Direito) é meio privilegiado do conhecimento jurídico. Como titula Rodolfo Sacco (Introduzione al Diritto Comparato, 2.ª ed., Torino, Giappichelli, pág. 12), o escopo da comparação enquanto ciência é mesmo «conoscere le differenze esistenti tra modelli giuridici, e contribuire alla connoscenza dei modelli messi a confronto». Aliás, trata-se de uma nota antiga, mesmo entre os juristas — em Portugal, já o jovem Manuel de Andrade de 1927 a fazia (v. Legislação Civil Comparada, de Manuel Rodrigues Barroca, Coimbra, Atlântida, 1927, págs. 8 e 9).

[25] Para a noção de contrato no direito anglo-americano, v. Atiyah, An Introduction to the Law of Contract, Oxford, Clarendon Press, 3.ª ed., 1981, págs. 28 e segs. Outras indicações bibliográficas são dadas no nosso Tipicidade e Atipicidade dos Contratos, Lisboa, 1990, pág. 22, nota (23). Sobre garantias no direito americano, uma ampla lista bibliográfica é apresentada por Guido Ferrarini, La Locazione Finanziaria, Milano, Giuffrè, 1977, págs. 24 e 25, notas (7) e (8).

sabe, diverge essencialmente daquela em o direito do credor não incidir sobre a coisa (o consignatário não pode executar os bens), limitando-se a poder opor a terceiros o seu direito aos rendimentos dela [26].

Os móveis que são susceptíveis de hipoteca são aqueles para cujas vicissitudes a lei traça, em maior ou menor medida, um regime de publicidade, através de registo: os navios, as aeronaves e os automóveis.

O Código Comercial, nos artigos 584.º e 585.º, diz que «podem constituir-se hipotecas sobre navios por disposição da lei ou por convenção das partes» e que elas «produzirão os mesmos efeitos e reger-se-ão pelas mesmas disposições que as hipotecas sobre prédios», salvas as especialidades legais. O registo destas hipotecas, como dos demais factos relativos aos navios, é regulado pelo Decreto-Lei n.º 42 644 e pelo Decreto n.º 42 465, ambos de 14 de Novembro de 1959, já que o artigo 5.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 403/86, de 3 de Dezembro, que aprovou o Código do Registo Comercial, ressalvou da revogação da legislação anterior as disposições «referentes ao registo de navios» (v. ainda o n.º 6 do preâmbulo do mesmo diploma).

Quanto às aeronaves é o artigo 205.º do velho Decreto n.º 20 062, publicado em 13 de Julho 1931, que prevê o registo das hipotecas a elas relativas. Segundo Carlos Ferreira de Almeida, porém, tal registo e o da matrícula de aeronaves seriam facultativos, tratando-se de mera «publicidade-notícia», por deles (ou da sua não existência) não derivarem efeitos especiais (à excepção, no que toca à matrícula, da possibilidade de circular) [27].

Por último, no que se refere aos automóveis, a hipoteca é regulada pelos Decreto-Lei n.º 54/75 e Decreto n.º 55/75, ambos de 12 de Fevereiro, declarando aliás expressamente o artigo 8.º do Decreto-Lei

---

[26] Ver Pires de Lima e Antunes Varela (com a colaboração de M. Henrique Mesquita), Código Civil Anotado, vol. I, 4.ª ed., nota 5 ao artigo 656.º. Para a discussão da natureza da consignação e para o seu confronto com o penhor, v. Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, vol. II, 4.ª ed., Coimbra, Almedina, 1990, págs. 500 e segs. e 510 e segs.. Contestando o próprio enquadramento da consignação de rendimentos nas garantias das obrigações, v., entre nós, J. Andrade Mesquita, Consignação de Rendimentos ou Anticrese: alguns aspectos do seu regime e natureza jurídica, *in Boletim do Conselho Nacional do Plano*, n.º 21, 2.º quadrimestre de 1990, págs. 149 e segs.

[27] V. Publicidade e Teoria dos Registos, Coimbra, Livraria Almedina, 1966, págs. 335 e 338. Tenha-se em conta, no entanto, que esta opinião foi dada antes do início da vigência do actual Código Civil, portanto, na ausência de uma regra com o sentido e a generalidade da do artigo 687.º deste diploma.

em causa que os veículos automóveis não podem ser objecto de penhor. O artigo 4.º, n.º 2, do mesmo diploma determina a aplicação às hipotecas de automóveis das disposições sobre hipotecas de imóveis, ressalvando as disposições especiais. Entre estas está a possibilidade de apreensão do veículo, a requerimento do credor hipotecário, através de um processo próprio (artigos 15.º e segs. do Decreto-Lei referido).

Se sairmos da área das coisas sujeitas a registo, a figura central dos direitos reais de garantia de origem convencional é o penhor [28]. Tradicionalmente diz-se que a publicidade [29] do penhor deriva da entrega da coisa ao credor [30].

Há, porém, Direitos que admitem casos de penhor sem desapossamento do constituinte da garantia [31]. É o que sucede entre nós. Na

---

[28] Tomamos como boa a linha de distinção entre penhor e hipoteca que resulta do actual Código Civil. Antes dele, acontecia que, por exemplo, Guilherme Moreira qualificava como hipteca mobiliária o penhor sem desapossamento (Instituições do Direito Civil Português, vol. II, Das Obrigações, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1925, pág. 325). Sobre os critérios de distinção entre as figuras, v. Ignacio Serrano Garcia, La Hipoteca de Establecimento Mercantil, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado e Editorial de Derecho Financiero, 1975, págs. 12 e segs..

[29] Sobre o sentido desta publicidade, v. Gino Gorla, Del Pegno, Delle Ipoteche (in Commentario Del Codice Civile *a cura di* António Scialoja e Giuseppe Branca), 3.ª ed., Zanichelli e Foro Italiano, 1966, pág. 51, especialmente na nota.

[30] Entre nós, v. Manuel Rodrigues Júnior, A Posse, Coimbra, Coimbra Editora, 1924, págs. 173 e segs., Inocêncio Galvão Telles, O Penhor sem Entrega no Direito Luso-Brasileiro, *in Scientia Juridica*, n.ºs 16/17, IV, 1955, pág. 214, nota (214), Adriano P. S. Vaz Serra, Penhor in *BMJ* n.º 58, 1958, pág. 38, Carlos Ferreira de Almeida, ob. cit., *maxime*, pág. 73, Pires de Lima e Antunes Varela, Código, cit., nota 1 ao artigo 669.º, Antunes Varela, Das Obrigações em Geral, vol. II, 4.ª ed., cit., pág. 515, e António Menezes Cordeiro, Direitos Reais, separata dos *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal* n.º 114, Lisboa, 1979, vol. I, págs. 404 e 405, e, sobretudo vol. II, págs. 1070 e 1071.

[31] E aqueles que aparentemente não os admitem acabam por possibilitar por outras vias a constituição de garantias reais sem desapossamento (v. Conselho da Europa, Aspects Internationaux, pág. 50). É o que acontece no direito alemão, não só através da reserva de propriedade (Larenz — Lehrbuch des Schuldrechts, 13.ª ed., vol. II, tomo I, München, C. H. Beck, 1986, pág. 106 — diz que a reserva substitui, ao menos até certo ponto, o penhor sem posse, não admitido pelo BGB), como também através da «propriedade de garantia» («Sicherungseigentum») e dos negócios que a constituem, nomeadamente a alienação (fiduciária) em garantia («Sicherungsübereignung»). Extremamente elucidativo sobre a função da «Sicherungsübereignung» é o seguinte trecho de um pequeno livro prático sobre

verdade, embora, em relação às coisas corpóreas, a regra seja (artigo 669.º) a de que o penhor só produz efeitos pela entrega da coisa empenhada, ou de documento que confira a exclusiva disponibilidade dela, ao credor ou a terceiro, há casos em que assim não é; tal acontece, nomeadamente [32], com o penhor «constituído em garantia de créditos de estabelecimentos bancários autorizados», que produz efeitos sem necessidade de o dono do objecto empenhado fazer entrega dele ao credor ou a outrem — Decreto-Lei n.º 29 833, de 17 de Agosto de 1939 (alterado, no que toca à forma do contrato, pelo Decreto-Lei n.º 32 032, de 22 de Maio de 1942) [33].

«contratos de garantia de crédito»: «Die Sicherungsübereignung ist im Gesetz nicht geregelt. Da das Pfandrecht die Übergabe der Pfandsache an den Glaübiger verlangt, ist die Sicherungsübereignung im Wirtschaftsleben an Stelle des schwerfälligen Pfandes getreten und als selbständiges Rechtsinstitut in der Rechtsprechung anerkannt worden. Die Sicherungsübereignung vermeidet die Inbesitznahme des Sicherungsobjektes durch den Gläubiger» (Thamm, Kreditsicherungsverträge, 4.ª ed., Heidelberg, Verlag Recht und Wirtschaft, 1987, n.º 34 da colecção Heidelberger Musterverträge). Para mais informações sobre a «Sicherungseigentum» e a «Sicherungsübereignung», v. o Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2.ª ed., vol. 4, München, C. H. Beck, 1986, págs. 758 e segs. Também no direito inglês sucede algo de semelhante, pesem embora as diferenças de quadros conceituais; v. F. H. Lawson, Introduction to the Law of Property Oxford, Clarendon Press, 1958, *maxime*, págs. 154 e 155, e Unidroit, Vente a Tempérament, págs. 116 e 117.

[32] Uma lista, embora já antiga, das hipótese de penhor sem desapossamento no direito português, é dada por Vaz Serra, Penhor, *cit.*, págs. 44 e 45. Outra lista, recentíssima, é a de Isabel Pereira Mendes (Hipoteca Mobiliária e Penhor sem Entrega das Coisas, Livraria Almedina, 1990, págs. 32 e 33).

[33] Uma dúvida que se pode colocar é a consistente em saber se o regime destes diplomas se estende ao penhor constituído em favor de instituições parabancárias. A equiparação genérica que o artigo 3.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 46 302, de 27 de Abril de 1965 (na redacção do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 49/86, de 14 de Março) faz das parabancárias aos bancos comerciais e a remissão genérica que o seu n.º 2 faz para o regime das instituições de crédito, a inexistência da categoria legal «instituições parabancárias» à data dos diplomas, a identidade de razões quanto à aplicação do regime em causa a empresas bancárias e parabancárias e a necessidade de dar meios a quem se concede direitos (de exercer a actividade) parecem-nos argumentos decisivos no sentido da extensão. (Este problema tem paralelo na possibilidade de extensão às parabancárias do regime especial para os contratos de mútuo feitos por bancos, previsto pelo Decreto-Lei 32 765, de 29 de Abril de 1943; os argumentos que nos levam a sustentar a extensão naquele caso valem também aqui, obviamente).

No caso do nosso direito, não é prevista qualquer forma de publicidade deste penhor sem desapossamento, o que se nos afigura criticável, por ser fonte possível de múltiplas surpresas, tanto para os restantes credores, como para os eventuais adquirentes da coisa [34]. A nossa lei deveria — como sugerimos a propósito da limitação da aplicação às relações internacionais da *lex domicilii* do devedor — instituir um regime de publicidade, ao menos para dívidas acima de dado valor [35].

Não nos parece, porém, que as situações regidas pelo direito português que devam merecer a qualificação de «security interests» de origem convencional se restrinjam às hipotecas, às consignações de rendimentos e aos penhores. Outras situações há cuja qualificação como tal é, pelo menos, plausível. É o que se passa com o direito de propriedade, não só na reserva, como na locação financeira e na locação-venda [36].

---

[34] Em matéria de móveis não registáveis vigora, entre nós, o princípio «nemo plus juris...» (ou, na formulação preferida na literatura anglo-americana, «nemo dat quod non habet»), não podendo o adquirente «a non domino» aceder à propriedade, ao contrário do que acontece nos países em que vigora o «en fait de meubles possession vaut titre» (sobre esta máxima, v. Jean Carbonnier, Droit Civil, 3 — Les Biens, 10.ª ed., Paris, PUF, 1980, págs. 323 e segs., Alex Weill, Droit Civil, Les Biens, 2.ª ed., Paris, Dalloz, 1983, págs. 406 e segs., e Ourliac e Malafosse, ob. cit., págs. 357 e segs.). O direito do adquirente de boa fé de haver o preço do terceiro que lhe exija a coisa só existe no caso do artigo 1301.º, que não corresponde certamente às hipóteses típicas de venda de equipamento empenhado (sobre a história e o sentido deste artigo, v. Menezes Cordeiro, Da Boa Fé no Direito Civil, Coimbra, Almedina, 1985, vol. I, nota 143, a págs. 448 e segs.).

[35] Como tem sido frequentemente sublinhado, pelo menos, desde Guilherme Moreira, ob. cit., pág. 326. Vaz Serra escreveu que «o dessapossamento do empenhador ou, pelo menos, um registo são indispensáveis para o penhor» (ob. cit., pág. 55; v. também as considerações que precedem essa conclusão, *maxime* a partir da pág. 50). Ignacio Serrano Garcia, ob. cit., pág. 50, após concluir pelas vantagens do penhor sem desapossamento, ressalva: «siendo precisos para poder suprimir la exigencia de tradición, la organización de una publicidad registral y el uso notorio de los bienes».

[36] Parece possível e conveniente distinguir entre a locação-venda e a «locação com opção de compra» (nos últimos anos tão em moda entre nós, sobretudo no que a automóveis se refere). A locação-venda abrangeria os contratos de locação a que é aposta uma cláusula segundo a qual a coisa locada se torna propriedade do locatário depois de satisfeitas todas as rendas ou alugueres pactuadas (cfr. artigo 936.º, n.º 2, do Código Civil, e artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 457/79, de 21 de Novembro); a «locação com opção de compra» abrangeria os contratos de

Na verdade, as divergências quanto à enunciação do que é assegurado pela reserva (o preço, a recuperação da coisa, a oponibilidade a terceiros da resolução do contrato [37]) não obstam à convergência quanto à sua função de garantia [38]. Função análoga tem obviamente o direito de propriedade na locação-venda [39] e na locação financeira [40].

E, pese embora a vigência, entre nós, da regra «nemo plus juris», também aqui se deveria acautelar terceiros, sobretudo credores. Na verdade, estas utilizações do direito de propriedade em funções de garantia levantam, quando incidem sobre móveis não sujeitos a registo,

---

locação a que é somado um contrato-promessa unilateral de venda ou uma proposta de venda de jacência prolongada. Tal distinção, porém, não impede que, para além da locação-venda, também a «locação com opção de compra» possa obter um «resultado equivalente ao da venda a prestações» (cfr. citados artigos 936.º, n.º 2, do Código Civil e artigo 15.º do Decreto-Lei n.º 457/79). Mas, no caso da «locação com opção de compra», essa equivalência só existirá nalgumas situações.

[37] Sobre a função de reserva de propriedade, v. Unidroit, Vente a Tempérament, págs. 65 e segs., Luís Lima Pinheiro, A Cláusula de Reserva de Propriedade, Coimbra, Almedina, 1988, págs. 23 e segs. e 115, e Ana Maria Peralta, A Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade, Coimbra, Almedina, 1990, págs. 123 e segs..

[38] As obras citadas na nota anterior, nos locais aí citados, ilustram esta afirmação, através das múltiplas referências bibliográficas que fazem.

[39] E na «locação com opção de compra», sempre que esta também obtenha um «resultado equivalente ao da venda a prestações».

[40] V. o nosso A Locação Financeira (estudo jurídico do «leasing» financeiro), Lisboa, Danúbio, s/d (mas 1983), *maxime,* pág. 94. Na imensa literatura estrangeira, é de ver, ainda, por todos, Mario Giovanoli, Le Crédit-Bail (Leasing) en Europe: Développement et Nature Juridique, Paris, Litec, 1980, *maxime,* págs. 22, 365 e 438 e segs..

problemas de cognoscibilidade da sua existência e também relativamente a elas, ou, pelo menos, a algumas delas, se justificaria a instituição de uma forma de publicidade que protegesse credores e outros terceiros [41, 42].

---

[41] O artigo 1190.º do Código do Processo Civil exige, desde o Decreto-Lei n.º 177/86, de 2 de Julho, para a oponibilidade à massa falida, que a cláusula de reserva tenha sido acordado por escrito até ao momento da entrega da coisa. Este regime, porém, tem um âmbito restrito e dirige-se mais à prevenção de falsas reservas do que à publicidade das verdadeiras. Aliás, e como é vulgarmente dito, a forma solene dos actos não tem directamente a ver com a publicidade dos mesmos.

[42] Este problema tem ligações com o da forma de contabilização do *leasing*, sendo de dizer que a regra consagrada pelo novo POC (nesta parte, ainda não em vigor — ver o artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 410/89, de 21 de Novembro, que o aprovou), segundo a qual os locatários financeiros devem registar no seu imobilizado os bens que detêm nessa qualidade (ver a conta 42, dentro das notas explicativas à classe 4 — imobilizações), torna mais necessária a sugerida publicidade do direito de propriedade do locador. (Sobre os problemas contabilísticos do *leasing* tem especial interesse, por vir de um professor de direito comercial, o parecer do brasileiro Fábio Konder Comparato, publicado no boletim da Associação Brasileira de Empresas de Leasing, ano IX, n.º 105, Junho de 1988; é também intessante o opúsculo «Accounting for Leases — Statement of Accounting Practice» publicado pela Leaseurope — Federação Europeia de Associações de Empresas de Leasing — 3.ª ed., Bruxelas, 1988; entre nós, onde o tema tem sido abordado sobretudo nos jornais, v. Maria Teresa Barbot Veiga de Faria, *Leasing* e Locação Financeira: Aspectos Contabilísticos, Financeiros e Fiscais, Separata n.º 139 de *Ciência e Técnica Fiscal*, Lisboa, 1985, págs. 483 e segs.).

Sobre a publicidade do *leasing* em geral, v. Guido Ferrarini, La Locazione Finanziaria, cit., págs. 239 e segs..