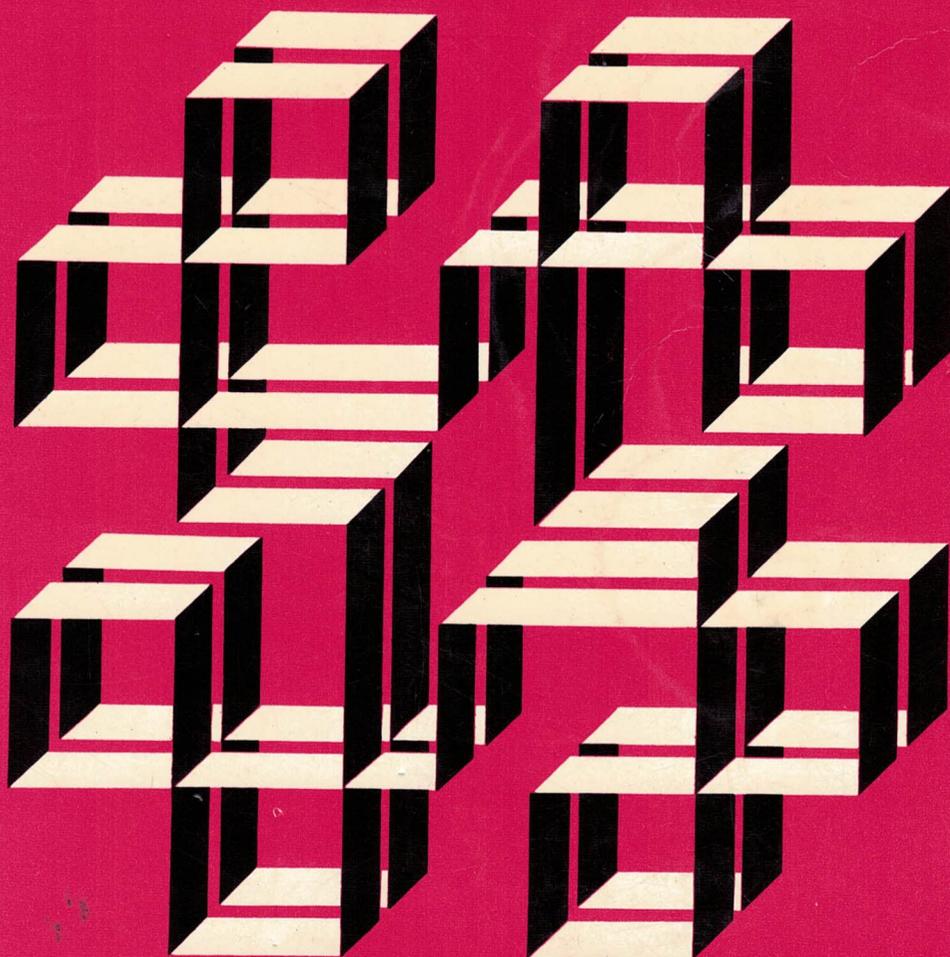


ENZO ROPPO

O Contrato



ALMEDINA. Coimbra

tratos com efeitos reais que são, ao mesmo tempo, contratos reais (o penhor), contratos com efeitos reais que são contratos não reais mas consensuais (a venda), contratos reais que são contratos com efeitos não reais mas obrigacionais (o depósito).

1.3. O negócio fiduciário

Um contrato pode certamente produzir efeitos exclusivamente reais, isto é, nada mais do que transferências de direitos reais (por exemplo, a permuta), ou efeitos exclusivamente obrigacionais, isto é, nada mais do que o nascimento das relações de débito-crédito (por exemplo, a locação, um pacto de não concorrência em troca de um corresponsivo em dinheiro, etc.). Mas é também muito frequente que um contrato produza conjuntamente efeitos reais e efeitos obrigacionais: assim a venda, que produz transferência da propriedade a favor do comprador e o nascimento de uma obrigação (pagar o preço) para este. Há também um género de contrato, ou negócio, em que a combinação de efeitos reais e efeitos obrigacionais assume características peculiares: é o negócio fiduciário.

A peculiaridade do negócio fiduciário, deste ponto de vista, consiste no facto de os efeitos reais e os efeitos obrigacionais produzidos terem, digamos, *um mesmo objecto*: a coisa que constitui objecto de transferência. Com o negócio fiduciário, na verdade, uma parte (o fiduciante) transfere à outra parte (o fiduciário) a propriedade de uma coisa, e o fiduciário assume contextualmente a obrigação, perante o fiduciante, de retransferir-lhe aquela mesma coisa depois de um certo tempo, ou de retransferi-la a terceiros, ou então de fazer um uso determinado dela.

Exemplo. A, titular de uma relevante quantidade de acções de uma sociedade, mas não desejoso ou incapaz de ocupar-se da sua gestão, transfere-a fiduciariamente a B que, adquirindo a sua propriedade, adquire todos os relativos poderes de gestão: intervém nas assembleias, determina as suas deliberações com o próprio voto, até pode participar

no órgão administrativo da sociedade, orientando assim a sua direcção, etc. Além disso, se o julgar conveniente em relação ao estado do mercado das acções, pode vender as acções a terceiros. Com a propriedade das acções, B assume também a obrigação de transferir estas últimas a A depois de um certo tempo (ou, se as vendeu, de entregar-lhe o preço relativo), ou então de retransferi-las ao terceiro X, que A pensa beneficiar. Possível objecção: para alcançar um tal resultado, não é necessário uma transferência fiduciária, sendo suficiente que A confira a B, com procuração expressa, os relativos poderes de representação. Resposta: mas, deste modo, A, que talvez quisesse esconder o facto de ser ele o real interessado na operação, acabaria inevitavelmente por apresentar-se externamente, uma vez que o representante deve empregar sempre o nome do representado; a transferência fiduciária permite-lhe, pelo contrário, ficar na sombra.

Uma hipótese importante é a da *fidúcia com fins de garantia*. X, devedor de Y, transfere a este a propriedade de um bem, com o pacto de que Y a retransferirá a X se e quando este lhe pagar o seu débito (de modo que se X não cumprir, Y ficará proprietário da coisa). Deste modo o credor é garantido e, em caso de não cumprimento, será satisfeito — se bem que de modo atípico — sem necessidade de recorrer ao normal procedimento executivo (muitas vezes longo e dispendioso). Uma operação deste género pode, porém, ser pré-ordenada a evitar a proibição legal do pacto comissório (art. 2744.º Código Civil): em tal caso seria nula por fraude à lei.

Que acontece se o *fiduciário trai a confiança* nele depositada pelo fiduciante, e não executa ou executa mal a retransferência a que se tinha obrigado? Assume, aqui, decisiva relevância a distinção, já referida, entre efeitos reais e efeitos obrigacionais, no que respeita à sua oponibilidade a terceiros. Suponhamos que A transfere fiduciariamente uma coisa para B, o qual se compromete a retransferi-la para A dentro de um certo tempo, e que B, na data estabelecida, recusa efectuar esta retransferência. B violou assim a obrigação que tinha assumido para com A, e A pode, sem mais, defender-se fazendo valer contra B o direito de crédito que goza em relação a ele,

de modo a obter a tutela mais plena do próprio interesse: pode, concretamente, obter uma sentença constitutiva que produza os mesmos efeitos da transferência não efectuada voluntariamente por B, e deste modo recuperar a propriedade do bem (art. 2932.º Código Civil). Não assim se B, em lugar de limitar-se a recusar a transferência a A, arbitrariamente e contra qualquer pacto, transfere a coisa ao terceiro X. X adquire validamente a propriedade, porque a adquire de quem — por força dos efeitos reais da transferência fiduciária — se tornara seu proprietário. Em tal caso, A não pode dirigir-se contra X para obter dele a propriedade da coisa, nem pode dirigir contra este nenhuma outra pretensão: e não o pode pelo princípio de que os efeitos obrigacionais do contrato (aqui a obrigação da transferência) não se podem fazer valer face a terceiros, pelo princípio de que a violação do crédito só pode, em regra, encontrar satisfação em pretensões dirigidas contra o devedor. E, com efeito, A pode pedir a B (não a propriedade da coisa, ora transmitida a X) indemnização por danos.

A razão política desta solução é clara. Se o pacto de transferência, ou mais em geral, os efeitos obrigacionais do contrato, pudessem fazer-se valer contra os terceiros, estes seriam desencorajados a adquirir, com o medo de depois aparecer qualquer pacto, a eles estranho e desconhecido, de tal modo a invalidar o adquirido, e seriam obrigados a complicadas investigações para comprovar a sua inexistência: o fluxo das contratações resultaria talvez empobrecido, e de qualquer modo diminuído.

1.4. A operação económica e as «regras do jogo» contratuais: direito dos contratos e sistema de mercado

Se os efeitos do contrato representam a formalização e a sanção legal, o sinal do carácter juridicamente vinculante das transferências de riqueza que substanciam a operação económica perseguida pelos contraentes, poderemos dizer que *o contrato funciona* — isto é, realiza adequadamente tal ope-