P.ºR. P. 244/2008 SJC-CT cessão de crédito garantido por hipoteca – penhor sobre o mesmo crédito para garantia do pagamento do preço. Garantia e crédito garantido – sujeitos diversos.

PARECER

Relatório

1. Em 2008/08/25 foram requeridos os registos de transmissão de crédito garantido por hipoteca a favor de.., SA (ap.44), de transmissão do mesmo crédito a favor de…, Unipessoal Lda (ap.45) e de penhor do mesmo crédito a favor de.. Limited (ap.46), juntando-se para o efeito certidão parcial da escritura pública de cessão de crédito lavrada em 2008/02/29 no Cartório Notarial de …certidão parcial da escritura pública de cessão de créditos, penhor de créditos e penhor mercantil realizada no mesmo dia e no mesmo Cartório.

2. Os registos de transmissão de crédito (aps. 44 e 45) foram feitos nos termos requeridos, recusando-se, porém, o registo de penhor de crédito garantido por hipoteca (ap.46) com fundamento na violação dos princípios da tipicidade e da taxatividade dos direitos reais, que não consentem que o titular da garantia e o sujeito passivo da obrigação garantida sejam pessoas diversas.

3. Da decisão de recusa (notificada em 2008/09/11, conforme anotação efectuada na ficha de registo), foi interposto recurso hierárquico (ap. 23 de 2008/10/20) (ap.23), no qual se aduz, em síntese, que o titular da garantia é um *trustee* e como tal é também «o beneficiário do bem ou direito constituído pela …SA» e que a lei não impede que o penhor seja constituído a favor de terceiro, pois se é permitido que o «empenhado seja pessoa distinta do devedor, por analogia também deverá ser entendido que, e por acordo das partes, seja um terceiro o credor pignoratício»[1].

[1] Ao requerimento de recurso hierárquico juntaram-se cópias de registos que foram pedidos noutras conservatórias e que receberam qualificação favorável, procurando retirar-se deste facto um argumento de demérito da decisão recorrida.

Ora, como sabemos, o princípio da legalidade ínsito no artigo 68.º do Código do Registo Predial demanda que a apreciação da viabilidade do pedido de registo seja feita em face das disposições legais aplicáveis, dos documentos apresentados e dos registos anteriores e não à *imagem* da interpretação dos factos e do direito efectuada noutros serviços perante casos do mesmo tipo.

4. No despacho de sustentação, que aqui se dá por reproduzido, são desenvolvidos os fundamentos da recusa, situando-se a questão, primeiro, no âmbito do direito internacional privado e, depois, por aplicação do direito material português, no plano da caracterização do direito real em causa, da sua estrutura e do seu conteúdo, para concluir que, efectivamente, não é permitido alterar por contrato as características dos direitos reais tipificados pela lei nem criar, por contrato, outros tipos, não sendo, assim, legalmente admissível que o titular do penhor seja pessoa diversa do credor.

Questão prévia

1. Considerando a posição firmada por este Conselho Técnico no parecer emitido no processo RP 164/2008 SJC-CT, homologado por despacho do Presidente do IRN, I.P., de 2008/12/19, no sentido de que:

a) «…a notificação continua a presumir-se feita no terceiro dia posterior ao do registo, ou no primeiro dia útil seguinte a esse, quando o não seja, segundo a regra do n.º 3 do art. 254.º do CPC, porquanto a notificação da decisão registal se insere ainda no âmbito do processo de registo, e, neste processo, que é marcadamente distinto do processo de impugnação, não tem lugar a aplicação subsidiária do Código do Procedimento Administrativo»;

b) «…o prazo do recurso, em resultado da aplicação conjugada do n.º 2 do art. 168.º do CPA e do art. 141.º/1 do CRP é de trinta dias a contar da notificação»;

c) «…quer por aplicação directa do art. 144.º do CPC, quer por aplicação deste artigo por força da remissão do n.º 3 do art. 58.º do CPTA, o prazo para interpor recurso hierárquico está sujeito à regra da continuidade fixada no art. 144.º/1 do CPC, donde decorre que no seu cômputo se incluem os dias não úteis, não se suspendendo durante

---

Tal não significa que, no interesse dos cidadãos e das empresas, não se deva favorecer a uniformidade de decisões, mas, obviamente, este desiderato obtém-se, normalmente, a partir de orientações interpretativas ou de despachos superiores, destinados a serem aplicados a todos os casos de um mesmo tipo, e não através de um conjunto de decisões proferidas a propósito de concretos pedidos de registo que deva valer como uma espécie de «fonte de direito» ou de critério normativo de casos futuros, ou, sequer, como indício de acerto de qualificação, como que formado por «maioria».

as férias judiciais, e que o termo do prazo que caia em dia em que o serviço de registo esteja encerrado se transfere para o primeiro dia útil seguinte»[2].

2. Temos de concluir que **o presente recurso hierárquico é intempestivo**, posto ter sido interposto para além daquele prazo de 30 dias, devendo, por isso, ser rejeitado, nos termos do disposto no artigo 173.º, alínea d), do CPA, *ex vi* do artigo 147.º-B do CRP, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º116/2008, de 4 de Julho.

Apreciação da questão de fundo[3]

1. Compulsados os documentos apresentados, temos que, por escritura pública outorgada em cartório português:

a) …SA, sociedade constituída de harmonia com as leis do Luxemburgo, cede a…, UNIPESSOAL, LDA, com sede em Lisboa, o crédito hipotecário a que se refere a ap.14 de 2001/03/22 (inscrição de hipoteca voluntária), adquirido pela cedente, na mesma data, à sociedade N… SA;

b)…., UNIPESSOAL, LDA se assume devedora, perante a sociedade NEW JERSEY, SA, da quantia de quarenta e nove milhões novecentos e nove mil novecentos e trinta e dois euros, correspondente ao preço da cessão de créditos efectuada, e responsável pelo valor correspondente a juros, despesas e demais encargos previstos, tudo até ao limite de cinquenta e um milhões cento e nove mil novecentos e trinta e dois euros;

c) Para garantia do pagamento das referidas obrigações, …, LDA constitui a favor de …LIMITED, sociedade constituída ao abrigo das leis de Inglaterra e do País de Gales e que actua na qualidade de «*trustee,* em nome, representação e benefício de …SA e demais credores de …UNIPESSOAL,LDA », penhor sobre o crédito ora adquirido à sociedade …SA.

1.1. Do mesmo documento consta ainda a declaração de todos os outorgantes no sentido de que a cessão de créditos nele consignada tem em vista o cumprimento do contrato de

[2] A interpretação proposta no referido parecer acolhe o sentido e o alcance que, no domínio do registo comercial e perante disposições legais de conteúdo semelhante, se tinham já definido no Pº R CO 32/2006 DSJ-CT.

[3] Atenta a rejeição do recurso atrás proposta, a apreciação da questão de fundo não pretende ter quaisquer reflexos ao nível da qualificação do registo e apenas tem por finalidade fornecer uma perspectiva de resolução do caso concreto, para os efeitos tidos por convenientes.

cessão de créditos designado "…Credit Assignment Agreement", assim como a constituição de penhor de créditos e de penhor mercantil é realizada para cumprimento do contrato designado "…Security Agreement", ambos celebrados pelas entidades representadas, …UNIPESSOAL, LDA, …, SA e …LIMITED.

2. Atendendo aos elementos de estraneidade existentes, ligados aos sujeitos e ao conteúdo do contrato[4], a primeira questão que se nos coloca é de direito formal e reside em saber que normas ou conjunto de normas deverão ser chamadas para resolver cada uma das questões suscitadas pela situação jurídica em causa.

2.1. Quanto ao contrato de constituição do penhor, tendo em conta a existência de um acordo prévio entre as partes, que justamente se procurou cumprir através da realização da escritura pública em tabela, e abstraindo das questões relativas ao *trust* invocado, poder-se-ia aqui cogitar que, ao abrigo do disposto no artigo 3.º da Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais[5], tivesse sido escolhida pelas partes uma ordem jurídica estadual estrangeira para regular as relações obrigacionais[6].

---

4 Para além de figurarem como outorgantes pessoas colectivas com sede no estrangeiro, faz-se referência a acordos prévios designados em língua estrangeira, que as partes pretendem ver cumpridos com a realização da escritura pública, e invoca-se uma relação fiduciária entre a sociedade …LIMITED e a sociedade…, SA e demais credores da sociedade…, UNIPESSOAL, LDA, o que permite alvitrar a existência de relações obrigacionais em contacto com um sistema jurídico estrangeiro e uma forma de organização empresarial, assente na confiança (o *trust*), também *localizada ou sedeada* em país estrangeiro.

Perante estes elementos, não nos parece que a situação jurídica em causa possa ser classificada como situação puramente interna ou como situação absolutamente internacional, antes se coloca um problema de DIP, assente na natureza relativamente internacional da relação jurídica globalmente considerada, que demanda, pelo menos, a questão de saber se o sistema jurídico português deve ou não ver o seu âmbito de aplicação limitado no espaço.

5 Esta Convenção, a que Portugal e Espanha aderiram através da Convenção do Funchal, assinada em 1992, e que entrou em vigor no nosso país em 1/9/94, tem carácter universal, posto regular todas as situações independentemente de uma conexão com um Estado contratante, e comporta, no seu âmbito material, os contratos geradores de obrigações que tenham por objecto um direito real.

6 Como refere Lima Pinheiro, Direito Internacional Privado, volume II, págs. 189/194, normalmente a convenção sobre o Direito aplicável (*professio iuris*) constitui uma cláusula do negócio fundamental ou é inserida num negócio separado conjuntamente com uma convenção de arbitragem, todavia, não é de excluir que a designação da lei aplicável possa resultar de uma concorrência de declarações de vontade paralelas ou até mesmo de manifestação tácita do consentimento das partes, assim como se admite que seja feita por estipulação acessória anterior ou posterior ao contrato.

2.2. No entanto, à falta de invocação de outro normativo legal e tomando como pontos de vista juridicamente relevantes o lugar da celebração do negócio, a ligação efectiva à esfera económico-social interna, a intervenção notarial, os termos e o conteúdo do contrato, os efeitos pretendidos e a sede do devedor[7], admitimos que deva valer aqui o Direito interno, embora com referência material a figuras ou institutos jurídicos de um Direito estrangeiro no âmbito do exercício da liberdade contratual das partes (artigo 405.º do CC) [8].

2.3. Mas, porque, através do dito contrato, se pretendeu obter um efeito relevante para o registo predial, concretamente a constituição de um penhor sobre crédito garantido por hipoteca, importa sobretudo *localizar,* no sistema de normas de conflitos, a lei que deve reger os aspectos ou perfis relacionados com este direito[9], dado ser este o objecto da publicidade registral.

---

7 Em face do disposto no artigo 4.º da Convenção de Roma, na falta de designação pelas partes do Direito aplicável, o contrato rege-se pela lei do país que, em resultado da ponderação do conjunto das circunstâncias do caso, apresente uma conexão mais estreita com a situação jurídica.

Fora do âmbito material da Convenção, valem, em geral, as disposições legais contidas nos artigos 41.º e 42.º do CC, de que se destaca como elemento de conexão relevante, na falta de residência habitual ou sede comum dos contratantes e para os contratos onerosos, o lugar da celebração.

Faz-se notar que o caso concreto tem a particularidade de envolver a figura do *trust,* e, embora não se invoque ou clarifique na escritura pública a relação fiduciária em causa ou a relevância do contrato formalizado na consecução da mesma, importará ter presente que a aludida Convenção de Roma não é aplicável quando em causa estejam questões atinentes a *trusts*, nomeadamente as que se referem à sua constituição e às relações entre os constituintes, os *trustees* e os beneficiários (artigo 1.º, nº.2, g)).

8 Quando deva ser a lei portuguesa a regular as obrigações contratuais, não deixa de relevar o princípio da autonomia da vontade a que se refere o artigo 405.º do CC, que efectivamente permite uma conciliação de interesses participada por figuras jurídicas típicas de ordenamentos jurídicos estrangeiros.

Como adiante se verá, questão diversa é a de saber se essa autonomia da vontade pode *comprometer* a tipicidade dos direitos reais, ou pode, de algum modo, *romper* com a estrutura subjectiva ou objectiva do direito real tal como esta se acha consagrada na lei.

9 Perante um facto jurídico constitutivo de um direito real, pertencerá sempre ao conjunto de normas reguladoras dos direitos reais definir as condições de produção do efeito real e apurar da licitude dos elementos reais do negócio, nomeadamente, quando estejam em causa *a segurança do tráfico, a protecção de terceiros ou a prossecução de interesses públicos* (cfr. Lima Pinheiro, ob. cit., págs.265/269). Dito de outra forma, a lei escolhida ou determinada para regular o contrato não assume relevância quando estejam em causa os tipos de direitos reais, os limites da propriedade, o conteúdo dos direitos, os modos de aquisição dos mesmos e a sua oponibilidade em relação a terceiros, porquanto tais matérias preenchem o âmbito do estatuto real (cfr. Baptista Machado, Lições de Direito Internacional Privado, 3.ª edição, págs. 377/380).

2.3.1. Diz-nos o artigo 46.º, n.º1, do Código Civil que «O regime da posse, propriedade e demais direitos reais, é definido pela lei do Estado em cujo território as coisas se encontrem situadas», donde podemos intuir, a partir desta regra de conflitos, que a conexão decisiva em matéria de direitos reais é o lugar da situação da coisa por ser este um elemento cognoscível com facilidade e segurança por todos os interessados.

2.3.2. Na perspectiva de que a interpretação das normas de conflitos de fonte interna se há-de fazer no contexto do ordenamento a que pertencem, e, por isso, *ancorada* no Direito material interno, atentando-se no conteúdo atribuído por este Direito aos conceitos técnico-jurídicos utilizados na norma de conflitos, por exemplo, ao conceito de "direitos reais"[10], e partindo do entendimento de que:

- Ao lado interno dos direitos reais se liga um princípio da *coisificação*, no sentido de que «todo o direito real é um direito sobre coisas, que versa sobre coisas, e não sobre pessoas ou bens não coisificáveis»;

- Ao falar-se de *coisa* se fala, não só «de toda a coisa em sentido estrito, e, portanto, também das coisas incorpóreas, mas mesmo de coisa em sentido amplo e, portanto, dos próprios direitos (quando susceptíveis de coisificação, obviamente)»;

- No penhor de créditos, o bem em causa no direito sobreposto «não será propriamente o direito sotoposto» (o direito de crédito) ou o objecto do direito de crédito (a prestação), mas «a situação economicamente vantajosa» que se liga à titularidade do direito sotoposto e que engloba «as vantagens concretas que particularizam e valorizam o direito sotoposto em si mesmo», como seja a existência de garantias[11].

---

10 Não se ignora, contudo, a especialidade do Direito de Conflitos e os fins próprios do DIP, que demandam uma interpretação autónoma da norma de conflitos e, por vezes, determinam que àqueles conceitos se deva atribuir um sentido e alcance diferente do dos conceitos homólogos do Direito material interno. (Cfr. Baptista Machado, ob. cit., págs. 112/115, e Lima Pinheiro, Direito Internacional Privado, I, pág. 405).

Como refere Ferrer Correia, Lições de Direito Internacional Privado, I, Almedina, pág. 205, na norma de conflitos, o núcleo da previsão legal pode considerar-se constituído por aqueles preceitos e institutos civis que o conceito utilizado exprima no direito da *lex fori*, isto sem prejuízo de existir muitas vezes uma zona periférica formada por outros complexos normativos, a que do mesmo modo convirá o tipo de conexão preferido pela regra de conflitos considerada.

11 Orlando de Carvalho, Direito das Coisas, Coimbra, 1977, págs. 189 e seguintes.

2.3.3. Não custa admitir que o penhor de crédito hipotecário se traduz num direito real de garantia (direito sobreposto), que tem por objecto um direito que se *coisifica* [12] (direito de crédito) tendo em vista o aproveitamento da situação economicamente vantajosa ligada à sua titularidade, e que a garantia real (hipoteca) existente, que se inclui naquela situação economicamente vantajosa, não podendo ser objecto autónomo de outro direito real, dada a sua característica de acessoriedade, não deixa de o ser, indirectamente, quando o crédito a que respeita vem a ser objecto de outro direito, neste caso, de penhor[13].

3. E assim, porque, no caso dos autos, o penhor incide sobre direito (crédito *coisificado*) que se acha garantido por hipoteca sobre *coisa* (prédio) *situada* em Portugal, e porque a ordem jurídica interna permite reconhecer a figura do penhor de crédito a título de direito real[14], são precisamente as normas de Direito material português que, a nosso ver, deverão ser chamadas a resolver o problema da validade e do conteúdo daquele direito[15].

3.1. No nosso sistema jurídico, o penhor apresenta-se, pois, como uma garantia real completa, destinada a assegurar o cumprimento de uma obrigação (artigo 666.º, n.º1, do CC), presente, futura ou condicional (artigo 666.º, n.º3, do CC), que pode ser prestada pelo devedor ou por terceiro (artigo 667.º do CC) e que, tendo por objecto um

---

12 Como refere Orlando de Carvalho, ob. cit., pág. 214 (continuação da nota 5), a natureza obrigacional do direito-veículo não impede a natureza real do segundo direito, uma vez que o seu papel é apenas permitir a coisificação da situação de prevalência mediante a sua própria coisificação para aquele fim.

13 Orlando de Carvalho, ob. cit., pág. 215 (continuação da nota 5).

14 Cfr. Paulo Cunha, Da garantia nas obrigações" II, págs. 228 e seguintes.

Não faltam, no entanto, posições divergentes acerca da natureza do penhor de créditos, havendo autores que vêem neste penhor uma garantia especial sobre direitos, e não um direito real, posto negarem a doutrina dos direitos sobre direitos (ver, neste sentido, Menezes Leitão, Garantia das Obrigações, 2.ª edição, pág. 283), ou por entenderem que só na aparência se está perante um direito sobre direito, colocando-se então a tónica no objecto do penhor, que não seria o direito de crédito, mas antes o objecto deste direito, ou seja, a prestação, que não é uma coisa (Oliveira Ascensão, Reais, 5ª edição, págs.478/479).

15 Este é o resultado que julgamos poder retirar da qualificação em DIP, ou seja, da operação que consiste em averiguar se determinados preceitos materiais do ordenamento designado pela norma de conflitos se inserem ou não na categoria definida pelo conceito-quadro dessa norma; o resultado da subsunção de um *concretum* a um conceito ou a uma categoria abstracta da lei, consistindo esse *concretum* a subsumir ao conceito ou a uma categoria abstracta da lei (conceito-quadro) nos preceitos jurídico-materiais da lei designada pela norma de conflitos (Cfr. (Baptista Machado, ob. cit., pág.116, e Ferrer Correia, ob. cit. pág. 210).

crédito, deve observar ainda o preceituado nos artigos 679.º a 685.º do CC, nomeadamente em matéria de forma e de publicidade.

3.2. Enquanto garantia especial de uma obrigação, o penhor existe para assegurar a satisfação do crédito, e, como tal, só pode subsistir pelo tempo que subsistir a relação creditícia, extinguindo-se, inevitavelmente, pela extinção da obrigação a que serve de garantia, sem prejuízo de se poder extinguir, antes, por outra razão (artigo 677.º do CC).

3.3 É justamente desta característica de acessoriedade do penhor, da conexão funcional com o crédito garantido, e, portanto, da sua falta de autonomia em relação ao crédito, que retiramos, como consequência directa, que sem o crédito não pode nascer nenhum penhor, que as vicissitudes do crédito se reflectem sobre a garantia, e que este direito só pode pertencer ao titular do direito de crédito[16].

4. No caso em apreço, o penhor foi constituído a favor da sociedade …LIMITED, que, segundo se declara na escritura pública, mantém com a sociedade credora uma relação de *trust*, figura jurídica do direito anglo-americano, utilizada em vários domínios jurídicos[17], e que, no essencial, se define como uma relação fiduciária através da qual os bens[18] são transmitidos a uma pessoa (*trustee*) para que esta os administre em benefício de um terceiro (beneficiário ou *cestui que trust*) e em conformidade com o objectivo estabelecido no acto constitutivo.

4.1. Acontece que o *trust* não se encontra incorporado no nosso ordenamento jurídico positivo como figura geral, pelo que, não sendo, neste, admitido fora dos domínios

---

16 Neste sentido, Vaz Serra, Boletim do Ministério da Justiça, Julho de 1956, n.º 58, págs. 83/85, e, com referência à hipoteca mas a propósito da mesma característica de acessoriedade, Maria Isabel Meneres Campos, Da Hipoteca, pág. 89.

17 Como referem M. João Vaz Tomé e Diogo Leite de Campos, A Propriedade Fiduciária (T*rust*), Estudo para a sua Consagração no Direito Português, págs. 31/34, o *trust* moderno desempenha uma multiplicidade de funções e as suas potencialidades permitem a descoberta constante de novas utilizações. Sendo, ao fim e ao cabo, um conceito amplo e flexível, o *trust* pode ser constituído para a satisfação dos mais diversos propósitos, residindo o objectivo central da sua criação na separação dos benefícios (aspectos positivos atribuídos ao *beneficiary*) e dos ónus da titularidade (assumidos pelo *trustee*).

18 Desde que tenha existência autónoma relativamente ao seu titular e seja alienável, a *res* do *trust* pode ser qualquer bem ou direito, real ou obrigacional, tangível ou intangível, *legal* ou *equitable*, ponto é que revista sempre natureza patrimonial (M. João Vaz Tomé e Diogo Leite de Campos, ob. cit., págs. 39/40).

expressamente previstos[19], as relações entre o *trustee* e o beneficiário não podem estender-se à estrutura e ao conteúdo do direito real, desde logo por encontrarem oposição no princípio da tipicidade dos direitos reais[20].

4.2. Com efeito, «o traço distintivo do *trust* consiste em tanto o *trustee* como o beneficiário serem titulares de direitos reais sobre os bens constituídos em *trust*», afirmando-se que o *trust* cria uma nova estrutura no direito de propriedade ou na titularidade dos direitos[21], pois, de um lado, «o *trustee*, enquanto titular dos bens ou direitos, tem o poder de celebrar negócios jurídicos, em seu nome, respeitantes aos bens ou direitos em *trust*, mesmo que em infracção ao acto constitutivo do *trust*», e, do outro lado, «em virtude de os seus direitos não revestirem natureza meramente obrigacional, o beneficiário tem o poder de sequela sobre os bens em *trust* e não é afectado pela insolvência ou falência do *trustee*»[22].

4.3. Ora, no nosso sistema jurídico, vigora em matéria de Direitos Reais um princípio de tipicidade ou de *numerus clausus,* que, por um lado, demanda que a regulamentação das situações jurídicas reais se sirva de *categorias* ou *tipos exclusivos* e, por outro lado,

---

19 Encontramos a figura do *trust* destinado a actividades off-shore na zona franca da Madeira (Decreto-Lei n.º 352-A/88, de 3 de Outubro), e a fidúcia, como garantia, no Decreto-Lei n.º 105/2004, de 8 de Maio.

Das figuras afins do *trust* nos sistemas jurídicos da *civil law* destacam-se a substituição fideicomissária, o contrato a favor de terceiro e os fundos comuns de investimento, todos mecanismos que permitem, de algum modo, atingir resultados semelhantes aos dos *trusts* mas que, ainda assim, apresentam diferenças de regime que continuam a justificar a sua distinção dogmática.

20 Para além do princípio da tipicidade dos direitos reais, têm servido de argumentos contrários à aceitação «ilimitada» do *trust* e da alienação fiduciária em garantia no nosso ordenamento jurídico o princípio da unidade patrimonial (como refere Melhim Namem Chalhub, Negócio Fiduciário, 4ª edição, pág. 24, *o trust implica a segregação de um património, e a consequente criação de um património de afectação, que não se confunde com o património do instituidor (settlor), permanecendo incomunicável no património do trustee*) e a proibição do pacto comissório (cfr. Isabel Andrade de Matos, O Pacto Comissório, Contributo Para O Estudo Do Âmbito Da Sua Proibição, Almedina, págs. 190 e seguintes).

21 Na constituição do *trust* não basta a declaração ou manifestação de vontade do *settlor* ou *trustor* (fundador do trust), é também indispensável a transferência dos bens ou direitos para o *trustee*, posto que o funcionamento do *trust* implica a pertinência dos bens ou direitos à esfera jurídica deste, investindo-se o *trustee* no *legal title* e recebendo o beneficiário (que pode ser o *settlor* ou um terceiro) o *beneficial title* sobre os mesmos bens ou direitos (cfr. M. João Vaz Tomé/Leite Campos, ob. cit., págs. 37/40).

22 Cfr. M. João Vaz Tomé/Leite Campos, ob. cit., pág. 32.

significa que só as realidades económico-sociais que se enquadrem nos tipos legalmente fixados possam receber a qualificação de direito real[23].

4.4. Sucede, por isso, que, por falta de enquadramento nos tipos de direitos reais legalmente definidos, não pode valer como situação real qualquer acordo ou relação que se traduza na divisão da titularidade - *de um lado, a titularidade em forma, ou titularidade jurídica e, de outro lado, a titularidade em substância*[24] -, ainda que contratualmente estabelecida sob a égide do princípio da autonomia da vontade (cfr. o artigo 1306.º do CC).

4.5. Mesmo colocando em relevo o princípio da liberdade contratual e equacionando o *trustee* como verdadeiro e único titular do direito, mas com a obrigação de conferir ao beneficiário todas as suas utilidades[25], sempre se esbarraria com o facto, incontornável, de se pretender aqui uma garantia, que, já se disse, não existe autonomamente, posto constituir sempre acessório de um crédito[26].

4.6. Trata-se, na verdade, da prestação de uma garantia a favor de uma pessoa que se liga à pessoa do credor através de um vínculo especial, mas, que, a nosso ver, não se confunde com esta, para efeitos de se poder reconhecer no direito constituído e no

---

23 Como salienta Carvalho Fernandes, Lições de Direitos Reais, págs. 76/81, o princípio do *numerus clausus* impede os particulares de criarem, com eficácia real, situações jurídicas que não estejam como tal previstas na lei, sem que tal signifique ser contrária àquele princípio a admissão de *tipos abertos*, em que a tipificação se projecta, essencialmente, na configuração do direito, deixando *na disponibilidade dos particulares interessados alguma liberdade na fixação do conteúdo do tipo, diversificando, alargando ou restringindo as faculdades reconhecidas ao titular do correspondente direito*, sempre com o *limite natural* de *não poder ir ao ponto de romper os traços essenciais, específicos, do tipo, sob pena de o subverter*.

24 M. João Vaz Tomé/Leite Campos, ob. cit., pág. 278.

25 Segundo Pedro Pais de Vasconcelos, Contratos Atípicos, Almedina, págs. 273 e seguintes, o princípio da tipicidade dos direitos reais não impede nem dificulta a "admissibilidade"dos contratos fiduciários, porquanto estes são admissíveis no direito português no âmbito da autonomia privada. Quando investido numa situação jurídica real, o fiduciário será o verdadeiro titular pleno, vinculado apenas obrigacionalmente pelo "pactum fiduciae", e especialmente obrigado, em boa fé, a exercer o seu direito real de acordo com a finalidade da fidúcia.

26 Ainda que se retirasse ao penhor de créditos a *qualidade* de direito real, afastando, por esta via, o confronto da situação fiduciária com o princípio da tipicidade dos direitos reais, restaria sempre como dado incontornável do problema a característica da acessoriedade, que, neste caso, não permitiria reconhecer no direito de crédito garantido e na garantia especial uma *unicidade* de sujeitos activos.

crédito garantido uma titularidade *única*, ainda que o benefício da garantia prestada a favor do *trustee* se venha a repercutir na esfera patrimonial do credor[27].

5. E assim, porque o objecto imediato do pedido de registo é o penhor de créditos a favor da sociedade …LIMITED e porque os documentos apresentados não comprovam a constituição de um direito de garantia subsumível ao tipo legal do penhor, não podemos deixar de sufragar a qualificação efectuada e de considerar pertinente a sua fundamentação.

Em consonância, formulamos a seguinte

CONCLUSÃO

A garantia constituída sem observância da estrutura subjectiva demandada pelo tipo legal do penhor (que não consente a polaridade: titularidade em forma e titularidade em substância) e pelo carácter acessório deste direito (que implica que o titular da garantia seja o sujeito passivo da obrigação respectiva) não pode assumir a feição do penhor, previsto e regulado nos artigos 666.º e seguintes do Código Civil, e, por conseguinte, não pode constituir também objecto de publicidade registral (artigo 2.º, n.º1, alínea o), do Código do Registo Predial).

Parecer aprovado em sessão do Conselho Técnico de 26 de Fevereiro de 2009.

Maria Madalena Rodrigues Teixeira, relatora, Maria Eugénia Cruz Pires dos Reis Moreira, Luís Manuel Nunes Martins, Isabel Ferreira Quelhas Geraldes, António Manuel Fernandes Lopes, João Guimarães Gomes Bastos, José Ascenso Nunes da Maia.

Este parecer foi homologado pelo Exmo. Senhor Presidente em 16.03.2008.

---

[27] Considerando o conceito e a estrutura do *trust,* quando, na escritura pública, se diz que a sociedade …LIMITED actua na qualidade de «*trustee* em nome, representação e benefício» da…, SA e demais credores da sociedade …UNIPESSOAL, LDA, sugere-se, a nosso ver, a existência de um *private trust*, em que o *trustee* não actua como procurador do *beneficiary*, antes recebe o direito no interesse económico de outrem (cfr, contudo, as diferenças entre o *trust* e o mandato sem representação, assinaladas por M. João Vaz Tomé, Sobre o Contrato de Mandato sem Representação e o Trust, Revista da OA, ano 67, Dezembro de 2007, págs. 1147/1161), assim como se sugere a possibilidade da constituição do direito – penhor de crédito - a favor do *trustee* participar da estrutura objectiva de constituição do *trust* invocado no título, isto é, de se pretender, que este direito constitua também o *corpus* ou o *subject matter* de um *trust*, no qual figura como *trustee* a sociedade …LIMITED e como beneficiários a sociedade…, SA e demais credores da sociedade …UNIPESSOAL, LDA.