

ADMISSIBILIDADE E GRADUAÇÃO DE GARANTIAS REAIS NO ÂMBITO DE UMA FALÊNCIA INTERNACIONAL

Um Problema de Direito Internacional Privado Português

Pelo Dr. Rui Lopes dos Santos

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO; RAZÃO DE ORDEM; PLANO DE TRABALHO — I — O ARTIGO 46.º DO CÓDIGO CIVIL COMO NORMA DE CONFLITOS APLICÁVEL AOS DIREITOS REAIS DE GARANTIA — A — ÂMBITO DO ARTIGO 46.º DO CÓDIGO CIVIL; 1. Em geral; 2. Direitos reais de garantia em especial; 3. Regimes especiais — B — FUNDAMENTO DA ESCOLHA DO ELEMENTO DE CONEXÃO; 1. *Lex rei sitae*; 2. Elementos de conexo especiais — C — PROBLEMAS DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 46.º; 1. Interferência do estatuto real com outros estatutos (sucessório e familiar); 2. Conflito móvel — D — CONCLUSÃO — II — A LEI APLICÁVEL AOS DIREITOS REAIS DE GARANTIA NO ÂMBITO DE UMA FALÊNCIA INTERNACIONAL — A — A FALÊNCIA INTERNACIONAL — ALGUMAS NOÇÕES; 1. Nota de falência internacional; 2. Evolução - individual/colectivo; local Internacional; 3. Interesses e objectivos do processo falimentar em Portugal; 4. Os problemas específicos da falência internacional — B — COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS PORTUGUESES; 1. Competência internacional; 2. Âmbito da competência — Universalidade ou territorialidade da falência? — C — LEI APLICÁVEL À FALÊNCIA; 1. Natureza da lei falimentar; 2. Normas sobre admissibilidade e graduação de créditos; a) Normas do Código do Processo Especial de Recuperação de Empresas e Falência; b) Normas do Código Civil — o artigo 604.º; 3. Unidade ou pluralidade de leis aplicáveis? A lei aplicável aos direitos reais de garantia no âmbito da falência — D — RESOLUÇÃO DOS CASOS TIPO; Caso A, Caso B — III. — CONCLUSÕES FINAIS — SÍNTESE — BIBLIOGRAFIA.

APÓS A CONCLUSÃO DESTE TRABALHO, FOI PUBLICADA NO JOCE L160, DE 30 DE JUNHO DE 2000, O REGULAMENTO (CE) N.º 1346/2000 DO CONSELHO, DE 29 DE MAIO DE 2000, RELATIVO AOS PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA.

DADO O SEU OBJECTO E ÂMBITO DE APLICAÇÃO DEVE SER O REGULAMENTO COTEJADO COM O PRESENTE TRABALHO, DE MODO A DETERMINAR A ACTUALIDADE DAS CONCLUSÕES DESTE.

INTRODUÇÃO

Delimitação do objecto — casos práticos — objectivos

Como sugere o título, o presente trabalho versa um problema de Direito Internacional Privado (DIP) — um verdadeiro problema de escolha de lei. Temos como desiderato apurar a lei — substantiva — aplicável aos direitos reais de garantia sobre coisas corpóreas no âmbito de um processo falimentar que decorra nos tribunais portugueses. Em concreto, pretendemos responder a duas questões fundamentais nesta sede:

São admissíveis direitos reais de garantia sobre coisas corpóreas constituídos à luz de lei estrangeira (?) e, caso esta primeira pergunta seja positiva,

Qual o seu regime no âmbito do processo falimentar (?)

Tratando-se de um problema de DIP, está presente a premissa básica — a existência de uma situação jurídica internacional. Aqui o elemento “internacional”, aquele que, pensamos, confere interesse científico e prático ao presente estudo, é a dos direitos reais de garantia em presença. De todos os elementos de conexão possíveis ⁽¹⁾ (a nacionalidade de credores ou devedores, a localização do bem, a lei aplicável ao negócio jurídico que deu origem ao crédito, etc.) isolamos um apenas: a localização do bem corpóreo em país estrangeiro aquando da constituição do direito real de garantia.

Para ilustrarmos a nossa exposição, recorreremos a dois casos base, que nos acompanharão até à conclusão:

- a) Decorre processo falimentar em Portugal estando um dos bens corpóreos pertencentes ao património do falido localizado fora do território português e sujeito a direito real de garantia constituído à luz da lei correspondente à jurisdição onde está situado (adiante designado **Caso A**);

⁽¹⁾ Vide relação exaustiva dos elementos de conexão em Marques dos Santos, *Direito Internacional Privado — Sumários* —, AAFDL, Lisboa, 1987, p. 89 e ss.

- b) Decorre processo falimentar em Portugal, estando um dos bens corpóreos pertencentes ao património do falido localizado em Portugal e sujeito a direito real de garantia constituído à luz de lei estrangeira aquando da sua “estada” em jurisdição estrangeira (adiante designado **Caso B**).

O que distingue os dois exemplos é a localização do bem aquando do surgimento do processo judicial em Portugal (e a consequente existência ou inexistência do chamado “conflito móvel”). Também se poderá assinalar que o primeiro exemplo pode incluir bens móveis e imóveis enquanto o segundo exige, logicamente, que se trate de bem móvel.

Cabe salientar que os direitos reais de garantia em causa poderão ser de diferente natureza. Poder-se-á trabalhar sobre direitos reais de garantia desconhecidos do direito português — como o *trust* anglo-americano (que pode ser utilizado funcionalmente para a criação de um direito real de garantia) ou o penhor sem posse — ou então sobre direitos reais de garantia conhecidos do direito português mas constituídos à luz de direito estrangeiro.

No presente trabalho, o objecto dos direitos reais de garantia restringe-se aos bens corpóreos pelas razões que abaixo exporei.

Serão estes, pois, os problemas que abordarei neste estudo e os objectivos que me proponho prosseguir.

RAZÃO DE ORDEM

O tema deste estudo surge-nos no espírito não por esforço de imaginação jurídica mas porque se coloca com cada vez mais insistência na vida prática dos advogados e das demais profissões jurídicas.

Num crescendo desde a entrada de Portugal na CEE e da subsequente liberalização económica, o tráfico jurídico em Portugal têm-se internacionalizado, estabelecendo ligações cada vez mais duradouras ao espaço europeu e extra-europeu.

Actualmente, os contratos e outros negócios jurídicos estão em contacto com várias ordens jurídicas, seja pela nacionalidade dos intervenientes, seja pela origem e circulação dos bens jurídicos

em presença, seja pela escolha de diferentes leis no âmbito da autonomia das partes.

Os direitos reais de garantia acompanham necessariamente esta internacionalização do tráfico jurídico. Tornam-se cada vez mais complexos, de modo a articular diferentes interesses (desde a poupança fiscal à rapidez de liquidação) e, decorrente da procura pelos agentes económicos das leis favoráveis aos seus objectivos, submetem-se a um número cada vez maior de ordens jurídicas.

Tendo trabalhado na área do direito comercial e financeiro com clientes estrangeiros apercebi-me das dificuldades que surgem quando questionado sobre a eficácia de diferentes garantias reais constituídas ao abrigo de direito estrangeiro no caso de o devedor ser sujeito a processo judicial falimentar em Portugal. A admissibilidade e graduação de garantias reais sobre os bens do falido é sem dúvida um momento crucial no âmbito de processo falimentar e é para esse momento que se dirige a atenção do credor tanto no momento da celebração de negócios jurídicos e da constituição das garantias como aquando da pendência do processo.

Haverá concerteza outras normas relevantes no processo falimentar cuja aplicação numa situação internacional pode surgir equívoca, até porque se situam a meio caminho entre o estatuto processual e o estatuto substantivo. Contudo, na prática, a questão do tratamento dos direitos reais de garantia surge com mais frequência e acuidade.

Ressalta a inexistência de uma regra de conflitos ou norma de outra natureza (pelo menos expressa) que defina a lei substantiva aplicável no âmbito do processo falimentar internacional ⁽²⁾, especialmente quanto aos direitos reais de garantia, que têm nessa sede uma relevância essencial.

Essa inexistência é notada já que no âmbito desses processos o Estado do foro (entenda-se a República Portuguesa) tem interesses relevantes, como é demonstrado pelo facto de estar fixada uma competência exclusiva dos Tribunais Portugueses para a condução do processo falimentar ⁽³⁾.

⁽²⁾ Noção que concretizaremos adiante.

⁽³⁾ Artigo 65.º-A alínea b) do Código de Processo Civil.

O artigo 46.º do Código Civil, que pareceria resolver todos os problemas de escolha de lei relativa a direitos reais, surge (veremos se o é) insuficiente já que tem uma perspectiva atomística das coisas, o que não é compatível com a perspectiva universal do património do falido imposta pelo processo falimentar. (4)

A dimensão internacional que se previu para a competência dos tribunais portugueses no âmbito dos processos em apreço esbarra, pois, com a inexistência de normas substantivas que prosigam, agora quanto aos critérios de decisão da causa, essa perspectiva internacional.

Acresce que o Código do Processo Especial de Recuperação de Empresas e Falência apenas regula parcialmente sobre os direitos reais de garantias, remetendo para o Código Civil a questão dos direitos reais admissíveis e da sua graduação.

No Código Civil, o artigo 604.º surge incontornável na análise do problema em apreço. De facto, este artigo contém a pedra de toque de todo o regime português das garantias reais, cobrindo-o com o signo da tipicidade.

Como interpretar e aplicar o artigo 604.º e as suas decorrências processuais no caso de os bens pertencentes à massa falida estarem sujeitos a garantias não previstas neste artigo? Qual então o seu alcance e âmbito de actuação? Qual, em resumo, a sua integração numa situação internacional?

O artigo 46.º e o artigo 604.º do Código Civil e as regras do Código do Processo especial de Recuperação de Empresas e Falência juntamente com as normas de recepção do Código de Processo Civil) são, pois, normas que causam, em face de uma situação internacional, perplexidade ao intérprete e aplicador da lei e cuja articulação é necessária. Serão estas normas que marcarão a direcção e ritmo do presente estudo.

Poderá dizer-se que a este trabalho faltará alcance prático tendo em conta que as garantias constituídas actualmente, sobretudo no comércio internacional, têm como objecto não coisas cor-

(4) Vide, a este propósito, Luís de Lima Pinheiro, *A venda com reserva de propriedade em Direito Internacional Privado*, McGraw-Hill, Lisboa, 1991, p. 167 e ss. e *Direito Internacional Privado, Parte Especial (Direito de Conflitos)*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 250 e ss.

póreas ⁽⁵⁾ mas bens jurídicos de elevada mobilidade e liquidez como obrigações, acções, participações em fundos ou outros, designados por valores mobiliários.

Terão, sem dúvida, razão. Contudo, a teoria dos direitos de garantia sobre os valores mobiliários construiu-se sobre a dos direitos reais de garantia sobre coisas. Parece-me que também aqui cabe começar pelos bens corpóreos e aí assentar conclusões ou pistas de resolução. Só depois estaremos seguros para nos debruçarmos sobre os mesmos problemas no âmbito dos valores mobiliários ou outros bens jurídicos.

Por outro lado, a própria lei aplicável aos valores mobiliários levanta questões que, só por si, merecem estudo autónomo.

PLANO DE TRABALHO

Como plano de trabalho, depois de algumas hesitações, decidimos partir do geral para o especial.

As hesitações surgem do facto de na pré-compreensão de que partimos se confrontarem nesta sede dois conjuntos de normas distintos na sua técnica e natureza: um lado a *regula decidendi* do artigo 46.º que, até pela sua epígrafe, sugere uma aplicação alargada a todas as questões de escolha de lei que envolvam direitos reais. Por outro, as *regula agendi* retiradas do Código Civil e do Código do Processo Especial de Recuperação de Empresas e Falência que, aplicando-se, em primeira linha, a situações não internacionais, revestem uma natureza e força prescritivas que indiciam um âmbito de aplicação que extravasa essas situações.

Começando pela norma conflitual arriscamo-nos a destruir em momento posterior conclusões aí obtidas pelo facto de existirem normas que se aplicam independentemente do sistema conflitual.

⁽⁵⁾ “São corpóreas as coisas que, tendo existência física, são perceptíveis pelos sentidos. Pelo contrário, as coisas incorpóreas são aquelas cuja existência é desencadeada pelo espírito humano, ganhando, depois, relevância social” Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, Lex, p. 191.

Começando por estas últimas, podemos escamotear todo o regime conflitual.

Entre o artigo 46.º e as normas materiais do Código Civil e do Código do Processo Especial de Recuperação de Empresas e Falência haveria que estabelecer uma prioridade, lógica ou cronológica.

Decidimos iniciar a abordagem do tema pelo artigo 46.º porque este tem um âmbito de aplicação, mesmo que restrito aos direitos reais de garantia, que vai para além do processo falimentar e nos permite construir um regime geral dos direitos reais de garantia.

Assim sendo, num **primeiro capítulo** procuramos expor o regime do artigo 46.º na perspectiva dos direitos reais de garantia. Nesta sede os direitos reais de garantia surgem isolados dos problemas específicos do processo falimentar.

Dedicamos especial atenção às situações de interferência do estatuto real com outros estatutos e ainda ao conflito móvel já que, pensamos, fornecem pistas para a resolução dos casos que no início desta introdução conformámos.

No **segundo capítulo**, debruçamo-nos sobre o regime português da falência num âmbito internacional. Começaremos por explicar, sucintamente, as normas de competência internacional, procurando assinalar os interesses que nessa sede imperam.

Segue-se a exposição do regime adjectivo e substantivo, limitado porém ao problema dos direitos reais e sua graduação, com dois objectivos. Em primeiro lugar, traçar uma fronteira entre normas substantivas e adjectivas tendo em conta que estes dois estatutos têm regimes diferentes no âmbito do DIP. Em segundo lugar, verificar qual o âmbito de aplicação das regras substantivas relevantes nessa sede.

Por fim, confrontamos as conclusões do capítulo anterior e propomo-nos encontrar um regime para os direitos reais de garantia constituídos à luz de lei estrangeira no âmbito de uma falência a decorrer em Portugal.

No **último capítulo** terminaremos com uma síntese conclusiva.

I. O ARTIGO 46.º DO CÓDIGO CIVIL COMO NORMA DE CONFLITOS APLICÁVEL AOS DIREITOS REAIS DE GARANTIA

A — ÂMBITO DO ARTIGO 46.º CÓDIGO CIVIL

1. Em geral

Como avançámos na introdução, e começando pelo direito conflitual, a primeira operação mental a efectuar na descoberta do regime jurídico aplicável aos direitos reais de garantia no âmbito de uma situação internacional é a descoberta da norma de conflitos que incida sobre essa “*área ou sector de regulamentação jurídica*” e que a adjudique a determinada lei. ⁽⁶⁾

Essa delimitação da “*área ou núcleo de questões de direito*” ⁽⁷⁾ é levada a cabo pelo conceito-quadro que constitui a previsão da norma de conflitos. Tal conceito-quadro enuncia questões jurídicas, através de termos técnico-jurídicos, cuja resposta cabe à lei que corresponda ao elemento de conexão definido na norma de conflitos. ⁽⁸⁾

A procura da norma de conflitos nunca é feita interpretando sucessivamente todas as normas de conflitos existentes no Código Civil. Surge sempre uma norma, muitas vezes mais que uma, que é, até pela sugestão da epígrafe, indiciariamente vocacionada para a resolução do conflito de leis.

Sem dúvida que, no âmbito do direito real de garantia, tal norma consta do artigo 46.º do Código Civil. Diz o preceito:

Artigo 46.º (Direitos reais)

1. *O regime da posse, propriedade e demais direitos reais é definido pela lei do Estado em cujo território as coisas se encontrem situadas.*

⁽⁶⁾ Ferrer Correia, *Conflitos de leis em matéria de direitos reais*, in *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, p. 368.

⁽⁷⁾ Idem.

⁽⁸⁾ Vide quanto ao conceito-quadro: Magalhães Collaço, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Livraria Petrony, Lisboa, 1964, p. 141 e ss, Baptista Machado, *Lições de Direito Intenacional Privado*, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 1995, p. 93 e ss, Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado*, Universidade de Coimbra, 1973, p. 150 e ss.

2. *Em tudo quanto respeita à constituição ou transferência de direitos reais sobre coisas em trânsito, são estas havidas como situadas no país do destino.*
3. *A constituição e transferência de direitos sobre os meios de transportes submetidos a um regime de matrícula são reguladas pela lei do país onde a matrícula tiver sido efectuada*

Devemos começar por afirmar que, de todo o modo, não basta o exercício mental preliminar acima indicado. Cabe interpretar devidamente a previsão da norma de modo a estabelecer precisamente qual o conjunto de questões jurídicas para as quais a norma pretende determinar a lei aplicável.

Essa interpretação tem de ser levada a cabo, de acordo com a melhor doutrina⁽⁹⁾, segundo uma perspectiva *lex formalis fori*. Dever-se-à apurar qual a questão jurídica formulada pela norma de conflitos e não afirmar que o respectivo âmbito da previsão se cinge aos conceitos homólogos da lei material do foro.

Se a qualificação (a operação de subsunção de uma determinada situação à norma de conflitos) incide sobre normas jurídicas, sobre um *quid* concreto traduzido em normas potencialmente aplicáveis, há que integrá-las no conceito-quadro sempre que a sua função sócio-jurídica corresponda ao universo de regulamentação visado pela norma de conflitos.

Em conclusão, a interpretação do conceito-quadro não se pode limitar às realidades conhecidas da lei do foro mas também não pode acompanhar indiscriminadamente as qualificações ou conceitos dados pelas diversas leis em conflitos. Cabe sempre ao DIP do foro, à sua *lex formalis*, dar as directivas de subsunção aos conceitos-quadros das normas das leis em conflito⁽¹⁰⁾.

Esse controle faz-se pela correcta interpretação do conceito-quadro mas também num diálogo constante entre este e a estatuição da norma de conflitos. De facto, é devido ao recorte particular

⁽⁹⁾ Magalhães Collaço, *Da Qualificação...*, ob. cit., p. 210, Baptista Machado, *Lições...*, p. 115 e ss., Ferrer Correia, *Lições...*, p. 265 e ss. e *Direito Internacional Privado — Alguns problemas*, Universidade de Coimbra, 1996, p. 152 e ss.

⁽¹⁰⁾ Assim Luís de Lima Pinheiro, *A venda...*, ob. cit., p. 158.

de certa questão jurídica (indicada pela previsão) que se escolhe um determinado elemento de conexão, atentos determinados interesses⁽¹¹⁾. Assim, cabe sempre perguntar se a estatuição ainda fará sentido em face da nossa qualificação de determinadas normas. O conceito quadro deve ser interpretado segundo as suas consequências, confrontadas com os interesses que visa prosseguir.

Em sede de direitos reais, e em face do direito português, tal método de interpretação torna-se imperativo porquanto o nosso sistema jurídico impõe uma tipicidade aos direitos reais⁽¹²⁾. Caso prevalecesse uma interpretação *lex materialis fori* existiriam situações jurídicas internacionais que, reclamando uma regulamentação igual (no que concerne ao direito conflitual) à dos direitos reais, seriam sujeitas a uma estatuição inadequada ou, pior, ficariam no vácuo do DIP, por falta de previsão a que pudessem subsumir-se.

Como diz Ferrer Correia, “*tendo em conta o fundamento da competência da lex rei sitae impõe-se-nos o reconhecimento de todas e quaisquer figuras de direito real admitidas por essa lei.*”⁽¹³⁾.

Diz a previsão do artigo 46.º:

Artigo 46.º (Direitos reais)

- 1. O regime da posse, propriedade e demais direitos reais é definido (...).*
- 2. Em tudo quanto respeita à constituição ou transferência de direitos reais sobre coisas em trânsito (...).*
- 3. A constituição e transferência de direitos sobre os meios de transportes submetidos a um regime de matrícula (...).*

O conceito-chave é de facto o de *direitos reais*. Como adiantámos, não podemos reconduzir tal conceito aos exemplos típicos do nosso direito material⁽¹⁴⁾. Também não podemos sem mais

⁽¹¹⁾ Sobre os interesses em DIP vide Ferrer Correia, *Direito Internacional Privado — Alguns problemas*, ob. cit., p. 109 e ss.

⁽¹²⁾ Vide Oliveira Ascensão, *Direito Civil — Reais*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 153 e Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, Reprint 1979, Lex, Lisboa, 1993, p. 329.

⁽¹³⁾ Ferrer Correia, *Conflito...*, ob. cit., p. 372.

⁽¹⁴⁾ Consignação de rendimentos, penhor, hipoteca, privilégio e direito de retenção, para além dos previstos em legislação dispersa.

aplicar o conceito doutrinal ou jurisprudencial utilizado em Portugal (15).

No DIP jogam-se outros interesses e os seus conceitos têm uma função definida: o dirimir de conflitos de leis. Assim sendo, a procura da concretização desses conceitos, sem embargo do recurso ao lastro doutrinal da lei material, deverá ser levada a cabo no interior do DIP. Adiante descreveremos, sucintamente, os interesses ou fundamentos que levam à escolha da *lex rei sitae*.

Ferrer Correia (16) refere-se, na descrição do conceito «direitos reais», “às figuras jurídicas aos institutos que nesses sistemas — pela função social que aí desempenham e características que revestem — pertençam à categoria, divisão ou instituição dos direitos sobre as coisas”. Adianta ainda que a *lex rei sitae* compete para além da determinação dos tipos de direitos reais admissíveis regular o conteúdo destes direitos, as condições da sua existência e o seu exercício”. Acrescenta que também estão incluídos os modos de constituição dos direitos, apesar de, no caso da constituição derivar de contrato, partilhar com o estatuto obrigacional a regulamentação da situação internacional.

Baptista Machado (17) diz que se rege pela *lex situs* a “constituição, a transferência e a extinção da posse, da propriedade e dos demais direitos reais. Por ele se determinam, desde logo, a classificação das coisas, na medida em que esta classificação interessa ao regime de direito material das mesmas, os tipos de direitos reais admissíveis, as coisas susceptíveis de apropriação, os limites da propriedade, etc.”. Acrescenta o conteúdo dos direitos reais e as limitações, encargos ou ónus impostos ao titular e ainda a respectiva constituição.

Magalhães Collaço (18) inclui no âmbito da lei reguladora dos direitos reais a classificação das coisas, a definição dos direitos

(15) Por todos, Oliveira Ascensão, *Direito...*, ob. cit. p. 597 e ss. e Menezes Cordeiro, *Direitos Reais*, ob. cit., p. 188 e ss.

(16) *Conflitos...*, ob. cit., p. 369 e ss.

(17) Baptista Machado, *Lições...*, ob. cit., p. 378 e 379.

(18) Isabel de Magalhães Collaço, *Direito Internacional Privado, Lições 1958-1959*, Edições da AAFDL, Lisboa, 195, p. 263 a 267.

como o seu conteúdo e organização.

Estes autores não avançam uma concretização de direito real.

Luís de Lima Pinheiro ⁽¹⁹⁾ afirma que “*a expressão ‘regime dos direitos reais tem uma vocação abrangente para compreender tudo o que respeita à constituição, modificação, transmissão e extinção de direitos reais, incluindo a tipologia dos direitos reais, o conteúdo dos direitos reais e a organização da publicidade, designadamente o registo. E compreende os direitos reais de gozo, de garantia e de aquisição’*”

Incidindo a sua análise no conceito “*direitos reais*” ⁽²⁰⁾ Lima Pinheiro assinala a importância da afectação de uma coisa corpórea e o facto do direito real ser uma situação jurídica independente de um relacionamento intersubjectivo, inerente à coisa corpórea. Recorrendo a Oliveira Ascensão, este Autor define o direito real como uma situação que existe independentemente de relacionamento intersubjectivo, funcionalmente dirigida à afectação de uma coisa à realização dos fins de uma pessoa — desfrute, garantia ou aquisição. Aplica depois estas ideias ao conceito-quadro do artigo 46.º.

Seguindo o caminho traçado por Luís de Lima Pinheiro recorramos à noção de direito real dado pela doutrina portuguesa ⁽²¹⁾.

Oliveira Ascensão estabelece que “*o direito real serve a função substancial da atribuição das coisas às pessoas, permitindo-lhes beneficiar da utilidade daquelas*” ⁽²²⁾. Numa primeira abordagem, o Autor define os direitos reais como “*direitos sobre uma coisa*” ⁽²³⁾, estabelecendo depois, de forma mais complexa, que se trata de “*direitos absolutos, inerentes a uma coisa e funcionalmente dirigidos à afectação desta aos interesses do sujeito*” ⁽²⁴⁾.

⁽¹⁹⁾ Luís de Lima Pinheiro, *Direito...*, ob. cit., p. 245 e ss.

⁽²⁰⁾ Luís de Lima Pinheiro, *A venda...*, ob. cit., p. 159.

⁽²¹⁾ Vide Menezes Cordeiro, ob. cit., p. 224 e ss. para uma panorâmica, que não cabe nos propósitos do presente estudo, do conceito de direitos reais, com alusões a doutrina portuguesa e estrangeira.

⁽²²⁾ Oliveira Ascensão, ob. cit., p. 13 e ss.

⁽²³⁾ Oliveira Ascensão, ob. cit., p. 43.

⁽²⁴⁾ Oliveira Ascensão, ob. cit., p. 44.

Para Menezes Cordeiro, o direito real deve ser definido como “... a afectação jurídico-privada de uma coisa corpórea aos fins de pessoas individualmente consideradas” (25). O Autor parte da ideia de que se trata de um “... direito subjectivo que implica, de alguma forma a presença de uma coisa” (26) para concluir que o aproveitamento da coisa por particulares se fará no âmbito de normas patrimoniais permissivas que habilitam os beneficiários a diversos tipos de utilização.

O Código Civil define a noção de coisa como “*tudo aquilo que pode ser objecto de relações jurídicas*” (artigo 202.º-1). Esta noção tem sido alvo de várias críticas (27) tendo sido ensaiadas definições autónomas pela doutrina.

Menezes Cordeiro define “coisa” como sendo “*tudo o que não tendo personalidade jurídica seja autonomamente relevante para o Direito*”. Castro Mendes avança a seguinte noção: “... coisa é toda a realidade estática que pode ser objecto de relações jurídicas, com ressalva dos bens de personalidade e dos próprios direitos” e acrescenta que “*a ideia que parece estar na base da possibilidade de ser objecto de relações jurídicas é a da aproveitabilidade exclusiva*” (28).

A problemática do conceito de direito real decorre do facto da qualificação de um determinado direito como real se traduzir na aplicação de um determinado regime, privativo dos direitos reais.

Tem sido discutida a natureza de diversos direitos como reais, nomeadamente o arrendamento. Também se tem posto em causa que determinadas características que tradicionalmente eram privativas do direito real o sejam na verdade (vide, por exemplo, a chamada eficácia externa das obrigações).

Pensamos que não beneficiaremos em entrar agora nessa discussão. Apenas cabe dizer que a indefinição relativamente ao conceito de direitos reais, tem implicações directas no DIP. Isto porque um direito estruturado da mesma forma ou com as mesmas

(25) Menezes Cordeiro, ob. cit., p. 255.

(26) Menezes Cordeiro, ob. cit., p. 188.

(27) Vide João de Castro Mendes, *Teoria Geral do Direito Civil*, Volume I, AAFDL, p. 384 e ss. e Menezes Cordeiro, ob. cit., p. 189.

(28) João de Castro Mendes, ob. cit., p. 386.

funções pode ser qualificado como direito real numa ordem jurídica e como direito de outra natureza numa ordem jurídica distinta.

Como dissemos acima, cabe, em última instância, recorrer ao conceito-quadro de modo a determinar se tais qualificações ainda cabem na norma de conflitos.

Tomando como base o exposto pensamos que estão presentes na construção do conceito-quadro do artigo 46.º os seguintes elementos:

- A existência de uma coisa;
- A existência de uma situação jurídica funcionalmente dirigida à afectação dessa coisa;
- A existência de uma ideia de inerência da situação jurídica à coisa e da existência de uma eficácia *erga omnes*.

Os dois primeiros elementos serão necessários. Quanto ao terceiro, que lida com a natureza e a “força” da situação jurídica, cabe estar aberto a sistemas onde a natureza e estrutura do “direito real” não se identificam automaticamente com uma ideia de inerência ou de eficácia absoluta (veja-se o *trust* anglo-americano).

Bem se vê que surge difícil, senão impossível, dar uma noção abrangente e operativa de direito real para efeitos do DIP. A aproximação funcional das várias ordens jurídicas⁽²⁹⁾ não basta e a imposição de uma natureza e estrutura comum a todos os direitos reais é demasiado constringente.

2. Direitos reais de garantia em especial

Apenas Luís de Lima Pinheiro, *en passant*⁽³⁰⁾, se refere aos direitos reais de garantia como incluídos no âmbito do estatuto real.

⁽²⁹⁾ Vide a este respeito Ferreira de Almeida, *Introdução ao Direito Comparado*, Almedina, Coimbra, 1994, p. 17.

⁽³⁰⁾ Luís de Lima Pinheiro, *Direito...*, ob. cit., p. 245.

Baptista Machado ⁽³¹⁾ também se lhes refere mas indirectamente dizendo que “*as limitações, encargos ou ónus impostos ao titular desses direitos são regidos pela lei do país da situação*”.

Estes autores não definem o que seja um “direito real de garantia” para efeitos do artigo 46.º do Código Civil. Contudo é de crer que utilizem tal conceito partindo da noção cimentada na doutrina e jurisprudência.

Os direitos reais de garantia distinguem-se dos demais direitos reais atendendo à sua específica função: são direitos reais que visam “*garantir uma prestação*” ⁽³²⁾.

Os direitos reais de garantia são autonomizados atento o seu fim específico, ou seja, a utilização que deles fazem os respectivos beneficiários. Nas palavras de Menezes Cordeiro, os direitos reais de garantia são aqueles direitos reais que se destinem “... *a assegurar a garantia de direitos de crédito*” ⁽³³⁾.

Estas noções poderão ser transpostas para o DIP e ser aí utilizadas para a definição do estatuto real nesta sede. Mais uma vez não cabe limitar a adjudicação da competência nesta sede às leis que disponham de um elenco de direitos reais de garantia igual ao nosso.

Se a tipicidade dos direitos reais pode ser discutida, o artigo 604.º do Código Civil é perfeitamente claro quanto aos direitos reais de garantia. Apesar da válvula de escape inicial, o artigo 604.º impõe uma tipicidade aos direitos reais de garantia através da expressão “*são causas de preferência*”.

Devemos manter-nos fiéis à qualificação *lex formalis fori* aceitando, para efeitos de subsunção ao conceito-quadro do artigo 46.º do Código Civil, todas as normas que prevejam direitos ou outras situações jurídicas activas ou passivas que pela sua função e conteúdo correspondam a verdadeiros direitos reais de garantia e que relevem da afectação de uma coisa.

⁽³¹⁾ João Baptista Machado, *Lições...*, ob. cit., p. 378.

⁽³²⁾ Oliveira Ascensão, ob. cit., p. 186. O Autor escreve ainda “O direito real de garantia está subordinado ao direito de crédito, de modo a permitir o resultado útil que com este se pretende obter, esta subordinação funcional não impede porém que o direito de garantia tenha todas as características de um verdadeiro direito real”.

⁽³³⁾ Menezes Cordeiro, ob. cit., p. 739.

Por exemplo o *trust*, instituto desconhecido no nosso direito, pode ser utilizado como garantia (*security interest*). O *grantor*, sendo devedor, transmite bens em *trust* para um *trustee* (terceiro face à relação da qual resulta o *trust*) sendo que este tem obrigação de pagar ao credor, em caso de incumprimento, com o capital ou os frutos do *trust*. Caso haja cumprimento os bens são novamente transmitidos ao devedor.

Ao contrário das garantias reais previstas pelo sistema jurídico português esta garantia extingue, apesar de temporariamente, o direito de propriedade do devedor e transmite-o ao *trustee*.

Contudo, a função e conteúdo do *trust*, quando utilizado desta forma, é na verdade a de criação de um direito real de garantia na esfera do credor e a de uma limitação temporária do gozo do bem por parte do devedor.

Os exemplos podiam reproduzir-se mas, o que importa reter é uma noção ampla de direito real de garantia para efeitos de DIP (da *lex formalis fori*).

Por um lado, o direito real de garantia tem de ser um direito real na acepção do artigo 46.º do Código Civil, já descrita.

Assim, deverá concretizar-se na afectação jurídica de uma coisa corpórea.

Por outro lado, deverá estar funcionalmente dirigida à garantia de créditos através da afectação jurídica de bens do devedor ou de terceiros.

Por fim, tem como conteúdo a limitação dos poderes contidos no direito de propriedade ou em outros direitos reais de gozo ou mesmo na extinção desse direito, desde que tal extinção esteja funcionalmente dirigida à garantia de um crédito e não ao gozo da coisa (pelo menos em primeira linha).

Estando os direitos reais de garantia incluídos no conceito de direitos reais do artigo 46.º do Código Civil, e seguindo o ensinamento dos autores acima referidos, devemos concluir que a *lex rei sitae* regula a constituição, modificação, transmissão e extinção de direitos reais de garantia, incluindo a respectiva tipologia, conteúdo e organização da publicidade, designadamente o registo.

Destas vicissitudes ressaltam, para efeitos do presente estudo, dois momentos essenciais:

- a formação, em que tem especial acuidade os tipos de direitos reais de garantia admitidos; e
- a actuação desses direitos em face do devedor e de terceiros, ou seja, a sua articulação com os direitos destes.

No último momento indicado está em causa, essencialmente, a graduação dos créditos por via dos direitos reais de garantia que incidem sobre os bens do devedor.

Em, conclusão, pertence à *lex rei sitae* a regulamentação das questões que avancei na introdução.

Esta conclusão, talvez já antecipada no princípio, e na realidade simples, não pode deixar de ser preliminar. E isto por duas razões, vazadas para os casos que introduziram este estudo.

No **Caso A** não existe uma coincidência entre a lei que regula estatuto real e a lei aplicável ao processo falimentar.

Cabe perguntar em que medida a escolha de lei no âmbito do estatuto real é informada por normas processuais ou substantivas da *lex fori*.

No **Caso B** existindo uma coincidência entre a *lex fori* e a *lex rei sitae*, existem direitos constituídos anteriormente à luz de uma outra *lex rei sitae*. Aqui pergunta-se em que medida os direitos adquiridos interferem com a regulamentação aplicável *lex fori* e *lex rei sitae*.

Em ambos os casos vislumbra-se uma interferência na *lex rei sitae* (que apuramos competente para a regulamentação de todo o regime dos direitos reais de garantia) por parte de outras áreas de regulamentação.

3. Regimes especiais

A existência de desvios à previsão/estatuição do artigo 46.º n.º 1 nos números seguintes não infirma as conclusões das secções anteriores.

Trata-se apenas de adaptar o expendido às situações concretas para as quais o legislador entendeu ser exigível um regime dife-

rente, tratando-se ainda de equacionar os regimes derivados de convenções internacionais.

Diz o n.º 2 do artigo 46.º do Código Civil:

2. *Em tudo quanto respeita à constituição ou transferência de direitos reais sobre coisas em trânsito, são estas havidas como situadas no país do destino.*

Acerca deste artigo diz Luís de Lima Pinheiro ⁽³⁴⁾ “(...), quando o negócio de disposição seja celebrado depois de iniciado o transporte, a transferência de propriedade é regulada pela *lex loci destinationis*, sendo irrelevantes as ordens jurídicas dos países de trânsito”.

O Direito do país de trânsito já é aplicável se a *res in transitu* entrar no comércio jurídico local, por exemplo, se for furtada e vendida a terceiro neste país” ⁽³⁵⁾.

Ferrer Correia acrescenta ainda duas situações. Fala na promoção por terceiro credor de medidas de execução em relação à coisa em certo lugar do percurso e ainda no exercício de penhor legal ou direito de retenção levada a cabo por credor de preço pela reparação da coisa *in transitu*. Em ambos os exemplos, que nos interessam de sobremaneira por incidirem sobre direitos reais de garantia, Ferrer Correia defende a aplicação da *lex situs* por a *res in transitu* deixar de ter essa condição, por se encontrar, nesse momento, integrada no comércio jurídico local, cuja protecção é necessária ⁽³⁶⁾.

Diz o n.º 3 do artigo 46:

3. *A constituição e transferência de direitos sobre os meios de transportes submetidos a um regime de matrícula são reguladas pela lei do país onde a matrícula tiver sido efectuada.*

⁽³⁴⁾ Luís de Lima Pinheiro, *Direito...*, ob. cit., p. 239. Vide ainda a p. 240 em que o autor propõe aplicação analógica desta norma outros negócios do tráfico internacional celebrados antes da expedição da mercadoria, sempre que o contrato for regido pela lei do país de importação, ou pelo menos os aspectos relativos à transferência de propriedade que importam do estatuto contratual, com respeito dos direitos adquiridos no país de exportação.

⁽³⁵⁾ Baptista Machado, *Lições...*, ob. cit., p. 378.

⁽³⁶⁾ Ferrer Correia, *Conflitos...*, p. 389.

Em face da mobilidade dos meios de transporte a *lex rei sitae* deixa de ter sentido. Como veremos adiante, a *lex rei sitae* tem como fundamento, designadamente, a protecção do tráfico jurídico. Assim, a localização física de coisas — por natureza e por função — móveis nada pode oferecer em termos de protecção jurídica.

Assinala Luís de Lima Pinheiro: “A matrícula, sendo um acto de registo que implica a atribuição de um sinal de identificação e a emissão de documentos, permite individualizar o Direito aplicável por forma estável e reconhecível por todos os interessados” (37). O legislador português entendeu que o registo do meio de transporte o sinal de identificação (matrícula) e a documentação que o acompanha permite individualizar o Direito aplicável.

Ferrer Correia (38) escreve a este propósito “Surge daqui a necessidade de procurar para eles uma conexão que não se identifique com a sua localização em cada momento — uma conexão permanente com um Estado e um ordenamento jurídico determinado”.

Interessante nesta matéria é a existência de convenções internacionais que regulam expressamente a questão dos direitos reais de garantia.

Tendo em conta a dificuldade que surge quanto à criação de direitos reais de garantia ao abrigo de várias leis e a sua graduação, tanto a Convenção de Bruxelas para a Unificação de Certas Regras Relativas aos Privilégios e Hipotecas Marítimas (1926) como a Convenção de Genebra Relativa ao Reconhecimento Internacional de Direitos sobre Aeronaves (1948), estabelecem normas de direito material que impõem, por um lado, o reconhecimento dos direitos de garantia constituídos ao abrigo da lei da matrícula (é assim que Luís de Lima Pinheiro interpreta os artigo 1.º de ambas as convenções (39) mas, por outro, dispõem expressamente sobre a graduação de direitos reais de garantia.

Por fim, a Convenção Relativa aos Transportes Internacionais Ferroviários (COTIF. 1980) determina no seu artigo 18.º n.º 3 que o material circulante do caminho de ferro só é susceptível de

(37) Luís de Lima Pinheiro, *Direito...*, ob. cit., p. 240.

(38) *Conflitos de leis...*, ob. cit., p. 383.

(39) *Direito...*, ob. cit., p. 241.

penhora “num território que não seja o do estado membro de que dependa o caminho de ferro proprietário com base em sentença proferida pela autoridade judicial desse estado” e que os “vagões particulares (...) só poderão ser penhorados num território que não seja o do Estado do domicílio do proprietário com base em sentença proferida pela autoridade judicial desse Estado”. Trata-se apenas de uma norma restrita a um direito real de garantia judicial, não se articulando este com direitos reais de garantia de origem contratual.

Para terminar cabe chamar a atenção para o facto de alguns autores entenderem que as regras do n.º 3 do artigo 46.º apenas se aplicam a *res in transitu* permanentes (40). Em sentido contrário Luís de Lima Pinheiro entende que “Só no caso excepcional de veículos duradouramente afectos ao transporte interno em Estado diferente daquele onde estão matriculados se justifica uma redução teleológica do artigo 46.º n.º 3 do Código Civil” (41).

De todo o modo, cabe chamar a atenção para o facto de a *lex rei sitae* permanecer como elemento de conexão subsidiário tanto no caso do n.º 2 como do n.º 3. Caso a coisa entre no comércio jurídico local, a *lex rei sitae* passa a ter aplicação plena, atentos os interesses da ordem jurídica da situação da coisa.

A conclusão é pois evidente. É a presença física da coisa no seio do comércio jurídico de cada comunidade que em última instância determina o elemento de conexão a escolher. Isto por força da natureza *erga omnes* ou absoluta que os direitos reais possuem e ainda em virtude do facto de integrarem o património de maneira visível, através de uma ligação estável e reconhecível.

Em relação aos direitos reais de garantia cabe referir que existe alguma vantagem, como se depreende do conteúdo das convenções referidas, em imobilizar o elemento de conexão em relação a coisas móveis. De facto, a proliferação de garantias reais constituídas ao abrigo de várias *lex situs* cria um problema quase insolúvel e que determina claramente uma vantagem para a lei do foro sempre que esta coincida com o local da situação da coisa.

(40) Assim Ferrer Correia, *Conflitos...*, ob. cit., p. 385 e Baptista Machado, *Lições...*, ob. cit., p. 378.

(41) Luís de Lima Pinheiro, *A venda...*, ob. cit., p. 95 e 119.

B — FUNDAMENTO DA ESCOLHA DO ELEMENTO DE CONEXÃO

Os interesses que rodeiam a escolha da conexão *lex rei sitae* são de extrema importância para o entendimento do regime do estatuto real em DIP. São esses interesses que permitem *in limine* delimitar o próprio âmbito do conceito quadro e também nos guiam na resolução dos conflitos de estatutos, nomeadamente no que é objecto deste trabalho.

1. *Lex rei sitae*

A *lex rei sitae* é actualmente o elemento de conexão escolhido pela esmagadora maioria dos países para o estatuto real ⁽⁴²⁾.

Contudo, só no século XIX a *lex rei sitae* se torna a conexão única em sede de direitos reais. Antes, talvez impressionados pela adesão entre o proprietário e a coisa em termos de apropriação fáctica, os móveis estavam sujeitos ao domicílio deste último.

Para tal unanimidade em torno do elemento de conexão situação da coisa, Ferrer Correia ⁽⁴³⁾ avança três razões essenciais.

Em primeiro lugar, em face da eficácia *erga omnes* dos direitos reais, as necessidades do comércio jurídico exigem que todos os potenciais interessados possam aperceber-se do estatuto jurídico da coisa. Só a situação da coisa serve de referência de rápido e simples conhecimento sobre a lei que regula tal estatuto.

Em segundo lugar, e prosseguindo na mesma linha de raciocínio, e no caso de negócio além fronteiras ou de decisão judicial, é no país da situação da coisa que se produzem os efeitos de tal negócio ou da decisão, pelo, que se o mesmo for regulado pela lei desse Estado mais facilmente aí conseguirá

⁽⁴²⁾ Vide Ferrer Correia, *Conflitos...*, ob. cit., nota 7 e 8 p. 365 e Venturini, *International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. III (Private International Law), Chapter 21 (Property)*, Kluwer, 1974, p. 3 e ss.

⁽⁴³⁾ Ferrer Correia, *Conflitos...*, ob. cit., p. 366 e Venturini, ob. cit., p. 7.

o reconhecimento, contribuindo-se para a harmonia jurídica internacional.

Por fim, existe uma razão de Estado na escolha da *lex situs*. O estatuto jurídico da coisa traduz concepções económicas, sociais e políticas de regime. Assim, o Estado da situação da coisa não quererá alienar essa sua parcela de poder público.

Luís de Lima Pinheiro ⁽⁴⁴⁾ resume os fundamentos a dois.

Por um lado afirma que “*É no Estado da situação que o titular exerce os poderes materiais compreendidos no conteúdo do Direito.*” Por outro a segurança do comércio jurídico tendo como objecto a coisa exige que o “*elemento de conexão seja cognoscível com facilidade (...)*”.

Num fundo podem resumir-se os fundamentos supramencionados da seguinte forma:

- segurança do tráfego jurídico sobre a coisa;
- harmonia internacional;
- interesse público do Estado ⁽⁴⁵⁾

No âmbito dos direitos reais de garantia os fundamentos acima sucintamente descritos aplicam-se igualmente. Como encargos que limitam ou mesmo extinguem o direito de propriedade é necessário que a comunidade jurídica se aperceba do estatuto dos bens de forma rápida e fácil.

Acresce que os direitos reais de garantia são normalmente sujeitos a um momento de execução. Sendo a competência internacional para a resolução de questões sobre direitos reais atribuída normalmente aos tribunais da situação da coisa é natural que a lei aplicável seja igualmente a *lex situs*. Como diz Luís de Lima Pinheiro: “*Observámos que não só as medidas de execução sobre*

⁽⁴⁴⁾ *Direito...*, ob. cit., p. 238.

⁽⁴⁵⁾ Luís de Lima Pinheiro, *A venda...*, ob. cit., p. 108 a 166, critica o conjunto de argumentos que designa de “soberania territorial” mas acaba por concluir que os interesses do Estado têm uma relevância significativa na escolha da *lex situs*.

a coisa são necessariamente promovidas pelos tribunais do Estado da situação, como também a generalidade das questões relativas a direitos sobre coisas corpóreas singularmente consideradas, se discutem no forum rei sitae” (46).

2. Elementos de conexão especiais

Os fundamentos avançados para explicar a escolha da conexão situação da coisa (segurança do tráfego jurídico, harmonia de decisões e soberania nacional) são também pertinentes quanto aos elementos de conexão especiais dos n.ºs 2 e 3 do artigo 46.º do Código Civil (47).

A escolha do elemento de conexão local da matrícula (artigo 46.º n.º 3) tem como razão justificativa o facto de os meios de transporte serem não só móveis por natureza mas também por função (48). Quanto a eles a *lex situs* não oferece quaisquer vantagens em termos de segurança jurídica ou harmonia internacional e não é conseqüente com os interesses públicos dos Estados. Ao longo da sua deslocação os meios de transporte entram em contacto com várias ordens jurídicas sem que, no entanto, esse contacto se solidifique. Assim sendo é necessário encontrar uma “conexão permanente” de modo a que os interesses acima descritos possam ser prosseguidos pelo DIP através da escolha do elemento de conexão.

Quanto à *res in transitu*, o desvio à *lex situs* tem os mesmos fundamentos. A coisa em trânsito tem apenas “*contacto transitório, frouxo e não significativo*” (49) com as várias ordens jurídicas. O elemento *lex situs* não tem nessa sede a virtualidade de prosseguir os interesses acima referidos.

(46) Luís de Lima Pinheiro, *A venda...*, ob. cit., p. 114.

(47) Ver explicação alongada com inúmeras referências doutrinárias em Luís de Lima Pinheiro, *A venda...*, ob. cit., p. 118.

(48) Ferrer Correia, *Conflitos...*, ob. cit., p. 382.

(49) *Idem*, p. 386.

C — PROBLEMAS DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 46.º

Para concluirmos este capítulo falta ainda debruçarmo-nos sobre dois problemas que têm surgido no âmbito do estatuto real.

O primeiro prende-se com os chamados conflitos de estatutos e abrange situações derivadas da *dépeçage* ou da sobreposição de questões jurídicas sobre os mesmos factos.

Interessa-nos esta problemática porquanto já vislumbramos, se bem que indiciariamente, um conflito entre o âmbito do estatuto real e o âmbito do estatuto falimentar ou executivo. Pensamos ser produtivo observarmos, ainda que de forma necessariamente breve, qual a solução dada aos chamados conflitos de estatutos em sede de direitos reais.

Em seguida analisaremos, também sucintamente, o problema do conflito móvel, que tem uma pertinência clara quanto ao **Caso B**.

1. Interferência do estatuto real com outros estatutos (sucessório e familiar)

Quando avançámos com o **Caso A** chamámos a atenção para o problema que coloca e que está na origem do presente estudo. Por um lado, temos um processo falimentar que tem como objecto um património, uma universalidade. Se bem que os bens possam ser considerados em si mesmos, e são-no para efeitos dos direitos de garantia de que são objecto, eles são integrados num conjunto e contabilizados tendo em conta esse conjunto. Por outro lado, temos uma norma de conflitos que designa a lei coisa a coisa, adjudicando tantas leis quantas as coisas existentes em diferentes países. É esta tensão entre um estatuto universal do património e um estatuto privativo de cada bem que nos levou a encetarmos o presente estudo.

Esta mesma tensão existe quanto ao estatuto sucessório e matrimonial em face do estatuto real. O estatuto sucessório e matrimonial tem a virtualidade de prevalecer sobre o real.

No âmbito do estatuto sucessório e matrimonial (aqui restrito às questões patrimoniais) o DIP das diversas jurisdições tem hesitado entre a conexão pessoal e a conexão real ⁽⁵⁰⁾.

A conexão pessoal tem como premissa o tratamento dos bens dos cônjuges e do *de cuius* como uma universalidade. De facto, tanto as regras materiais relativas aos bens do casal como aos do *de cuius* são sempre equacionadas na perspectiva da sua integração num conjunto. Assim é quanto aos créditos de terceiros. Também assim o é quanto à sua divisão no divórcio e na partilha.

Surge assim vantajoso que a situação dos bens não provoque um fraccionamento nesta universalidade e se mantenha a perspectiva de conjunto.

Há, em conclusão, a prevalência da função dos bens relativamente à instituição casal ou à herança, sobre o regime de cada bem em concreto. A conexão real por seu turno tem como fundamento os interesses da *lex situs* tendo em conta que a lei matrimonial ou sucessória pode ter efeitos na constituição ou conteúdo dos direitos reais.

A perspectiva do direito português é pessoalista ⁽⁵¹⁾ e a lei pessoal dos cônjuges ou do *de cuius* é a escolhida como elemento de conexão relevante. Esta afirmação é reforçada pelo facto de a proposta do artigo 5.º n.º 2 do anteprojecto do Código Civil ⁽⁵²⁾, que consagrava a ideia de maior competência ou proximidade, ter sido rejeitada.

A questão não é, porém, isenta de problemas.

Em primeiro lugar, porque o DIP da lei da situação dos bens integrados no património conjugal ou do *de cuius* pode entender que a *lex rei sitae* é competente quanto ao estatuto patrimonial ou sucessório ou ainda que os seus tribunais são competentes. Pode haver neste caso um problema de reconhecimento na *lex situs* da sentença elaborada segundo a lei pessoal. Contudo, trata-se de um problema geral no DIP, sendo que muitas jurisdições apenas exigem para o reconhecimento de sentenças o respeito pela competência exclusiva dos seus tribunais.

⁽⁵⁰⁾ Vide Baptista Machado, ob. cit., p. 407 e ss. sobre as várias perspectivas possíveis.

⁽⁵¹⁾ Vide artigo 25.º, 52.º, 53.º e 62.º do Código Civil.

⁽⁵²⁾ Vide Ferrer Correia, *Conflitos...*, ob. cit., p. 411.

Em segundo lugar, é evidente que o estatuto sucessório e matrimonial se sobrepõe parcialmente ao estatuto real. Trata-se de um conflito positivo de qualificações. Com efeito, o regime sucessório ou matrimonial estatui sobre a afectação de determinados bens e regula o seu estatuto jurídico.

Exemplos:

A lei matrimonial pode estabelecer que um bem herdado por um dos cônjuges durante a constância do casamento entre *ipso jure* na comunhão matrimonial, quando a *lex situs* exige a mediação de um negócio jurídico para que tal aconteça.

A lei sucessória pode qualificar de comunhão de mão comum a herança quando a *lex situs* apenas conhece compropriedade⁽⁵³⁾.

Ora “os modos de constituição de um direito ou de situação jurídica real”⁽⁵⁴⁾ e o conteúdo dos direitos reais são, como vimos acima, matéria abrangida pelo estatuto real.

Surge, pois, um conflito entre a lei que regula a universalidade e a lei que rege o estatuto de cada bem em concreto.

Todos os autores⁽⁵⁵⁾ convergem na opinião de que é necessário conformar as consequências da aplicação da lei pessoal com o estatuído na *lex rei sitae*. Isto é, deve-se adaptar a lei conflitual ou material⁽⁵⁶⁾ de modo a que se alcance a estatuição da norma do estatuto pessoal através dos mecanismos previstos da norma real.

Movem-se neste sentido pela constatação de ser na *lex rei sitae* que os efeitos da decisão se farão sentir e pelo facto de, numa perspectiva de estatuto real, poderem surgir situações jurídicas completamente díspares das aí previstas ou consentidas⁽⁵⁷⁾.

É a constatação de que o estatuto sucessório e o real se sobrepõem e que este último, atentos os interesses que justificam a cone-

⁽⁵³⁾ Exemplos de Kegel referidos por Ferrer Correia, *Conflitos...*, ob. cit., p. 380 e 381. Vide ainda exemplos de Baptista Machado, ob. cit., p. 407, 436 e 437.

⁽⁵⁴⁾ Ferrer Correia, *Conflitos...*, ob. cit., p. 380.

⁽⁵⁵⁾ Ferrer Correia, *Conflitos...*, ob. cit., p. 380 e 381, Baptista Machado, ob. cit., p. 412, Luís de Lima Pinheiro, *Direito...*, ob. cit., p. 271.

⁽⁵⁶⁾ Sobre adaptação vide Marques dos Santos *Breves Considerações Sobre a Adaptação em Direito Internacional Privado — Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Universidade de Lisboa, Lisboa, 1988.

⁽⁵⁷⁾ Em países onde os direitos reais estão sujeitos a *numerus clausus*.

xão lugar da coisa, nomeadamente os interesses de terceiros, deve prevalecer.

Em conclusão prevalece da lei da coisa sobre a lei do património.

Contudo, existe uma questão, bastante discutida nos tribunais portugueses, em que tem havido uma evolução no sentido de prevalecer a lei sucessória.

Trata-se do problema da inclusão na partilha de bens situada no estrangeiro. Depois de largas décadas recusando a integração na partilha de bens localizados no estrangeiro⁽⁵⁸⁾, devido à dificuldade de reconhecimento nesses países da sentença de partilha, os tribunais têm vindo a admitir⁽⁵⁹⁾ a sua contabilização no cálculo das quotas, mas sem efectivamente relacionar ou partilhar esses bens.

A doutrina, no entanto⁽⁶⁰⁾, rejeita ambos os entendimentos anteriormente expendidos e entende que a lei portuguesa, sendo aplicável segundo o DIP português, se deve aplicar plenamente, independentemente da dificuldade de reconhecimento.

Luís de Lima Pinheiro elenca, neste sentido, os seguintes argumentos⁽⁶¹⁾:

- Não consagração do princípio da proximidade ou melhor competência no nosso DIP (até tendo em conta a rejeição do artigo 5.º n.º 2 do Anteprojecto, já citado);
- Não limitação da competência dos tribunais portugueses a bens situados em Portugal ou da aplicação da lei portuguesa só a bens situados em Portugal;
- A falsidade do raciocínio que conclui que o desrespeito do DIP do *exequetur* determina a impossibilidade de reconhecimento.

⁽⁵⁸⁾ Vide jurisprudência citada por Luís de Lima Pinheiro, *Direito...*, ob. cit., p. 281.

⁽⁵⁹⁾ *Idem*.

⁽⁶⁰⁾ Adelino Palma Carlos, *Código de Processo Civil anotado*, Lisboa, 1940, p. 287 e ss., Lopes Cardoso, *Partilhas Judiciais (Teoria e Prática) Volume I*, Livraria Almedina, Coimbra, 1979, p. 435 e ss. e Luís de Lima Pinheiro, *Direito...*, ob. cit., p. 281 e ss.

⁽⁶¹⁾ *Direito...*, ob. cit., p. 282.

Todos estes argumentos são válidos para o nosso tema. De facto, o estatuto falimentar, como estatuto referente a um património, equipara-se ao estatuto sucessório.

Assim também o estatuto real tem a vocação de abarcar todos os bens do falido, onde quer que eles se encontrem.

De todo o modo, no âmbito de processos falimentares, mesmo que os tribunais não sigam a doutrina citada, é-lhes exigível, ao menos, que contabilizem os bens situados no estrangeiros para efeitos de rateio.

2. Conflito móvel

O conflito móvel ⁽⁶²⁾ traduz-se numa sucessão de leis aplicáveis a uma situação jurídica internacional como consequência da alteração ao longo do tempo da concretização do elemento de conexão previsto na norma de conflitos.

No âmbito do estatuto real e consequentemente do artigo 46.º do Código Civil, o conflito móvel decorre da alteração da situação da coisa ao longo do tempo e consequentemente da *lex rei sitae* aplicável em cada momento.

A questão que se coloca no conflito móvel, tanto em geral como relativamente ao estatuto real, é a da “*delimitação dos estatutos sucessivos*” ⁽⁶³⁾, ou seja, da determinação do âmbito de aplicação das diversas leis quanto a uma situação jurídica que se prolonga no tempo.

Estudado em termos gerais, o conflito móvel assume uma especial importância no âmbito do estatuto real. Isto porque as situações jurídicas reais, devido à perenidade de algumas coisas, podem prolongar-se indefinidamente. Acresce que a coisa necessita de ter o seu estatuto jurídico acertado, nem que seja como *res nullius*.

No nosso estudo interessam-nos as situações de mobilidade entre jurisdições de bens sujeitos a direitos reais de garantia. No

⁽⁶²⁾ Para uma panorâmica geral sobre o conflito móvel vide Grodecki, *International Encyclopedia of Comparative Law — Vol. III (Private International Law) — Chapter 8 (Intertemporal Conflict of Laws)*. Kluwer, 1975.

⁽⁶³⁾ Luís de Lima Pinheiro, *A venda...*, ob. cit., p. 193.

Caso B descrito na Introdução, o processo falimentar decorre em Portugal sendo que um dos bens da massa falida (localizado em Portugal durante a pendência do processo) foi objecto de direitos reais de garantia constituídos no estrangeiro. A pergunta é pois evidente: será tal direito real de garantia admissível em sede de processo de falência que decorra em Portugal e, em caso afirmativo, como se gradua em relação a outros direitos.

A resposta final, restrita ao **Caso B**, e logo aos direitos reais de garantia, será dada a final. Agora cabe resumir a posição da doutrina em relação à matéria do conflito móvel no âmbito do estatuto real.

A doutrina portuguesa ⁽⁶⁴⁾ divide a problemática do conflito móvel em duas questões parcelares, talvez por influência do artigo 12.º do Código Civil. A primeira discute qual a lei aplicável aos actos constitutivos, translativos, modificativos e extintivos de uma situação jurídica. A segunda discute qual a lei aplicável ao conteúdo das situações jurídicas.

A doutrina converge que a lei aplicável aos actos constitutivos, translativos modificativos e extintivos é a *lex rei sitae* no momento em que se verificarem. Assim sendo, o novo estatuto deve aceitar a coisa com a condição jurídica que lhe foi dada pelo estatuto sob o qual se verificaram esses actos.

Concretizando, os direitos reais, inclusive os de garantia, recebem-se nos termos que resultam do estatuto que os criou. No **Caso B** o direito real de garantia considera-se constituído.

Quanto ao conteúdo (Ferrer Correia acrescenta as condições de persistência ⁽⁶⁵⁾ de um direito) este é regulado pela lei da situação da coisa no momento em que essa questão se coloca. Também aqui a doutrina está de acordo.

Mas se os factos jurídicos constitutivos (são os que nos interessam) estão sujeitos a uma lei, que o estatuto subsequente aceita e respeita (como direitos adquiridos) e o conteúdo (e as condições de persistência) estão sujeitos a outra lei, surge a questão de saber

⁽⁶⁴⁾ Ferrer Correia, *Conflitos...*, ob. cit., p. 390 e ss., Luís de Lima Pinheiro, *Direito...*, ob. cit., p. 249 e ss., Baptista Machado, ob. cit., p. 380 e ss., Luís de Lima Pinheiro, *A venda...*, ob. cit., p. 192 e ss.

⁽⁶⁵⁾ Por exemplo registo ou posse.

como em concreto se integram esses direitos na ordem jurídica posterior.

A ordem jurídica portuguesa não dispõe de normas materiais (excepto quanto a navios, 488 n.º 2 do C. Com) sobre a sucessão, como o *Uniform Commercial Code* (§ 9-103) ou o artigo 102.º da lei suíça de DIP.

A doutrina, convergindo mais uma vez, recorre à transposição⁽⁶⁶⁾ dos direitos para figuras conhecidas da *lex rei sitae* posterior. O direito criado segundo a *lex rei sitae* anterior deve adaptar-se a uma figura conhecida (diremos típica) e submeter-se ao regime dessa figura. Acresce que deverá o titular de tal direito praticar todos os actos que são exigíveis na lei posterior para persistência de tal direito.

No caso de não ser possível fazer a transposição, o direito torna-se ineficaz, ou, caso sobrevenha direito incompatível de terceiro, extinto.

Esta posição decorre do equilíbrio entre a garantia da continuidade ou estabilidade da vida jurídica dos indivíduos e uniformidade de regulamentação das situações internacionais⁽⁶⁷⁾ e os interesses da *lex rei sitae*, como seja a segurança do tráfego através da cognoscibilidade do estatuto jurídico das coisas⁽⁶⁸⁾ ⁽⁶⁹⁾.

Passando para o **Caso B**, esta doutrina significa que o direito real de garantia criado no estrangeiro terá de se transpor para uma figura prevista na *lex rei sitae* posterior, sob pena de se tornar ineficaz ou se extinguir.

⁽⁶⁶⁾ Vide Marques dos Santos, *Breves...*, ob. cit., p. 8 e ss., que distingue várias figuras análogas à adaptação.

⁽⁶⁷⁾ Baptista Machado, ob. cit., p. 162.

⁽⁶⁸⁾ Por todos, Ferrer Correia, *Conflitos...*, ob. cit., p. 392, ponto 15.

⁽⁶⁹⁾ Luís de Lima Pinheiro, *A venda...*, ob. cit., p. 194 e 195 avança quatro razões para o princípio da continuidade das situações jurídicas preexistentes, ao qual atribui uma vertente material e conflitual, da qual dá exemplos a saber:

- Obrigação de DIPúblico de respeito por uma razoável esfera de competência da lei estrangeira;
- Obrigações convencionais de desenvolvimento e facilitação do comércio internacional;
- Exigências gerais de segurança e confiança dos sujeitos jurídicos;
- Justiça igualitária.

A doutrina recorre, em sede de direitos reais de garantia, ao exemplo do penhor contratual (sem posse).

Ferrer Correia ⁽⁷⁰⁾ entende que caso a coisa seja transportada para jurisdição que só conhece o penhor com posse (como a portuguesa) tal penhor perde eficácia. Para tal alega que a posse é “*condição de existência ou perduração desse direito real de garantia*”.

Assim sendo, conclui-se que no **Caso B** o direito real de garantia teria de ser compatível ou transponível para a ordem jurídica portuguesa o que significaria que teria de se transpor para uma das figuras do artigo 604.º do Código Civil ou para as previstas em legislação avulsa.

Esta tendência rígida é contestada por Luís de Lima Pinheiro ⁽⁷¹⁾, defensor de uma corrente favorável à continuidade das garantias mobiliárias.

No estrangeiro têm sido aceites direitos reais de garantia criados à luz de uma lei anterior mesmo que não preencham todos os requisitos definidos para situações internas, desde que não seja contrário aos vectores fundamentais da *lex rei sitae* actual. Trata-se de manter os efeitos do direitos reais de garantia com recurso a uma figura diferente.

Parece-nos que se trata de diferenças de grau mais do que diferenças substanciais ⁽⁷²⁾.

Remetemos para o Capítulo seguinte a resposta a dar sobre esta matéria.

D — CONCLUSÃO

Neste capítulo tivemos como objectivo precisar qual a lei aplicável aos direitos reais de garantia. Concluímos que quanto à admissibilidade e graduação dos mesmos regulava a *lex rei sitae*.

⁽⁷⁰⁾ *Conflitos...*, ob. cit., p. 406.

⁽⁷¹⁾ *A venda...*, ob. cit., p. 196.

⁽⁷²⁾ Luís de Lima Pinheiro, *A venda...*, ob. cit., p. 197 *in fine* parece tentado a flexibilizar a tipicidade de direitos reais e a inserir direitos reais desconhecidos. Contudo, posteriormente, p. 198, entende que a facilidade na administração da justiça e os direitos de 3.º impõem a transposição.

Ultrapassado o momento constitutivo do direito, em que pode intervir a *lex fori* (caso dos direitos reais de garantia de origem legal) ou da *lex contractus* (quanto aos direitos reais de garantia contratuais), a *lex rei sitae* domina todo o regime dos direitos reais de garantia.

Vimos também que, não obstante, a *lex rei sitae* entra em conflito com outras *lex situs* (pela existência do conflito móvel) ou com outros estatutos que a ela se sobrepõem (vimos o exemplo do estatuto sucessório e familiar).

Todos estes conflitos, e ainda os problemas relacionados com determinados tipos de coisas (v.g. coisas móveis), relativizam a força e o âmbito da *lex rei sitae* no DIP. Tanto os direitos adquiridos, como a importância de estatutos abrangentes, como ainda razões de justiça material, podem exigir que se flexibilize uma regra sagrada do DIP como a *lex rei sitae*.

No capítulo seguinte será a *lex rei sitae* confrontada com a lei falimentar, que assume nas diversas jurisdições uma força prescritiva e uma abrangência notáveis. Vejamos se as conclusões do capítulo que se encerra se mantêm no seguinte.

II. A LEI APLICÁVEL AOS DIREITOS REAIS DE GARANTIA NO ÂMBITO DE UMA FALÊNCIA INTERNACIONAL

A — A FALÊNCIA INTERNACIONAL — ALGUMAS NOÇÕES

Após termos analisado o regime jurídico-internacional dos direitos reais de garantia e determinando qual a lei aplicável, vamos agora integrar os direitos reais de garantia no seio do processo falimentar e estabelecer se as conclusões atrás explanadas se mantêm ou se, pelo contrário, são infirmadas, total ou parcialmente, em confronto com a lei da falência.

1. Noção de falência internacional

O processo falimentar que nos interessa é obviamente aquele que ponha em contacto — pela nacionalidade ou domicílio das

partes, pela localização dos bens do falido ou pela concretização de outro elemento de conexão potencialmente relevante — diversas ordens jurídicas. Uma delas será, por força de ser a lei do foro, a lei portuguesa.

O conceito de *falência internacional* é utilizado pela doutrina para definir o processo falimentar que integra elementos de internacionalidade, como os anteriormente indicados ⁽⁷³⁾.

Assim, o nosso escopo é o de, colocando a lei portuguesa como lei do foro, determinar qual o regime que, no âmbito do processo falimentar, regula a admissibilidade e graduação de direitos reais de garantia constituídos ao abrigo de lei estrangeira.

Tal como no capítulo anterior, é o momento constitutivo dos direitos reais de garantia, e não qualquer outro, que constitui o elemento internacional da situação jurídica.

Atentemos nos seguintes exemplos, que nos recordam os **Casos A e B** avançados na Introdução ao presente estudo:

Um processo falimentar decorre em Portugal, sendo, consequentemente a lei portuguesa a *lex fori*.

Um credor pretende invocar uma garantia real constituída a seu favor ao abrigo de direito estrangeiro e que recai sobre:

- Bem situado no estrangeiro, ou
- Bem situado em Portugal.

2. Evolução — individual/colectivo; local/internacional

O processo de falência tem evoluído bastante ao longo dos tempos ⁽⁷⁴⁾. Os traços dessa evolução podem resumir-se em três grandes tendências.

⁽⁷³⁾ Vide, a título de exemplo Philippe Leboulanger, *La mise en œuvre des sûretés dans le cadre d'une faillite internationale en Droit positif français in Etudes de Droit Contemporain, Contributions françaises au 15.e Congrès international de droit comparé, RIDC 2 — 1998*; Paul Volken, *Harmonization du droit international privé de la faillite*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1991, V, Tome 230; J.A. Pastor Ridruejo, *La faillite en droit international privé*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International, 1971, I, Tome 133.

⁽⁷⁴⁾ Vide Volken, ob. cit., p. 356 e ss.

Em primeiro lugar, o processo de falência evoluiu de um processo individual para um processo colectivo. De um processo em que intervinham apenas o credor e o devedor e em que aquele tinha o poder de exigir todo o seu crédito, o processo de falência organiza-se como processo em que devem ter intervenção todos os credores e deve ser assegurada a sua igualdade na repartição dos bens do falido. Hoje em dia, o processo de falência e a força pública têm como objectivo essa igualdade, seja através da apreensão dos bens do falido e da possibilidade de resolução de actos de disposição, seja através do estabelecimento de métodos de rateio da massa falida.

Em segundo lugar, o interesse público, nomeadamente o do Estado, tem justificado crescentemente a passagem do processo de falência de um litígio civil para um litígio onde o Estado tem um interesse directo, seja como credor, seja como regulador da economia.

Por último, e decorrente da internacionalização da economia, o processo de falência deixa de ter um âmbito nacional para se ver confrontado com situações de índole internacional.

Em conclusão, e porque temos de ser necessariamente breves, hoje o processo de falência é um processo colectivo, eivado de interesse público e sujeito a tensões entre jurisdições e leis aplicáveis.

3. Interesses e objectivos do processo falimentar em Portugal

Como já fizemos no capítulo anterior, cabe também neste capítulo relacionar e pesar os interesses que se movem no âmbito do processo de falência. A ponderação desses interesses será, mais uma vez, crucial em sede de conclusões e, no caso que nos preocupa, na determinação da força imperativa das normas relativas à falência em sede de uma situação internacional.

Atalhando caminho, podemos dizer que no processo de falência relevam dois interesses fundamentais:

O primeiro é o interesse dos credores. Este interesse con-substancia-se na estabilidade da massa falida e na resolução de actos que diminuam a garantia patrimonial geral, anteriores ou posteriores à falência, e na justiça dos métodos de distribuição do produto da liquidação do activo do falido.

A expectativa quanto à não diminuição do património do falido é garantida (falamos do direito português) através, nomeadamente, das medidas conservatórias (artigo 175.º a 178.º do Código do Processo Especial de Recuperação de Empresas e Falência — adiante CPEREF) e no regime especial a que ficam sujeitos determinados negócios jurídicos e acções judiciais (artigos 151.º a 171.º do CPEREF).

Estas regras podem ter relevância no estudo do nosso objecto já que as garantias reais podem ser impugnadas em certas circunstâncias. Surge desde logo a questão de saber como o artigo 158.º al. c) do CPEREF, norma que confere este direito de impugnação, se interpreta e aplica quando estiverem em causa garantias reais criadas exclusivamente ao abrigo de lei estrangeira.

Quanto à distribuição do activo do falido os credores têm a expectativa, por um lado, de verem as garantias reais funcionarem a seu favor dando-lhes prevalência e, por outro, terem assegurada a igualdade no rateio.

Em relação às garantias reais, e são elas que constituem o nosso objecto, podemos equacionar a questão de um outro modo. Terão os credores direito a apenas serem confrontados com as garantias previstas na legislação nacional, neste caso portuguesa?

Preliminarmente, pensamos que não. Não adiantaremos a nossa posição, que será expressa quando analisarmos o artigo 604.º do Código Civil.

Todavia, cabe dizer que não conferimos ao credor, quando concorre à falência, uma protecção quanto à sua avaliação do património do falido antes da declaração da falência. Quer isto dizer que o credor não pode ver resolvidos ou tornados inoponíveis ou ineficazes todos os negócios jurídicos que fossem por si desconhecidos ou mesmo que não pudesse conhecer e que criam um ónus ou encargo sobre esse património. Lendo o CPEREF e outra legislação pertinente concluímos que os actos resolvidos ou tornados inoponíveis correspondem a actos praticados com má fé (caso do artigo 158.º do CPEREF) ou que objectivamente consubstanciem uma sonegação de bens (caso do artigo 156.º).

O segundo interesse a salientar pode ser considerado um interesse público. Como dissemos acima, o Estado assume um papel de relevo no âmbito do processo falimentar. A regula-

ção da economia e a protecção do comércio jurídico faz-se também através do processo de falência. Acresce ainda que o Estado é, normalmente, um grande credor.

Este interesse público directo no processo falimentar tem necessariamente como consequência a consideração de que algumas normas revestem uma imperatividade e um âmbito de aplicação que as permite qualificar como normas de aplicação imediata ⁽⁷⁵⁾.

Ponderando os dois interesses supramencionados, diremos que o interesse directo prevalecente é o dos credores (onde se inclui o Estado). São os credores que através da assembleia e da comissão conformam o processo no seu interesse.

O Estado tem sobretudo um interesse indirecto, legislando de acordo com o que corresponde à sua noção de equilíbrio de interesses e à sua linha ideológica. De resto, como faz nos demais sectores da vida colectiva.

No caso do processo falimentar a sua orientação tem sido, por um lado, prever e apoiar mecanismos de recuperação e, por outro, garantir uma protecção aos credores em caso de falência. Mas, não obstante, na grande maioria dos casos, o interesse dos credores torna-se no interesse do Estado, como vimos, *supra*.

4. Os problemas específicos da falência internacional

Percorridos já os pontos introdutórios da matéria da falência cabe, por último, referir os aspectos específicos da falência internacional.

⁽⁷⁵⁾ Marques dos Santos, *Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado — Esboço de uma Teoria Geral* —, vol. II, Almedina, Coimbra, 1991, e *Les règles d'application immédiate dans le droit international privé portugais* in Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional, Almedina, Coimbra, 1998, não menciona as normas falimentares como pertencentes ao tipo de normas de aplicação imediata. Contudo, atendendo ao carácter universal e imperativo do regime de falência podemos considerar algumas disposições falimentares como normas de aplicação imediata (retomaremos este assunto adiante).

A falência internacional põe em crise o poder jurisdicional do Estado onde corre o processo falimentar. O processo falimentar é um processo de acertamento de posições jurídicas mas também de actos materiais e jurídicos de execução que exigem a força pública. Limitado no uso da *potestas* à sua jurisdição o tribunal nacional não poderá concretizar o disposto na sua lei, sempre que os actos exigidos tenham de ser executados no estrangeiro. Pensemos, por exemplo, na apreensão dos bens do falido.

Interligado com o fenómeno anterior surge o conflito entre a lei falimentar e as leis que sejam chamadas para regular situações jurídicas conexas, surgidas ao abrigo de outras ordens jurídicas. Cabe então determinar se e em que medida a lei falimentar cede competência a outras leis. Relembremos o que dissemos acima acerca da resolução de actos sujeitos a lei estrangeira.

Para ultrapassar estas dificuldades, têm sido apresentadas diversas convenções internacionais sobre a falência ⁽⁷⁶⁾.

Curioso será notar que as maiores dificuldades surgem na regulamentação dos direitos reais de garantia. Basta atentar que no projecto de Convenção Relativa à Falência, às Concordatas e aos Processos Análogos ⁽⁷⁷⁾, elaborado no seio da CEE e da UE, à regra de que a lei da falência tem um âmbito abrangente, incluindo os direitos reais de garantia, surgem numerosas excepções que tornam o texto ininteligível. Também a Convenção de Istambul ⁽⁷⁸⁾ sobre esta matéria se escusa a regular tais aspectos, preferindo dividir a falência de uma empresa em tantas jurisdições quantos os credores ou os bens envolvidos.

B — COMPETÊNCIA DOS TRIBUNAIS PORTUGUESES

Descurado em outras matérias, o momento jurisdicional no estudo dos problemas jurídico-internacionais da falência, é essencial. Isto porque a falência se concretiza exclusivamente através do

⁽⁷⁶⁾ Vide Volken, ob. cit., p. 401.

⁽⁷⁷⁾ Publicado in Bulletin des Communautés européennes, annexe 2/82, p. 11-44.

⁽⁷⁸⁾ De 5 de Junho de 1990, sob os auspícios do Conselho da Europa.

processo e dos órgãos jurisdicionais. É pois nesta sede que se vislumbram as opções de cada jurisdição, e é essa a dimensão que nos interessa, quanto à relação com outras jurisdições.

1. Competência internacional

Diz o artigo 65.º-A n.º 1 alínea b) do Código do Processo Civil:

Artigo 65.º-A (Competência exclusiva dos tribunais portugueses)

*A competência dos tribunais portugueses é exclusiva:
(...) b) Para os processos especiais de recuperação de empresa e de falência, relativamente a pessoas domiciliadas em Portugal ou a pessoas colectivas ou sociedades cuja sede esteja situada em território português*

Esta norma estabelece uma competência exclusiva, como indica a epígrafe, dos tribunais portugueses.

Esta exclusividade é depois reforçada através do regime de reconhecimento de sentenças estrangeiras, estabelecendo o artigo 1096.º n.º 1 alínea c) do mesmo diploma:

*Artigo 1096.º (Requisitos necessários para a confirmação)
Para que a sentença seja confirmada é necessário:
(...) c) Que provenha de tribunal estrangeiro cuja competência não tenha sido provocada em fraude à lei e não verse sobre matéria da exclusiva competência dos tribunais portugueses*

Como reflexo do que dissemos acima acerca dos interesses públicos que envolvem a matéria falimentar, o Estado Português reserva para si a regulação jurisdicional das falências de empresas portuguesas ⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁹⁾ Sobre a questão da nacionalidade das sociedades e as suas consequências vide Marques dos Santos, *Algumas Reflexões sobre a Nacionalidade das Sociedades em Direito Internacional Privado e em Direito Internacional Público*, Faculdade de Direito, Coimbra, 1985.

Esta constatação tem nesta matéria uma importância crucial. Isto porque poderá estar implícita na fixação da competência exclusiva uma intenção adicional de aplicar exclusivamente a lei do foro.

Pensamos que esta asserção estará correcta, mas, não obstante, não é aconselhável queimar etapas e concluir que a lei aplicável é a portuguesa só porque a competência jurisdicional é exclusivamente a portuguesa.

2. Âmbito da competência — Universalidade ou territorialidade da falência?

A competência exclusiva não é premissa suficiente para o surgimento de um problema de DIP no seio do processo falimentar. Pelo menos quanto a bens que se encontrem no estrangeiro. Quanto a bens que se encontrem no Estado da falência é óbvio que o problema de DIP se impõe sempre que os mesmos tenham sido localizados noutro Estado. Mas em tudo o resto é necessário que no seio da própria lei processual (nomeadamente na norma de recepção que confere competência aos tribunais) se opte pela universalidade da falência.

Sobre o conceito de universalidade diz Volken ⁽⁸⁰⁾

“Par l ‘universalité de la faillite on comprend la situation dans laquelle les effects d ‘une faillite ne se limitent pas au seul territoire de l ‘Etat dans lequel elle a été prononcée, mais s ‘étendent sur l ‘ensemble des Etats dans lesquels le debiteur possède des actifs”

Opondo-o ao conceito de territorialidade: ⁽⁸¹⁾

“Et inversement, en cas de territorialité, les effects de la faillite s ‘arrêtent aux frontières de l ‘Etat de l ‘ouverture de cette faillite”

⁽⁸⁰⁾ Ob. cit., p. 373.

⁽⁸¹⁾ Idem, p. 374.

Os conceitos de universalidade e de territorialidade, nesta sede descrevendo os efeitos da falência, têm uma correspondência na própria competência do juiz falimentar. Se os efeitos se produzirem fora da sua jurisdição tal terá como consequência que o seu poder jurisdicional, a sua competência, atravessa as fronteiras do Estado a que pertence e alarga-se a todos os locais conexos com a falência.

No caso dos bens do falido e das garantias reais sobre aqueles constituídas, a universalidade significa que a competência jurisdicional abarca os actos praticados sobre todos os bens do falido, onde quer que se encontrem, e a territorialidade que a jurisdição fica restrita aos bens que se encontrem no Estado do foro.

Assim, a opção pela universalidade é requisito para que o **Caso A** assumia relevância.

O regime falimentar português é um regime de universalidade mitigada⁽⁸²⁾. Em sede de competência directa, ⁽⁸³⁾ mesmo faltando uma norma expressa, a opção é pela universalidade da falência.

O legislador português não foi indiferente ao facto de alguns bens poderem estar localizados no estrangeiro, como comprova, regulando sobre a situação inversa duma falência a decorrer no estrangeiro e os bens estarem situados em Portugal, o disposto no artigo 13.º n.º 3 do CPEREF. O certo é que, nem no Código de Processo Civil, nem no CPEREF, encontramos qualquer disposição que restrinja a falência aos bens situados em Portugal. Uma situação paralela à que já analisámos em sede de partilha.

A competência internacional e territorial (artigo 13.º do CPEREF) é definida pela nacionalidade das empresas e não pela localização dos bens.

Acresce que no regime de liquidação do activo nenhuma restrição é feita quanto aos bens situados no estrangeiro.

No entanto, também é verdade que a lei nenhum auxílio presta quanto ao procedimento a adoptar em caso de bens situados no estrangeiro.

(82) *Idem*, p. 375.

(83) Para concretização dos conceitos de competência directa e indirecta vide Miguel Teixeira de Sousa, *A Competência Declarativa dos Tribunais Comuns*, Lex, Lisboa, 1994, p. 32.

Obviamente, não se espera que os actos jurisdicionais de tribunais portugueses possuam eficácia de *per si* em jurisdições estrangeiras. Não se trata, todavia, de o terem. Quando se fala em universalidade a intenção é apenas a de descrever um sistema em que o tribunal falimentar reclama para si o acertamento das situações jurídicas no âmbito da falência e a decisão sobre os actos de execução material necessários para o efeito. Como é óbvio tais actos terão de ser mediados sempre que pretendam ter eficácia em jurisdições estrangeiras.

A universalidade do regime português é mitigada pelo disposto no artigo 13.º n.º 3 do CPEREF. Este artigo reclama competência (directa) — dir-se-ia internacional, por força do artigo 65.º alínea *a*) do CPC — para a falência quando estejam em causa dívidas contraídas em Portugal, ou a cumprir em Portugal, desde que restrita aos bens aqui localizados (recorde-se que o artigo 1.º do CPEREF fala em empresas e não se refere a qualquer forma jurídica pessoal colectiva como faz o artigo 65.º A do Código de Processo Civil).

A universalidade do sistema português permite que se coloque a questão de DIP ao **Caso A**, já que estende a sua competência a todo o património do falido, onde quer que ele se encontre. Cabe pois perguntar:

- Qual a lei aplicável a direitos reais de garantia constituídos ao abrigo de lei estrangeira, encontrando-se as coisas sobre que incidem os mesmos em Portugal durante o processo falimentar (**Caso B**)?
- Qual a lei aplicável a direitos reais de garantia constituídas ao abrigo de lei estrangeiras, encontrando-se as coisas sobre que incidem os mesmos no estrangeiro durante o processo falimentar (**Caso A**)?

C — LEI APLICÁVEL À FALÊNCIA

1. Natureza da lei falimentar

Depois de termos concluído que ambos os casos que servem de base ao presente estudo têm relevância jurídico-internacional e exigem escolha de lei vamos determinar qual a lei aplicável.

Desde logo se vislumbram as opções:

No **Caso A** temos um conflito entre a *lex rei sitae* estrangeira e a *lex concursus* portuguesa.

No **Caso B** acresce que existem duas *lex rei sitae* potencialmente aplicáveis (a da anterior localização, que presidiu à constituição da garantia, e a actual, que corresponde à lei do foro). Caso a *lex rei sitae* anterior ainda se aplique cabe articulá-la com a *lex concursus*.

Antes de entrar neste problema de conflito positivo entre leis aplicáveis⁽⁸⁴⁾, cabe recorrer à lei material portuguesa que rege as garantias reais em sede de falência, de modo a que fiquemos inteirados sobre a sua natureza jurídica.

A lei falimentar é uma lei de características adjectivas. Aproximando-nos à realidade portuguesa, no fundo a que nos interessa, comecemos desde logo por nos confrontar com o nome da lei que a rege “Código do Processo Especial de Recuperação de Empresas e Falência” (sublinhado nosso). A perspectiva processual é desde logo assumida e com razão, tendo em conta que a falência só existe como processo, não tendo qualquer relevância fora dele.

Contudo, a lei de falência não se limita a estabelecer um procedimento de concretização de determinados direitos. Ela própria regula o acertamento das situações substantivas, criando, modificando e extinguindo situações jurídicas activas e passivas.

Como dizem Volken e Ridruejo⁽⁸⁵⁾ “*les aspects de procédure et de fond sont souvent inextricablement liés les uns aux autres*”.

Cobertas como estão pelo processo e a este funcionalizadas, as disposições substantivas da lei falimentar poderiam ser negligenciadas na apreciação da questão da lei aplicável à falência.

Recorrendo à distinção medieval da lei adjectiva e substantiva⁽⁸⁶⁾ dir-se-ia que a lei falimentar, como lei adjectiva, é a lei do foro, no caso em apreço a portuguesa.

⁽⁸⁴⁾ Sobre conflitos de qualificações, vide, designadamente, Marques dos Santos, *Breves...*, ob. cit., p. 32 e ss. e autores aí citados.

⁽⁸⁵⁾ Ob. cit., p. 389 e 189, respectivamente.

⁽⁸⁶⁾ Vide quanto a esta distinção, por todos, Baptista Machado, ob. cit., p. 17.

Todavia, pensamos que temos de qualificar as normas individualmente. De facto, a sujeição à lei do foro das questões adjectivas justifica-se pelo facto de os tribunais, como órgãos de soberania, deverem sujeitar-se, quanto à sua organização e actuação processual, à lei do Estado do qual emana o seu poder. Não faria sentido de outro modo. O conceito de leis adjectivas tem por isso um significado rigoroso. São as leis que relevam da estrutura, organização, funcionamento orgânico e processual dos órgãos jurisdicionais.

Mesmo que integradas em leis de processo, as normas substantivas não se podem sujeitar automaticamente à *lex fori*. Num sistema aberto ao DIP e aos sistemas estrangeiro como o nosso tal sujeição seria inadmissível.

Cabe sempre perguntar se determinada norma substantiva se aplica a uma determinada situação jurídica internacional.

Essa determinação far-se-á pela norma de conflitos pertinente ou pela qualificação da norma em causa como norma de aplicação imediata.

Percorramos pois as normas portuguesas que, quanto à admissibilidade de garantias reais e sua graduação, se colocam como potencialmente aplicáveis.

2. Normas sobre admissibilidade e graduação de créditos

a) Normas do Código do Processo Especial de Recuperação de Empresas e Falência

O CPEREF não tem nenhuma disposição que expressamente regule a admissão e o modo de graduação de garantias reais em sede do processo de falência.

No artigo 200.º, que concerne à sentença que culmina o processo de verificação do passivo, o CPEREF apenas diz que o juiz deverá verificar e graduar os créditos, sendo a graduação especial para os bens a que respeitem direitos reais de garantia.

Contudo, ao longo do Título III (Processo de Falência) encontramos várias disposições que afectam directa ou indirectamente os direitos reais de garantia constituídos sobre bens da massa falida.

Temos em síntese os seguintes conjuntos de normas:

- Disposições que permitem a resolução ou impugnação de negócios jurídicos, incluindo garantias reais (artigos 155.º a 160.º, especialmente o já mencionado 158.º alínea c);
- Disposições que alteram o regime de cumprimento de contratos e que podem ter influência sobre as garantias reais constituídas no seu seio (artigo 151.º, 153.º e 161.º a 171.º); e
- Disposições que extinguem direitos reais de garantia, tornam-nos inoponíveis ou reduzem o crédito garantido (152.º e 200.º n.º 2 e 211.º) ⁽⁸⁷⁾.

Estas disposições podem ter efeitos em direitos reais de garantia. Quanto à sua aplicação em direitos reais de garantia constituídos ao abrigo de leis estrangeiras responderemos de seguida.

b) Normas do Código Civil — O artigo 604.º

Se o CPEREF não prevê um regime especial, com as excepções acima indicadas, para a admissão e graduação de créditos, teremos de recorrer à lei geral, neste caso ao Código Civil.

⁽⁸⁷⁾ Artigo 152.º (Extinção dos privilégios creditórios)

Com a declaração de falência extinguem-se imediatamente, passando os respectivos créditos a ser exigidos como créditos comuns, os privilégios creditórios do Estado, das autarquias locais e das instituições de segurança social, excepto os que se constituírem no decurso do processo de recuperação da empresa ou de falência.

Artigo 200.º (Sentença)

1 — *Na sentença deve o juiz proceder à verificação e graduação dos créditos, independentemente do apuramento das operações de liquidação, e fixar a data da falência, se antes não o tiver sido.*

2 — *A graduação é geral para os bens da massa falida especial para os bens a que respeitem direitos reais de garantia.*

3 — *Na graduação de créditos não é atendida a preferência resultante de hipoteca judicial, nem a proveniência da penhora, mas as custas pagas pelo autor ou exequente são equiparadas às do processo de falência para o efeito de saírem precipuas da massa.*

Artigo 211.º (Reservas)

Os pagamentos aos credores com garantia real e os rateios parciais devem ser efectuados de modo que fiquem sempre em depósito 25% do produto de cada um dos seus bens liquidados, para garantia das custas e demais despesas que forem contadas a final.

O recurso ao Código Civil tem duas consequências importantes. Em primeiro lugar o Código Civil é o paradigma de lei substantiva. Deixamos de estar amarrados ao invólucro processual da CPEREF. A questão da lei aplicável volta a assumir-se com toda a clareza.

Depois, também deixa de estar sujeita à ideia de imperatividade que envolve o CPEREF (por razões ligadas às normas de aplicação imediata e não por ser a *lex fori*).

Diz o artigo 604.º do Código Civil:

Artigo 604.º (Concurso de credores)

- 1 — *Não existindo causas legítimas de preferência, os credores têm o direito de ser pagos proporcionalmente pelo preço dos bens do devedor, quando ele não chegue para integral satisfação dos créditos,*
- 2 — *São causas legítimas de preferência, além de outras admitidas na lei, a consignação de rendimentos, o penhor, a hipoteca, o privilégio e o direito de retenção.*

O artigo 604.º funda na nossa ordem jurídica uma ideia de tipicidade dos direitos reais de garantia, à semelhança do artigo 1306.º em sede de direitos reais de gozo⁽⁸⁸⁾.

Quer este artigo significar que só os direitos reais de garantia aí previstos podem prevalecer em sede de execução do património do devedor/falido (relembremos que todos os direitos reais de garantia aí previstos necessitam de uma execução processual⁽⁸⁹⁾).

Vejamos a seguir como o DIP intervém nas questões jurídicas reguladas no direito interno pelas normas citadas do CPEREF e do Código Civil.

⁽⁸⁸⁾ Vide quanto à interpretação do artigo 1306.º e da questão da tipicidade no Direito português, para além dos autores já citados, também Antunes Varela/Pires de Lima, *Código Civil Anotado*, Vol. III, 2.ª edição, Coimbra Editora, 1987, p. 95.

⁽⁸⁹⁾ Ao contrário do que acontece por exemplo no Direito inglês em que o credor assume um direito real de gozo em consequência do incumprimento sobre os bens sujeitos a garantia.

3. **Unidade ou pluralidade de leis aplicáveis? A lei aplicável aos direitos reais de garantia no âmbito da falência**

Até ao momento podemos resumir as seguintes conclusões:

- A competência dos tribunais portugueses em sede falimentar é universal, abarcando todos os bens do falido;
- As normas relativas aos direitos reais de garantia são, em geral, as constantes do Código Civil;
- O CPEREF dispõe de normas substantivas que têm implicações sobre os direitos reais de garantia admitidos à falência, não dispondo, no entanto, de normas sobre a graduação das garantias constituídas.

Tendo em conta a universalidade da competência falimentar é necessário determinar se é imposta a unidade da lei aplicável aos direitos reais de garantia e, em caso negativo, qual a lei aplicável.

Volken⁽⁹⁰⁾ distingue os sistemas de unidade dos sistemas de pluralidade de lei aplicável. Tal como o nome indica, nos primeiros todo o regime de falência (adjectivo e substantivo) estaria sujeito a uma única lei, logicamente a lei do foro. No segundo a falência abre-se a várias leis, dependendo da questão jurídica em apreço.

A lei portuguesa não dispõe de qualquer norma que indique qual a lei aplicável às questões substantivas (dando de barato que às questões processuais se aplica a lei do foro) em sede de falência.

Curioso será notar que em sede de direitos reais, *tout court*, a lei coordenou a competência exclusiva dos tribunais portugueses dada pela norma de recepção (artigo 65.º A alínea *a*) com a norma de conflitos que determina a competência da *lex rei sitae*. Tanto o DIP como Direito Processual Internacional se articulam em prol dos interesses que fundam a decisão de regulação das questões jurídicas reais de bens situados em Portugal pelos tribunais e pela lei portuguesas.

Já vimos, não obstante, que em caso de conflito móvel, será necessário dar espaço à actuação da lei estrangeira.

(90) Ob. cit., p. 387.

Em sede de falência internacional, a lei portuguesa apenas dispõe sobre a competência dos tribunais, sendo omissa quanto à decisão sobre a lei aplicável.

Assim, terá de ser o intérprete e aplicador do direito, recorrendo às regras existentes, a decidir sobre a questão.

No capítulo I já concluímos sobre a lei aplicável em geral aos direitos reais de garantia. Concluímos então que:

No **Caso A** se aplicaria a lei estrangeira, tendo em conta a estatuição do artigo 46.º do Código Civil.

No **Caso B** se aplicaria a lei portuguesa após a transposição dos direitos reais de garantia para uma figura conhecida do Direito português. Tal solução resultava do compromisso entre a estatuição do artigo 46.º e a protecção de direitos adquiridos sobre a coisa em momento anterior.

Cabe agora perguntar se tais conclusões se mantêm.

O estatuto falimentar é um estatuto abrangente que atinge todo o património do falido e que sujeita todos os bens a um regime único, no interesse nos credores.

Assim sendo, é legítimo perguntar se o interesse do foro, o interesse do Estado que prossegue o processo falimentar, não se sobrepõe a qualquer outro.

Recordo que estão em causa dois objectivos principais: a protecção dos credores face a actos que ponham em causa a sua garantia patrimonial geral e que sejam praticados com esse intuito, e a protecção do princípio da igualdade entre credores.

Como já se antecipava do ponto III.C.2, pensamos que se deverá fazer uma distinção fundamental no seio das regras portuguesas aplicáveis à falência.

As regras constantes do CPEREF são normas de aplicação imediata ⁽⁹¹⁾.

⁽⁹¹⁾ Marques dos Santos, obs. cit., descreve da seguinte forma as normas de aplicação imediata:

- São normas materiais;
- São normas espacialmente autolimitadas;
- São normas dotadas de particular intensividade valorativa.

De facto, pela conjugação da norma de recepção do Código de Processo Civil e da inexistência de norma em contrário no CPEREF, a lei de falência reclama uma actuação que escapa às normas de conflitos. Assume-se como a lei aplicável às empresas com sede ou domicílio em Portugal e ignora qualquer outro elemento de conexão.

Por outro lado, a carga valorativa das normas do CPEREF é clara. Não faria sentido que normas exclusivamente previstas para a falência e que traduzem opções fundamentais de ordem jurídica e económica ficassem à mercê de normas de conflitos.

Apesar de não poder ser o único argumento, o estabelecimento de competência exclusiva é sintomático dessa carga valorativa.

No âmbito dos direitos reais de garantia serão imediatamente aplicáveis as normas que elencámos no ponto III.c. 2.a) ⁽⁹²⁾.

Seguindo outra via de resolução poder-se-ia dizer que a lei de falência funciona também como lei pessoal do falido ⁽⁹³⁾. Não difere da lei pessoal aplicável em outros domínios, como seja quanto às formas de vinculação das sociedades (integrado no âmbito dos artigos 3.º do CSC e 33.º do Código Civil ⁽⁹⁴⁾) ou da capacidade pessoal para contratar (artigos 25.º e 31.º do Código Civil). Podemos, até, encontrar um paralelismo claro com a dissolução de pessoa colectiva de que fala expressamente o artigo 33.º n.º 2 do Código Civil.

O credor saberá que a uma empresa “portuguesa” (colectiva ou em nome individual) se aplicará a lei falimentar portuguesa, com incidência também nos direitos reais de garantia criados no âmbito de relação comercial.

Já quanto à admissão e graduação de direitos reais de garantia regulada pelo artigo 604.º do Código Civil o mesmo raciocínio não é possível, qualquer que seja a via adoptada.

⁽⁹¹⁾ Também chega à mesma conclusão Leboulanger, ob. cit., p. 407.

⁽⁹³⁾ A nossa opção pela caracterização das normas do CPEREF como de aplicação imediata exclui o método conflitual. Contudo, a integração do estatuto falimentar no estatuto pessoal surge como solução óptica de método conflitual, subsidiária no acervo de soluções que avançámos.

⁽⁹⁴⁾ Assim Baptista Machado, ob. cit., p. 346, Luís de Lima Pinheiro, *Direito...*, ob. cit., p. 69 e ss.

Em primeiro lugar, não é inocente o facto de a lei de falência nada dizer quanto aos direitos reais de garantia admissíveis e qual a sua graduação. Este aspecto formal não é de somenos, tendo em conta que o legislador regulou as situações que entendia relevarem exclusivamente do processo falimentar. Como dissemos acima a diferente sede do artigo 604.º impede uma comunicação automática da imperatividade extraterritorial da lei falimentar.

No plano substantivo também nos parece que os interesses que nesta sede se colocam em face dos direitos reais de garantia não diferem dos que existem em termos gerais, em acções declarativas e executivas comuns. Se acima entendemos o artigo 604.º como uma norma aberta ao sistema conflitual, não temos porque mudar de posição.

No ponto II.A.3 supra dissemos que o os credores falimentares não vêm tutelado, nem a sua avaliação própria do património do falido, nem uma aplicação exclusiva da lei portuguesa na formulação do seu juízo sobre este património. Quer isto dizer que a lei falimentar não protege os credores só porque desconhecem determinados direitos reais de garantia que incidiam sobre bens do falido e que estão sujeitos a lei estrangeira. As regras falimentares apenas protegem os credores de actos de má fé ou objectivamente danosos perpetrados pelo falido e do egoísmo (na expressão de Volken) de certos credores.

Quanto ao problema que nos preocupa não temos mais *topoi* que não sejam os formais ou os valorativos. Não dispomos de normas que interpretadas nos indiquem claramente o caminho.

Por outro lado, as situações podem ser diversas consoante a construção do direito real de garantia submetido à lei estrangeira e à natureza que assume.

Podemos estar em face de direitos reais de garantia análogos aos previstos na nossa legislação ou perante outros que podem mesmo conferir ao credor um direito real de gozo sobre a coisa.

Não queremos, tendo em conta a índole do presente estudo, multiplicar-nos em análises atomistas de diversos direitos reais de garantia, tantos quantos podemos imaginar.

O nosso modesto propósito é o de dar, na consciência das nossas limitações, linhas de orientação para a resolução de um problema geral mas sempre coberto de pequenas especificidades se descermos ao nível do caso concreto.

D — RESOLUÇÃO DOS CASOS TIPO

Aqui chegados cabe resolver os casos tipo indicados no início do presente estudo.

Caso A

Recordando a questão fundamental suscitada: no caso de uma falência levada a cabo em Portugal, estando alguns bens do falido localizados no estrangeiro, qual a lei aplicável à admissibilidade de direitos reais de garantia que incidam sobre bens da massa falida e à graduação de créditos?

Em face do exposto, e por força do artigo 46.º do Código Civil, esses bens ficam sujeitos à garantia real nos precisos termos previstos pela *lex situs*, nomeadamente quanto à graduação.

Todavia o bem apenas ficará sujeito ao estatuto real da *lex situs* e não também ao estatuto falimentar dessa lei.

A garantia terá de ser exercida pelo credor, não obstante o previsto na *lex situs* e, caso algo sobeje dessa execução, terá de ser junto à massa falida.

Em tudo o resto deverá ficar sujeito à lei falimentar do foro.

Obviamente, encontrando-se o bem em jurisdição onde não alcança directamente o poder jurisdicional do foro, a execução do previsto no CPEREF terá de ser mediada pelo Estado da situação da coisa. E sempre poderá acontecer que o tribunal estrangeiro entenda que não poderão tais decisões ser executadas na respectiva ordem jurídica.

De todo o modo, apenas pretendemos propor um mecanismo de escolha de lei. As formas da sua execução passarão sempre pelo crivo do tribunal correspondente à *lex situs* ou por normas estabelecidas em convenção internacional.

Caso B

Na hipótese de existir um direito real de garantia constituído ao abrigo de lei estrangeira mas, não obstante, tal bem esteja localizado em Portugal, qual será a lei aplicável?

Caso não tenham sido constituídos, à luz da lei portuguesa, direitos reais de garantia incompatíveis com os constituídos sob a égide de lei estrangeira, estamos em crer, em face da não existên-

cia de expectativas tuteláveis, que se deverá proteger os direitos já constituídos. Tendo em conta a necessária unidade dos direitos reais, e nomeadamente dos direitos reais de garantia, o exercício dos direitos reais de garantia terá de ser compatível com a ordem jurídica portuguesa.

O que dissemos difere das chamadas condições de persistência do direito, referidas atrás e colhidas em Ferrer Correia. O preenchimento de tais condições caso não surja direito incompatível, não será necessário ⁽⁹⁵⁾.

Apenas se exige que do exercício (e não a existência) do direito real de garantia não surja uma forma de afectação da coisa incompatível com a ordem jurídica portuguesa. Pensemos por exemplo, que o credor fica beneficiário dos frutos da coisa em *trust*.

Em caso de ter sobrevivido um direito real de garantia constituído à luz da lei portuguesa (por exemplo um penhor com desapossamento), o direito real de garantia constituído à luz da lei estrangeira (por exemplo, um penhor meramente contratual) não poderá sobrepor-se ao primeiro.

Fundamos esta decisão no facto de o segundo credor pignoratício ter fundado a sua decisão contratual na expectativa de não incidir sobre o bem qualquer direitos reais de garantia. De facto, a inexistência de desapossamento da coisa e o posterior apossamento da sua parte, e em face da *lex situs*, são suficientes para se ter criado a convicção segura de que teria constituído uma garantia a seu favor, com prevalência sobre qualquer outra.

Um último reparo será necessário. Caso o primeiro credor adopte as providências necessárias para que o seu direito real de garantia, constituído à luz de lei estrangeira, se aperfeiçoe do ponto de vista da lei portuguesa, ou se somente a aparência for de que tais requisitos estão preenchidos, o primeiro credor não terá tutela.

Pensemos, ainda dentro do exemplo do penhor, que o credor pignoratício, ao abrigo de um penhor sem desapossamento, detém a coisa, não obstante o regime sob o qual foi constituída não o exigir.

⁽⁹⁵⁾ por todos e aplicando a *communis opinio* à falência, Leboulanger, ob. cit., p. 408 e 415.

Serão talvez de razões de equidade que se revelam neste raciocínio, todavia, penso que será melhor caminhar neste sentido, equívoco, é certo, do que ficar amarrado a uma rigidez total decorrente da actuação da *lex situs*.

III. CONCLUSÕES FINAIS — SÍNTESE

Tudo visto, as conclusões do presente trabalho são, em síntese, as seguintes:

- A *lex rei sitae* (ou outra conexão especial do artigo 460 do Código Civil) é a lei aplicável à admissibilidade de direitos reais de garantia e à sua graduação sempre que tal questão se coloque;
- A *lex rei sitae* deve, no entanto, ceder competência em caso de conflito móvel (tendo em conta os direitos adquiridos) ou quando se sobreponha outro estatuto mais abrangente (caso do sucessório ou falimentar);
- No caso de conflito móvel, devemos distinguir as situações em que surge um direito real de garantia constituído à luz da lei portuguesa, das situações em que tal não acontece. Só no primeiro caso e ainda quando o exercício do direito real de garantia seja incompatível com as regras e princípios basilares do regime dos direitos reais, deve ser desconsiderado o direito real constituído à luz de lei estrangeira.
- Excepção deve ser também feita à prevalência de estatutos globais sempre que essa cedência comprometa irremediavelmente os princípios fundamentais do regime dos direitos reais na *lex situs*, atentas, sobretudo as expectativas fundadas da comunidade jurídica da *lex situs* e a necessária unidade do regime dos direitos reais;
- Em sede de falência, as normas constantes do CPEREF aplicam-se imediatamente, inclusive quanto aos direitos reais de garantia. Assim sendo, a *lex concursus* prevalece sobre qualquer disposição da *lex rei sitae*, seguindo outra via, pode-se integrar as normas falimentares no estatuto pessoal aplicando-se a norma de conflitos competente;

- Nas matérias não reguladas directamente pelo CPEREF, aplica-se o direito conflitual e, conseqüentemente, regula a *lex rei sitae*, com as limitações acima explanadas.

Lisboa, 1 de Outubro de 1999.

BIBLIOGRAFIA

- Almeida, Carlos Ferreira de; Fontes, José Allen, *Direito Comparado — II Textos de Apoio Pedagógico* Associação da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1994.
- Almeida, Carlos Ferreira de, *Introdução ao Direito Comparado*, Almedina, Coimbra, 1994.
- Ascensão, José de Oliveira, *Direito Civil — Reais*, 5.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993.
- Bussani, Mauro, *Le Droit Civil des Sûretés Réelles. Le Modèle Italien des Sûretés*, in *Revue Européenne de Droit Privé* Kluwer Law International Belgique, 1998.
- Cardoso, João António Lopes, *Partilhas Judiciais (Teoria e Prática) Volume I*, Livraria Almedina, Coimbra, 1979.
- Carlos, Adelino da Palma, *Código de Processo Civil anotado* Lisboa, 1940.
- Collaço, Isabel de Magalhães, *Direito Internacional Privado*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1959.
- Collaço, Isabel de Magalhães, *Da qualificação em Direito Internacional Privado*, Livraria Petrony, Lisboa, 1964.
- Cordeiro, A. Menezes, *Direitos Reais, Reprint, 1979*, Lex, Lisboa, 1993
- Correia, A. Ferrer, *Direito Internacional Privado*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1973.
- Correia, A. Ferrer, *Direito Internacional Privado — Alguns Problemas*, Almedina, Coimbra, 1996.
- Correia, A. Ferrer, *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1989.
- Crosio, Alain *Les Sûretés — La Garantie des Créances*. J. Delmas et Cie, Paris, 1985
- David, René, *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, Martins Fontes. São Paulo, 1998.
- Labareda, João, *Código dos Processos Especiais de Recuperação de Empresas e de Falência Anotado*, 3.ª Edição, Quid Juris, Lisboa, 1999.
- Fernandes, Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direitos Reais*, 2.ª edição, Quid Juris, Lisboa, 1997.
- Ferreira, Vasco Tabora, *Sistema do Direito Internacional Privado Segundo a Lei e a Jurisprudência*. Edições Ática, Lisboa, 1957.
- Fractcher, William F., *International Encyclopedia of Comparative Law — Vol. VI (Proptery and Trust) — Chapter 11 (Trust)*, Kluwer, 1974.
- Freitas, José Lebre de, *Código de Processo Civil Anotado vol. I*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- Gilliéron, Pierre-Robert, *Les Dispositions de la Nouvelle Loi Fédérale de Droit International Privé Sur la Faillite International*, Cedidac, Lausanne, 1991.

- Grodecki, Jan K., *International Encyclopedia of Comparative Law — Vol. III (Private International Law) — Chapter 8 (Intertemporal Conflict of Laws)*, Kluwer, 1975.
- Hoyle, Marks S. W., *Private International Law: Cases and Materials*, The Laureate Press London, Great Britain, 1982.
- Leboulanger, Philippe, *La mise en œuvre des sûretés dans le cadre d'une faillite internationale en Droit positif français* in *Etudes de Droit Contemporain, Contributions françaises au 15.^e Congrès international de droit comparé*, *Revue Internationale de Droit Comparé* -2 — 1998.
- Loussouarn, Yvon; Bourel, Pierre, *Droit International Privé*, 3.^a Edição, Dalloz, Paris, 1988.
- Machado, João Baptista, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.^a Edição, Almedina, Coimbra, 1995.
- Mendes, João de Castro, *Teoria Geral do Direito Civil vol. 1*, Lisboa, AAFDL, 1978
- Mendes, João de Castro, *Direito Comparado*, Associação da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1982-1983.
- Mimoso, Maria João Silva; Nicolau Santos, *Direito Internacional Privado — Casos Práticos* SPB, Editores e & Livreiros, Lisboa, 1996.
- Neto, Abílio, *Código Civil Anotado*, 11.^a Edição, Ediforum, Lisboa, 1997
- Neto, Abílio, *Código de Processo Civil Anotado*, 14.^a Edição, Ediforum, Lisboa, 1997.
- Pinheiro, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado — Parte Especial (Direito de Conflitos)*, Almedina, Coimbra, 1999.
- Pinheiro, Luís de Lima, *A Venda com Reserva de Propriedade em Direito Internacional Privado* McGraw-Hill, Lisboa, 1991.
- Pires, Florbela de Almeida, *Emissão de Valores Mobiliários*, Lex, Lisboa, 1999
- Ramos, Rui Manuel Gens de Moura, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 1990.
- Ramos, Rui Manuel Gens de Moura, *A Reforma do Direito Processual Civil Internacional*, 1.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.
- Ramos, Rui Manuel Gens de Moura, *Das Relações Privadas Internacionais — Estudos de Direito Internacional Privado*, 1.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1995.
- Reis, Alberto dos, *Código de Processo Civil anotado vol. 1*, 3.^a Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1948.
- Rigaux, François, *Recueil des Cours — Collected Courses of the Hague Academy of International Law — Tome 117 de la collection*, Kluwer, 1966.
- Santos, António Marques dos, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Almedina, Coimbra, 1998.
- Santos, António Marques dos, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado — Esboço de Uma Teoria Geral (Volume I e II)*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 1991.
- Santos, António Marques dos, *Breves Considerações Sobre a Adaptação em Direito Internacional Privado — Separata dos Estudos em Memória do Prof. Doutor Paulo Cunha*, Universidade de Lisboa, Lisboa, 1988.
- Santos, António Marques dos, *Direito Internacional Privado*. Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1995.
- Sousa, Miguel Teixeira de, *A Competência Declarativa dos Tribunais Comuns*, 1.^a Edição, Lex, Lisboa, 1999.
- Tomé, Maria João Romão Carreiro Vaz; Campos, Diogo Leite de, *A Propriedade Fiduciária (Trust) — Estudo Para a sua Consagração no Direito Português*, Almedina, Coimbra, 1999.

- Varela, Antunes e Lima, Pires de, *Código Civil Anotado Vol. I*, 4.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.
- Varela, Antunes e Lima, Pires de, *Código Civil Anotado Vol. III*, 2.^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987.
- Varela, João de Matos Antunes, *Das Obrigações em geral vol. II*, 5.^a edição, Almedina, Coimbra, 1992.
- Vários sob coordenação de Isabel Magalhães Collaço, *Direito Internacional Privado — Casos Práticos de Devolução e Qualificação*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1983.
- Venturini, Gian C., *International Encyclopedia of Comparative Law — Vol. III (Private International Law) — Chapter 21 (Property)*, Kluwer, 1974.
- Volken, Paul, *Recueil des Cours — Collected Courses of the Hague Academy of International Law — Tome 230 de la collection*, Kluwer, 1993.
- Wieacker, Franz, *História do Direito Privado Moderno*, 2.^a Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1993.
- Zweigert, Konrad Kotz, Ilein, *Introduction to Comparative law*, Second Revised Edition, Clarendon Press Oxford, Great Britain, 1993.