

A GARANTIA HIPOTECÁRIA:

Análise comparativa entre o regime jurídico instituído no Código Civil de 1966 e no Acto Uniforme da OHADA relativo à Organização das Garantias¹

Cláudia Madaleno

1. Apresentação.

A presente exposição tem por objecto a análise da hipoteca no quadro jurídico da Guiné-Bissau, tanto ao nível do Código Civil de 1966²³, como ao nível do AUG. Com efeito, muito embora o CC regule a garantia hipotecária nos seus artigos 686º e seguintes, é seguro que este regime jurídico não se encontra plenamente em vigor na Guiné-Bissau, dado que lhe sobreveio um outro conjunto de regras relativas à hipoteca, constantes do AUG, designadamente dos artigos 117º e seguintes.

A nossa análise centra-se na observação da garantia hipotecária, numa perspectiva comparativa entre os dois regimes jurídicos, com vista a averiguar que inovações foram trazidas pelo regime da Organização para a Harmonização do Direito dos Negócios em África⁴, bem como as suas vantagens e desvantagens em face do regime anterior revogado. Pretende-se ainda examinar e concluir a possibilidade de manutenção em vigor de algumas normas constantes do Código Civil, eventualmente não revogadas pelo AUG.

2. Dificuldades práticas da hipoteca em África.

Antes da análise propriamente dita do regime jurídico da hipoteca, impõe-se chamar a atenção para um ponto prévio relativo à importância desta garantia no contexto africano e no seu possível contributo para a promoção do desenvolvimento económico.

A hipoteca assume-se na generalidade dos países como um instrumento fundamental à concessão de crédito, sendo uma das garantias mais utilizadas e solicitadas precisamente devido ao elevado grau de segurança que proporciona. Neste

¹ Daqui em diante, o Acto Uniforme da OHADA Relativo à Organização das Garantias será designado por AUG.

² O Código Civil de 1966 foi tornado extensivo às províncias ultramarinas pela Portaria nº 22.869, de 4 de Setembro de 1967, publicada no Suplemento ao Boletim Oficial nº 38, de 25 de Setembro de 1967.

³ Daqui em diante, o Código Civil de 1966 será designado por CC.

⁴ Daqui em diante, a Organização para a Harmonização do Direito dos Negócios em África será designada por OHADA.

mesmo sentido, já Vaz Serra considerava que a hipoteca era “*o motor do progresso económico*”, pelo que a regulamentação legal desta figura constituía “*um problema do mais alto interesse público*”⁵. De facto, como a hipoteca representa uma garantia sólida a favor do credor, isso beneficia a concessão de crédito e o investimento daí decorrente. Com um alto nível de investimento, há maior propensão para a economia progredir, obtendo-se por essa via o desenvolvimento económico. Todavia, para existir investimento é necessário liquidez financeira, a qual é, na maioria das vezes, inexistente. O recurso ao crédito constitui por isso um factor essencial do desenvolvimento económico que permite ultrapassar o problema da falta de liquidez financeira. Recorrendo ao crédito é possível obter recursos financeiros suficientes para o investimento necessário ao desbloqueamento da economia e bem assim ao seu consequente desenvolvimento. No entanto, como as entidades bancárias não concedem empréstimos sem que existam garantias bastantes do posterior ressarcimento do seu crédito, cabe ao Direito a criação de mecanismos legais que permitam a existência e a efectivação de tais garantias e foi assim que surgiu a hipoteca enquanto forma privilegiada de garantia da concessão de crédito.

Nos países europeus, assim como em muitos outros, a hipoteca constitui, como dissemos já, a principal garantia oferecida pelos particulares com vista à obtenção de crédito, representando um motor indispensável ao desenvolvimento económico. Contudo, o mesmo não se pode afirmar nos países africanos, em que *normalmente* os bens imóveis não se encontram devidamente formalizados no registo predial, o que inviabiliza que possam ser dados em garantia pelos seus proprietários. Aliado a este problema encontra-se uma segunda dificuldade, que tem a ver com a própria inexistência ou ineficiência dos serviços registais, o que torna extremamente difícil a concretização prática de garantias só exequíveis através do registo.

Com efeito, as dificuldades práticas que a garantia hipotecária enfrenta em África acabam por reduzir substancialmente o âmbito da sua aplicação, pelo que, embora esta pudesse contribuir para o desenvolvimento económico, acaba por se tratar de uma figura com um conteúdo útil reduzido, pelo menos no contexto actual. Não queremos com isto dizer que não seja utilizada a garantia hipotecária, mas tão-só que a sua importância se situa abaixo daquela que, em circunstâncias normais, poderia assumir. Nesta ordem de ideias, impõe-se aos Estados africanos, e, particularmente, ao

⁵ Cf. Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Hipoteca*, Boletim do Ministério da Justiça, nº 62, 1957, p. 6.

Estado da Guiné-Bissau, a modificação da realidade factual com vista a criar as condições necessárias ao desenvolvimento da garantia hipotecária, à promoção do investimento e ao consequente desenvolvimento económico.

3. Noção.

A hipoteca caracteriza-se como uma garantia especial, mais especificamente, uma garantia real.

Garantias especiais são todos os meios conferidos ao credor que lhe permitem uma maior segurança relativamente ao ressarcimento do seu crédito, na medida em que constituem um reforço qualitativo ou quantitativo da garantia geral. Todos os credores têm, como garantia geral do direito ao ressarcimento dos seus créditos, o património do seu devedor susceptível de penhora, salvas as excepções previstas na lei – cf. art. 601º do CC. Todavia, a lei admite que os credores assegurem particularmente este direito, mediante a constituição de garantias especiais⁶.

O conceito de garantia especial não é propriamente unitário, na medida em que se caracteriza sempre pela bipolaridade entre a garantia pessoal e a garantia real. A *garantia pessoal* é aquela que constitui para o credor um reforço quantitativo do seu crédito, isto é, que lhe permite agir contra o património de outra pessoa, para além do devedor, que é o património daquele que garantiu pessoalmente o cumprimento da dívida. Contudo, convém notar que o credor com garantia pessoal é um mero credor quirografário, ou seja, não tem qualquer preferência de pagamento nem em relação aos bens do devedor garantido, nem em relação aos bens do garante pessoal. Ao invés, a *garantia real* consubstancia, para o credor, uma legítima preferência de pagamento sobre certos bens do devedor ou de terceiro, o que quer dizer que, por via da constituição deste tipo de garantias, os credores adquirem o direito de serem pagos antes de outros credores pelo produto da venda de certos bens.

Nestes termos, a hipoteca consiste numa garantia especial real, uma vez que dela resulta para o credor hipotecário a constituição de um direito real de garantia sobre os bens hipotecados, nos termos do qual ele adquire o direito de se pagar preferencialmente pelo produto da venda destes mesmos bens. Por conseguinte, a hipoteca confere o direito a ser pago antes dos credores comuns ou quirografários, bem como antes de

⁶ Acerca do conceito de garantia especial, consultar Luís Menezes Leitão, *Garantias das obrigações*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 108 e seguintes.

outros credores com garantias especiais que a lei gradue abaixo da hipoteca - conforme o disposto no art. 686º nº 1 CC e art. 117º AUG.

Uma vez feito este ponto prévio relativo ao conceito de hipoteca, vamos passar à análise propriamente dita do regime jurídico desta figura.

4. Objecto.

No contexto do Código Civil, a hipoteca tanto podia incidir sobre bens imóveis, como sobre bens móveis equiparados, nos termos do art. 688º nº 1 do CC. Inversamente, no AUG a hipoteca é apresentada como *garantia exclusivamente imobiliária*, sendo, aliás, a única garantia real expressamente consagrada relativamente aos bens imóveis – cf. art. 117º § 1 do AUG. Dizemos *expressamente*, na medida em que, efectivamente, o AUG contém outras garantias imobiliárias, as quais não se encontram consagradas de modo expresse, como acontece com a hipoteca.

Por conseguinte, é este o primeiro ponto de discórdia entre o Código Civil e o AUG, ou seja, o objecto da garantia hipotecária, sendo certo que este é um ponto especialmente relevante.

Antes da entrada em vigor do AUG, o regime jurídico guineense que, nesta parte, coincidia com o regime vigente em Portugal, admitia a hipoteca sobre os bens imóveis, e, bem assim, sobre certos móveis, equiparados pela lei aos bens imóveis para efeito da constituição de hipoteca (cf. art. 688º nº 1 e) CC). Encontrava-se nesta situação o automóvel, bem móvel por excelência equiparado aos bens imóveis, designadamente em termos da sua sujeição ao registo e da sua hipotecabilidade – cf. artigos 1º, 4º e 5º do Decreto nº 47.952, de 22 de Setembro de 1967⁷, tornado extensivo às então províncias ultramarinas pela Portaria nº 23.089, de 26 de Dezembro de 1967⁸. Em face das novas disposições do AUG, deve considerar-se revogado, nesta parte, o disposto no art. 688º nº 1 e) CC, qualquer que seja a modalidade de revogação do direito interno que seja adoptada. Com efeito, a doutrina e a jurisprudência discutem, no âmbito da OHADA, os efeitos decorrentes da adopção de Actos Uniformes, sendo certo que uma parte considera que tal circunstância implicou a revogação global do Direito interno dos Estados membros, enquanto outra parte sustenta que apenas se devem considerar

⁷ Publicado no Diário do Governo, I Série, número 222, de 22 de Setembro de 1967.

⁸ Publicada no Suplemento ao Boletim Oficial n.º 6 de 12 de Fevereiro de 1968.

revogadas as regras de Direito interno que se encontrem em efectiva contradição com regras de Actos Uniformes⁹¹⁰¹¹².

Para aqueles que apoiam a revogação global (também chamada tese da uniformização), sem dúvida que, tendo o AUG estabelecido um capítulo relativo à hipoteca, isso implica, automaticamente, a substituição de todas as normas de Direito interno sobre a mesma matéria, independentemente de haver ou não contradição efectiva entre os dois regimes. Dessa forma, o disposto no art. 688º CC deve ter-se, naturalmente, por revogado e substituído pelo novo conjunto de regras relativas à hipoteca constantes do AUG.

Por outro lado, para os que considerem que não se trata de revogação global mas sim de mera revogação individualizada, parcial e tácita (tese da harmonização), ainda assim se afigura dever produzir-se a revogação daquele art. 688º nº 1 e) CC, na medida em que existe incompatibilidade de conteúdo com o disposto no Acto Uniforme. Com efeito, o Direito interno admite a hipoteca sobre os bens móveis equiparados aos bens imóveis para efeitos de hipotecabilidade, enquanto o Acto Uniforme classifica a hipoteca como garantia exclusivamente imobiliária, pelo que é manifesta a incompatibilidade do conteúdo entre os dois regimes jurídicos. Assim sendo, também por esta via se deve considerar haver revogação, tácita, do disposto naquele artigo 688º nº 1 e) CC.

Admitindo que o AUG revogou, nesta parte, o disposto no anterior Direito interno, afigura-se sujeita a críticas a solução adoptada pelo legislador OHADA. Com efeito, uma vez chamada a atenção para as dificuldades práticas da hipoteca no contexto africano em virtude da falta de formalização da propriedade no registo predial, a solução normal seria a admissibilidade desta garantia relativamente a outros bens móveis, equiparados aos bens imóveis, o que poderia permitir um maior desenvolvimento económico proporcionado pelo crescente nível do investimento. Essa seria, no nosso entendimento, a via mais coerente com os objectivos da OHADA, que é uma

⁹ Cf. Joseph Issa-Sayegh, *Quelques aspects techniques de l'intégration juridique : l'exemple des actes uniformes de l'OHADA*, Revue de droit uniforme, 1999, p. 5, disponível em www.ohada.com.

¹⁰ Cf. Joseph Issa-Sayegh, *Réflexions et suggestions sur la mise en conformité du droit interne des états parties avec les actes uniformes de l'OHADA et réciproquement*, disponível em www.ohada.com.

¹¹ Cf. Joseph Issa-Sayegh, *Le nouveau droit des garanties de l'OHADA*, Communication faite au premier colloque de l'Association ivoirienne Henri Capitant (Abidjan, 2 avril 2002, Actes du colloque, p. 159, disponível em www.ohada.com.

¹² Cf. Joseph Issa-Sayegh, *La portée abrogatoire des actes uniformes de l'ohada sur le droit interne des états-parties*, Article paru dans la Revue burkinabé de droit, nº spécial, nº 39-40, p. 51, disponível em www.ohada.com.

organização essencialmente direccionada para o desenvolvimento do Direito dos negócios em África.

Com efeito, considerando que a hipoteca sobre os bens imóveis enfrenta as dificuldades da formalização da propriedade, mais fácil teria sido promover a hipoteca de outros bens, cuja formalização não fosse tão complicada, designadamente de outros bens móveis, ainda que sujeitos a registo, e equiparados aos bens imóveis para efeitos da sua hipotecabilidade. No entanto, o legislador OHADA optou pela via substancialmente oposta, isto é, em vez de promover a hipoteca sobre os bens móveis, eliminou, em absoluto, esta possibilidade, restringindo o objecto da garantia hipotecária exclusivamente aos bens imóveis.

Poderá dizer-se, *em contrapartida* a esta nossa crítica, que é certo que o AUG rejeita a hipoteca de bens móveis, mas admite ainda a constituição de outras garantias reais sobre estes bens, designadamente, o penhor e o penhor sem entrega – cf. artigos 44º e 91º do AUG. Contudo, ainda assim, julgamos que esse argumento não prejudica a validade nem a subsistência da crítica.

De facto, a garantia hipotecária é perspectivada, pela generalidade dos autores, como a **rainha das garantias** reais, uma vez que dela provém o maior nível de segurança de ressarcimento do credor. Nesta ordem de ideias, a hipoteca constitui a garantia que permite a «melhor segurança da dívida sem que haja lugar à entrega da coisa», ou seja, deste ponto de vista, é uma garantia mais segura do que a garantia pignoratícia, mesmo que comparativamente com o penhor sem entrega. Na hipoteca, a segurança do credor consiste, em primeiro lugar, em saber que o verdadeiro titular do bem hipotecado é o hipotecador, não obstante poder tratar-se tanto do próprio devedor, como de um terceiro. Por outro lado, em segundo lugar, essa segurança deriva ainda de saber que o bem não se encontra já comprometido por outros encargos anteriores que possam afectar a garantia hipotecária¹³. Ambos os factores ora enunciados resultam, desde logo, da existência de um **registo predial** do qual constam todos os factos relativos ao bem. Em terceiro lugar, a hipoteca apresenta-se também como uma das mais importantes garantias por ser de fácil execução, o que resulta do facto de o título constitutivo da hipoteca consubstanciar um título executivo, tanto nos termos do artigo 46º do Código do Processo Civil¹⁴, como nos do artigo 33º do Acto Uniforme da

¹³ Cf. Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Hipoteca*, ob. cit., p. 7.

¹⁴ Daqui em diante, será utilizada a sigla CPC.

OHADA Relativo à Organização dos Processos Simplificados de Cobrança e de Execução.

Todavia, o principal motivo da caracterização da hipoteca como a rainha das garantias reside na graduação legal do credor hipotecário. De facto, na Guiné-Bissau, assim como em Portugal, é à lei que compete definir a graduação dos credores munidos de garantias especiais, por forma a aferir quem deve ser pago em primeiro lugar¹⁵. No Código Civil de 1966 essa graduação resultava da conjugação de várias normas, dispersas pelos artigos 623º e seguintes, e dela se concluía que, antes do credor hipotecário, só obtinham pagamento o credor munido de privilégio creditório especial e o credor titular de direito de retenção, nos termos do artigo 751º e do artigo 759º nº 2 do CC.

Acontece, porém, que o privilégio creditório é uma garantia de constituição legal, sendo em absoluto vedado às partes, no âmbito da sua autonomia privada, a criação de privilégios creditórios. Isto resulta desde logo do disposto no art. 733º do CC, como também dos artigos 106º e 109º do AUG.

Por seu turno, o direito de retenção é também uma garantia especial, em particular uma garantia real, cuja fonte não pode ser a autonomia privada - não pode decorrer da celebração de um negócio jurídico - mas sim a própria lei, que, atendendo a uma situação de facto, atribui ao retentor este direito. Nessa ordem de ideias, também aqui as partes não podem convencionar a constituição do direito de retenção, pois trata-se duma garantia que obedece exclusivamente aos requisitos legais.

Isto significa que, no contexto do Código Civil, *a garantia de constituição voluntária melhor graduada é a hipoteca*, factor este de suma importância na anterior qualificação desta figura como a rainha das garantias. É que as únicas garantias que ultrapassam, em termos de graduação, a garantia hipotecária, são garantias de origem legal, designadamente, o privilégio creditório e o direito de retenção. Pelo que, a melhor forma de o credor se assegurar, do ponto de vista das garantias susceptíveis de serem constituídas por via negocial, é através da constituição da garantia hipotecária.

Dissemos já que, muito embora o AUG não consinta a hipoteca sobre os bens móveis, designadamente, sobre o automóvel, admite no entanto a constituição de penhor e de penhor sem entrega sobre estes bens. Contudo, também nesta sede podem ser

¹⁵ Não é assim nalguns ordenamentos de origem anglo-saxónica, em que a vontade do devedor releva para efeitos de graduação dos credores.

enumeradas algumas desvantagens do penhor relativamente à hipoteca, desde logo, ao nível das possibilidades de acção do dador de penhor em relação à coisa empenhada.

Com efeito, em relação ao penhor, a hipoteca traz a importante vantagem de ser uma garantia sem desapossamento, o que permite que a pessoa que constitui a garantia possa continuar a retirar utilidades dessa coisa, o que representa uma importante vantagem em termos de Direito dos negócios. Diversamente, o penhor tem como elemento constitutivo a entrega da coisa empenhada ao credor pignoratício ou ao terceiro nomeado pelas partes, caracterizando-se como um contrato real *quoad constitutionem*, o que implica o desapossamento da coisa dada em garantia, inviabilizando, nessa medida, a sua rentabilização do ponto de vista económico.

Portanto, a hipoteca é a garantia sem desapossamento que maior segurança confere ao credor. O dador da hipoteca (devedor ou terceiro) mantém a detenção material da coisa, podendo continuar a explorá-la e a retirar dela as utilidades que normalmente produz. Pode, inclusivamente, alienar a coisa hipotecada a terceiros, sem que tal circunstância prejudique a hipoteca, uma vez que o direito do credor hipotecário é um direito real de garantia que acompanha a coisa onerada nas suas vicissitudes – cf. art. 695º CC e art. 146º § 2 AUG.

No caso do penhor, a principal desvantagem desta garantia reside no facto de o dador de penhor perder o seu poder de facto sobre a coisa dada em garantia. É verdadeiramente essencial à garantia pignoratícia a entrega da coisa empenhada ao credor pignoratício ou a um terceiro, de tal modo que, no contexto do Código Civil de 1966, este negócio se assume como um contrato real *quoad constitutionem* – cf. art. 669º CC. A mesma solução parece ter sido adoptada nos artigos 44º e 48º do AUG.

Todavia, o que se verifica é que, sendo a coisa entregue ao credor, a pessoa que constitui o penhor fica impedida de gozar a coisa e de retirar dela as suas utilidades, donde resulta um certo bloqueio do ponto de vista económico, particularmente preocupante quando o dador de penhor seja o próprio devedor. Com efeito, se antes ele podia retirar vantagens da coisa empenhada, com o penhor tal deixa de ser possível, pelo que deverá procurar rendimentos por outras vias. Ora, muito embora os particulares normalmente possam não se importar com a perda da detenção da coisa dada em garantia, o mesmo não se verifica com os intervenientes nas relações de negócios, que, em regra, fazem questão de continuar com a coisa, pois ela é necessária para o prosseguimento das suas actividades. Nessa ordem de ideias, o penhor acaba por ser uma garantia de mais provável constituição nas relações de Direito civil, mas menos nas

relações de Direito comercial, ou, em termos mais latos, entre sujeitos envolvidos em «negócios». Por outro lado, em regra, o credor também não tem interesse em ficar com a coisa dada em garantia no seu poder, o que pode encontrar-se fora das suas atribuições, ou implicar custos acrescidos no caso em que opte por pagar a um terceiro para ficar com a detenção da coisa.

Assim sendo, entre o penhor e a hipoteca o credor optará, indubitavelmente, pela constituição da garantia hipotecária, na medida em que esta não prejudica o poder de facto sobre a coisa e, nessa ordem de ideias, permite que a mesma continue a produzir regularmente os seus frutos, bem como evita que o credor fique responsável pela sua detenção.

No que concerne ao penhor sem entrega, não se verifica o inconveniente do desapossamento, mas, ainda assim, é de notar que o AUG apenas admite este tipo de penhor em relação a certos bens móveis, os quais são objecto de delimitação taxativa no artigo 63º. Efectivamente, as partes apenas podem acordar entre si um penhor sem entrega relativamente aos seguintes bens: direitos sociais e valores mobiliários; estabelecimento comercial; equipamento profissional; veículos automóveis; e estoques de matérias-primas e de mercadorias. Esta limitação do penhor sem entrega constitui desde logo uma desvantagem, porque, como já vimos, o penhor com entrega não é uma garantia que sirva os interesses das relações negociais, papel esse que poderia ser desempenhado pelo penhor sem entrega, não fosse o AUG delimitar taxativamente os bens sobre os quais esta garantia pode incidir.

Por outro lado, sempre é de assinalar as dificuldades práticas do penhor sem entrega, mesmo no contexto do AUG. Com efeito, o legislador OHADA impôs como requisito constitutivo do penhor sem entrega o registo – cf. artigos 64º, 67º, 72º, 95º e 102º do AUG, conjugados com o disposto no artigo 63º do Acto Uniforme relativo ao Direito Comercial Geral¹⁶. Por conseguinte, enquanto o penhor sem entrega não for inscrito no Registo do Comércio e do Crédito Mobiliário, não produz quaisquer efeitos, nem sequer entre as próprias partes. A agravar esta situação temos o facto de, pelo menos na Guiné-Bissau, ainda não ter sido implementado o Registo do Comércio e do Crédito Mobiliário, o que praticamente inviabiliza a constituição do penhor sem entrega, à excepção dos casos em que esta garantia incida sobre o automóvel.

¹⁶ Daqui em diante, AUDCG.

Há alguma proximidade entre a hipoteca e o penhor sem entrega, pois em ambos não há lugar à entrega da coisa, o que permite ao dador da garantia continuar a explorar a coisa e a retirar dela as suas utilidades. Não obstante esta semelhança, há importantes aspectos em que o regime jurídico da hipoteca e do penhor sem entrega se afastam e que constituem, inevitavelmente, pontos de discórdia.

Desde logo, no penhor sem entrega constituído a favor de estabelecimentos bancários, o dador de penhor sem entrega, embora mantenha a detenção material da coisa, é um *possuidor em nome alheio*, isto é, possui em nome do credor, que, do ponto de vista jurídico, possui a coisa. Portanto, o dador de penhor continua a ser o titular do direito sobre a coisa e continua a detê-la do ponto de vista material, mas essa é uma detenção em nome alheio¹⁷. Consequentemente, o dador de penhor fica impedido de alienar o direito sobre a coisa a outrem, bem como não pode destruí-la nem desencaminhá-la, actos esses que são considerados crimes. Porém, mesmo assim, existe sempre o risco de desencaminhamento ou de destruição da coisa, facto que acaba por anular, em termos práticos, a garantia.

Pelo contrário, a hipoteca não enfrenta estas dificuldades. Com efeito, o dador de hipoteca mantém a detenção material da coisa, mas, como o direito do credor hipotecário é um direito real de garantia, constitui um ónus que acompanha a coisa nas suas vicissitudes. Isso quer dizer que o dador da hipoteca pode alienar o direito com base no qual celebrou a hipoteca, uma vez que isso não prejudica a consistência desta garantia. Aliás, é verdadeiramente essencial à hipoteca a liberdade de o dador de hipoteca alienar o seu direito, conforme o disposto no art. 695º CC. Na verdade, uma vez que ao credor hipotecário é atribuído o direito de sequela e a preferência de pagamento, este em nada fica prejudicado com a posterior alienação da coisa. Este aspecto é um factor muito importante para as relações de negócios, pois sempre os intervenientes querem manter, o máximo possível, a sua liberdade de acção, coisa que nem sempre é possível noutras garantias. Entretanto, acresce que, como a hipoteca incide sobre bens imóveis, o risco de desencaminhamento ou de destruição é praticamente inexistente.

Portanto, da análise destas diferenças de regime jurídico resulta, mais uma vez, a justificação para a qualificação comum da hipoteca como a rainha das garantias, bem

¹⁷ Cf. Pedro Romano Martinez e Pedro Fuzeta da Ponte, *Garantias de cumprimento*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 177.

como a necessidade de ser adoptada uma política legislativa tendente à sua promoção e ao conseqüente desenvolvimento económico que ela proporciona.

5. Outras características da garantia hipotecária.

Vamos agora observar alguns aspectos do regime jurídico da hipoteca, tanto no CC, como no AUG.

O art. 693º CC determina que a hipoteca assegura tanto o capital, como os acessórios do crédito, desde que estes constem do registo. Contudo, se os acessórios forem juros, o nº 2 deste artigo estabelece um limite injuntivo, nos termos do qual a hipoteca nunca pode abranger os juros superiores ao período de três anos.

Em sentido próximo, o art. 117º § 3 AUG estabelece que o direito de preferência resultante da hipoteca garante o capital, as despesas e três anos de juros. Nesta medida, qualquer que seja a perspectiva adoptada acerca da revogação do Direito interno produzida pelos Actos Uniformes da OHADA, sempre se há-de concluir que o disposto no art. 693º CC se deve ter por revogado¹⁸. Com efeito, para aqueles que propendam para a uniformização do Direito interno, verifica-se uma substituição automática do capítulo constante do CC relativo à hipoteca pelos artigos 117º e seguintes do AUG, que regulam o mesmo objecto. Por outro lado, para aqueles que enveredem pela harmonização, ainda assim se deve ter por revogado o art. 693º CC na medida em que a lei posterior revoga a lei anterior, ainda que com o mesmo conteúdo.

Um outro ponto importante do regime jurídico da hipoteca consiste no art. 694º CC, onde é consagrado o princípio da proibição do pacto comissório. Este princípio significa que as partes não podem, em caso algum, convencionar que o credor fará sua coisa hipotecada em caso de incumprimento do devedor, implicando, por outro lado, que o credor efective a sua garantia através da execução judicial do bem, sendo, assim, inviabilizada, a execução extrajudicial do mesmo. Esta convenção é, em qualquer hipótese, nula, seja anterior, contemporânea ou posterior à hipoteca.

Entretanto, convém notar que o AUG não contém uma disposição semelhante a este artigo, limitando-se a determinar, no seu artigo 146º § 1, que, em caso de

¹⁸ Sobre as teses acerca da revogação do Direito interno pelos Actos Uniformes da OHADA, consultar o ponto 4.

incumprimento da dívida garantida, o credor poderá exercer o seu direito de seqüela e o seu direito de preferência em conformidade com o art. 117º. Não obstante a referência ao art. 117º, o qual, por sua vez, contém uma remissão para o art. 148º, relativo à distribuição do preço da venda dos bens imóveis do devedor em sede de acção executiva, nada no regime da hipoteca do AUG nos refere que se trata de um regime injuntivo. Isto é, ficou consagrado que o direito do credor hipotecário deve ser exercido em sede de uma acção executiva, mas não se determinou, de forma directa, a proibição do pacto comissório.

Foi diferente a solução adoptada pelo AUG no caso do penhor, em que o art. 56º nº 1 § 3 estabelece, peremptoriamente, que *«qualquer cláusula do contrato de penhor que autorize a venda ou a adjudicação da coisa empenhada sem a observância das formalidades previstas neste artigo é considerada não escrita»*. Portanto, em sede de contrato de penhor, o legislador OHADA foi rigoroso na determinação que o credor pignoratício tem, obrigatoriamente, de recorrer aos meios judiciais, com vista a obter a venda coerciva do bem empenhado. Não tendo sido consagrada disposição semelhante em sede de hipoteca, é legítimo colocar a questão de saber se e em que termos a proibição do pacto comissório continua a vigorar no ordenamento jurídico guineense para a hipoteca. Com efeito, são admissíveis várias soluções.

Numa primeira perspectiva, poder-se-ia afirmar que o AUG apenas consagra a proibição de pacto comissório para o contrato de penhor, mas que, em contraposição, o silêncio na regulamentação da hipoteca sobre esta questão indicia que as partes podem convencionar que em caso de incumprimento o credor hipotecário pode ficar com a coisa hipotecada para si.

Como segunda possibilidade, poderíamos considerar que o disposto no art. 56º nº 1 § 3 AUG é o afloramento de um princípio geral de Direito Civil, pelo que o mesmo deve ser aplicado também à hipoteca, nem que seja por analogia, por forma a obstar que o credor possa ficar com a coisa hipotecada sem que haja um controlo mínimo por parte de um tribunal.

Ainda, como terceira possibilidade, poder-se-ia admitir a aplicação do art. 694º CC a título subsidiário. No entanto, esta terceira via apenas é compatível com uma perspectiva de harmonização do direito interno pelos Actos Uniformes, isto é, em consonância com a tese que propugna a mera revogação parcial e tácita do Direito interno. Nesta ordem de ideias, poderia dizer-se que, como no AUG não se contém uma

regra contrária ao disposto no art. 694º CC, isso significa que esta norma se mantém plenamente em vigor, não tendo sido revogada pelo Acto Uniforme.

Pela nossa parte, afigura-se que a solução deverá passar pela aplicação do princípio da proibição do pacto comissório, por via da analogia com o art. 56º nº 1 § 3 AUG. Não afastamos, porém, que se possa recorrer subsidiariamente ao art. 694º CC. Todavia, como ainda não é ponto assente o âmbito da revogação do Direito interno, julgamos preferível optar pela aplicação analógica do disposto em sede de penhor, na medida em que se trata de uma lacuna do AUG a propósito da hipoteca, mas existe, no próprio AUG, uma situação idêntica, em que foi consagrada a proibição do pacto comissório. Nesta medida, salvo melhor parecer, consideramos que, uma vez que as situações idênticas merecem tratamento semelhante, esta lacuna deverá ser colmatada com recurso ao artigo 56º nº 1 § 3.

6. Modalidades.

Tanto o Código Civil como o AUG reconhecem como modalidades da hipoteca: a hipoteca de origem negocial – cf. art. 712º e seguintes CC e art. 126º AUG –, a hipoteca legal – cf. art. 704º e seguintes CC e art. 132º e seguintes AUG – e a hipoteca judicial – cf. art. 710º e 711º CC e art. 136º e seguintes AUG.

Vejamus em particular cada uma destas modalidades da garantia hipotecária.

a) Hipoteca legal.

Apesar de a hipoteca legal se encontrar consagrada tanto no CC como no AUG, assinalam-se algumas diferenças de regime jurídico. Com efeito, no regime instituído pelo Código Civil, o art. 705º estabelece, de modo taxativo, os credores susceptíveis de constituírem hipotecas legais, que são os seguintes:

1. Estado e autarquias locais, relativamente a bens cujos rendimentos são sujeitos à contribuição predial;
2. Estado e outras pessoas colectivas públicas, sobre os bens dos encarregados da gestão dos fundos públicos;
3. Menor, interdito e inabilitado, sobre os bens do tutor, curador e administrador, respectivamente;
4. Credor por alimentos;

5. Co-herdeiro;
6. Legatário.

Por seu turno, o AUG consagra as seguintes hipotecas legais:

1. Hipoteca legal da massa de créditos (art. 133°);
2. Hipoteca legal do vendedor, permutante ou outorgante em partilha (art. 134° § 1);
3. Hipoteca legal do mutuário de dinheiro com vista à aquisição de um imóvel por meio de compra e venda, permuta ou partilha (art. 134° § 4);
4. Hipoteca legal do arquitecto, empreiteiro e outras pessoas utilizadas para edificar, reparar ou construir edifícios (art. 135° § 1);
5. Hipoteca legal do mutuário de dinheiro para o pagamento dos arquitectos, empreiteiros ou das outras pessoas utilizadas para edificar, reparar ou construir edifícios (art. 135° § 3).

O elenco constante do AUG é, pois, mais alargado do que o do CC, notando-se uma extensão da categoria da hipoteca legal a certos *sujeitos de direito privado*, como é o caso do vendedor, do permutante, do arquitecto ou do mutuário. Diversamente, no sistema instituído pelo Código Civil esta garantia estava reservada a entidades públicas e a alguns sujeitos privados que, por razões de interesse público, era necessário tutelar, como era o caso dos incapazes, do credor de alimentos, do herdeiro e do legatário.

Possivelmente, a crescente relevância da hipoteca legal deve-se à inspiração no modelo jurídico francês, na medida em que aí se verifica a tendência para a transformação de privilégios imobiliários especiais em hipotecas forçadas ou coercivas¹⁹.

Em face da divergência do elenco de hipotecas legais no Código Civil e no AUG, é legítimo colocar a questão de saber se se mantêm, ou não, em vigor, as hipotecas legais consagradas no âmbito do Código Civil, e, eventualmente, noutras leis avulsas, apesar da entrada em vigor do AUG. Conexa com esta questão surge ainda uma outra, que reside em aferir da legitimidade dos Estados membros da OHADA para a criação de novas hipotecas legais, para além das consagradas no AUG.

Relativamente à segunda questão colocada, de acordo com o disposto no art. 132° § 3 AUG, o legislador OHADA admite que possam existir outras hipotecas

¹⁹ Cf. Moussa Samb, Messanvi Foli, François Anoukaha, Joseph Issa-Sayegh, Aminata Cisse-Niang; Isaac Yankhoba Ndiaye, *OHADA. Sûretés*, Bruxelas, Bruylant, 2002, p. 153.

coercivas para além das previstas no AUG, sendo que, neste caso, tais hipotecas serão reguladas pelas disposições especiais de cada Estado Parte. Com efeito, aí se determina, com clareza, que «*outras hipotecas coercivas que não aquelas previstas no presente Acto Uniforme são reguladas pelas disposições especiais de cada Estado Parte*». Daqui resulta claramente a admissibilidade da existência de outras hipotecas legais, para além das consagradas no AUG, criadas pelos próprios Estados membros da OHADA. Assim sendo, pelo menos em relação àquela segunda questão acima colocada, afigura-se dever dar uma resposta afirmativa, isto é, no sentido de admitir que os Estados membros mantêm o poder de criação de hipotecas legais.

Porém, no que concerne à questão de saber se o AUG revogou ou não as hipotecas legais consagradas no Direito interno anterior à sua entrada em vigor, propendemos para a resposta negativa. Aliás, parece que esta conclusão se impõe, quer se opte pela tese da uniformização, quer ainda para aqueles que propugnem a tese da harmonização, atrás referidas já a respeito do âmbito da revogação do Direito interno pelos Actos Uniformes²⁰.

De acordo com um primeiro entendimento, a revogação do Direito interno deverá ser uma *revogação global*, isto é, por substituição, o que significa que pelo simples facto de ter sido adoptado um Acto Uniforme acerca de determinada matéria isso implica, por si só, a revogação do regime interno sobre essa mesma matéria, independentemente de haver ou não uma concreta incompatibilidade de conteúdo entre os dois regimes. Não obstante, mesmo de acordo com os defensores desta tese, parece de admitir a manutenção em vigor das hipotecas legais consagradas no Direito interno antes da entrada em vigor do AUG, pois, neste caso, foi o próprio legislador OHADA que *ressalvou* aquelas hipotecas legais do âmbito da revogação do Direito interno. Esta ressalva resulta do disposto no referido art. 132º § 3 AUG, que não pode deixar de ser concatenado com o art. 150º AUG, que determina a revogação do Direito interno no seguimento do artigo 10º do Tratado Constitutivo da OHADA. Neste sentido, sustentamos que da conjugação dos artigos 132º § 3 e 150º AUG e do artigo 10º do Tratado OHADA resulta a revogação do Direito interno, com ressalva das disposições que consagram hipotecas legais, na medida em que a vigência do AUG se afigura compatível com estas.

²⁰ Sobre as teses acerca da revogação do Direito interno pelos Actos Uniformes da OHADA, consultar o ponto 4.

Por outro lado, para os autores que são de parecer que a revogação produzida pelo AUG foi uma revogação meramente parcial e tácita, isto é, que apenas se consideram revogadas as disposições de Direito interno que estejam em contradição com o disposto em Actos Uniformes, como neste caso não há incompatibilidade de conteúdo, tais hipotecas legais deverão também manter-se de pleno direito em vigor.

A única dúvida passível de ser suscitada tem a ver com a questão de saber se esta ressalva constante do terceiro parágrafo do art. 132º AUG se refere exclusivamente às hipotecas legais que venham a ser constituídas no futuro, ou se abrange igualmente as que constavam já do Direito interno. Pela nossa parte, julgamos que deve ser adoptado este segundo entendimento, por ser menos gravoso para o ordenamento jurídico interno e também porque não se vislumbram motivos para ser de outra forma. De facto, o AUG é bastante liberal ao admitir a existência de hipotecas legais de criação interna, não se podendo, segundo o nosso entendimento, retirar a intenção de revogação das hipotecas anteriores à sua entrada em vigor. Antes pelo contrário, afigura-se que tais hipotecas anteriores são devidamente ressalvadas da revogação do Direito interno, pelo que a sua subsistência se impõe²¹. Nesta ordem de ideias, consideramos que o art. 132º § 3 constitui uma delimitação negativa da revogação do Direito interno produzida pelo art. 150º AUG, ressalvando dessa revogação as hipotecas legais resultantes de consagração legal interna anterior à entrada em vigor do AUG.

Sempre se poderia acrescentar, como argumento a favor desta tese, que a solução inversa não faria sentido. De facto, resulta do art. 132º § 3 que os Estados membros mantêm a sua legitimidade para consagrar novas hipotecas legais, pelo que, se fôssemos considerar que aquelas que eram consagradas no Direito anterior foram revogadas pelo AUG, bastaria aos Estados repetir a consagração de tais hipotecas em leis posteriores. Ou seja, não se vislumbra nenhum interesse em considerar revogadas as hipotecas legais anteriores, devendo estas, naturalmente, manter-se plenamente válidas e vigentes, embora sujeitas ao novo regime jurídico instituído pelo AUG.

a) Hipoteca voluntária/convencional.

No que concerne à hipoteca voluntária, há também algumas diferenças a assinalar entre o CC e o AUG. No Código Civil de 1966 a hipoteca voluntária pode ser

²¹ Cf. Moussa Samb, Messanvi Foli, François Anoukaha, Joseph Issa-Sayegh, Aminata Cisse-Niang; Isaac Yankhoba Ndiaye, *OHADA. Sûretés*, ob. cit., p. 208.

constituída por uma de duas vias: por meio de contrato ou mediante declaração unilateral, de acordo com o disposto no art. 712º. Na sequência desta norma, o art. 714º estabelece que a constituição da hipoteca voluntária sobre bens imóveis obedece à escritura pública ou ao testamento, sob pena de nulidade.

Contudo, observando o AUG, constata-se uma alteração relevante ao nível do modo de constituição da hipoteca voluntária. Efectivamente, o art. 126º determina que «*a hipoteca convencional resulta de um contrato submetido ao regime do presente capítulo*», pelo que deixou de ser viável a constituição da hipoteca voluntária por meio de declaração unilateral. Essa alteração terá motivado o legislador a designar a hipoteca como convencional (*hypothèque conventionnelle*), em vez de hipoteca voluntária, que era a denominação utilizada no Código Civil. De facto, a hipoteca voluntária assenta na autonomia privada, o que tanto pode envolver a celebração de um negócio jurídico unilateral, como bilateral. Já tratando-se de hipoteca convencional, a denominação implica um acordo entre duas declarações de vontade – convenção – o que significa que apenas poderá ser constituída mediante contrato.

Aparentemente, não se vislumbram motivos para a limitação constante do AUG. Com efeito, afigura-se que o cerne da distinção entre a hipoteca constituída por força da autonomia privada e a hipoteca coerciva – designação utilizada no próprio AUG – resulta da fonte desta garantia, que, tanto pode ser a declaração de vontade do sujeito hipotecador, como a própria lei ou uma decisão do tribunal, que impõe a constituição da hipoteca mesmo contra a vontade daquele sujeito. Por conseguinte, à partida, não se vêem razões que sustentem a eliminação da hipoteca constituída por mera declaração unilateral, o que surge até como uma *cedência*, de certo modo excessiva, ao Princípio do Contrato.

Situação semelhante se encontra no AUG a propósito do contrato de fiança, no art. 3º. Com efeito, muito embora a doutrina e a jurisprudência maioritárias considerem que a fiança deve ser constituída por contrato, um sector admitia a sua celebração por negócio unilateral²². No âmbito do AUG, porém, a fiança assume-se, obrigatoriamente como um contrato, exigindo quer a declaração negocial do fiador, quer a do credor. As exigências bilaterais do legislador OHADA vão a ponto de exigir não apenas a assinatura do fiador, como igualmente a assinatura do credor, o que contraria as tendências actuais noutros ordenamentos jurídicos, como é o caso do português. Com

²² Sobre a admissibilidade da constituição da fiança por negócio jurídico unilateral, cf., entre outros, os acórdãos do STJ de 08/06/1993 e de 10/05/1989, disponíveis em www.dgsi.pt.

efeito, na ordem jurídica portuguesa, pesem embora algumas divergências, grande parte da doutrina e da jurisprudência é de parecer que a fiança é válida apenas com a assinatura do fiador, que manifesta a sua declaração expressa, enquanto que, para o credor, a simples aceitação do documento da fiança representa uma declaração tácita, bastante para a formação e para a validade do negócio jurídico²³. Inversamente, no caso do AUG, o art. 4º § 2 exige expressamente a assinatura do credor, sob pena de invalidade da fiança²⁴.

Nos mesmos termos que os previstos para a fiança, o AUG exige a declaração negocial do credor no contrato de hipoteca, sem a qual não é possível constituir esta garantia, na medida em que é insuficiente a declaração negocial do constituinte. Ao que parece, esta solução visa tutelar o (legítimo) interesse do credor em não serem constituídas a seu favor garantias contra a sua vontade, de acordo com o Princípio *invito beneficium non datur*.

De modo que se conclui que, com a entrada em vigor do AUG, se deve passar a considerar a hipoteca voluntária como uma *figura exclusivamente convencional*, isto é, apenas susceptível de ser celebrada por meio de contrato, e não já por declaração unilateral²⁵. Esta conclusão impõe-se, mais uma vez, quer para a tese da uniformização, quer ainda para a tese da harmonização. Por um lado, admitindo que a adopção do AUG implicou a uniformização do Direito das garantias especiais, isso significa, automaticamente, a revogação de todo o regime jurídico da hipoteca contido no Código Civil, designadamente o disposto no art. 712º. Por outra via, a admitir que não se produziu esta revogação global mas antes uma mera revogação parcial e tácita, há ainda que concluir pela revogação daquele art. 712º CC, dado que existe incompatibilidade de conteúdo com o art. 126º AUG, donde resulta a sua revogação tácita.

6. Publicidade da hipoteca

²³ Cf., por exemplo, os acórdãos do STJ de 02/03/1989, 27/5/2003, 30/10/2001 e de 27/5/2003, disponíveis em www.dgsi.pt.

²⁴ Consideramos, porém, que é possível o aproveitamento da fiança assinada apenas pelo fiador como contrato unilateral, à semelhança do que acontece, por exemplo, em sede de contrato-promessa. Com efeito, verifica-se que a fiança é um negócio estruturalmente unilateral, donde provêm essencialmente obrigações para o fiador; em contrapartida, o credor apenas obtém benefícios com a constituição desta garantia. Assim sendo, não se justifica, salvo melhor entendimento, a invalidade da fiança devido a falta de assinatura do credor, uma vez que o credor é o beneficiário da fiança. Assim, em obediência ao Princípio do aproveitamento dos negócios jurídicos, julgamos que deve ser salvaguardada a validade da fiança como contrato unilateral. Acresce que esta solução vem de encontro às preocupações próprias do Direito dos negócios, atendidas pelo legislador OHADA.

²⁵ A questão de saber se o contrato de hipoteca é, necessariamente, bilateral, ou se poderá ser também unilateral, é, naturalmente, uma questão diversa da sua qualificação obrigatória como contrato.

No regime jurídico instituído pelo Código Civil a hipoteca é um negócio jurídico sujeito a registo constitutivo, o que significa que, mesmo entre as partes, apenas produz efeitos a partir do momento em que seja inscrita no registo. Esta situação é excepcional no ordenamento jurídico guineense dado que, regra geral, *o registo não dá nem tira direitos*, assumindo-se como mera condição de eficácia perante terceiros. No entanto, no caso especial da hipoteca, o art. 687º CC determina que a hipoteca não registada nem sequer produz efeitos entre as partes, donde se retira o carácter constitutivo do efeito registal. Não se quer com isto dizer que a hipoteca não registada seja inválida, pois, como se sabe, o registo não é, em caso algum, condição de validade de um negócio jurídico. Quer-se simplesmente dizer que a hipoteca não registada padece de uma ineficácia absoluta, isto é, não produz efeitos *erga omnes* nem produz efeitos *inter partes*.

Nesta ordem de ideias, “*O registo marca o momento em que a hipoteca começa a produzir os seus efeitos, ainda que a obrigação garantida seja futura ou condicional.*”²⁶. De modo que, mesmo entre as próprias partes, a hipoteca só adquire eficácia jurídica após efectuado o respectivo registo. Esta solução assenta desde logo na consideração de que “*... os efeitos da hipoteca entre as partes colidem sempre com terceiros*”²⁷. Portanto, embora a função primordial do registo consista em publicitar perante terceiros os actos que a ele se encontram sujeitos, certo é que, no caso da hipoteca há motivos para abrir uma excepção, na medida em que o registo não serve apenas a função de *publicidade* da hipoteca, como apenas através do registo se *constitui* a hipoteca enquanto direito real de garantia.

Não obstante, é de salientar que alguns autores sustentam, mesmo no âmbito do Código Civil, a eficácia *inter partes* da hipoteca ainda antes do registo. Assim, por exemplo, no caso de a hipoteca ter sido constituída por um devedor já em situação de insolvência os demais credores poderão requerer desde logo a anulação do acto, mesmo em momento anterior ao registo²⁸. Neste sentido, segundo Pinto Coelho, “*...basta que se constitua a hipoteca sobre bens de um devedor insolvente para que os outros credores possam desde logo, e independentemente do registo dessa hipoteca, requerer em juízo (...) a anulação...*”.

²⁶ Cf. Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Hipoteca*, ob. cit., p. 78.

²⁷ Cf. Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Hipoteca*, ob. cit., p. 57.

²⁸ Cf. José Gabriel Pinto Coelho, *Lições - Da Hipoteca*, compiladas por C. E. Martins Souto e J. Agostinho de Oliveira, pp. 8 e seguintes.

Pela nossa parte, e, salvo melhor entendimento, consideramos que no âmbito do Código Civil o registo da hipoteca assume, efectivamente, um carácter constitutivo, o que implica que antes da inscrição a hipoteca não produz efeitos entre as próprias partes. Julgamos porém que isso não prejudica que as partes devam actuar em conformidade plena com o Princípio da boa fé, nos termos do qual existem certos deveres acessórios que lhes são impostos, entre os quais consta o dever de proceder ao registo da hipoteca, e cujo incumprimento pode originar a obrigação de indemnizar a contraparte. Julgamos, assim, que se trata apenas de um dever acessório, e não, em sentido próprio, de uma obrigação.

Por seu turno, o AUG regula a questão da publicidade da hipoteca no artigo 129º, nos termos do qual *«enquanto a inscrição predial não for feita, a hipoteca é inoponível a terceiros e constitui, entre as partes, uma promessa sinalagmática que as obriga a proceder ao registo»*. Por conseguinte, o regime da OHADA parece ter-se afastado do sistema até então constante do Direito interno guineense. De facto, embora continue a ser necessário proceder ao registo da hipoteca para a produção de efeitos perante terceiros, a hipoteca não registada produz, desde logo, um efeito específico: constitui, para as partes, uma promessa sinalagmática que as obriga a proceder ao registo. Assim sendo, pelo simples facto de ser celebrado um contrato de hipoteca, o dador da hipoteca e o credor hipotecário ficam desde logo constituídos na *obrigação recíproca* de registar essa mesma hipoteca.

Consideramos que a expressão «promessa sinalagmática» não significa que a hipoteca não registada seja qualificada pela lei como um contrato-promessa de hipoteca. Se assim fosse, então seria necessário cumprir a promessa por meio da celebração de um contrato definitivo de hipoteca, o que não se nos afigura necessário. De facto, o contrato de hipoteca não registado é um contrato «perfeito» do ponto de vista das declarações negociais das partes, isto é, é um contrato definitivo e não um contrato-promessa. Simplesmente, a este contrato falta o cumprimento de um pressuposto para a sua eficácia *erga omnes*, que consiste na inscrição no registo. Portanto, para que o contrato de hipoteca produza efeitos é suficiente a inscrição no registo, não é preciso as partes renovarem as suas declarações negociais. E, por outro lado, a inscrição no registo não pode ser qualificada juridicamente como a celebração de um contrato definitivo, na medida em que aqui não há um novo encontro de vontades das partes. Assim sendo, somos de parecer que quando é utilizada a expressão «promessa», o sentido que se pretende imprimir é o de «obrigação sinalagmática» de proceder ao registo.

Acresce, por último, que esta «promessa» ou obrigação de proceder ao registo poderá ser objecto de exigência judicial, nos termos gerais de Direito, na medida em que se trata de uma efectiva obrigação.

Conclui-se que, em face do disposto no artigo 129º AUG, não pode manter-se em vigor o regime jurídico constante do art. 687º CC, o qual se deve considerar revogado, quer globalmente, para quem adopte a tese da uniformização, quer ainda para aqueles que sustentem a tese oposta, dado que, existindo incompatibilidade de conteúdo, deve prevalecer o disposto no Acto Uniforme.

7. A fragilidade da garantia hipotecária à luz do Código Civil de 1966.

Como vimos, a garantia hipotecária apresenta-se, na perspectiva da generalidade dos autores, como a rainha das garantias. No entanto, o certo é que essa caracterização apresenta algumas fragilidades, decorrentes quer do regime primitivo instituído no Código Civil, quer por força de alterações legislativas posteriores, das quais decorreu o agravamento da preferência atribuída ao credor hipotecário.

a) Privilégios creditórios.

Os credores com privilégios creditórios são os primeiros que o Código Civil gradua antes dos credores hipotecários. Trata-se de uma garantia de origem exclusivamente legal, cuja natureza pode ser geral ou especial, e que tanto pode incidir sobre bens imóveis como sobre bens móveis.

O privilégio creditório consiste num direito atribuído a determinados credores de serem pagos com preferência sobre os demais, em face da *natureza* dos seus créditos e independentemente de qualquer registo²⁹. Uma vez que o privilégio creditório é configurado pela lei como uma *garantia escondida*, ele constitui inevitável fonte de insegurança, principalmente para os credores hipotecários, na medida em que lhes é praticamente impossível conhecer qual a situação jurídica do património do seu devedor em termos de privilégios creditórios que eventualmente possam existir, e, designadamente, sobre os bens que lhes foram hipotecados. Na verdade, é essa a principal crítica que costuma ser apontada aos privilégios creditórios, isto é, o facto de

²⁹ Cf. João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7ª edição, Coimbra, Almedina 1999, p. 571 e Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Privilégios*, Lisboa, 1957, p. 9.

se tratar de garantias escondidas ou ocultas, que os outros credores só vêm a descobrir na acção executiva. Não obstante, como tais privilégios se encontram consagrados na lei, sempre se poderia argumentar com o facto de os credores terem sempre de contar com eles, pelo que não poderiam assim alegar a sua surpresa ou o prejuízo para as suas legítimas expectativas. No entanto, o facto é que a lei se limita a prever a existência dos privilégios creditórios, sendo extremamente difícil para os outros credores saber se e em que termos existem credores privilegiados, bem como os montantes dos respectivos direitos de crédito. Sendo assim, o que normalmente acontece é que é apenas na acção executiva, geralmente intentada por um credor hipotecário, que se vem a descobrir a existência de credores privilegiados, os quais vão ser pagos antes dos outros, podendo não haver património suficiente para pagar sequer ao credor hipotecário, que é também um credor munido de garantia real.

O Código Civil reconhece, de acordo com o disposto no art. 735º, duas categorias de privilégios creditórios, designadamente: privilégios creditórios gerais e especiais; privilégios creditórios mobiliários e imobiliários. Relativamente a esta última categoria, o privilégio creditório é imobiliário quando incida sobre bens imóveis do devedor, sendo, ao invés, mobiliário, quando tenha por objecto bens móveis do devedor.

Os privilégios creditórios *gerais* são preferências de pagamento atribuídas pela lei a certos credores, em função da sua qualidade ou da especial natureza do seu crédito, que incidem sobre a generalidade do património do devedor, ou seja, sobre o valor de todos os bens nele existentes. Por seu turno, os privilégios creditórios *especiais* concedem ao seu titular o direito de ser pago pelo produto da venda de um determinado bem, com preferência relativamente a outros credores, consubstanciando por isso autênticos direitos reais de garantia. Portanto, os privilégios creditórios especiais, quer sejam imobiliários, quer mobiliários, gozam de sequela. Diversamente, os privilégios gerais apresentam-se como meras preferências de pagamento³⁰, na medida em que carecem de determinabilidade, o que impede a sua caracterização enquanto garantia real, não gozando, por esse motivo, de sequela³¹.

No sistema instituído pelo CC, o art. 735º nº 3 determina que *os privilégios imobiliários estabelecidos neste Código são sempre especiais*, ou seja, que não podem haver privilégios imobiliários gerais, pelo menos não no sistema do Código Civil. A

³⁰ No mesmo sentido, cf. Salvador da Costa, *O Concurso de credores*, 2ª edição, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 164 e 165.

³¹ Cf., neste sentido, Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Privilégios*, ob. cit., p. 26.

razão de ser da restrição prende-se com o facto de os bens imóveis serem bens normalmente mais valiosos que os bens móveis, pelo que seria demasiado gravoso para os restantes credores serem surpreendidos pela existência de privilégios gerais sobre *todo* o património imobiliário do seu devedor.

No regime jurídico primitivo da hipoteca estabelecido no CC, apenas os privilégios creditórios constituem verdadeiro factor de insegurança para o credor hipotecário, na medida em que os créditos garantidos com privilégios creditórios (especiais) são graduados preferencialmente, prevalecendo em absoluto sobre a hipoteca, *mesmo quando esta tenha sido constituída em data anterior* à constituição do privilégio (cf. art. 751º CC). Esta situação é agravada pelo facto da ausência de publicidade inerente à constituição dos privilégios creditórios, pois dificilmente os credores hipotecários podem conhecer a existência de credores privilegiados, assim como, a existirem, o montante dos respectivos créditos. Ainda assim, apesar da prevalência dos privilégios creditórios, a hipoteca foi, durante muito tempo, considerada a garantia mais segura que o credor podia ter do ressarcimento do seu crédito, precisamente por ser a garantia de constituição voluntária mais bem graduada pela lei.

Desta análise conclui-se que, no sistema instituído pelo Código Civil, a hipoteca apresenta-se como uma garantia que, por vezes, pode revelar-se extremamente frágil, considerando que a existência dos credores privilegiados coloca absolutamente em causa o ressarcimento do credor hipotecário, graduado abaixo daquele.

No caso português, esta circunstância foi agravada pela criação, por via de legislação avulsa, de privilégios imobiliários gerais. Essa figura encontra-se categoricamente proibida pelo art. 735º nº 3, onde expressamente se declara que os privilégios imobiliários são, no Código Civil, sempre privilégios especiais, e nunca gerais. Uma coisa é o credor hipotecário vir a descobrir, na acção executiva, que existe um credor munido de privilégio creditório especial sobre aquele mesmo bem que se lhe encontra hipotecado; coisa diversa é o credor hipotecário vir a descobrir que existe um credor munido de privilégio creditório geral, que lhe permite ser pago pelo produto da venda de todos os bens imóveis do devedor, com preferência em relação aos demais credores. A segunda situação apresenta-se muito mais gravosa para o credor do que a primeira, daí a opção legislativa no sentido de restringir os privilégios imobiliários aos privilégios especiais. Foi nessa ordem de ideias que o legislador do Código Civil determinou que os privilégios creditórios gerais, por serem mais atentatórios dos

direitos dos particulares, apenas podem incidir sobre bens móveis, os quais, em regra, possuem valor inferior aos bens imóveis.

Contudo, não obstante o disposto naquele art. 735º nº 3 CC, o certo é que em Portugal foram sendo criados pelas leis avulsas os chamados privilégios creditórios imobiliários gerais, donde resultou o *agravamento da fragilidade da garantia hipotecária*, bem como o crescente favorecimento destes credores «surpresa», em nome da necessidade de salvaguardar o ressarcimento dos seus créditos, mesmo com sacrifício de garantias regularmente constituídas e das quais resulta uma legítima expectativa de ressarcimento prioritário, como é o caso da garantia hipotecária.

Uma vez feita a análise da fragilidade da garantia hipotecária no sistema jurídico português, importa agora averiguar se, no *ordenamento jurídico interno guineense*, se produziu ou não evolução semelhante à verificada em Portugal. Por um lado, o Código Civil manteve-se inalterado quanto a este aspecto. Todavia, a situação parece ter-se modificado com a entrada em vigor do AUG, que regula os privilégios creditórios nos artigos 106º e seguintes.

É de notar que, apesar da entrada em vigor do AUG, o Estado Guineense manteve a sua legitimidade para criar novos privilégios creditórios gerais, para além dos que se encontram concretamente consagrados naquele Acto Uniforme. Desde logo, essa legitimidade é conferida pelo artigo 106º, quando estabelece, no segundo parágrafo, que a legislação especial que venha a estabelecer outros privilégios creditórios gerais deverá determinar a sua categoria e hierarquia. Portanto, admite-se aqui a criação paralela de novos privilégios creditórios gerais, contanto que a sua regulação seja submetida ao disposto no AUG. Por outro lado, neste ponto, é extremamente ampla a liberdade que a OHADA confere aos Estados membros, na medida em que estes não apenas continuam com a possibilidade de consagrar privilégios creditórios gerais, como, para além disso, ainda podem determinar o lugar em que esses credores privilegiados devem ser pagos, em prejuízo da classificação estabelecida pelo AUG no seu artigo 107º. Nestes termos, dir-se-ia que a graduação aqui estabelecida é meramente supletiva, sendo susceptível de ser posta em causa pela legislação interna de cada Estado parte. Refira-se, porém, que caso o Estado se limite a criar o novo privilégio creditório geral, sem determinar a ordem do seu pagamento, a parte final do segundo parágrafo do art. 106º estabelece que o credor deverá ser pago em último lugar, após o pagamento dos credores com os privilégios creditórios previstos no art. 107º.

A mesma clareza não se constata, no entanto, em relação aos privilégios creditórios especiais, pois em lado algum no AUG se determina a possibilidade de os Estados criarem, ao nível da sua legislação interna, outros privilégios, para além dos que se encontram consagrados. Tudo depende, então, da natureza que seja atribuída a este Acto Uniforme, ou seja, tudo depende de saber se o AUG constitui uma regulamentação exclusiva, ou se, pelo contrário, os Estados membros, apesar da entrada em vigor do Acto Uniforme, mantêm a legitimidade para criar outras garantias especiais para além das que aí se encontram previstas.

Neste ponto, importa averiguar o que o AUG estabeleceu a propósito da criação pelos Estados membros de outras garantias reais. Com efeito, no caso particular das garantias reais, o AUG admite, em duas situações, a liberdade dos Estados membros criarem outras garantias para além das que se encontram expressamente previstas. A primeira situação reside no art. 106º, já analisado, nos termos do qual é permitido aos Estados a criação de novos privilégios creditórios gerais. Outro caso é o que consta do art. 132º, onde se prevê a possibilidade de cada Estado Parte criar outras hipotecas coercivas, para além das especialmente consagradas no próprio AUG.

Assim, verifica-se que o AUG admite a possibilidade de os Estados Partes criarem novos privilégios creditórios gerais e novas hipotecas coercivas, para além dos consagrados no próprio Acto Uniforme. Mas, no que concerne aos privilégios creditórios especiais, o AUG não consagra, em lugar algum, a liberdade de os Estados membros criarem novos privilégios, para além dos constantes no próprio AUG. De modo que são possíveis duas vias de interpretação: ou se considera que os Estados membros apenas têm legitimidade para criar novos privilégios creditórios gerais e novas hipotecas legais, pois apenas nesses dois casos o AUG os autorizou a fazê-lo; ou, por outro lado, pode admitir-se que aquelas duas normas (art. 106º e art. 132º) consubstanciam um indício de um princípio geral, de acordo com o qual a adopção do AUG não prejudica a liberdade de os Estados criarem outras garantias especiais, para além das previstas no regime jurídico da OHADA, ainda que essas outras garantias devam, naturalmente, ser submetidas às regras do AUG.

Pela nossa parte, parece-nos, que, salvo melhor entendimento, a segunda é a melhor solução, ou seja, considerar que *os Estados membros da OHADA mantêm a sua soberania relativamente à criação de outras garantias, e, em particular, outros privilégios creditórios especiais*. Com efeito, se o AUG admite expressamente a possibilidade de criação de privilégios creditórios gerais e de hipotecas legais, não se vê

motivos para excluir os privilégios creditórios especiais, que, no nosso entendimento, poderão ser assim consagrados pela lei interna. Até porque, do ponto de vista da segurança jurídica dos restantes credores, sempre se afigura mais gravosa a criação de privilégios creditórios gerais, do que de privilégios creditórios especiais. Nesta ordem de ideias, poderia argumentar-se que, como o AUG permite expressamente a criação de novos privilégios gerais, os quais, pela sua natureza, são mais gravosos para os outros credores, de acordo com um argumento de maioria de razão deve igualmente permitir-se a consagração de novos privilégios creditórios especiais, cujo impacto para os restantes credores não é tão forte³².

Por outro lado, e, retomando agora a questão anterior, isto é, saber se no ordenamento jurídico guineense a evolução legislativa foi idêntica à ocorrida em Portugal, importa assinalar as inovações decorrentes da adopção do AUG. Efectivamente, verifica-se que, tal como em Portugal, também o legislador OHADA acabou por admitir, contra o disposto naquele art. 735º nº 3 CC, a figura dos privilégios creditórios imobiliários gerais, ainda que o tenha feito de forma *camuflada*, no artigo 148º, que será de seguida analisado.

Em primeiro lugar, aparentemente, observando o AUG, poderia afirmar-se que os privilégios creditórios passaram a ser meras garantias mobiliárias, isto é, que incidem apenas e exclusivamente sobre bens móveis. Esta constatação deriva do disposto no art. 39º § 1, bem como dos artigos 106º e 109º, todos do AUG. De facto, à primeira vista, o regime jurídico instituído pelo AUG trouxe uma inovação substancial e que consubstancia um importante favorecimento do credor hipotecário, na medida em que os privilégios creditórios deixam de poder incidir sobre os bens imóveis, sendo certo que, como já se analisou, à luz do AUG, a hipoteca é a única garantia imobiliária expressamente admitida.

De certo modo, o novo regime jurídico vem repor o equilíbrio da injustiça do sistema constante do Código Civil. Vimos já que o privilégio creditório é uma garantia

³² Uma questão diversa da ora abordada reside em saber se os Estados membros podem criar outros tipos de garantias especiais, pessoais ou reais, para além das que são admitidas no AUG. Por exemplo, poderia perguntar-se se é possível a consagração do arresto como garantia real, conferindo ao credor arrestante uma preferência de pagamento sobre os bens arrestados. Sobre este problema, julgamos que nada obsta a que os Estados membros criem novos tipos de garantias. Relativamente às garantias pessoais, mesmo as próprias partes têm legitimidade para o efeito, nos termos gerais da autonomia privada (art. 405º CC). No que concerne às garantias reais, somos de parecer que poderão ser criadas pela lei interna novas preferências de pagamento, mas não poderá ser alterada a graduação estabelecida nos artigos 148º e 149º, o que significa, em última instância, que tais credores serão sempre pagos em último lugar, antes dos credores quirografários.

criada pela lei, mas não sujeita a publicidade de nenhuma espécie, nem registal nem de facto, pelo que o conhecimento dos credores privilegiados acontece apenas na fase de acção executiva, quando o credor já não tem a possibilidade prática de reagir e exigir ao devedor outras garantias. Assim, muitas vezes, a legítima expectativa que deriva da regular constituição da hipoteca poderá ser defraudada pelo aparecimento de credores escondidos, graduados acima do credor hipotecário. Diversamente, no novo sistema consagrado no AUG, essa possibilidade é substancialmente reduzida na medida em que a hipoteca passou a ser uma garantia exclusivamente imobiliária, enquanto os privilégios creditórios são concebidos como meras garantias mobiliárias. Assim sendo, o credor hipotecário fica mais seguro, dado que pode estar certo de que na acção executiva não poderão aparecer credores privilegiados, pois deixaram de ser admitidos privilégios creditórios imobiliários. Não obstante, esta conclusão, aparentemente correcta, tem que ser feita com **duas importantes ressalvas**, que serão de seguida analisadas.

Como *primeira ressalva*, salienta-se que só é possível concluir deste modo se se entender que o AUG produziu a revogação do Código Civil na parte relativa aos privilégios creditórios, designadamente no que se refere aos privilégios creditórios imobiliários. Em relação a esta primeira ressalva, julgamos que não podem subsistir muitas dúvidas sobre esta revogação, mesmo tendo em consideração a divisão existente na doutrina e na jurisprudência relativamente às consequências da adopção de Actos Uniformes. Com efeito, para aqueles que propugnem que se trata de revogação global, isso significa que os artigos 106º a 116º do AUG substituíram os artigos 733º a 753º do CC, pelo simples facto de ambos se referirem ao mesmo instituto, isto é, porque ambos regulam os privilégios creditórios. A revogação global opera independentemente da incompatibilidade material das normas em confronto, e, pelo simples facto de ter sido adoptado um novo conjunto de regras sobre privilégios creditórios, deve considerar-se revogado o disposto no sistema anterior, consagrado no Código Civil.

Por outro lado, para aqueles que considerem que a revogação do direito interno é uma mera revogação tácita, e parcial, ainda assim se deve manter a afirmação nos termos da qual o AUG implicou um fortalecimento da garantia hipotecária. Com efeito, mesmo para este entendimento deve considerar-se revogado o Direito interno, pois existe incompatibilidade do AUG com o artigo 735º nº 1 do CC, que determina que existem duas espécies de privilégios creditórios, os imobiliários e os mobiliários. Ora, esta norma opõe-se frontalmente ao disposto no art. 39º § 1 do AUG, nos termos do

qual os privilégios creditórios são meras garantias mobiliárias. Esta incompatibilidade afigura-se inultrapassável, pois, ou bem que há privilégios creditórios sobre bens imóveis e sobre bens móveis, ou bem que apenas há privilégios creditórios sobre bens móveis. E, sendo que o AUG produziu a revogação do Direito interno, tal revogação implica, qualquer que seja o entendimento adoptado, que foi revogada a figura dos privilégios creditórios imobiliários admitida no Código Civil, para se passar a prever somente os privilégios creditórios mobiliários.

Em segundo lugar, como *segunda ressalva*, deparamo-nos com um problema mais preocupante que deriva de uma particularidade do AUG, a qual, de certo modo, põe em causa a afirmação feita no próprio art. 39º AUG de que os privilégios creditórios são exclusivamente garantias mobiliárias. É que acontece que o AUG contém a graduação dos credores munidos de garantia especial nos seus artigos 148º e 149º, que regulam, respectivamente, a distribuição do preço da venda dos bens imóveis e dos bens móveis do devedor. Ora, tendo em consideração que o AUG apenas consagra e regula os privilégios creditórios mobiliários, dir-se-ia que estes apenas poderiam figurar no art. 149º, referente à distribuição do produto da venda dos bens móveis. Sucede, no entanto, que também o artigo 148º se refere aos credores com privilégios creditórios, o que nos induz a ideia de que, afinal, estes continuam a existir no sistema jurídico instituído pelo AUG, muito embora o próprio AUG não consagre *expressamente* nenhum privilégio creditório imobiliário, e, muito embora o art. 39º qualifique os privilégios creditórios como garantias exclusivamente mobiliárias. O certo é que, apesar de tudo isto, o artigo 148º admite os seguintes credores privilegiados:

- Credores por despesas de justiça, contraídas para proceder à execução do bem vendido e à distribuição do respectivo preço;
- Credores de salários com privilégios creditórios;
- Credores beneficiários de um privilégio geral submetido à publicidade, de acordo com a ordem de inscrição no Registo do Comércio e do Crédito Mobiliário;
- Credores beneficiários de um privilégio geral não submetido à publicidade, de acordo com o estabelecido no artigo 107º do AUG.

Portanto, muito embora os artigos 106º a 116º do AUG, bem como o art. 39º, sejam explícitos na determinação de que apenas existem privilégios creditórios mobiliários, o certo é que depois ao nível da graduação dos credores se admite,

claramente, a **subsistência dos privilégios creditórios imobiliários**, pois tais credores são incluídos na graduação relativa à distribuição do produto da venda dos bens imóveis. O art. 148º não o refere expressamente, mas afigura-se que pelo menos alguns destes privilégios imobiliários configuram verdadeiros privilégios creditórios gerais, pois, à excepção de um deles, não se faz referência a nenhum bem específico sobre o qual o privilégio incide, antes parecendo que os mesmos podem ser exercidos relativamente a *quaisquer bens imóveis do devedor*. A única excepção a esta afirmação respeita ao privilégio creditório referido em primeiro lugar pelo art. 148º, que consubstancia um privilégio creditório especial, o que resulta claramente da expressão legal: «*despesas de justiça contraídas para proceder à execução do bem vendido e à distribuição do respectivo preço*». Significa que o credor privilegiado nos termos do art. 148º § 1 apenas pode ser pago com o produto da venda daquele bem relativamente ao qual foram contraídas despesas de justiça.

Retomando a evolução verificada no direito português, conclui-se que evolução semelhante ocorreu no caso da Guiné-Bissau, ou seja, quer num caso quer noutro, apesar do disposto no art. 735º nº 3 do CC, foram sendo admitidos os privilégios creditórios imobiliários gerais. Simplesmente, no caso guineense, esta consagração encontra-se algo camuflada, pois não é directamente referida em nenhum dos capítulos do AUG e resulta exclusivamente do art. 148º, que regula a graduação dos credores relativamente à distribuição do produto da venda de bens imóveis.

Poderia perguntar-se, donde resulta a consagração de tais privilégios creditórios gerais? Será que se mantém, a este nível, o disposto no Código Civil? Ou será que os artigos 106º a 116º do AUG, apesar de a sua letra se encontrar dirigida apenas aos privilégios creditórios mobiliários, se dirige igualmente aos privilégios creditórios imobiliários? Ou será, ainda, que é o próprio artigo 148º que implica a consagração de tal figura?

Relativamente à primeira possibilidade apontada, julgamos, salvo melhor entendimento, que merece resposta negativa. Com efeito, afigura-se inviável a manutenção do regime jurídico constante do Código Civil relativo aos privilégios creditórios gerais, uma vez que, nesse regime, só eram admitidos privilégios gerais *mobiliários*, enquanto o AUG refere, no art. 148º, privilégios gerais sobre bens imóveis. Por outro lado, pelo menos para a tese da revogação global, o facto de o AUG regular os privilégios creditórios implica a substituição automática do disposto nesta sede no Código Civil pelo novo regime constante do AUG.

A segunda hipótese, ou seja, saber se o elenco de privilégios creditórios gerais consagrados no AUG para os bens móveis é aplicável também aos bens imóveis, carece, contudo, de uma análise mais prolongada. Com efeito, o art. 148º refere os credores beneficiários de um privilégio geral submetido à publicidade, de acordo com a ordem de inscrição no Registo do Comércio e do Crédito Mobiliário, bem como os credores beneficiários de um privilégio geral não submetido à publicidade, de acordo com o estabelecido no artigo 107º do AUG. Portanto, parece que se deve entender que, apesar de o AUG os classificar exclusivamente como privilégios mobiliários no artigo 39º, decorre do disposto no art. 148º que estes privilégios podem também incidir sobre bens imóveis. Assim sendo, consideramos que a consagração dos privilégios imobiliários deriva da conjugação do disposto nos artigos 107º e 108º, com o art. 148º do AUG, na medida em que, muito embora o art. 39º estabeleça que se trata de garantias mobiliárias, tais privilégios são mencionados a propósito da distribuição do produto da venda dos bens imóveis do devedor.

É de notar que os privilégios creditórios previstos em primeiro e em segundo lugar pelo artigo 148º não têm consagração expressa em nenhum outro lugar do AUG, nem mesmo a título de privilégio mobiliário. Em relação ao privilégio creditório por despesas de justiça contraídas para proceder à execução do bem vendido e à distribuição do respectivo preço (art. 148º nº 1), a consagração desta figura resulta do próprio art. 148º, única disposição que o refere. Como lugar paralelo, também o art. 743º CC constituía, a favor dos credores por despesas de justiça feitas directamente no interesse comum dos credores para a conservação, execução ou liquidação de bens imóveis, um privilégio creditório sobre estes bens. Em ambos os casos, isto é, tanto no CC como no AUG, está em causa um privilégio creditório especial.

No que concerne ao privilégio referido em segundo lugar pelo art. 148º, ou seja, os credores de salários com privilégios creditórios, resulta da adopção de convenções internacionais da Organização Internacional do Trabalho³³. Trata-se de um «superprivilégio» estabelecido em benefício dos trabalhadores, para garantia dos seus salários, o qual consubstancia um privilégio creditório geral. Este privilégio é consagrado em atenção à Convenção da OIT nº 95 de 1949, que estabelece que se deve criar uma preferência de pagamento acima das outras relativamente à *parcela do salário que é considerada impenhorável* pelas legislações nacionais, na medida em que tal

³³ Daqui em diante, OIT.

quantia é o montante julgado essencial para a subsistência do trabalhador³⁴. Nos termos do art. 823º nº 1 e) do CPC, a parcela que é impenhorável corresponde a 2/3 dos vencimentos e salários de quaisquer empregados ou trabalhadores, pelo que estes gozam de um «superprivilégio» para garantia deste direito de crédito, nos termos do qual são pagos em segundo lugar pelo produto da venda dos bens imóveis da entidade empregadora³⁵. Relativamente à parcela remanescente de 1/3, os trabalhadores poderão ainda exercer os privilégios creditórios concedidos pelo AUG, designadamente o privilégio geral, mobiliário e imobiliário, atribuído pelo art. 107º nº 3, e, sendo caso disso, o privilégio especial mobiliário previsto no art. 113º e no art. 114º.

Podemos concluir que, a partir da entrada em vigor do AUG, os privilégios creditórios viram o seu âmbito de aplicação bastante reduzido na medida em que passaram a incidir, basicamente, sobre bens móveis. As únicas situações excepcionais, isto é, os únicos privilégios creditórios imobiliários que subsistiram no actual ordenamento jurídico guineense, são os referidos no art. 148º, nomeadamente:

1. Privilégio creditório especial imobiliário, referente a despesas de justiça contraídas para proceder à execução do bem vendido e à distribuição do respectivo preço de venda;
2. Privilégio creditório geral imobiliário dos credores de salários, relativamente à parcela declarada impenhorável pelos Estados parte;
3. Privilégio creditório geral imobiliário submetido a publicidade nos termos do art. 108º, de acordo com a ordem de inscrição no Registo do Comércio e do Crédito Mobiliário;
4. Privilégio creditório geral imobiliário não submetido a publicidade, de acordo com o estabelecido no artigo 107º do AUG.

Nos números 3 e 4 ora referidos trata-se, igualmente, de privilégios creditórios gerais imobiliários.

Por outro lado, é de salientar que, enquanto no Código Civil, o art. 751º gradua o credor privilegiado sempre em primeiro lugar, mesmo que daí resulte prejuízo para o

³⁴ Cf. Moussa Samb, Messanvi Foli, François Anoukaha, Joseph Issa-Sayegh, Aminata Cisse-Niang, Isaac Yankhoba Ndiaye, *OHADA. Sûretés*, ob. cit., p. 246.

³⁵ É de notar que o disposto no art. 822º CPC não foi prejudicado pela entrada em vigor do Acto Uniforme da OHADA Relativo à Organização dos Processos Simplificados de Cobrança e Execução, adoptado em 10 de Abril de 1998. Com efeito, o art. 50º deste Acto Uniforme determina que estão sujeitos à penhora ou apreensão todos os bens do devedor, com ressalva dos declarados impenhoráveis pela lei nacional de cada Estado parte. Reforçando o disposto neste preceito, o artigo 51º estabelece que os bens e direitos que não podem ser penhorados ou apreendidos são definidos por cada Estado parte, donde se deve concluir pela manutenção em vigor dos artigos 822º e 823º CPC.

credor com hipoteca ou com direito de retenção anterior, actualmente, no art. 148º AUG, o credor hipotecário é sempre graduado em terceiro lugar, isto é, a seguir ao credor com privilégio creditório imobiliário especial por despesas de justiça e ao credor com privilégio creditório imobiliário geral por salários. Por conseguinte, o credor hipotecário obtém sempre o ressarcimento do seu crédito antes dos credores com privilégio creditório geral referidos nos nº 4 e 5 deste art. 148º, independentemente da data de constituição do privilégio e/ou da hipoteca.

Esta inovação constitui uma importante medida de protecção do credor hipotecário pois há apenas dois credores privilegiados graduados à sua frente, sendo certo que em ambos os casos se trata de situações *facilmente cognoscíveis* pelos outros credores: por um lado, as despesas para a execução dos bens podem ser calculadas e o seu montante nunca poderá ser muito excessivo; por outro lado, quanto aos trabalhadores, o credor também sabe, com relativa facilidade, se estes existem ou não, bem como se há salários em atraso.

Admitindo, porém, que os Estados membros da OHADA mantêm a legitimidade para consagrar novas garantias especiais, para além das consignadas no AUG, nada obsta a que, no futuro, possam vir a aparecer outros privilégios creditórios imobiliários, gerais e especiais. Todavia, mesmo que tal venha a acontecer, isso não poderá de forma alguma prejudicar o credor hipotecário, uma vez que os Estados podem criar novos privilégios creditórios, mas não poderão alterar a ordem da graduação dos credores constante do art. 148º AUG³⁶. Por conseguinte, como a garantia hipotecária é graduada em terceiro lugar, nunca poderá ser prejudicada por estes eventuais novos privilégios creditórios.

Um segundo aspecto relevante no regime jurídico instituído pelo AUG respeita à graduação dos privilégios creditórios mobiliários especiais. No âmbito do art. 749º CC vigora o princípio da prioridade temporal da constituição dos direitos. Diversamente, o AUG estabelece, no art. 149º, uma graduação fixa da ordem de pagamentos dos vários credores preferenciais, ou seja, independente da ordem temporal da constituição das respectivas garantias. O mesmo se aplica, de resto, ao disposto no art. 750º CC, igualmente prejudicado pelo disposto no art. 149º AUG.

³⁶ O art. 106º § 2 permite aos Estados membros alterar a graduação disposta no art. 107º, mas não a graduação estabelecida pelo art. 148º, que é absolutamente injuntiva. Portanto, os Estados membros só podem alterar a graduação dos credores com privilégios gerais entre si, mas não em confronto com outras garantias especiais.

Retomando a questão da fragilidade da garantia hipotecária, vimos que no Código Civil o primeiro sinal dessa fragilidade residia na existência de credores privilegiados, os chamados credores «surpresa», munidos de privilégios creditórios especiais, graduados antes do credor hipotecário nos termos do art. 751º CC. Vimos ainda que essa fragilidade foi agravada, no caso português, em virtude da criação por via legislativa, de privilégios creditórios imobiliários gerais. Por sua vez, também no ordenamento jurídico guineense se verificou uma evolução idêntica, resultante do disposto no art. 148º AUG, onde são consagrados privilégios creditórios imobiliários, gerais e especiais. Contudo, esta evolução não produziu os mesmos efeitos gravosos para o credor hipotecário que se verificaram em Portugal uma vez que, nos termos do AUG, estes credores privilegiados são graduados depois do credor hipotecário. Com efeito, antes deste apenas obtêm pagamento os credores privilegiados nos termos dos nºs 1 e 2 do art. 148º.

b) Direito de retenção.

Outra figura que põe directamente em causa a consistência da garantia hipotecária é o direito de retenção. O direito de retenção é um instituto que se encontra consagrado nos artigos 754º e seguintes do Código Civil e que se traduz na faculdade de uma pessoa, que se encontra obrigada a entregar uma coisa a outrem, recusar essa entrega, enquanto não for cumprida uma obrigação que o titular do direito à entrega tem para com o obrigado à entrega.

O direito de retenção assume essencialmente duas características: por um lado, funciona como meio de compelir o devedor a cumprir, e, por outro lado, atribui ao retentor o direito de ser pago preferencialmente pelo produto da venda do bem retido.

No sistema instituído pelo Código Civil, o direito de retenção configura um verdadeiro direito real de garantia na medida em que o retentor adquire, por via do exercício deste direito, uma preferência de pagamento. Contudo, nem sempre existe direito de retenção, isto é, não basta que alguém se encontre obrigado a entregar alguma coisa a outrem sobre quem tem um crédito para poder exercer sobre essa pessoa o direito de retenção, sendo necessário que se preencham certos requisitos.

É a lei que estabelece os requisitos necessários à atribuição do direito de retenção, os quais, no âmbito do CC, constam do art. 754º. Isto significa que, tal como os privilégios creditórios, o direito de retenção não pode surgir por iniciativa das partes,

mas apenas nos casos em que se encontrem devidamente preenchidos os pressupostos legais.

Ao abrigo do disposto no artigo 754º CC, só há direito de retenção quando o obrigado à entrega de uma coisa seja titular de um direito de crédito específico sobre o credor da entrega, de modo que esse direito de crédito deve resultar da realização de despesas com a coisa retida, ou de danos por ela causados. Por conseguinte, a constituição do direito de retenção atende a uma fonte particular, pois não é suficiente que o obrigado à entrega tenha um qualquer direito de crédito sobre o seu credor; esse direito de crédito tem de revelar uma conexão especial com a coisa retida, conexão essa que é o motivo justificativo do direito de retenção.

Para além disso, alguns ordenamentos jurídicos admitem o direito de retenção desde que o crédito do retentor se funde na *mesma relação jurídica* donde provém a sua obrigação de entrega da coisa. Inspirado nesta doutrina, Vaz Serra considerava que a mesma deveria ser transposta para o Código Civil de 1966, com vista a admitir o exercício do direito de retenção não apenas nos casos em que houvesse a tal conexão específica entre o crédito do retentor e a própria coisa retida derivada de despesas feitas com a coisa ou de danos por ela causados, mas abrangendo igualmente as hipóteses de mera comunidade da relação jurídica. Nesta ordem de ideias, nesta terceira situação, bastaria que o direito de crédito do retentor tivesse origem na mesma situação jurídica que originou a detenção da coisa. Simplesmente, neste caso, o direito de retenção teria uma caracterização diferente, funcionando como mero *direito obrigacional de retenção*, na medida em que apenas poderia ser invocado para suspender a entrega da coisa, mas não funcionaria como causa atributiva de preferência de pagamento³⁷. Por conseguinte, este não seria um direito de retenção *pleno*, como o derivado de despesas com a coisa ou de danos por ela causados, mas antes uma situação atípica de retenção desprovida de uma das suas características fundamentais que reside no traço atributivo da preferência de pagamento.

Este entendimento acabou por não obter consagração legal no Código Civil de 1966. O art. 754º apenas admite a retenção quando haja a conexão necessária entre o direito de crédito do retentor e a coisa concretamente retida, conexão esta que apenas pode resultar de despesas feitas com a coisa ou de danos por esta causados. Mas não se acolheu, em termos gerais, o direito de retenção fundado na mera comunidade de

³⁷ Cf. Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Direito de retenção*, BMJ nº 65, 1957, pp. 139 e 160 e seguintes.

relação jurídica. Ainda assim, aquela tese obteve acolhimento parcial, nos *casos especiais de direito de retenção* previstos no art. 755º, em que o crédito do retentor, efectivamente, não deriva nem de despesas feitas com a coisa retida, nem de danos por ela causados, mas do simples facto de tanto a obrigação de entrega da coisa, como o direito de crédito do retentor terem a mesma fonte, isto é, a mesma relação jurídica como fonte. Por exemplo, o albergueiro pode reter as coisas do albergado até que este cumpra a sua obrigação de retribuição do serviço prestado. O direito de crédito do retentor – direito à retribuição – nasce do contrato de albergaria, e, por sua vez, a obrigação de entrega das coisas também nasce desse mesmo contrato, o que significa que têm como fonte a mesma relação jurídica. Mas o direito de crédito do retentor não nasce nem de despesas efectuadas com a coisa, nem tão-pouco de danos por ela causados. Sendo caso disso, ou seja, se o albergueiro tiver feito alguma despesa com a coisa, ele terá direito de retenção nos termos do art. 754º, mas não nos do art. 755º.

O AUG também regula o direito de retenção entre as garantias especiais das obrigações, particularmente, no âmbito das garantias reais – cf. artigos 39º § 1 e 41º e seguintes. Os requisitos de constituição deste direito decorrem da análise conjugada dos artigos 41º e 42º AUG e são os seguintes:

1. Detenção legítima de uma coisa do devedor ou de terceiro;
2. Exercício da retenção em momento anterior a qualquer penhora sobre a coisa;
3. Obrigação certa, líquida e exigível;
4. Existência de uma relação entre a constituição da obrigação e a coisa detida.

Comparativamente com o Código Civil, constata-se, em primeiro lugar, que o primeiro requisito é parcialmente coincidente com o disposto no art. 756º a), pois também aqui se estabelece que não há direito de retenção a favor daqueles que tenham obtido por meios ilícitos a coisa que devem entregar. A única diferença é que para o CC releva a boa fé por parte do detentor, isto é, se ele desconhece a ilicitude da detenção, então é legítimo o exercício deste direito. Não obstante o AUG não referir esta questão expressamente, consideramos que a boa fé do retentor deve continuar a ser relevante para efeitos de preenchimento do primeiro requisito, mesmo no regime do AUG, dado que se trata de um Princípio geral vigente na ordem jurídica guineense.

Em segundo lugar, no que concerne ao terceiro requisito, existe uma contradição com o disposto no art. 757º nº 2 CC uma vez que, à luz do direito interno, o exercício do direito de retenção não depende da liquidez do crédito do seu titular.

Verifica-se, em terceiro lugar, que o AUG é bastante mais liberal do que o CC em sede da conexão exigida para a existência do direito de retenção. Efectivamente, o art. 754º CC determina que apenas há lugar a este direito relativamente a despesas feitas por causa da coisa, ou a danos por ela causados. O art. 755º admite apenas a título excepcional alguns casos de retenção em virtude da comunidade da relação jurídica. Ora, as restrições que o CC colocava ao direito de retenção foram visivelmente ultrapassadas pelo art. 42º AUG, uma vez que apenas se requer a existência de uma qualquer *relação* entre a constituição da obrigação e a coisa retida. Nestes termos, foi adoptada solução idêntica à sustentada por Vaz Serra relativamente a esta matéria, sendo, assim, muito mais flexível, a solução actual do AUG³⁸. Segundo este Autor, “*afigura-se de aplaudir a doutrina segundo a qual o direito de retenção se admite logo que as duas dívidas se filiem na mesma relação jurídica*”³⁹. Assim, “*basta que a detenção se ligue a uma convenção, ou a um quase-contrato, e que a dívida, conexas à coisa detida, tenha nascido por ocasião desta convenção ou deste «quase-contrato»*”⁴⁰. E, nos mesmos termos: “*admitindo este caso de direito de retenção, não é forçoso que deva produzir aí a retenção os efeitos que produz nos outros casos. Tratar-se-ia de mero direito obrigacional, de retenção*”⁴¹. No que diz respeito a esta última afirmação, afigura-se que o AUG não a acolheu na medida em que nenhuma distinção é feita, pelo que, à partida, a retenção fundada na comunidade de relação jurídica configura um direito real de garantia, e não apenas de um direito obrigacional de retenção, como sustentava Vaz Serra.

Independentemente dos traços comuns e das diferenças ao nível dos requisitos, importa atentar num importante ponto de discórdia entre o AUG e o CC, que reside no objecto do direito de retenção. Esta questão é relevante para efeitos de aferir da consistência da garantia hipotecária.

No regime instituído pelo Código Civil, a retenção tanto podia incidir sobre bens móveis, como sobre bens imóveis, o que resulta claramente do disposto nos artigos 758º

³⁸ Contudo, Vaz Serra considerava que aqui haveria somente um direito obrigacional de retenção, solução que não parece ter sido acolhida no AUG.

³⁹ Cf. Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Direito de retenção*, ob. cit., p. 160.

⁴⁰ Cf. Aubry e Rau, citados Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Direito de retenção*, ob. cit., p. 140.

⁴¹ Cf. Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Direito de retenção*, ob. cit., nota de rodapé nº 97-a.

e 759º CC. Por seu turno, o AUG estabelece no art. 39º § 1 que o direito de retenção é uma garantia real mobiliária, quer dizer, que apenas pode incidir sobre bens móveis. Portanto, tal como se fez para os privilégios creditórios, o AUG estabelece, como ponto de partida, que o direito de retenção é uma mera garantia mobiliária. Em consonância com o disposto neste artigo, o credor com direito de retenção não é mencionado no art. 148º⁴², relativo à distribuição do produto da venda de bens imóveis do devedor, mas apenas no art. 149º, a propósito da distribuição do produto da venda de bens móveis, nos termos do qual deve ser pago em quarto lugar.

Afigura-se que o disposto no AUG revoga, quanto a esta parte, o Código Civil, quer se opte pela tese da revogação global, quer pela revogação tácita parcial. Com efeito, optando pela revogação global, verifica-se a substituição automática do regime do direito de retenção previsto no CC pelo previsto no AUG. Por outro lado, para quem propugne a revogação tácita, ainda assim deverá ter-se por revogado o CC, na medida em que há incompatibilidade de conteúdo.

Este aspecto constitui uma das mais importantes inovações trazidas pelo AUG uma vez que dela resulta um substancial reforço da garantia do credor hipotecário. Efectivamente, um dos traços da fragilidade da hipoteca no Código Civil resulta do disposto no art. 759º nº 2, nos termos do qual o credor com direito de retenção tem o direito de ser pago antes do credor hipotecário, mesmo com prejuízo de hipotecas registadas em data anterior ao exercício do direito de retenção⁴³. Esta prevalência é fruto de graves problemas para o credor hipotecário, pois, sendo a hipoteca uma garantia sem desapossamento da coisa, o dador da hipoteca pode, naturalmente, entregar a coisa a terceiros, que poderão mais tarde exercer o direito de retenção, sem que o credor se possa precaver contra essa situação. Por outro lado, embora o direito de retenção não se afigure tão grave como os privilégios creditórios, dele resultam ainda alguns problemas,

⁴² Contrariamente ao que sucede nos privilégios creditórios, que, como já se analisou, são também mencionados no art. 148º, relativo à graduação dos credores com garantias sobre bens imóveis.

⁴³ Relativamente à prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca, consagrado no art. 759º nº 1 CC, o Tribunal Constitucional pronunciou-se, mais do que uma vez, no sentido de que o credor hipotecário tem que contar com a existência deste direito e com a possibilidade de ser graduado abaixo do retentor. Por conseguinte, este Tribunal considerou que o referido art. 759º nº 2 não era inconstitucional, por não pôr em causa o Princípio da Tutela da Confiança nem o Princípio da Proporcionalidade. Sobre este assunto, cf., por exemplo, o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 594/2003 (Diário da República nº 29, II Série, de 10 de Fevereiro de 2005, p. 1921), o Acórdão do Tribunal Constitucional nº 356/2004 (disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040356.html>) e o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 7/4/2005. Sendo embora controverso, este entendimento pode ser transposto para os privilégios creditórios dado que, encontrando-se eles devidamente consagrados na lei, os restantes credores têm sempre que contar com a possibilidade da sua existência.

já que não se encontra sujeito à publicidade registal, mas apenas à publicidade de facto, resultante da entrega da coisa.

A possibilidade da existência do direito de retenção sobre um bem hipotecado decorre desde logo do facto de, contrariamente ao que se verifica a propósito de outras garantias, a garantia hipotecária não implicar o desapossamento dos bens hipotecados. O dador da hipoteca mantém a posse do bem hipotecado, podendo livremente transmiti-lo a terceiro, bem como constituir outros ónus sobre ele.

No âmbito do AUG, esta fragilidade da hipoteca resultante do confronto com o direito de retenção é completamente eliminada. Com efeito, deixa de ser juridicamente viável o exercício deste direito sobre bens imóveis, passando este a ser uma mera garantia mobiliária. Portanto, o credor hipotecário já não é ultrapassado pelo retentor pois ambos concorrem ao produto da venda de bens diversos, devendo, em qualquer caso, ser pago sempre em terceiro lugar, ao abrigo do disposto no art. 148º AUG. Fica, assim, claramente reforçada a garantia hipotecária.

Todavia, é de assinalar que o novo regime jurídico não tutela suficientemente o terceiro que possa ter feito despesas com a coisa, designadamente quando se trate de terceiro que tenha efectuado benfeitorias na coisa hipotecada. Um dos motivos justificativos da prevalência do direito de retenção sobre a hipoteca consagrada no art. 759º nº 2 CC reside precisamente na necessidade de impedir o enriquecimento sem causa do credor hipotecário, acaso seja pago antes do retentor. De facto, se um terceiro realizou despesas com a coisa, contribuindo para a sua valorização, e se o credor hipotecário receber o ressarcimento do seu direito de crédito antes desse terceiro, pode acontecer que haja apenas património suficiente para ressarcir o credor hipotecário, e não já o terceiro. Nessa hipótese, a acção do terceiro terá contribuído para valorizar a coisa e para ressarcir o credor hipotecário, sem que depois o próprio terceiro possa ver ressarcido o seu direito de crédito, o que implica um enriquecimento sem causa do credor hipotecário, à custa daquele.

Ora, como o AUG obsta ao direito de retenção sobre bens imóveis, isso significa que no caso de existirem benfeitorias realizadas por terceiros, estes não poderão beneficiar da retenção, sendo meros credores comuns. Pelo que o que poderá vir a acontecer é o pagamento ao credor hipotecário, que é um credor preferencial, o qual vai beneficiar da mais valia derivada da benfeitoria feita pelo terceiro, sem que depois este terceiro possa ver ressarcido o seu direito de crédito com preferência sobre aquele. Será este, designadamente, o caso típico do contrato-promessa de compra e venda de um bem

imóvel, com tradição da coisa, em que o promitente-comprador tenha feito benfeitorias na coisa prometida.

Um aspecto curioso relativo à evolução verificada no AUG reside no facto de algumas das situações em que se reconhecia o direito de retenção fundado na mera comunidade de relação jurídica serem reconduzidas à figura dos privilégios creditórios especiais. Por exemplo, o privilégio creditório previsto no art. 110º, que é o privilégio creditório especial do vendedor, assemelha-se ao direito de retenção fundado na mera comunidade de relação jurídica, constituindo uma figura intermédia entre o direito de retenção e a excepção de não cumprimento. Neste sentido, Vaz Serra dava alguns exemplos desta *modalidade*, ou possível modalidade, de direito de retenção baseado na mera comunidade de relação jurídica, nomeadamente: “*o vendedor pode reter até ao pagamento do preço, o mandatário, o comodatário, o depositário até que lhes sejam satisfeitas as contraprestações, o devedor até que se lhe passe a quitação*”⁴⁴.

Por seu turno, o art. 111º consagra o privilégio creditório especial do senhorio sobre bens imóveis que o arrendatário tenha no imóvel, em garantia do seu direito a indemnização e juros, bem como dos doze meses de renda vencidos antes da penhora e dos doze meses de renda vincendos após esta. Estamos em face de uma garantia real que incide sobre bens do devedor em que o fundamento da preferência de pagamento é apenas a comunidade de relação jurídica. Assim, a fonte da obrigação de entrega que impende sobre o senhorio resulta do contrato de arrendamento, enquanto o direito de crédito do senhorio às rendas vencidas e vincendas, aos juros e à indemnização, resulta igualmente do contrato de arrendamento. Simplesmente, aqui, o AUG optou por atribuir ao senhorio um privilégio creditório, sem prejuízo de poderem existir outras garantias, nomeadamente, o próprio direito de retenção.

O art. 112º AUG confere ao transportador um privilégio creditório especial que, de certo modo, se assemelha ao direito de retenção especial previsto no art. 755º nº 1 a) CC. Também aqui se pode afirmar que há mera comunidade da relação jurídica. Com efeito, é do contrato de transporte que deriva a obrigação de o transportador entregar as coisas transportadas ao destinatário, sendo igualmente do contrato de transporte que provém o direito de crédito do transportador à sua retribuição.

Entretanto, o art. 115º AUG confere ao comissário um privilégio creditório especial que é similar ao direito de retenção do mandatário do art. 755º nº 1 c) CC. Nos

⁴⁴ Cf. Adriano Paes da Silva Vaz Serra, *Direito de retenção*, ob. cit., p. 140.

termos já assinalados, a obrigação de o comissário entregar as mercadorias que detém por conta do comitente resulta da relação de comissão, assim como o direito de crédito do comissário à sua retribuição, resulta igualmente da relação de comissão.

Por seu turno, o art. 116º AUG estabelece o privilégio creditório especial daquele que tiver suportado despesas ou prestado serviços para evitar o desaparecimento de uma coisa ou para salvaguardar o uso ao qual a mesma esteja destinada, que se assemelha ao direito de retenção do gestor de negócios previsto no art. 755º nº 1 d) CC.

Em todas estas situações, estamos perante a circunstância de o credor privilegiado ser alguém que tem a obrigação de entregar uma determinada coisa, mas em que o AUG lhe confere o privilégio de ser pago preferencialmente pelo produto da venda dessa coisa. Por conseguinte, a similitude com o direito de retenção não podia ser maior, até porque também aqui se afigura que o credor privilegiado poderá reter a coisa ao mesmo tempo que invoca o privilégio sobre ela.

Relembrando o elenco constante do Código Civil, o AUG apenas não acolhe privilégios creditórios análogos às alíneas b) e e) do art. 755º nº 1.

É de notar, porém, que estes privilégios creditórios consagrados no AUG só existem sobre bens móveis, enquanto o direito de retenção consagrado no art. 755º podia incidir tanto sobre bens móveis como sobre bens imóveis, o que, de certo modo, implica uma restrição das garantias existentes à luz do Direito anterior. Como vimos, dessa restrição resulta, implicitamente, um reforço da garantia hipotecária, pois há menos credores a concorrer com o credor hipotecário ao produto da venda dos bens imóveis do devedor.

8. Conclusão.

O nosso trabalho teve por objectivo analisar a garantia hipotecária na ordem jurídica guineense, numa perspectiva comparativa entre o Código Civil e o Acto Uniforme da OHADA Relativo à Organização das Garantias. Desta análise podemos agora retirar algumas conclusões.

Em primeiro lugar, é possível concluir que o AUG instituiu um novo elenco de garantias especiais, pessoas e reais, o qual põe em causa, directa ou indirectamente, o

regime jurídico constante do CC sobre esta matéria⁴⁵. Este elenco integra a garantia hipotecária como garantia real das obrigações, à semelhança do próprio Código Civil, mas restringiu o seu objecto às coisas imóveis, contrariamente ao que dispunha o artigo 688º CC. Inclusivamente, no AUG, a hipoteca é a única garantia imobiliária expressamente consagrada. Esta limitação ao nível do objecto, sendo embora sujeita a algumas críticas, não se revela, contudo, muito significativa, na medida em que, de um modo geral, o AUG implicou um reforço da posição do credor hipotecário em face de outros credores com garantias reais.

Com efeito, vimos que no Código Civil as razões da fragilidade da garantia hipotecária se deviam, essencialmente, à prevalência dos privilégios creditórios e do direito de retenção sobre aquela garantia. Essa prevalência assumia-se particularmente gravosa no caso dos privilégios creditórios, por se tratar de garantias escondidas, não sujeitas a nenhuma espécie de publicidade. No que se refere ao direito de retenção, embora se encontre sujeito à publicidade de facto derivada da detenção da coisa pelo retentor, é também difícil ao credor hipotecário precaver-se contra a sua constituição, tendo em consideração que a hipoteca consubstancia uma garantia sem desapossamento.

Diferentemente, o AUG eliminou grande parte da fragilidade apontada à hipoteca, constatando-se, ao invés, um reforço desta garantia. No que diz respeito aos privilégios creditórios, são hoje garantias fundamentalmente mobiliárias, nos termos do art. 39º AUG. Não obstante, subsistem, embora em menor número, os privilégios creditórios imobiliários, tendo sido mesmo consagrados, pela primeira vez na ordem jurídica guineense, privilégios gerais imobiliários, tal como decorre do disposto no art. 148º AUG. Todavia, ainda assim, em face do disposto neste artigo, apenas dois credores privilegiados são graduados antes do credor hipotecário, sendo que um desses privilégios creditórios é especial e o outro é geral. Em ambos os casos, trata-se de situações facilmente cognoscíveis pelo credor hipotecário, o qual poderá precaver-se se, por exemplo, souber da existência de trabalhadores do seu devedor com salários em atraso. Na verdade, os trabalhadores constituirão, porventura, o principal factor de insegurança para a garantia hipotecária.

Por outro lado, ainda que o Estado da Guiné-Bissau venha a criar novos privilégios creditórios imobiliários, sempre estes credores serão graduados em quarto ou

⁴⁵ O impacto da entrada em vigor do Acto Uniforme no Direito interno depende, como já se referiu, da adopção de uma perspectiva de uniformização (revogação global) ou de harmonização (revogação tácita e parcial).

em quinto lugar, isto é, sempre depois do credor hipotecário, uma vez que a lei interna não poderá alterar a ordem de graduação estabelecida no art. 148º.

No que concerne ao direito de retenção, a fragilidade resultante do disposto no artigo 759º nº 2 do CC encontra-se actualmente suprimida na medida em que, no AUG, só podem ser objecto da retenção as coisas móveis (cf. artigo 39º). Assim sendo, tendo em conta que só podem ser hipotecados direitos sobre coisas imóveis, é impossível o confronto entre estes dois credores preferenciais.

Por conseguinte, podemos concluir que o novo regime jurídico instituído pelo AUG é manifestamente positivo para o credor hipotecário. A única dificuldade que poderá ser invocada é o problema atinente à constituição da hipoteca, derivada da pertença da propriedade ao Estado, bem como das dificuldades de formalização no registo predial. Tais obstáculos deverão ser ultrapassados de modo a ser possível implementar o recurso à garantia hipotecária, o que, sem dúvida, permitirá aumentar os níveis de investimento e obter o tão ansiado desenvolvimento económico.