

## O contrato de depósito escrow

DR.<sup>a</sup> FÁTIMA FONSECA\*

SUMÁRIO: *Enunciado do tema. I – O contrato de depósito típico: 1. Principais características: entrega, guarda e restituição da coisa: 1.1. A custódia como causa do contrato de depósito; 1.2. A restituição da coisa. II – O depósito com funções de garantia: 2. O caso Cavallini v. Galassi: 2.1. O depósito a favor de sujeito alternativamente determinado; 2.2. O depósito de coisa controvertida; 2.3. O depósito-caução; 2.4. O depósito a favor de terceiro e o depósito no interesse de terceiro. III – Do contrato de depósito escrow: 3. Noção de «escrow»: 3.1. Depósito com finalidade de garantia; 3.2. Depósito com finalidade de cumprimento; 3.3. O depósito escrow como um contrato misto de depósito em favor de sujeito alternativamente determinado e mandato coletivo; 3.4. O depósito escrow como negócio jurídico fiduciário. IV – O depósito escrow e a garantia das obrigações: 4. Depósito escrow – que garantia?: 4.1. O incumprimento ou insolvência do depositário da coisa in escrow; 4.2. Oponibilidade do depósito escrow a terceiros. 5. Notas conclusivas.*

### Enunciado do tema

O depósito *escrow*, existindo no comércio jurídico dos países de *common law*, só mais tarde se alargou aos países de *civil law*, nomeadamente a Portugal, onde se tem utilizado com frequência como um meio idóneo à resolução dos problemas originados pela falta de confiança entre as partes de um determinado contrato.

Este tipo de contrato tem contornos de difícil solução, pouco estudados na doutrina nacional. É com frequência que se questiona qual a garantia que o depósito *escrow* confere ao beneficiário em caso de insolvência do depositante ou de eventual incumprimento do depositário.

\* Doutoranda da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogada.

Levanta-se também o problema de saber quem suporta o risco de perecimento ou destruição da coisa depositada, porque tratando-se o contrato de depósito *escrow* de um contrato atípico (e a tal não obstante que, como é comum, o mesmo siga a forma de escrito particular ao abrigo do princípio da liberdade de forma previsto no artigo 219.º do Código Civil), não se afigura clara a determinação por conta de quem correrá o risco do inadimplemento ou insolvência.

Neste contexto, várias perguntas avultam. Designadamente, pergunta-se se poderá o beneficiário do depósito, em situação de concurso de credores, opor o *escrow agreement* aos credores do depositantes; se será legalmente admissível a criação, por convenção, de causas legítimas de preferência, conferindo vantagem ao credor, nos termos do artigo 604.º do Código Civil, e se, nesse âmbito, a autonomia privada cede perante as normas que regem o concurso de credores, em prejuízo do princípio da *par condicio creditorum*; ou até se risco do inadimplemento por parte do depositário seguirá as regras do Código Civil, ou antes aquelas que as partes livremente estipularem.

São essencialmente estes problemas relativamente ao *risco* e à *garantia* que este contrato de depósito comporta que pretendemos aprofundar neste estudo.

## I – O contrato de depósito típico

### 1. Principais características: entrega, guarda e restituição da coisa

O artigo 1185.º do Código Civil consagra a noção de depósito, caracterizada por três elementos essenciais: a entrega de uma coisa, móvel ou imóvel, a obrigação de guarda ou custódia e, por fim, a obrigação de restituição, configurando o mesmo, nos termos dos artigos 1154.º e 1155.º do Código Civil, uma modalidade de prestação de serviços.

O depósito é um contrato que só se considera completo com a entrega dos bens, móveis ou imóveis, ao depositário, sendo esta condição indispensável à perfeição do negócio jurídico<sup>1</sup>. Trata-se de um contrato *quoad constitutionem*, pelo que, não havendo tradição, não se constituirá o depósito<sup>2</sup>.

Como entende Carvalho Fernandes, «os negócios reais *quoad constitutionem* entroncam na categoria romana do *contractus re, qui re perficuntur – e que segundo a*

<sup>1</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, II, Parte Geral, Negócio Jurídico*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2014, p. 97.

<sup>2</sup> MANUEL DOMINGUES DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica, Vol. II*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 1998, pp. 50-51.

*classificação de Justiniano, eram quatro: mutuum, commodatum, depositum, pignus*». Considera também o Autor que, à luz do princípio da autonomia privada, esses contratos podem ser celebrados como negócios inominados, com a natureza de consensuais, em que uma das partes fica obrigada a entregar a coisa e a outra a restituí-la mais tarde, tese com a qual concordamos<sup>3</sup>.

A nota característica do contrato de depósito típico é a obrigação de guarda ou custódia, a que o depositário fica adstrito perante o depositante<sup>4</sup>. É certo que tal obrigação pode existir noutros contratos, em que alguém fica vinculado à restituição de uma coisa (*v.g.*, o mandatário, a quem são confiados certos objetos do mandante, pode estar obrigado a restituí-los), mas ela constitui no contrato de depósito, o único ou, pelo menos, o mais importante e fundamental conteúdo do contrato (e nisso se distingue o contrato de depósito desses outros contratos). Só no contrato de depósito é que a custódia assume o maior grau de dignidade, constituindo a prestação fundamental do contrato.

Haverá, porém, que salientar que vários Autores, como Majello<sup>5</sup>, defendem que a guarda não é *causa* do contrato de depósito, mas apenas um «*dever de proteção de uma coisa alheia*», que não é mais que «*mero critério de responsabilidade do depositário*», constituindo antes a posse da coisa por conta de outrem (a detenção) o elemento qualificador do contrato. Este entendimento assenta na ideia de que quem recebe uma coisa em custódia não assume uma obrigação de guarda, mas antes a responsabilidade decorrente da obrigação de conservar a coisa. À luz do Direito português, importa notar que este entendimento parece colidir com o disposto nos artigos 1189.º e 1190.º do Código Civil – os quais proíbem o subdepósito e a possibilidade de o depositário guardar a coisa de modo diverso do convencionado. Acresce que, mesmo à luz do ordenamento jurídico italiano, este entendimento não recolhe consenso, tendo sido rejeitado pela maioria da doutrina italiana<sup>6</sup>. Diz-se aí – parafraseando Arturo Dalmartello

<sup>3</sup> LUÍS CARVALHO FERNANDES, *A conversão dos negócios jurídicos civis*, Quid Juris, Lisboa, 1993, pp. 806-813.

<sup>4</sup> ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, “Anotação ao Acórdão do STJ de 17 de Março de 1961”, RLJ, Ano 94, n.º 3213, pp. 377-378.

<sup>5</sup> UGO MAJELLO, *Custodia e deposito*, CEDAM, Napoli, 1958, p. 257: «*Considerare l’obbligo di detenzione come uno degli effetti tipici del contratto di deposito serve innanzi tutto a meglio delimitare il contenuto obbligatorio del contratto in esame. Se, infatti, il vincolo del depositario si riduce all’obbligo di detenzione, si può escludere con certezza che il depositario sia anche obbligato all’ amministrazione dei beni, come invece avviene nel sequestro convenzionale (art.1800 c.c.) e nel deposito di titoli presso la banca art.1838 c.c.). Con eguale sicurezza si può escludere che il depositario sia tenuto ad assicurare la cosa per conto del deponente*».

<sup>6</sup> ARTURO DALMARTELLO/GIUSEPPE PORTALLE, *Enciclopedia del Diritto XII*, Giuffrè, Milano, 1964, p. 266: «*Figure Particolari di Deposito, Il Subdeposito – Abbiamo già avuto occasione di dire che il subdeposito è normalmente proibito e abbiamo anche visto che in ciò affiora il carattere personale (di fiducia) del rapporto*

e Giuseppe Portale – que «o fim imediato do contrato de depósito é a custódia da coisa, sendo a restituição da mesma o seu fim mediato»<sup>7</sup>.

Nesta linha, a maioria da doutrina nacional e estrangeira defende que a custódia é a *causa negotii* do depósito. A obrigação de guarda assumida pelo depositário é, pois, o elemento que modela a estrutura do contrato e determina a sua função social típica.

### 1.1. A custódia como causa do contrato de depósito

A guarda ou custódia da coisa que foi entregue ao depositário é a obrigação fundamental do contrato de depósito. Como referido, essa obrigação não é privativa deste contrato, existindo também noutros contratos, como mandato, comodato, locação e penhor. Todos estes contratos apresentam em comum o facto de uma pessoa deter uma coisa determinada, que posteriormente deverá entregar. Pode até afirmar-se que a obrigação de custódia existe sempre que alguém esteja obrigado a entregar a outrem determinada coisa. Como bem refere Brandão Proença, «a custódia tanto pode integrar o conjunto das obrigações decorrentes de certos «estatutos jurídicos» (*gestor de negócios, curador provisório*), resultar da «transferência provisória da detenção de certo bem» (*tal como no depósito, comodato ou locação*), como estar envolvido no «cumprimento de certos deveres» ou no «conteúdo de alguns complexos contratuais» (*como na compra e venda em que o vendedor está obrigado a guardar a coisa que tem de entregar ao comprador*)»<sup>8-9</sup>.

No caso do contrato de depósito, a guarda tem como finalidade a proteção da coisa – a *integridade físico-económica do direito sobre a coisa*. A custódia pressupõe a prática, por parte do depositário, de diversos atos – positivos e negativos – de

(art.1770c.c. v.retro § 13). Si deve, però, ritenere che, qualora circostanze urgenti lo richiedano, il depositario possa affidare ad altri la cosa, dandone avviso al depositante non appena possibile».

<sup>7</sup> *Idem*, p. 262: «Il rapporto nascente dal deposito si estingue normalmente con la restituzione della cosa: restituzioni che segna il momento finale degli obblighi del depositario. Superate quele concezione, secondo le quali, nel deposito e negli altri contratti restitutori, l'obbligazione di restituire discenderebbe non dal contratto, ma dalla stessa legge o da una fattispecie complessa (contratto e consegna), nella quale la dazione della cosa costituirebbe l'elemento principale. Consegna e restituzione non entrano in rapporto di corrispettività: esse sono prestazione, rispettivamente, preparatorie e consequenziali di quele che nel deposito (oneroso) vanno a far parte del rapporto di corrispettività (attività custodiente, da un lato; compenso, dall'altro».

<sup>8</sup> JOSÉ CARLOS BRANDÃO PROENÇA, “Do dever de guarda do depositário e de outros detentores precários: âmbito e função, critério de apreciação de culpa e impossibilidade de restituição”, *Direito e Justiça*, Vol. III, Tomo 2, 1994, p. 46.

<sup>9</sup> MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de proteção*, Almedina, Coimbra, 1994, pp. 156–157.

modo a assegurar a conservação e a manutenção da coisa, e que se encontram enunciados no artigo 1187.º e seguintes do Código Civil. Entre eles, cabe salientar a proibição de devassa do conteúdo da coisa depositada, nos casos em que a coisa se encontra encerrada em invólucro ou recipiente (artigo 1191.º do Código Civil) ou a obrigação de entregar, aquando da restituição da coisa, os frutos que esta venha a produzir (artigo 1187.º, alínea *c*), do Código Civil).

Questão discutida na doutrina é a de saber se a obrigação de guarda a que o depositário de encontra adstrito é compatível ou não com a prática de atos de disposição sobre os bens depositados. A doutrina tradicional nega perentoriamente a admissibilidade de tais atos de disposição, por defender o *caráter estático* da custódia, considerando que esta figura de guarda se enquadra na total inação, resumindo-se tão só à obrigação de guarda<sup>10</sup>.

Verificam-se também entendimentos em sentido divergente, de acordo com os quais o depositário pode realizar atos de disposição, se os mesmos forem praticados com uma finalidade conservatória, apresentando-se como exemplo o caso em que sobre a coisa possa pender uma ameaça de perda e destruição iminente, não evitável de outra forma senão através de venda imediata a um terceiro, com a finalidade de, no interesse do depositante, recuperar o valor da coisa depositada<sup>11</sup>.

Dos artigos 1187.º e 1191.º do Código Civil resulta, de forma clara, que o regime do depósito assenta na aludida ideia de *depósito estático*, pressupondo que as coisas depositadas não se alteram durante a execução do contrato, razão pela qual, findo o contrato, deverá o depositário entregar a *mesma* coisa ao depositante. A esta ideia não obsta, note-se, que a coisa depositada possa (deva) ser administrada. Desde logo, o artigo 1187.º, alínea *c*), do Código Civil, ao

<sup>10</sup> ARTURO DALMARTELO/GIUSEPPE PORTALLE, *Enciclopedia del Diritto XII*, p. 258: «La dottrina unanime riconosce che la prestazione di custodire ha un contenuto elastico «non essendo possibile determinare preventivamente se non con approssimazione i singoli atti di custodia che in concreto saranno dovuti durante l'attuazione di un comportamento, perché, appunto, soltanto in via approssimativa sono prevedibili le circostanze che il giustificeranno o li necessiteranno» Elastico è lo stesso criterio fissato dal legislatore: la diligenza del buon padre di famiglia di cui all'art 1768 c.c.».

<sup>11</sup> FLORENCIO OSCÁRIZ MARCO, *El contrato de depósito (estudio de la obligación de guarda)*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 330: «El depositario, como poseedor, debe comportarse como lo haría el bueno padre de familia com el patrimonio próprio: com todo el sacrificio y desvelo – diligencia – cuanto sea menester en un hombre ordenado para la conservación de la cosa poseída. Por ello podemos decir que la posesión del depositario está caracterizada por contar com la carga del lado pasivo de la posesión, pero no con los provechos que la misma suele conllevar para su titular. La obligación de guarda, en cuanto actividad, se nos presenta, como dijimos, como esencialmente elástica, a diferencia de los mandatos y prohibiciones a ella subordinados, ya que tanto puede consistir en custodiar frente a agresiones externas, como en guardar para conservar el ser de lo guardado, Tanto guarda material mediante actos conservativos, cuanto incluso mediante actos de administración y dispositivos. Y acaso se integre la obligación de guarda por la suma de todos ellos, según el caso».

estatuir a entrega da coisa com os seus frutos, parece pressupor a prática de atos de administração. Assinale-se, todavia, que a restituição apenas abrange os frutos *percebidos* e não os que a coisa poderia ter produzido, porquanto o depositário não está obrigado a promover a frutificação ou o rendimento da coisa<sup>12</sup>. Estes atos de manutenção (*in casu*, para promover a frutificação) não se compreendem, retenha-se, no conceito de custódia como atividade puramente estática. Em sentido convergente, o artigo 405.º do Código Comercial, quanto ao depósito de títulos de crédito, consagra que «o depositário é obrigado à cobrança e todas as demais diligências necessárias para a conservação do seu valor e efeitos legais, sob pena de responsabilidade pessoal», o que reforça a tese de que a custódia ou guarda da coisa é compatível com a prática de atos de administração. Uma nota impõe-se: como bem defende Morais Antunes<sup>13</sup>, a admissibilidade da prática de atos de administração da coisa depositada não conduz à convalidação do depósito num contrato de mandato, pois a (eventual) prática de atos de administração por parte do depositário será sempre acessória à guarda ou custódia da coisa *causa negotii* do contrato de depósito.

## 1.2. A restituição da coisa

A obrigação de restituição inclui-se nos elementos essenciais do contrato de depósito, integrando a própria noção legal, tal como a entrega da coisa e a obrigação de custódia. Neste sentido, veja-se o artigo 1185.º e a alínea *c*) do artigo 1187.º, ambos do Código Civil, que a preveem expressamente<sup>14</sup>. Por essa razão, tem-se qualificado o depósito como um contrato restitutivo, pois «a coisa é entregue ao depositário para que seja guardada e, posteriormente, restituída»<sup>15</sup>, ou, pelo menos, tendencialmente restitutivo (porque o *quid* depositado nem

<sup>12</sup> PIRES DE LIMA/ANTUNES VARELA, *Código Civil anotado*, Vol. II, 4.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 838.

<sup>13</sup> JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES, *Do contrato de depósito escrow*, Almedina, Lisboa, 2007, pp. 27-28.

<sup>14</sup> FRANCESCO GALGANO, *Diritto Privato*, 11.ª ed., CEDAM, 2001, p. 577: «Nel contratto di deposito lo specifico servizio dedotto in contratto consiste nella custodia di una cosa mobile, cui il depositario si obbliga nei confronti del depositante, con l'obbligo del depositario di restituirla in natura (art.1766) a richiesta del depositante (art.1771 comma 1º), e con l'obbligo del depositante di riprenderla al termine convenuto o, in mancanza di termine, a semplice richiesta del depositario (art.1771 comma 2º)».

<sup>15</sup> CARLOS LACERDA BARATA, “Contrato de depósito bancário”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. II (Direito bancário), Almedina, Coimbra, 2002, pp. 7-64.

sempre é restituído ao depositante, podendo, nos contratos a favor de terceiro, ou no depósito com funções de garantia ser entregue a um terceiro)<sup>16</sup>.

A obrigação de restituição funda-se no próprio contrato de depósito, pelo que o depositário não pode deixar de restituir a coisa ao depositante invocando o facto de este não ser o proprietário da coisa entregue e depositada<sup>17</sup>. Acresce que a obrigação de restituição apresenta algumas especificidades no que se reporta ao seu vencimento. Basta considerar o disposto no artigo 1194.º do Código Civil, que é de aplicação injuntiva, não podendo ser afastado por acordo das partes: o prazo para a restituição tem-se por estabelecido a favor do depositante, o que diverge do disposto no artigo 779.º do Código Civil (o qual consagra que o prazo se considera estabelecido a favor do devedor); note-se que esta diferença, no âmbito do contrato de depósito, se justifica pelo cunho fiduciário desse contrato e pelo facto de o mesmo ser celebrado no interesse absoluto do depositante, atribuindo assim a este o direito de exigir, a qualquer momento, a restituição da coisa depositada<sup>18</sup>. Face a este regime, haverá, contudo, que salvaguardar duas hipóteses: a primeira é a do depósito oneroso, em que o depositante satisfará por inteiro a retribuição do depositário, mesmo quando exija a restituição da coisa antes de findar o prazo estipulado, exceto se para isso tiver justa causa (artigo 1194.º do Código Civil); a segunda é a do depósito que tenha sido celebrado também no interesse de terceiro, pois aqui o depositário só poderá cumprir a prestação antecipada com o consentimento desse terceiro (artigo 1193.º do Código Civil). Conclui-se, assim, que

<sup>16</sup> ARTURO DALMARTELLO/GIUSEPPE B. PORTALE, *Deposito (diritto vigente)*, cit., pp. 254-255: «*Tra il caratteri del contratto in esame si indica abitualmente anche quello restitutorio. Che lo scopo della prestazione di custodia è normalmente quello di assicurare la conservazione della cosa al fine del suo ritorno al depositante, non senza avvertire, però, che può essere diverso quando il negozio venga adoperato come uno strumento per realizzare l'attribuzione della cosa depositata ad un terzo. Il deposito è normalmente, ma non necessariamente restitutorio, dovendosi tener conto della frequente ipotesi in cui esso sia effettuato in vista e in funzione dell'attribuzione della cosa – per il tramite del depositario – ad un soggetto diverso dal depositante.*»

<sup>17</sup> ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 613 e seguintes.

<sup>18</sup> MARIA DE LURDES PEREIRA, *Conceito de prestação e destino da contraprestação*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 250-252, afirmando que «*a concessão do benefício do prazo de restituição ao depositante desempenha, no essencial, duas tarefas: por um lado, ela surge como instrumento através de uma o qual se consagra uma «desistência livre da prestação», mais concretamente da prestação de custódia ou guarda oferecida pelo depositário; por outro lado, ela representa o meio que o tradens pode lançar mão para «reagir» face ao incumprimento de certas obrigações do accipiens.*» Esta última ideia encontra-se, aliás, implícita na própria letra do artigo 1194.º do Código Civil, que faz referência à possibilidade da exigência da restituição antecipada da coisa ter fundamento numa *justa causa*, caso em que o depositário perderá o seu direito à retribuição, por inteiro, sendo apenas devida a retribuição correspondente à duração do depósito (*vide* artigo 1200.º, n.º 2, conjugado com a parte final do artigo 1194.º, ambos do Código Civil).

no depósito o prazo corre sempre a favor do credor, ficando a cargo do depositante a decisão sobre o momento em que a restituição deva operar. Demonstra este regime que o contrato de depósito é celebrado no interesse exclusivo ou predominante de uma das partes: o depositante<sup>19-20</sup>.

## II – O depósito com funções de garantia

### 2. O caso *Cavallini v. Galassi*

O contrato de depósito nasce no comércio jurídico para satisfação de uma necessidade prática de custódia de uma determinada coisa no interesse de outrem. Porém, com a evolução do comércio, o depósito foi sendo utilizado para outras finalidades, como seja a de *garantia*<sup>21</sup>. Foi precisamente tendo por base contratos de depósito com finalidade de garantia que se desenvolveu a preocupação sobre a repartição do risco de incumprimento da obrigação assumida pelo depositário.

Paradigmático, neste contexto, foi o tratamento do tema pela doutrina italiana após o célebre caso *Cavallini v. Galassi* decidido pela *Corte di Cassazione* em 15 de janeiro de 1937<sup>22</sup>, tendo essa decisão sido comentada por Rosario Nicolò<sup>23</sup> e Walter Bigiavi<sup>24</sup>. Muito sinteticamente, este caso reporta-se a um contrato

<sup>19</sup> ARTURO DALMARTELLO/GIUSEPPE B. PORTALE, *Deposito (diritto vigente)*, cit., pp. 259 e seguintes.

<sup>20</sup> PAULA PONCES CAMANHO, *Do contrato de depósito bancário*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 209 e seguintes.

<sup>21</sup> JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES, *Do contrato de depósito escrow*, cit., pp. 43 e seguintes.

<sup>22</sup> Corte de Cassazione del Regno, udienza 15 gennaio 1937, n.128 (Sent. Denunciata: App. Milano 13 dicembre 1935): «*Il deposito presso notaio di un immobile venduto sotto condizione sospensiva non trasferisce nel venditore la proprietà della somma, e se, pendente conditione, il notaio si sia appropriato tale somma, la perdita della medesima deve equipararsi al perimento totale della cosa dedotta in contratto, giusta ed agli effetti dell'art. 1163 Cod.civile*».

<sup>23</sup> ROSÁRIO NICOLÒ, “*Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*”, RDCom, Vol. LXII (Anno 1937) Roma, pp. 1476-1483: «*Nel sequestro invece, sia convenzionale sia giudiziario le conseguenze di un eventuale inadempimento del sequestratario ricadranno sul soggetto che in definitiva sarà il titolare del diritto reale sulla cosa sequestrata*».

<sup>24</sup> WALTER BIGIAVI, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in *Foro it.*, vol. LXIII, 1938, pp. 260 e seguintes. O Autor, ao comentar a decisão do *leading case*, concorda com ROSÁRIO NICOLÒ quanto à configuração do depósito com funções de garantia, entre o “*depósito clássico*” e o “*sequestro convencional*” concordando, também, que o titular do crédito é um sujeito indeterminado, só vindo a ser determinado em função da evolução da relação jurídica. Não teve, porém, a mesma opinião quanto à solução final por entender que ROSÁRIO NICOLÒ errara ao confundir a titularidade com a realização do crédito que o vendedor tinha sobre o comprador e deste modo concluiu que o comprador só ficaria exonerado da obrigação com a satisfação do referido



de compra e venda de um imóvel pertencente a um menor, representado pelos pais na celebração desse contrato; os efeitos do negócio celebrado encontravam-se, porém, condicionados suspensivamente à obtenção, por parte dos pais do menor, de uma autorização judicial que legitimasse a venda do imóvel do menor. Por essa razão, as partes acordaram que o preço devido pelos compradores fosse depositado junto de um notário que, por sua vez, se obrigou a entregar aos vendedores o preço depositado logo que fosse autorizada a venda e, na eventualidade de tal não suceder, a restituí-lo aos compradores. Ora, contrariamente ao que ficara acordado entre as partes, o notário não entregou aos vendedores o preço devido após a emissão da autorização judicial, tendo-se colocado, então, o problema de saber quem suportaria o risco do incumprimento da obrigação de restituição assumida pelo notário: se os compradores-depositantes ou os vendedores-eventuais beneficiários do depósito<sup>25</sup>.

Perante este facto, o tribunal proferiu uma decisão salomónica<sup>26</sup>. Por um lado, não condenou os compradores a pagar ao menor, representado pelos pais, o preço devido, por considerar que não era imputável àqueles a culpa no desaparecimento das somas depositadas. Por outro lado, não reconheceu àqueles o direito de exigir a transferência do direito de propriedade sobre o imóvel. Para além disso, no momento da emissão da autorização judicial não estavam reunidos todos os elementos essenciais da compra e venda, designadamente, a existência de um preço.

Foi com base nesta decisão que a doutrina italiana elaborou várias teses sobre a natureza jurídica do depósito com funções de garantia. Neste contexto, destaque merece a tese do *acollo liberatorio* – pela qual se entende que o depósito extingue imediatamente a obrigação do depositante, funcionando como um

crédito, o pagamento do preço. Para WALTER BIGIAMI, a ligação existente entre o depósito e a relação jurídica obrigacional ao qual o mesmo está subordinado (compra e venda) não exige que a extinção da compra e venda conexa com o depósito só ocorra com o cumprimento da obrigação a que o depositário se obrigou. Entende este Autor que o sujeito titular do direito à restituição é determinável se a condição suspensiva se verificar, ou seja, se os vendedores efetuarem o depósito do documento que permite a venda do imóvel propriedade do menor, o credor é o beneficiário do depósito, razão porque não concorda que se faça depender a exoneração do depositante da entrega dos bens depositados por parte do depositário. Conclui ainda WALTER BIGIAMI que o contrato foi celebrado com o fim de garantir o beneficiário do depósito face ao incumprimento do depositário e a sentença acabou por lhe conferir efeitos negativos, razão da sua discordância.<sup>25</sup> Para uma descrição e análise mais detalhada deste *leading case*, com menção das teses (identificadas em texto) a que o mesmo deu origem, veja-se JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES, *Do contrato de depósito escrow*, pp. 43 e seguintes.

<sup>26</sup> Esta decisão da *Corte di Cassazione* foi proferida em 1937, sendo que, à data, vigorava o Código Civil de 1865, que não regulava o chamado *depósito irregular*. Por essa razão, colocava-se o problema de saber a quem pertencia o valor depositado junto do notário.

*substituto do cumprimento propriamente dito* (o denominado «*acollo liberatorio*»)<sup>27</sup> – e a tese do *sequestro convenzionale* – de acordo com a qual a extinção da obrigação garantida e subsequentemente a exoneração do depositante só ocorrem com a entrega da coisa ao credor.

De acordo com a tese do *acollo liberatorio*, o contrato de depósito funciona como causa de extinção da obrigação garantida além do cumprimento. Numa visão depurada, o *acollo liberatorio* assentaria na existência de uma assunção liberatória de dívida por parte do depositário. À luz do direito positivo português, esta solução não pode ser acolhida: na assunção de dívida prevista no artigo 595.º, n.º 2, do Código Civil, não basta o simples consentimento do credor, tendo este de ser expresso, nos termos do artigo 217.º, n.º 1, do Código Civil. Nestes casos, ao simples facto de o beneficiário ratificar ou participar no contrato celebrado entre o depositante e o depositário não pode ser atribuído o significado da exoneração do depositante que, deste modo, continua, juntamente com o depositário, obrigado ao cumprimento integral da prestação. Quando muito, poder-se-á estar perante uma assunção cumulativa de dívida: quer o depositante, quer o depositário passam a ser devedores da mesma prestação – a dívida garantida – podendo afirmar-se que ambos se encontram objetivamente adstritos à satisfação do mesmo interesse do credor – caso em que em causa estará uma *obrigação subjetivamente complexa*<sup>28</sup>. A celebração do depósito – contrariamente ao que sucede na hipótese de novação – não produzirá a extinção do crédito do beneficiário e a sua substituição por um outro, mas apenas um

<sup>27</sup> FRANCESCO SANTORO-PASSARELLI, “Deposito in luogo di adempimento”, in *Saggi di Diritto Civile I*, Introduzione di Pietro Rescigno, Napoli, CEDAM, 1961, p. 285, segundo o qual «*La funzione di garanzia del deposito è, in altri termini, puramente psicologica, in quanto consiste nella sostituzione di un debitore ritenuto (nel caso concreto evidentemente a torto) più sicuro, al debitore originario. Giuridicamente il negozio non esplica alcuna funzione di garanzia, presentandosi invece come un congegno, diretto a fare del deposito un surrogato dell'adempimento, per il caso che questo in base alla vendita fosse risultato dovuto, grazie all'obbligazione assunta dal depositario verso il venditore, a fondare per il caso contrario l'obbligazione di restituzione del depositario verso il compratore*».

<sup>28</sup> Sobre este tema, vide JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção fidejussória de dívida*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 161 e seguintes, de acordo com o qual «*falar de pluralidade de devedores não é o mesmo que falar de obrigação subjetivamente complexa. A primeira expressão é suficientemente ampla para abranger os casos em que se verifica uma pluralidade de vínculos obrigacionais e aqueles em que a pluralidade de sujeitos é tida por harmonizável com a unidade do vínculo obrigacional. A segunda expressão é necessariamente mais restrita, na medida em que por obrigação subjetivamente complexa se entenda uma única obrigação com pluralidade de sujeitos, uma única prestação e uma única causa. À luz desta caracterização, é óbvio que a obrigação do fiador não forma com a obrigação do principal devedor uma obrigação subjetivamente complexa: a obrigação do fiador é diversa da do devedor principal; cada um está vinculado à respetiva prestação e as obrigações têm causas diversas*».

“redirecionamento” do referido crédito que inicialmente estava dirigido contra o depositante na direção do depositário.

No sentido assim propugnado se dirige a tese do *sequestro convenzionale* – primordialmente defendida por Nicolò –, a qual assenta nas seguintes duas ideias: a primeira, é a de que o depósito é um negócio jurídico trilateral no qual o titular do direito à restituição é alternativamente determinado em função da verificação, ou não, da condição, ou do termo aposto à relação jurídica fundamental ao depósito<sup>29</sup>; a segunda, é a de que, embora existam dois negócios autónomos, se verifica uma união indissociável (*collegamento*) entre o depósito e a compra e venda que, embora formalmente autónomos, funcionalmente tudo se passa como se existisse apenas um negócio, resultando o depósito de uma cláusula relativa à execução do contrato de compra e venda. A união entre os dois contratos permite evidenciar o sujeito legitimado a exigir do depositário a restituição dos bens depositados em garantia, ou, alternativamente, a exigir uma indemnização por incumprimento, tendo em conta as vicissitudes do contrato de depósito<sup>30</sup>. E sempre que o depositário incumpra a sua obrigação de entrega da coisa depositada, não fica extinta a obrigação do comprador para com o vendedor. Nicolò defendeu ainda, a propósito do *leading case* que temos vindo a analisar, que a realização da condição a que estava sujeita a compra e venda conexa com o depósito fez surgir a favor do beneficiário (vendedor) uma duplicidade de posições de crédito, visto que, quando foi dada autorização pelo tribunal para a venda, o vendedor assumiu a posição de credor do pagamento do preço e simultaneamente, de entrega da coisa depositada, concluindo ser este, deste modo, um mecanismo de garantia em que o cumprimento de uma prestação importa a extinção da outra e vice-versa, porque, embora se tratasse de duas obrigações com diversos fundamentos negociais, tinham objetos idênticos<sup>31</sup>. A tese de Nicolò quanto ao funcionamento do depósito com funções de garantia afigura-se de grande relevo para a compreensão do tipo específico de depósito em causa neste *leading case*, quer quanto à coligação negocial, quer quanto ao entendimento de a celebração do depósito não alcançar necessariamente a extinção da obrigação garantida.

Neste contexto, importa notar que, à semelhança do que sucedeu no ordenamento jurídico italiano – onde se assinalou o papel pioneiro do caso *Cavallini v. Galassi* –, no ordenamento alemão o desenvolvimento da figura do depósito *escrow* teve também como ponto de partida o depósito de bens junto de um notário. A figura – malgrado o registo de alguma indefinição entre *contas*

<sup>29</sup> ROSÁRIO NICOLÒ, “*Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*”, cit., p. 1479.

<sup>30</sup> *Idem*, p. 1480.

<sup>31</sup> *Idem*, p. 1482.

e depósitos<sup>32</sup> – começou por ser estudada (embora a ela não se circunscreva) a propósito da designada *Anderkonto*, uma modalidade especial de “*contas fiduciárias*” (*Treuhandkonto*)<sup>33</sup>. A *Anderkonto* caracteriza-se por se tratar de uma conta aberta junto de uma instituição de crédito em nome de um profissional que, no exercício da sua profissão, a título principal ou de forma acessória, possa exercer funções de administrador fiduciário (*fiduziarischen Treuhand*) dos bens cuja guarda lhe é confiada – como sucede com os notários, advogados, consultores fiscais ou contabilistas<sup>34</sup>. Dependendo da profissão em causa, poderão existir regimes próprios que regulem a constituição, o conteúdo, a movimentação e extinção de tal depósito<sup>35</sup>.

Ainda que a *Anderkonto* apresente diversas particularidades, como o facto de ser uma conta fiduciária aberta (*offenes Treuhankonto*) – uma vez que o carácter fiduciário é revelado externamente, não estando circunscrito às relações internas entre o fiduciante e o fiduciário (titular da conta) –, e de se poder enquadrar na fronteira entre o Direito Privado e o Direito Público (atentas as funções de interesse público, ainda que imediato, que possam ser desempenhadas pelos profissionais em causa)<sup>36</sup>, cabe notar que os problemas abordados a propósito desta figura não diferem daqueles que, num quadro mais amplo, são tratados no âmbito dos negócios fiduciários em geral (*Treuhand*), como seja o da configuração das relações fiduciárias (internas) e sua eficácia perante terceiros – sobretudo, perante a movimentação não autorizada da *Anderkonto* ou alienação, pelo fiduciário, do bem sob custódia e gestão, ou da penhora (ou qualquer outra forma de agressão judicial) desse bem por credores do fiduciário. Sobre estes problemas nos debruçaremos nos pontos seguintes.

<sup>32</sup> O que se explica pelo facto de tais contas (quando bancárias) se encontrarem estruturadas em função da especificidade do depósito.

<sup>33</sup> Sobre a *Anderkonto* e a sua distinção (enquanto modalidade) face à *Treuhandkonto*, cfr. SCHIMANSKY/BUNTE/LWOWSKI, *Bankrechts-Handbuch*, Band I, 4 Auflage, 2011, respetivamente, HAD-DING/HÄUSER, § 38 e § 37.

<sup>34</sup> Cfr. BRAMBRING, “Kaufpreiszahlung über Notaranderkonto”, *DnotZ*, 1990, pp. 615; STEFAN Gerster, *Das Escrow Agreement als obligationenrechtlicher Vertrag*, Polygraphischer Verl., Schulthess, 1991, *passim*; WOLFGANG SIEBERT, “Die treuhandrechtlichen Rechtsgrundlagen beim Anderkonto”, *Bank-Archiv* 31/32, p. 386; CLAUS-WILHELM CANARIS, *Bankvertragsrecht*, I, 4 Auflage, De Gruyter, 2005, §§ 288 e seguintes; DERLEDER/KNOPS/BAMBERGER, *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2. Auflage, 2009, Springer, DIRK HARDERS § 41.

<sup>35</sup> Veja-se, por exemplo, o § 23 da *Bundesnotarordnung* (BNotO), o qual dispõe que os notários são também responsáveis pelo dinheiro, títulos e valores que lhes sejam entregues pelas partes para guarda ou entrega a terceiros («Die Notare sind auch zuständig, Geld, Wertpapiere und Kostbarkeiten, die ihnen von den Beteiligten übergeben sind, zur Aufbewahrung oder zur Ablieferung an Dritte zu übernehmen»).

<sup>36</sup> Cfr. WOLFGANG LUKE, “Das notarielle Anderkonto an der Schnittstelle von Privatrecht und öffentlichem Recht”, *ZIP*, 1992, pp. 150 e seguintes.

Para além das teses construídas em torno do litígio em causa, o referido caso *Cavallini v. Galassi* levou a que outras figuras negociais – subtipos do contrato de depósito – fossem consideradas para dar resposta aos problemas inerentes ao dito litígio. Chamou-se, pois, à colação as figuras do depósito a favor de sujeito alternativamente determinado, do depósito de coisa controvertida, do depósito-caução e do depósito a favor de terceiro e o depósito no interesse de terceiro. Serão essas figuras que analisaremos de seguida.

### 2.1. O depósito a favor de sujeito alternativamente determinado

Fala-se de depósito a favor de sujeito alternativamente determinado para referir as situações em que, sendo incerto que uma coisa deva ou não ser entregue a um terceiro (tal como o preço devido numa compra e venda sujeita a condição suspensiva), as partes acordem que uma delas (o devedor) deposite a coisa que eventualmente deverá ser prestada junto de uma pessoa da confiança de ambas, a quem são dadas instruções para – em função da verificação ou não da referida condição – a entregar ao credor (terceiro ou parte no contrato) ou, ao invés, a restituir ao depositante.

O depósito a favor de sujeito alternativamente determinado pode configurar um contrato bilateral, celebrado entre o eventual devedor e o fiduciário, a favor do credor, como pode também ser um contrato trilateral, quando o credor também é parte no mesmo. Quanto à sua designação, regista-se alguma diversidade: Nicolò considera tratar-se de um *depósito em função de garantia e inadimplimento do depositário*<sup>37</sup>; Majello considera tratar-se de um *depósito no interesse de terceiro* ou «*depósito suspensivamente condicionado quanto à identificação do sujeito autorizado a exigir a coisa*»<sup>38</sup>; Giorgianni, por seu lado, entende tratar-se de um *depósito anómalo em vantagem de terceiro*<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia...* Ob. cit., pp. 1481.

<sup>38</sup> Cfr. UGO MAJELLO, *Il deposito nel interesse del terzo*, in «BBTC», Anno XXIV (1961), pp. 324 e seguintes, de acordo com o qual «*Si supponga, pertanto, che la condizione si sia verificata. In tal caso, se la volontà del deponente, volontà nota e condivisa dal depositario, era nel senso che, al verificarsi della condizione, il terzo fosse non un semplice adiectus solutionis causa, bensì titolare del diritto alla consegna della cosa nei confronti del depositario, è fuori dubbio che ci troviamo in presenza di un contratto a favore del terzo*».

<sup>39</sup> Cfr. FRANCESCO GIORGIANNI, segundo o qual «*Depositi bancari anomali a vantaggio di un terzo*», in «RDCOM», Anno LXVIII, 1970, pp. 18–30. «*L'intestazione del libretto a nome del terzo non contraddice all'inquadramento sistematico qui proposto. Ed invero tale intestazione non risulta sufficiente a deviare gli effetti ex deposito immediatamente nella sfera giuridica del terzo, a causa della presenza della clausola surriferita annotata sullo stesso documento, che attribuisce al depositante la facoltà di operare. Essa si dimostra, invece, utile da un lato ad indicare alla banca il titolare definitivo del rapporto e dall'altra soprattutto a garan-*

Discute-se se este depósito tem efeitos liberatórios (ou seja, se o depósito funciona como cumprimento da obrigação garantida ou como causa alternativa de extinção de tal obrigação). Autores como Santoro entendem que o depósito extingue imediatamente a obrigação do depositante, funcionando como um «*substituto ao cumprimento propriamente dito*»<sup>40</sup>; registam-se entendimentos em sentido oposto, como o defendido por Nicolò, para quem a extinção da obrigação garantida e, concomitantemente, a exoneração do depositante, só ocorrem com a entrega da coisa ao credor<sup>41</sup>. Como já referimos, o contrato de depósito (aqui, a favor de sujeito alternativamente determinado) não tem efeitos liberatórios, permanecendo o depositante obrigado para com o beneficiário do depósito até ao cumprimento integral da prestação devida por parte do depositário. Assim se entende pelo facto de as partes, ao celebrarem um contrato de depósito em favor de sujeito alternativamente determinado, não estarem interessadas em substituir a obrigação garantida (negócio principal), pela obrigação de custódia e restituição *ex deposito*, nem em trocar o devedor originário (o depositante) por um outro (o depositário). Não parece poder ver-se no depósito celebrado entre as partes uma qualquer novação objetiva e simultaneamente subjetiva, que funcione como causa de extinção da obrigação garantida, independentemente do seu cumprimento pelo depositante. Note-se que só há novação se as partes tiverem manifestado *diretamente* a vontade de *substituir* a antiga obrigação pela criação de uma outra em seu lugar, não bastando para o efeito qualquer declaração tácita (artigo 859.º do Código Civil).

## 2.2. O depósito de coisa controvertida

O depósito de coisa controvertida é uma figura negocial que andou sempre associada ao depósito com funções de garantia, e que se encontra consagrada no artigo 1202.º do Código Civil. Trata-se de um contrato que tem sempre por objeto a guarda de uma coisa no interesse da «*pessoa a quem se apurar que pertence*».

*tire al terzo che il cedente non pregiudichi l'effetto della cessione sottoposta a termine iniziale, con l'estinguere volontariamente il contratto».*

<sup>40</sup> FRANCESCO PASSARELLI SANTORO, *Deposito in luogo di adempimento*, in «Saggi di Diritto Civile», I, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1961, pp. 281 a 286, de acordo com o qual «*Il negozio posto in essere con la partecipazione del venditore, del compratore e del depositario libera il compratore dall'obbligazione verso il venditore altramenti che per adempimento. Questa liberazione del compratore avvenga mediante un accollo liberatório.*»

<sup>41</sup> ROSARIO NICOLÒ, *Deposito in funzione di garanzia e inadempimento del depositario*, in «RDCom», Vol. LXII (Anno 1937) Roma pp. 1476 a 1483.

No direito português, no direito francês e no direito espanhol, o depósito de coisa controvertida constitui um subtipo de depósito, sendo regulado juntamente com este. Haverá, porém, que salientar a sua natureza de *contrato misto de depósito e mandato*, com uma configuração de *contrato trilateral*.

A aplicação dos artigos 1202.º a 1204.º do Código Civil pressupõe que se verifiquem cumulativamente três requisitos:

- Em primeiro lugar, que exista uma controvérsia ou disputa entre os depositantes, não sendo necessário que tenha caráter judicial;
- Em segundo lugar, que o conflito entre os depositantes tenha por objeto a *titularidade* ou *qualquer outro direito* sobre a coisa depositada;
- Em terceiro lugar, que o depósito seja celebrado *por duas ou mais pessoas*, o que pressupõe a existência de uma pluralidade de partes do lado ativo da relação contratual.

Note-se que, conforme resulta da parte final do artigo 1202.º do Código Civil, a *res* disputada é restituída a quem se apurar que a mesma pertence. Enquanto a controvérsia se mantiver, o depositário não pode *entregar* a um dos depositantes a coisa depositada, sem o consentimento do outro.

### 2.3. O depósito-caução

O depósito-caução, previsto no artigo 623.º, n.º 1, do Código Civil, é uma modalidade de penhor que tem como fim garantir o cumprimento de uma obrigação meramente eventual, ou garantir o cumprimento de uma obrigação certa de montante indeterminado através da afetação de um determinado crédito à obrigação garantida. Assinale-se que, no direito português, o depósito-caução é havido como penhor: assim dispõe claramente o artigo 666.º, n.º 2, do Código Civil, que remete para a norma contida no artigo 623.º, n.º 1, do mesmo diploma<sup>42</sup>.

Não obstante, o depósito-caução efetuado junto de terceiro é uma figura negocial semelhante ao depósito em favor de sujeito alternativamente determinado, uma vez que em ambos os casos o titular do direito a exigir a restituição encontra-se inicialmente indeterminado, só vindo a ser determinado posteriormente em função da evolução da relação jurídica obrigacional, à qual está coligado o depósito. A diferença entre estas duas categorias negociais radica essencialmente na constituição, ou não, de uma garantia real: no depósito-cau-

<sup>42</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, pp. 76 e seguintes.

ção, o garante entrega ao terceiro uma coisa em garantia de uma determinada obrigação, tendo o garantido, em caso de inadimplemento daquele, o direito a fazer-se pagar por ela *com preferência* sobre os demais credores do devedor; no depósito em favor de sujeito alternativamente determinado, o garante deposita junto do terceiro a própria prestação a que está supostamente está obrigado, não se vislumbrando a atribuição ao beneficiário do depósito de qualquer preferência face a outros credores do devedor.

#### 2.4. O depósito a favor de terceiro e o depósito no interesse de terceiro

O depósito a favor de terceiro e o depósito no interesse de terceiro são duas figuras diferentes. As semelhanças entre as duas figuras resume-se ao facto de ambas poderem desempenhar uma função de garantia, quer em favor de terceiro, quer no interesse desse, e ambas terem em comum o facto de visarem a mesma finalidade – a garantia das obrigações.

Comparando as duas modalidades, constata-se que<sup>43</sup>, (i) quanto à *res*: no depósito a favor de terceiro, ela funda-se na própria prestação eventualmente devida ao beneficiário do depósito, enquanto no depósito no interesse de terceiro, ela não se funda necessariamente num dever de prestar; (ii) quanto à posição do beneficiário do depósito: no depósito a favor de terceiro, tem este

<sup>43</sup> ANGELO LUMINOSO, “Deposito cauzionale presso il terzo e depositi irregolari a scopo di garanzia”, *GCom.*, Anno VIII (1981), pp. 425-452. Cabe ainda referir MAURIZIO LUPOI, “La realizzazioni della funzione di garanzia mediante il deposito a favore o nell’ interesse di un terzo”, cit., pp. 459-461, o qual afirma, com relevância para o que se discute em texto, que «*Paragonando sinteticamente il deposito condizionato (od a termine) a favore di terzo com il deposito anche nell’interesse di un terzo, diremo: a) quanto alla «res» depositata: essa consiste, nel primo caso, nell’oggetto della prestazione dovuta – all’avverarsi della condizione od alla scadenza del termine – dal deponente al terzo; nel secondo caso, essa consiste in un quid della cui disponibilità il deponente si spoglia fino a che non si accerti che egli nulla deve al terzo; b) quanto al diritto che si attribuisce al terzo: diritto di ottenere la consegna della all’avverarsi della condizione od alla scadenza del termine (primo caso), diritto di impedire la riconsegna al deponente fino a che non si sia avverata la condizione risolutiva di tale diritto (secondo caso): diritto di pretendere l’osservanza degli obblighi di custodia in entrambi i casi; c) quanto alle obbligazioni assunte dal terzo: salvi diversi patti, il compenso deve essere corrisposto dal deponente e costui sarà responsabile per i danni cagionati dalla cosa depositata (in entrambi i casi); d) quanto ai rapporti fra deponente e terzo: nel primo caso vi è, di solito, una preesistente obbligazione di eseguire il deposito; nel secondo caso tale preesistente obbligazione è, di solito, insussistente; e) quanto alla funzione típica: assicurare il terzo che, all’avverarsi della condizione od alla scadenza del termine, egli, otterrà la res depositata (primo caso): assicurare il terzo che, qualora egli vantasse diritti verso il deponente, potrà soddisfarsi sulla res depositata (secondo caso). In entrambi i casi si presuppone che il depositario sia persona onesta ed imparziale.»*



o direito de exigir a entrega da coisa depositada após a verificação da condição, enquanto no depósito no interesse de terceiro, pode este impedir a restituição ao depositante, se não der o seu consentimento; (iii) quanto ao conteúdo do negócio jurídico coligado ao depósito «negócio principal»; no primeiro caso, o negócio primitivo determina a constituição do depósito; no segundo caso, esse negócio não tem de existir; e (iv) quanto à função típica do depósito: no depósito a favor de terceiro, assegurar ao beneficiário do depósito que, verificada a condição, poderá obter a coisa depositada; no depósito no interesse de terceiro, garantir ao terceiro que, provando este ser credor do depositante, poderá satisfazer o seu direito sobre a *res* depositada.

No nosso ordenamento jurídico, o depósito no interesse de terceiro não é um contrato a favor de terceiro, uma vez que a prestação prometida pelo depositário ao terceiro só nasce com a sua adesão à promessa consubstanciada no contrato de depósito, contrariando-se, assim, a regra do artigo 444.º, n.º 1, do Código Civil. O facto de o artigo 1193.º do Código Civil apenas exigir que o terceiro comunique ao depositário a sua adesão à promessa, dispensando-se tal comunicação ao depositante, bem como a circunstância de incumprimento da promessa não ser possível sem o concurso do depositante, é evidenciada pela letra do artigo 1193.º do Código Civil, o qual vem consolidar tal entendimento.

O depósito no interesse de terceiro é o ponto de partida, no nosso ordenamento jurídico, para o estudo da figura do depósito *escrow*, estudo esse que encetaremos no capítulo seguinte.

### III – Do contrato de depósito *escrow*

#### 3. Noção de «escrow»

O termo «*escrow*» deriva do latim *scriptum*, e do francês antigo «*escroue*», e significa, em sentido amplo, *depósito com funções de garantia*; em sentido estrito, refere-se a documento escrito confidencial, eventualmente selado, que prova a existência de obrigações entre duas ou mais pessoas, confiado em garantia a um terceiro – o *depositário escrow* – que, por sua vez, se compromete a restituí-lo ao depositante em função da verificação ou não de determinada condição, ou do cumprimento por parte deste de uma determinada obrigação<sup>44</sup>.

«*Escrow*» pode utilizar-se quer para referir o objeto do depósito, dinheiro, valores mobiliários ou documentos que são entregues ao depositário («*the*

<sup>44</sup> JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES, *Do contrato de depósito escrow*, pp.161-162.

*escrow*»), como para se referir à natureza cautelar do depósito efetuado («*in escrow*»), ou ainda para indicar o depositário («*escrow holder*», «agente *escrow*» ou «*escrowee*»).

Toma-se aqui como definição geral de contrato de depósito *escrow* aquela que é apresentada por Carlos Ferreira de Almeida: um contrato pelo qual uma das partes (depositante) confia a guarda de determinados bens móveis (*v.g.*, dinheiro, títulos, documentos) a um banco ou outra entidade (depositário) que se obriga, de acordo com as instruções irrevogáveis acordadas, a restituir os bens ao depositante ou a entregá-la a outra pessoa, em conformidade com as circunstâncias e as instruções estabelecidas no contrato<sup>45</sup>. Neste sentido, tanto o *depósito em garantia* como o *depósito feito com finalidade de cumprimento* se podem incluir na categoria do depósito *in escrow*<sup>46</sup>.

Cabe ainda notar que o contrato de depósito *escrow* não se encontra legalmente tipificado no nosso ordenamento jurídico. É, pois, um contrato atípico.

### 3.1. *Depósito com finalidade de garantia*

A característica nevrálgica do depósito com finalidade de garantia (ou depósito em garantia) reside no facto de o mesmo ser atuável em caso de incumprimento de uma obrigação do depositante ou de terceiro que emerge do negócio principal e ao qual o contrato de depósito se encontra ligado<sup>47</sup>. A obrigação garantida pode assumir as mais diversas configurações: poderá respeitar à execução do negócio principal, à cobertura de riscos ou até a violação de lei<sup>48</sup>.

Quanto às partes, trata-se de um contrato celebrado entre duas partes contratantes num negócio jurídico coligado ao depósito (o negócio jurídico principal), e uma terceira entidade fiduciária, a quem aquelas confiam o acompanhamento e execução desse negócio subjacente. Cada uma destas partes (depositante; beneficiário eventual dos bens depositados em garantia e depositário *escrow*) participa no contrato, representando um conjunto de interesses económicos próprios que esperam ver realizados através do depósito, formando, assim, três partes formal e materialmente distintas<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos II*, 3.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 41.

<sup>46</sup> Também assim, LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS, “O depósito com finalidade de cumprimento, o depósito para administração, o depósito em garantia e os seus regimes insolvenciais”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 728 e seguintes.

<sup>47</sup> ANGELO LUMINOSO, “Deposito cauzionale presso il terzo e depositi irregolari a scopo di garanzia”, pp. 427-429.

<sup>48</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 295.

<sup>49</sup> JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES, *Do contrato de depósito escrow*, cit., p. 165.

A este tipo de contrato é aplicável o princípio da liberdade de forma, previsto no artigo 219.º do Código Civil, embora seja comum que o mesmo siga a forma de escrito particular.

### 3.2. Depósito com finalidade de cumprimento

Não é apenas o *depósito em garantia* – atuável, como visto, em caso de incumprimento de uma obrigação do depositante ou de terceiro – que se inclui na categoria do depósito *escrow*; também o *depósito com finalidade de cumprimento* aí se compreende.

O depósito com finalidade de cumprimento corresponde a um contrato trilateral ou bilateral (celebrado entre o depositante, depositário e beneficiário, ou apenas entre os dois primeiros), pelo qual do depositário assume a obrigação de guardar a coisa e de a entregar ao beneficiário em cumprimento de uma obrigação do depositante ou de terceiro. Em causa está, pois, uma função de *custódia* e uma função *solutória*.

As vantagens que justificam a opção por este figurino contratual são claras: por um lado, o credor (beneficiário) assegura que, uma vez cumprindo, lhe será entregue a contraprestação, cujo objeto se encontra já depositado junto do depositário, merecedor da sua confiança; por outro lado, o devedor (em regra, o depositante), vê salvaguardada a sua posição quanto à realização da prestação que lhe cabe, ao assegurar que esta não é realizada – total ou parcialmente – enquanto não se verificar um determinado evento que seja contratualmente definido (em regra, o cumprimento da prestação por parte do beneficiário e/ou o decurso de um determinado prazo). Um exemplo tradicional de utilização deste contrato é aquele em que o depositante e o beneficiário celebram um contrato de compra e venda (sendo o primeiro comprador e o último vendedor), sendo as disponibilidades monetárias correspondentes ao preço depositadas junto do depositário, que as entregará ao beneficiário depois (ou concomitantemente) de o depositante receber a coisa comprada<sup>50-51</sup>.

<sup>50</sup> Numa variação do exemplo referido em texto, é também frequente que o depósito do preço in escrow seja realizado na data da celebração do contrato-promessa de compra e venda, sendo aquele entregue ao beneficiário (vendedor) aquando da celebração do contrato definitivo.

<sup>51</sup> Veja-se, a este propósito, o caso tratado no Acórdão STJ, de 10-11-2011, Proc. 6152/03.0TVLSB. S1 (GREGÓRIO SILVA JESUS), disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt): no contexto da celebração de um contrato de compra e venda de ações – no qual as partes estipularam uma cláusula de limitação convencional da responsabilidade patrimonial ao património constituído pelas próprias acções transaccionadas (à luz do disposto no artigo 602.º do Código Civil) –, foi celebrado um depósito *escrow*, pelo qual foram depositadas num banco as ações objeto do contrato, para garantia do cumprimento da

Em causa está, por regra, o depósito de dinheiro junto de uma instituição de crédito, no qual é aberta uma conta, sem cláusula de conta corrente, à qual é atribuída uma finalidade específica, sem que, à partida, existam outros movimentos a crédito ou sejam permitidos outros movimentos a débito nessa conta – salvo os movimentos a débito a favor do beneficiário ou do depositante, ou para pagamento da remuneração (a vulgarmente designada *comissão*) ao banco depositário<sup>52</sup>.

O cumprimento da obrigação emergente do contrato que se encontra na base da celebração do contrato de depósito *escrow* verificar-se-á quando as quantias sejam entregues pelo depositário ao beneficiário; não obstante, se assim for convencionado, o cumprimento poderá, à luz do disposto no artigo 770.º, alínea *a*), do Código Civil, verificar-se quando as quantias sejam entregues pelo depositante ao depositário. A primeira hipótese é, contudo, aquela que mais frequentemente resulta da interpretação das declarações negociais das partes<sup>53</sup>.

Note-se, por fim, que, à semelhança do que se referiu a propósito do depósito *escrow* com função de garantia, e tal como ainda se desenvolverá de seguida, também no depósito *escrow* com finalidade de cumprimento – por ser igualmente um negócio fiduciário – se poderá dar o *desencaminhamento* da coisa entregue ao depositário. O risco desse desencaminhamento – e, portanto, da não realização da prestação pelo depositário ao beneficiário – deverá correr por conta do depositante, salvo se o beneficiário tiver, ao abrigo do já mencionado artigo 770.º, alínea *a*), do Código Civil, atribuído legitimidade ao depositário para receber a prestação<sup>54</sup>.

obrigação de pagamento do respectivo preço, que iria ser pago pelo comprador no futuro, altura em que as ações lhe seriam entregues pelo banco. Diversamente do que geralmente é apresentado como o problema típico dos depósitos *escrow*, o problema suscitado no caso referido não foi o do *desencaminhamento* da coisa pelo depositário, mas antes o da *desvalorização* do bem depositado (as ações), em consequência – alegou o vendedor – de o comprador das ações não ter, durante o período que se seguiu à celebração do contrato de compra e venda, diligenciado no sentido de incrementar ou manter o valor da sociedade (*rectius*, das ações).

<sup>52</sup> LUÍS PESTANA DE VASCONCELOS, “O depósito com finalidade de cumprimento”, *cit.*, pp. 729 seguintes.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 731, esta é a situação mais comum porquanto «o que as partes pretendem é que o cumprimento ao beneficiário se realize depois de este ter cumprido».

<sup>54</sup> *Idem*, p. 733.

### 3.3. O depósito escrow como um contrato misto de depósito em favor de sujeito alternativamente determinado e mandato coletivo

Uma das características principais do depósito *escrow* prende-se com a circunstância de o depositante e o beneficiário do depósito instruírem irrevogavelmente o depositário sobre o destino a dar aos bens confiados em garantia, obrigando-se este a praticar, por conta daqueles, os atos necessários à execução do mandato que recebe de ambas as partes<sup>55</sup>. Os atos praticados pelo depositário *escrow* ao abrigo desse mandato consistem na prática de atos jurídicos, como a realização de pagamentos ou a celebração de negócios jurídicos sobre os bens depositados em garantia, ou na prática de atos registais.

Pode, por isso, afirmar-se que o depósito *escrow* compreende elementos do contrato de depósito (nomeadamente, e como referido, de depósito em favor de sujeito alternativamente determinado) e do contrato de mandato<sup>56</sup>. Quanto a este último aspeto, e mais concretamente, está em causa um verdadeiro *mandato coletivo*, previsto no nosso ordenamento no artigo 1173.º do Código Civil, tendo em conta a circunstância de o *mandato* atribuído pelas partes do «negócio principal» ao depositário *escrow* ser um mandato conferido no *interesse comum* daquelas. Note-se que tal recondução se prende com o facto de a maioria dos contratos de depósito *escrow* conterem uma cláusula que consagra – aqui, exemplificadamente – que «as instruções conferidas ao depositário apenas poderão ser revogadas com o consentimento expresso e escrito pelo depositante e o beneficiário do depósito», ou seja, com a anuência de ambos os mandantes. Em defesa da tese do *mandato coletivo*, invoca-se o facto de o mandato conferido ao depositário *escrow* resultar de um único ato: o contrato de depósito *escrow*. Assim, deve considerar-se cumprida a exigência expressa pelo artigo 1726.º do *Codice* que impõe a obrigatoriedade do mandato coletivo resultar de um mesmo ato.

O depósito *escrow* é, pois, à luz do direito português, qualificado como um *contrato misto de depósito em favor de terceiro alternativamente determinado e de mandato coletivo*, sendo mandantes o depositante e o beneficiário eventual do depósito e mandatário o depositário da coisa *in escrow*.

<sup>55</sup> LUIGI PEDRETTI, “Gli escrow account nelle operazioni di countertrade”, cit., p. 454.

<sup>56</sup> FRANCESCO GIORGIANNI, “*Depositi anomali a vantaggio di un terzo*”, RDCom, Anno LXVIII, 1970, p. 421; ROSELLA VOIELLO, “*Dipositi Fiduciari*, in *Fiducia, Trust, Mandato Ed Agency*, Quaderno n.º 2, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 287-290.

### 3.4. O depósito escrow como negócio jurídico fiduciário

O depósito *escrow* é um negócio jurídico fiduciário<sup>57</sup>. Correspondem a negócios fiduciários aqueles dos quais «*resulta, direta ou indiretamente, uma atribuição plena e exclusiva (ainda que temporária) de um bem ao fiduciário – maxime, de um direito de propriedade sobre uma coisa – gravada porém por um vínculo funcional de natureza obrigacional que instrumentaliza a situação jurídica em que fica investido o fiduciário à prossecução de um interesse alheio – pertencente ao fiduciante – e que impõe, nos termos estipulados, a (re) transmissão daquele acervo patrimonial*»<sup>58</sup>. A recondução do depósito *escrow* aos quadros do negócio jurídico fiduciário é comum na doutrina portuguesa<sup>59</sup> e estrangeira<sup>60</sup> – este contrato é, aliás, frequentemente apresentado como o paradigma dos negócios fiduciários. Tendo em conta a definição acima apresentada, não obsta à qualificação como *fiduciário* o facto de

<sup>57</sup> Diz-se ser este um *contrato fiduciário*. Mais concretamente, um contrato de *fidúcia* com finalidade de garantia – os designados casos de *fidúcia cum creditore* ou *fidúcia cum amico* (sobre estes, e no contexto da distinção entre a *fidúcia romana* e a *fidúcia germânica*, veja-se HUGO RAMOS ALVES, *Do penhor*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 307). A qualificação deste contrato como fiduciário acarreta consigo um outro problema, também muito discutido, que é o de saber se o mesmo deve regulado exclusivamente pelas regras do contrato de depósito ou do mandato (veja-se, por todos, ROSELLA VOIELLO, “*Depositi Fiduciari*”, in *Fidúcia, Trust, Mandato Ed Agency*, Quaderno n.º 2, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 285-290; entre nós, é incontornável, sobre este tema, o estudo de ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do trust no Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2014.

<sup>58</sup> ANDRÉ FIGUEIREDO, *O negócio fiduciário perante terceiros*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 83.

<sup>59</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, cit., pp. 224-295. PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de cumprimento*, cit., pp. 61-62, que escrevem o seguinte: «*Na prática bancária, o acordo fiduciário adota igualmente a designação anglo-saxónica de “escrow agreement”*. Traduz-se, basicamente, na outorga de um contrato trilateral, subscrito entre duas partes, contraentes num negócio subjacente – muitas vezes de compra e venda – e uma entidade fiduciária – por via de regra uma instituição bancária – incumbindo a esta funções de acompanhamento relacionadas com o cumprimento desse negócio subjacente, designadamente procedendo a pagamentos parciais e subsequentes do preço acordado e remetendo documentos essenciais à perfeição do negócio, a solicitação de uma das partes. A entidade bancária como que intermedeia duas partes num determinado negócio, agindo estas, no que respeita a aspectos essenciais do contrato, através do banco. A conta que é geralmente aberta junto da entidade fiduciária e através da qual esta procede a pagamentos no âmbito do contrato subjacente, designa-se por “escrow account”».

<sup>60</sup> UMBERTO MORELLO, *Fidúcia e Trust*, in *Fidúcia, Trust, Mandato ed Agency*, Quaderno n.º 2, Giuffrè, Milano, 1991, pp. 240-241. “*Si riteneva la fidúcia diversa da un semplice mandato, perché volta a consentire la realizzazione di interessi che potevano protarsi nel tempo con più operazioni o atti complessi (e non quindi un atto o più atti giuridici per uno scopo determinato), dubitandosi anche da molti fosse lecito un mandato ad alienare immobili tale da comportare il trasferimento o della proprietà. In primo luogo, il negozio fiduciario comportava necessariamente un trasferimento del fiduciante al fiduciario e molti ritenevano che ciò non potesse avvenire se non in base ad un atto astratto: situazione ammissibile nell’ancien régime, dove si distingueva tra *modus* e *titulus adquirendi* e nel diritto tedesco, ma non nel diritto attuale”*».

no depósito *escrow* poder não se verificar a efetiva transferência da propriedade dos bens para o depositário. Essa transferência

Estando em causa um negócio fiduciário, levanta-se o problema do eventual risco, por parte do depositário (fiduciário), caso este se recuse, sem qualquer fundamento, a retransmitir a propriedade dos bens ao depositante ou a transmiti-los ao beneficiário do depósito, assim incumprindo o *pactum fiduciae* pelo fiduciário – e, por regra, praticando este o crime de infidelidade ou mesmo burla. Face à recusa do fiduciário em retransmitir os bens ao depositante, ou de transmiti-los ao beneficiário do depósito, pode o lesado socorrer-se – caso o figurino contratual utilizado se encontre embutido da requerida *prometibilidade* – do mecanismo previsto no artigo 830.º do Código Civil (execução específica). Se o depositário tiver alienado a coisa a terceiro, o recurso à execução específica só será possível se a mesma tiver sido clausulada, se a esta cláusula tiver sido atribuída eficácia real, e se o pacto tiver sido sujeito a registo<sup>61</sup>. Por outro lado, também o instituto do abuso de direito pode enfraquecer os efeitos da infidelidade do *escrow holder* (artigo 334.º do Código Civil). Acresce que todos os prejuízos decorrentes da mora, cumprimento defeituoso ou incumprimento definitivo da obrigação, decorrente do pacto fiduciário, são indemnizáveis nos termos gerais da responsabilidade civil contratual.

#### IV – O depósito *escrow* e a garantia das obrigações

##### 4. Depósito *escrow* – que garantia?

Tendo presente a fisionomia do depósito *escrow*, cabe agora saber como funciona a garantia que lhe é inerente; em particular, pretende-se apurar quais as consequências que o incumprimento, por parte do *escrow holder*, das suas obrigações enquanto fiduciário do depositante e do beneficiário eventual do depósito, ou a sua insolvência, produzem na relação subjacente ao contrato de depósito *escrow*, e num eventual concurso com os credores do depositante.

##### 4.1. O incumprimento ou insolvência do depositário da coisa in *escrow*

Viu-se já que o depósito *escrow* tem como função garantir o cumprimento das obrigações (depósito *escrow* com finalidade de garantia) ou proporcionar

<sup>61</sup> JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES, *Do contrato de depósito escrow*, cit., p. 286.

esse mesmo cumprimento (depósito *escrow* com finalidade de cumprimento). O que se pergunta agora é quem o sujeito sobre quem deverá recair o risco de um eventual *incumprimento ou insolvência do depositário*: sobre o depositante ou sobre o beneficiário do depósito?

A resposta a esta questão tem suscitado as mais diversas controvérsias. Há quem entenda que a solução está em «concretizar se o depositante foi ou não encarregue (mandatado) pelo beneficiário eventual, a celebrar o depósito em seu favor, e se foi, então o risco de um eventual incumprimento do depositário deverá ser suportado pelo beneficiário eventual do depósito; na hipótese inversa, pelo depositante»<sup>62</sup>. Em sentido oposto, diz-se que «salvo acordo das partes em contrário, o risco de um eventual incumprimento e/ou insolvência do depositário deverá ser suportado pelo depositante, face ao peculiar complexo de interesses atuados pelo depósito, à circunstância do depósito ser celebrado no exclusivo interesse do devedor-garante-depositante, e [à partida] não ter efeitos liberatórios»<sup>63</sup>.

É certo que «a única solução razoável acaba por ser a que tiver sido expressamente prevista pelas partes no respetivo contrato»<sup>64</sup>; todavia, no caso de o contrato ser omissivo sobre esta matéria – a situação mais comum –, será necessário analisar se o depósito foi ou não efetuado em cumprimento de uma obrigação *já existente* entre o depositante e o beneficiário do depósito. Confirmando-se que foi efetuado em cumprimento de uma obrigação, o risco deverá ser suportado pelo beneficiário do depósito, não podendo este exigir do depositante uma segunda prestação. Cumprindo a obrigação a que está vinculado, o depositante adquire imediatamente o direito à prestação que lhe foi prometida pelo beneficiário do depósito, não podendo este recusar-se a cumprir, uma vez que o risco do inadimplemento do depositário *escrow* lhe é totalmente alheio. Por outro lado, no caso de o depósito não ter sido efetuado em cumprimento de uma obrigação *já existente* entre o depositante e o beneficiário do depósito, o risco deverá correr por conta do depositante, ou seja, caso se verifique incumprimento inesperado do depositário, poderá o beneficiário do depósito exigir diretamente daquele o cumprimento da obrigação garantida. Tal entendimento deriva do facto de a celebração do depósito não se tratar de uma *novação* ou de uma *assunção liberatória de dívida*, que permite a libertação imediata do depositante e a transferência do risco para a o credor-beneficiário do depósito.

Neste contexto, note-se que alguns Autores, como Majello, entendem ser decisivo para a resolução do problema do risco a verificação da existência ou

<sup>62</sup> UGO MAJELLO, “Il Deposito nell’interesse del terzo”, cit., pp. 323 e seguintes.

<sup>63</sup> ANGELO LUMINOSO, “Deposito cauzionale presso il terzo e depositi irregolari a scopo di garanzia”, cit., p. 449.

<sup>64</sup> LUIGI PEDRETTI, “Gli escrow account nelle operazioni di countertrade”, cit., pp. 459 e seguintes.



não de um mandato conferido pelo beneficiário do depósito (eventual credor) ao depositante (eventual devedor) para a celebração do depósito em favor daquele. Existindo o referido mandato, o risco de um inesperado incumprimento do depositário desloca-se – com a efetivação do depósito – para o terceiro beneficiário. Este entendimento, que tem suporte legal no *Codice* (artigos 1510.º, n.º 2, e 1715.º), pode também ser testado – por via analógica – face ao nosso artigo 797.º do Código Civil. Esta disposição legal, inspirada no § 447 do BGB, regula as *dívidas de envio* ou de *remessa*<sup>65</sup>, dispondo que o risco de perda ou deterioração da coisa corre unicamente por conta do credor a partir do momento em que a mesma é entregue ao transportador ou expedida, salvo acordo das partes em contrário. No entanto, surge, desde logo, um óbice à aplicação desta norma – o que determina a improcedência de tal juízo analógico: o artigo 797.º do Código Civil só se aplica às situações em que existe uma verdadeira obrigação (um dever de prestar), o que não é o caso, visto que o depósito *escrow* corresponde à realização de uma prestação *meramente eventual*.

Conclui-se, então, que salvo acordo das partes em sentido contrário, nos casos em que a celebração do contrato de depósito *escrow* corresponde ao cumprimento de uma obrigação *ainda não existente* entre o depositante e o beneficiário eventual do depósito, o risco de um possível incumprimento ou insolvência do depositário da coisa *in escrow* será suportado pelo depositante<sup>66</sup>.

#### 4.2. Oponibilidade do depósito escrow a terceiros

O facto de ser efetuado um depósito, ainda que com toda a confiança no depositário, cria uma zona de *incerteza* sobre qual o regime aplicável às relações jurídicas emergentes do contrato de depósito *escrow* no que se refere às relações entre os outorgantes do contrato e terceiros<sup>67</sup>. Questão muito debatida na doutrina é, por isso, a de saber se poderá o beneficiário do depósito opor o seu *direito condicional* à entrega dos bens depositados a terceiros, designadamente, aos credores do depositante e aos credores do depositário, nomeadamente em caso de processo de execução ou insolvência movido contra este último.

Comece-se por lembrar que a garantia comum dos credores é constituída pelo património do devedor (artigo 601.º do Código Civil), não sendo possível subtrair bens ao referido património (criar preferências legais entre credos-

<sup>65</sup> RAÚL VENTURA, “O contrato de compra e venda no Código Civil”, ROA, Ano 40 (1980), pp. 329-348.

<sup>66</sup> JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES, *Do contrato de depósito escrow*, cit., p. 239.

<sup>67</sup> LUIGI PEDRETTI, “Gli escrow accounts nelle operazioni di countertrade”, cit., p. 447.

res) em derrogação à regra da *par condicio creditorum* – salvo nos casos previstos na lei (artigo 604.º do Código Civil)<sup>68</sup>. Por essa razão, não chega sustentar a oponibilidade do depósito *escrow* aos credores comuns do depositante e/ou do depositário com base na existência de um mero acordo entre as partes. Se assim fosse possível, as partes tentariam resolver este problema efetuando um depósito *escrow* com o fim de proteger parte do património de eventuais ataques de credores do depositante.

Por essa razão, registam-se, como predominantes, os entendimentos no sentido da inoponibilidade a terceiros do depósito *escrow*, considerando-se este uma mera *garantia aparente* – ou seja, que apresentam como característica principal o facto de apenas produzirem efeitos entre o devedor e o credor, nada acrescentando à garantia geral, constituída pelo património do devedor. Em caso de concurso de credores, tais garantias «*não podem ser apostas pelo credor, supostamente privilegiado, aos demais; ou seja, as garantias aparentes são ineficazes em relação aos demais credores*»<sup>69</sup>. A admitir-se uma situação de preferência do beneficiário do depósito sobre bens depositados *in escrow*, esta nunca poderia decorrer da aplicação – direta ou indireta – do disposto no artigo 604.º do Código Civil, pois a criação, por negócio jurídico de preferências propriamente ditas só é viável através da constituição de direitos reais de garantia (o que não corresponde, de todo, à relação jurídica emergente do contrato de depósito *escrow*). Assim, nos termos formulados, o contrato de depósito *escrow* não é, à luz do direito português, oponível a terceiros.

## 5. Notas conclusivas

1. O contrato de depósito *escrow* não se encontra legalmente tipificado no nosso ordenamento, muito embora o mesmo tenha vindo a ser cada vez mais utilizado pela sua importância prática.

2. O contrato de depósito evoluiu de uma função prática de custódia de uma determinada coisa no exclusivo interesse do depositante para uma finalidade de garantia, tendo passado a ser um depósito com funções de garantia, acessório ao contrato principal, cujo cumprimento pretende assegurar.

3. A discussão sobre a natureza jurídica da obrigação assumida pelo depositário nasce com o caso *Cavallini V. Galassi*, decidido na *Corte de Cassazione* em

<sup>68</sup> Sobre a *par conditio creditorum* no ordenamento italiano, ENZO ROPPO, “*Par condicio creditorum* – Sulla posizione e sul ruolo del principio di cui all’art. 2741, Cod.Civ.”, RDCom, Anno LXXIX, 1981, pp. 305-315.

<sup>69</sup> PEDRO ROMANO MARTINEZ/PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de cumprimento*, cit., p. 62.

1937, caso este que assumiu contornos de *leading case*, e onde pela primeira vez se analisou a repartição do risco do inadimplemento da obrigação assumida pelo depositário (neste caso, um notário).

4. Na sequência desta decisão e das controvérsias doutrinárias que se lhe seguiram, a doutrina italiana consagrou o depósito com função de garantia no *Codice* (1942): dispõe o artigo 1773.º deste diploma que «*se a coisa é depositada também no interesse de um terceiro que comunicou ao depositante e ao depositário a sua anuência, o depositário não poderá liberar-se restituindo a coisa ao depositante sem o consentimento do terceiro*».

5. No direito português, o legislador consagrou a mesma figura no artigo 1193.º do Código Civil, sob o título «*terceiro interessado no depósito*».

6. Entendemos, com João Tiago Morais Antunes, que a obrigação de restituição assumida pelo depositário *escrow* se caracteriza por ser uma *obrigação de sujeito ativo inicialmente incerto* porque no momento em que o depósito é celebrado não se sabe, ainda, quem é o credor dessa obrigação – se o depositante, ou se o beneficiário do depósito<sup>70</sup>. Por essa razão, o depósito *escrow* deve ser qualificado como um contrato de *depósito a favor de sujeito alternativamente determinado*, ou seja, suspensivamente condicionado quanto à pessoa legitimada a exigir a restituição da coisa.

7. Tal qualificação não prejudica, porém, que tal depósito se inclua nos quadros gerais do contrato de depósito: os elementos anómalos ou extra-típicos não conduzem à formulação de um juízo de atipicidade, mas apenas à identificação de uma subespécie ou subtipo de depósito.

8. Como bem afirma Januário da Costa Gomes, a figura do depósito *escrow* conduz, no direito português, à confluência dos regimes plasmados nos artigos 1193.º (terceiro interessado no depósito) e 1202.º e seguintes do Código Civil (depósito de coisa controvertida); não se confina, contudo, a estas previsões normativas<sup>71</sup>.

9. Ao depositário da coisa *in escrow* é atribuída, em termos fiduciários, uma posição jurídica que extravasa a do simples depositário, mas mantendo-se este vinculado – com mera eficácia obrigacional – aos deveres de um simples depositário. A particularidade resulta do facto de, uma vez ocorrido o evento que decide a sorte da coisa depositada *in escrow*, ficar, por esse facto, determinado a quem é que o *escrow holder* deve entregar a coisa (ou, noutra perspetiva, o sujeito que pode exigir ao *escrow holder* a respetiva entrega da coisa)<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> JOÃO TIAGO MORAIS ANTUNES, *Do contrato de depósito escrow*, cit., p. 274 e seguintes.

<sup>71</sup> JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Contratos comerciais*, cit., pp.181-182.

<sup>72</sup> *Idem*, pp. 181-182.

10. Salvo acordo das partes em sentido contrário, nos casos em que a celebração do contrato de depósito *escrow* corresponde ao cumprimento de uma obrigação *ainda não existente* entre o depositante e o beneficiário eventual do depósito, o risco de um possível incumprimento ou insolvência do depositário será suportado pelo depositante.

11. O contrato de depósito *escrow* não é, à luz do direito português, oponível a terceiros.