



UNIVERSIDADE | FACULDADE
CATÓLICA | DE DIREITO
PORTUGUESA |
ESCOLA DE LISBOA

A CLÁUSULA DE RESERVA DE PROPRIEDADE NO CONTRATO DE MÚTUO

Mestrado Forense – Orientado para a Investigação

TERESA MARIA BORGES DA SILVA PEREIRA

Sob a orientação de:

Mestre Pedro Camargo de Sousa Eiró

Lisboa, 02 de Abril de 2012

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, com enorme gratidão, pelo amor e apoio incondicionais, pela formação que me proporcionaram e pela força que sempre me transmitiram, em particular, na elaboração da presente dissertação.

Ao António, em especial, por ter estado sempre ao meu lado, pelo imenso carinho e por todas as palavras sábias nos momentos certos.

Ao meu irmão, Ricardo, e familiares próximos, pelas energias positivas que sempre me transmitiram ao longo de toda a investigação.

Aos meus Amigos, Colegas de curso e de trabalho e Professores, com quem muito aprendi e continuo a aprender.

Ao meu Professor e Orientador, Pedro Eiró, com imenso reconhecimento, pelo precioso tempo, pelos conselhos e por toda a disponibilidade demonstrada.

SIGLAS E ABREVIATURAS

AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
AAVV	Autores Vários
Ac./acs.	Acórdão(s)
Al./als.	Alínea(s)
Art./arts.	Artigo(s)
AUJ	Acórdão de Uniformização de Jurisprudência
BFDC	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGB	<i>Bürgerliches Gesetz Buch</i> (Código Alemão de 1896)
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
CC	Código Civil Português vigente, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 47 344, de 25 de Novembro de 1966, com as alterações introduzidas até à Lei n.º 23/2010, de 30 de Agosto
CCG	Cláusulas Contratuais Gerais
CDP	Cadernos de Direito Privado
Cf.	Conferir/confrontar
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de empresas, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março, com as alterações introduzidas até ao Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto
Cit.	Citado
CJ	Colectânea de Jurisprudência
CJ/STJ	Colectânea de Jurisprudência/Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça
CPC	Código de Processo Civil Português vigente, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 44 129, de 28 de Dezembro de 1961, com as alterações introduzidas até ao Decreto-Lei n.º 52/2011, de 13 de Abril
CVM	Código dos Valores Mobiliários, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 486/99, de 13 de Novembro, com as alterações introduzidas até ao Decreto-Lei n.º 85/2011, de 29 de Junho
CRBMov	Código do Registo de Bens Móveis, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 277/95, de 25 de Outubro e alterado pelo Decreto-Lei n.º 311-A/95 de 21 de Novembro
CRPred	Código do Registo Predial, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 224/84, de 11 de Dezembro, com as alterações introduzidas até ao Decreto-Lei n.º 185/2009, de

	12 de Agosto
DL	Decreto-Lei
DR	Diário da República
Ed.	Edição
Ex./exs.	Exemplo(s)
L	Lei
LCCG	Regime jurídico das Cláusulas Contratuais Gerais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 446/85, de 25 de Outubro, com as alterações introduzidas até ao Decreto-Lei n.º 323/2001, de 04 de Junho
N.º/n.ºs	Número(s)
N.	Nota
Ob. cit.	Obra citada
P.	Página
Proc.	Processo
RDES	Revista de Direito e Estudos Sociais
RFDUL	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro, com as alterações introduzidas até ao Decreto-Lei n.º 31-A/2012, de 10 de Fevereiro.
RIFB	Revista Inforbanca
RJCC	Regime jurídico do crédito ao consumidor, constante do Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de Junho, que revogou o Decreto-Lei 359/91, de 21 de Setembro de 2009.
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
Ss	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vd.	<i>Vide</i>
Vol./vols.	Volume(s)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

I. A CLÁUSULA DE RESERVA DE PROPRIEDADE NO CONTRATO DE MÚTUO NUMA PERSPECTIVA PRÁTICA

II. APROFUNDAMENTO DOGMÁTICO DO PROBLEMA. DESENVOLVIMENTO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS RELACIONADOS

III. *QUID JURIS* PERANTE A REALIDADE PRÁTICA? POSIÇÃO ADOPTADA

CONCLUSÕES

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	9
I. A CLÁUSULA DE RESERVA DE PROPRIEDADE NO CONTRATO DE MÚTUO NUMA PERSPECTIVA PRÁTICA	12
1. CASOS TÍPICOS	12
2. INTERROGAÇÕES EM TORNO DO PROBLEMA	14
3. JURISPRUDÊNCIA: AS SOLUÇÕES ADOPTADAS	16
3.1. ADMISSIBILIDADE DA RESERVA DE PROPRIEDADE A FAVOR DO MUTUANTE	17
3.2. INADMISSIBILIDADE DA RESERVA DE PROPRIEDADE A FAVOR DO MUTUANTE	20
II. APROFUNDAMENTO DOGMÁTICO DO PROBLEMA. DESENVOLVIMENTO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS RELACIONADOS	22
1. O DIREITO DE PROPRIEDADE E A CLÁUSULA DE RESERVA DE PROPRIEDADE	23
1.1. A NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PROPRIEDADE, POSIÇÕES DOS CONTRAENTES E RAZÕES QUE SUBJAZEM À SUA ESTIPULAÇÃO.....	30
1.2. A EFICÁCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PROPRIEDADE EM RELAÇÃO A TERCEIROS – O N.º 2 DO ART. 409.º	39
2. A COMPRA E VENDA FINANCIADA E O CONTRATO DE MÚTUO COMO MEIO DE FINANCIAMENTO	41
3. A CLÁUSULA DE RESERVA DE PROPRIEDADE NO CONTRATO DE MÚTUO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS PROBLEMAS E DAS SOLUÇÕES PROPOSTAS	51
3.1. AS USUAIS CLÁUSULAS DE RESERVA DE PROPRIEDADE NO CONTRATO DE MÚTUO	51
3.2. AS DIVERGÊNCIAS NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA	53
3.2.1. RESERVA DIRECTA DE PROPRIEDADE A FAVOR DO FINANCIADOR	54

3.2.2.	CEDÊNCIA DA RESERVA DE PROPRIEDADE PARA O FINANCIADOR. O PROBLEMA DA SUB-ROGAÇÃO	65
3.3.	AS ATITUDES DO MUTUANTE PERANTE O INCUMPRIMENTO DO MUTUÁRIO	84
3.3.1.	O RECURSO À ACÇÃO DECLARATIVA PARA RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE MÚTUO	85
3.3.2.	O RECURSO AO PROCEDIMENTO CAUTELAR DE APREENSÃO DE VEÍCULO AUTOMÓVEL	86
3.3.3.	O RECURSO À ACÇÃO EXECUTIVA	92
III.	<i>QUID JURIS</i> PERANTE A REALIDADE PRÁTICA? POSIÇÃO ADOPTADA	102
	CONCLUSÕES.....	111
	ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA	117
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	126

INTRODUÇÃO

O tema objecto do presente trabalho reconduz-se à questão de saber se a prática corrente das instituições de crédito de inserirem cláusulas de reserva de propriedade a seu favor nos contratos de mútuo celebrados com os seus clientes que pretendem crédito para a aquisição de um determinado bem é, ou não, uma prática legal e/ou deve, ou não, ser admissível à luz do ordenamento jurídico português.

Desde há alguns anos que o problema tem vindo a ser muito discutido, sobretudo na Jurisprudência portuguesa, onde ainda não se vislumbra um consenso generalizado ou um sentido claro de uniformidade.

O estado actual da Justiça, mormente o problema da sua morosidade, a que urge fazer face, criando normas e mecanismos que proporcionem mais celeridade na resolução dos litígios, não se compadece com profundas discussões teóricas nos tribunais, as quais devem ser deixadas à Doutrina. Compreendemos, todavia, que as querelas surgem porquanto, por vezes, o direito substantivo ainda não prevê soluções para determinadas situações oriundas das novas práticas negociais. Nesses casos, resta ao aplicador do Direito a busca de respostas adequadas no ordenamento jurídico existente.

Ora, as inúmeras decisões jurisprudenciais sobre o tema que iremos analisar revelam a necessidade e a urgência de um tratamento aprofundado da matéria, que contribua para alcançar soluções exequíveis e juridicamente sustentáveis. Entendemos, assim, que a temática escolhida assume o maior interesse na realidade jurídica actual. Por um lado, como notámos, pela frequência com que surgem os problemas em seu redor e conseqüente necessidade de alcançar soluções adequadas para os mesmos e, por outro, pela estreita conexão que o tema apresenta com diversos aspectos e áreas do saber jurídico, que representa, para nós, uma oportunidade de aprendizagem, de aprofundamento de conhecimentos e de contributo para a compreensão da ciência e prática jurídicas.

Efectivamente, a cláusula de reserva de propriedade, embora já tenha sido objecto de estudo aprofundado pela Doutrina em geral, assume na actualidade uma enorme relevância num campo em que ainda não mereceu muita atenção por parte dos teóricos do Direito: o das compras e vendas financiadas por um terceiro, em que figuram, numa relação jurídica triangular, vendedor, comprador e financiador.

Procuraremos demonstrar que o direito real de propriedade, objecto da reserva, outrora encarado como um meio de garantir o cumprimento da obrigação de pagamento do preço de

um bem ao vendedor a prestações com reserva de propriedade (art. 934.ºss do Código Civil¹), tem sido hoje assumido no comércio jurídico como um meio de garantia do crédito de um terceiro, *maxime* uma instituição de crédito, que financia, através da celebração de um contrato de mútuo, a quantia correspondente ao preço do bem. Cremos que, neste campo, a figura não logrou, hoje, ainda, um estudo aprofundado, pelo que merece a nossa atenção.

Refira-se que a reserva encontra a sua sede no art. 409.º do CC. Nos termos do preceito, a cláusula apresenta-se como a convenção pela qual o alienante de uma coisa determinada, "reserva" para si a propriedade da coisa até ao cumprimento, total ou parcial, das obrigações da outra parte ou até à verificação de qualquer outro evento. A figura, sugere, pois, um adiamento do efeito real do contrato de alienação, a transmissão da propriedade. Contudo, veremos que essa perspectiva não é isenta de controvérsias. Iremos, por conseguinte, a propósito da análise do instituto, abordar uma série de aspectos controvertidos, como a problemática da sua natureza jurídica e das posições que os contraentes assumem na sua pendência.

Quanto ao contrato de mútuo, regulado nos arts. 1142.ºss do CC, veremos que ele é muito utilizado pelas instituições que visam a concessão de crédito, nomeadamente para consumo (al. a) do art. 3.º RGICSF)²., encontrando-se por isso também sujeito à disciplina contida no Decreto-Lei n.º 133/2009, de 2 de Junho (RJCC)³. Procuraremos, pois, explicar e analisar os moldes em que essas instituições o fazem.

Na verdade, a cláusula de reserva de propriedade no campo do crédito ao consumo afigura-se uma "novidade" surgida na *praxis*, que não encontra regulação expressa ou inserção sistemática no nosso ordenamento jurídico actual. Nesse âmbito, estão em causa contratos de mútuo celebrados entre instituições de crédito e consumidores, enquanto pessoas singulares que actuam com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional (art. 4.º do referido DL⁴).

Importa ainda salientar que o problema tem vindo a colocar-se num campo específico: o do comércio automóvel. As cláusulas de reserva de domínio constam, assim, de contratos de

¹ Todas as referências feitas neste trabalho a preceitos legais sem expressa indicação do diploma a que se referem devem considerar-se relativas ao Código Civil Português.

² São várias as espécies de instituições de crédito existentes, encontrando-se previstas e reguladas pelo DL 298/92, de 31.12, com as alterações introduzidas até ao DL 31-A/2012, de 10.02 (RGICSF). Cf. ainda o DL 206/95, de 14.08 que regula as Sociedades Financeiras para Aquisições a Crédito.

³ Com as alterações introduzidas até ao DL 72-A/10, de 1.06. O diploma transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2008/48/CE, do Parlamento e do Conselho, de 23 de Abril, sobre contratos de crédito aos consumidores, revogando o DL 359/91, de 21.09.

⁴ Pelo que não cuidaremos, no presente estudo, de relações entre pessoas colectivas ou entre profissionais, mas apenas de relações entre uma pessoa colectiva, profissional - entidade financeira concedente de crédito/mutuante - e uma pessoa singular - o consumidor/mutuário.

mútuo bancário que visam a concessão de crédito para o escopo específico de aquisição de um veículo. Com efeito, iremos abordar a temática também nessa óptica e contexto.

Em termos sistemáticos, começaremos por abordar o tema a partir de uma análise das questões fulcrais por ele suscitadas e das orientações defendidas pela Jurisprudência. Em seguida, iremos centrar-nos nas bases do problema e em alguns aspectos teóricos relacionados, procurando ao longo da exposição apresentar a nossa perspectiva, buscando soluções e propostas. O nosso principal propósito é proceder a uma análise crítica, não apenas teórica, mas também sob um prisma prático, concluindo pela admissibilidade, ou não, do *pactum reservati dominii* no contrato de mútuo, focando, em simultâneo, os problemas que têm vindo a colocar-se e as consequências da opção por determinada tese. Procuraremos ainda fazer uma análise crítica dos meios legais a que os financiadores com reserva de propriedade recorrem perante situações de incumprimento, terminando a nossa investigação com uma síntese dos motivos que subjazem ao surgimento das cláusulas de reserva de propriedade nos contratos de mútuo em prol das instituições de crédito. Sintetizaremos, por fim, a nossa perspectiva sobre o problema.

Com o presente estudo, pretendemos, em suma, dar um contributo consciente e útil, na busca de uma solução exequível e o mais vantajosa possível para todas as partes, e ainda na selecção, análise e tratamento da Doutrina e Jurisprudência relacionadas.

I. A CLÁUSULA DE RESERVA DE PROPRIEDADE NO CONTRATO DE MÚTUO NUMA PERSPECTIVA PRÁTICA

1. CASOS TÍPICOS

A leitura e análise de uma multiplicidade de acórdãos dos tribunais superiores, permitiu-nos constatar que são diversas as configurações que o tema que nos propomos desenvolver apresenta.

Apercebemo-nos que o financiador, mormente uma instituição de crédito⁵, frequentemente se pretende valer de uma reserva de propriedade que, ou foi por ele contratualmente estipulada, ou foi para ele cedida ou transmitida.

Verificámos, pois, a existência de situações em que o financiador reserva para si a propriedade de um bem cuja aquisição financiou através da inserção directa de uma cláusula no contrato de mútuo enquanto negócio de crédito ao consumo.

Noutros casos, porém, não existe qualquer estipulação nesse sentido, mas ainda assim o financiador procura beneficiar de uma reserva de domínio, defendendo que ficou sub-rogado na posição jurídica do vendedor, que inicialmente reservou para si a propriedade do bem objecto de financiamento, cedendo-lhe depois a reserva. O financiador invoca que aquela lhe foi cedida pelo vendedor, ficando, assim, sub-rogado nos direitos do vendedor registado, à luz dos arts. 589.ºss⁶.

Estão, assim, em causa duas situações típicas e frequentes na Jurisprudência e que iremos desenvolver⁷.

Para além dos casos típicos referidos - cláusula directa a favor do financiador e cedência da reserva do vendedor para o financiador -, encontramos ainda, na prática, situações

⁵ Designadamente um Banco ou uma Sociedade Financeira para Aquisições a Crédito (SFAC) - cf. DL 298/92, de 31.12 (RGICSF) DL 206/95, de 14.08. Quanto ao modo de actuar destas últimas sociedades, *vd.*, J. CRUZ, "Crédito ao Consumo", Inforbanca, n.º 33, RIFB, 1997, p. 9ss citado por PAULO DUARTE, *in* "A sensibilidade do mútuo às excepções do contrato de aquisição na compra e venda financiada, no quadro do regime jurídico do crédito ao consumo", *in* Revista *Sub Judice*, n.º 24, Jan-Mar, 2003, p. 44, n. 19.

⁶ Podem constatar-se casos em que é inserida uma cláusula de reserva de propriedade no contrato de crédito, a favor do vendedor, constando, no entanto, de tal contrato que o vendedor registado irá ceder ao financiador a titularidade de tal reserva. A título de exemplo, *vd.* Acs. do TRL de 14.12.10, proc. 1384/10.8TJLSB.L1-8, de 12.10.10, proc. 1129/10.2TBBNV.L1-1, de 12.03.09, proc. 3184/08-2 e do TRP de 15.01.07, proc. 0651966. Noutras situações, apesar do financiador referir essa cedência na acção que propõe em tribunal, a mesma não se encontra expressamente estipulada em qualquer contrato - Cf., com inúmeras referências a outros arestos, o Ac. do TRL de 07.12.11, proc. 2164/11.9TBGMR.L1-2.

Refira-se que todos os Acórdãos citados no presente trabalho sem indicação da respectiva fonte foram retirados do sítio www.dgsi.pt e serão identificados pela menção ao tribunal de onde provêm, data e n.º de processo.

⁷ *Infra* p. 51.

em que a reserva de propriedade é estipulada a favor do vendedor, mas condicionada ao pagamento pelo consumidor das prestações creditícias ao financiador. Trata-se de uma outra estipulação à qual importa fazer uma breve referência⁸. Assim, inserem-se, por vezes, nas condições dos contratos de mútuo, cláusulas como a seguinte: "*Reserva de propriedade: Nos termos do art. 409.º, a propriedade do veículo é reservada para o vendedor registado, até à data em que todas as prestações referidas nas condições particulares do contrato de mútuo hajam sido pagas pelo comprador ao financiador*". Nestes casos, o direito real de propriedade é reservado a favor do próprio vendedor, titular já daquele direito e não do financiador, embora a cláusula conste do contrato de mútuo⁹. Ora, a Jurisprudência tem vindo a admitir este tipo de estipulações, considerando ter cabimento na parte final do n.º 1 do art. 409.º, ficando a transmissão da propriedade dependente de outro evento, ou seja, do pagamento das prestações do mútuo¹⁰. Salvo o devido respeito, não concordamos com o raciocínio adoptado na maioria dos arestos, em grande parte pelos mesmos argumentos que iremos expor adiante a propósito das estipulações que vamos analisar. Deixando já transparecer a nossa posição sobre o tema da reserva de propriedade nos contratos de mútuo, diremos que permitir esse tipo de cláusulas, que em nada favorecem o vendedor, seria uma forma de contornar o âmbito de aplicação do art. 409.º, estendendo-o em moldes que, a nosso ver, não podem ser permitidos.

Pelo exposto, as situações que constituem o fulcro do nosso tema são as que se relacionam com a reserva de domínio estipulada nos próprios contratos de mútuo, a favor do mutuante enquanto financiador da aquisição de um bem, e não do vendedor. No entanto, não poderemos deixar também de abordar a cláusula de reserva de propriedade do ponto de vista do seu campo de aplicação típico, os contratos de alienação. Por outro lado, também iremos abordar o instituto da sub-rogação que, como vimos, encontra-se intimamente ligado à temática em análise, na medida em que é também utilizado para justificar a validade da reserva a favor de financiadores.

Para uma melhor compreensão do tema que motivou o nosso estudo, afigura-se-nos essencial, como ponto de partida, referir aquela que pensamos ser a matriz comum às diversas situações apreciadas pelos tribunais e que nos permitem tomar como sólida base de análise. Tal matriz pode ser explicada no exemplo que se segue.

⁸ Porquanto há quem defenda que essa estipulação pode ser uma alternativa viável ao recurso directo pelo financiador à cláusula de reserva de propriedade.

⁹ Para maiores desenvolvimentos, *vd.* GRAVATO MORAIS, *Contratos de Crédito ao Consumo*, Almedina, 2007, p. 321ss e PINTO OLIVEIRA, *Contrato de Compra e Venda. Noções Fundamentais*, Almedina, 2007, p. 57ss.

¹⁰ Cf., designadamente, os Acs. do TRL de 16.12.03, proc. 7023/2003-7, de 27.06.06, proc. 937/2006-1 e de 05.05.05, proc. 3843/2005-6.

Foi celebrado entre **A**, S.A., sociedade anónima que se dedica à venda de automóveis, e **B**, pessoa singular, um contrato de compra e venda de um veículo automóvel, pelo preço de € 12.155,00. **B**, não tendo naquele momento disponibilidade financeira para pagar o referido bem, dirigiu-se a uma instituição de crédito, (**C**) pedindo que lhe fosse concedido financiamento para tal fim. Foi então celebrado entre **B** e **C** um contrato de mútuo com vista à aquisição do veículo, intitulado "Contrato de financiamento para aquisição a crédito", tendo **C** emprestado a **B** a quantia correspondente ao preço do automóvel. Por força deste último contrato, **B** obrigou-se a pagar a **C** a quantia correspondente ao empréstimo em prestações mensais, iguais e sucessivas, no valor de € 248,00 incluindo capital e juros à taxa por eles convencionada, por um período de 60 meses.

Do contrato de mútuo ficou a constar a seguinte cláusula: "**C**, reserva para si a propriedade do bem financiado, até ao integral cumprimento por parte do consumidor de todas as obrigações estabelecidas no presente contrato, ao que este dá o seu expreso acordo. As despesas inerentes à realização do registo e ao respectivo cancelamento ficarão ao encargo do consumidor"¹¹.

C procedeu ao registo da referida cláusula na Conservatória do Registo Automóvel. Com a quantia emprestada, **B** pagou a **A**, vendedor, o automóvel¹². A determinada altura **B** deixou de pagar a **C** as prestações a que se obrigara, continuando sempre a usar a viatura que havia adquirido a **A**.

Quid Juris?

2. INTERROGAÇÕES EM TORNO DO PROBLEMA

A hipótese acima descrita representa o paradigma das situações que normalmente surgem na Jurisprudência. Constitui apenas a base de referência para iniciarmos a análise dos problemas que a cláusula de reserva de propriedade no contrato de mútuo coloca.

¹¹ Esta constitui a cláusula típica de reserva directa de propriedade a favor do financiador. Todavia, como referimos, há casos em que se estipula no contrato de crédito uma cláusula em que se prevê a cedência da reserva de propriedade para o financiador, através de uma sub-rogação.

¹² Supusemos nesta hipótese ter sido o comprador a entregar ao vendedor a quantia correspondente ao preço. Porém, há casos em que é o mutuante, directamente, que entrega ao vendedor a quantia para pagar o preço do bem. Aliás, esta última é a hipótese mais comum na prática bancária, não entrando a quantia emprestada normalmente na disponibilidade material do mutuante, o que não implica a desqualificação do negócio enquanto contrato de mútuo, pois a entrega ao vendedor da quantia financiada representa o seu cumprimento.

Ora, observando o caso apresentado, constatamos que foram celebrados dois negócios jurídicos distintos, que apenas têm em comum uma das partes, ou seja, **B**. Assim, temos um contrato de compra e venda celebrado entre **A** e **B**, à luz dos arts. 874.ºss CC, e um contrato de mútuo concluído nos termos dos arts. 1142.ºss do mesmo Código. O mútuo em causa trata-se de um contrato de crédito ao consumo e por isso sujeito ao regime do DL n.º 133/09, de 02.06.

Não estamos aqui em face de uma situação em que o próprio vendedor financiou a compra do automóvel proporcionando um pagamento a prestações, isto é, não existe aqui nenhuma compra e venda a prestações (art. 934.ºss). Estamos, sim, perante uma aquisição financiada por um terceiro, instituição de crédito, através de um empréstimo/ contrato de mútuo. O financiador nada vendeu.

Ante tal realidade e reflectindo sobre os aspectos do caso veremos que o problema é mais complexo do que numa primeira análise poderia parecer, surgindo dúvidas e hesitações.

Senão vejamos.

Como pode o mutuante, instituição de crédito, dedicada ao financiamento para aquisições a crédito, reservar para si a propriedade de um bem que nunca foi seu? A titularidade do direito real de propriedade pertencerá ao comprador? Intuitivamente diríamos que sim, uma vez que com a celebração da compra e venda transmitiu-se a propriedade do bem, efeito típico daquele negócio, nos termos do n.º 1 do art. 408.º e al. a) do art. 879.º CC. Mas então se assim é, como pode o financiador reservar a propriedade se o seu titular é o comprador? Que razões o levaram a fazê-lo? E se, ainda assim, o mutuante reservou a propriedade, a estipulação que a concretiza será válida? Em que medida? O que acontecerá à posição jurídica do vendedor? Extingue-se? Percebemos pela hipótese colocada que o alienante, **A**, recebeu de **B** a totalidade do preço, a quem **C** entregou a quantia correspondente ao preço do automóvel. Embora também pudesse ter sido o mutuante a entregar directamente ao vendedor a quantia emprestada, na medida em que ela foi concedida com essa finalidade. Mas então o vendedor não mais seria credor. A sua posição extinguir-se-ia. O único credor seria já o mutuante. Por outro lado, questiona-se se poderá, eventualmente, ser transmitida a posição do vendedor para o mutuante, prevendo-se também tal transmissão no contrato de mútuo. De que modo? E que poderes assumirão o mutuante e o mutuário?

Acontece ainda que, numa primeira análise, não se encontra nenhuma referência expressa à consagração de cláusulas de reserva de propriedade em contratos de mútuo, nem no CC, nem no referido DL sobre o crédito ao consumo. Assim, pergunta-se: aplicar-se-á o art. 409.º CC? Quais serão as consequências dessa aplicação? Em que termos será também

relevante o registo da cláusula? Sabemos que o registo da reserva é importante, nomeadamente para efeitos de oponibilidade a terceiros. E, estando em causa o comércio automóvel, e um bem sujeito a registo, haverão regras específicas?

E, ficando **B** em incumprimento em relação ao pagamento das prestações do mútuo, continuando, no entanto, a utilizar o veículo, o que poderá **C**, mutuante, fazer? Quais os meios que tem ao seu dispor? Poderá accionar a cláusula de reserva de propriedade? Poderá resolver o contrato de mútuo? Será possível provocar o vencimento antecipado das prestações? Conseguirá intentar alguma providência cautelar com vista à apreensão do veículo automóvel que entretanto está a perder o seu valor devido ao uso? Importa considerar o DL n.º 54/75, de 12.02, que estabelece um processo cautelar especificado para tal fim.

Como vimos, são numerosas as interrogações que se podem colocar¹³. Por agora, iremos apresentar as soluções que têm sido propostas e adoptadas pelos tribunais perante uma situação como a descrita. Veremos que as respostas não são unívocas, sendo diversos os argumentos invocados em defesa de cada uma.

3. JURISPRUDÊNCIA: AS SOLUÇÕES ADOPTADAS

Em face de uma situação como a do exemplo apresentado e perante o não pagamento das prestações do mútuo pelo mutuário, são várias as atitudes que, na prática, o mutuante tem adoptado, passando muitas delas pela instauração de uma acção declarativa com vista à resolução do contrato e à recuperação do veículo automóvel e/ou pela instauração de um procedimento cautelar para sua apreensão, invocando-se sempre a existência de reserva de propriedade a seu favor¹⁴.

Contudo, constatamos que o desfecho das acções propostas pelo mutuante não é previsível, porquanto ainda existe muita controvérsia e posições discordantes no que respeita ao problema da reserva de propriedade a seu favor. De um modo geral, tudo se relaciona com a questão de saber se são, ou não, admissíveis cláusulas de reserva de domínio em contratos de mútuo.

¹³ Enumerando também algumas perplexidades em torno da questão *vd.* I. MENÉRES CAMPOS, “Algumas Reflexões em Torno da Cláusula de Reserva de Propriedade a favor do Financiador”, *in Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, 2004, p. 632.

¹⁴ Referimos as atitudes mais comuns. Porém, em casos muito específicos, em que o mutuante beneficia de um título executivo, recorre-se à acção executiva para pagamento de quantia certa e, no seu âmbito, nomeia-se à penhora o automóvel adquirido pelo comprador com o financiamento do mutuante, automóvel esse cuja propriedade se encontra reservada a favor do próprio mutuante. Nestas situações colocam-se problemas particulares a que faremos referência no final do nosso estudo.

Ora, no que concerne à estipulação da reserva naquele tipo contratual, são duas as posições que têm vindo a ser defendidas: a primeira admite-a e a segunda nega-a, considerando-a inválida. Por conseguinte, a posição que se adopte em relação ao problema condicionará logicamente as respostas às questões envolvidas e o desenlace final do caso.

Vamos, em seguida, expor as soluções que têm vindo a ser apresentadas pela Jurisprudência e os argumentos por ela invocados, deixando a sua análise exaustiva para ulterior momento¹⁵.

3.1. ADMISSIBILIDADE DA RESERVA DE PROPRIEDADE A FAVOR DO MUTUANTE

Parte da Jurisprudência pronuncia-se pela validade da inserção de cláusulas de reserva de propriedade em contratos de mútuo e decide, em síntese, do modo e com o raciocínio que passamos a descrever.

Perante uma acção declarativa, pedindo a resolução do contrato de mútuo, a condenação do mutuário na restituição ao mutuante do automóvel e o reconhecimento do direito ao cancelamento do registo da propriedade¹⁶ ou perante a instauração pelo mutuante de um procedimento cautelar de apreensão de veículo automóvel à luz do DL n.º 54/75, de 12.02¹⁷, com alegação de registo a seu favor da constituição de reserva de propriedade sobre o veículo¹⁸, têm os tribunais portugueses adoptado a seguinte argumentação:

- Está em causa uma compra e venda financiada de uma viatura automóvel;

¹⁵ Propositadamente, iremos deixar os argumentos em torno do instituto da sub-rogação para uma análise subsequente, bem como as referências que a Jurisprudência faz à natureza jurídica da cláusula de reserva de propriedade. Cf. *infra* p. 53 e 65ss.

¹⁶ Apresentando alguns dos argumentos que iremos referir e um discurso semelhante, *vd.* os Acs. do TRL de 06.05.10, proc. 4849/05.0TVLSB.L1-8, de 12.02.09, proc. 10927/2008-6, de 12.03.09, proc. 2505/06.0TVLSB.L1-6, de 31.01.08, proc. 405/2008-6 e de 30.05.06, proc. 3228/2006-7.

¹⁷ Note-se que este procedimento é instrumental a uma acção declarativa de resolução do contrato (art. 18.º DL 54/75). Se o processo cautelar for instaurado primeiro, então a acção de resolução é apensada aos autos. Em muitos acórdãos verificamos que o procedimento cautelar instaurado em momento prévio à acção declarativa foi julgado procedente ordenando-se a apreensão e entrega do veículo ao mutuante, mas depois a acção declarativa foi julgada improcedente - Cf., a título de exemplo, os Acs. do TRC de 14.02.12, proc. 2/09.1TBVFN.C1 e do TRL de 04.03.10, proc. 4614/07.0TVLSB.L1-2. Note-se que há quem apenas admita a dedução da pretensão cautelar como preliminar da acção de resolução e não como incidente da acção já pendente face ao elemento literal do art. 18.º do DL 54/75 Nesse sentido, *vd.* MOITINHO DE ALMEIDA, *in O processo cautelar de apreensão de veículos automóveis*, 5ª ed., Coimbra Editora, 1999, p. 15ss.

¹⁸ Cf. entre outros, os Acs. do TRL de 18.03.10, proc. 4847/09.4TBALM-A.L1-6, de 29.01.09, proc. 668/08.0TJLSB-8, de 03.12.09, proc. 6212/06.6TVLSB.L1-8, de 06.03.07, proc. 1187/2007-7, de 22.06.06, proc. 4667/2006-6, de 20.10.05, proc. 8454/2005-6, de 27.06.02, proc. 0053286 e do TRC de 13.01.09, proc. 2007/08.0TBFIG.C1 e de 15.07.08, proc. 187/08.4TBAGN.C1.

- Constatase a existência de dois contratos autónomos, mas que apresentam uma conexão: um contrato de compra e venda e um contrato de crédito ao consumo, sob a forma de mútuo (art. 1.º e al. a), do n.º 1 do art. 2.º DL n.º 359/91, de 21.09¹⁹), com uma ligação funcional;
- O n.º 1 do art. 12.º do DL n.º 359/91, de 21.09 sobre o crédito ao consumo, traduz também a referida conexão entre os mencionado contratos;
- Verifica-se, no caso, a existência de uma relação jurídica triangular;
- A reserva surge como uma excepção à regra da transferência de direitos reais sobre coisas determinadas por mero efeito do contrato (n.º 1, art. 408.º e art. 409.º CC);
- O art. 409.º admite a fixação da cláusula no contrato de mútuo quando conexionado com o de compra e venda, cujo preço é pago com a quantia mutuada;
- O mesmo art. 409.º CC deve ser interpretado de acordo com o princípio da unidade do sistema jurídico;
- Deve adoptar-se uma interpretação actualista da lei (art. 9.º CC);
- Acresce que a interpretação das normas jurídicas não deve assumir uma feição puramente formalista, devendo sim ponderar as consequências negativas que dela possam advir e, se daí resultar uma solução injusta, não deve essa ser entendida como a visada pelo legislador (n.º 3, art. 9.º);
- A reserva de propriedade encontra-se estabelecida e registada a favor do financiador;
- Se a lei consagra o princípio da liberdade contratual no art. 405.º CC, é porque permite às partes a fixação livre do conteúdo dos seus negócios jurídicos, pelo que, se as mesmas decidem inserir no mútuo uma cláusula de reserva de propriedade a favor do mutuante, fazem-no ao abrigo dessa liberdade e com vista a tutelar o direito de crédito do financiador;
- Cada vez mais as pessoas recorrem a instituições vocacionadas para a concessão de crédito com vista a adquirirem financiamento para a aquisição de bens de valor elevado, como automóveis, pelo que o não cumprimento situa-se no campo do contrato de mútuo e já não no campo da compra e venda;

¹⁹ Importa advertir para o facto do DL 359/91, de 21.09, ter sido já revogado pelo DL 133/09, de 02.06, nos termos do seu art. 33.º. Assim, todos os argumentos que tenham por objecto o primeiro DL (constantes em toda a Jurisprudência analisada), deverão ser considerados à luz da nova legislação de modo a aferir se ainda são pertinentes. Parece-nos que o antigo DL é o que tem sido sempre trazido à colação, pelo facto dos contratos de crédito terem sido celebrados antes da sua revogação, porquanto o novo DL estabelece no n.º 1 do art. 34.º que "Aos contratos de crédito concluídos antes da data da entrada em vigor do presente decreto-lei aplica-se o regime jurídico vigente ao tempo da sua celebração, sem prejuízo do disposto no número seguinte". Porém, releva focar o novo DL e, no futuro, dever-se-á apurar se os argumentos que dele se podem extrair são, ou não, semelhantes. *Infra* p. 44.

- Conclui-se ainda que, também para salvaguardar os direitos do credor, a al. f) do n.º 3 do art. 6.º do DL n.º 359/91, de 21.09, admite expressamente ao mutuante a fixação de uma cláusula de reserva de domínio no contrato de crédito ao consumo na modalidade de mútuo;
- Estando registada a reserva de propriedade a favor do mutuante e sendo aplicáveis ao registo de automóveis as disposições relativas ao registo predial²⁰, entende-se que, com o registo definitivo, se deve presumir que o direito existe e pertence ao titular inscrito, nos termos que o direito o define (art. 7.º CRPred), pelo que, não sendo tal presunção ilidida, invoca-se que o mutuante é o proprietário do veículo;
- No que respeita à acção declarativa de condenação, argumenta-se que, se a reserva de propriedade no contrato de mútuo é válida, e se o mutuante a registou a seu favor, perante o incumprimento do mutuário poderá pedir a restituição do veículo após resolver o contrato de mútuo celebrado com o consumidor;
- Posteriormente, mostrando-se resolvido o contrato, os tribunais condenam o mutuário a restituir o automóvel ao mutuante, referindo que essa entrega se justifica porque a propriedade não se chegou a transmitir;
- Quanto ao procedimento cautelar, o DL n.º 54/75, regula a apreensão de veículos automóveis com reserva de propriedade (arts. 15.º, 16.º e 18.º) e a questão a decidir consiste em saber se o mutuante, com reserva sobre o veículo, pode recorrer ao procedimento cautelar aí previsto;
- Defende-se que as normas daquele último DL pretendem acautelar os direitos do credor que contribuiu para a aquisição do automóvel;
- Refere-se ainda que a menção a "contrato de alienação" prevista no art. 18.º do DL n.º 54/75, pode ser entendida como referindo-se também ao contrato de mútuo conexo com o de compra e venda;
- Advoga-se que, a adoptar-se tese contrária, a utilidade prática da cláusula de reserva de propriedade sobre veículos automóveis perder-se-ia;
- Por outro lado, diz-se que o mutuante tem legitimidade para propor a providência cautelar em causa pois, para além de ser titular da reserva de propriedade registada,

²⁰ Os automóveis são coisas móveis sujeitos a registo público (n.º 2, art. 205.º CC), encontrando-se, designadamente sujeitos ao registo automóvel nos termos das als. a) e h) do art. 5.º do DL 54/75 e ao registo predial por força do art. 29.º do mesmo diploma. Note-se que não chegou a entrar em vigor o Código de Registo de Bens Móveis, aprovado pelo DL 277/95, de 25.10 (CRBMov), dada a falta de publicação do Regulamento do Registo de Bens Móveis (imposta pelo n.º 1 do art. 7.º desse DL através de Portaria do Ministério da Justiça – cf. DL 311-A/95, de 21 de Novembro).

também tem o direito à resolução por falta de pagamento das prestações (n.º 1, do 15.º DL n.º 54/75);

- Acresce que a cláusula de reserva de domínio encontra-se registada pela Conservatória, a qual está vinculada ao princípio da legalidade;
- Com efeito, entende-se que para ser decretada a apreensão do veículo deverão apenas provar-se os seguintes requisitos: registo da reserva de propriedade a favor do mutuante e incumprimento das obrigações pelo mutuário (art. 16.º DL n.º 359/91);
- Preenchidos os referidos requisitos ordenam os tribunais a apreensão do automóvel.

3.2. INADMISSIBILIDADE DA RESERVA DE PROPRIEDADE A FAVOR DO MUTUANTE

Encontramos também abundante Jurisprudência partidária da tese que advoga a inadmissibilidade de estipulação de cláusulas de reserva de propriedade em contratos de mútuo com base nas razões que *infra* se expõem.

Uma vez mais, diante de uma acção declarativa, pedindo a resolução do contrato de mútuo, a condenação do mutuário na restituição ao mutuante do automóvel e o reconhecimento do direito ao cancelamento do registo da propriedade averbado em nome do mutuário²¹ ou, em face da instauração pelo mutuante de um procedimento cautelar de apreensão de veículo automóvel (DL n.º 54/75), alegando registo a seu favor da constituição de reserva de propriedade sobre o veículo²², defendem os tribunais que:

- Existem, efectivamente, dois contratos distintos (formal e estruturalmente), conexos entre si (económica e funcionalmente), a compra e venda e o mútuo;
- Está em causa uma relação complexa e triangular;
- A referida conexão, porém, não implica uma interdependência contratual que permita conferir ao mutuante a reserva de propriedade;
- O contrato de crédito/mútuo não é um contrato de alienação;
- O art. 409.º apenas refere expressamente os contratos de alienação;

²¹ Cf. Acs. do TRC de 19.01.10, proc. 3888/07.0TVLSB.C1, do TRL de 04.03.10, proc. 4614/07.0TVLSB.L1-2, de 25.03.10, proc. 6336/04.4TJLSB.L1-8, de 31.03.09, proc. 10306/2008-1, de 12.10.06, proc. 3814/2006-2, de 29.06.06, proc. 4888/2006-2 e do STJ de 10.07.08, proc. 08B1480. Para além dos argumentos referidos, os acórdãos trazem sempre à colação argumentos relacionados com o procedimento cautelar, invocando também as normas do DL 54/75, de 12.02, mas que só iremos indicar adiante.

²² Com argumentação semelhante à *infra* exposta, *vd.*, Acs. do TRC de 11.03.08, proc. 3291/07.2TVLSB.C1, de 23.06.09, proc. 2620/08.6TBAGD.C1, de 18.12.08, proc. 3888/07.0TVLSB-A.C1, do TRP de 30.06.08, proc. 0853134, de 01.06.04, proc. 0422028 e do TRL 12.03.09, proc. 10084/2008-6 e de 22.06.06, proc. 4927/2006-8.

- Também na al. f) do n.º 3 do art. 6.º do DL n.º 359/91, de 21.09, sobre o crédito ao consumo, apenas estão em causa contratos de alienação (inserindo-se aí a hipótese de ser o próprio vendedor a financiar a aquisição do bem), não sendo, pois, admissível à sua luz a estipulação de reserva de domínio a favor do mutuante;
- O DL n.º 359/91, não se encontra desactualizado em relação às novas realidades económicas, uma vez que foi objecto de diversas actualizações sem que o legislador tenha procurado clarificar a sua posição;
- O princípio da liberdade contratual (art. 405.º CC), tem limites impostos pela lei, designadamente os que advêm do campo de aplicação de um determinado preceito, bem como os constantes no art. 280.º CC, encontrando-se entre eles a impossibilidade jurídica do seu objecto²³;
- Corresponde de forma mais adequada à leitura da unidade do sistema jurídico nacional a conclusão de que o ordenamento jurídico português não admite a cláusula de reserva de domínio em negócios jurídicos em que não esteja em causa a transmissão do direito real que se reserva (n.º 1, art. 9.º CC);
- A interpretação actualista está condicionada pela *ratio* da norma e por outros elementos interpretativos, como o gramatical e sistemático e a interpretação, por mais actualista que seja, tem de partir sempre do texto da lei;
- O elemento literal e sistemático da interpretação confirmam a conclusão de que a reserva está vocacionada e tem utilidade no âmbito de contratos de alienação;
- O mutuante, que pode até ter registada a seu favor uma cláusula de reserva de propriedade, não é proprietário do veículo, nem nunca foi, e nada vendeu, pelo que não se justifica a titularidade da reserva, pelo que, nos termos do art. 409.º, a cláusula é inválida;
- Não se verificam quaisquer riscos na frustração de direitos por via interpretativa, pois o mutuante tem sempre ao seu dispor diversos meios de reacção perante o incumprimento do mutuário;
- As financiadoras podem sempre recorrer a outros mecanismos para satisfação dos seus interesses, como a constituição de uma hipoteca ou a utilização de garantias pessoais como o aval e a fiança;

²³ Deixamos desde já referenciado que algumas decisões vão no sentido da nulidade por força da aplicação do art. 280.º CC (impossibilidade legal) e outras invocam, para fundamentar essa invalidade, o art. 294.º CC (contrariedade a uma norma imperativa, ou seja, ao art. 409.º CC).

- A cláusula de reserva de propriedade inserida no contrato de mútuo é, pelo exposto, inválida, padecendo do vício da nulidade (arts. 280.º ou 294.º CC);
- Assim, no que concerne à acção declarativa, indeferem-se os pedidos do mutuante de condenação do mutuário na restituição do automóvel e de cancelamento do registo da propriedade;
- Quanto à providência cautelar instaurada pelo mutuante, coloca-se a questão de saber se o mesmo tem, ou não, direito a requerer a apreensão do veículo ao abrigo do DL n.º 54/75 (em particular, art.15.º);
- Refere-se que, não tendo o mutuante celebrado qualquer contrato de alienação, não pode socorrer-se do DL n.º 54/75, uma vez que também ele só se aplica a esse tipo de negócios jurídicos;
- Acresce o facto de a providência ser dependente e instrumental da acção de resolução de uma compra e venda e não de um contrato de mútuo e o mutuante não tem legitimidade para resolver o contrato de alienação (18.º DL n.º 54/75);
- A providência cautelar em causa só é possível se o seu requerente for um vendedor a prestações do veículo e com registo da reserva a seu favor;
- Se o alienante do veículo e o financiador forem pessoas diferentes, não pode este último instaurar a providência cautelar em análise, ainda que em associação com o vendedor;
- Consequentemente, pelos argumentos supra referidos, indeferem os tribunais a providência cautelar.

II. APROFUNDAMENTO DOGMÁTICO DO PROBLEMA. DESENVOLVIMENTO DOS INSTITUTOS JURÍDICOS RELACIONADOS

Analisada a situação que surge com mais frequência nos tribunais²⁴ e após o estudo de inúmeros acórdãos, bem como da compreensão do sentido de raciocínio, discurso e resolução do caso por parte da Jurisprudência²⁵, chegou o momento de dissecar o problema e as questões que o mesmo suscita de uma perspectiva teórica e doutrinal. Efectivamente, sem a

²⁴ *Supra* p. 12.

²⁵ Refira-se que pela análise da Jurisprudência constatámos que existem acórdãos desde há cerca de dez anos que focam o problema da reserva de propriedade no contrato de mútuo, conquanto ainda hoje não se encontre uma resposta unívoca nos tribunais portugueses. O último aresto a que tivemos acesso é, aliás, muito recente (*vd.* Ac. do TRC de 14.02.12, proc. 2/09.1TBFVN.C1).

análise que se segue não se compreenderia toda a envolvente de matérias e assuntos subjacentes cuja análise se mostra essencial para uma tomada consciente de posição. Com efeito, iremos agora centrar-nos na legislação portuguesa e nos diversos institutos jurídicos relacionados com o objecto deste estudo.

1. O DIREITO DE PROPRIEDADE E A CLÁUSULA DE RESERVA DE PROPRIEDADE

A cláusula de reserva de propriedade tem por objecto, em princípio²⁶, o direito de propriedade sobre uma coisa, direito previsto e regulado nos arts. 1302.ºss CC. Trata-se do direito real de gozo máximo, pois, nas palavras de CARVALHO FERNANDES, reconhece *"ao seu titular a generalidade das faculdades atribuíveis a um particular, em vista do aproveitamento pleno da utilidade de uma coisa, dirigido à satisfação de necessidades legítimas, «dentro dos limites da lei e com observância das restrições por ela impostas»"*²⁷. Esta é a noção que se pode extrair do art. 1305.º.

Podem ser objecto do direito de propriedade, coisas corpóreas, móveis ou imóveis (art. 1302.º). Os casos em que tem surgido o problema em estudo têm sempre por objecto o direito de propriedade sobre uma coisa móvel em particular, o automóvel, coisa móvel sujeita a registo público (n.º 2, 205.º CC). O registo da propriedade automóvel vem disciplinado no DL n.º 54/75, de 12.02²⁸, diploma que também trata do processo cautelar de apreensão de veículos automóveis nos seus arts. 15.ºss. O registo de automóveis visa individualizar os seus proprietários, bem como dar publicidade ao veículo para segurança do comércio jurídico (art. 1.º DL). Note-se que não só o direito de propriedade do automóvel está sujeito a registo obrigatório (al. a) do n.º 1 e n.º 2 do art. 5.º do referido DL), como também outros actos jurídicos, como é exemplo, a reserva de propriedade *"estipulada em contratos de alienação de veículos automóveis"*, ao abrigo da al. b) do n.º 1 do art. 5.º do mesmo diploma.

Temos, assim, o direito real de propriedade e a cláusula de reserva de propriedade que o tem por objecto. Esta última também sujeita a registo quando estejam em causa negócios

²⁶ E dizemos "em princípio", porque pode perguntar-se *"se a reserva é possível quando o objecto do contrato seja a constituição ou transferência de um direito diferente do de propriedade"*. Esta questão foi colocada por RAÚL VENTURA que se pronunciou num sentido negativo com fundamento no facto de a figura só se justificar num direito de gozo pleno. A mesma interpretação restrita, salienta o autor, verifica-se em Itália - in "O Contrato de Compra e Venda no Código Civil", ROA, Ano 43, Lisboa, 1983, p. 607. Também CARVALHO FERNANDES partilha desse entendimento, com base no carácter excepcional do art. 409.º - Cf. "Notas Breves sobre a Cláusula de Reserva de Propriedade", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011, p. 329. Cf. ainda MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Vol. I, Reprint 1979, Lex, 1993, p. 523.

²⁷ CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direitos Reais*, reimpressão da 6ª ed., Quid Juris, 2010, p. 332.

²⁸ Cujas alterações mais recentes foram introduzidas pela L 39/08, de 11.08.

translativos da propriedade de veículos automóveis. Acrescente-se que pode também a reserva respeitar a contratos que tenham por objecto coisas imóveis ou coisas móveis, como se deduz do n.º 2 do art. 409.º segundo o qual, "*Tratando-se de coisa imóvel, ou de coisa móvel sujeita a registo, só a cláusula constante do registo é oponível a terceiros*"^{29 30}.

Ora, o Código Civil faz referência ao instituto da reserva de propriedade em diversos preceitos, nomeadamente no n.º 3 do art. 304.º (que trata dos efeitos da prescrição), no art. 409.º (inserido no âmbito das disposições gerais relativas aos contratos como fonte das obrigações, sob a epígrafe "reserva da propriedade"), bem como no art. 934.º (relativo à venda a prestações, em especial à falta de pagamento de uma prestação) e, por fim, na al. c) do n.º 1 do art. 1722.º (concernente aos bens próprios dos cônjuges casados em regime de comunhão de adquiridos). Na Doutrina, a reserva de domínio é tratada sobretudo a propósito do contrato de compra e venda, aludindo alguns autores à compra e venda com reserva de propriedade como uma modalidade desse tipo negocial³¹ e analisando, outros, a figura a propósito do tratamento das garantias do cumprimento³².

²⁹ Cf. arts. 204.ºss CC. Têm ainda de estar em causa coisas não consumíveis.

³⁰ Em Itália, a reserva de propriedade encontra-se regulada nos arts. 1523 a 1526 do *Codice Civile* no capítulo intitulado "*Della vendita con riserva della proprietà*", a propósito da compra e venda de coisas móveis. No entanto, é pacífica na Doutrina a possibilidade da sua aplicação também à compra e venda de bens imóveis - Cf. BIANCA, *La vendita e la permuta*, Trattato di Diritto Civile Italiano, sob a orientação de Filippo Vassali, Vol. VII, T. I, Torino, Utet, 1972, p. 534 e G. CAPOZZI, *Dei Singoli Contratti*, Vol. I, Milano, 1988, p. 127, autores citados, respectivamente, por ANA MARIA PERALTA, *A Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade*, Almedina, 1990, p. 2, n. 5 e TERESA ANSELMO VAZ, *in Alguns Aspectos do Contrato de Compra e Venda a Prestações e Contratos Análogos*, Almedina, 1995, p. 16, n. 19; Cf. ainda, MAGRI e ZUCCOTTI, *Enciclopedia di Direzione e Consulenza Aziendale*, Vol. III, V ed., Piccin Nuova Libreria, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Società Editrice Libreria, p. 2127.

Na Alemanha, a reserva só pode ser inserida no acordo translativo da propriedade de bens móveis (§ 449 e § 929 BGB). A figura tem sido tratada com grande profundidade neste sistema jurídico, tendo surgido, a partir da reserva de propriedade simples, figuras mais complexas, como a reserva prolongada e alargada - *vd.* PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, Almedina, 2010, p. 366ss.

Em França, prevê-se a possibilidade de dar em garantia a propriedade de um bem através da estipulação da cláusula de reserva de propriedade nos arts. 2367ss do *Code Civil*, podendo estar em causa bens móveis ou imóveis. Note-se que a reserva assume nesse sistema a veste de uma verdadeira garantia das obrigações (*sûreté*). Cf. AAVV, *Droit des sûretés*, 9ª ed., LITEC, 2010, p. 400ss e DOMINIQUE LEGEAIS, *Sûretés et Garanties du Crédit*, L.G.D.J., 7ª ed., 2009, p. 494ss.

No Brasil, a reserva de domínio encontra-se regulada nos arts. 521.ss do Código Civil Brasileiro (L 10.406 de 10.01.02) a propósito da compra e venda de coisa móvel, estipulando-se, no art. 521. que: "*Na venda de coisa móvel, pode o vendedor reservar para si a propriedade, até que o preço esteja integralmente pago*". De notar que apesar de a reserva estar prevista para contratos que tenham por objectos bens móveis, tem-se entendido que também podem estar em causa bens imóveis, embora seja menos frequente. Para maiores desenvolvimentos, *vd.*, entre outros, MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, 3º Vol., Editora Saraiva, 2004.

³¹ Assim, *vd.* PINTO OLIVEIRA, *Contrato de Compra e Venda...*, cit., p. 47ss, RAÚL VENTURA, "O contrato...", cit., p. 604ss; MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações. Contratos em especial*, Vol. III, 7ª ed., Almedina, 2010, p. 54ss; ARMANDO BRAGA, *Contrato de Compra e Venda*, 3ª ed., Porto Editora, 1994, p. 69ss; PERISSINOTTO, "Compra e Venda com Reserva de Domínio/Propriedade – Comparação dos Direitos brasileiro e português", *in Themis*, Ano VI, n.º 11, 2005, p. 65ss; BAPTISTA LOPES, *Do Contrato de Compra e Venda no Direito Civil, Comercial e Fiscal*, Almedina, 1971, p. 102ss. Para ANA MARIA PERALTA, "*A*

Note-se que foi apenas com o Código Civil de 1966 que a figura da reserva foi prevista na legislação portuguesa³³. No Código de Seabra não se encontrava nenhuma norma que se referisse expressamente à figura. Porém, parece que aquela era já admitida pela Doutrina, no campo do contrato de compra e venda. Assim, segundo ANA MARIA PERALTA, durante a vigência do referido Código, "*Se o art. 1549.º era omissivo, a parte final do art. 715.º autorizava a reserva, ao permitir cláusula contrária à regra da eficácia real do contrato de compra e venda*"³⁴. GALVÃO TELLES chegou mesmo a defender, nessa época, a consagração legal da figura³⁵, tendo posteriormente, no Anteprojecto do Código Civil consagrado a reserva no capítulo da compra e venda³⁶. Esta escolha do regime da compra e venda como sede para a reserva foi criticada por VAZ SERRA, que defendia que a mesma deveria ser prevista com carácter geral, embora reconhecesse ser nas compras e vendas que aquela assumia maior relevância³⁷. A previsão da cláusula de reserva de propriedade no art. 409.º do Código Civil actual, segundo MENEZES LEITÃO, veio na sequência da sua consagração no BGB que a reconheceu, no séc. XVIII, "*como correspondendo a uma necessidade do tráfego*". Mas refere o mesmo autor, que a reserva de propriedade advém já do Direito Romano, onde se admitia ao vendedor que retivesse a coisa objecto do contrato até que o preço fosse pago, embora a reserva fosse associada ao contrato de locação que poderia

compra e venda com reserva de propriedade é, pois, um tipo especial de compra e venda, em que a transferência da propriedade é diferida", in *A Posição...*, cit., p. 152.

³² Cf. ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, 5ª ed., Almedina, 2006, p. 238ss. Estes autores inserem a figura no capítulo das garantias indirectas, ao lado da venda a retro e da alienação fiduciária em garantia. MENEZES LEITÃO analisa a figura tanto a propósito da compra e venda como das garantias das obrigações. Estes autores negam, porém, a qualificação da cláusula como uma garantia real *proprio sensu*, não obstante ela usar a propriedade como garantia e conferir a protecção própria desse tipo de direitos (ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE, *Garantias...*, cit., p. 238, n. 574 e MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, 2ª edição, Almedina, 2008., p. 21 e 253ss). Cf. ainda GRAVATO MORAIS, *Contratos...*, cit., p. 298ss e PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, Principia, 2007, p. 248ss.

³³ Contudo, como fizemos notar, a regulamentação da figura não foi profunda, o que provocou desde sempre uma série de questões e dúvidas em torno de certos aspectos do instituto, lacunas que a Doutrina tem procurado suprir, embora com algumas divergências nas posições adoptadas.

³⁴ A este propósito, cita a referida autora, CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, Coimbra Editora, 1934, p. 348. Refere ANA MARIA PERALTA que na Doutrina mais antiga não há quaisquer referências à reserva de propriedade como uma cláusula que fosse habitualmente estipulada pelas partes. Eram, no entanto, comuns, outros pactos entre vendedor e comprador - Cf. *A Posição...*, cit., p. 39, n. 112.

³⁵ Dizia o autor: "(...) é de aconselhar que a lei consigne, por forma clara, a possibilidade de os contraentes estipularem que a propriedade continue a pertencer ao vendedor, até o preço se mostrar pago (venda com reserva de propriedade)". E continuava, "*Se excepcionalmente as partes têm conveniência em que a transmissão fique para mais tarde - ou clausulam na própria compra e venda, (...) (venda com reserva de domínio) ou celebram um simples contrato-promessa*" - GALVÃO TELLES, "Venda Obrigatória e Venda Real", in RFDUL, Ano V, 1948, p. 86.

³⁶ Cf. *Contratos civis: Projecto completo de um título do futuro Código Civil Português e respectiva exposição dos motivos*, in Separata da RFDUL, Vols. IX-X, 1953-1954.

³⁷ Cf. "Efeitos dos Contratos (Princípios Gerais)", in BMJ, n.º 74, 1958, p. 356.

ser estabelecido juntamente com a compra e venda como um contrato autónomo ou ser um acordo acessório ao contrato de compra e venda³⁸.

A noção de cláusula de reserva de propriedade pode extrair-se do art. 409.º, inserido no título do Código Civil sobre as obrigações em geral. Dispõe o n.º 1 do preceito que "*Nos contratos de alienação é lícito ao alienante reservar para si a propriedade da coisa até ao cumprimento total ou parcial das obrigações da outra parte ou até à verificação de qualquer outro evento*". Ora, reservar significa guardar, conservar ou preservar algo, no caso concreto, como o nome do instituto parece sugerir, a propriedade enquanto direito real. No entanto, esta primeira noção de reserva de propriedade, à partida simples, acaba por se revelar complexa aquando da discussão do problema da sua natureza jurídica³⁹, porquanto há quem ponha em causa a manutenção do direito de propriedade no alienante, pelo menos enquanto direito real de gozo máximo, com todos os poderes que lhe são inerentes. O problema relaciona-se também com a qualificação da posição que cada uma das partes no negócio vem assumir durante a pendência da reserva⁴⁰. E é também pelo facto do citado preceito se referir expressamente à reserva de domínio num tipo concreto de contratos, contratos de alienação, entre os quais se encontra a compra e venda, mas não só, que surge o problema da aplicação da figura a outro tipo de contratos, como é o caso dos contratos de mútuo. Questão que nos interessa especialmente.

A norma supra citada está inserida no Código Civil imediatamente depois do art. 408.º que consagra o "princípio da consensualidade" (*consensus parit proprietatem*)^{41 42}. Nos termos do n.º 1 dessa disposição, "*A constituição ou transferência de direitos reais sobre*

³⁸ Neste sentido, MENEZES LEITÃO, *Garantias...*, ob. cit., p. 255ss.

³⁹ *Infra* p. 30.

⁴⁰ Sobre este problema em concreto, leia-se o interessante estudo, já citado, de ANA MARIA PERALTA, *A Posição...* A autora confronta as diversas teses em discussão, ou seja, a que defende que o vendedor é proprietário e a que advoga que a propriedade se transmite para o comprador, concluindo que "*(...) se a nossa lei não toma uma posição inequívoca sobre a questão (...), não impedindo a defesa de qualquer das teses, indicia um quadro estrutural da compra e venda com reserva segundo o qual a transferência de propriedade não é uma consequência imediata do contrato, o mesmo é dizer, sugere que o vendedor se mantém proprietário.*" - *Idem*, p. 117.

⁴¹ Sobre este princípio e entendendo a transmissão da propriedade por mero efeito do contrato quase como um *mito*, *vd.* FERREIRA DE ALMEIDA, "Transmissão contratual da propriedade - entre o mito da consensualidade e a realidade de múltiplos regimes", *Themis*, Ano VI, n.º 11, 2005, p. 6ss. *Vd.* ainda, acerca dos contratos com eficácia real, ASSUNÇÃO CRISTAS, MARIANA GOUVEIA e VITOR NEVES, *Transmissão da Propriedade e Contrato*, Almedina, 2001.

⁴² Em Itália também vigora a mesma regra jurídica no art. 1376 do *Codice Civile* segundo o qual "*Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato*". Em França o mesmo princípio da consensualidade encontra-se no art. 1523 *Code Civil*. Na Alemanha, o § 929 do BGB, sob a epígrafe "acordo e transferência", estipula-se a transferência da propriedade como um efeito do negócio e da entrega.

*coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato, salvas as excepções previstas na lei*⁴³. Assim, em regra, nos contratos com eficácia real, o efeito real dá-se pela mera celebração do contrato, independentemente de qualquer acto posterior⁴⁴. Repare-se que a expressão constante da parte final daquele preceito impõe o apuramento das excepções que a lei prevê à transmissão por mero efeito do contrato. Ora, a maioria da Doutrina tem vindo a defender que, entre outras excepções ao princípio da transferência da propriedade *solo consensu*, encontra-se a estipulação da reserva⁴⁵, havendo quem retire tal conclusão do lugar sistemático em que a norma se encontra inserida ou da letra do preceito. Por nós, pensamos ser de qualificar a reserva de propriedade, efectivamente, como uma excepção ao princípio da consensualidade, ficando a propriedade retida na esfera jurídica do alienante, e a sua transmissão dependente, não apenas da emissão e recepção das declarações das partes (art. 224.º CC), mas de algo mais, que pode ser o cumprimento total ou parcial das obrigações do adquirente (ex. pagamento do preço) ou outro evento, como expressamente refere a disposição em análise. No que respeita à expressão "*outro evento*" a Doutrina refere, exemplificativamente, a hipótese de o vendedor reservar a propriedade do bem até à sua morte ou fazer depender a sua transmissão do cumprimento da obrigação de entrega⁴⁶. Note-se, contudo, que, normalmente, a coisa é logo entregue ao comprador, transmitindo-se a posse.

⁴³ O princípio estipulado no referido preceito apresenta-se como um corolário do "sistema do título", adoptado na legislação portuguesa por contraposição ao "sistema do modo" e ao "sistema do título e do modo". Estamos aqui perante três diferentes sistemas de constituição ou transmissão de direitos reais. ORLANDO DE CARVALHO, a propósito da análise do princípio da causalidade, explica cada um deles. Assim, e segundo o autor, no primeiro basta "*para que o jus in re se transmita ou constitua sobre a coisa o acto pelo qual se estabelece a vontade dessa transferência ou constituição*" (ou seja, basta um título). É o caso do sistema adoptado em Portugal, Itália e França. No segundo (adoptado no Direito Alemão), o efeito real depende já de um modo, ou seja, um outro acto pelo qual se realize a atribuição e a aquisição, nomeadamente depende da entrega da coisa (se estiverem em causa coisas móveis) ou do registo (no caso de imóveis). Depois existem sistemas em que o efeito real depende simultaneamente de um título e de um modo (é o caso do sistema brasileiro) - *Direito das Coisas (Do Direito das Coisas em Geral)*, Policopiado, Coimbra, 1977, p. 268ss. Sobre os diversos sistemas, *vd.* MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações...*, Vol. III, cit., p. 22ss e A. SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 3ª ed., Coimbra Editora, 2011, p. 35ss e n. 103.

⁴⁴ Exceptua-se o caso da venda de acções. Aí, o contrato não transmite, por si só, a propriedade das acções, sendo apenas a causa da transmissão, efectuando-se a mesma através do modo, enquanto conjunto de actos autónomos previstos pela lei (n.ºs 1 e 2, art. 101º e n.º 1 do art. 102º do CVM).

⁴⁵ Neste sentido, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, "Reserva de propriedade", *in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. III, Coimbra Ed., 2007, p. 421 e ANA MARIA PERALTA, *A Posição...*, cit., p. 118ss. Para LIMA PINHEIRO, a faculdade de diferir a transmissão da propriedade como uma excepção à regra do art. 408.º "*é admitida de modo tão amplo, que se pode dizer que a regra, é afinal, a da colocação convencional do momento da transferência da propriedade* - *in A Cláusula de Reserva de Propriedade. Algumas Reflexões sobre a sua Função, Regime e Natureza Jurídica*, Almedina, 1988, p. 21. Este autor cita ainda, no mesmo sentido, RAÚL VENTURA, "O contrato...", cit., p. 261ss.

⁴⁶ GALVÃO TELLES, *Direito das Sucessões*, 4ª ed., Coimbra Editora, 1980, p. 17ss e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 4ª ed., Coimbra Editora, 1984, p. 197, autores e obras referidas por ANA MARIA PERALTA, *in A Posição...*, cit., p. 122, n. 350.

Quanto aos poderes de cada contraente em relação ao bem objecto do negócio durante a pendência da reserva, tomaremos posição adiante, designadamente no capítulo referente à natureza jurídica da reserva de propriedade⁴⁷.

A reserva de propriedade é estabelecida através da aposição de uma cláusula no próprio contrato, fazendo parte integrante do seu conteúdo e assumindo a forma prevista para esse negócio jurídico. A Doutrina não afasta a possibilidade da sua estipulação no negócio ser tácita, ao abrigo do n.º 1 do art. 217.º, desde que, do comportamento das partes, seja possível retirar, com segurança, a sua vontade. Não antecipando a nossa tomada de posição relativamente à admissibilidade, ou não, da reserva de propriedade em contratos de mútuo, importa afirmar que, se estivesse em causa um contrato de crédito ao consumo, na modalidade de mútuo, ter-se-ia de atentar ao disposto no art. 12.º do DL n.º 133/09, que estipula que esses contratos se encontram sujeitos a forma escrita, pelo que a reserva de propriedade teria sempre de constar das menções do contrato⁴⁸.

Acontece ainda que inúmeras vezes a cláusula de reserva de propriedade encontra-se inserida em contratos dotados de extensos formulários previamente elaborados que se limitam a ser subscritos e aceites pela contraparte sem grande negociação. Este fenómeno acontece com frequência nas vendas a prestações de veículos automóveis, nas locações financeiras e, hoje tendencialmente nos contratos de mútuo celebrados entre as entidades financeiras e o mutuário também para financiamento da aquisição dos referidos bens. Nesses casos é de aplicar o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais (DL 446/85, de 25.10 - LCCG⁴⁹), o qual impõe ao proponente uma série de deveres de comunicação e informação para que o aderente tome, com antecedência, conhecimento do conteúdo e dos efeitos das cláusulas (arts. 5.º e 6.º do referido DL)⁵⁰.

O *pactum reservati dominii* não se trata de uma imposição unilateral do alienante, mas resulta de um acordo entre as partes. No que respeita ao momento em que a reserva deverá ser estipulada, a Doutrina em geral refere o momento da celebração do contrato de alienação (tipo contratual em que a sua aposição se encontra prevista no n.º 1 do art. 409.º), pois é nesse mesmo momento que ocorre automaticamente o efeito real da transmissão da propriedade (art. 408.º), pelo que, ficando desde aí o adquirente com o direito de propriedade sobre a coisa, não

⁴⁷ *Infra* p. 31.

⁴⁸ No ora revogado DL 359/91 sobre o crédito ao consumo, previa-se expressamente que a falta de menção no contrato do acordo sobre a reserva de propriedade implicava a sua inexigibilidade (al. f) do n.º 3, art. 6.º e n.º 3, art. 7.º).

⁴⁹ Com as alterações introduzidas até ao DL 323/01, de 04.06.

⁵⁰ Sobre o Regime Jurídico das CCG, *vd.* PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011, p. 233ss.

mais será possível ao alienante reservá-la. Só fará sentido uma estipulação posterior, no caso de contratos em que a transferência da propriedade não é imediata⁵¹, como acontece na compra e venda de coisa genérica e de coisa futura. Outra questão que se pode colocar é a de saber se pode ocorrer uma eventual retransmissão ou reacquirição da propriedade pelo alienante, que depois a reservaria. Parece-nos que nada impede a ocorrência de uma reacquirição da propriedade da coisa pelo alienante, mas apenas em virtude da celebração de um outro negócio jurídico e nunca por força de uma modificação do mesmo contrato⁵².

Referimo-nos até ao presente momento a contratos de alienação, alienante e adquirente. Não utilizámos as expressões “comprador” e “vendedor” propositamente, uma vez que a reserva de propriedade pode ser inserida noutros contratos de alienação, que não sejam compras e vendas. Porém, fizemos já notar que o campo de aplicação por excelência, ou paradigmático, da cláusula de reserva de domínio é o contrato de compra e venda, mormente na modalidade de compra e venda a prestações ou com espera de preço. Tratam-se de compras e vendas a crédito, em que o vendedor financia, ele próprio, a aquisição do bem, permitindo que o pagamento do preço seja diferido e pago em várias prestações (art. 934.ºss), assumindo também ele o risco do crédito.

A questão que se impõe, para compreendermos também o porquê da inserção de cláusulas de reserva de propriedade em contratos de crédito ao consumo na modalidade de mútuo, é a de saber quais serão as razões subjacentes ao aparecimento do instituto e à sua utilização pelos contraentes, tendo em conta que o mesmo surgiu e foi pensado para contratos de alienação, nomeadamente compras e vendas. Este é um assunto que faz sentido tratar a propósito do debate sobre a natureza jurídica da figura, tema que iremos tratar de seguida.

⁵¹ Por isso é que RAÚL VENTURA vem dizer que *"será mais correcto dizer que a modificação é inoportuna quando feita depois de, nos termos do contrato e da lei, a propriedade ter sido transferida"* - in "O contrato...", cit., p. 606.

⁵² Também neste sentido refere MENEZES LEITÃO (in *Garantias...*, cit., p. 260, n. 579) a possibilidade de as partes estipularem, através de contratos autónomos, a reacquirição da propriedade pelo vendedor, que depois a transmitiria novamente sob reserva. Não admite o autor, contudo, a estipulação da reserva como modificação do contrato. Também RAÚL VENTURA ("O contrato...", cit., p. 606) alude à eventual retransmissão da propriedade, dizendo que no estrangeiro a introdução da cláusula foi já analisada como um negócio de retransmissão da propriedade ao vendedor, para que este a reservasse depois de adquirida novamente. Mas este autor deixa claro que *"Nada impede (em teoria, pois na prática pode haver múltiplos inconvenientes) que o comprador retransmita a propriedade da coisa ao vendedor e em seguida seja celebrado um novo contrato de compra e venda, com reserva de propriedade. É diferente, porém, a hipótese de modificação do contrato. (...) essa retransmissão não permite que a coisa seja vendida, pelo mesmo contrato;"*. Para LIMA PINHEIRO, a estipulação posterior da reserva deverá ser entendida como um novo contrato de compra e venda, *"com reserva do «direito de expectativa», mas que só pode entender-se na sua estreita relação com o contrato original"*- A Cláusula..., cit, p. 41.

1.1. A NATUREZA JURÍDICA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PROPRIEDADE, POSIÇÕES DOS CONTRAENTES E RAZÕES QUE SUBJAZEM À SUA ESTIPULAÇÃO

A análise da estipulação da cláusula de reserva de propriedade em contratos de mútuo, pressupõe o estudo, ainda que sumário, da natureza jurídica da figura.

A lei portuguesa é, como notámos, parca na regulação da reserva de propriedade, não prevendo soluções para inúmeros dos seus problemas. A sua compreensão tem sido facilitada pelo esforço permanente da Doutrina em explicar a figura e as suas consequências. A problemática é já antiga e muito controversa, existindo na Doutrina, nacional e estrangeira, diversas posições⁵³. O tratamento desta questão envolve ainda forçosamente uma abordagem da perspectiva dos contratos para que a mesma foi pensada e surgiu no sistema jurídico, os contratos de alienação, sobretudo de compra e venda, sendo por essa razão que por vezes se fala na natureza jurídica da venda com reserva de propriedade e não na natureza da própria cláusula. É essencialmente esta característica do *pactum reservati dominii* que dificulta a sua admissão noutro tipo de contratos, como é o caso do mútuo, onde tende actualmente a surgir.

Ainda em estreita relação com esta questão da essência da reserva de domínio está, naturalmente, o problema das posições jurídicas das partes no negócio em que a mesma é aposta. Ou seja, o problema de saber quais os poderes de actuação de cada contraente em relação ao objecto do negócio e a forma como os mesmos se articulam durante a pendência da reserva. Assim, estando em causa um contrato de alienação, em regra de compra e venda, pergunta-se, designadamente, se o vendedor ao reservar a propriedade para si se mantém titular do direito real - como à partida o próprio *nomen iuris* do instituto faria prever - e qual o conteúdo desse direito, e consequentemente qual a posição do comprador, ou se, ao invés, ocorre logo a transmissão da propriedade para o comprador, verificando-se uma reacquirição daquela para o vendedor em caso de não verificação do evento condicionante. Pretende-se também descortinar se o vendedor ou o comprador podem dispor do bem objecto da reserva durante a sua pendência.

⁵³ Sobre esta particular questão, *vd.*, entre outros, na Doutrina nacional MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, cit., p. 61ss, LIMA PINHEIRO, *A Cláusula...*, ob. cit., p. 93ss, RAÚL VENTURA, "O contrato...", cit., p. 615ss e ANA MARIA PERALTA, *A Posição...*, ob. cit., p. 24ss. Na Doutrina estrangeira, *vd.* TULUI, *Osservazioni sulla natura giuridica della vendita con riserva della proprietà*, Rivista del Diritto Commerciale, 1980, p. 355ss, CHAPUT, *Les clauses de réserve de propriété*, Juris - Classeur Périodique, 1981, ambos citados por LIMA PINHEIRO, cit., p. 94, n. 164 e LUMINOSO, *I Contratti tipici e atipici, Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, I, Milano Giuffrè, 1995, p.102ss, este último citado por MENEZES LEITÃO, *in* ob. cit., p. 58, n. 113. Cf., ainda, com alusão às diversas teses existentes, RIVERA, *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994, p. 26ss.

No que respeita à questão da natureza jurídica da reserva de domínio, são duas as principais teses defendidas na Doutrina nacional. A tese da condição suspensiva e a tese da condição resolutiva, sendo a primeira claramente maioritária entre nós⁵⁴.

Segundo a primeira teoria referida, a reserva de domínio traduz-se numa condição suspensiva que condiciona a transferência do direito real de propriedade a um facto futuro e incerto, seja ele o cumprimento total ou parcial de uma obrigação, como a obrigação de pagamento do preço, ou qualquer outro evento. Por conseguinte, seriam de aplicar à cláusula as normas referentes à venda sob condição suspensiva, nomeadamente as constantes dos arts. 270.ºss do CC.

Relativamente à posição jurídica que as partes no negócio assumem na pendência da condição, a defesa da tese da condição suspensiva leva a considerar o vendedor como proprietário do bem alienado até à verificação do evento condicionante (pagamento do preço ou outro), sendo o comprador geralmente encarado como um mero titular de uma expectativa jurídica de aquisição, beneficiando assim de protecção jurídica, até porque é ele que se encontra, regra geral, na posse material da coisa.

Note-se que esta é a posição tradicional e maioritária na Doutrina nacional⁵⁵ e estrangeira⁵⁶ e também a mais acolhida pela Jurisprudência dos tribunais superiores⁵⁷. Chegou

⁵⁴ Encontram-se também difundidas uma série de outras qualificações da reserva de propriedade, sobretudo na Doutrina estrangeira. Assim, há quem veja na reserva uma garantia real de créditos, sendo o comprador titular dos poderes inerentes ao direito de propriedade e o vendedor de um direito real de garantia (BLOMEYER, *Studien zur Bedingungslehre. II. Teil: Über bedingte Verfügungsgeschäfte*, Berlín, 1939, citado por RIVERA, *La posición...*, cit., p. 34, n. 46), outros caracterizam-na como uma cláusula específica e atípica, com um conteúdo e sentido próprios (RAÚL VENTURA, "O contrato...", cit., p. 616) e também há quem já a tenha configurado como uma propriedade partilhada (MARCO COMPORTI, *in La vendita obligatoria*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 214ss, citado por MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, ob. cit., Vol. III, p. 64, n. 133. *Vd.*, com amplas referências de Direito Comparado, LIMA PINHEIRO, *A Cláusula...*, ob. cit., p. 101ss e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, cit., Vol. III, p. 58ss.

⁵⁵ Aderem a esta tese, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, com a colaboração de Henrique Mesquita, Vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, 1997, p. 376, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12ª ed., Almedina, 2011, p. 297, BAPTISTA LOPES, *Do contrato...*, cit., p. 102, RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 1998, p. 223, TAVARELA LOBO, *Temas Jurídicos. Discussão e soluções do novo Código Civil*, in Separata da RDES, Ano XVI, 1970, n.ºs 1-2 e 3-4, p. 14ss, ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações. Parte Especial. Contratos*, 2ª ed., Almedina, 2010, p. 36ss, PINTO DE OLIVEIRA, *Contrato...*, ob. cit., p. 51 e RAÚL VENTURA, "O contrato...", cit., p. 615ss. Não se afastando muito da tese da condição suspensiva, LIMA PINHEIRO, apresenta, contudo, uma concepção própria, que procura abarcar as diversas realidades que cabem na letra do n.º 1 do art. 409.º, referindo que "*o pacto de reserva de propriedade (...) é uma convenção de garantia acessória do contrato de compra e venda, convenção esta que reserva a faculdade de resolver o contrato, mas que se socorre instrumentalmente de uma condição suspensiva do efeito translativo, para alcançar o seu efeito característico: a oponibilidade erga omnes da resolução*"- *A Cláusula...*, ob. cit., p.115.

⁵⁶ Na Alemanha, a tese da condição suspensiva é dominante e foi acolhida no § 449 (1) do BGB, nos termos do qual a transferência da propriedade está sujeita à condição suspensiva do pagamento integral do preço da compra.

⁵⁷ Cf. o Ac. do STJ de 09.10.08, proc. 07A3965, o qual trata com alguma profundidade a questão, acabando por optar pela tese da condição suspensiva.

mesmo a ser proposta por GALVÃO TELLES, em fase de elaboração do Anteprojecto do Código Civil, a explicitação da qualificação da cláusula como uma condição suspensiva⁵⁸.

Já para a segunda tese, a reserva de propriedade seria uma condição resolutiva. Entre nós, defende esta posição CUNHA GONÇALVES⁵⁹, ainda no domínio do Código de Seabra. Segundo esta teoria, a celebração do contrato de alienação implicaria uma imediata produção dos efeitos do negócio, ocorrendo, em simultâneo com a entrega da coisa ao comprador, a transferência do direito de propriedade que, no entanto, ficaria sujeita a uma condição resolutiva, nomeadamente o pagamento do preço. Assim, em caso da não verificação do evento condicionante, verificar-se-ia a resolução dos efeitos do negócio, com eficácia retroactiva, sendo a propriedade readquirida pelo vendedor.

Quanto à posição jurídica das partes, o comprador tornar-se-ia proprietário do bem alienado, com todos os poderes e riscos que o caracterizam, designadamente seria aplicável, quanto ao risco, a primeira parte do n.º 3 do art. 796.º, e o vendedor ficaria investido de um direito real de garantia.

Em nossa opinião, a reserva de propriedade condiciona suspensivamente um dos efeitos do negócio de alienação, a transmissão da propriedade do bem alienado. Suspensivamente, visto que um determinado evento adia a produção de um efeito, o qual se efectiva uma vez verificado esse evento. Atentando à *ratio legis* e ao elemento histórico do instituto, concluímos que a reserva foi pensada no nosso sistema jurídico para as vendas em que o comprador não tinha na sua disponibilidade, no momento da celebração do negócio, a totalidade da quantia necessária ao pagamento do preço do bem, pelo que, com o intuito de garantir esse pagamento (perante o eventual incumprimento do contrato pelo comprador ou a sua insolvência) e o gozo imediato da coisa pelo adquirente, permitiu-se ao alienante impedir um dos efeitos normais do contrato, a transmissão da propriedade, reservando-a até à liquidação integral do montante em causa⁶⁰.

Creemos que a letra do n.º 1 do art. 409.º e o *nomen iuris* do próprio instituto, "*reserva de propriedade*", sugere claramente a ideia de que a propriedade fica guardada⁶¹. E, a nosso

⁵⁸ Segundo o art. 62.º do Anteprojecto: "*Os contraentes podem subordinar a transmissão da propriedade da coisa ou do direito vendido à condição suspensiva do pagamento do preço*". Tal facto leva, aliás, a constatar que o instituto da reserva foi pensado efectivamente para as compras e vendas.

⁵⁹ CUNHA GONÇALVES, *Tratado...*, cit., p. 349. Este autor considerava existir um manifesto equívoco na denominação "reserva de propriedade".

⁶⁰ No Anteprojecto de GALVÃO TELLES, escreveu-se que, permitindo a venda com reserva de propriedade, estava a facilitar-se o crédito e a estimular a circulação de bens, o que corresponderia a um interesse geral de política económica, representando para o vendedor um aumento de vendas e para o consumidor uma maior acessibilidade a certos bens de consumo - Cf. *Contratos Cívís: Projecto...*, cit., p. 31, n. 10.

⁶¹ Nas palavras de ANA MARIA PERALTA, "*quando se pretendeu referir o fenómeno diverso da "recuperação" de um direito anteriormente transmitido, ou seja, do seu regresso à esfera jurídica do*

ver, só pode reservar alguma coisa quem já a possui na sua esfera jurídica. Com efeito, só pode reservar o direito real de propriedade quem é seu titular, o proprietário. Se atentarmos ainda à redacção do artigo, podemos constatar a existência da palavra "até", ou seja, a propriedade fica "guardada" por quem a detém (alienante) "até" à verificação de um determinado acontecimento⁶². E a norma é clara quanto ao evento a que pode ficar sujeita a transmissão da propriedade: o cumprimento total ou parcial de uma obrigação (evento futuro e incerto) ou outro evento (que, embora futuro, pode até ser certo na sua ocorrência). Julgamos, portanto, que o elemento literal da interpretação⁶³, ao lado do sistemático e teleológico, estabelecidos no art. 9.º do CC apontam inequivocamente para a orientação preconizada. Efectivamente, a inserção do preceito sobre a cláusula de reserva de propriedade imediatamente após a regra que consagra o efeito imediato da transmissão da propriedade no momento da celebração do negócio jurídico (408.º), leva a considerar que o legislador, com a consagração do instituto, quis excepcionar essa regra, permitindo um adiamento do efeito translativo do contrato. Por outro lado, se não fosse esse o espírito do preceito, o legislador teria procurado expressar melhor o seu pensamento, e devemos partir do princípio de que soube exprimi-lo correctamente.

Quanto à qualificação da própria cláusula como uma condição suspensiva no sentido técnico-jurídico, enquanto cláusula acessória típica sujeita à aplicação das regras dos arts. 270.ºss CC, temos algumas dúvidas. Julgamos estar perante um instituto dotado de contornos muito específicos, que não se coaduna estritamente com a aplicação daquelas normas. Afigura-se-nos pertinente a observação feita por ANA MARIA PERALTA, segundo a qual, e considerando o evento condicionante da transmissão da propriedade o pagamento do preço (caso mais típico), está em causa uma obrigação e não uma condição⁶⁴. Parece, pois, que a tese da condição suspensiva não se adequa cabalmente a todos os eventos passíveis de fazer

transmitente, foi utilizada a designação "reversão". São ex. os arts. 960.º e 961.º, sobre a cláusula de reversão na doação - in A Posição..., cit., p. 119 e n. 339.

⁶² Também neste sentido, *vd. Idem*, p. 119 e GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, "Reserva...", *cit.*, p. 425ss. A autora refere que a utilização dos vocábulos "reserva" e "até" revelam *"de forma inequívoca o posicionamento do legislador em relação a esta questão: a aposição da cláusula de reserva de propriedade faz postergar para um momento subsequente a transferência da propriedade"*. Mas, salienta, *"questão diversa é já a de saber se essa dilação se verifica a título suspensivo ou se tem outra natureza"*. Nós pensamos que essa dilação tem, efectivamente, uma natureza suspensiva.

⁶³ De particular relevo, porquanto nos termos do art. 9.º do Código Civil, a interpretação deve ter o mínimo de correspondência com o texto da lei.

⁶⁴ Citando uma vez mais a referida autora, *"Na reserva de propriedade, o comportamento do comprador, traduzido no pagamento do preço, não é voluntário, pelo que o vendedor pode obter condenação judicial na realização do comportamento devido e a respectiva indemnização pelo incumprimento. Por outro lado, o não pagamento do preço não altera automaticamente a situação das partes, como acontece na condição, tornando-se necessária a resolução do contrato. Porque o pagamento do preço é uma obrigação e não uma condição, a aplicação do art. 275.º não tem sentido. A impossibilidade da prestação gerará a extinção da obrigação"* - in *A Posição...*, *cit.*, p. 146.

depende a transmissão da propriedade, nomeadamente ao pagamento do preço enquanto evento condicionante, embora LIMA PINHEIRO refira que o facto de a transferência da propriedade estar subordinada ao cumprimento de uma obrigação principal, isso não parece impor uma "«desqualificação» da condição", exprimindo, ao invés, uma "instrumentalização" da condição ao serviço de um fim de garantia⁶⁵. Acresce, porém, que, como refere ainda a autora supracitada, "é possível construir um regime para a reserva sem fazer intervir as regras previstas para aquele instituto, nomeadamente a que atribui eficácia real à condição. O próprio regime de oponibilidade da reserva é, aliás, em parte diferente do previsto para a condição"⁶⁶. Por outro lado, em face da parte final do n.º 1 do art. 409.º, parece poder sujeitar-se a transmissão da propriedade, não a uma condição, mas a um termo inicial (facto futuro e certo)⁶⁷.

Com efeito, não cremos ser de qualificar, sem mais, a reserva de propriedade como uma condição suspensiva, tal como é configurada nos arts. 270.ºss do CC. Pensamos, no entanto, que a tese da condição suspensiva também não pode ser afastada, pois enquadra-se, em grande parte, no fenómeno que ocorre com a aposição de uma cláusula de reserva de domínio. Efectivamente, a reserva traduz-se numa cláusula contratual através da qual se faz depender um dos efeitos do negócio, a transferência da propriedade, da ocorrência, em regra, de um facto futuro e incerto (cumprimento total ou parcial de uma obrigação, como o pagamento do preço). Assim, e ainda que não se qualifique a própria reserva de propriedade como uma verdadeira condição suspensiva, pensamos poder afirmar-se, com LIMA PINHEIRO⁶⁸, que o instituto da reserva se socorre instrumentalmente dessa figura.

Porém, mais importante, para a nossa análise, do que encontrar uma qualificação jurídica para a reserva, embora ela seja relevante para a determinação do regime legal aplicável, é definir a posição jurídica que assume cada uma das partes envolvidas no negócio onde a mesma é aposta. Assim, com a inclusão da reserva num contrato de alienação, não temos dúvidas de que o alienante continua proprietário⁶⁹ e o comprador só pode ter uma

⁶⁵ In *A Cláusula...*, ob. cit., p. 110.

⁶⁶ In *A Posição...*, cit., p. 148.

⁶⁷ RAÚL VENTURA, "O contrato...", cit., p. 616.

⁶⁸ *Supra* nota 65.

⁶⁹ Partilhamos nesta matéria inteiramente da posição sufragada por ANA MARIA PERALTA, segundo a qual "nenhuma das teses propostas em alternativa para a qualificação da posição jurídica do vendedor é mais adequada conceptualmente do que aquela que é criticada. (...) A tese de que o vendedor é titular de um direito real de garantia, (...) parte de uma confusão entre a função da reserva de propriedade, que corresponde ao escopo perseguido pelas partes, e a qualificação (...). Se a qualificação do direito resulta do regime a que se encontra submetido, não restam dúvidas que o regime do direito do vendedor não é idêntico ao dos direitos reais de garantia, naquilo que de comum existe entre todos eles. Desde logo, a reserva não actua através do "ius distrahendi", típico do direito real de garantia, mas através da possibilidade de recuperação do bem, como é

expectativa jurídica de vir a adquirir o direito real aquando da verificação do evento condicionante. O vendedor é proprietário do bem, embora o seu direito real de gozo se encontre limitado pelos fins que se pretendem com a estipulação da reserva, faltando-lhe, nomeadamente, o poder de gozo da coisa, uma vez que esse se encontra na titularidade do adquirente que, em regra, tem a posse material da coisa⁷⁰. Também o poder de disposição do alienante, proprietário, se encontra limitado pelo facto de eventuais alienações a terceiros se tornarem ineficazes se se vier a verificar o efeito condicionante da transferência da propriedade (n.º 1, art. 274.º). Partilhamos, pois, da opinião de ANA MARIA PERALTA, para a qual os poderes do alienante estão apenas "*limitados temporalmente, podendo voltar a ser exercidos se o vendedor recuperar o bem, no caso de incumprimento pelo comprador*". Cita a autora OLIVEIRA ASCENSÃO⁷¹, para quem o poder de gozo, inerente ao direito de propriedade, "*pode em concreto faltar, sem que nada se toque a essência do direito*"⁷², uma vez que "*como os poderes foram concedidos como universalidade, eles automaticamente se expandem quando a restrição desaparecer*".

O comprador, investido normalmente na posse⁷³ do bem, é titular de uma expectativa jurídica, que lhe permite o gozo e fruição da coisa (bem como a utilização dos meios de defesa possessórios), e que não se subsume a uma mera esperança na obtenção de um direito subjectivo, devendo sim ser entendida como um verdadeiro direito subjectivo⁷⁴. Trata-se de uma expectativa jurídica real de aquisição, na medida em que a mesma se dirige à aquisição

defendido pelos próprios mentores desta tese." A autora também afasta a teoria que defende ser o vendedor titular de um direito de crédito, por não conseguir responder a muitas questões que se colocam, bem como a que vê no vendedor um titular de uma expectativa de reacquirição do bem, pois o vendedor, embora tenha os seus poderes limitados continua a ser proprietário - *A Posição...*, cit., p. 127ss. *Vd. ainda PESTANA DE VASCONCELOS, Garantias...*, cit., p. 359.

⁷⁰ Para MENEZES LEITÃO a conservação da propriedade no vendedor tem a única e exclusiva função de garantia, pelo que também para este autor o vendedor só poderá exercer o seu direito de propriedade enquanto compatível com esse fim da reserva - *in Direito das Obrigações*, ob. cit., p. 66.

⁷¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais*, 4ª ed., Coimbra Editora, 1983, p. 389, citado por ANA MARIA PERALTA, *A Posição...*, cit., p. 131, n. 232.

⁷² Aliás, também na locação se verifica uma limitação ao exercício do direito de propriedade, uma vez que o gozo da coisa cabe ao locatário, o que não significa que o locador perca o seu direito.

⁷³ Em geral a Doutrina reconhece a posse em nome próprio - *vd. autores citados por PESTANA DE VASCONCELOS, Garantias*, cit., p. 372, n. 1002.

⁷⁴ Também assim ANA MARIA PERALTA, *A Posição...*, cit., p. 159, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. IV, Petrony, 1993, p. 97 e MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português. Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da Lei. Aplicação das Leis no Tempo. Doutrina Geral*, T. I., 4ª edição, Almedina, 2012, p. 909. Refere este último autor que "*a verdadeira expectativa jurídica retrata a posição do sujeito inserido na sequência que irá conduzir a um verdadeiro direito, mas antes de este surgir. Essa sequência pode resultar: (...) - de negócios jurídicos: a aquisição condicionada;*". Recorrendo às palavras ainda deste autor, pensamos que a posição do comprador na reserva de propriedade se traduz numa expectativa configurada como um "*verdadeiro direito subjectivo, ainda que intercalar (e na qual chamaremos expectativa só para melhor o inserir na sequência processual)*", que culminará na eventual aquisição plena do direito real de propriedade.

do direito real de propriedade sobre uma coisa⁷⁵. Para ANA MARIA PERALTA a posição do comprador pode ser até qualificada como um direito real de aquisição, porquanto apresenta os traços característicos desse tipo de direitos, nomeadamente a inerência e a sequela, manifestadas na oponibilidade a terceiros da posição do comprador (n.º 2, art. 409.º) e na possibilidade de utilização por aquele dos meios jurídicos para adquirir a propriedade da coisa logo que cumpra a obrigação, esteja o bem onde estiver⁷⁶. Pensamos ainda que, estando já o comprador investido na posse da coisa, o risco se deve transferir para ele, mesmo que não tenha ocorrido o efeito da transmissão da propriedade^{77 78}.

Não parece haver dúvidas de que a cláusula surgiu com o propósito de impedir, temporariamente, a transmissão da propriedade para garantia do alienante, titular do direito real. Assim, quanto a saber quais as razões conducentes à inserção da reserva de propriedade nos contratos, e tendo em conta que a propriedade do bem fica na titularidade do transmitente, consideramos, naturalmente, que a resposta passa pela ideia de protecção, defesa e garantia deste⁷⁹. Está em causa a função de garantia da propriedade, função que a Doutrina unanimemente reconhece àquele direito real⁸⁰.

⁷⁵ Como veremos, essa expectativa é, inclusive, susceptível de penhora (art. 860.º-A CPC).

⁷⁶ Cf. ob. cit., p. 165. Também LIMA PINHEIRO salienta que o direito de expectativa do comprador representa não só um direito real de aquisição da propriedade como também um direito de gozo nos termos do direito de propriedade - *A Cláusula...*, cit., p. 115. Cf. ainda OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil*, 4ª ed., 1983, p. 496, n. 16, MENEZES LEITÃO, *Garantias...*, ob. cit., p. 263 e ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, 2ª ed., Almedina, 2006, p. 254, n. 500.

⁷⁷ Quanto à problemática de saber quem suporta o risco na pendência da reserva, *vd.*, por todos, PESTANA DE VASCONCELOS, *Garantias...*, cit., p. 373ss. O autor considera que o comprador não suporta o risco. Invoca, a esse propósito, a solução que resulta do único caso no direito português em que se regulou o risco num negócio de crédito e garantia, a locação financeira (art. 15.º DL 149/95, 24.06).

⁷⁸ Critica GALVÃO TELLES a solução de que o risco é suportado pelo vendedor, *in Direito das Obrigações*, reimpressão da 7ª ed., Coimbra Editora, 2010, p. 473. Sustentam ainda que o risco corre por conta do comprador a quem foi entregue a coisa, MENEZES LEITÃO (*Garantias das Obrigações*, cit., p. 263ss) e ROMANO MARTINEZ (*Direito das Obrigações...*, cit., p. 41ss).

⁷⁹ A Doutrina em geral, tanto nacional como estrangeira, não nega à reserva a função económica de garantia do crédito do vendedor. Neste sentido, e citando diversos autores, LIMA PINHEIRO, *A Cláusula...*, cit., p. 23 e ainda PINTO DUARTE, *Curso...*, ob. cit., p. 252, PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de Créditos em Garantia. Em Particular da Posição do Cessionário na Insolvência do Cedente*, Coimbra Editora, 2007, p. 699.

⁸⁰ Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais*, cit., p. 381ss. Refere CATARINA MONTEIRO PIRES que, "*O tratamento do vendedor como titular de um direito de garantia não é incompatível com o entendimento segundo o qual a propriedade só se transmite com o pagamento integral do preço, precisamente porque se trata de uma propriedade em garantia*" - *in Alienação em Garantia*, Almedina, 2010, p. 156. Cf. Também para LIMA PINHEIRO, não pode excluir-se a possibilidade do direito de propriedade ser utilizado como um direito com a função de garantir um crédito. Diz o autor que "*A utilização da propriedade em garantia, na venda com reserva de propriedade (...) caracteriza-se, antes, no plano estrutural, pelo emprego de uma condição ou de um complexo de condições*" - *in ob. cit.* p. 105. Segundo este último autor, deve aplicar-se à reserva o regime da condição em tudo o que corresponda à sua função de garantia e o regime dos direitos reais de garantia, desde que compatível com a utilização do direito de propriedade condicionado - *A Cláusula...*, cit., p. 110. A utilização da propriedade em garantia encontra-se patente também noutros institutos jurídicos, como na locação financeira e nos negócios fiduciários. Acerca da utilização da propriedade como garantia de créditos *vd.* CATARINA MONTEIRO PIRES, *Alienação em Garantia*, ob. cit.

Atentando ao art. 409.º, supomos que o que se pretende é, primacialmente, acautelar o alienante das consequências do incumprimento das obrigações por parte do adquirente, uma vez que o n.º 1 do art. 409.º expressamente se refere a "obrigações". O que não significa que a cláusula não tenha em vista outros propósitos, como o de permitir o gozo e a fruição imediatas do bem pelo comprador, uma vez que ele é-lhe, em regra, logo entregue.

Pelo exposto, conclui-se estar inerente à cláusula de reserva de domínio uma função de garantia do cumprimento⁸¹. Todavia, cremos não ser de qualificar a reserva como um direito real de garantia ou uma garantia das obrigações⁸². Efectivamente, a necessidade de recurso ao *pactum reservati dominii* para protecção do alienante decorre do facto de, na nossa lei, vigorar o princípio de que a propriedade se transmite por mero efeito do contrato (art. 408.º). Assim, uma vez celebrado um negócio de alienação - sem reserva -, o adquirente torna-se proprietário do bem, podendo aliená-lo a outrem, mesmo não tendo ainda ocorrido a entrega da coisa ou o pagamento do preço. E, ficando o alienante sem a propriedade do bem, que poderá ele fazer em face do incumprimento? Nos termos gerais, não possui aquele qualquer posição preferencial em relação a outros eventuais credores do adquirente, pelo que terá de concorrer com eles enquanto credor comum, podendo mesmo o seu crédito não ser totalmente satisfeito se o devedor não tiver bens suficientes para pagar a todos (n.º 1, art. 604.º CC). Citando GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *"a reserva de propriedade consegue uma tutela consistente da posição jurídica do vendedor, conferindo-lhe o direito à restituição da coisa em caso de incumprimento ou insolvência do devedor e permitindo-lhe opor o seu direito de propriedade em face do comprador e mesmo de terceiros credores do comprador ou que por ele hajam sido investidos em direitos sobre o bem"*.

Acresce o facto de o art. 886.º e o n.º 2 do art. 801.º não autorizarem ao vendedor a resolução do contrato por incumprimento da outra parte a partir do momento em que ocorre a transferência da propriedade e a entrega do bem, pelo que a principal razão para o alienante

⁸¹ O que leva, como vimos, muitos autores a analisarem o instituto no âmbito das garantias das obrigações e dos negócios de transmissão da propriedade com fim de garantia - Cf. LEITE DE CAMPOS, "A Alienação em Garantia", in *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal*, 150.º Aniversário (1846-1996), Lisboa, Banco de Portugal, 1998, p. 11 e PINTO DUARTE, *Curso...*, cit., p. 150ss e 248ss.

⁸² Pensamos, com ANA MARIA PERALTA, que uma coisa é a função da cláusula e outra é a sua qualificação, pelo que o facto de a reserva de propriedade ter uma função de garantia do direito de crédito do alienante não implica qualificar a reserva como um direito real de garantia (cf. *A Posição...*, cit. p. 127ss). Também, assim, LIMA PINHEIRO, para quem o direito do vendedor não se trata de um novo direito real de garantia contraposto ao direito de propriedade (in *A Cláusula...*, cit., p. 104), bem como ROMANO MARTINEZ E FUZETA DA PONTE, segundo os quais, a reserva, "(...) não obstante conferir uma protecção própria de direitos reais, não constitui uma garantia real" (*Garantias...*, ob. cit., p. 238, n. 574). Vd. também CATARINA MONTEIRO PIRES, *A Alienação...*, cit., p. 156ss. Esta autora cita ainda, na Doutrina estrangeira, FRANCO ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Giuffrè, Milão, 1996, p. 340ss e ANDREA SASSI, *Garanzia del Credito e Tipologie Commissorie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999, p. 148ss.

reservar a propriedade da coisa relaciona-se com os meios de defesa que adquire. Com a reserva, o vendedor já pode resolver o contrato e pedir a restituição da coisa, nos termos dos supra referidos preceitos, dado que não ocorreu a transmissão do direito real. Destaque-se que, no caso da compra e venda a prestações, a lei estabelece um regime específico, no art. 934.º, para o incumprimento. A norma confere ao vendedor a possibilidade de resolver o negócio verificadas certas condições e, resolvido o contrato, é devolvida a coisa, devendo ser restituídas as prestações já pagas pelo comprador (art. 433.º e 289.º)^{83 84}. Pode, porém, o vendedor optar pela via do cumprimento coercivo da obrigação, exigindo as restantes prestações, ao invés da resolução⁸⁵.

Para o comprador, a cláusula permite ainda o gozo imediato do bem e o pagamento fraccionado e diferido do preço, pelo que a reserva acaba por ter simultaneamente essa função, embora nos pareça não ser essa a sua finalidade primária.

Em suma, quanto ao problema da qualificação jurídica da reserva de propriedade, julgamos que a mesma se apresenta, à luz do art. 409.º, como uma cláusula, com contornos próprios, que condiciona suspensivamente um dos efeitos principais do negócio jurídico de alienação, a transferência do direito real de propriedade. Na senda de LIMA PINHEIRO, julgamos que a reserva deve ser qualificada como uma cláusula contratual que se socorre instrumentalmente - para efeitos de diferimento de um efeito essencial do negócio - de uma condição suspensiva. A nosso ver, o alienante é, até à verificação do efeito condicionante, titular do direito de propriedade, ainda que transitoriamente limitado, e o comprador titular de uma expectativa real de aquisição, entendida no sentido de verdadeiro direito subjectivo, dotado de protecção legal. Ademais, para nós, a função primordial do *pactum reservati dominii* é a de garantia do alienante.

Todas estas orientações serão, a nosso ver, relevantes para respondermos à questão central do nosso estudo, ou seja, a de saber se a reserva de propriedade, prevista no art. 409.º,

⁸³ Também salientando esta ideia, leia-se I. MENÉRES CAMPOS, "Algumas Reflexões...", cit., p. 644.

⁸⁴ Este preceito prevê uma excepção à regra do art. 886.º segundo o qual, transmitida a propriedade do bem e feita a sua entrega, o vendedor não pode resolver o contrato por falta de pagamento do preço. Note-se, ainda, que a resolução, segundo a Doutrina, não opera automaticamente, devendo primeiro converter-se a mora em incumprimento definitivo (art. 808.º). Em regra, é necessária a interpelação admonitória, a menos que as partes tenham estabelecido uma cláusula resolutiva expressa (esta é muito frequente nos contratos de mútuo com pagamento fraccionado), uma condição resolutiva ou um termo essencial (BAPTISTA MACHADO, "Pressupostos da Resolução por Incumprimento", in Estudos em Homenagem ao Prof. J. J. Teixeira de Sousa, II Jurídica, 1979 p. 184ss).

⁸⁵ Sobre o tema, *vd.* LOBO XAVIER, "Venda a Prestações - Algumas Notas sobre os Artigos 934.º e 935.º do Código Civil", in RDES, Ano XXI, p. 211ss e BAPTISTA MACHADO, "Pressupostos...", cit., p. 159. A Doutrina refere ambas as possibilidades (resolução ou cumprimento coercivo), embora não seja unânime quanto à questão de saber se a opção pelo cumprimento exclui, ou não, o direito de resolução. LOBO XAVIER parece excluir a via da resolução, uma vez escolhido o cumprimento. Em sentido contrário, pronuncia-se BAPTISTA MACHADO - Cf. I. MENÉRES CAMPOS, cit., p. 645ss.

também poderá ser aposta em contratos de mútuo com vista à concessão de crédito para aquisição do bem alienado por outrem. Importará apurar, designadamente, se a cláusula é admissível noutros tipos contratuais (que não nos contratos de alienação, como é o caso do contrato de mútuo) e se poderá assumir uma função de garantia do financiador e não já do alienante. Aliás, PINTO OLIVEIRA distingue mesmo uma função típica (garantia do crédito do alienante) e uma função atípica da cláusula de reserva de domínio (garantia de direitos de terceiro)⁸⁶.

1.2. A EFICÁCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PROPRIEDADE EM RELAÇÃO A TERCEIROS - O N.º 2 DO ART. 409.º

A terminar o presente capítulo, e antes de nos debruçarmos sobre o contrato de mútuo, importa ainda abordar sucintamente a problemática da eficácia da reserva de propriedade em relação a terceiros (ela é sempre eficaz *inter partes*), que a lei trata no n.º 2 do art. 409.º.

Dispõe a referida norma que, "*Tratando-se de coisa imóvel ou de coisa móvel sujeita a registo, só a cláusula constante do registo é oponível a terceiros*"⁸⁷. Em face do preceito, não há dúvidas de que a cláusula produz efeitos *erga omnes* desde que conste do registo, se estiver em causa um bem imóvel/móvel registável. O problema coloca-se quanto aos bens móveis não registáveis. Nesse caso, devido à ausência de referência expressa na lei e dada a redacção do n.º 2 do art. 409.º, duas posições têm sido adoptadas pela Doutrina. Uma advoga que, em relação a bens não registáveis, a cláusula é oponível a todos os terceiros sem necessidade de qualquer formalidade; outra preconiza que, em relação a terceiros de boa fé, a cláusula nunca poderá ser oponível. Repare-se que a maioria da Doutrina tende a tratar a questão da perspectiva da oponibilidade da reserva pelo alienante e não pelo adquirente. Aqui, acreditamos estar patente a ideia de que a reserva tem como principal função a protecção do crédito do alienante. Parece-nos, contudo, relevante evidenciar uma outra óptica, preconizada por ANA MARIA PERALTA. Segundo o entendimento da autora, a reserva é oponível pelo vendedor e pelo comprador pois "*qualquer um deles deve estar em posição de evitar a denegação do seu interesse (o interesse do vendedor em manter-se proprietário e o do comprador em tornar-se proprietário (...))*". Mais salienta que, "*a oponibilidade da reserva só deverá funcionar, pelo lado do vendedor, quando o preço deixar de ser pago e, pelo lado do comprador, quando o preço for pago, porque nessa altura os seus interesses podem ser*

⁸⁶ Cf. *Contrato...*, ob. cit., p. 53.

⁸⁷ Cf. ainda al. a), art. 94.º CRPred.

postos em causa". Sublinhe-se ainda que, para a autora, a evolução do instituto da reserva vai no sentido da protecção do comprador⁸⁸.

Ora, adoptam a tese da inoponibilidade da reserva a terceiros de boa fé, ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE. Para estes autores, trata-se de uma forma de tutelar as aparências, funcionando isso como uma atenuante ao facto de, no ordenamento jurídico português, não vigorar a regra "posse vale título", como na maioria dos sistemas continentais⁸⁹. Invocam ainda os autores a solução consagrada para o penhor (arts. 669.ºss). ROMANO MARTINEZ traz ainda à colação o princípio da relatividade do contrato segundo o qual em relação a terceiros o contrato só produz efeitos nos casos e termos especialmente previstos na lei (art. 406.º) e o instituto da resolução do contrato (art. 435.º)⁹⁰.

Já RAÚL VENTURA, ANTUNES VARELA, ANA MARIA PERALTA⁹¹ e MENEZES LEITÃO têm posição contrária⁹². Para RAÚL VENTURA, *de iure constituto*, "tratando-se de coisa móvel não sujeita a registo, deduz-se a contrario, que a cláusula é oponível a terceiros independentemente de qualquer formalidade". Recorre este autor ao argumento histórico, dizendo que se no Anteprojecto de Galvão Telles, no art. 63.º, se regulava a oponibilidade quanto a coisas não sujeitas a registo e se dizia que no caso de venda desse tipo de bens a reserva só seria oponível a terceiros de boa fé quando constasse de documento com data certa, anterior à transmissão ou oneração a favor desses terceiros, e tal artigo foi eliminado do projecto, consagrou-se a oponibilidade⁹³. Note-se que também VAZ SERRA, no art. 6.º do seu Anteprojecto, previu a inoponibilidade da reserva a terceiros de boa fé em certas condições⁹⁴. ANTUNES VARELA defende que, apesar de não vigorar na nossa lei o princípio posse vale título e de tal solução poder lesar expectativas legítimas de terceiros, como credores do comprador ou subadquirentes, desse modo se facilita a concessão de crédito. Por outro lado, sustenta ainda que um comprador cuidadoso pode sempre conhecer a

⁸⁸ ANA MARIA PERALTA, *A Posição...*, cit., p. 50ss.

⁸⁹ *In Garantias...*, ob. cit., p. 240.

⁹⁰ ROMANO MARTINEZ, *Direito das Obrigações...*, cit., p. 39.

⁹¹ ANA MARIA PERALTA, *A Posição...*, ob. cit., p. 54.

⁹² Neste sentido vai a maioria da Doutrina. Cf. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, 2009, p. 297 e RIBEIRO DE FARIA, para quem "Outra era a posição de Vaz Serra quando entendia, aqui, válida para os subadquirentes de boa fé a regra posse vale título. Mas se assim fosse, como é óbvio, diminuiria o alcance prático da cláusula, e, com essa diminuição, decresceria o crédito, e isso para um domínio, o comércio das coisas móveis, em que ele porventura se quer incentivado."- *Direito das Obrigações*, Vol. I, cit., p. 222; Cf. ainda, LIMA PINHEIRO, *A Cláusula...*, cit., p. 73, para quem se consagra no preceito um desvio à regra estabelecida no n.º 1 do art. 435.º. Este autor faz ainda uma análise comparativa da questão com legislação estrangeira.

⁹³ Cf. RAÚL VENTURA, "O contrato...", cit., p. 608.

⁹⁴ VAZ SERRA, "Efeitos...", cit., p. 358 e 368.

real situação do bem⁹⁵. Também para MENEZES LEITÃO "*dado que a lei não exclui a estipulação da reserva de propriedade em relação a esse tipo de bens, nem condiciona nesse caso a sua oponibilidade a terceiros de boa fé, é manifesto que, de acordo com os princípios da causalidade e consensualidade vigentes no nosso sistema, a reserva poderá ser normalmente oposta a terceiros de boa fé*". Este último autor vem criticar expressamente⁹⁶ os argumentos aduzidos por ROMANO MARTINEZ.

Ora, quanto a este problema, partilhamos da opinião maioritária. Recorrendo aos elementos da interpretação (art. 9.º), nenhum deles nos convence da solução diversa daquela que perfilha a oponibilidade *erga omnes* da reserva de domínio quando estejam em causa bens móveis não registáveis. Por um lado, a lei apenas diz que se a cláusula não estiver registada e se estiverem em causa coisas registáveis, ela não é eficaz em relação a terceiros. Mas se estiver registada já o é, no caso desses bens. Assim, não prevendo a lei a hipótese dos bens móveis não sujeitos a registo, pensamos ser de aplicar a regra geral: oponibilidade. É isso que resulta da letra da lei. Por outro lado, se entendermos que a reserva de propriedade tem como principal função a garantia do alienante e que ela é aposta sobretudo em contratos que visam financiar aquisições, porque é aí que o alienante corre um risco mais elevado (como a venda a prestações), então a solução defendida é a que também mais se coaduna com o espírito do instituto. Acresce que não se pode descurar o elemento histórico a que alguma Doutrina alude e do qual se retira que o legislador quis afastar a solução defendida no Anteprojecto.

Finda esta análise, iremos em seguida, abordar o problema da actual estipulação da reserva em contratos de crédito ao consumo, em particular, na modalidade de mútuo.

2. A COMPRA E VENDA FINANCIADA E O CONTRATO DE MÚTUO COMO MEIO DE FINANCIAMENTO

Após o estudo da reserva de domínio, do seu regime jurídico e de alguns problemas que o mesmo suscita, e após concluirmos que a figura está regulada no Código Civil a propósito dos contratos de alienação, sendo utilizada mormente nas compras e vendas a prestações com entrega da coisa e diferimento do pagamento (arts. 409.º e 934.º), chegou o momento de nos dedicarmos ao contrato de mútuo. Situámos já o tema, com a intenção de

⁹⁵ Cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 9.ª reimp. da 10ª ed. de 2000, Almedina, 2012, p. 306; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra Editora, p. 376.

⁹⁶ MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, ob. cit., p. 261, n. 597. Cf. também as críticas a ROMANO MARTINEZ aduzidas por PINTO OLIVEIRA, *in Contrato...*, ob. cit., p. 58ss.

clarificar desde o início da nossa análise, que iríamos tratar do contrato de mútuo enquanto contrato de crédito ao consumo, pois é nesse campo que se encontra hoje o problema da inserção de cláusulas de reserva de propriedade.

Na verdade, vivemos hoje numa verdadeira sociedade de consumo, tendo desaparecido a chamada *cash and carry society*⁹⁷. Uma sociedade contemporânea e em constante evolução a diversos níveis, onde a aquisição de bens e serviços é uma constante. O fenómeno do consumo é muito complexo e deriva de uma série de factores. Citando MARIA LEITÃO MARQUES E CATARINA FRADE, "*o consumo, considerado por uns um acto de cidadania e integração e apontado por outros como um vício devorador da era contemporânea, é um comportamento típico das sociedades de troca, habituadas a satisfazer as suas necessidades com base numa lógica de oferta e de procura de bens. (...) as exigências de consumo de bens são o resultado de condições intrínsecas ao ser humano, mas também o produto da sua temporalidade e do respectivo contexto sócio-económico*"⁹⁸. Com o progresso dos tempos, das tecnologias e da crescente oferta de novos bens e serviços, as pessoas começaram cada vez mais a consumir e sobretudo a consumir a crédito, dada a falta de disponibilidade e liquidez financeira imediata. O fenómeno do crédito ao consumo encontra-se estreitamente ligado ao comércio de coisas móveis e ao fornecimento de serviços. Em especial, as aquisições mais efectuadas a crédito estão normalmente associadas à compra de automóveis e de viagens de turismo .

Assim, um dos campos por excelência de aquisição a crédito é aquele que nos interessa neste estudo, o do comércio automóvel. Na realidade, o mercado automóvel em Portugal afigura-se como um sector muito dinâmico, apresentando a concessão de crédito neste domínio valores consideráveis. Hoje, qualquer entidade de crédito tem ao dispor dos seus clientes um sem número de soluções. Entre as alternativas mais frequentes de aquisição financiada de veículos está o denominado "crédito automóvel"⁹⁹, um produto financeiro que permite a aquisição de automóveis - ao lado, designadamente, do crédito pessoal, destinado ao

⁹⁷ A expressão é de PAULO DUARTE, in "A sensibilidade...", ob. cit., p. 39.

⁹⁸ MARIA LEITÃO MARQUES e CATARINA FRADE, "Uma Sociedade Aberta ao Crédito", in *Sub Judice*, n.º 24, Jan-Mar, 2003, p. 27. Este é um texto interessante sobre a evolução e as tendências que tem vindo a assumir o crédito ao consumo. As autoras destacam algumas variáveis para o aumento do consumo e do recurso ao crédito para fazer face ao mesmo. Salientam ainda algumas determinantes para o cada vez maior endividamento dos consumidores.

⁹⁹ Podemos encontrar em diversas instituições creditícias um vasto leque de soluções de financiamento para aquisição de automóveis, sendo aliás possível efectuar *on-line* simulações de crédito (Cf. www.ocreditoautomovel.com/simuladores, consultado em 31.03.12). O aumento do consumo daquele bem é, aliás, potenciado pela vasta, e até excessiva, publicidade efectuada pelos financiadores.

financiamento de qualquer bem de consumo, bem como do *renting*¹⁰⁰, do *leasing*¹⁰¹ ou do aluguer de longa duração¹⁰², por exemplo. Em estreita conexão com essa realidade, está o facto do recurso ao crédito não apresentar mais hoje a conotação negativa que podia ter tido no passado, relacionada com a pobreza¹⁰³, surgindo, pelo contrário, na sociedade actual, como algo comum, recorrente, e até, no dizer de alguns¹⁰⁴, como uma forma de conferir *status social*.

¹⁰⁰ O *renting*, também designado aluguer operacional de viaturas, traduz-se num contrato de aluguer de veículos, por um período limitado de tempo e uma quilometragem pré-estabelecida, tendo associada a prestação de diversos serviços e tendo como contrapartida o pagamento de uma renda.

¹⁰¹ O contrato de locação financeira, encontra regulação no DL 149/95, de 24.06 (com as alterações introduzidas até ao DL 30/2008, de 25.02) e caracteriza-se por ser um negócio pelo qual "uma das partes se obriga, mediante retribuição, a ceder à outra o gozo temporário de uma coisa, móvel ou imóvel, adquirida ou construída por indicação desta, e que o locatário poderá comprar, decorrido o período acordado, por um preço nele determinado ou determinável mediante simples aplicação dos critérios nele fixados" (art. 1.º daquele DL). O locador financeiro é um banco ou sociedade de locação financeira, entidades sujeitas ao DL 98/92, de 31.12, com as alterações introduzidas até ao DL 31-A/2012, de 10.02 (RGICSF). Normalmente nestes contratos também intervêm três sujeitos:, o vendedor ou fornecedor do bem, o locador e o utilizador do bem ou locatário, mas o negócio é celebrado apenas entre financiador (locador) e utilizador (locatário). Este tipo de contratos não se confunde com os contratos de mútuo enquanto modalidade de contratos de crédito ao consumo, porquanto nos primeiros é o financiador que adquire o bem a financiar (al. a), n.º 1 do art. 9.º DL 149/95, de 24.06), mantendo depois a propriedade do mesmo na sua esfera jurídica e colocando-o à disposição do utilizador durante um prazo (art. 8.º e al. b), n.º 1 do art. 9.º do mesmo DL). É o locatário que assume os riscos com o uso do bem durante o período de tempo em que está a pagar a retribuição periódica ao financiador (art. 10.º e 15.º do DL). No final do contrato pode o locatário optar por comprar o bem por um determinado preço (al. c) do n.º 1, art. 9.º do DL). Para maiores desenvolvimentos, *vd.*, entre outros, GRAVATO MORAIS, *Manual de Locação Financeira*, 2ª ed., Almedina, 2011, SEBASTIÃO PIZARRO, *O contrato de locação financeira*, Almedina, 2004, PESTANA DE VASCONCELOS, *A Locação Financeira*, in ROA, Ano 45, I, Abril, p. 263ss, AAVV, *Manual de Contratos de Direito Bancário e Financeiro*, 2ª ed., Quid juris, 2008 e GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos em Geral*, 4ª ed., Coimbra Editora, 2010, p. 499ss.

¹⁰² O aluguer de longa duração (ALD) trata-se de um tipo contratual não tipificado ainda na lei, pelo que a Doutrina tem procurado qualificá-lo e encontrar o regime jurídico que lhe deva aplicar-se. GRAVATO MORAIS entende que o negócio encontra previsão na parte final da al. a) do n.º 1 do art. 2.º DL 359/91, actual al. c), *in fine*, do n.º 1 do art. 4.º do DL 133/09. Trata-se de um contrato semelhante à locação, através do qual o locador concede a outrem o gozo temporário de um bem móvel, recebendo, nas palavras do citado autor "a soma relativa à aquisição" e o "lucro financeiro" - *Contratos...*, cit., p. 57. Findo o contrato, o locatário pode mostrar ao locador interesse na aquisição do bem, podendo assim proceder-se à sua venda. Tal contrato não se confunde com o contrato de aluguer de veículo sem condutor regulado pelo DL 354/86, de 23.10. Na Jurisprudência, já entendeu o STJ que o ALD, enquanto contrato atípico, encontra-se sujeito às normas do referido DL 354/86, às da locação em geral, bem como às regras gerais da disciplina dos contratos e às próprias cláusulas contratuais estabelecidas pelos contraentes – *vd.* Ac. do STJ de 25.10.11, proc. 1320/08.1YXLSB.L1.S1.Sobre o ALD, *vd. ainda*, na Jurisprudência, os Acs. TRG de 26.05.11, proc. 936/07.8TBVVD.G1, do TRC de 21.12.10, proc. 2784/09.1TBPBL.C1 e do TRP de 14.02.05, proc. 0453927. Na Doutrina, cf. ROSADO VALENTE, *Locação Financeira (Leasing) – Aluguer de Longa Duração (ALD)*, 2ª ed., Minerva, 1996, TERESA ANSELMO VAZ, *Alguns Aspectos...*, cit., p. 77, PAULO DUARTE, "Algunas questões sobre ALD", in *Estudos de Direito do Consumidor*, BFDC, Centro Direito do Consumo, n.º 3, 2001 e SEBASTIÃO PIZARRO, *O contrato...*, cit., p. 43ss.

¹⁰³ A este propósito afirmou TERESA ANSELMO VAZ aquando do seu estudo sobre a compra e venda a prestações que "as características típicas do adquirente a prestações correspondem à do consumidor final, oriundo das classes mais desfavorecidas e com fraco poder de compra". Reconhecendo a autora, no entanto, não se poder afastar daquela realidade "muitos empresários e as razões de protecção do comprador" – in *Alguns Aspectos...*, cit., p. 15, n. 17.

¹⁰⁴ MARIA LEITÃO MARQUES e CATARINA FRADE, "Uma sociedade ...", *ob. cit.*, p. 27

Este fenómeno da aquisição de crédito para consumo remonta já às civilizações clássicas¹⁰⁵, embora só tenha vindo a assumir contornos evolutivos a partir do séc. XIX, primeiro nos Estados Unidos da América, passando mais tarde para a Europa. Notam os estudiosos da matéria que o desenvolvimento do crédito ao consumo partiu sobretudo do lado da oferta e não da procura, surgindo a necessidade de escoar bens de consumo, duradouros e de preço elevado, cujo incremento da sua produção surgiu com a Revolução Industrial. Em Portugal, foi a partir da década de 90 que o recurso ao crédito ao consumo começou a crescer, devido, entre outros, a factores como a descida das taxas de juro. Na actualidade, as estatísticas da Central de Responsabilidades de Crédito do Banco de Portugal¹⁰⁶ demonstram uma descida no recurso ao crédito ao consumo desde 2010, e uma tendência de decréscimo, o que pode ser explicado, em parte, pela imposição de maiores restrições por parte das entidades financeiras concedentes. Não obstante, o recurso a este tipo de financiamento, nomeadamente para aquisição de veículos, ainda é significativo.

Na nossa ordem jurídica, o regime legal do crédito ao consumo consta do já referido DL n.º 133/09, de 02.06 (RJCC)¹⁰⁷. Este Decreto-Lei, relativamente recente, visou a transposição para a ordem jurídica interna da Directiva n.º 2008/48/CE, do Parlamento e do Conselho, de 23.04¹⁰⁸, relativa a contratos de crédito aos consumidores, a qual veio fazer face às necessidades de uma nova regulamentação comunitária da matéria, dada a evolução profunda registada ao longo dos anos na área do crédito ao consumo. Tal Directiva visou uma harmonização plena e procurou intensificar as medidas de protecção dos consumidores.

O supra referido decreto veio revogar o DL n.º 359/91, de 21.02, ao qual aludem a Jurisprudência e a Doutrina que se têm pronunciado sobre o problema dos contratos de crédito ao consumo e da reserva de propriedade no seu contexto. Assim, as suas normas, que transpunham para o direito interno a Directiva n.º 87/102/CE, do Conselho, de 22.12 - referente à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos

¹⁰⁵ Para mais desenvolvimento, *vd.* ROSA-MARIA GELPI e FRANÇOIS JULIEN-LABRUYÈRE, *História do Crédito ao Consumo. Doutrinas e Práticas*, Principia, 2000.

¹⁰⁶ Ver resultados disponíveis *on-line* em:

<http://www.bportugal.pt/pt-PT/Estatisticas/PublicacoesEstatisticas/BolEstatistico/Publicacoes/11-Emprestimos%20sector%20financeiro.pdf>, consultado em 31.03.12. Cf. ainda, estudos do Grupo Markttest disponíveis em: <http://www.markttest.com/wap/a/n/id~16a3.aspx>, consultado na mesma data.

¹⁰⁷ Com as alterações introduzidas pela rectificação n.º 55/2009, de 31.07 e pelo DL 72-A/2010, de 17.06.

¹⁰⁸ Segundo GRAVATO MORAIS, trata-se de uma Directiva de "harmonização máxima", pelo que, em princípio, os Estados-Membros não deverão ser autorizados a manter, nem a introduzir outras regras para além das estabelecidas naquela Directiva, nos termos do Considerando 9 do mesmo diploma - Cf. GRAVATO MORAIS, *Crédito aos consumidores. Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Almedina, 2009, p. 11.

Estados-Membros relativas ao crédito ao consumo - não vigoram mais entre nós, sem prejuízo das regras de direito transitório¹⁰⁹.

De notar que o DL n.º 133/09 aplica-se apenas a alguns contratos de crédito aos consumidores, com a exclusão expressa do seu âmbito de múltiplas operações (arts. 2.º e 3.º). O art. 4.º RJCC vem consagrar algumas definições relevantes que importa destacar. Assim, o diploma em análise aplica-se ao consumidor enquanto pessoa física, singular "*que, nos negócios jurídicos abrangidos pelo presente decreto-lei, actua com objectivos alheios à sua actividade comercial ou profissional*"¹¹⁰. Por outro lado, considera-se "credor" qualquer pessoa, singular ou colectiva, que tenha concedido ou prometido conceder crédito no exercício da sua actividade comercial ou profissional (seja a título de actividade principal ou não). Quanto ao contrato de crédito ao consumo, ele é definido como "*o contrato pelo qual um credor concede ou promete conceder a um consumidor um crédito (...)*". A lei enumera depois as operações de crédito, referindo-se à sua concessão "*sob a forma de diferimento de pagamento*" (aqui enquadra-se a compra e venda a prestações), "*mútuo*" (e aqui está em causa o mútuo de dinheiro), "*utilização de cartão de crédito, ou qualquer outro acordo de financiamento semelhante*"¹¹¹. Conclui-se, pois, que o regime do DL não se aplica a relações entre profissionais, ou entre consumidores. Estão apenas em causa situações entre um profissional (seja ele pessoa singular, como um comerciante em nome individual, ou uma pessoa colectiva, instituição de crédito) e um consumidor, com expressa exclusão de alguns casos (arts. 2.º e 3.º DL n.º 133/09).

No que concerne ao desenvolvimento da concessão de crédito ao consumo, saliente-se que o mesmo surgiu, numa fase inicial, através da celebração de contratos de compra e venda a prestações ou com espera de preço. Aí, a aquisição é financiada pelo próprio proprietário do bem - fornecedor/vendedor (*vendor credit*). Todavia, em vez de optar pela celebração de uma compra e venda a prestações, o próprio vendedor pode também financiar a aquisição através da celebração com o consumidor de dois contratos autónomos: um de compra e venda a pronto, para venda do bem, e outro de mútuo, com vista a disponibilizar a quantia para a

¹⁰⁹ A revogação do diploma não significa que as suas normas já não sejam aplicáveis, pois tem de considerar-se o problema da aplicação da lei no tempo. Assim, o DL 359/91 poderá ainda aplicar-se aos negócios celebrados ao tempo da sua vigência, nomeadamente os celebrados antes do dia 1 de Julho de 2009 - art. 34.º e 37.º DL 133/09. Quanto aos contratos celebrados no domínio do DL antigo, mas que se prorroguem ou renovem à luz do novo DL, a lei é omissa. Concordamos com GRAVATO MORAIS, segundo o qual deverá aplicar-se o novo regime - *Crédito aos consumidores...*, cit., p. 128.

¹¹⁰ GRAVATO MORAIS enuncia alguns critérios que permitem apurar se o consumidor actua, ou não, com objectivos alheios à sua actividade - *Crédito aos consumidores...*, p. 26.

¹¹¹ Nesta última expressão, GRAVATO MORAIS inclui, por ex., a locação financeira, o ALD e a locação-venda - *Ibidem*.

aquisição. Em ambos os casos estão em causa relações bilaterais, entre fornecedor/vendedor e comprador. Assim, foi, efectivamente, a compra e venda a prestações, como bem afirma PAULO DUARTE¹¹², o "*mecanismo técnico-jurídico inaugurador da massificação do crédito ao consumo*"¹¹³. Com esse negócio jurídico, diferiu-se a exigibilidade da obrigação de pagamento do preço, permitindo-se ao comprador o imediato acesso ao bem. Nas palavras do autor, através desse instituto "*o vendedor concentra em si o desempenho simultâneo de duas funções económicas distintas: por um lado, a função propriamente comercial de intermediação na circulação dos bens; por outro lado, a adicional função financeira de suprimento da falta de liquidez do consumidor adquirente*".

Foi após a II Guerra Mundial, segundo MENEZES LEITÃO, que o crédito ao consumo veio assumir diferentes feições, com o aparecimento, ao lado do produtor e do consumidor, de um novo sujeito, o financiador. A relação até então existente no domínio da concessão de crédito para a aquisição de bens ou serviços deixou de ser bilateral e passou a ser trilateral, complexificando-se. Mais, foi precisamente o aparecimento e a produção massificada do automóvel que esteve nessa origem, uma vez que o facto de ser um bem de elevado valor, fez com que não mais os produtores ou vendedores pudessem financiar a sua aquisição, porquanto eles próprios se encontravam limitados pelas suas disponibilidades financeiras. Na verdade, uma vez que o consumo daquele bem não diminuía mas, pelo contrário, aumentava, o crédito começou a ser concedido por um terceiro, o financiador (*lendor credit*), representado por instituições especializadas para o efeito, instituições de crédito ou sociedades financeiras, através da concessão de empréstimos^{114 115}.

De entre os mecanismos técnico-jurídicos encontrados para o terceiro financiar as aquisições de bens pelo consumidor, está o que alguma Doutrina designa de "compra e venda financiada", na qual o consumidor celebra com o vendedor um contrato de compra e venda sem diferimento do preço e ao mesmo tempo com o financiador um contrato de mútuo em dinheiro, com vista ao pagamento do preço desse mesmo bem^{116 117}. É precisamente a

¹¹² Cf. "A sensibilidade do mútuo às excepções do contrato de aquisição na compra e venda financiada, no quadro do regime jurídico do crédito ao consumo", in *Sub Judice*, n.º 24, Jan-Mar, 2003, p. 39.

¹¹³ A compra e venda a prestações é também ela um contrato de crédito ao consumo.

¹¹⁴ MENEZES LEITÃO, "O crédito ao consumo: O seu regime actual e o regime proposto pelo Anteprojecto do Código do Consumidor", in *Sub Judice*, n.º 36, Jul-Set, 2006, p. 9.

¹¹⁵ Segundo GRAVATO MORAIS, a intervenção de uma instituição especializada tem duas finalidades: "*atribui ao consumidor os meios necessários à específica aquisição pretendida, que doutra sorte não conseguiria; permite ao vendedor alienar os seus bens de modo mais célere, possibilitando o aumento do seu volume de negócios*" - in *Contratos...*, cit., p. 24.

¹¹⁶ Ao lado dessa técnica de concessão de crédito ao consumidor por um terceiro, PAULO DUARTE vem referir a cessão de créditos (o vendedor cede à entidade financeira o crédito do preço da venda a prestações, recebendo logo o montante correspondente - art. 10.º do revogado DL 359/91 e art. 21.º do novo DL 133/09) e a

utilização do contrato de mútuo, como meio para emprestar a quantia para aquisição do bem pelo consumidor (contrato de crédito ao consumo), que nos interessa, na medida em que a figura da reserva de propriedade, antes praticamente inserida apenas em contratos de compra e venda a prestações (financiamento pelo proprietário do bem), está hoje a ser estipulada nos contratos celebrados entre consumidor e financiador. Tal prática levanta muitas dúvidas e divergências.

Nos termos gerais do Código Civil, o contrato de mútuo é "*o contrato pelo qual uma das partes empresta à outra dinheiro ou outra coisa fungível, ficando a segunda obrigada a restituir outro tanto do mesmo género e qualidade*" (art. 1142.º CC). Caracteriza-se pelo menos no seu modelo típico, por ser, um contrato real *quoad constitutionem*^{118 119}, cuja perfeição depende da *datio rei*, podendo ainda ser gratuito ou oneroso, conforme haja, ou não, retribuição do mutuante (art. 1145.º).

Da perspectiva do crédito ao consumo, o contrato de mútuo tem sempre carácter oneroso e apresenta-se como um dos mais difundidos e utilizados pelas instituições creditícias para concederem financiamento, encontrando-se sujeito à disciplina do mencionado DL n.º 133/09. Nesse âmbito, está apenas em causa o mútuo que tem por objecto dinheiro, pelo que releva aqui sobretudo o mútuo bancário, através do qual uma instituição de crédito ou sociedade financeira concede a outrem uma determinada quantia pecuniária, ficando o mutuário por sua vez obrigado a restituir o mesmo montante, acrescido de juros e outros encargos. Acrescente-se que o mútuo bancário contém algumas especificidades no que respeita à forma (DL n.º 32.765, de 29.04.1943), aos juros e aos prazos de vencimento (DL n.º 344/78, de 17.11)¹²⁰. Segundo GRAVATO MORAIS, com o qual concordamos, não deve empregar-se no domínio do crédito ao consumo a referida noção do art. 1142.º CC, porquanto a validade do contrato não depende da entrega do dinheiro ao mutuário. Está aqui em causa

utilização de títulos cambiários, como letras, livranças e cheques, a subscrever pelo consumidor (o consumidor celebra com o vendedor um negócio cambiário ao lado da compra e venda e depois o vendedor transmite o título cambiário ao financiador no âmbito de um contrato de desconto, por meio de endosso e o vendedor recebe do financiador o montante correspondente ao bem vendido - art. 11.º DL 359/91 e art. 22.º DL 133/09) - in "A Sensibilidade...", cit., p. 41ss.

¹¹⁷ Sobre os riscos em que incorre o consumidor que se envolve num esquema contratual destes, *vd. Idem*, p. 43.

¹¹⁸ Também neste sentido, PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4ª ed., Coimbra Ed., 1997, p. 761ss e MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, ob. cit., p. 388ss.

¹¹⁹ Note-se, contudo, que alguma Doutrina rejeita esta qualificação, defendendo que nada impede o mútuo consensual, como uma figura entre a promessa de mútuo e o mútuo real (em particular, VAZ SERRA, CASTRO MENDES, MENEZES CORDEIRO e JOÃO REDINHA) - mencionando essa divergência com indicação da Doutrina, *vd. JOSÉ JOÃO ABRANTES*, "Algumas Notas sobre o Contrato de Mútuo", in "Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais...", Vol. III, Coimbra Ed., 2007, p. 1058, n. 4.

¹²⁰ Sobre essa matéria, MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, reimpressão da 4ª ed., Almedina, 2010, p. 634ss.

um contrato consensual e não um contrato real *quoad constitutionem*, constituindo a entrega da importância mutuada apenas um acto de execução ou um efeito do contrato¹²¹.

No esquema contratual da "compra e venda financiada", estamos perante contratos de mútuo, com vista a financiar a aquisição de um bem vendido por outrem. Tais contratos, celebrados por instituições de crédito, traduzem-se em extensos formulários, dotados de inúmeras cláusulas elaboradas previamente pelos financiadores sem negociação, limitando-se os consumidores a aderir aos mesmos. Explica GRAVATO MORAIS que os contratos de mútuo abrangem um conjunto de condições particulares e de condições gerais. No âmbito das primeiras constam, normalmente, a identificação dos contraentes e, em regra, do fornecedor do bem, a descrição do objecto financiado, o preço da aquisição, o montante emprestado, o número de prestações a efectuar, entre outros elementos. Nas condições gerais constam os termos do crédito, designadamente o período de reflexão, a mora, os encargos e despesas, as obrigações do consumidor, a resolução do contrato, as garantias do cumprimento e ainda, em certos casos, uma cláusula de reserva de propriedade, seja a favor do financiador ou do vendedor¹²². Com efeito, também aqui é aplicável o regime jurídico constante da LCCG (DL n.º 446/85, de 25.10), com algumas especificidades¹²³, o que implica especiais deveres de informação e de comunicação por parte das entidades concedentes de crédito quanto ao conteúdo e alcance das cláusulas. Estão em causa especiais deveres de protecção do consumidor, contraente mais fraco.

Perante a complexidade do fenómeno ocorrido naquele esquema contratual da "compra e venda financiada", um dos problemas que se coloca é o de saber qual a perspectiva a adoptar em relação aos dois contratos envolvidos. É possível adoptar uma visão dualista ou unitária, isto é, pode entender-se que estamos perante dois contratos estruturalmente autónomos ou, ao invés, perante um único contrato trilateral celebrado entre mutuante, consumidor e vendedor.

Entendemos que a perspectiva da unidade é de rejeitar e concordamos com os argumentos aduzidos a este propósito por PAULO DUARTE¹²⁴. De facto, olhando para a

¹²¹ GRAVATO MORAIS, *Contratos...*, cit., p. 50. Diferentemente, *vd.* Ac. do STJ de 09.09.08, proc. 08A2123.

¹²² *Idem*, *Contratos...*, p. 136.

¹²³ Com explicações a este propósito, MENEZES LEITÃO, "O crédito ao consumo...", *ob. cit.*, p. 12.

¹²⁴ PAULO DUARTE refere-se aos dois modelos possíveis (modelo da separação ou modelo da unidade), rejeitando desde logo a visão unitária da "compra e venda financiada", na medida em que ela "não espelha, nem respeita, o significado negocial inferível das declarações emitidas pelos sujeitos intervenientes", pois "para que de um contrato trilateral se tratasse seria preciso que cada uma das partes dirigisse a sua declaração às outras duas, e que daí se pudesse concluir que todos os sujeitos se queriam vincular perante o conjunto que todos comporiam" - in "A sensibilidade...", *ob. cit.*, p. 44.

prática contratual, o que se vê são diversas declarações negociais emitidas entre consumidor-vendedor e consumidor-financiador, declarações essas autónomas, dirigidas à celebração de dois contratos distintos. Aliás, parece-nos, com o devido respeito, ser essa a única óptica possível em face da realidade prática, óptica essa cada vez mais sedimentada na Doutrina e na Jurisprudência que se refere sempre a "contratos autónomos, mas conexos"¹²⁵. Consequentemente, aderimos à tese que defende estarem em causa dois contratos distintos e duas relações diferenciadas, nomeadamente um contrato de compra e venda e um contrato de mútuo, e uma relação entre consumidor-vendedor e outra entre consumidor-financiador. Porém, e recorrendo ainda às palavras daquele autor, "*defender o "modelo da separação" não é o mesmo que sustentar um regime de completa incomunicabilidade entre os dois contratos*", pelo que pensamos não existirem dúvidas acerca da existência de uma conexão entre os negócios, tanto a nível económico, como funcional, pois ambos os contratos se dirigem a um mesmo fim: a aquisição de um bem pelo consumidor. Também segundo PAULO DUARTE, se olharmos para a legislação sobre o crédito ao consumo, constatamos que ela adopta o "modelo da separação", falando a lei sempre em "*contrato de crédito*" e "*contrato de compra e venda*" (n.º 4, art. 8.º e art. 12.º DL n.º 359/91)¹²⁶. Advirta-se que não iremos neste estudo debruçar-nos sobre a temática específica das influências que os contratos em causa têm um no outro¹²⁷.

No que respeita ao financiador, verificámos estar geralmente em causa uma instituição de crédito, que pode ser um Banco ou uma Sociedade Financeira para Aquisições a Crédito¹²⁸ (als. a) e i), art. 3.º RGICSF). Através dessas entidades, o consumidor - que tende a ser a parte protegida na relação creditícia¹²⁹ - tem acesso à quantia necessária para a aquisição do bem

¹²⁵ Cf. Por exemplo, os Acs. do TRP de 13.10.10, proc. 2295/09.5TBPVZ.P1 e do TRL de 12.10.06, proc. 3814/2006-2. *Vd. também* GRAVATO MORAIS, "A Unidade Económica dos Contratos", *Sub Judice*, n.º 36, Jul-Set, 2006, p. 13 e 19ss

¹²⁶ Com uma extensa referência ao direito estrangeiro e concluindo que o referido modelo é também o adoptado em ordenamentos jurídicos como o espanhol, o inglês, o alemão e o francês - PAULO DUARTE, "A sensibilidade...", *cit.*, p. 46, n. 23.

¹²⁷ Sobre a matéria, ver o interessante estudo citado de PAULO DUARTE, "A sensibilidade...", *cit.*, p. 46ss. Acerca da unidade económica dos contratos de crédito ao consumo e de compra e venda, *vd.* GRAVATO MORAIS, "A Unidade...", *cit.*, p.19ss. Cf. ainda, sobre as repercussões das vicissitudes ocorridas num contrato em outro com ele conexo, o art. 18.º do novo DL 133/09 sob a epígrafe "contrato de crédito coligado" e as considerações de GRAVATO MORAIS acerca do mesmo - *in Crédito aos consumidores...*, *ob. cit.*, p. 85ss. Do mesmo autor, cf. também, *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, Almedina, 2004 e "Reserva de Propriedade a favor do financiador - Ac. do TRL de 2.10.2003, Proc. C-148/02", *in* CDP, n.º 6, 2004, pág. 43ss.

¹²⁸ Estas últimas sociedades encontram-se reguladas pelo DL 206/95, de 14.10, e visam, entre outras operações, financiar a aquisição ou o fornecimento de bens ou serviços determinados, através da concessão de crédito directo ao adquirente ou ao fornecedor respectivos ou através de prestação de garantias (al. a), art. 2.º).

¹²⁹ O DL n.º 133/09 sobre o crédito ao consumo estabelece regras rígidas em relação à informação que deve ser prestada ao consumidor (art. 6.ºss).

que pretende. Todavia, como contrapartida da concessão de crédito, a entidade financiadora tende a exigir ao seu cliente a prestação de garantias especiais de cumprimento (garantias bancárias activas), com o intuito de reforçar aquela que é a garantia geral das obrigações, constituída pelo património do devedor (art. 601.º). Pretendem as instituições de crédito garantir uma preferência na liquidação dos seus créditos, preferindo normalmente a concessão de garantias reais.

Assim, no campo da concessão de crédito para aquisição de um bem de consumo, particularmente de um automóvel, o financiador pode exigir a prestação de garantias como a hipoteca, sobre o próprio automóvel¹³⁰, a fiança ou o aval. É ainda frequente a entrega de livranças em branco, por parte do devedor, com acordo de preenchimento pelo credor com o montante do capital e juros em dívida¹³¹.

Porém, dados os inconvenientes e elevados custos que a constituição daquele tipo de garantias acarreta, bem como a relutância dos consumidores em prestá-las, as financiadoras têm procurado instrumentos alternativos¹³², recorrendo com frequência à inserção de cláusulas de reserva de domínio nos próprios contratos de financiamento^{133 134}. O financiador procura, assim, proteger-se perante o inadimplemento do devedor ou mesmo perante a sua insolvência à semelhança do que usualmente acontece com o vendedor a prestações. Julga PINTO DUARTE ter sido em ligação com as supra referidas Sociedades Financeiras para Aquisições a Crédito que surgiram em Portugal tentativas de celebração de contratos trilaterais envolvendo vendas e financiamentos. Nas palavras do autor, tais "*empresas financeiras gostariam de poder beneficiar da reserva da propriedade, de forma semelhante àquela por*

¹³⁰ Nos termos do n.º 1 do art. 4.º do DL 54/75, de 12.02, "*os veículos automóveis podem constituir objecto de hipotecas legais, judiciais ou voluntárias*", estando a hipoteca sujeita a registo (al. c) do n.º 1, art. 5.º do mesmo diploma. De sublinhar que os veículos automóveis não podem ser objecto de penhor (art. 8.º daquele DL).

¹³¹ Art. 22.º DL 133/09 sobre a utilização de títulos de crédito com função de garantia.

¹³² Notámos já que há quem considere a reserva de propriedade como uma verdadeira garantia das obrigações. Outros, não a qualificando como tal, não negam, no entanto, à reserva uma função de garantia de créditos. *Supra* p. 37.

¹³³ Destacando a reserva de propriedade como um instrumento alternativo de garantia utilizado pelas instituições bancárias, *vd.* SARAIVA MATIAS, *Garantias Bancárias Activas e Passivas*, Edições Scripto, Lisboa, 1999, p. 55. Repare-se, contudo, que o autor refere tal instrumento quando estão em causa instituições financeiras que incluam no seu objecto a alienação de bens, não sendo, porém, comum a instituição bancária assumir o lugar de vendedora.

¹³⁴ Segundo MENEZES LEITÃO, as garantias reais possessórias acabam por ser economicamente não eficientes, dado que o desapossamento implica custos de depósito e conservação do bem e esse é imobilizado economicamente, porque nem o devedor o pode utilizar nem o credor. Quanto às garantias reais sem desapossamento, se essas permitem que o devedor conserve os bens, não oferecem, porém, uma garantia absoluta em caso de insolvência, pois têm que ser sujeitas ao concurso de credores e normalmente cedem perante os privilégios das entidades públicas. Nota o autor que a utilização da propriedade como garantia permite subtrair o bem ao concurso dos credores e favorece o devedor pois é uma garantia oculta e, por outro lado, não lesa os interesses dos terceiros, porque se generalizou a ideia de que nem todo o activo na posse de um comerciante constitui necessariamente sua propriedade - *in Garantias das Obrigações*, *ob. cit.*, p. 253.

que dela podem beneficiar os vendedores a prestações"¹³⁵. Com aquela cláusula, a entidade concedente do crédito pretende recuperar o veículo financiado, em caso de inexecução do contrato, garantindo-se por essa via. Quanto ao mutuário, pode ele gozar do bem que entretanto tem na sua posse, mas os seus poderes de disposição em relação ao mesmo ficam restringidos por via da reserva.

Note-se, ainda, que a instituição bancária, enquanto alienante do bem a prestações (se o seu objecto social permitir), reservar para si a propriedade não é situação idêntica à da instituição, enquanto terceiro financiador de uma aquisição proporcionada por outrem, inserir no contrato de mútuo uma cláusula dessa natureza. É esta última alternativa e prática corrente que vamos agora tratar e discutir.

3. A CLÁUSULA DE RESERVA DE PROPRIEDADE NO CONTRATO DE MÚTUO: UMA ANÁLISE CRÍTICA DOS PROBLEMAS E DAS SOLUÇÕES PROPOSTAS

3.1. AS USUAIS CLÁUSULAS DE RESERVA DE PROPRIEDADE NO CONTRATO DE MÚTUO

Em face das análises efectuadas e das considerações tecidas, *quid juris* quanto à inserção de uma cláusula de reserva de propriedade num contrato de mútuo, enquanto contrato para financiamento de um bem (automóvel¹³⁶), adquirido por compra e venda, e celebrado entre uma instituição de crédito e um consumidor? Deixámos colocado o problema¹³⁷ e apresentámos as soluções propostas pela Jurisprudência¹³⁸. Releva agora desenvolvê-lo mais criticamente e tomar uma posição sobre o assunto.

Constatámos que o comércio automóvel é um dos campos de aplicação mais comuns do crédito ao consumo. As pessoas compram automóveis a crédito e as entidades bancárias concedem financiamento para esse fim. Não estamos, em regra, perante um crédito pessoal/livre, isto é, concedido para que as pessoas utilizem as quantias ao seu dispor para a aquisição de um qualquer bem/serviço (mútuo sem destinação). Na verdade, a concessão de crédito no contexto automóvel assume, na maioria das vezes, a forma de um "crédito automóvel", tendo o financiamento um escopo específico: permitir a aquisição desse bem pelo

¹³⁵ Vd. "Alguns Aspectos Jurídicos dos Contratos Não Bancários de Financiamento de Aquisição e Uso de Bens", in Revista da Banca, n.º 22, Abril-Junho, 1992, p. 49ss.

¹³⁶ A cláusula pode, contudo, inserir-se em qualquer outro negócio que não a compra e venda financiada de automóveis. Centrar-nos-emos, porém, nesta hipótese dada a sua frequência na prática.

¹³⁷ *Supra* p. 14ss.

¹³⁸ *Supra* p. 16ss.

cliente (mútuo com destinação¹³⁹). Aliás, também como forma de garantir a aplicação da quantia ao fim visado, constitui prática corrente a sua entrega directa pela entidade financiadora ao vendedor do veículo, embora também possa ser o consumidor a fazê-lo¹⁴⁰. É também nesse contexto que surgem as cláusulas de reserva de domínio. O terceiro financiador, ao celebrar o contrato de mútuo com o seu cliente, estipula (em geral, previamente e sem negociação) numa das suas cláusulas que a propriedade do automóvel fica reservada a seu favor até ao cumprimento integral ou parcial das obrigações derivadas do negócio, concedendo o consumidor o seu expresso acordo a tal situação¹⁴¹. Refira-se um exemplo típico dessa cláusula:

*"A [financiadora] reserva para si a propriedade do bem alienado, até ao integral cumprimento por parte do Comprador de todas as obrigações estabelecidas no presente Contrato, ao que este dá o seu expresso acordo, sendo por conta do Comprador todos os custos e despesas decorrentes do respectivo registo"*¹⁴².

Esta disposição coloca problemas pela sua atipicidade jurídica e dada a natureza da reserva de propriedade e o seu habitual campo de aplicação aos contratos de alienação.

Outra cláusula de reserva de domínio que também iremos tratar, distinta da supra citada e muito frequente na prática, é a seguinte:

*"Nos termos do art. 409.º do Código Civil, e até à data em que todas as prestações (...) hajam sido pagas pelo Comprador (...), a propriedade do veículo é inicialmente reservada para o Vendedor Registado, que cedeu ou cederá [ao financiador] a titularidade de tal reserva de propriedade. O Comprador presta o seu consentimento a tal cessão. Nos termos do disposto no art. 591.º do Código Civil o Comprador sub-roga o [financiador] nos direitos do Vendedor Registado, decorrentes da reserva de propriedade (...)"*¹⁴³. Aqui, é o comprador que cumpre a obrigação com dinheiro mutuado, que sub-roga o financiador na posição jurídica do vendedor, ficando tal situação expressa no próprio contrato de mútuo (art. 591.º). Há, contudo, hipóteses em que se prevê, no mútuo, ser o próprio vendedor a sub-rogar

¹³⁹ As expressões "mútuo com e sem destinação" são de GRAVATO MORAIS – *in Contratos...*, ob. cit., p. 49.

¹⁴⁰ Não considerando, contudo, existir um mútuo, pela quantia não ter sido primeiramente entregue ao mutuário, *vd.* o Ac. do TRP de 06.06.02, CJ, 2002, III, p. 193. Há quem retire, no entanto, do facto da quantia ser entregue pelo financiador directamente ao vendedor, uma especial ligação entre os dois contratos, argumentando assim em favor da validade da cláusula no mútuo.

¹⁴¹ Há ainda casos, como referimos supra, diferentes daquele que pretendemos tratar, em que é reservada a propriedade a favor do vendedor para garantir o crédito do terceiro financiador. Cf. Ac. do TRL de 13.03.03, *in* CJ, 2003, II, p. 74 e de 22.01.08, proc. 7355/2007-1 e de 27.07.06, proc. 937/2006-1 e do TRC de 23.11.00, CJ, 2000, T.V, p. 99. Cf. ainda GRAVATO MORAIS, *Contratos...*, cit., p. 321ss.

¹⁴² *In* Ac. do TRC de 23.06.09, proc. 2620/08.6TBAGD.C1.

¹⁴³ Acs. do STJ de 02.10.07, proc. 07A2680 e de 12.05.05, proc. 05B538; e Acs. do TRL de 12.03.09, proc. 3184/08-2, de 15.04.08, proc. 2596/2008-7 e de 16.12.03, proc. 7023/2003-7.

o financiador na sua posição, quando deste recebe a quantia mutuada, nos termos do 589.º CC. São este tipo de cláusulas que trazem à colação argumentos relacionados com o instituto da sub-rogação (art. 589.ºss). O problema será adiante analisado em detalhe¹⁴⁴.

Estão, pois, em causa dois tipos distintos de cláusulas inseridas nos contratos de mútuo, embora ambos visem permitir ao financiador beneficiar da reserva de propriedade de um bem. Num dos tipos o mutuante reserva para si directamente a propriedade do bem ao abrigo do art. 409.º. No outro tipo prevê-se uma transmissão da reserva para o mutuante, por força de uma sub-rogação (art. 589.ºss). Iremos agora analisar autonomamente cada uma das situações.

Concluímos, pois, não se verificar, na prática, o que GABRIELA FIGUEIREDO DIAS previu, ao referir que não se encontraria "*certamente, uma cláusula de reserva de propriedade naquelas transacções em que o comprador satisfaz as suas necessidades de crédito mediante recurso a um financiamento bancário ou equiparado*", na medida em que tal financiamento seria garantido "*normalmente, por um penhor sem desapossamento ou por uma hipoteca mobiliária ou imobiliária*"¹⁴⁵. Efectivamente, a prática fez com que se tornassem socialmente típicas cláusulas em que a propriedade do bem alienado é dada em garantia ao financiador.

Ante tal realidade, pergunta-se se será possível, nomeadamente ao abrigo da liberdade contratual (art. 405.º), prever que a propriedade de um veículo fique originariamente reservada para o financiador que emprestou a quantia necessária à sua aquisição, mas que não vendeu o bem, ou que tal reserva lhe seja cedida pelo vendedor.

3.2. AS DIVERGÊNCIAS NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Não há unanimidade na Doutrina ou na Jurisprudência nacionais no que concerne ao problema do *pactum reservati dominii* nos contratos de mútuo¹⁴⁶. Vejamos os argumentos invocados para a defesa da validade ou invalidade de cláusulas como as supra transcritas.

¹⁴⁴ *Infra* p. 65.

¹⁴⁵ *Ob. cit.*, p. 423.

¹⁴⁶ Na Alemanha prevê-se expressamente a nulidade da reserva a favor de outrem que não o vendedor (§ 449, III BGB). Segundo o preceito a reserva é nula se a transferência da propriedade estiver dependente do cumprimento pelo comprador de obrigações de terceiro.

Na Espanha importa atentar à *Ley 28/98, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (LVPBM)*, à qual ficam sujeitos os contratos de compra e venda a prazo de bens móveis destinados a consumo, bem como os contratos de mútuo tendentes a facilitar a sua aquisição e as garantias constituídas para assegurar o cumprimento das obrigações deles decorrentes. A propósito de problemas específicos, surgiu também nesta ordem jurídica o problema da reserva de domínio a favor do financiador que concede crédito ao comprador. QUICIOS MOLINA dá um exemplo de cláusula que pode surgir no mútuo: "(...) *Se entiende conferido el dominio al financiador, a*

A nossa exposição passará, em primeiro lugar, por analisar cada um dos argumentos invocados em prol da validade da reserva directa de propriedade pelo mutuante. Em simultâneo, e socorrendo-nos da Doutrina e de excertos de alguns arestos relevantes, iremos apresentar os contra-argumentos que têm sido aduzidos em relação à tese da validade, bem como tomar posição sobre o assunto. Em seguida, partiremos para a análise da estipulação da reserva no mútuo a favor do vendedor, mas com cedência para o financiador por sub-rogação deste na posição daquele.

3.2.1. RESERVA DIRECTA DE PROPRIEDADE A FAVOR DO FINANCIADOR

Sem prejuízo de outros autores, quanto à cláusula de reserva de propriedade estipulada directamente a favor do financiador no contrato de mútuo, destaca-se, como defensora da sua validade, ISABEL I. MENÉRES CAMPOS¹⁴⁷ e, em sentido oposto, GRAVATO MORAIS¹⁴⁸, MENEZES LEITÃO¹⁴⁹, ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE¹⁵⁰, bem como CARVALHO FERNANDES¹⁵¹.

Estão em causa, na generalidade dos casos, compras de veículos automóveis. Por conseguinte, surgem também questões registais. Por um lado, a aquisição do veículo deve ser

los meros efectos de garantía hasta el completo pago del préstamo, con los mismos derechos que si se tratara del cesionario del vendedor a plazos". Ora, a lei espanhola parece permitir a reserva de propriedade como um meio de garantia e, cremos que, apesar das divergências, é maioritária a Doutrina e Jurisprudência que admite a cláusula nos contratos de mútuo. Nesse sentido, afirma a citada autora dever concluir-se pela validade da cláusula, e nessa defesa cita a explicação dada pelo *Grupo Popular* ao Projecto da LVPBM: "*Que la Ley expresamente admita la posibilidad de que el financiador también pueda pactar la reserva de dominio en su favor, pese a no haber sido todavía propietario, siguiendo la práctica actualmente aceptada en los Registros de Venta a Plazos*". - *vd. Efectos de las Garantías reguladas por la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles en Caso de Incumplimiento del Comprador y Concurrencia de Acreedores*, 1ª ed., Aranzi, 2006, p. 99. Em sentido oposto, CARRASCO PERERA e outros, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, 2002, p. 983. No Brasil, estipula-se no art. 528. do Código Civil Brasileiro, preceito inserido no capítulo concernente à venda com reserva de domínio, o seguinte: "*Se o vendedor receber o pagamento à vista, ou, posteriormente, mediante financiamento de instituição do mercado de capitais, a esta caberá exercer os direitos e ações decorrentes do contrato, a benefício de qualquer outro. A operação financeira e a respectiva ciência do comprador constarão do registro do contrato.* Esta norma, apesar de não se referir directamente ao problema da reserva a favor do financiador, tutela-o em caso de entrega ao vendedor da quantia correspondente ao preço, pois investe-o na qualidade e direitos do vendedor, permitindo-lhe fazer uso das acções que a este cabem. Diz-se que a previsão vem consagrar uma alternativa à alienação fiduciária em garantia, evitando-se as suas distorções, *as suas onerosas complicações e ainda os problemas fiscais que a sua natureza pode acarretar*". As palavras são de FERNANDO DE OLIVEIRA - *in* <http://pt.scribd.com/doc/6838003/Codigo-Civil-Comentado-Completo>.

¹⁴⁷ Também tem uma posição favorável à reserva de propriedade a favor do financiador PINTO OLIVEIRA, o qual defende a validade dessa reserva com base nas regras da sub-rogação (arts. 589.ºss) e numa análise de interesses - *Contrato...*, ob. cit., p. 56.

¹⁴⁸ Cf. *Contratos de crédito...*, ob. cit., p. 299ss.

¹⁴⁹ *In Direito das Obrigações*, Vol. III, cit., p. 55, n. 96.

¹⁵⁰ Da leitura das palavras de ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE parece-nos de concluir que os autores só concebem a cláusula em contratos de alienação - *Garantias...*, cit., p. 243.

¹⁵¹ Cf. "Notas Breves...", cit., p. 331. Cf. ainda CATARINA MONTEIRO PIRES, *A Alienação em Garantia...*, ob. cit., p. 173.

sempre registada a favor do comprador. Por outro lado, verifica-se que não só a aquisição, mas também a própria reserva de propriedade tem de ser registada para ser eficaz em relação a terceiros (n.º 2, art. 409.º e n.º 2 e al. b) do n.º 1 do art. 5.º DL 54/75). Sucede assim que, na prática, numa compra e venda financiada nos termos supra descritos, com reserva em benefício do financiador, o comprador tem a seu favor o registo da aquisição do bem e o mutuante o registo da reserva de domínio, o que suscita diversas dificuldades.

A reserva de propriedade é um instituto largamente difundido e, ainda hoje, muito utilizado no comércio jurídico, pelo que o seu tratamento não pode deixar de assumir um enorme interesse prático. Vejamos, portanto, pormenorizadamente a controvérsia doutrinária e jurisprudencial existente quanto à admissibilidade da figura em contratos de mútuo.

Reconhece I. MENÉRES CAMPOS¹⁵², defensora da tese da validade da inserção de cláusulas de reserva de domínio em contratos de mútuo para financiamento de aquisições de bens de consumo, no entanto, a anomalia dessa inserção, considerando que a figura foi, na sua génese, pensada apenas para os contratos de alienação. Afirma a autora que a solução não passa simplesmente por admitir a estipulação apenas ao abrigo da liberdade contratual das partes (art. 405.º).

Efectivamente, não podemos deixar de concordar com aquela afirmação, não obstante haver quem retire daquele princípio o argumento decisivo a favor da reserva no mútuo. Cite-se, a título de exemplo, o Acórdão do TRP relatado pela Desembargadora MARIA DE DEUS CORREIA¹⁵³, no qual se aduz, a propósito da reserva a favor do financiador, o seguinte: *"Destaca-se pelo interesse que tem para a questão em apreço o segmento da liberdade contratual (...). E é à luz deste princípio basilar do regime dos contratos que não se vislumbra qualquer obstáculo legal a que o alienante possa transferir um direito que é seu para a esfera jurídica de terceiro, neste caso o mutuante, no âmbito do contrato tripartido ou triangular (...), em que o risco do crédito se desloca do vendedor para o financiador (...)"*. Conclui-se depois, no seu sumário, pela validade da *"cláusula de reserva de propriedade a favor do mutuante que financiou a aquisição pelo mutuário a um terceiro de um bem sobre que incide a garantia, por resultar da liberdade contratual e não ser proibida por lei"*.

Ora, em primeiro lugar, e tendo em conta o facto de nos autos estar em causa uma situação em que a reserva foi estipulada (e registada) directamente pelo mutuante a seu favor

¹⁵² I. MENÉRES CAMPOS, "Algumas Reflexões...", ob. cit., p. 641. Da mesma autora, *vd.* a "Cancelamento do registo da reserva de propriedade - Ac. do STJ de 2.2.2006, Proc. 3932/05", in CDP, n.º 15, Jul-Set, 2006, p. 53ss e "Cancelamento do registo de reserva de propriedade a favor do exequente - Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 10/2008, proc. 3965/07" in CDP, n.º 29, Jan-Mar, 2010, p. 25ss.

¹⁵³ Ac. TRP de 24.02.11, proc. 935/09.5TBOAZ.P1; Cf. ainda voto de vencido, no Ac. do TRP de 26.04.10, proc. 1710/09.2TBVCD.P1.

no contrato de mútuo, pensamos, salvo o devido respeito por outra opinião, que o aresto confunde dois problemas diferenciados: o problema da reserva de propriedade directa a favor do financiador prevista no contrato de mútuo e o problema da transmissibilidade da reserva do vendedor para o financiador por sub-rogação deste nos direitos daquele por via do cumprimento, aspecto que iremos tratar em seguida e que tem sido trazido à colação pela Jurisprudência para defesa da doutrina da validade da estipulação em análise. Com efeito, estão em causa, em nossa opinião, duas questões distintas, ainda que o argumento da liberdade contratual possa empregar-se nos dois casos. Assim, e examinando apenas esse argumento em favor da admissibilidade da estipulação da reserva, explicita-se que não concordamos com a afirmação supra transcrita. De facto, no âmbito da liberdade contratual, insere-se a liberdade de conformação do conteúdo do negócio jurídico, a qual, por sua vez, se desdobra na faculdade de as partes celebrarem qualquer um dos contratos previstos na lei, na possibilidade de aditarem a qualquer desses negócios as cláusulas que mais convém aos seus interesses, bem como no poder de conclusão de contratos distintos dos que a lei prevê e regula¹⁵⁴. É ao abrigo desta vertente do princípio que se pretende legitimar a aposição de uma cláusula de reserva de domínio num contrato de mútuo. Porém, apesar da amplitude do mencionado princípio, ele comporta limitações, como sugere o art. 405.º ao aludir aos "*limites da lei*". Entre esses limites importa destacar os que decorrem dos arts. 280.ºss do Código Civil respeitantes ao objecto do negócio jurídico. Começa o n.º 1 do art. 280.º, desde logo, por prever a nulidade dos negócios cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável. Ora, é com base neste preceito que tem vindo a ser defendida a nulidade da estipulação da reserva no mútuo a favor do financiador, porquanto é "*legalmente impossível alguém reservar um direito de propriedade de que não dispõe*"¹⁵⁵. Semelhante limite da lei à liberdade contratual pode retirar-se do art. 294.º CC, o qual estipula que os negócios celebrados contra disposição legal de carácter imperativo são nulos. Ora, pensamos que é precisamente o que sucede com o contrato de mútuo com reserva de propriedade, na medida em que se contraria o disposto no art. 409.º CC¹⁵⁶.

Ademais, ainda que haja registo da reserva - inválida a nosso ver - a favor do mutuante, como acontece na prática, parece-nos estar em causa, como se escreveu no Acórdão do TRL, um "*mero acto registral sem suporte no direito substantivo uma vez que a [financiadora] nunca foi proprietária do veículo para poder reservar essa propriedade até*

¹⁵⁴ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, Vol. I, ob. cit., p. 246ss.

¹⁵⁵ Cf. Ac. do TRC de 19.01.10, proc. 2112/09.6TBMGR.C1 e Ac. do TRP de 26.04.10, proc. 1710/09.2TBVCD.P1.

¹⁵⁶ Neste sentido, *vd.* o Ac. do TRC de 14.02.12, proc. 2/09.1TBFVN.C1.

*lhe ser restituída a quantia mutuada. A realidade assim criada não é merecedora de protecção legal (...)*¹⁵⁷.

I. MENÉRES CAMPOS admite também a reserva de propriedade no mútuo, sobretudo pela importância que ela pode assumir como um meio de garantia útil ao financiador. Encara-se a reserva como uma garantia do crédito, estando o direito do mutuante exclusivamente limitado a tal função. Nas palavras da autora, se "*(...) a instituição financeira não é vendedora, logo não parece poder reservar a propriedade de uma coisa que nunca teve (...), a realidade do comércio automóvel contraria estas afirmações (...)*"¹⁵⁸. Refere-se que, para as sociedades financeiras que prestam um crédito arriscado, "*o recurso à figura da reserva de propriedade se apresenta como um expediente que lhes permite rapidamente recuperar o bem havendo incumprimento por parte do comprador (...)*"¹⁵⁹. Não obstante a veracidade das afirmações, o facto de se ter criado uma actuação reiterada na realidade prática por parte das instituições de crédito, não legitima a estipulação da reserva no contrato de mútuo. Somos de opinião de que tais entidades têm ao seu dispor uma diversidade de meios alternativos de garantia para fazer face ao risco de incumprimento do devedor, entre os quais a hipoteca¹⁶⁰, por estar em causa um bem móvel sujeito a registo nos termos da al. f) do art. 688.º CC, pelo que não é necessária a cláusula de reserva de domínio para que o financiador se proteja. Acresce que este último, frequentemente se socorre de mais do que um tipo de garantia, exigindo, também, em alguns casos, a subscrição de títulos de crédito em branco (ex. livranças)¹⁶¹.

Igualmente, GRAVATO MORAIS, opositor da teoria da admissibilidade da estipulação no mútuo, salienta a possibilidade da instituição de crédito optar por outras formas de financiamento, ao lado da concessão de crédito ao consumo, como a locação financeira

¹⁵⁷ As palavras são do Desembargador ORLANDO NASCIMENTO, no voto de vencido ao Ac. de 06.03.07, proc. 1187/2007-7. Também escreveu o STJ no AUJ de 09.10.08 que a nulidade substantiva do acto acarreta a nulidade do seu registo (arts. 16ss CRPred).

¹⁵⁸ Ob. cit., p. 640.

¹⁵⁹ Ob. cit., p. 639. Em sentido análogo, cf. o Ac. do TRL de 22.06.06, proc. 4667/2006-6: "*É compreensível que a entidade que facilita o crédito para a aquisição de veículo automóvel queira assegurar o seu crédito, lançando mão da garantia da reserva da propriedade por ser um meio expedito para poder garantir o seu crédito. Daí que seja aceitável que num contrato de crédito ao consumo (...) se estabeleça uma cláusula de reserva da propriedade desse veículo, a favor do financiador, ainda que este não intervenha no contrato de compra e venda do veículo*".

¹⁶⁰ Aliás, esta garantia real concederia até ao mutuante prioridade de tratamento na graduação de créditos e permitiria até recorrer ao procedimento cauteloso de apreensão de veículo automóvel, como preliminar à execução do bem hipotecado (arts. 15.º DL 54/75 e 835.º CPC).

¹⁶¹ Confirmam a afirmação, por ex., os Acs. do TRL de 09.05.06, proc. 12156/2005-7, de 27.10.09, proc. 24199/07.6YYLSB-A.L1-1, do STJ de 12.02.09, proc. 08B4052 e do TRP de 14.07.08, proc. 0823346.

(*leasing*) ou o aluguer de longa duração¹⁶². Consequentemente, apesar de reconhecemos à reserva a função de garantia do cumprimento, cremos que, pela sua própria natureza, a estipulação só faz sentido em contratos translativos do direito de propriedade. O que não é o caso do mútuo. Neste sentido, entre outros, o Acórdão do TRL de 29.06.06¹⁶³, no qual se conclui que *"a cláusula de reserva de propriedade reporta-se, inevitavelmente, aos contratos de alienação"*.

Também para I. MENÉRES CAMPOS, o ora revogado DL n.º 359/91 (aplicável ainda hoje a muitos casos), sobre o crédito ao consumo, reconhecia explicitamente a faculdade de as partes estabelecerem a reserva de propriedade em contratos de mútuo. Socorrem-se deste argumento, em particular da norma constante da al. f) do seu art. 6.º (sobre os requisitos do contrato de crédito), uma série de decisões jurisprudenciais, nomeadamente, o Acórdão do TRL de 30.05.2006¹⁶⁴ segundo o qual: *"a própria lei que regula o crédito ao consumo o admite no n.º 3 do seu art. 6.º quando refere que «o contrato de crédito que tenha por objecto o financiamento da aquisição de bens ou serviços mediante pagamento em prestações deve indicar ainda: (...) f) o acordo sobre a reserva de propriedade»"*. O argumento surge do facto de aquela norma fazer referência a *"contrato de crédito"*, não especificando o tipo contratual em causa, pelo que os partidários da tese da admissibilidade da reserva a favor do mutuante defendem que se encontram aí abrangidos todos e quaisquer contratos de crédito ao consumo, incluindo o mútuo.

De notar, porém, que o argumento não é decisivo, porquanto pode defender-se, como aliás tem feito a Doutrina e os Tribunais, que o citado preceito, ao prever o acordo de reserva de propriedade, se aplica apenas a situações em que a entidade vendedora simultaneamente financia o comprador, através de uma das formas previstas no art. 2.º do mesmo DL (relações bilaterais). Nessa linha, o Acórdão do TRP de 26.04.10 salienta que *"o acordo sobre reserva de propriedade", não "legaliza" a sua estipulação a favor da entidade financiadora, quando ocupa a posição de terceira relativamente ao contrato de alienação (...)"*¹⁶⁵. Também para CARVALHO FERNANDES, *"o entendimento correcto é (...), o de aquela norma dever ser interpretada restritivamente, isto é, limitando a permissão do acordo de reserva de propriedade ao caso de o financiador ser o vendedor dos bens"*¹⁶⁶. Os partidários da teoria

¹⁶² *Contratos...*, ob. cit., p. 51ss. Sobre estes negócios, *vd.* notas 101 e 102. Note-se, contudo, que os referidos meios só têm sido utilizados no caso de aquisição de viaturas novas.

¹⁶³ Proc. 4888/2006-2.

¹⁶⁴ Proc. 3228/2006-7.

¹⁶⁵ Proc. 1710/09.2TBVCD.P1; *Vd.* ainda os Acs. do TRP de 15.01.07, proc. 0651966 e do TRL de 12.10.06, proc. 3814/2006-2.

¹⁶⁶ "Notas Breves...", cit., p. 330.

favorável à reserva no mútuo não devem esquecer-se que, não obstante a lei se referir latamente a "*contrato de crédito*", não estão abrangidos na sua previsão negócios jurídicos em que a estipulação não tem sentido, nem é legalmente admissível, como é o caso de qualquer contrato não translativo do direito de propriedade (art. 409.º).

Ainda no que respeita àquele argumento, perfilhamos a última posição transcrita e partilhamos da opinião de GRAVATO MORAIS¹⁶⁷. Aduz o autor que a reserva de domínio visa tutelar interesses do credor, pelo que não é de estranhar a falta de previsão dessa estipulação no regime dos contratos de crédito ao consumo, o qual procura proteger essencialmente o consumidor. Para o autor, não devia pressupor-se que o DL n.º 359/91 tivesse previsto tal possibilidade sem a regular. Ora, apesar da utilidade do argumento, assente no art. 6.º do referido DL, cremos que perderá no futuro grande parte da sua relevância, porque o novo DL n.º 133/09 sobre o crédito ao consumo não contém mais qualquer referência ao acordo de reserva de propriedade. Contrariamente ao art. 6.º do DL n.º 359/91, que estabelecia os requisitos do contrato de crédito e que previa na al. f) do seu n.º 2 "*o acordo sobre a reserva de propriedade*", o art. 12.º do novo DL, sobre a mesma matéria, nada prevê. Já não se fala da reserva de propriedade, nem nesse preceito, nem em qualquer outro, o que nos leva a crer que o legislador, face às dúvidas que a norma vinha suscitando, optou por eliminar a referência, com o propósito de clarificar a impossibilidade de inserção de cláusulas de reserva de domínio em contratos não translativos do direito de propriedade. Na verdade, a reserva de propriedade surgiu em íntima ligação com a compra e venda a prestações, pelo que não parece suscitar dúvidas que, em relação a esse tipo de contratos de crédito ao consumo, ela pode prever-se, devendo constar das suas cláusulas. Não é, pois, necessária uma referência directa no DL a essa faculdade, a qual, a continuar a existir como existia, viria agravar as dúvidas até então existentes.

Voltando à tese que sufraga a validade da cláusula, I. MENÉRES CAMPOS considera a figura criada pela celebração dos dois negócios - de compra e venda e de mútuo - um "*contrato misto*"¹⁶⁸, em que se reúnem no mesmo negócio elementos de dois ou mais tipos contratuais. Segundo esta autora, nada parece impedir que a reserva seja constituída a favor de

¹⁶⁷ GRAVATO MORAIS, *Contratos...*, cit., p. 299ss.

¹⁶⁸ Alude a autora à doutrina de PAIS DE VASCONCELOS (in "*Contratos atípicos*", Almedina, 1995, p. 226ss). Para o autor, "*os contratos atípicos mistos são construídos pelas partes a partir de tipos contratuais que são adoptados, modificados ou misturados de modo a satisfazerem o seu interesse contratual*". Dentro desses contratos, distingue o autor aqueles que são construídos a partir de um tipo e os que advêm da conjugação de mais de um tipo contratual (é nestes últimos que I. MENÉRES CAMPOS insere o fenómeno da compra e venda financiada - "*Algumas Reflexões...*", cit., p. 642). Teríamos, assim, aderindo a tal tese, um contrato de "tipo duplo".

um terceiro, *"importante e determinante é que seja objecto do clausulado entre as partes"*¹⁶⁹. Com o devido respeito, também não podemos aceitar este entendimento, uma vez que, como fizemos notar, entendemos que a liberdade de fixação e de escolha do conteúdo dos negócios jurídicos está sujeita aos limites impostos pela lei. Uma cláusula como a que estamos a analisar não cabe no âmbito de aplicação do art. 409.º, sendo nula, por contrariedade a essa norma imperativa. Por outro lado, a defesa da existência de um tipo contratual atípico neste caso, derivado da junção de dois tipos contratuais (compra e venda e mútuo), para defender a admissibilidade da reserva a favor do mutuante, desvirtua o instituto do *pactum reservati dominii* tal como foi concebido, isto é, para os contratos translativos do direito de propriedade. Admitir a reserva a favor de outrem que não o proprietário do bem alienado significaria permitir aos contraentes, ao abrigo da sua autonomia privada, ignorarem a essência e o âmbito de aplicação do instituto (art. 409.º), ou seja, contornar a lei. Também a analogia - *"necessária sempre que o contrato seja efectivamente atípico"* pois *"a atipicidade impede a aplicação directa do direito legal do tipo"*¹⁷⁰ - não seria uma solução exequível, dada a natureza excepcional, em relação ao regime regra da transmissão da propriedade por mero efeito do contrato consagrado no art. 408.º, da norma constante do art. 409.º (art. 11.º CC). Assim, a estipulação da reserva no clausulado do contrato de mútuo só poderá implicar a nulidade da cláusula.

Para I. MENÉRES CAMPOS, o esquema negocial da compra e venda financiada tem de ser visto como unitário, ocorrendo nele dois efeitos translativos: *"o comprador adquire, no momento da celebração do negócio, a propriedade da coisa e, logo em seguida, estipula com o mutuante que este reserva para si esse direito até ao pagamento integral do preço"*¹⁷¹. O registo de aquisição é efectuado a favor do vendedor, nos termos do DL n.º 54/75 e a reserva de propriedade é registada a favor do mutuante. Deixámos já exposto que julgamos tratar-se este último registo de um acto sem apoio na lei substantiva, pelo que o mesmo não deve considerar-se válido à luz do previsto nos arts. 16.ºss CRPRed. Há, contudo, quem perfilhe que a constituição da reserva a favor do mutuante é legítima e tanto assim é que *"a Conservatória vinculada ao princípio da legalidade elaborou o registo (...)"*. Consequentemente, terá o mutuante *"de ter direito a accionar tal garantia, sob pena de esta ser inútil"*¹⁷². Diremos uma vez mais que não conseguimos, porém, vislumbrar como pode o mutuante reservar o direito real de propriedade quando o mesmo não lhe pertence aquando da

¹⁶⁹ "Algumas Reflexões...", cit., p. 642.

¹⁷⁰ PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos...*, ob. cit., p. 242.

¹⁷¹ "Algumas Reflexões...", cit., p. 642.

¹⁷² Ac. do TRL de 22.06.06, proc. 4667/2006-6.

celebração do contrato. Se é o comprador que adquire a propriedade do bem, não pode o financiador ficar com a reserva desse direito, porque, simplesmente, não é seu. Assim, e para que o financiador possa reservar a propriedade, só avistamos uma hipótese, que passa necessariamente pela prévia transmissão do direito real do comprador para o mutuante, porquanto o contrato de mútuo não implica um tal efeito.

Propugna-se também, a favor da cláusula, que se a reserva a favor do mutuante não fosse admissível o devedor incumpridor não poderia ser desapossado do veículo cuja propriedade não lhe pertencia, visto que tanto o vendedor como o financiador não poderiam resolver o contrato. O primeiro por já ter recebido o preço e o segundo por ser inválida a reserva de propriedade a seu favor.

Ora, também não nos convence esta argumentação da perda do efeito útil da da reserva¹⁷³, porquanto, admiti-la sob esse pretexto, significaria sermos sempre autorizados a ampliar o campo de aplicação dos institutos jurídicos no sentido que se mostrasse mais favorável a uma determinada situação. Não é isso que se pretende, nem sequer com a interpretação actualista das normas jurídicas. E, uma vez mais se sublinhe que o facto de hoje ser mais comum o financiamento por parte de um terceiro que não o vendedor, não legitima, só por si, a estipulação nem pode implicar a sua validade. Impõe-se sempre a salvaguarda do espírito da norma e do instituto. Além disso, como se disse, sempre o financiador poderá, sabendo de antemão da invalidade do acordo sobre a reserva, optar por constituir uma hipoteca sobre o veículo, ou celebrar, por exemplo, um contrato de locação financeira¹⁷⁴, casos em que poderá recuperar o veículo se assim o quiser.

Um outro argumento muito utilizado por aqueles que admitem a validade da reserva a favor do mutuante é o da existência de uma conexão entre os contratos envolvidos, a qual retirar-se-ia, designadamente, do disposto no art. 12.º do hoje revogado DL n.º 359/91¹⁷⁵, à luz do qual: *"se o crédito for concedido para financiar o pagamento de um bem vendido por terceiro, a validade e eficácia do contrato de compra e venda depende da validade e eficácia do contrato de crédito (...)"*¹⁷⁶, conexão que estaria abrangida pelo espírito e pela letra do art. 409.º, quando interpretado extensivamente e de forma actualista. Defende-se dever incluir-se na expressão "contrato de alienação" o contrato de mútuo conexo com o de compra e venda

¹⁷³ Escreve-se no Ac. do TRL de 30.05.10, proc. 3228/2006-7, que, a não admitir-se a estipulação em análise, *"a cláusula da reserva de propriedade propenderia para ser desprovida de efeito prático, na situação da aquisição do veículo através do financiamento de terceiro, o que incontornavelmente é hoje a regra"*.

¹⁷⁴ Art. 21.º DL 149/95, de 24.06, com as alterações introduzidas até ao DL 30/2008, de 25.02.

¹⁷⁵ Cf. Art. 18.º do novo DL 133/09.

¹⁷⁶ Escreve o Ac. do TRL de 18.03.10, proc. 4847/09.4TBALM-A.L1-6 que *"a conexão dos contratos é expressamente afirmada no n.º 1 do art. 12.º do referido DL n.º 359/91"*.

que esteve na origem da reserva de domínio, por serem interdependentes e representarem a existência de uma relação tripartida¹⁷⁷. Ora, para GRAVATO MORAIS, o DL n.º 359/91¹⁷⁸ - e o seu art. 12.º - não podem ser utilizados para defender interesses do financiador, pois tal protecção não está na sua *ratio legis*. Estamos sim perante um regime especial e exclusivo de protecção do consumidor. Ademais, mesmo a admitir-se a defesa de interesses alheios aos do vendedor à luz do art. 12.º, sempre seria necessária a prova dos requisitos/pressupostos da ligação entre os contratos exigível, na opinião do autor, pelo preceito legal. Entende também o autor que o facto de muitas vezes ser o mutuante a entregar directamente ao vendedor a quantia correspondente ao preço do bem, por forma a garantir a aplicação do crédito ao fim visado, não significa que haja uma vinculação específica entre esses dois sujeitos, como poderiam pretender alguns.

Em nossa opinião, apesar de reconhecermos a existência de uma certa correlação ou interdependência entre os contratos em causa, até pela conexão entre os interesses dos contraentes (aquisição do veículo para o comprador, recebimento do preço para o vendedor e recebimento do capital, normalmente acrescido de juros, para o mutuante), diremos, uma vez mais, que não foi intenção do legislador, no referido art. 12.º do DL n.º 359/91, tutelar os interesses do financiador¹⁷⁹. O que a lei quis foi fazer depender a validade da compra e venda da validade do mútuo a ela associado (n.º 1, art. 12.º DL), admitindo que, em certos casos de incumprimento ou de cumprimento defeituoso por parte do vendedor, o comprador demandasse, em certas condições, directamente o mutuante¹⁸⁰ (n.º 2 do mesmo artigo). Do preceito retira-se, de facto, uma ligação entre os contratos, mas dele não se pode extrair qualquer argumento a favor da validade da reserva no mútuo. A nosso ver, não é juridicamente possível reservar um direito do qual não se é titular. Este é um facto incontornável. Finalmente, refira-se que o novo DL n.º 133/09, contém um preceito muito semelhante no seu art. 18.º sob a epígrafe "*contrato de crédito coligado*", de onde se retira também a conexão entre os contratos, conexão essa que, apesar de não a negarmos, pensamos não estar abrangida pela norma que consagra a cláusula de reserva de propriedade, o art. 409.º do CC.

¹⁷⁷ Neste sentido, o voto de vencido da Desembargadora ANA RESENDE, ao Ac. do TRL de 15.04.08, proc. 2596/2008-7.

¹⁷⁸ Cf. *supra* nota 127, as referências a textos de GRAVATO MORAIS sobre a união/conexão contratual.

¹⁷⁹ Em sentido análogo, Ac. do TRL de 04.03.10, proc. 4614/07.0TVLSB.L1-2.

¹⁸⁰ Na mesma linha, o Ac. TRL de 16.12.03, proc. 7023/2003-7.

Atente-se agora ao argumento da interpretação extensiva e actualista do n.º 1 do art. 409.º, bem como dos arts. 5.º, n.º 1 do art. 15.º, e n.º 1 do art. 18.º do DL n.º 54/75, invocado para defesa da reserva de propriedade a favor da entidade financiadora.

Coloca-se aqui um problema de hermenêutica jurídica, isto é, de fixação do sentido e alcance do texto da lei. As regras sobre a interpretação constam do art. 9.º CC. Aí consagram-se, como elementos interpretativos, a letra e o espírito da norma (elementos gramatical e lógico). Para se alcançar esse espírito deve ainda recorrer-se aos elementos sistemático (contexto e lugares paralelos), histórico (precedentes normativos, trabalhos preparatórios e *occasio legis*) e teleológico (fim que o legislador visou ao elaborar uma determinada norma). Ora, propugnar a necessidade de uma interpretação extensiva da lei, significa concluir-se, em face dos elementos referidos, que a letra do texto fica aquém do seu espírito. Não nos parece, contudo, que assim seja. Na verdade, o texto da lei é, nas palavras de BAPTISTA MACHADO¹⁸¹, "*o ponto de partida da interpretação*", cabendo-lhe, pois, o propósito de "*eliminar aqueles sentidos que não tenham qualquer apoio, ou pelo menos uma qualquer «correspondência» ou ressonância nas palavras da lei*" e, parece-nos, salvo o devido respeito por melhor opinião, que o contrato de mútuo ou mesmo a sua ligação com o contrato de compra e venda não consubstanciam hipóteses com o mínimo de correspondência no art. 409.º.

Mais, citando OLIVEIRA ASCENSÃO, "*A letra não é só o ponto de partida, é também um elemento irremovível de toda a interpretação (...) o texto funciona também como limite da busca do espírito*"¹⁸². De acentuar ainda que, nos termos do n.º 3 do art. 9.º, o intérprete deve presumir que o legislador soube exprimir o seu pensamento em termos adequados e que consagrou as soluções mais acertadas. Não estamos, portanto, de acordo com os argumentos, plasmados em múltiplas decisões jurisprudenciais, em torno da necessidade de uma interpretação actualista ou extensiva da norma jurídica em apreço, dado que os cânones interpretativos não permitem retirar da norma um sentido com o mínimo de correspondência no seu texto, ainda que se preconize a necessidade de actualização face ao evoluir do comércio jurídico e da realidade prática.

Creemos ainda que "*só será legítimo estender o campo de aplicação da norma, se dela resultar um desfecho que se compagine com o sistema jurídico dos institutos com que contende, sob pena de, a coberto de uma interpretação postulada pela essoutra realidade*

¹⁸¹ "Pressupostos da Resolução...", ob. cit., p. 182.

¹⁸² OLIVEIRA ASCENSÃO, in *Introdução ao Estudo do Direito*, 1970/71, Ed. dos SSUL, p. 353, citado no Ac. do TRL de 04.03.10, proc. 4614/07.0TVLSB.L1-2.

social que a convoca, se tornar arbitrária a interpretação da lei, ferindo, assim, a certeza e a segurança jurídicas valores caros ao Direito"¹⁸³.

Pelo exposto, reiteramos a nossa posição no sentido de considerarmos que o art. 409.º visa apenas contratos de alienação, como a compra e venda, não abrangendo contratos ligados entre si, funcional ou economicamente. O fenómeno da compra e venda financiada envolve dois contratos autónomos. Estão em causa dois tipos contratuais diferenciados, entre os quais um contrato de mútuo, e este não se encontra abrangido pelo espírito do preceito que consagra a reserva de propriedade. O mútuo não é um contrato de alienação, porque não transmite nenhum direito, e o mutuante nunca teve a propriedade do bem financiado pelo que nunca poderá reservar para si um direito que nunca teve, o direito de propriedade. O intérprete não pode, por conseguinte, substituir-se ao legislador, retirando de um preceito soluções não contempladas na sua letra ou no seu espírito¹⁸⁴. Também segundo GRAVATO MORAIS, o financiador nunca foi proprietário do bem, nem nunca o adquiriu para revender, desconhecendo até os pormenores da compra e venda e sabendo apenas o essencial para identificar o veículo, como a marca, o modelo e a matrícula. Tal facto vem reforçar a ideia de que entre vendedor e financiador não existe uma vinculação específica que permita a reserva de propriedade a favor do primeiro¹⁸⁵.

Creemos também que o legislador, ao utilizar no art. 409.º, *in fine*, a expressão "*até à verificação de qualquer outro evento*" (para além do pagamento do preço), não quis legitimar uma reserva de propriedade a favor do mutuante com vista a garantir o cumprimento de obrigações decorrentes do contrato de mútuo¹⁸⁶. Julgamos que o legislador procurou, com a previsão da parte final do artigo, eventos "*sempre no âmbito da relação contratual protegida pela cláusula de reserva de propriedade celebrada e não fora dela. Estabelecer-se por via da referenciada expressão legal, uma ligação directa ao contrato de financiamento, resulta assim absolutamente desapoiado, sendo certo que se trataria de contratos díspares quanto aos seus efeitos e que a resolução do contrato de financiamento jamais concederia ao mutuante o direito a "reaver" aquilo que o mutuário comprou com o crédito concedido*"¹⁸⁷.

¹⁸³ Ac. STJ de 02.10.07, proc. 07A2680.

¹⁸⁴ Ac. TRL de 30.05.06, proc. 3228/2006-7.

¹⁸⁵ GRAVATO MORAIS, *Contratos...*, cit., p. 306.

¹⁸⁶ Em sentido idêntico, *vd.* o Ac. do STJ de 12.07.11, proc. 403/07.0TVLSB.L1.S1. Contrariamente, porém, *cf.* o Ac. do TRL de 22.06.06 segundo o qual "*no caso de venda de veículo com reserva de propriedade, tal reserva tanto se pode destinar a garantir ao vendedor o preço de compra do veículo, como a assegurar perante terceiro as prestações decorrentes de um contrato de mútuo, celebrado entre este e o comprador do veículo, para financiamento do custo do mesmo (...)*" e o Ac. do TRL de 26.04.07, proc. 1614/2007-6.

¹⁸⁷ Ac. TRL de 12.03.09, proc. 3184/08-2.

Em jeito de conclusão, diremos ainda que, no que respeita à posição de cada um dos contraentes, os defensores da validade da cláusula em prol do mutuante, tendem a entender que o consumidor, na vigência do mútuo, é simplesmente um detentor do veículo, sendo o financiador o proprietário do bem. E só com o pagamento da última prestação do crédito é que a propriedade da coisa se transfere automaticamente para o mutuário. Esta questão relaciona-se com o problema que abordámos¹⁸⁸ da natureza jurídica da cláusula e das posições do vendedor a prestações com reserva de propriedade. Logo, a incluir-se o mútuo no campo de aplicação do art. 409.º – o que não merece o nosso acordo – o posicionamento que se adopte em relação ao problema da natureza jurídica da compra e venda com reserva de propriedade e aos poderes das partes no negócio deve adaptar-se coerentemente à postura relativa ao mutuante com reserva. Seria ainda necessário descortinar a essência do contrato de mútuo com reserva de propriedade.

Para a tese opositora do *pactum reservati dominii* em proveito do mutuante, o consumidor, celebrando a compra e venda, torna-se pleno proprietário do veículo, apresentando-se como tal em toda a vigência do contrato de mútuo, e podendo inclusivamente aliená-lo a um terceiro¹⁸⁹. Consequentemente, para esta última doutrina o negócio é nulo, seja com fundamento no art. 280.º CC (impossibilidade legal do objecto) ou com fundamento no art. 294.º (contrariedade a uma norma imperativa)¹⁹⁰.

Partilhamos desta última opinião que perfilha a invalidade de uma cláusula de reserva directa de propriedade a favor do mutuante. Cremos, no entanto, que o negócio jurídico - contrato de mútuo - pode manter-se válido se for reduzido ao abrigo do disposto no art. 292.º, suprimindo-se a cláusula viciada.

3.2.2. CEDÊNCIA DA RESERVA DE PROPRIEDADE PARA O FINANCIADOR. O PROBLEMA DA SUB-ROGAÇÃO

No que toca à inserção de cláusulas de reserva de propriedade directamente a favor do financiador em contratos de mútuo, deixámos patente que partilhamos da opinião maioritária que defende a contrariedade à lei dessa estipulação. O argumento base é simples: não pode reservar a propriedade de um bem alguém que não é, nem nunca foi, titular desse direito real.

¹⁸⁸ *Supra* p. 30ss.

¹⁸⁹ Embora depois se coloquem problemas, dado o registo da reserva em nome do financiador e, simultaneamente, o registo de propriedade a favor do comprador.

¹⁹⁰ Para GRAVATO MORAIS, se o financiador inserir uma cláusula de reserva de propriedade no contrato de crédito a seu favor e se registá-la, todos os prejuízos que daí possam advir serão ressarcíveis - *Contratos...*, ob. cit., p. 309.

A conclusão tem subjacente a compreensão da natureza jurídica da cláusula de reserva de propriedade no nosso ordenamento jurídico¹⁹¹.

Compreendido, pois, o fenómeno da compra e venda financiada e do *pactum reservati dominii*, e tendo presente a conclusão acima referida, importa debruçar-nos sobre a sub-rogação¹⁹², figura que tem vindo a ser utilizada como forma alternativa do financiador vir a beneficiar da reserva de propriedade do bem financiado, pedindo a sua restituição em caso de incumprimento do mutuário.

A prática demonstra que tem vindo a recorrer-se ao aludido instituto, para defender que o terceiro que cumpre a obrigação (de pagamento do preço) ou que fornece os meios para o cumprimento (emprestando ao comprador a quantia relativa ao preço do bem vendido para que ele próprio cumpra) adquiere, desse modo, os direitos do vendedor que, entretanto, vê o seu crédito satisfeito, designadamente a reserva de propriedade estipulada inicialmente a favor do alienante¹⁹³. Com recurso à sub-rogação, pretendem os contraentes, em última análise, a transmissão da reserva de propriedade para o mutuante. Nessa medida, importa apurar se a reserva é transmissível, designadamente por essa via.

A sub-rogação¹⁹⁴ encontra-se prevista e regulada nos arts. 589.ºss do CC, no capítulo referente à "*transmissão de créditos e de dívidas*". Assim, em termos gerais, a sub-rogação traduz-se numa forma de transmissão do crédito¹⁹⁵, em virtude do cumprimento da

¹⁹¹ Cf. A nossa posição *supra* p. 32ss.

¹⁹² Sobre a sub-rogação, *vd.*, entre outros, VAZ SERRA, "Sub-rogação nos direitos do credor", BMJ, n.º 37, p. 5ss, RUI DE ALARCÃO e HENRIQUE MESQUITA, *Sub-rogação nos direitos do credor. Parecer forense*, Rio de Janeiro, 1979, JÚLIO GOMES, "Do pagamento com sub-rogação, mormente na modalidade de sub-rogação voluntária", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I, 2002, p. 107ss e ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, *ob. cit.*, p. 821ss.

¹⁹³ A defesa da tese da sub-rogação do mutuante nos direitos do vendedor, nomeadamente na reserva de propriedade, só será eventualmente equacionável se tiver havido prévia reserva a favor do vendedor no âmbito do contrato de alienação. Constatamos, porém, que a sub-rogação do mutuante tem vindo a ser invocada na prática sem que tenha ocorrido reserva prévia pelo vendedor. Com efeito, bem andou o AUJ do STJ n.º 10/2008, ao sublinhar que "(...) a hipótese de sub-rogação (...) não se poderia equacionar no caso concreto, já que isso implicaria a prévia estipulação da cláusula de reserva a favor do vendedor/proprietário (...) e a sua posterior transmissão para o mutuante/financiador, por via de sub-rogação, o que não se verificaria, pois o registo da reserva aparece directamente efectuado em benefício do financiador".

¹⁹⁴ Sobre a figura, designadamente sobre a sua origem histórica, veja-se o interessante estudo de JÚLIO GOMES, com referências de Direito Comparado. O autor explica, designadamente, as duas instituições do Direito Romano que estiveram na origem do instituto: o *beneficium cedendarum actionum* e a *successio in locum creditoris* - "Do Pagamento...", *cit.*, p. 115ss.

¹⁹⁵ A sub-rogação como modalidade de transmissão de um crédito, corresponde a uma opção do legislador português. Citando JÚLIO GOMES, "*ela exprime uma tomada de posição numa controvérsia doutrinal extremamente acesa no passado e que tende modernamente a reacender-se, já que para algumas visões o que existe é tão-só um fenómeno de transmissão de garantias ou, porventura, a constituição de um direito novo ainda que com o mesmo conteúdo do anterior direito do credor satisfeito*" - "Do Pagamento...", *cit.*, p. 114. Está em causa o problema da natureza jurídica do instituto. Neste âmbito, a maioria da Doutrina portuguesa tem entendido, à luz do Código Civil português, que a sub-rogação se traduz numa excepção à regra de que o cumprimento extingue a obrigação, considerando, assim, estar em causa uma situação de transmissão do crédito por via do cumprimento. Esta é, aliás, a visão tradicional à qual também aderimos. Neste sentido, ANTUNES

obrigação¹⁹⁶ (entendido enquanto realização eficaz da prestação¹⁹⁷), por um terceiro¹⁹⁸ ou através de meios que este último fornece para o efeito. Nas palavras de ANTUNES VARELA, a figura consiste na "(...) *substituição do credor, na titularidade do direito a uma prestação fungível, pelo terceiro que cumpre em lugar do devedor ou que faculta a este os meios necessários ao cumprimento*"¹⁹⁹. Com efeito, estamos perante um fenómeno de sub-rogação pessoal²⁰⁰. Com o pagamento ao credor, o terceiro "*ingressa no lado activo daquela relação obrigacional, que subsiste: o crédito transmite-se para o solvens ou mutuante*"²⁰¹.

À luz dos arts. 589.ºss CC, o terceiro pode ser sub-rogado por iniciativa do credor, do devedor ou apenas por força da lei, pelo que a Doutrina distingue duas espécies de sub-rogação: a convencional/voluntária e a legal. A primeira ocorre por acordo, entre o terceiro e o credor (art. 589.º) ou entre o terceiro e o devedor (arts. 590.º e 591.º) e, a segunda, por disposição legal, independentemente da vontade das partes (art. 592.º)²⁰².

VARELA, *Das Obrigações em Geral*, I, ob. cit., p. 334ss, JÚLIO GOMES, "Do Pagamento...", cit., p. 114, GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, cit., p. 280ss, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações. Transmissão e Extinção das Obrigações. Não cumprimento e Garantias do Crédito*, Vol. II, 8ª ed., Almedina, 2011, p. 35ss, ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 821ss. Os referidos autores citam ainda outras teses que têm vindo a ser defendidas na Doutrina portuguesa e estrangeira. O cerne da questão está em saber se a obrigação se extingue, ou não, por via do cumprimento, e há quem, tentando justificar a passagem do crédito para o terceiro, tenha vindo defender que o mesmo subsistiria como um direito a uma indemnização (neste sentido, VAZ SERRA, in "Sub-rogação...", cit., p. 6), ou por via de uma ficção legal (POTHIER, in *Coutumes des Duché, Bailliage et Prévoté D'Orléans em Oeuvres de R-J. POTHIER contenant les traités du Droit Français*, nova edição por M. Dupin, VII, Bruxelles, H. Tarlier, 1833, p. 489), ou que o mesmo só se extinguiria em relação ao credor (NICOLAI HARTMANN, *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, 1875, p. 46ss). Os autores foram todos citados por MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, p.48.

¹⁹⁶ Segundo a Doutrina a sub-rogação pode também ocorrer em virtude de outro acto equivalente ao cumprimento - cf. JÚLIO GOMES, - "Do Pagamento...", cit., p. 113, ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª reimpressão da 7ª ed. de 1997, Almedina, 2012, p. 334 e FERNANDO CUNHA DE SÁ, "Transmissão das Obrigações", in *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Almedina, 2007. Este último autor salienta dever equipara-se ao cumprimento qualquer outra forma de satisfação do crédito compatível com a sua transmissão, nomeadamente a consignação em depósito (arts. 841.ºss) e a dação em cumprimento (arts. 837.ºss) - Cf. ob. cit., p. 831. *Vd. também n.º 2*, art. 592.º do CC nos termos do qual se equipara ao cumprimento a dação em cumprimento, a consignação em depósito e a compensação, bem como outras causas de satisfação do crédito compatíveis com a sub-rogação.

¹⁹⁷ Devem aqui ter-se em consideração todos os requisitos necessários para que o cumprimento seja válido, nomeadamente os relativos aos sujeitos e ao conteúdo da prestação.

¹⁹⁸ Efectivamente, o pagamento ao credor pode ser efectuado por um terceiro ou pelo próprio devedor com meios por este fornecidos à luz do n.º 1 do art. 767.º, uma vez que, em princípio, não há desvantagens para o credor, o qual vê o seu crédito satisfeito. Excepcionam-se os casos em que o mesmo é prejudicado, razão pela qual pode opor-se ao cumprimento pelo terceiro (n.º 2, art. 767.º).

¹⁹⁹ Cf. *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, ob. cit., p. 335.

²⁰⁰ Em sentido amplo, a sub-rogação compreende fenómenos de sub-rogação pessoal e real. No primeiro caso, uma determinada pessoa vai ocupar a posição de outra numa relação jurídica para exercer os seus direitos e, no segundo caso, é uma coisa que vai ocupar o lugar de outra. De notar ainda que a figura em análise distingue-se da sub-rogação do credor ao devedor (art. 606.ºss), que possibilita ao credor substituir-se ao seu devedor no exercício de certos direitos contra terceiro.

²⁰¹ As palavras são de FERNANDO CUNHA DE SÁ, no seu escrito intitulado "Transmissão das Obrigações", cit., p. 830.

²⁰² Há quem conteste a distinção, por considerar, em última análise que a sub-rogação depende sempre da lei e não apenas da vontade das partes. Neste sentido, MANUEL DA SILVA ALMEIDA, segundo o qual "*Se só*

A primeira variante de sub-rogação acha-se estabelecida no art. 589.º. Neste caso é o credor que emite uma declaração no sentido de pretender que o terceiro que satisfaz o seu crédito o adquira²⁰³. Com efeito, são dois os principais requisitos para que ocorra a sub-rogação: o pagamento por um terceiro e a declaração do credor. A norma estabelece ainda como requisito essencial que a referida declaração seja expressa, podendo ser "(...) feita por palavras, escrito ou qualquer outro meio directo de manifestação da vontade (...)" (art. 217.º do CC)²⁰⁴. Não se exige, portanto, qualquer forma especial para a declaração (art. 219.º). São razões de prova que justificam essa opção do legislador. Por fim, saliente-se que a vontade de sub-rogar o terceiro tem de ser expressa até ao momento do cumprimento (antes²⁰⁵ ou no momento do pagamento), sob pena da obrigação se considerar extinta.

Observando a norma legal referida, e considerando agora o tema objecto do presente estudo, diríamos, numa primeira análise, que nada parece impedir o vendedor de, por declaração expressa, sub-rogar o mutuante, enquanto terceiro, nos seus direitos, desde que este último pague o crédito. Veremos, no entanto, que se colocam problemas com a utilização desta figura. Por agora importa explicar as restantes modalidades de sub-rogação previstas na lei portuguesa, entre as quais releva essencialmente a que se encontra prevista no art. 591.º.

Ora, a sub-rogação pode ocorrer, ainda, por acordo entre o terceiro e o devedor, seja porque o terceiro paga directamente o crédito (art. 590.º) ou porque fornece dinheiro ou outra coisa fungível para que o devedor cumpra a obrigação (591.º). Na primeira situação, exige-se o pagamento pelo terceiro e a declaração de vontade do devedor em sub-rogå-lo²⁰⁶. Uma vez mais aqui a lei não se contenta com a declaração tácita (n.º 2, art. 590.º), devendo a mesma

por força da lei pode operar a sub-rogação, a sub-rogação não resulta da vontade das partes e, portanto, não é convencional mas legal" - Cf. "Sub-rogação por pagamento", in ROA, 1954-1956, p. 220. Este autor escreveu à luz do Código de Seabra, onde a sub-rogação se encontrava prevista nos arts. 778.º e seguintes. Também para FERNANDO CUNHA DE SÁ, "(...) não repugna ver a sub-rogação sempre como uma transmissão legal do crédito: a transmissão da posição do credor primitivo para o terceiro opera-se por força da lei logo que estejam preenchidos os pressupostos de facto nela fixados, um dos quais pode ser a declaração da vontade do credor ou do devedor de sub-rogar o terceiro nos direitos do credor (...)" - cit., p. 831.

²⁰³ De notar que o declaratório é o terceiro e não o devedor, embora, como salienta FERNANDO CUNHA DE SÁ, nada impeça que o credor declare também ao devedor a vontade de sub-rogar o terceiro no seu crédito. É, aliás, essencial a notificação ao devedor da sub-rogação ou a aceitação deste último ao abrigo do disposto no n.º 1 do art. 583.º, *ex vi* do art. 594.º - ob. cit., p. 832.

²⁰⁴ Embora a Doutrina saliente que não é necessário o emprego das palavras "sub-rogar" ou "sub-rogação", também denota que tais termos são os que melhor traduzem a vontade de sub-rogar o terceiro.

²⁰⁵ *Vd. ALMEIDA COSTA, Direito das Obrigações*, p. 822. JÚLIO GOMES, "Do Pagamento...", cit., p. 148. Este último autor refere que a questão é muito debatida noutros ordenamentos jurídicos. Note-se, ainda, que a declaração prévia ao cumprimento só produzirá efeitos a partir do pagamento pelo terceiro.

²⁰⁶ A Doutrina tem apontado algumas dificuldades de compreensão dogmática desta modalidade de sub-rogação, porquanto o devedor não é detentor do crédito para que dele possa dispor sem o consentimento do seu titular (credor originário). Segundo PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, "*Há, no entanto, Códigos que não prevêm esta forma ou modalidade de sub-rogação convencional, talvez por entenderem que, não sendo titular do crédito, se não concebe que o devedor possa dispor dele e transferi-lo para o solvens*" - in *Código Civil Anotado*, Vol. I, cit., p. 606.

efectuar-se até ao cumprimento, sob pena de a obrigação se extinguir. De notar também não ser necessário o consentimento do credor para que a sub-rogação ocorra (n.º 1, art. 590.º, *in fine*)²⁰⁷. No segundo caso, previsto no art. 591.º²⁰⁸, não é o terceiro que cumpre a obrigação, mas sim o próprio devedor através de dinheiro ou outra coisa fungível (art. 207.º) emprestada pelo primeiro. Nesta modalidade de sub-rogação, continua a lei a exigir uma declaração expressa da vontade em sub-rogar o mutuante nos direitos do credor satisfeito (n.º 2, art. 591.º), mas com a particularidade de que a mesma tem de constar do documento de empréstimo (n.º 1, art. 591.º). Acresce que, no documento escrito²⁰⁹, deverá também constar a declaração de que a quantia/coisa emprestada se destina ao cumprimento da obrigação. Aqui, o credor não tem geralmente qualquer intervenção, não sendo também exigível o seu consentimento, pelas razões supra referidas.

É também com base nesta última modalidade de sub-rogação do mutuante nos direitos do credor que tem sido defendida a transmissão da reserva de propriedade para o mutuante. Novamente nesta hipótese, preenchendo-se os requisitos previstos no art. 591.º, nada parece obstar a que o devedor, pagando ao vendedor o preço com dinheiro emprestado por terceiro, sub-rogue este último nos direitos daquele, designadamente na reserva de propriedade estabelecida previamente a favor do alienante. Esta questão será também analisada. Mas antes, importa ainda referir a sub-rogação legal e os efeitos derivados do ingresso do *solvens* ou do mutuante no lado activo da relação jurídica.

Dispõe o n.º 1 do art. 592.º que "*Fora dos casos previstos nos artigos anteriores ou noutras disposições da lei*²¹⁰, o terceiro que cumpre a obrigação só fica sub-rogado nos direitos do credor quando tiver garantido o cumprimento, ou quando, por outra causa, estiver directamente interessado na satisfação do crédito". Assim, neste último caso, a sub-rogação não depende de qualquer manifestação de vontade das partes, nomeadamente do credor, sendo apenas necessário que o terceiro tenha garantido o cumprimento (através de uma fiança, hipoteca, consignação de rendimentos ou penhor, por exemplo) ou tenha um interesse directo e próprio na satisfação do crédito. Excluem-se as situações em que o terceiro

²⁰⁷ A desnecessidade de consentimento do credor justifica-se pelo facto de a lei estipular que o credor não pode recusar a prestação nos casos em que ela possa ser efectuada por um terceiro, nos termos do n.º 1 do art. 768.º, porque o credor acaba por não ser prejudicado e, por outro lado, pelo facto de se considerar que, se o credor aceitou a prestação, se presume não haver qualquer interesse legítimo em protegê-lo.

²⁰⁸ Tem sido apontado, como fonte da presente norma, o art. 1250-2 do *Code Civil*.

²⁰⁹ No passado exigia-se documento autêntico (art. 780.º C. Seabra). Procurava-se, assim, uma maior certeza em relação ao fim do empréstimo e à data em que o mesmo havia sido concedido e, conseqüentemente, uma maior protecção de terceiros.

²¹⁰ *Vd.*, por exemplo, o n.º 2 do art. 477.º, aplicável aos casos em que o terceiro cumpre uma obrigação alheia na convicção de que é própria.

realiza a prestação no interesse exclusivo do devedor (ex. gestão de negócios) ou por interesse moral ou afectivo²¹¹.

Explicadas as diversas variantes de sub-rogação do terceiro nos direitos do credor por força do pagamento, refiram-se ainda os efeitos dela derivados. Regem a matéria os arts. 593.º e 582.º, 583.º e 584.º, *ex vi* art. 594.º do CC.

O efeito principal da sub-rogação é o da transmissão do crédito para o terceiro, sendo na medida da sua satisfação que este último adquire os poderes que ao credor originário competiam (n.º 1, art. 593.º). A medida do cumprimento, determina, assim, a medida da sub-rogação, podendo esta ser total ou apenas parcial, dependendo se o crédito fica totalmente satisfeito, ou não²¹². Se for paga apenas metade da dívida, o crédito ficará dividido em dois. Note-se, pois, que, em caso de sub-rogação apenas parcial, a lei estabelece que os direitos do credor ou do seu cessionário não serão prejudicados, salvo estipulação em contrário, o que significa que o crédito do credor primitivo ou do seu cessionário terá preferência sobre o crédito do sub-rogado, sendo satisfeito em primeiro lugar, em caso do devedor ficar insolvente (n.º 2, art. 593.º)²¹³. Outra é a solução da lei sendo vários os terceiros a pagar a dívida e, por conseguinte, havendo mais do que um sub-rogado. Determina o n.º 3 do mesmo artigo que nenhum deles tem preferência sobre os demais, ficando todos num plano de igualdade.

Nos termos do art. 594.º, à sub-rogação aplicam-se ainda as normas referentes à cessão de créditos²¹⁴, com as necessárias adaptações, no que concerne à transmissão das garantias do

²¹¹ Para PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, cabem aí os casos em que o terceiro "*visa evitar a perda ou limitação dum direito que lhe pertence, mas também aqueles em que o solvens apenas pretende acautelar a consistência económica do seu direito*" - *Vd.* ainda os exs. referidos pelos autores citados, *in Código Civil Anotado*, Vol. I, ob. cit., p. 608.

²¹² Nada impede que o credor aceite apenas parte da prestação (n.ºs 1 e 2, art. 763.º).

²¹³ Costuma dizer-se que o credor não vai conceder uma sub-rogação em seu próprio prejuízo (*nemo contra se subrogasse consetur*) mas, como bem advertiu ANTUNES VARELA, a explicação não é convincente quando esteja em causa uma sub-rogação legal ou operada pelo devedor - *in Das Obrigações em Geral*, Vol. II, ob. cit., p. 349. Sobre a controvérsia existente no estrangeiro em torno daquele princípio veja-se JÚLIO GOMES, "Do pagamento...", ob. cit., p. 154ss.

²¹⁴ É importante distinguir a cessão de créditos (art. 577.ºss) da sub-rogação. Ambas implicam a transmissão do crédito para um terceiro, embora a primeira tenha por base um negócio jurídico (art. 578.º) e não apenas o cumprimento, como acontece na sub-rogação. A cessão implica, por isso, sempre o acordo do credor, sendo aplicáveis a cada caso as regras da cessão, bem como as do negócio jurídico que lhe serve de base, o qual pode ser oneroso ou gratuito (n.º 1, art. 587.º). Contrariamente, a sub-rogação é sempre onerosa, por implicar um sacrifício patrimonial para o terceiro. A *ratio* dos institutos também é diferente, porquanto a cessão visa facilitar a circulação de riqueza, enquanto a sub-rogação procura sobretudo compensar o sacrifício patrimonial do *solvens* ou mutuante que pagou. A este propósito, afirma JÚLIO GOMES que "*a transmissão do crédito operada pela sub-rogação não é o fim último visado, mas sim o meio de que a lei se serve para reforçar a protecção do interesse no regresso*" - *in*, "Do pagamento...", cit., p. 123. Acresce, ainda, uma outra diferença relacionada com o facto de a cessão poder ocorrer em relação a prestações futuras (salvo se for a título gratuito - n.º 1, art. 942.º) e a sub-rogação não. Por outro lado, o sub-rogado fica sujeito à preferência do credor originário ou do seu cessionário em caso de sub-rogação parcial, o que não sucede na cessão. Por fim, a Doutrina costuma ainda

crédito e outros acessórios (art. 582.º), aos efeitos em relação ao devedor (583.º) e à transmissão a várias pessoas do mesmo crédito (584.º)²¹⁵. Interessa-nos, sobretudo, o art. 582.º, por ser com base nele que se tem vindo a sustentar a transmissão da reserva de propriedade para o financiador.

Dispõe o n.º 1 do art. 582.º que, salvo acordo em contrário, "(...) a cessão do crédito importa a transmissão, para o cessionário, das garantias e outros acessórios do direito transmitido, que não sejam inseparáveis da pessoa do cedente"²¹⁶. Com efeito, se o crédito tiver sido garantido por uma fiança, penhor, hipoteca ou outra garantia pessoal ou real (arts. 627.ºss do CC), essa garantia transmite-se também para o sub-rogado. O mesmo acontece em relação aos acessórios do crédito, isto é, "às faculdades que, para além do direito à prestação, integram a posição do credor"²¹⁷. Incluem-se aqui, nomeadamente, os direitos relativos à existência de cláusulas penais, cláusulas limitativas de responsabilidade civil ou de cláusulas referentes a taxas de juro, bem como, o direito de especificação nas obrigações genéricas, o direito de interpelar o devedor, o direito de escolha nas obrigações alternativas e o direito ao pagamento de despesas, por exemplo²¹⁸. Nos termos do n.º 2 do art. 582.º, em caso de existir um penhor, a coisa empenhada só será entregue ao sub-rogado se a mesma estiver na posse do credor e não se estiver na posse de terceiro.

Acresce que, para que a transmissão do crédito, por via da sub-rogação, seja eficaz em relação ao devedor, é necessário que a mesma lhe seja notificada²¹⁹, ainda que extrajudicialmente, ou ele a aceite²²⁰ (art. 583.º, *ex vi* 594.º). A solução da lei visa evitar que o devedor pague ao credor originário. Por conseguinte, se o devedor pagar antes da notificação ou sub-rogação ao primitivo credor, o cumprimento só é oponível ao sub-rogado nos casos em

apontar que, na cessão, o cedente tem de garantir a existência e exigibilidade do crédito (n.º 1, art. 587.º), contrariamente ao que ocorre na sub-rogação. Sublinha JÚLIO GOMES que a afirmação não deve ser sobrestimada no seu alcance, pois, "*caso o crédito não exista, o pagamento não tem valor e é repetível*" - ob. cit., p. 143.

²¹⁵ A Doutrina discute se o art. 585.º, para o qual o art. 594.º não remete explicitamente, se aplica ou não à sub-rogação. Para MENEZES LEITÃO a norma aplica-se à sub-rogação, por analogia, excepto à efectuada pelo devedor (*in Direito das Obrigações*, Vol. II, cit., p. 45). Também entendendo que não se aplica, pelo menos, à sub-rogação pelo devedor cf. ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, Vol. II, cit., p. 352 e RIBEIRO DE FARIA, *Direito das Obrigações*, Vol. II, reimpressão, Almedina, 2001, p. 572.

²¹⁶ Aponta-se, como ex., o benefício da suspensão da prescrição em consequência da menoridade, que não se transmite, porque inseparável do credor. Também quanto aos privilégios, só se transmitirão os ligados à origem ou natureza do crédito - PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, cit., p. 599.

²¹⁷ FERNANDO CUNHA DE SÁ, "Transmissão...", cit., p. 823.

²¹⁸ *Idem*, p. 823 e PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, cit., p. 598.

²¹⁹ A notificação só faz sentido para os casos de sub-rogação pelo credor ou em situações em que o devedor não teve intervenção e pode ser feita, judicial ou extrajudicialmente, pelo credor ou pelo terceiro sub-rogado.

²²⁰ A lei não exige para a aceitação qualquer formalidade, pelo que esta pode ser apenas tácita.

que o devedor desconhecia a sub-rogação sem culpa²²¹. Se o sub-rogado provar que o devedor conhecia a sub-rogação, esta não lhe é oponível, nos termos do n.º 2 do art. 583.º.

Finalmente, nos casos de sub-rogação a várias pessoas é aplicável o disposto no art. 584.º por remissão do art. 594.º pelo que, havendo sucessivas sub-rogações, prevalecerá aquela que primeiro tiver sido notificada ou aceite pelo devedor.

Examinado o instituto da sub-rogação, vejamos agora de que forma se tem recorrido ao mesmo para justificar a existência de uma reserva de propriedade a favor do mutuante²²². Os defensores desta possibilidade entendem que o terceiro pode ser sub-rogado voluntariamente, pelo credor ou pelo devedor, nos direitos daquele, adquirindo por essa via a reserva de propriedade.

Numa primeira análise, como já expusemos, descortinam-se duas hipóteses do terceiro (financiador) vir a ser sub-rogado nos direitos do credor: através do art. 589.º (sub-rogação pelo credor) ou do art. 591.º (sub-rogação pelo devedor em consequência de empréstimo ao mesmo). Tem sido à luz destas normas que têm vindo a surgir, na prática, cláusulas nos contratos de mútuo, nas quais se estabelece a reserva de propriedade a favor do vendedor e a sua ulterior cedência para o financiador, prevendo-se expressamente a sub-rogação deste nos direitos do alienante²²³. De notar, porém, que o argumento da sub-rogação do mutuante também tem sido utilizado sem que existam cláusulas expressas nos contratos. Assim, ou se invocam as cláusulas que constam dos contratos de mútuo ou alega-se apenas o preenchimento dos requisitos dos arts. 589.º ou 591.º e a consequente transmissão da reserva de propriedade²²⁴.

Quando existem cláusulas nos contratos de mútuo o que sucede é o seguinte: nuns casos, clausula-se no contrato de mútuo a sub-rogação do financiador pelo alienante/credor nos seus direitos, por força do art. 589.º CC, e uma cedência da reserva de propriedade do vendedor para o financiador por essa via. É exemplo desse tipo de cláusulas a seguinte: "(...) o mutuário declara conhecer e aceitar a sub-rogação pelo fornecedor a favor do mutuante do

²²¹ Poderá, depois, o sub-rogado, como salienta MENEZES LEITÃO, instaurar uma acção de enriquecimento sem causa contra o credor originário. Esta é uma solução que se encontra prevista na lei para o fiador (art. 645.º) - Cf. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, ob. cit., p. 46.

²²² Repare-se que admissibilidade de reserva de domínio a favor do financiador sub-rogado tem sido sufragada não apenas por quem admite a reserva directamente a favor do vendedor, como também por quem, por via da aplicação do art. 409.º, a não admitiria - Cf. Acs. do TRL de 27.03.07, proc. 2157/2007-7 e de 15.04.08, proc. 2596/2008-7, e do TRP de 04.05.09, proc. 334/09.9TBGDM.P1 e de 13.10.10, proc. 2295/09.5TBPVZ.P1. Na Doutrina, cremos ser essa a posição de Carvalho Fernandes, in "Notas breves...", ob. cit., p. 331ss. *Infra* nota 243.

²²³ Embora nos estejamos aqui a referir a cláusulas apostas em contratos de mútuo, as mesmas também surgem em contratos de compra e venda, onde também, por vezes, se prevê tal cedência.

²²⁴ Cf., entre outros, o Ac. do TRL de 27.03.07, proc. 2157/2007-7.

*crédito que para aquele emerge do contrato de compra e venda que celebrou com o mutuário, (...) implica a transmissão pelo fornecedor a favor do mutuante da reserva de propriedade acordada entre o mutuário e o fornecedor, assim como a transmissão do direito de resolver o contrato de compra e venda*²²⁵. Assim, procurando preencher todos os requisitos exigíveis pelo art. 589.^o²²⁶, as partes estipulam nas condições do contrato de crédito que o credor originário sub-roga o mutuante nos seus direitos, nomeadamente na reserva de propriedade constituída a seu favor e, por vezes, no próprio direito de resolução do contrato de compra e venda. Assinale-se que só faz sentido defender a sub-rogação do financiador à luz do art. 589.^o quando é ele próprio que entrega a quantia mutuada directamente ao vendedor/credor, pois, nos termos daquele preceito, a sub-rogação ocorre por força do pagamento por terceiro e não pelo devedor principal.

Noutros casos clausula-se no negócio o seguinte: *"Nos termos e para os efeitos previstos no art. 591.^o do Código Civil, o cliente declara que o presente financiamento se destina ao cumprimento da obrigação do cliente (...) e que [a financiadora] ficará, caso esta aceite, sub-rogada nos direitos do credor (...)"*²²⁷. Tal acontece nos casos em que o mutuante apenas entrega ao mutuário a quantia correspondente ao preço do bem para que ele cumpra, pelo que, para se defender a sub-rogação do terceiro, tem de invocar-se o art. 591.^o. De facto, na situação prevista naquela norma, é o devedor que cumpre, e que sub-roga, sem necessidade do consentimento do credor, o terceiro. Também nessas cláusulas se procura o preenchimento dos requisitos impostos pela norma: o pagamento pelo devedor com dinheiro emprestado pelo mutuante, a declaração expressa do devedor, no documento de empréstimo, da vontade de sub-rogar o mutuante e a declaração de que a quantia mutuada se destina ao cumprimento da obrigação de pagamento do preço. E também aí se prevê a transmissão da reserva de propriedade por efeito da sub-rogação.

Ora, os argumentos em torno da sub-rogação não são recentes. Já em 2001 foi proferido um parecer pelos serviços jurídicos da Direcção-Geral do Instituto de Registos e Notariado sobre a transmissão da reserva de propriedade a favor das entidades financiadoras da aquisição de veículos automóveis, no qual se recorreu ao instituto da sub-rogação para

²²⁵ Cláusula transcrita do Ac. do TRP de 13.10.10, proc. 2295/09.5TBPVZ.P1. Cf., ainda, com a mesma cláusula, o Ac. do TRP de 04.05.09, proc. 334/09.9TBGDM.P1.

²²⁶ Designadamente, o pagamento do crédito por um terceiro e a declaração expressa (217.^o) do credor (que pode ser emitida antes do cumprimento).

²²⁷ Vd. Ac. do TRP de 04.05.09, proc. 334/09.9TBGDM.P1.

explicar a admissibilidade da transmissão²²⁸. No aludido parecer, entendeu-se que a lei civil permite a sub-rogação da financiadora, pelo devedor ou pelo vendedor (dependendo se quem paga é o devedor com dinheiro emprestado ou o mutuante, substituindo-se àquele), nos direitos do vendedor, aquando da liquidação do preço. Para o efeito, bastava que o vendedor tivesse reservado para si a propriedade do veículo até integral pagamento do preço e, perante o cumprimento dessa obrigação, aceitasse (ele vendedor) a sub-rogação pelo devedor, declarando ainda transmitir a propriedade reservada, ou sub-rogasse, ele próprio (vendedor), com conhecimento do devedor, o mutuante, transmitindo-lhe a reserva.

Em face do exposto, a interrogação que se coloca é a seguinte: qual o fundamento para a transmissão da reserva de propriedade com base na sub-rogação do terceiro nos direitos do credor originário. Apesar de nem sempre ser claro a que título se transmite a reserva, e como ocorreu a sub-rogação, usualmente invoca-se o art. 582.º, aplicável *ex vi* art. 594.º, que prevê a transmissão para o *solvens* ou mutuante das garantias e outros acessórios do direito transmitido²²⁹ ou o art. 593.º, segundo o qual o sub-rogado adquire, na medida da satisfação dada ao direito do credor, os poderes que a este competiam²³⁰. É visível em múltiplos arestos a seguinte argumentação: "(...) *tem-se verificado uma sub-rogação do mutuante na posição jurídica do vendedor, isto é, o mutuante ao permitir que o comprador pague o preço ao vendedor, sub-roga-se no risco que este correria caso tivesse celebrado um contrato de compra e venda a prestações, bem como, nas garantias de que este poderia dispor, no caso, a reserva de propriedade;*"²³¹. Em primeiro lugar, note-se que, no caso de sub-rogação, nunca poderia ser o mutuante a sub-rogar-se, como parece decorrer da argumentação exposta. Voluntariamente, só o devedor ou o credor podem sub-rogar o terceiro nos direitos daquele último²³². Em segundo lugar, a referida argumentação transmite a ideia de que a reserva de propriedade constitui um direito real de garantia (ao lado de outros, como o penhor, a hipoteca, etc.) e que o terceiro se sub-rogar nesse direito. Coloca-se, pois, a questão, já abordada, de saber se a cláusula de reserva de propriedade é, ou não, uma verdadeira garantia.

²²⁸ Cf. Boletim dos Registos e do Notariado, n.º 5/2001, Maio de 2001, disponível *on-line* em: http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/legislacao/publicacao-de-brn/docs-brn/pdf/2001-parte-1/downloadFile/attachedFile_4_f0/5_2001.pdf?nocache=1216392542.88, consultado em 31.03.12.

²²⁹ A título de exemplo, *vd.* Ac. do TRP de 04.05.09, proc. 334/09.9TBGDM.P1.

²³⁰ Cf. Ac. do TRL de 12.10.10, proc. 1129/10.2TBBNV.L1-1.

²³¹ Ac. TRC de 15.07.08, proc. 187/08.4TBAGN.C1. Com a mesma argumentação vejam-se os Acs. do TRC de 11.03.08, proc. 3291/07.2TVLSB.C1, e do TRL de 31.03.09, proc. 10306/2008-1 e de 03.12.09, proc. 6212/06.6TVLSB.L1-8.

²³² O reparo também é feito no Ac. STJ de 10.07.08, proc. 08B1480, segundo o qual: "*Não temos, na verdade, por acertada a afirmação de que o financiador se sub-rogar nos direitos do vendedor (arts. 589º e 590º, ou art. 591º) (...)*".

Em nosso entendimento, não deve ser excluída a função de garantia da reserva de propriedade, mas isso não a transforma num direito real de garantia²³³.

Com o tempo, e cada vez mais em face de cláusulas contratuais contendo declarações expressas de sub-rogação do mutuante nos direitos do vendedor, nomeadamente na reserva de propriedade, foram-se tornando também comuns, na Jurisprudência, as decisões favoráveis à sub-rogação do financiador. Escreveu-se, por exemplo, no Acórdão do TRP de 04.05.09²³⁴ que: "(...) o contrato em apreço inova ao dele fazer constar expressamente a sub-rogação do mutuante nos direitos do credor, no contrato de compra e venda do veículo (...) nos termos do art. 591.º do CC. (...) no caso dos autos é precisamente isso que ocorre, incluindo-se no contrato uma cláusula que salvaguarda a posição da financiadora/mutuante, já que demonstra por documento bastante (o contrato de financiamento de crédito) que esta assumiu os direitos do credor/vendedor do aludido veículo". Acrescenta-se ainda que "(...) nada obsta a que os direitos emergentes da reserva, necessariamente prevista a favor do transmitente, possam ser transferidos para a titularidade de uma terceira entidade, (...) mediante a sub-rogação, nos termos dos arts. 591º e 594º do CCivil"²³⁵. Concluindo-se também pela admissibilidade da reserva de propriedade a favor do financiador com base na ocorrência de uma sub-rogação, agora por força do art. 589.º, pode ler-se no Acórdão do TRL de 12.10.10²³⁶ que: "(...) não foi a requerente que reservou para si um direito que não tinha. Tal direito, alegadamente, foi-lhe transmitido pela titular (...), o que é permitido pelo art. 589º do Código Civil. Além disso, alegadamente, a requerida deu o seu consentimento. Nos termos do nº 1 do art. 593º do Código Civil o sub-rogado adquire, na medida da satisfação dada ao direito do credor, os poderes que a este competiam".

Note-se que as citadas decisões jurisprudenciais basearam-se na existência de cláusulas escritas com declarações expressas de vontade em sub-rogar o mutuante. Aliás, é o próprio legislador que veda as declarações tácitas, impondo até, no art. 591.º, que a declaração conste de documento escrito (de empréstimo). No entanto, como frisámos, não são raros os casos em que os contraentes invocam a existência de uma sub-rogação, sem que a mesma seja expressa, verbalmente ou por escrito. Nestas situações, pensamos, com alguma Jurisprudência, não ser a sub-rogação "*tecnicamente aceitável (...)* nos termos dos arts. 589.º e seguintes do Código Civil, desde logo porque o primeiro dos invocados preceitos exige a

²³³ Sobre a problemática, *supra* p. 37.

²³⁴ Proc. 334/09.9TBGDM.P1.

²³⁵ Semelhante argumentação se extrai dos Acs. do TRL de 10.01.08, proc. 10958/2007-7 e de 22.05.07, proc. 4139/2007-7 do TRL.

²³⁶ Proc. 1129/10.2TBBNV.L1-1.

expressa manifestação da vontade de operar a inerente rotação subjectiva"²³⁷. Por outro lado, como também já sublinhámos, é muito comum as partes alegarem a existência de uma sub-rogação nos direitos do vendedor, quando nem sequer parece ter sido a propriedade inicialmente reservada para o vendedor. Nestas situações, expõem-se normalmente todos os argumentos em torno da admissibilidade da reserva a favor do mutuante, e esquece-se que o argumento da sub-rogação e da transmissão da reserva só fará, eventualmente, sentido se a propriedade tiver sido inicialmente reservada para o vendedor. Não podemos, pois, concordar com a argumentação expendida no Acórdão do TRL de 12.03.09²³⁸, que retirou da cláusula de reserva de propriedade a favor do financiador (e não do vendedor com posterior cedência), inserida no contrato de mútuo, a conclusão de que tinha ocorrido uma sub-rogação do financiador na posição do vendedor. Apesar de não constar essa referência nas cláusulas do negócio, o Tribunal entendeu retirar tal ilação com base na simples declaração de reserva de propriedade a seu favor por parte do mutuante, considerando ser esse o sentido da declaração, *"apreendido por (...) um declaratório normal, (...) medianamente instruído e diligente, para quem na disposição do mais se contém, por via de regra, a disposição do menos, podendo dizer-se que, na dúvida, é este, por menos favorecente ao mutuário/comprador relapso, o sentido que conduz ao maior equilíbrio das prestações (art. 237.º do CC)"*. Neste caso concreto, cremos não poder defender-se a sub-rogação do mutuante nos direitos do vendedor, nomeadamente na reserva, pela simples razão de que do clausulado do negócio não se retira qualquer declaração expressa nesse sentido.

Concluimos, portanto, que a sub-rogação do financiador nos direitos do vendedor, designadamente na reserva, a ser possível, tem de ser expressa.

Refira-se ainda que os argumentos em torno da figura da sub-rogação encontram também o seu sustento em alguma Doutrina. Com efeito, I. MENÉRES CAMPOS, na esteira do Direito francês, recorre ao instituto para explicar a validade da reserva de propriedade a favor do financiador, dizendo que este último, ao entregar o preço ao comprador, sub-roga-se nos direitos do vendedor, transmitindo-se os créditos e seus acessórios, incluindo a reserva (transferência de créditos baseada no cumprimento)²³⁹. A Autora equipara, numa perspectiva funcional, a reserva a um direito real de garantia²⁴⁰.

²³⁷ Ac. TRL de 25.03.10, proc. 6336/04.4TJLSB.L1-8. Cf. ainda o Ac. do TRC de 23.06.09, proc. 2620/08.6TBAGD.C1.

²³⁸ Proc. 2505/06.0TVLSB.L1-6.

²³⁹ In "Algumas reflexões...", cit., p. 642ss. Em sentido idêntico, PINTO OLIVEIRA, *Contrato...*, ob. cit., p. 56.

²⁴⁰ Cf. "Cancelamento (...) - Ac. do STJ...", ob. cit., p. 60.

Contudo, cremos, salvo o devido respeito, que a referida tese contém algumas imprecisões. Por um lado, não pode ser o financiador, ao entregar o preço, a sub-rogar-se nos direitos do vendedor. Só o credor ou o devedor o poderiam fazer, aquando do cumprimento pelo mutuante, nos termos dos já referidos arts. 589.º e 591.º do CC. Por outro lado, também não existe aqui nenhum fenómeno de sub-rogação legal (art. 592.º), sem necessidade de intervenção das partes, pelo que a sub-rogação nunca poderia decorrer automaticamente da entrega da quantia mutuada ao comprador (ou mesmo directamente ao vendedor), como parece decorrer da doutrina exposta²⁴¹. Na verdade, admitir-se uma sub-rogação desse género, implicaria aceitar a sub-rogação tácita, vedada explicitamente pelos arts. 589.ºss, que referem sempre a necessidade de declaração expressa (art. 589.º e n.º 2 do art. 591.º)²⁴².

Também na Doutrina, CARVALHO FERNANDES, apesar de não desenvolver a questão, parece admitir a possibilidade do vendedor sub-rogar o financiador na sua situação jurídica²⁴³.

Ora, apesar do exposto, não têm sido apresentadas muitas explicações sobre o problema da sub-rogação do mutuante e da transmissão da reserva de propriedade por essa via, o qual é, a nosso ver, ainda pouco perceptível. De facto, nos arestos em que o mutuante alega a existência de sub-rogação, ou não se dá grande relevo ao tratamento da figura e reproduzem-se os argumentos normalmente expendidos sobre o problema da admissibilidade da reserva directa de propriedade a favor do mutuante para se chegar a uma conclusão favorável²⁴⁴ ou desfavorável²⁴⁵, ou dá-se importância à questão, ainda que em alguns casos não se explique o fenómeno, e acaba por concluir-se pela validade da sub-rogação, ou improcedem os autos fundamentalmente pelo facto dessa sub-rogação não se encontrar

²⁴¹ Embora se cite aí LIMA PINHEIRO (*in A venda com reserva de propriedade em Direito Internacional Privado*, 1991, p. 27), o qual defendeu a possibilidade de a propriedade, reservada inicialmente para o vendedor, ser transferida para a instituição financeira, criando-se, desse modo, uma relação tripartida semelhante à locação financeira. Segundo o autor, o alienante, após o recebimento do preço por parte do mutuante, sub-rogaria expressamente este em todos os seus direitos perante o comprador. Defende-se, pois, uma sub-rogação expressa, pelo que, salvo o devido respeito, não nos ficou clara a posição de I. MENÉRES CAMPOS - "Algumas reflexões...", cit., p. 643.

²⁴² Ainda que no art. 589.º não se exija forma escrita (217.º e 219.º CC).

²⁴³ Partindo da ideia de conexão entre os contratos envolvidos, afirma o autor que, na ausência de uma disposição contratual a prever a transmissão do direito reservado para a entidade financiadora, é de admitir a reserva a favor do mutuante quando entre o vendedor e o financiador exista uma colaboração na "preparação ou na conclusão do contrato de financiamento" (n.º 1, 12.º, *in fine* DL 359/91), "tão profunda que permita identificar a vontade de aquele, tendo reservado o direito de propriedade, sub-rogar o financiador na correspondente situação jurídica - Cf. "Notas breves...", ob. cit., p. 331ss.

²⁴⁴ Cf. os Acs. do TRC de 13.01.09, proc. 2007/08.0TBFIG.C1 e do TRL de 03.12.09, proc. 6212/06.6TVLSB.L1-8.

²⁴⁵ Cf. Ac. do STJ de 12.07.11, proc. 403/07.0TVLSB.L1.S1.

expressamente prevista no contrato²⁴⁶ ou por se entender que a cláusula de reserva de propriedade não é uma garantia, pelo que não pode ser transmitida com o crédito, ao abrigo dos arts. 594.º e 582.º²⁴⁷. Também na Doutrina não há muitas referências directas ao problema, pelo que urge analisá-lo mais a fundo, deixando também aqui suscitadas diversas questões que nos vêm surgindo.

A nosso ver, embora a situação objecto deste estudo pareça enquadrar-se perfeitamente na figura da sub-rogação, como temos vindo a constatar até aqui, parecendo, pois, admissível que o mutuante fique sub-rogado nos direitos do vendedor ao abrigo dos arts. 589.º e 591.º, julgamos, salvo o devido respeito por melhor opinião, não ser sustentável por essa via a transmissibilidade para o financiador da reserva de propriedade estipulada previamente a favor do alienante.

Como vimos, a sub-rogação apresenta-se no nosso ordenamento jurídico como uma forma de transmissão de créditos, traduzindo-se na substituição, numa determinada relação jurídica, de uma pessoa (credor originário) por outra (um terceiro) que cumpre a obrigação ou fornece meios para o cumprimento, sendo a medida deste último que determina a medida da sub-rogação (n.º 1, art. 593.º). Excepcionalmente, o crédito não se extingue em virtude do pagamento, mas transmite-se.

Ora, aplicando o instituto à situação objecto da nossa análise, pergunta-se qual o direito de crédito que se pretende transmitir e qual a medida da sub-rogação. Diremos que o direito de crédito em causa é o direito do vendedor correspondente ao preço do veículo que alienou e que, se o vendedor receber, pelo cumprimento, a totalidade do preço, como normalmente acontece, é essa a medida da sub-rogação (sub-rogação total)²⁴⁸. Perante o pagamento do preço, poderá então o credor sub-rogar o financiador na sua posição, ou, recebendo o dinheiro do devedor, poderia este sub-rogar o mutuante, verificados os requisitos supra analisados. O terceiro, mutuante, teria assim direito àquela quantia (que emprestou e que corresponde ao exacto valor do preço do bem). Este é, porém, um ponto que não tem sido explicitado pela Jurisprudência e pelos defensores da sub-rogação.

²⁴⁶ *Vd.* Acs. do STJ de 10.07.08, proc. 08B1480, do TRC de 03.06.08, proc. 4894/07.0TVLSB.C1, de 11.03.08, proc. 3291/07.2TVLSB.C1 e do TRL de 17.07.08, proc. 6158/2008-7 e de 31.03.09, proc. 10306/2008-1.

²⁴⁷ *Ac.* TRL de 14.12.10, proc. 1384/10.8TJLSB.L1-8.

²⁴⁸ Sublinhe-se que com a sub-rogação transmite-se apenas o crédito e não a posição contratual. Refere ANDREA MAGAZZÙ, que, com a sub-rogação, "(...) (o) sub-rogado adquiriu o simples direito de crédito com os seus acessórios, subentrou no lado activo da relação obrigacional simples, para recuperar o que prestou ao credor; não pode considerar-se que tenha assumido com a sub-rogação a qualidade de parte na relação contratual entre devedor e o precedente credor, porque tal assunção não seria conforme à típica função recuperatória do instituto (...)" - ANDREA MAGAZZÙ, *Surrogazione per pagamento*, Enciclopedia del Diritto, Vol. XLIII, 1990, Milano, p.13, autora citada por JÚLIO GOMES, *in* "Pagamento...", *ob. cit.*, p. 157, n. 142.

Ao ser liquidado o preço, cumpre-se a obrigação de pagamento, transmitindo-se o crédito correspondente ao valor pago para quem pagou ou ajudou ao cumprimento²⁴⁹, tendo, em consequência sido sub-rogado nesse direito (arts. 589.º e 591.º). Além disso, verificando-se a condição a que normalmente fica sujeita a transferência do direito real (pagamento do preço), a reserva extingue-se, e a propriedade transmite-se necessariamente para o comprador. Com efeito, não pode estar aqui em causa uma qualquer transmissão do direito à titularidade da reserva²⁵⁰ ou de direitos emergentes da reserva²⁵¹, ou mesmo do próprio direito real de propriedade, até porque o instituto refere-se apenas a direitos de natureza creditícia e não real²⁵².

Não alcançamos, pois, como pode a propriedade, reservada previamente a favor do vendedor, transmitir-se para o financiador por via de uma sub-rogação no crédito daquele. Julgamos que só para quem defende ser a reserva de propriedade uma garantia, análoga ao penhor ou à hipoteca²⁵³, por exemplo, faz sentido defender a sua transmissão por força do art. 582.º, aplicável *ex vi* art. 594.º²⁵⁴. Não é essa, no entanto, a nossa posição²⁵⁵, apesar de reconhecermos à reserva uma função de garantia, porquanto ao manter-se a propriedade na esfera jurídica do vendedor este pode, em caso de incumprimento do comprador, resolver o contrato (n.º 2, art. 801.º) e vir, dessa forma, recuperar o bem alienado²⁵⁶. Por conseguinte, para quem, como nós, encara a reserva de propriedade como uma cláusula do contrato que suspende um dos efeitos do negócio de compra e venda (a transferência do direito real de propriedade), diferindo-o para um momento posterior, não faz sentido a defesa da sua transmissibilidade por sub-rogação no direito ao preço do vendedor. Citando RUI PINTO DUARTE, "(...) a reserva não gera um direito diverso do de propriedade e, portanto, a

²⁴⁹ Sublinhe-se, uma vez mais, que o crédito só se transmite se se declarar, até ao momento do pagamento, que se pretende que o terceiro o adquira.

²⁵⁰ Como se afirmou no Ac. do TRL de 12.10.10, proc. 1129/10.2TBBNV.L1-1.

²⁵¹ Cf. Ac. do TRL de 10.01.08, proc. 10958/2007-7.

²⁵² Cf. Ac. TRL de 26.11.09, proc. 3039/05.6TVLSB.L1-6.

²⁵³ Na Alemanha, a reserva de propriedade passou a ser encarada, a partir de determinado momento, como algo diverso do direito de propriedade, mais próxima dos direitos reais de garantia. Com efeito, nesse ordenamento jurídico a reserva é vista como algo transmissível - Cf. RUI PINTO DUARTE, "Alguns aspectos...", ob. cit., p. 53.

²⁵⁴ Cf. Ac. do STJ de 02.02.06, proc. 05B3932.

²⁵⁵ *Supra* p. 37. Para MENEZES LEITÃO, a utilização da propriedade em garantia, que ocorre designadamente na reserva de propriedade, não se pode considerar uma garantia real *proprio sensu*, dado que ela não se limita a atribuir ao credor preferência sobre um bem do devedor ou de terceiro, mas antes o investe na plena propriedade do bem, cuja utilização ele deve limitar ao fim da garantia - *in Garantias das Obrigações*, ob. cit., p. 21. No mesmo sentido, cf. Ac. TRL de 14.12.10, proc. 1384/10.8TJLSB.L1-8.

²⁵⁶ Terá ainda o direito a ser indemnizado pelo interesse contratual negativo e, para quem assim o entenda, também pelo interesse contratual positivo. Cf. Citando, a este propósito diversa Doutrina, PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, cit., p. 378.

*reserva em si mesma, não é transmissível*²⁵⁷. Na mesma linha, escreveu-se no Acórdão do TRL de 05.07.07 que *"Se a reserva de propriedade fosse transmissível como as garantias reais transmissíveis (hipoteca e penhor) perderia ela natureza de cláusula contratual que se limita a diferir a transmissão da propriedade para momento posterior ao do contrato (e eventualmente a subordina a algo); ainda assim a possibilidade de transmissão da reserva não lhe daria o estatuto de garantia real (...)"*²⁵⁸. Em nossa opinião, no Direito português, a reserva de propriedade não tem autonomia em relação ao direito de propriedade e ao contrato de alienação em que se encontra inserida, não constituindo uma garantia ou um acessório do crédito que possa transmitir-se por força dos preceitos acima referidos.

Creemos que, ainda que ocorra uma sub-rogação, nunca a propriedade reservada para o vendedor se transmite para o financiador. Com o cumprimento e sub-rogação, o crédito relativo ao preço desaparece da esfera jurídica do vendedor e, estando a transferência da propriedade condicionada normalmente ao pagamento do preço²⁵⁹, com a sua liquidação por terceiro (ou através dele, por empréstimo), o direito real transfere-se sim para o comprador.

Assim, ainda que o mutuante fique sub-rogado no direito de crédito do vendedor, nunca aquele se torna proprietário, pelo que, para nós, não pode o financiador, beneficiar da reserva de propriedade, extinta com o cumprimento, por força da verificação do evento condicionante.

Cumpre-nos ainda, para terminar o presente título, deixar expostas algumas questões que nos surgem perante a ocorrência de uma sub-rogação do mutuante no crédito do vendedor. Esta, aliás, uma hipótese expressamente prevista pelo nosso legislador no art. 591.º (sub-rogação em consequência de empréstimo).

A primeira questão que nos surge tem a ver com o facto do mutuante sub-rogado ficar aparentemente com dois créditos semelhantes: o crédito adveniente da sub-rogação, correspondente ao preço do veículo, e o crédito que resultou do contrato de mútuo, correspondente às prestações creditícias. Ambos os créditos de igual valor. Pergunta-se então se o mutuante fica com os dois créditos ou apenas com um e, neste último caso, com qual deles.

GALVÃO TELLES foi um dos autores que procurou uma solução para o problema no ordenamento jurídico português. Defendeu a extinção do crédito resultante do empréstimo.

²⁵⁷ RUI PINTO DUARTE, "Alguns aspectos...", cit., p. 53.

²⁵⁸ Proc. 5671/2007-8.

²⁵⁹ Não concordamos com os que entendem que a transferência de propriedade pode ficar condicionada ao pagamento das prestações do contrato de mútuo nos termos do art. 409.º. Explicámos já que, a nosso ver, só podem estar em causa obrigações relativas a contratos de alienação, nunca ao mútuo.

Nas suas palavras, *"Há que entender que o crédito nascido do mútuo se extingue por virtude da sub-rogação se esta vier a operar-se e logo que se opere. A aquisição do crédito em relação ao qual a sub-rogação se dá representa um modo (inominado) de satisfação do crédito provindo do mútuo, modo aquele que deve como tal considerar-se causa extintiva deste mesmo crédito. O direito adquirido por sub-rogação substitui-se no património do mutuante ao direito derivado do empréstimo"*²⁶⁰. Contrariamente, JÚLIO GOMES, apesar de reconhecer que seria incongruente permitir ao mutuante ficar com dois créditos, podendo deles valer-se cumulativamente, sustenta que o mutuante fica *"(...) na titularidade de dois direitos de exercício alternativo, isto é, que não pode exercer cumulativamente, mas dando-se-lhe, deste modo, uma opção"*²⁶¹.

Pensamos que qualquer das teses referidas é defensável. Estamos, no entanto, com os que defendem a coexistência dos dois créditos, devendo o financiador optar, no momento que considerar oportuno, por aquele que lhe for mais vantajoso. Na realidade, tal como afirmou JÚLIO GOMES, a opção tem efeitos práticos relevantes, *"(...) por exemplo, na hipótese do mútuo, o contrato de mútuo pode prever uma taxa de juro superior à do crédito em que o mutuante vai ser sub-rogado (...)"*²⁶². Esta orientação, sustentada por JÚLIO GOMES, tem também sido largamente acolhida pela Doutrina estrangeira²⁶³.

A posição que se adopte em relação ao problema mencionado não é indiferente. Não faz, por exemplo, sentido, defender-se a extinção do direito de crédito resultante do mútuo e, depois, admitir-se que o mutuante, sub-rogado no direito do vendedor, intente em Tribunal uma acção pedindo a resolução do contrato de mútuo, como sempre acontece²⁶⁴, pois isso implicaria a restituição das prestações mutuadas (n.º 1, art. 434.º), às quais já não tem direito. Questiona-se, então, de que modo poderia o mutuante agir em face do incumprimento do devedor. Faria sentido intentar uma acção de resolução do contrato de compra e venda por falta de pagamento do preço se essa faculdade estivesse prevista na compra e venda (art. 432.º e 886.º) ou se o alienante tivesse reservado para si a propriedade do bem? Será que com a sub-rogação no crédito correspondente ao preço também se transferiu o direito de resolver esse

²⁶⁰ Cf. GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 5ª ed., Coimbra Editora, 1986, p. 254. No mesmo sentido, MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. II, ob. cit., p. 41.

²⁶¹ Cf. JÚLIO GOMES, "Do pagamento...", cit., p. 125. Semelhante entendimento parece ter sido também sufragado por VAZ SERRA, in "Sub-rogação nos Direitos do Credor", cit., p. 7, n. 2.

²⁶² Cf. JÚLIO GOMES, "Do pagamento...", cit., p. 128.

²⁶³ Cf. As diversas orientações adoptadas noutros ordenamentos, apresentadas por JÚLIO GOMES, in "Do pagamento...", cit., p. 125ss. Refere o autor que *"Curiosamente, em alguns ordenamentos é claramente dominante a tese de que o direito pessoal do solvens ou de quem fornece ao devedor os meios com que este efectua o pagamento não se extingue mesmo que se verifique a sub-rogação"*. Citam-se depois vários autores, na Bélgica, França e Suíça que defendem essa posição - Cit., p. 127.

²⁶⁴ *Infra* p. 85.

contrato? Está aqui em causa a extensão dos poderes que o sub-rogado pode vir a exercer²⁶⁵. Também esta problemática foi abordada por JÚLIO GOMES, para quem essa faculdade de resolução, se prevista no contrato de compra e venda, se inclui nos direitos que o mutuante adquire por sub-rogação, uma vez que está em causa um instrumento ao dispor do credor "para compelir devedor ao referido cumprimento"²⁶⁶. Esta solução compreende-se se considerarmos que o vendedor já não terá qualquer interesse no exercício desse direito. Saliente-se, todavia, que nem todos partilham dessa opinião, havendo quem considere que o mutuante, sucedendo apenas no crédito do vendedor correspondente ao preço, não pode resolver o contrato de compra e venda²⁶⁷. Esta visão também se entende se cuidarmos que se mantém o vínculo contratual existente entre o credor originário e o devedor.

Pensamos que, para tomar uma posição sobre o assunto, deverá ter-se em conta o seguinte: se defendermos que o mutuante não adquire o direito de resolver o contrato de compra e venda, temos de estar conscientes de que esse direito permanecerá na esfera jurídica do vendedor, que não terá interesse em exercê-lo, ou não o poderá exercer por já não ter o crédito, passando a existir um contrato em que apenas uma das partes o pode resolver²⁶⁸. Por outro lado, se sustentarmos que o mutuante tem o direito a resolver o contrato, temos de atentar ao facto desse exercício implicar a restituição do bem alienado (arts. 433.º e 434.º), bem esse que pertence ao comprador (independentemente da existência, ou não, da reserva de propriedade, pois, mesmo que esta tivesse existido, com o pagamento a propriedade transmitiu-se). Significaria isso admitir a atribuição da propriedade do bem ao terceiro mutuante (e não a sua "restituição", pois o bem nunca foi dele) por via do exercício da acção de resolução do contrato de compra e venda²⁶⁹. A defender-se essa possibilidade, seria, aliás, uma via alternativa para o mutuante conseguir ficar com o veículo, mesmo não tendo a seu favor uma cláusula de reserva de propriedade. Não encontramos, no entanto, nos tribunais, nenhum caso em que o financiador tenha pedido a resolução do contrato de compra e venda por ter sido sub-rogado no direito de crédito do vendedor.

²⁶⁵ Sobre o tema, JÚLIO GOMES, "Do pagamento...", cit., p. 157ss.

²⁶⁶ *Idem*, p. 158.

²⁶⁷ *Vd.* ORAZIO BUCCISANO, *La Surrogazione per Pagamento I*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 42, n. 70, citado por JÚLIO GOMES, "Do pagamento...", ob. cit., p. 157, n. 143.

²⁶⁸ Cf. MARCO PROSPERETTI, *Il Pagamento con Surrogazione*, in *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por Pietro Rescigno, Vol. 9, *Obbligazioni e contratti*, Tomo primo, Utet, Torino, 1987, p. 123ss, citado por JÚLIO GOMES, ob. cit., p. 157, n. 145.

²⁶⁹ A Jurisprudência francesa tem chamado a atenção para o problema. Cf. também FRANÇOIS CHABAS, segundo o qual a possibilidade "(...) *conduz, não a restituir ao vendedor a coisa vendida, que seria o efeito normal da resolução, mas a atribuir a propriedade da coisa ao terceiro que se sub-rogou ao vendedor, por exemplo, ao terceiro que adiantou o pagamento do preço*" - in *Leçons de Droit Civil*, Tomo II, 1º volume, *Obligations: Théorie Générale*, Paris, 8ª ed., 1991, p. 966, n. 2, citado por JÚLIO GOMES, ob. cit., p. 158, n. 145.

Com efeito, pensamos ser de vedar ao mutuante o direito de resolver o contrato de compra e venda por falta de pagamento do preço (quando tal faculdade tivesse sido convencionada naquele contrato), porquanto permitir o seu exercício equivaleria, em última análise, a admitir que, por essa via, o terceiro viesse a adquirir a propriedade do bem vendido, que nunca lhe pertenceu²⁷⁰. A nosso ver, com a sub-rogação o mutuante não adquire o direito de resolver o contrato de compra e venda (só o crédito relativo ao preço), só podendo exercer os direitos que lhe advêm do mútuo. Assim, pode o mutuante, em caso de incumprimento do devedor, pedir apenas a restituição das quantias já entregues após a resolução desse negócio.

A consideração de que o mutuante mantém na sua esfera jurídica os dois direitos de crédito (ao preço e às prestações do mútuo) de exercício alternativo, pode ainda ser importante noutra perspectiva. Pergunta-se: se defendermos a extinção do crédito resultante do mútuo aquando da sub-rogação, como pode o mutuante, em caso de incumprimento, actuar? Não faria sentido pedir a resolução do contrato de mútuo e a correspondente restituição das prestações, porquanto o seu crédito, enquanto mutuante, estava extinto. Poderíamos até chegar à situação absurda de o mutuante não conseguir exercer nem o direito de resolução do contrato de mútuo (por se ter extinto o crédito proveniente desse contrato), nem o direito de resolução da compra e venda (se admitíssemos que este último não se transmitiria pela sub-rogação).

Em suma, a defesa da utilização do instituto da sub-rogação com o propósito de permitir ao mutuante beneficiar de uma reserva de propriedade, tem de ter em conta a essência do instituto da sub-rogação e do *pactum reservati dominii*, bem como todas as restantes questões que se colocam e que foram explicitadas.

A concluir, refira-se que consideramos, pois, inválidas as cláusulas que prevêm a transmissão da reserva de propriedade em virtude de uma sub-rogação do mutuante nos direitos do vendedor, porquanto tais estipulações desvirtuam a própria reserva que, como vimos, é incidível do direito de propriedade e do contrato de alienação em que foi prevista e, por isso, intransmissível por essa via. Resta-nos, ainda afirmar que nem a cessão de créditos

²⁷⁰ Só a cessão da posição contratual (art. 424.ºss) parece implicar a transferência do direito de resolução do contrato. Na mesma linha de raciocínio, com referência já à cessão de créditos, escreveu-se no Ac. do TRL de 15.04.08, proc. 2596/2008-7 que "(...) a própria cessão de créditos não transmite o direito à resolução do contrato de compra e venda, pelo que nem sequer é líquido que a reserva de propriedade possa ser transmitida através da simples cessão do crédito, sem cessão da posição contratual". Cf. ainda MENEZES LEITÃO, segundo o qual "Também quanto à reserva de propriedade (art. 409.º) é duvidoso que esta possa ser transmitida com a cessão do crédito, uma vez que para o seu exercício seria necessária a resolução do contrato por falta de pagamento do preço, e este é um poder que apenas no âmbito da cessão da posição contratual poderia ser transmitido" - *Direito das Obrigações*, Vol. II, ob. cit., p. 26. No mesmo sentido, PESTANA DE VASCONCELOS, *A Cessão de créditos em garantia...*, cit., p. 489ss e 497ss e CATARINA MONTEIRO PIRES, *A Alienação...*, cit., p. 177.

(art. 577.ºss), nem a cessão da posição contratual (art. 424.ºss)²⁷¹, constituem, a nosso ver, vias alternativas à sub-rogação, para efeitos de transmissão da cláusula de reserva de propriedade do alienante para o financiador. Na cessão de créditos, tal como na sub-rogação, apenas se transmite o crédito correspondente ao preço pago e não o direito real de propriedade e, por isso, também não a cláusula que o tem por objecto. Por outro lado, se o evento condicionante da transferência da propriedade for o pagamento do preço, como normalmente acontece, com o cumprimento do terceiro a reserva desaparece, jamais se podendo transmitir para o terceiro²⁷². O mesmo acontece no caso de cessão da posição contratual. Apesar de transmitir-se todo o lado activo da relação jurídica e já não apenas o crédito relativo ao preço, se o evento condicionante da transmissão do direito real também for o pagamento do preço, deixa de existir reserva, passando a propriedade a pertencer ao comprador. Ademais, ainda que o evento condicionante da transferência da propriedade seja outro, as referidas figuras não envolvem a transmissão de direitos reais, como a propriedade.

Passemos agora à análise das atitudes que têm sido frequentemente adoptadas pelos mutuantes em face do incumprimento do mutuário. No final, sintetizaremos a nossa visão global do problema e as alternativas de defesa do financiador que julgamos exequíveis.

3.3. AS ATITUDES DO MUTUANTE PERANTE O INCUMPRIMENTO DO MUTUÁRIO

Perante o incumprimento e a mora no pagamento das prestações do empréstimo, o mutuante opta, em muitos casos, pela resolução do contrato, instaurando uma acção declarativa. Nessa acção, pede que se declare válida a resolução do contrato de financiamento, que se reconheça a sua propriedade sobre o bem alienado e que se condene o mutuante na sua entrega (e não das prestações creditícias como seria normal), alegando ter sobre ele reserva de propriedade, registada a seu favor (à luz da alínea b), do n.º 1, art. 5.º do DL 54/75, de 12.02)²⁷³.

²⁷¹ Entre outros, sobre a cessão de créditos, *vd.*, em especial, MENEZES LEITÃO, *Cessão de créditos*, Almedina, 2005. Acerca da cessão da posição contratual, cf. MOTA PINTO, *Cessão da Posição Contratual*, Coleção Teses, Almedina, 2003.

²⁷² Também GRAVATO MORAIS duvida da admissibilidade da cessão da reserva ao financiador. Segundo o autor, "*A cessão de créditos não permite justificá-la, até porque, com esta, não se transfere a possibilidade de o cessionário resolver o contrato. E só tal via possibilita a recuperação da coisa*" - *Contratos...*, ob. cit., p. 332. Em sentido oposto, cf. PESTANA DE VASCONCELOS, *A cessão de créditos...*, cit., p. 489.

²⁷³ Apesar de, como salienta I. MENÉRES CAMPOS, o financiador não ter grande interesse em reaver a propriedade do veículo, visto estar em causa um bem que rapidamente desvaloriza e a resolução implicar a restituição das prestações já pagas pelo comprador, incluindo capital e juros, o que se torna excessivamente oneroso para si. Também o mutuante, enquanto instituição de crédito, normalmente não engloba no seu objecto

Em simultâneo, é também comum o mutuante instaurar uma providência cautelar de apreensão de veículo automóvel ao abrigo do DL 54/75, de modo a evitar a deterioração do veículo e perda do seu valor, que pode ocorrer no decurso do processo declarativo.

Noutras situações, o mutuante prefere o cumprimento do contrato de crédito. Recorre, assim, à instauração de uma acção declarativa, pedindo a condenação do mutuário no pagamento das prestações creditícias em falta. Esta hipótese não coloca, porém, dificuldades quanto à reserva, pelo que não cuidaremos dela.

Nos casos em que detém já um título executivo (ex. livrança caução²⁷⁴), o financiador recorre à acção executiva com vista à penhora do veículo, prescindindo desse modo da entrega do bem. Aqui colocam-se já diversas questões, na medida em que a titularidade da reserva de propriedade se encontra registada a seu favor.

Vejamos, pois, as questões que se colocam em cada uma das situações.

3.3.1. O RECURSO À ACÇÃO DECLARATIVA PARA RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE MÚTUO

Vimos já que o mutuante recorre à acção declarativa pedindo que se declare válida a resolução do contrato de crédito, no qual consta uma cláusula de reserva de propriedade a seu favor, e que se condene o mutuário na entrega do veículo financiado.

O problema que aqui se coloca é o de saber se, resolvendo o contrato de mútuo, o mutuante pode, ou não, recuperar o veículo que financiou e cuja propriedade reservou para si no contrato de crédito, ou lhe foi alegadamente transmitida pelo vendedor por efeito de uma sub-rogação nos direitos deste. Tudo depende da tese que se adopte perante as várias correntes presentes no seio da Doutrina e Jurisprudência e já tratadas.

A nosso ver, como concluímos já, a resolução do contrato de mútuo por falta de pagamento das prestações creditícias não importa a restituição do bem ao mutuante, nos casos em que a reserva de domínio foi constituída directamente a seu favor, porquanto, a cláusula que a estipulou deve ter-se por nula, nos termos do art. 294.º do CC (por contrariedade ao art. 409.º, enquanto norma imperativa), não tendo produzido quaisquer efeitos jurídicos. O

social a compra e venda de bens de consumo, pelo que a recuperação do bem não lhe é relevante. Acresce que a reserva, para a autora, apenas visa a garantia do crédito e não o gozo da coisa. *In* "Algumas Reflexões...", cit., p. 646.

²⁷⁴ Esta figura, também designada de livrança em branco, consubstancia um título de crédito subscrito pelo devedor principal e avalizado por um terceiro, sendo muito solicitado pelas instituições bancárias com vista a assegurarem o seu crédito. Trata-se de uma livrança não preenchida e acompanhada de um pacto de autorização de preenchimento no qual se estipulam os limites e as situações de incumprimento que, a verificarem-se, permitem à entidade bancária preenchê-la e intentar uma acção executiva.

financiador não pode pedir a restituição de um bem cuja propriedade não é, nem nunca foi, sua. O direito real foi transmitido para o comprador no momento do pagamento do preço. O registo, na Conservatória, da reserva a favor do mutuante nada muda, uma vez que esse acto de registo não encontra qualquer apoio no direito substantivo. Nesses termos, o registo deve ter-se por nulo, pois o acto que lhe serviu de base também o é (art. 16.ºss CRPred)²⁷⁵.

A solução será diferente para os que entendem ser lícito ao mutuante reservar para si, directamente, a propriedade do bem financiado²⁷⁶. Para essa orientação, nada obsta à condenação do comprador na entrega do bem ao mutuante com reserva de propriedade e registo, válido, da titularidade da mesma a seu favor.

Nos casos em que o mutuante tem reserva de propriedade em virtude de uma sub-rogação no direito de crédito do vendedor, nos termos acima explanados²⁷⁷, cremos que a acção declarativa com vista à entrega do bem também não poderá ser procedente. Em nossa opinião, e considerando a natureza da cláusula de reserva de propriedade, ela não é susceptível de transmissão por essa via. Com o cumprimento do terceiro, ou pelo devedor com dinheiro por aquele emprestado, a reserva extinguiu-se, pois verificou-se o evento condicionante de que normalmente depende a transmissão da propriedade, ou seja, o pagamento do preço. Além disso, a sub-rogação, enquanto meio de transmissão de créditos, não pode implicar a transferência de direitos reais, como é o caso do direito de propriedade, objecto da reserva.

3.3.2. O RECURSO AO PROCEDIMENTO CAUTELAR DE APREENSÃO DE VEÍCULO AUTOMÓVEL

Paralelamente à acção declarativa de resolução do contrato de mútuo, por incumprimento das prestações creditícias correspondentes ao valor do automóvel, o mutuante, com reserva a seu favor, tende também a instaurar uma providência cautelar com vista à apreensão do veículo. Para o efeito, recorre ao processo cautelar especificado regulado nos arts. 15.ºss do DL 54/75, de 12.02^{278 279}. Na sua petição, invoca o registo da reserva a seu favor, apresentando como prova a certidão ou cópia desse registo e os documentos que lhe servem de base (n.º 3, art. 15.º do DL). Pretende, assim, o mutuante proteger-se de eventuais

²⁷⁵ *Supra* p. 60.

²⁷⁶ *Supra* p. 54 e nota 147.

²⁷⁷ *Supra* p. 65ss.

²⁷⁸ Com as alterações introduzidas até à L 39/08, de 11.10.

²⁷⁹ Para maiores desenvolvimentos, *vd.* MOITINHO DE ALMEIDA, *O processo cautelar de apreensão de veículos automóveis*, 5ª ed., Coimbra Editora, 1999.

prejuízos provocados pelo uso do veículo, bem como do perigo da sua destruição e desvalorização²⁸⁰.

Constituem, geralmente²⁸¹, requisitos para o decretamento da referida providência cautelar: o registo da reserva na Conservatória (n.º 1, art. 15.º DL); o incumprimento do devedor das obrigações que originaram a reserva (n.º 1, art. 16.º DL); não estar em causa apenas o pagamento de uma prestação que não exceda a oitava parte do preço (art. 934.º CC); a interpelação pelo credor do devedor em mora, salvo se tiver sido convencionado que a simples mora dá direito à resolução do negócio²⁸².

Ora, julgamos que esta providência foi pensada para o caso do vendedor a prestações com reserva de propriedade. Procurou o legislador, com a sua consagração, conceder aos vendedores naquela situação um instrumento processual célere e eficaz²⁸³ que fosse capaz de acautelar os seus interesses, evitando os perigos da demora da acção principal pela qual se visa a recuperação do veículo (acção de resolução do contrato de alienação - art. 18.º do DL).

Os problemas surgem quando quem pretende a apreensão do veículo é o mutuante, no âmbito de uma compra e venda por ele financiada.

Por um lado, o titular do registo da reserva é o mutuante e não o alienante (como seria de esperar²⁸⁴) e, estabelece o n.º 1 do art. 15.º do DL em análise, que é o titular do registo da reserva de propriedade quem pode requerer em juízo a apreensão do veículo e do certificado de matrícula²⁸⁵. Mas, se o alienante/vendedor a prestações com reserva de propriedade tiver registo a seu favor e estiverem preenchidos os restantes requisitos, não se colocam problemas. A dúvida surge nos casos em que quem é titular do registo é o mutuante. Poderá, só por beneficiar desse registo, recorrer ao procedimento cautelar? Será o registo da reserva válido?

Por outro lado, o procedimento cautelar em causa é instrumental a uma acção de resolução do contrato de alienação, a ter lugar no prazo de 15 dias a contar da apreensão do

²⁸⁰ Segundo J. TIMÓTEO PEREIRA, este procedimento cautelar acaba por ter uma eficácia superior à penhora, na medida em que permite remover o veículo, entregá-lo a um depositário e apreender os respectivos documentos, proibindo-o mesmo de circular, nos termos dos arts. 17.º e 22.º do DL referido - Cf. *Prontuário de Formulários e Trâmites - Procedimentos e medidas cautelares, com incidentes conexos*, Vol. II, Quid Juris, 4ª ed., 2011, p. 854.

²⁸¹ Os requisitos expostos estão pensados para o caso da venda a prestações (art. 934.ºss), campo por excelência de aplicação deste procedimento cautelar.

²⁸² Ac. TRL de 29.01.09, proc. 668/08.0TJLSB-8.

²⁸³ Prova disso é que o art. 16.º do DL exige apenas como requisito do decretamento da providência, quando se trate de reserva de propriedade, a prova do não cumprimento do contrato por parte do adquirente, caso em que o juiz ordenará a imediata apreensão do veículo (sem prévia audição da parte contrária).

²⁸⁴ Cf. Al. b), n.º 1 do art. 5.º do DL 54/75, nos termos da qual: "*Estão sujeitos a registo: (...) b) A reserva de propriedade estipulada em contratos de alienação de veículos automóveis*".

²⁸⁵ É considerada parte ilegítima neste procedimento quem não tenha registo da reserva a seu favor, seja ele vendedor ou mutuante (n.º 3, art. 26.º CPC) - Cf. Ac do TRL de 23.11.00, proc. 0073428.

veículo²⁸⁶ (n.º 1, art. 18.º, *in fine* DL). A norma também se refere expressamente a contratos de alienação. Por conseguinte, outra das dificuldades emerge do facto de se defender que o decretamento da providência depende da existência do direito de resolução do contrato de compra e venda, cujo exercício visa a recuperação definitiva do bem, direito esse que, aparentemente²⁸⁷, o mutuante não tem. Em regra, verificadas certas condições, só o vendedor tem o direito de resolver o contrato de compra e venda (arts. 409.º, 432.º, 434.º, n.º 2 do art. 801.º, 886.º e 934.º CC). Coloca-se, pois, a questão de saber se a providência cautelar em análise pode ser dependente de uma acção de resolução do contrato de mútuo e não do contrato de compra e venda.

Ora, também quanto a esta temática, a Doutrina e a Jurisprudência têm assumido orientações diversas. A resposta dependerá, naturalmente, da posição que se adopte em relação à validade da reserva de propriedade a favor do financiador, quer quanto à reserva directa, quer quanto à transmissão da reserva para o mutuante por força de uma sub-rogação, e em relação à validade do registo da sua titularidade.

Assim, quem admite a reserva de propriedade a favor do mutuante por qualquer das vias supra referidas tende a considerar o registo da reserva válido e a decretar a providência cautelar (bastando para isso o registo a favor do mutuante e o incumprimento do mutuário - art. 16.º DL 54/75)²⁸⁸. Segundo esta orientação, o facto de o mutuante só poder pedir, na maioria dos casos, em sede de acção principal, a resolução do contrato de crédito²⁸⁹, não obsta ao decretamento da providência. Pode estar em causa a resolução do contrato de mútuo, pois a menção a "contrato de alienação" prevista no art. 18.º pode ser interpretada no sentido de abranger o contrato de mútuo conexo com o de compra e venda²⁹⁰. Argumenta-se no sentido

²⁸⁶ O procedimento cautelar pode, no entanto, ser instaurado só posteriormente, como incidente da acção de resolução (n.º 1, art. 383.º CPC).

²⁸⁷ Aparentemente porque, no caso de existir sub-rogação do mutuante nos direitos do vendedor, pode haver quem defenda que aquele adquiriu, por essa via, o direito de resolver o contrato de compra e venda. Não é, contudo, essa a nossa opinião. Cf. *supra* p. 83. Não vemos, no entanto, na Jurisprudência colocado este problema. Mesmo nos casos em que se defende a existência de uma sub-rogação, o mutuante invoca apenas direitos decorrentes do contrato de mútuo.

²⁸⁸ Cf. Acs. do TRL de 18.03.10, proc. 4847/09.4TBALM-A.L1-6, com um voto de vencido e do TRC de 13.01.09, proc. 2007/08.0TBFIG.C1, de 03.12.09, proc. 6212/06.6TVLSB.L1-8, de 21.03.06, CJ, II, p. 80, de 22.05.07, CJ, III, p. 80 e do TRL de 27.06.02, proc. 0053286. Há também defensores da invalidade da reserva directa a favor do financiador que têm admitido a transmissão da reserva por sub-rogação e consequentemente o recurso à providência cautelar em análise - Cf., neste sentido, o Ac. do TRP de 04.05.09, proc. 334/09.9TBGDM.P1.

²⁸⁹ Constata-se que o mutuante invoca sempre o direito de resolução do contrato de crédito, na acção principal, porquanto, na maioria dos casos, não faz sentido falar do direito de resolução da compra e venda (a menos que tenha ocorrido sub-rogação e que se defenda a transmissão do direito de resolução por essa via). Se o mutuante não tem a posição contratual do vendedor, não pode falar em resolução do contrato de compra e venda, nem sequer em preço. O direito de crédito ao preço extinguiu-se no momento do seu pagamento ao alienante. E já nem sequer o vendedor pode resolver o contrato de compra e venda por já não ter fundamento para o efeito.

²⁹⁰ Cf. Ac. do TRL de 21.03.06, CJ, 2006, T. II, p. 79ss.

da necessidade de uma interpretação actualista do regime previsto no DL que permita uma equivalência entre a expressão "acção de resolução do contrato de alienação" (art. 18.º DL) e a expressão "acção de resolução de contrato de financiamento/mútuo"²⁹¹.

Já a tese contrária rejeita a possibilidade de recurso ao procedimento²⁹², ainda que o mutuante beneficie do registo da reserva, uns por falta do requisito da instrumentalidade do procedimento em relação à acção de resolução do contrato de compra e venda, e outros porque entendem também ser o registo da cláusula inválido²⁹³. Para os que não admitem o recurso à providência, o argumento da interpretação actualista do art. 18.º do DL também não convence. Refira-se, a este propósito, o Acórdão do TRL de 15.04.08²⁹⁴, com o qual concordamos. Este aresto negou o recurso ao procedimento cautelar de apreensão de veículo ao financiador com reserva, defendendo não se vislumbrar qualquer critério interpretativo que pudesse conduzir à sua aplicação a uma situação de incumprimento do contrato de mútuo, até por estar em causa um instrumento processual e não a interpretação da lei substantiva, não havendo sequer lacuna na lei de processo, pelo que não faz sentido falar-se em interpretação actualista ou extensiva da lei.

Estamos com os que defendem a invalidade da reserva a favor do mutuante e consequentemente do seu registo na Conservatória. Quanto ao recurso à providência pelo mutuante com reserva a seu favor no contrato de mútuo, consideramos que o DL n.º 54/75 não permite retirar de nenhuma norma essa possibilidade. O diploma aplica-se apenas aos casos em que há reserva de domínio a favor do alienante. Aliás, as normas constantes da alínea b) do n.º 1 do art. 5.º e do n.º 1 do art. 18.º referem-se expressamente a "contratos de alienação". O facto de o financiador ter a titularidade do registo da reserva (a nosso ver inválido²⁹⁵) não permite também, só por si, decretar a providência, porquanto acresce o facto de, para nós, ela ser dependente de uma acção de resolução do contrato de alienação/compra e venda (n.º 1, art. 18.º DL). Não pode ser decretada uma providência deste género quando na acção principal de

²⁹¹ Neste sentido *vd.* Ac. do TRL de 13.06.05, CJ, 2005, T. IV, p.95, 13.02.03, CJ, I, p. 103, e de 13.03.03, CJ, II, p. 74.

²⁹² A título de exemplo, Acs. do TRL de 25.01.11, proc. 39017/03.6YXLSB-A.L1-7 e de 14.12.10, proc. 1384/10.8TJLSB.L1-8 (ambos rejeitam a reserva directa a favor do mutuante e a sua transmissão por sub-rogação).

²⁹³ Cf. Ac. do TRL de 27.03.07, proc. 2157/2007-7. Este aresto considerou inválida a reserva de propriedade estabelecida directamente a favor do mutuante e inválido o seu registo. No entanto, admitiria a providência caso tivesse ocorrido sub-rogação. Cf. ainda, entre outros, os Acs. do TRC de 23.06.09, proc. 2620/08.6TBAGD.C1, TRP de 30.06.08, proc. 0853134, STJ de 02.10.07 e de 12.05.05, procs. 07A2680 e 05B538, e TRL de 31.05.07, proc. 3901/2007-2, de 16.12.03, proc. 7023/2003-7 e de 13.01.94, CJ, I, p. 89.

²⁹⁴ Proc. 2596/2008-7.

²⁹⁵ Pois o facto que lhe serve de base é também ele inválido (o art. 409.º não admite a estipulação da reserva a favor do mutuante e os arts. 589.ºss não envolvem a transmissão da reserva de propriedade para o terceiro financiador).

que aquela é dependente nunca o financiador poderá pedir a entrega do veículo. Para nós, ele nunca terá o direito de resolver o contrato de alienação (nem no caso de sub-rogação no direito de crédito do vendedor²⁹⁶). Quanto muito o mutuante pode pedir a resolução do contrato de mútuo, embora esta não permita a apreensão do veículo como medida antecipatória. Assim, concordamos com TIMÓTEO PEREIRA²⁹⁷, segundo o qual *"não pode ser requerida providência na dependência de uma acção em que, em vez da resolução do contrato de compra e venda, seja pedido o reconhecimento da validade da resolução do contrato de mútuo destinado a financiar a aquisição do veículo, a par do reconhecimento de que o mesmo pertence à beneficiária da reserva de propriedade, por falta do nexo de instrumentalidade em relação à acção principal"*²⁹⁸. Quanto a fazer-se uma interpretação actualista das normas do DL n.º 54/75, estamos de acordo com o que se disse no Acórdão do TRL de 26.11.09²⁹⁹. Escreveu-se aí que *"qualquer posição que passe por atribuir a outras situações - diferentes das previstas no DL 54/75, de 24.2 - o meio processual que para estas foi criado não se contém nos limites da interpretação (actualista ou outra), antes se traduz na criação - indevida - de normas processuais para situações eventualmente cobertas pela tutela (cautelar) comum. (...) E não existe princípio da liberdade processual"*.

Também para MOITINHO DE ALMEIDA, a legitimidade para requerer a apreensão do veículo pertence ao vendedor (art. 15.º DL) *"(...) e não a entidade terceira que financiou essa aquisição, no quadro do Decreto-Lei n.º 359/91 (...) "*³⁰⁰.

A terminar, julgamos ainda não poder o mutuante socorrer-se do procedimento cautelar comum dos arts. 381.ºss CPC para efeitos de apreensão do veículo financiado. Na realidade, também nesse caso faltar-lhe-ia fundamento para ficar com o veículo, uma vez que a reserva de propriedade a seu favor sempre seria inválida (não poderia o financiador pedir a apreensão de um bem cuja propriedade não lhe pertence). Por outro lado, também essa providência estaria dependente da instauração de uma acção de resolução do contrato de compra e venda por falta de pagamento do preço, que lhe permitisse recuperar o veículo³⁰¹, acção essa a que o mutuante não pode recorrer.

²⁹⁶ *Supra* p. 83. Com a sub-rogação apenas se transmitiu o crédito (ao preço) do vendedor, seus acessórios e garantias, não se verificando nenhuma transferência da reserva de propriedade, ou do direito de resolução do contrato de compra e venda, pressuposto, em nossa opinião, do decretamento da providência.

²⁹⁷ *Ob. cit.*, p. 853.

²⁹⁸ *Vd. ainda o Ac. do TRL de 16.12.03, proc. 7023/2003-7, o qual improcedeu a providência, com base no facto de o art. 18.º do DL 54/75 fixar o nexo de instrumentalidade da mesma em relação a um "contrato de alienação" e não em relação à resolução do contrato de mútuo.*

²⁹⁹ Proc. 3039/05.6TVLSB.L1-6.

³⁰⁰ *O processo...*, cit., p. 44.

³⁰¹ Pois a providência visa antecipar o efeito dessa acção, evitando os prejuízos da delonga do processo principal.

Questão distinta é a de saber se o mutuante tem legitimidade para, juntamente com o vendedor com registo da reserva de propriedade a seu favor, instaurar o procedimento cautelar³⁰². Note-se que o problema também se coloca em sede de acção declarativa, quando ambos a instauram pedindo a resolução do contrato de mútuo e o reconhecimento de que o automóvel pertence ao vendedor. ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE admitem-no. Assim, nas suas palavras e citando o Acórdão do TRL de 13.03.03³⁰³, “*tem legitimidade para requerer esta providência o titular do registo de reserva de propriedade mas também – associada com este e por ter interesse directo em demandar – a entidade financiadora que não vê o seu crédito satisfeito nos termos acordados*”³⁰⁴. Também escreveu TERESA SOARES, no seu voto de vencido ao Acórdão do TRL de 26.11.09³⁰⁵, que “*(...) a solução que se impõe, quando a reserva existe a favor da vendedora e o contrato de financiamento é incumprido, será a da resolução de ambos os contratos. (...) Se ambas as intervenientes, financiadora e vendedora, coligadas, vêm pedir ao tribunal que se julgue resolvido o contrato de financiamento e que se reconheça, à vendedora, a qualidade de proprietária do veículo, mais não se está a pedir senão que, em função da não verificação da condição suspensiva da venda - pagamento à financiadora -, se considere resolvido o contrato de compra e venda*”³⁰⁶.

Pensamos, com GRAVATO MORAIS³⁰⁷, que nem o vendedor nem o financiador têm legitimidade para, em coligação, recorrerem ao procedimento cautelar em análise ou instaurarem uma acção declarativa, com vista à recuperação do veículo. Por um lado, o vendedor com reserva da propriedade e registo da mesma a seu favor, uma vez recebido o preço, deixa de ter fundamento para resolver o contrato de compra e venda e pedir a restituição do bem vendido³⁰⁸. Também não poderia o vendedor invocar a falta de pagamento das prestações do mútuo, por não ser parte nesse contrato. E, para nós, o evento condicionante da transferência da propriedade nunca poderia ser o pagamento das prestações do empréstimo.

³⁰² Isto nos casos em que é o vendedor que reserva a propriedade, mas condiciona-a ao pagamento das prestações ao financiador. Em regra, a Jurisprudência admite esse tipo de cláusula à luz da parte final do art. 409.º, n.º1 - Cf. Ac. TRL de 27.06.06, proc. 937/2006-1 e de 05.05.05, proc. 3843/2005-6. GRAVATO MORAIS recusa também a sua admissibilidade, referindo até a possibilidade de estar em causa uma fraude à lei. Concordamos com os argumentos por ele aduzidos para os quais remetemos - Cf. *Contratos...*, ob. cit., p. 323ss.

³⁰³ In CJ, 2003, II, p. 74.

³⁰⁴ In *Garantias...*, ob. cit., p. 244.

³⁰⁵ Proc. 3039/05.6TVLSB.L1-6.

³⁰⁶ Não concordamos com este entendimento, por considerarmos que a transferência da propriedade para o mutuante não pode ficar dependente do pagamento das prestações ao mutuante. A nosso ver, só podem estar em causa eventos condicionantes relacionados com contratos de alienação - *supra* p. 64.

³⁰⁷ *Contratos de crédito...*, ob. cit., p. 331.

³⁰⁸ No caso do evento condicionante ser o pagamento do preço a reserva extinguiu-se com a sua verificação.

Já o financiador não tem reserva de propriedade³⁰⁹, pelo que só pode pedir a resolução do contrato de crédito por falta de pagamento das prestações creditícias, mas isso não lhe permite apreender o veículo.

3.3.3. O RECURSO À ACÇÃO EXECUTIVA

Perante o não pagamento pelo mutuário das prestações em dívida, e nos casos em que detém já um título para o efeito³¹⁰, o financiador recorre à acção executiva para pagamento de quantia certa (arts. 810.ºss CPC), com o intuito de ver liquidado o seu crédito, através, designadamente, do produto da venda dos bens do executado/mutuário que tiverem sido apreendidos na fase da penhora (arts. 872.ºss CPC). Os problemas surgem quando o mutuante indica³¹¹ à penhora o bem financiado, veículo automóvel, sobre o qual tem reserva de propriedade³¹² e registo³¹³ da titularidade daquela a seu favor³¹⁴.

A questão que desde logo surge é a de saber se o financiador pode indicar à penhora um bem que é seu (em virtude da reserva)^{315 316 317}. A partir daqui muitas outras dúvidas se

³⁰⁹ E, em nossa opinião, não poderia ter.

³¹⁰ Seja uma sentença (vd. Ac. do TRL de 21.02.02, anotado por GRAVATO MORAIS, in CDP, n.º 6, 2004, p. 43ss) ou outro título executivo, como uma livrança em branco - art. 46.º CPC (Ac. do TRP de 09.06.11, proc. 4873/07.8TBVLG-A.P1J). Vd. *supra* nota 274.

³¹¹ Após a reforma da acção executiva deixou de haver nomeação pelo exequente dos bens a penhorar, bem como despacho judicial a ordenar ou a recusar a penhora (salvo o caso do n.º 1 do art. 861.º-A CPC). Actualmente, o exequente apenas indica, tanto quanto possível, os bens do executado que conheça (al. i) do n.º 1 do art. 810.º e n.º 5 CPC), e pode nem sequer fazê-lo. Acresce que o agente de execução não está vinculado à escolha do exequente, salvo algumas excepções, podendo determinar os bens a apreender seguindo um princípio de proporcionalidade (n.º 3 do art. 821.º e 834.º). Vd. LEBRE DE FREITAS, *A acção executiva. Depois da Reforma da Reforma*, 5.ª ed., Coimbra Editora, 2009, p. 241ss, AMÂNCIO FERREIRA, *Curso de Processo de Execução*, 13ª ed., Almedina, 2010, p. 234, TEIXEIRA DE SOUSA, *A Reforma da Acção Executiva*, Lex, 2004, p. 34ss e RUI PINTO, *A Acção Executiva depois da Reforma*, Lex, 2004, p. 114ss. Para este último autor, "a substituição de "nomeação" por "indicação" não fora inocente, traduzindo uma desvinculação do agente de execução aos bens indicados pelo exequente" - ob. cit., p. 115.

³¹² Deixámos clara a nossa posição, desfavorável às cláusulas de reserva de propriedade directamente a favor do financiador e da sua transmissão por sub-rogação em contratos de mútuo.

³¹³ Também não admitidos a legalidade do registo da reserva. Ainda assim, constatamos que as Conservatórias passam por cima da questão substantiva e procedem àquele registo e, mais tarde, ao da penhora do bem reservado.

³¹⁴ Tais problemas são discutidos sobretudo a propósito do vendedor com reserva de propriedade.

³¹⁵ A questão relaciona-se intimamente com o problema da natureza jurídica da cláusula de reserva de propriedade e dos poderes que, na sua pendência, as partes possuem. Só faz sentido colocar-se o problema da penhora do bem reservado se se considerar que o mutuante tem a propriedade do bem.

³¹⁶ Para quem, como nós, advogue a invalidade da reserva a favor do dador de crédito (e consequentemente do seu registo), nada parece impedir a nomeação à penhora do veículo financiado, por ser propriedade do devedor - Cf. GRAVATO MORAIS, cit., p. 321. No entanto, iremos, na exposição que se segue, partir do pressuposto de que a reserva de propriedade a favor do financiador, bem como o seu registo, são válidos para que possamos abordar as questões que se colocam.

³¹⁷ Independentemente da posição que se adopte quanto à questão de saber qual o objecto da penhora, bens ou direitos, o problema adveniente da existência de reserva pode sempre colocar-se. Num caso pergunta-se como pode ser penhorado um bem cuja propriedade pertence ao exequente, noutra caso pergunta-se como pode

podem suscitar: Poderão ser apreendidos e vendidos bens próprios do exequente quando este os indique à penhora³¹⁸? É defensável aqui, como fazem alguns, a ocorrência de uma renúncia à reserva de propriedade? Será a reserva susceptível de renúncia? Se sim, de que modo? E, em caso de necessidade de renúncia expressa, bastará uma declaração do financiador ou será preciso que ele cancele o registo da reserva na Conservatória? Não deverá ser o tribunal a ordenar *ex officio* esse cancelamento? O registo não caduca por si só? Por outro lado, negando-se a faculdade de renúncia à reserva, não haverá outra alternativa que permita a apreensão e venda do veículo para pagamento ao exequente?

Vejamos, por agora, as diversas orientações existentes na Doutrina e Jurisprudência em relação a toda esta problemática.

Comecemos pela questão de saber se o mutuante pode indicar à penhora o veículo objecto de reserva de propriedade a seu favor.

Vimos que o exequente pode, no requerimento executivo³¹⁹, indicar os bens cuja apreensão judicial pretende, com vista à satisfação do seu direito de crédito (n.º 1, al. i) e n.º 5, art. 810.º CPC). Para o efeito, deverá considerar-se que nem todos os bens são susceptíveis de penhora (art. 821.ºss CPC) e que a penhora dirigir-se-á naturalmente para a venda executiva dos bens apreendidos e conseqüentemente para a transmissão dos direitos que os têm por objecto³²⁰. Ainda assim, verifica-se que o mutuante, na prática, indica sempre à penhora o bem reservado. Tal facto coloca problemas porque, em virtude do *pactum reservati dominii*, o direito de propriedade pertence a ele próprio e não ao executado³²¹. E que sentido terá depois a venda executiva de um bem próprio do exequente para com ele se fazer pagar? Acresce que é a própria lei que estabelece que pela dívida exequenda respondem apenas os

ser penhorado o direito de propriedade de outrem (direito esse que tem por objecto o veículo). Para LEBRE DE FREITAS, a penhora consiste numa "*apreensão de bens*" que constituem objecto dos direitos do executado. Para o autor, "*não obstante a tripartição legal do objecto da penhora (penhora de bens imóveis; penhora de bens móveis; penhora de direitos), ela não se deixa, rigorosamente de classificar em penhora de coisas e penhora de direitos*" - *A Acção Executiva...*, ob. cit., p. 205, n. 4. Em sentido diferente, TEIXEIRA DE SOUSA, *Acção Executiva Singular*, Lex, 1998, p. 195 e RUI PINTO, *A Acção Executiva...*, ob. cit., p. 147, para os quais a penhora incide sempre sobre direitos e não sobre coisas. Assim, refere o último autor que a penhora de bens móveis e imóveis é uma penhora de um direito real de gozo em titularidade e posse exclusivas - *idem*, ob. cit., p. 147 e "Penhora e Alienação de Outros Direitos", *Separata Themis*, Revista da Faculdade de Direito da UNL, Ano IV, n.º 7, 2003, p. 135.

³¹⁸ Referindo-se ao vendedor, disse RAÚL VENTURA que "*O vendedor que pretendesse executar o seu direito ao preço por meio de execução coactiva (...) chocar-se-ia com a propriedade da coisa, a ele pertencente; (...) ele estaria a vender a outrem que não o comprador uma coisa que lhe pertence*" - *O contrato...*, cit., p. 613.

³¹⁹ Ou em requerimento posterior (n.º 3, art. 833.º-B).

³²⁰ Constituem efeitos da penhora: perda pelo executado dos poderes de gozo (839.º, 840.º, 845.º e 860.º todos do CPC), diminuição da livre disponibilidade material do bem (819.º e 820.º do CC) e preferência a favor do exequente (822.º CC).

³²¹ Considerando a posição dominante no nosso ordenamento jurídico. *Supra* nota 55.

bens do devedor susceptíveis de penhora e que só podem ser penhorados bens do executado³²² (arts. 601.º e 817.º CC e n.º 1, art. 821.º CPC).

Quanto a esta problemática encontramos duas orientações divergentes na Doutrina e Jurisprudência.

Para uns, nada obsta a que o exequente indique à penhora o bem reservado, desde que se entenda que tal indicação tem subjacente uma renúncia à própria cláusula³²³. Neste sentido pronunciaram-se, entre outros³²⁴, V. LOBO XAVIER³²⁵ e I. MENÉRES CAMPOS³²⁶. Reconheceu V. LOBO XAVIER que, ao nomear-se à penhora um bem com reserva de propriedade, colocar-se-iam problemas em face dos referidos arts. 601.º CC e 821.º CPC³²⁷. Todavia, defende o autor, na esteira da doutrina alemã, que a nomeação à penhora do bem pelo titular da reserva significaria, só por si, uma renúncia tácita ao domínio que se reservara³²⁸. Também para I. MENÉRES CAMPOS o mutuante pode indicar à penhora o bem sob reserva, visto que, ao optar pela execução, em princípio, não mais poderá reaver a coisa, permitindo-se, assim, a sua subsistência no património do comprador até à realização da penhora e posterior venda executiva³²⁹. Para a autora, a execução pode prosseguir, pois verifica-se uma renúncia tácita à reserva de propriedade (n.º 1, art. 217.º CC)^{330 331}. Preconiza-

³²² A penhora de bens de terceiro só pode ter lugar nos casos especialmente previstos na lei, desde que a execução seja movida contra ele (818.º CC e n.º 2, art. 821.º CPC). Está aqui em causa o conceito de terceiro perante a relação obrigacional e não perante a execução - Cf. LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva...*, ob. cit., p. 208.

³²³ Em rigor, se considerarmos a reserva de propriedade uma simples cláusula contratual que difere um dos efeitos do negócio de alienação (transferência da propriedade), ela, enquanto tal, não é susceptível de renúncia. A renúncia trata-se de uma causa extintiva de direitos. Assim, a admitir-se a ocorrência de renúncia seria ao direito real objecto da mesma (direito de propriedade) e não à própria reserva como normalmente se afirma. O reparo é feito por ANA MARIA PERALTA, *A Posição...*, cit., p. 96 e RAÚL VENTURA, "O Contrato...", ob. cit., p. 614, embora estes autores não aceitem a renúncia naquele caso. Segundo a primeira autora, "enquanto uns falam de renúncia à propriedade, outros falam de renúncia à reserva. Não se trata, porém, nem de uma nem de outra.". Afirma ainda que apesar de poder renunciar-se ao direito de propriedade em geral, a renúncia não pode implicar a transferência desse direito para o comprador. A coisa ficaria *res nullius* - Cf. ob. cit., p. 96 e OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Reais*, cit., p. 317. Recorde-se, contudo, que há quem assemelhe a reserva de propriedade a um direito real de garantia. Iremos adiante recordar esta questão a propósito do cancelamento do registo da reserva.

³²⁴ Cf. MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, Vol. III, p. 66, n. 148.

³²⁵ "Venda a Prestações...", cit., p. 210, n. 26a e p. 219.

³²⁶ In "Cancelamento (...) - Ac. do STJ...", cit., p. 60".

³²⁷ Segundo o autor, "*parece inaceitável a possibilidade de execução de coisa própria do exequente*" - "Venda a Prestações...", p. 210. Cita, porém, ORLANDO GOMES, para quem a venda com reserva de domínio permite ao vendedor penhorar a própria coisa vendida, que lhe pertence - *in Contratos*, 4ª ed., Rio de Janeiro, 1973, p. 291.

³²⁸ Nas palavras do autor, "*a explicação afigura-se-nos aceitável, para as hipóteses em que admitimos a perda de propriedade. A renúncia pode razoavelmente inferir-se (...) da nomeação à penhora da coisa vendida (...)*" - "Venda a prestações...", cit., p. 219.

³²⁹ In "Algumas Reflexões...", ob. cit., p. 647.

³³⁰ A renúncia tácita decorreria da propositura da acção executiva e da nomeação à penhora do bem reservado. Neste sentido, também MENEZES LEITÃO, segundo o qual "*(...) não se pode negar ao vendedor recorrer aos meios à disposição dos credores comuns. Deve, no entanto, entender-se que essa opção implica*

se, assim, a possibilidade de o mutuante, unilateralmente, abdicar do direito resultante da reserva³³².

Em sentido oposto, há quem advogue não poder admitir-se genericamente a nomeação à penhora de um bem sob reserva, porquanto estar-se-ia a permitir ao exequente a nomeação de um bem que é seu³³³. Entende-se que, com a instauração da acção executiva, a reserva não se extingue, pois não se verificou ainda o cumprimento da obrigação normalmente a ela associada (pagamento do preço). É esta, designadamente, a posição de ANA MARIA PERALTA³³⁴ e CARVALHO FERNANDES³³⁵. Nenhum destes autores admite a renúncia tácita à cláusula de reserva de propriedade³³⁶.

ANA MARIA PERALTA nega quer a renúncia à reserva de propriedade, quer a renúncia ao direito de propriedade objecto da mesma³³⁷, seguindo, assim, a orientação de RAÚL VENTURA³³⁸. Para ambos, o exequente não pode, unilateralmente, renunciar à reserva, pelo que, para que a cláusula se extinga, é essencial o acordo entre as partes no contrato³³⁹. Afirma RAÚL VENTURA que a renúncia à cláusula não é meio idóneo à transmissão da propriedade e, se foi estipulada em benefício do vendedor, foi-o contratualmente, não constituindo um direito a que ele possa renunciar, *"mas sim o diferimento contratual de um efeito do contrato. Por força do contrato, o direito de propriedade mantém-se no vendedor, mas ele não tem um direito a esse direito, susceptível -*

uma renúncia à reserva, dado que é incompatível com ela" - Cf. *Direito das Obrigações*, Vol. III, ob. cit., p. 66, n. 142.

³³¹ Quanto ao modo como a renúncia deve operar, a posição da referida autora evoluiu. No passado, advogou a necessidade de renúncia expressa, através do cancelamento do registo da reserva, sob pena de a execução não prosseguir. No entanto, segundo a autora, o facto das Conservatórias terem passado a lavrar registos definitivos da penhora fez desaparecer o obstáculo prático presente até então, pelo que a existência de reserva deixou de afectar o curso normal do processo. Advertiu, no entanto, que mesmo a provisoriedade do registo nunca seria um verdadeiro óbice ao prosseguimento da execução, dado o disposto no n.º 6 do art. 838.º CPC - Cf. "Cancelamento (...) - Ac. do STJ...", cit., p. 60.

³³² Admitindo a renúncia tácita, entre outros, vejam-se na Jurisprudência os Acs. do TRL de 18.06.98, CJ, 1998, T. III, p. 129, de 29.04.04, CJ, 2004, p. 120ss e de 06.02.07, proc. 10411/2006-7, do TRE de 16.02.84, CJ, 1984, T. I, p. 293 e de 04.06.09, proc. 1073/07.0TBSTR-A.E1, bem como do STJ de 14.02.06, CJ/STJ 14, 2006, I, p. 67ss.

³³³ Na Jurisprudência, *vd.* os Acs. do TRL de 30.04.02, CJ, 2002, T. II, p. 124, de 13.02.07, proc. 10441/2006-7 e de 20.04.02, proc. 0005297.

³³⁴ *In A Posição...*, ob. cit., p. 93ss.

³³⁵ "Notas breves...", ob. cit., p. 342ss.

³³⁶ Embora a primeira autora rejeite totalmente a possibilidade de renúncia e CARVALHO FERNANDES admita a renúncia expressa.

³³⁷ Por um lado, refere que a reserva não constitui um direito ao qual se possa renunciar, mas apenas o adiamento contratual de um efeito do negócio jurídico. Por outro lado, entende que a renúncia à reserva não é meio adequado a transferir a propriedade do bem para o comprador - *A Posição...*, cit., p. 95ss.

³³⁸ *In "O contrato de compra e venda..."*, ob. cit., p. 613ss.

³³⁹ Apontando algumas críticas que têm sido feitas à teoria da renúncia unilateral (nomeadamente pelo seu carácter artificioso e consequências negativas que pode acarretar), *vd.* ANA MARIA PERALTA, *A Posição...*, cit., p. 95ss.

*aquele - de renúncia*³⁴⁰. Escreveu-se também no Acórdão do TRL de 13.02.07³⁴¹ que a renúncia à reserva não estava na disponibilidade do exequente, pelo que permiti-la seria permitir *"uma alteração de estipulação contratual segundo a qual se constituiu reserva de propriedade a favor do alienante (no caso, a favor do mutuante) unilateral e arbitrária. Ferir-se-ia, assim, a expectativa do adquirente adquirir o seu pleno direito de propriedade sem o titular do registo proceder à resolução do contrato"*. Em concordância, sustenta ANA MARIA PERALTA que, a permitir-se a renúncia, estar-se-ia a permitir ao exequente fazer extinguir a expectativa de aquisição do comprador por sua exclusiva vontade, bem como alcançar judicialmente um resultado que extrajudicialmente não poderia, ou mesmo a admitir-se a destruição da posse do comprador, resultante de um acto de execução de um contrato, cujos efeitos o vendedor não destruiu e que pode ser defendida no caso de ofensa³⁴². Note-se, contudo, que esta autora admite que o vendedor e o comprador acordem a destruição dos efeitos da cláusula, no caso de o vendedor optar pelo cumprimento, hipótese essa que entende poder ser regulada no contrato, acordada posteriormente, ou resultar de actos ou omissões das partes durante a execução que conduzam a tal conclusão³⁴³.

Ora, também CARVALHO FERNANDES, pressupondo a validade da cláusula a favor do financiador³⁴⁴, não admite a nomeação do bem reservado à penhora, porquanto aquele não integra o património do devedor (art. 601.º CC), rejeitando ainda a renúncia tácita à reserva em virtude da mera instauração da execução, nos termos do n.º 1 do art. 217.º CC³⁴⁵. No entanto, para este autor, nada impede que o exequente com reserva abdique daquela, nos termos gerais de direito, por declaração expressa nesse sentido³⁴⁶.

Pelo exposto, constatamos que há quem defenda que, a haver possibilidade de renúncia à reserva, a mesma só pode ser expressa, não podendo decorrer da simples instauração da execução ou da nomeação do bem à penhora. Parece ser este, hoje, o entendimento dominante nos Tribunais portugueses³⁴⁷, tendo já sido fixada jurisprudência

³⁴⁰ "O contrato...", cit., p. 613ss. Em sentido similar, cf. Ac. do TRL de 12.02.08, proc. 601/2008-7.

³⁴¹ Proc. 10441/2006-7.

³⁴² *A Posição...*, cit., p. 95ss.

³⁴³ *Idem*, *ibidem*.

³⁴⁴ O que o autor não aceita (a menos que ocorra sub-rogação). Cf., "Notas Breves...", cit., p. 328 e 332.

³⁴⁵ Refere o autor que o recurso à execução não garante o pagamento do preço (evento a que normalmente fica sujeita a transferência da propriedade), pelo que não constitui facto concludente da vontade de renunciar ao direito reservado (217.º CC). Afirma ainda que a reserva deve manter-se para garantia do alienante, pois desse modo o comprador não pode dispor da coisa - "Notas Breves...", cit., p. 341ss.

³⁴⁶ "Notas Breves...", cit., p. 341. No mesmo sentido, *vd.* ainda CATARINA MONTEIRO PIRES, *A Alienação...*, cit., p. 161.

³⁴⁷ Cf., por exemplo, os Acs. do STJ de 30.04.98, proc. 1111/98, de 13.01.05, proc. 3754/04, de 12.05.05, proc. 05B993, e de 18.05.06, proc. 06A880, e do TRL de 04.12.06, proc. 7961/2007-1 e de 12.02.08, proc. 601/2008-7.

nesse sentido³⁴⁸. No entanto, é de salientar a existência de múltiplos votos de vencido, o que demonstra que a questão está longe de ser pacífica.

Considerou o STJ, no referido AUJ, que a reserva de propriedade só se extingue após o cumprimento, e que a renúncia, enquanto declaração unilateral do contraente oposta ao acordo das partes de que a propriedade só seria transmitida com o pagamento do preço, contraria a boa fé contratual. Para o STJ, uma vez que da penhora não resulta o cumprimento da obrigação do comprador, a nomeação do bem para apreensão não pode implicar uma renúncia. A penhora visa, sim, garantir o pagamento coercivo da dívida. Votou vencida, nomeadamente, a Conselheira MARIA DOS PRAZERES BELEZA, por considerar que, "*Ao optar pela execução, o credor (titular do direito de reserva) manifesta concludentemente não prevalecer-se das vias de garantia do seu direito que lhe são concedidas pelo direito de reserva*"³⁴⁹. Admite, pois, a renúncia tácita à reserva.

Ora, apesar da existência de reserva de propriedade sobre o bem, acontece, na prática, que as Conservatórias têm vindo a proceder ao registo definitivo da penhora daquele. Tal facto conduz à existência de dois registos simultâneos e antagónicos: o da reserva de propriedade (que pressupõe que o bem é propriedade do exequente) e o da penhora (que subentende que o bem é propriedade do executado ou de terceiro)³⁵⁰.

Assim, o problema que depois se coloca, relaciona-se com o prosseguimento da acção executiva. Pode a acção prosseguir os seus termos não obstante a existência de registo da reserva a favor do exequente? Pergunta-se se, a quem admita a renúncia à cláusula de reserva de propriedade, para a execução continuar é, ou não, necessário o cancelamento do registo da reserva³⁵¹. Discute-se ainda se deve ser o exequente a cancelar o registo³⁵², ou se deve ser o tribunal, oficiosamente, a ordená-lo. Esta problemática está intimamente ligada à concepção sobre a natureza jurídica da reserva de domínio, relevando, neste âmbito, as considerações já feitas sobre a questão de saber se aquela constitui, ou não, um direito real de garantia análogo

³⁴⁸ AUJ n.º 10/08, de 09.10, DR, 1ª S, n.º 222, de 14.11.08, rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 70/2008, de 26.11, pois na publicação inicial não constava o voto de vencido do Juiz Conselheiro ARLINDO DE OLIVEIRA. No presente aresto estava em causa uma cláusula de reserva de propriedade constituída a favor de um financiador. O mutuante intentou a acção executiva por falta de pagamento das prestações creditícias, nomeando à penhora o bem reservado. Foi lavrado registo da penhora e o Banco não procedeu ao cancelamento do registo da reserva.

³⁴⁹ A opinião tem subjacente uma visão de proximidade da reserva, no contexto do acórdão, com os direitos reais de garantia.

³⁵⁰ Cf. GRAVATO MORAIS, *Contratos...*, cit., p. 316.

³⁵¹ Para ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE é necessário que o exequente cancele o registo da reserva (*Garantias...*, cit., p. 244). Cf. Acs. do TRL de 27.05.03, proc. 4667/2003-7 e de 12.02.08, proc. 601/2008-7.

³⁵² Na maioria dos casos, o exequente recusa o cancelamento da reserva pois pretende manter a protecção que lhe advém da mesma.

à hipoteca ou ao penhor, dado o disposto no n.º 2 do art. 824.º CC sobre a venda em execução, nos termos do qual caducam os "*direitos de garantia*" que oneram os bens transmitidos. Estabelece ainda o n.º 3 daquele preceito que "*os direitos de terceiro que caducarem nos termos do número anterior transferem-se para o produto da venda dos respectivos bens*"³⁵³. Saliente-se ainda que a questão do cancelamento do registo era também muito discutida dada a previsão do art. 888.º do CPC, hoje revogado³⁵⁴, onde se estabelecia que, aquando da venda do bem penhorado, o tribunal deveria ordenar, *ex officio*, o cancelamento de todos os registos existentes sobre os bens que caducassem nos termos do n.º 2 do art. 824.º CC. Com efeito, a dúvida está em saber se a reserva de propriedade se encontra abrangida pelos referidos preceitos legais.

Preconiza parte da Doutrina³⁵⁵ e Jurisprudência³⁵⁶ não ser necessário o cancelamento, pelo mutuante, do registo da reserva, podendo avançar a execução para as fases de concurso de credores e venda executiva. Alega-se em alguns arestos³⁵⁷ que, em caso de dúvidas sobre a propriedade do bem, as mesmas seriam sanáveis com base no art. 119.º do CRPred^{358 359}. Refere-se também, em favor da tese em análise, o facto daquela norma não prever a necessidade de notificação do titular da reserva para que o mesmo peça o seu cancelamento.

Para os defensores da mencionada orientação, deve aplicar-se, pelo menos por analogia, o n.º 2 do art. 824.º CC, dada a semelhança da reserva de propriedade com os direitos reais de garantia³⁶⁰. Sufragou tal orientação a Conselheira MARIA DOS PRAZERES BELEZA, no voto de vencido ao AUJ, dizendo que "*(...) a função deve prevalecer e que, portanto, a considerar-se "próximo", (...) dos direitos reais, de gozo ou de garantia, seria*

³⁵³ Para alguns autores está em causa no preceito uma situação de sub-rogação objectiva e não um caso de verdadeira caducidade. Nesse sentido, *vd.* TEIXEIRA DE SOUSA, para quem "*o direito passa a ter como objecto o produto apurado com a venda daqueles bens*" - *Acção Executiva...*, *ob. cit.*, p. 393

³⁵⁴ Pelo DL 116/08, de 04.07.

³⁵⁵ Cf. I. MENÉRES CAMPOS, para quem "*a manutenção do registo da reserva de propriedade não contende com o normal andamento da execução, dado que não põe em causa os direitos de quem quer que seja, tanto mais que o sujeito activo é o próprio exequente*". Segundo esta autora, o problema só se coloca na fase da venda executiva, dado o disposto no n.º 2 do art. 824.º CC e 888.º CPC. Mas aí a questão central é a de saber se a reserva de propriedade pode considerar-se um direito de garantia, ou um direito real que possa ser abrangido pelo n.º 2, art. 824.º CC, por analogia - Cf. "Cancelamento (...) - Ac. de Uniformização...", *ob. cit.*, p. 38.

³⁵⁶ Cf. Ac. TRE de 04.06.09, proc. 1073/07.0TBSTR-A.E1, do TRL de 18.06.98, CJ, 1998, T. III, p. 129; e de 22.06.99, CJ, 1999, T. III, p. 119.

³⁵⁷ Cf. Acs. do TRL de 15.12.06, proc. 10411/2006-7 e de 14.11.06, proc. 7988/2006-7. Apesar da invocação do art. 119.º do CRPred, em ambos os arestos o Tribunal entendeu não ser aplicável o disposto nesse preceito.

³⁵⁸ Onde se prevê, no caso de penhora sobre bens inscritos a favor de pessoa diversa do requerido, a citação do titular inscrito para declarar se o direito lhe pertence ou não.

³⁵⁹ Contudo, afirma I. MENÉRES CAMPOS, dever retirar-se do facto de hoje as Conservatórias registarem definitivamente as penhoras nos casos em que existe reserva de propriedade, a conclusão de que a nomeação do bem reservado cumpre de forma indirecta a função do art. 119.º CRPred (pois a notificação seria um acto inútil) - "Cancelamento (...) - Ac. de Uniformização...", *cit.*, p. 39.

³⁶⁰ Cf. Voto de vencido de SEBASTIÃO PÓVOAS no AUJ n.º 10/08.

pela "proximidade" com estes últimos que o acórdão deveria ter optado". Partilha ainda desta última opinião I. MENÉRES CAMPOS³⁶¹, para quem, sendo a reserva de propriedade, numa perspectiva funcional, equiparada aos direitos reais de garantia, não repugna que lhe sejam aplicadas, ainda que por analogia, as disposições daqueles, caducando, assim, a reserva com a venda judicial e cumprindo desse modo a sua função³⁶². Por fim, para a autora, o tribunal deveria ordenar o cancelamento da reserva, nos termos do art. 888.º CPC (ora revogado), "sob pena do adquirente se deparar com dificuldades burocráticas aquando da apresentação a registo"³⁶³. Também MARIA DOS PRAZERES BELEZA sufragou, na sua declaração de voto, o cancelamento do registo da reserva oficiosamente pelo juiz, em honra aos princípios da celeridade, da prevalência do fundo sobre a forma, da cooperação e da condução do processo pelo tribunal.

Em sentido diverso e maioritário, advoga-se a suspensão da instância executiva até que o mutuante comprove a inscrição, no registo automóvel, da extinção da reserva³⁶⁴. Foi neste sentido que foi fixada jurisprudência, em Outubro de 2008³⁶⁵: "A acção executiva na qual se penhorou um veículo automóvel, sobre o qual incide registo de reserva de propriedade a favor do exequente, não pode prosseguir para as fases de concurso de credores e da venda, sem que este promova e comprove a inscrição, no registo automóvel, da extinção da referida reserva"³⁶⁶. Segundo este entendimento, não são aplicáveis ao caso o n.º 2 do art. 824.º e o art. 888.º CPC (este, já revogado), dada a natureza da reserva de propriedade, enquanto simples cláusula contratual que difere um dos efeitos do negócio jurídico, e não de direito real de garantia^{367 368}. Quanto ao art. 119.º do CRPred, normalmente aduz-se, por um lado, que uma vez já tendo ocorrido o registo definitivo da penhora, não faz sentido a sua invocação, pois tal preceito circunscreve-se aos casos de registo provisório da penhora³⁶⁹. Por outro,

³⁶¹ Cf. a sua crítica ao AUJ, in "Cancelamento (...) - Ac. de Uniformização...", cit., p.25ss.

³⁶² "Cancelamento (...) - Ac. de Uniformização...", cit., p. 39.

³⁶³ Em sentido semelhante, vd. Ac. STJ de 02.02.06, proc. 3932/05, anotado pela referida autora.

³⁶⁴ Vd. CATARINA MONTEIRO PIRES, in *A Alienação...*, ob. cit., p. 162. Também GRAVATO MORAIS entende que, havendo registo da reserva de propriedade deve o exequente cancelá-la para que a execução prossiga - *Contratos...*, ob. cit., p. 321.

³⁶⁵ AUJ n.º 10/08, de 09.10 citado na nota 348.

³⁶⁶ Em sentido idêntico já se haviam pronunciado, por exemplo, os Acs. do STJ de 18.05.06, proc. 06A880, de 12.05.05, proc. 05B993, do TRL de 06.05.08, proc. 3583/2008-7, e de 04.12.04, proc. 7961/2007-1.

³⁶⁷ Refere-se o princípio da tipicidade dos direitos reais e o facto de a lei não prever a reserva como um direito real de garantia. Entende-se não poder incluir-se a reserva no elenco das garantias, nem por via analógica, na medida em que as normas relativas à estrutura dos direitos reais têm natureza excepcional (art. 11.º CC).

³⁶⁸ Neste sentido, pronunciou-se CATARINA MONTEIRO PIRES, para quem a reserva não é um direito análogo à hipoteca ou penhor, devendo reconhecer-se limites à analogia. Parafraseando a autora, "(...) não nos parece que deva vingar uma visão funcionalista extrema, susceptível de ignorar traços estruturais marcantes e, sobretudo, diferenças de valoração e de intenção prática, para reduzir o universo de garantias das obrigações a uma só realidade dogmática"- *A Alienação...*, ob. cit., p. 162.

³⁶⁹ Cf. Acs. do TRL de 14.12.04, proc. 9857/2004-7 e de 27.05.03, proc. 4667/2003-7.

salienta-se o facto de não existirem dúvidas, em caso de reserva, relativamente à propriedade do bem.

Quanto a este último ponto, saliente-se que partilhamos do entendimento que preconiza, quanto ao registo da reserva, a necessidade do seu cancelamento por parte do exequente com reserva de propriedade³⁷⁰ (não bastando a mera declaração de renúncia), para que, após a penhora definitiva do bem, já efectuada, a acção possa prosseguir, por entendermos não caber a reserva no elenco dos direitos reais de garantia, ainda que a mesma partilhe com eles uma semelhante função de protecção do seu beneficiário, não podendo, pois, caducar após a venda executiva (n.º 2, 824.º CC). A nosso ver, não pode o mutuante pretender que a reserva de propriedade seja tratada como uma qualquer garantia real, como por exemplo a hipoteca, pela qual podia ter optado e sabendo que, se o fizesse, estaria acautelado. Subscrevemos o que se disse no Acórdão do TRL de 05.07.07³⁷¹, e que passamos a citar: *"permitindo-se o prosseguimento da execução estaria a permitir-se instrumentalizar o processo executivo para a realização coerciva de um direito real de garantia que a nossa lei não reconhece. O processo, cuja natureza pública é inegável, serviria, em manifesta fraude à lei e com a conivência do Tribunal, para que um credor pudesse ressarcir-se do seu crédito comum como se ele beneficiasse de garantia real sabendo-se que assim não é, deixando-se, depois, ao critério exclusivo do credor, efectuada a venda, actuar como conviesse mais aos seus interesses"*. Assim, pensamos ser essencial para que a acção prossiga que o mutuante inscreva no registo automóvel a extinção da reserva de propriedade que se encontrava a seu favor. Trata-se de um ónus do exequente e da solução que nos parece mais coerente com os valores da certeza e segurança jurídicas.

A terminar, refira-se ainda que há quem perfilhe, e a nosso ver bem, no caso de existência de reserva de propriedade a favor do exequente, a penhora da expectativa jurídica do executado, ao abrigo dos arts. 860.º-A e seguintes do CPC³⁷², uma vez que o bem ou o direito de propriedade sobre o mesmo pertence ainda ao exequente³⁷³.

Neste sentido, admite CARVALHO FERNANDES, na esteira de RAÚL VENTURA³⁷⁴, a penhorabilidade da expectativa jurídica real de aquisição do comprador³⁷⁵.

³⁷⁰ Ainda que, relativamente ao financiador, rejeitemos por completo a validade de reserva a seu favor.

³⁷¹ Proc. 5671/2007-8.

³⁷² RUI PINTO, "Penhora e Alienação...", ob. cit., p. 150.

³⁷³ Esta posição só fará sentido para quem entenda que o comprador tem uma expectativa jurídica e o vendedor/mutuante com reserva é que é o verdadeiro proprietário do bem (doutrina maioritária) - *supra* p. 31, nota 55.

³⁷⁴ Segundo o qual *"O comprador é investido pelo contrato numa situação jurídica, composta por vários direitos, dos quais potencialmente lhe resultará a aquisição da propriedade. Esses direitos são penhoráveis pelos seus credores"* - "O Contrato...", ob. cit., p. 610.

Também assim, LEBRE DE FREITAS³⁷⁶, AMÂNCIO FERREIRA³⁷⁷ e RUI PINTO³⁷⁸. Na Jurisprudência, veja-se, a título de exemplo, o Acórdão do TRP de 15.01.09³⁷⁹ onde se escreveu que "A penhora que deveria ter sido judicialmente ordenada (...) era a penhora da expectativa da aquisição pelo executado da viatura (...), em conformidade com o previsto no art. 860.º-A, do Cod. Proc. Civil. (...) se um executado tiver um carro que comprou com reserva de propriedade, não pode ser penhorada a propriedade que ainda está na esfera jurídica do vendedor reservante, mas a posição contratual do executado"³⁸⁰.

Saliente-se que, nos termos do n.º 2 do art. 860.º-A CPC, "quando o objecto a adquirir for uma coisa que esteja na posse ou detenção do executado" (caso do negócio com reserva de propriedade e entrega da coisa ao adquirente), aplicar-se-ão os artigos relativos à penhora de imóveis ou de móveis (arts. 838.º ss e 848.ºss CPC), dependendo do caso. Para RUI PINTO, nada obsta à apreensão do veículo visto não ser ele o objecto da penhora (mas sim a expectativa jurídica do executado ou o direito de propriedade se já se tiver verificado o evento de que a sua transmissão ficou dependente)³⁸¹. Segundo AMÂNCIO FERREIRA, ocorre nesta situação uma apreensão da coisa com o intuito de evitar o seu desaparecimento, mas essa apreensão não deve ser qualificada de "penhora", porquanto a coisa pertence ao terceiro e não ao executado. Só quando o executado adquirir o bem transmitido é que a apreensão se transformará em penhora (n.º 3, 860.º-A CPC)³⁸².

³⁷⁵ "Notas Breves...", cit., p. 342ss.

³⁷⁶ Cf. *A Acção Executiva...*, ob. cit., p. 252.

³⁷⁷ Cf. *Curso de Processo...*, ob. cit., p. 261.

³⁷⁸ Cf. "Penhora e Alienação...", ob. cit., p. 150. Para este autor, a penhora incide sempre sobre direitos e nunca sobre bens. Assim, tenderia o autor a defender que, no caso de reserva de propriedade, o objecto da penhora seria o direito de propriedade. Todavia, reconhecendo que esse direito pertence ao exequente, defende aquele que o que deve ser penhorado é a posição contratual do executado (expectativa jurídica de aquisição). E, caso não se verifique o pagamento do preço antes da venda executiva (caso em que a penhora passaria a incidir automaticamente sobre o direito de propriedade entretanto adquirido - n.º 3, 860.º-A CPC), o que é alienado e adquirido por terceiro é precisamente a expectativa jurídica do executado - cit., p. 150ss.

³⁷⁹ Proc. 0837203. Vg. ainda o AUJ de 09.10.08, proc. 07A3965.

³⁸⁰ Nesse aresto também se salienta que, em caso de verificação da condição suspensiva aposta no negócio (pagamento), transfere-se automaticamente a propriedade e conseqüentemente, consumada a aquisição, deve entender-se que o objecto da penhora passa de modo automático a incidir sobre o bem transmitido. No mesmo sentido, LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva...*, cit., p. 252 e REMÉDIO MARQUES, *Curso de Processo Executivo Comum à Face do Código Revisto*, Almedina, 2000, p. 261ss, o qual qualifica o fenómeno como de sub-rogação real do objecto da penhora.

³⁸¹ "Penhora e Alienação...", cit., p. 150ss.

³⁸² *Curso de Processo...*, cit., p. 261. Vd. ainda LEBRE DE FREITAS, *A Acção Executiva...*, ob. cit., p. 254ss e REMÉDIO MARQUES, *Curso...*, ob. cit., p. 262.

III. *QUID JURIS* PERANTE A REALIDADE PRÁTICA? POSIÇÃO ADOPTADA

Explicitada a realidade onde se tem colocado o problema da reserva de propriedade a favor do mutuante, enquanto financiador da aquisição de um bem de consumo, e enunciadas as dúvidas e questões que têm surgido em face da mesma, impõe-se uma reflexão sobre as orientações que temos vindo a perfilhar e sobre as consequências práticas que aquelas podem vir a ter. Importará, ainda, considerar a existência de eventuais alternativas no direito vigente ou no direito a constituir que possam vir a ser aplicadas às situações em análise, de forma a proteger os mutuantes, mas também os mutuários.

Demonstrámos que os financiadores têm recorrido cada vez mais ao instituto da reserva, com o escopo de garantir o cumprimento do contrato de mútuo por parte dos consumidores a quem concedem crédito. Demonstrámos ainda que, em face desta crescente realidade, e dos litígios que em torno da mesma têm surgido, os tribunais portugueses se mantêm muito divididos relativamente à solução a adoptar naqueles casos. Admitir ou não admitir a reserva de domínio a favor do mutuante em face da legislação vigente é uma questão aparentemente longe de estar resolvida³⁸³. Quanto a nós, perfilhamos a tese que veda o acesso ao instituto do *pactum reservati dominii* pelo financiador, seja por via de uma estipulação directa da cláusula a seu favor, nos termos do art. 409.º do CC, seja através de uma transmissão por via sub-rogatória, nos termos dos arts. 589.ºss do mesmo diploma, a qual não cremos admissível, duas soluções que parte da Doutrina e Jurisprudência têm, no entanto, acolhido.

Compreendemos, contudo, a posição consubstanciada em múltiplas decisões jurisprudenciais que tende a considerar válida a reserva de propriedade a favor do mutuante. Julgamos que subjacente à aceitação dessa realidade está a ponderação das consequências do ponto de vista prático de uma eventual orientação contrária. Na verdade, considerar a reserva a favor do mutuante como inválida, significará permitir ao devedor incumpridor continuar a usufruir do bem adquirido a crédito, sem que o mutuante possa opor-se a esse uso.

Ademais, impedir o recurso ao instituto pelo mutuante poderá revelar-se desvantajoso tanto para o financiador como para o próprio consumidor. De facto, esse impedimento poderá vir a travar ainda mais a concessão de crédito ao consumo, num momento histórico em que o acesso ao financiamento é já muito difícil. Impor-se-á, desse modo, ao financiador, o recurso

³⁸³ A discussão mantém-se muito actual. O Acórdão mais recente sobre o tema é do TRC e data de 14.02.12. No aresto considerou-se a reserva a favor do mutuante nula, à luz do art. 294.º CC (proc. 2/09.1TBVFN.C1). Já a 1ª Instância decidira em sentido contrário.

aos meios tradicionais de garantia, mais exigentes, também para o consumidor, designadamente o recurso a garantias pessoais (como a fiança ou o aval) ou a garantias reais, como a hipoteca (dado estarmos na generalidade dos casos perante um bem móvel registável, um automóvel - al. f), n.º 1 do art. 688.º).

Não é, contudo, por mero acaso que as entidades concedentes de crédito têm evitado o recurso a esse tipo de garantias tradicionais, mormente à hipoteca. De facto, comparativamente à reserva de propriedade (para quem a admita em contratos de mútuo) a hipoteca apresenta diversas desvantagens para o mutuante. Senão vejamos.

A hipoteca traduz-se num direito real de garantia que permite ao credor fazer-se pagar³⁸⁴ pelo valor de determinada coisa, imóvel ou móvel equiparada, pertencente ao devedor ou a terceiro, com preferência sobre outros credores (art. 686.º CC)³⁸⁵. Todavia, podem existir credores preferenciais em relação ao credor hipotecário, designadamente titulares de privilégios creditórios (art. 733.ºss) ou de um direito de retenção (art. 754.ºss)³⁸⁶. Acresce o facto do bem objecto de financiamento poder ser hipotecado diversas vezes a vários credores, estabelecendo-se a sua preferência em função das regras da prioridade registal³⁸⁷, podendo ainda ser registada uma penhora sobre o bem, porquanto aquele pertence ao devedor. Uma outra desvantagem associada às hipotecas prende-se com a questão dos juros susceptíveis de ressarcimento, pois o art. 693.º, estabelece que a hipoteca só abrange os juros relativos a três anos, embora a lei não obste à constituição de nova hipoteca quanto aos restantes juros vencidos (n.º 3, art. 693.º)³⁸⁸. Note-se, ainda, que a hipoteca, enquanto garantia, pode ser desfavorável para o mutuante em caso de insolvência do mutuário, na medida em que, sendo o bem objecto de hipoteca propriedade do devedor, e ficando este último insolvente, será aquele transferido para a massa insolvente (art. 46.º CIRE³⁸⁹), impondo-se assim ao mutuante a reclamação do seu crédito no processo (art. 128.º CIRE) e a espera pelo seu desfecho e pagamento aos credores (art. 172.º CIRE). Saliente-se que a

³⁸⁴ A satisfação do direito de crédito é efectivada por via judicial, através da venda executiva do bem e do pagamento ao credor com o produto daquela (art. 817.º CC).

³⁸⁵ Sobre a hipoteca, *vd.*, em especial, I. MENÉRES CAMPOS, *Da Hipoteca - Caracterização, Constituição e Efeitos*, Almedina, 2003.

³⁸⁶ Notam ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE, que "*Estas duas garantias têm uma dupla particularidade: por um lado, a sua existência não é detectável por via do registo; e por outro, em certos casos, prevalecem independentemente da prioridade temporal de outras garantias*" - *Garantias...*, ob. cit., p. 206.

³⁸⁷ Art. 6.º do CRPred e n.º 2 do art. 4.º DL 54/75, de 12.02.

³⁸⁸ Visou o legislador a protecção de terceiros, nomeadamente de outros credores ou de terceiros proprietários actuais da coisa hipotecada - Cf. I. MENÉRES CAMPOS, *Da hipoteca...*, ob. cit., p. 80.

³⁸⁹ Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, aprovado pelo DL 53/04, de 18.03, com as alterações introduzidas até ao DL 185/09, de 12.10.

hipoteca poderá revelar-se mais onerosa³⁹⁰ em relação à estipulação de uma reserva de propriedade (se permitida a favor do mutuante).

Creemos, portanto, que a reserva de propriedade, pela sua função de garantia, se revelaria mais vantajosa para o financiador em relação à hipoteca, porquanto permitiria "manter" na sua esfera jurídica a propriedade do bem financiado. Com a sua estipulação, não existiria, designadamente, o risco de registo de outros ónus sobre o bem financiado, ou o risco de, no caso de insolvência do mutuário, o bem se transferir para a massa insolvente. Por outro lado, a reserva permitiria uma maior celeridade dos processos de recuperação do bem e do crédito, pois o mutuante teria a propriedade do bem, conseguindo assim recuperá-lo mais facilmente e evitando a sua desvalorização.

São, assim, compreensíveis as razões que levam os mutuantes a recorrer à estipulação de cláusulas de reserva de domínio em detrimento das garantias tradicionais. E percebemos também os motivos que subjazem às decisões jurisprudenciais favoráveis à reserva no mútuo. Pensamos, contudo, que não deve olhar-se para o problema do ponto de vista estritamente prático, permitindo-se a estipulação desse tipo de cláusulas nos contratos de mútuo como forma de protecção dos mutuantes sem mais. Em nossa opinião, não se pode, a pretexto de fazer face às necessidades impostas pelas novas realidades, passar por cima da *ratio* de um instituto jurídico, aplicando-o a situações para as quais ele não foi projectado e desvirtuando-o desse modo. Referimos já que, a nosso ver, a reserva não é, no sistema jurídico português, um direito real de garantia, análogo à hipoteca ou ao penhor, de que o mutuante se possa servir para se tutelar.

Concordamos com o argumento utilizado pelos defensores da admissibilidade da reserva no mútuo, de que o Direito deve adequar-se à vida negocial e às novas realidades contratuais. No entanto, essa adequação apresenta limites. Nesse sentido, estamos com os que advogam que o intérprete ou o aplicador do Direito não pode substituir-se ao legislador, preconizando e admitindo soluções não contempladas nas normas jurídicas vigentes, quer na sua letra, quer no seu espírito³⁹¹. Julgamos, pois, que a legislação vigente se encontra

³⁹⁰ A este propósito citam ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE (*in Garantias...*, cit., p. 202, n. 500) FRANCESCO TAMBORRINO, o qual considerou "muito custosa" a operação de mútuo garantido por hipoteca, dadas nomeadamente as despesas com a sua constituição, bem como o facto de se praticarem juros mais elevados do que em operações constituídas de modo mais flexível e de se exigir seguro da coisa hipotecada - TAMBORRINO, *I Mutui Ipotecari*, Giuffrè, Milão, 1995, p. 1ss e 63ss.

³⁹¹ Transcrevendo o que se afirmou no Ac. do TRL de 16.12.03, proc. 7023/2003-7, "*O natural dinamismo que caracteriza a vida económica e a necessidade de os agentes económicos se adaptarem às exigências do mercado cada vez mais concorrencial implica compreensivelmente o recurso a novos mecanismos que permitam ampliar os negócios e penetrar em novos mercados (...). Porém, a constatação desta realidade insofismável não permite que as partes, a seu bel-prazer, façam uso indiscriminado de meios que de modo algum visaram as novas realidades que vão despontando*".

desajustada face à realidade actual do crédito ao consumo, estando convictos que, no actual sistema jurídico, não existe nenhum instituto que tenha sido criado a pensar no problema objecto do nosso estudo. Com efeito, urge uma regulamentação que se adequé ao novo esquema contratual da compra e venda financiada e que consagre uma solução justa e equitativa para os diversos contraentes envolvidos. Uma regulamentação que, por um lado, facilite o acesso ao crédito para aquisição de bens de consumo e, por outro, proteja a entidade financiadora da aquisição perante o eventual incumprimento do mutuário. Uma regulamentação que se traduza numa alternativa aos meios tradicionais de garantia.

De *iure constituto*, afigura-se-nos muito difícil, senão mesmo impossível, que o mutuante possa vir a beneficiar de uma cláusula de reserva de propriedade. A estipulação directa da reserva a seu favor será sempre nula, por contrariedade a uma norma imperativa (art. 294.º e 409.º CC) e a sua transmissibilidade não é admissível (mormente por sub-rogação), porquanto a reserva é uma simples cláusula contratual que difere um dos efeitos do negócio de alienação onde é aposta, a transferência da propriedade para o adquirente. Apesar de ter um escopo de garantia, ela não se reconduz a uma verdadeira garantia das obrigações. Acresce ainda o facto de a mesma não ser cindível do direito de propriedade, seu objecto.

Quanto à existência de meios alternativos, resta saber se seria possível, por exemplo, equacionar uma eventual cedência da reserva, inicialmente constituída a favor do vendedor, para o mutuante, concomitantemente com uma transmissão *a priori*, a um qualquer título admissível por lei, do direito de propriedade reservado. Nesse caso, e para que o mutuante tivesse acesso aos meios de defesa proporcionados pela reserva, teria simultaneamente de ocorrer uma cessão da posição contratual de vendedor, que permitisse ao mutuante beneficiar do direito de resolver o contrato de compra e venda e pedir a consequente restituição do bem. Todavia, colocar-se-iam depois problemas relativos à existência, na esfera jurídica do mutuante, de duas posições contratuais (a de vendedor e a de mutuante)³⁹². Ora, pensamos que a solução não se apresenta viável, no âmbito da legislação em vigor, na medida em que, constituída a reserva, na sua génese, para garantia do alienante, e condicionada a transferência da propriedade a um evento conexo com o contrato de alienação (designadamente o pagamento do preço), havendo prévio pagamento pelo mutuante ou por este propiciado, sempre se extinguiria a reserva.

Por conseguinte, parece-nos que a única alternativa eventualmente exequível para que o mutuante fique investido na posição de proprietário do bem financiado - para quem

³⁹² Sobre este assunto, cf. *supra* p. 80.

preconize a admissibilidade desse negócio no sistema jurídico português - poderá passar por o comprador/mutuário alienar em garantia a propriedade do bem financiado ao mutuante aquando da sua aquisição^{393 394}. Esta solução, não será, porém, pacífica, visto que parte da Doutrina³⁹⁵ ainda não aceita hoje, no ordenamento jurídico português³⁹⁶, os negócios de alienação fiduciária em garantia, dada sobretudo a proibição do pacto comissório³⁹⁷. Sublinhe-

³⁹³ Sobre a alienação fiduciária em garantia, *vd.* CATARINA MONTEIRO PIRES, *A Alienação...*, ob. cit., ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE, *Garantias...*, ob. cit., p. 64ss e 246ss, PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, cit., p. 505ss, GALVÃO TELLES, *Manual dos Contratos...*, p. 188ss, ROSELY DE MORAES CAMPOS, *Alienação fiduciária em Garantia*, FDL, Almedina, 1988, p. 567ss, ALMEIDA COSTA, "Alienação Fiduciária em Garantia e Aquisição de Casa Própria. Notas de Direito Comparado", in *Direito e Justiça*, I, 1982, p. 41ss, DIOGO MACEDO GRAÇA, *Os contratos de Garantia Financeira*, Almedina, 2010, p. 69ss e CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Alienação da propriedade em garantia - uma perspectiva prudente", in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Vol. I, Católica Editora, 2011, p. 311ss. Na Doutrina estrangeira, *vd.* DOMINIQUE LEGEAIS, *Sûretés...*, ob. cit., p. 458ss (França), CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARÍN LOPEZ, *Tratado...*, ob. cit., p. 1057ss (Espanha), entre outros, citados por MENEZES LEITÃO, in *Garantias das Obrigações*, cit., p. 267, n. 617.

³⁹⁴ A alienação fiduciária em garantia trata-se de um negócio fiduciário que encontra a sua origem histórica no Direito Romano, na denominada *fiducia cum creditore*. Esta figura distingue-se da *fiducia cum amico*, pela sua finalidade diversa. Na primeira, existe um escopo de garantia do cumprimento da obrigação por via da transmissão da propriedade de um bem (*res mancipi*) para o credor. Na segunda, a transferência daquele direito real apresenta fins diversos. Para maiores desenvolvimentos, *vd.* ANTÓNIO VIEIRA CURA, "Fiducia cum creditore - Aspectos gerais", in *Suplemento do BFDUC*, Vol. XXXIV, 1990, p. 40ss. Cf. ainda MENEZES LEITÃO, *Garantias...*, p. 268, n. 618.

Na sua aceção de origem romanística, a alienação em garantia é, pois, um negócio pelo qual o devedor aliena um bem ou um direito ao credor, com uma função de garantia, tornando-se este proprietário pleno (com as inerentes limitações ao exercício desse direito), e vinculando-se a restituir a propriedade após a liquidação do crédito. Note-se que o transmitente normalmente fica com a posse do bem alienado em garantia, podendo usufruir das suas vantagens.

³⁹⁵ Sobre a controvérsia existente desde o Código de Seabra em torno da admissibilidade da alienação fiduciária em garantia em Portugal, e citando as diversas orientações existentes na Doutrina, *vd.*, por todos, ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissório. Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, 2006, p. 190ss.

Entre outros, contra a figura no Direito português, pronunciaram-se BELEZA DOS SANTOS, *A Simulação em Direito Civil*, Vol. I., Coimbra Editora, 1921, p. 120ss, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica. Facto Jurídico, em Especial Negócio Jurídico*, Vol. II, Almedina, 1960, p. 175ss e posteriormente LIMA PINHEIRO, in *A Cláusula...*, cit., p. 34, n. 158 e 99ss e MENEZES CORDEIRO, in *Manual...*, cit., p. 630ss. Em sentido oposto, cite-se, a título de ex., VAZ SERRA, "Cessão de Créditos ou de outros Direitos", *BMJ*, n.º especial, 1955, p. 360ss, LEITE DE CAMPOS, "A Alienação...", cit., p. 7ss e CALVÃO DA SILVA, *Bolsa Banca e Seguros. Direito Europeu e Português*, T. I, Parte Geral, 2ª ed., Almedina, 2007, p. 221, bem como, verificadas certas condições, nomeadamente no que respeita a uma equivalência entre o valor do bem e o montante do débito, JANUÁRIO COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida*, Almedina, 2000, p. 86ss e CARVALHO FERNANDES, "A Admissibilidade do Negócio Fiduciário no Direito Português", *Boletim da Faculdade de Direito, Stvdia Ivridica* 91, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

³⁹⁶ Para uma perspectiva de Direito Comparado, *vd.* MENEZES LEITÃO, *Garantias...*, cit., p. 269ss, ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto...*, cit., p. 182ss e CATARINA MONTEIRO PIRES, *Alienação...*, cit., p. 37ss. No Direito alemão, embora não prevista no BGB, aquela é já pacificamente admitida. Note-se que facilitou a sua admissão o facto de se permitir neste sistema a transferência da propriedade como negócio abstracto, contrariamente ao que sucede nos sistemas causais, como o francês, o italiano e espanhol, sistemas onde se têm colocado entraves dada a proibição do pacto comissório - cf. MENEZES LEITÃO, *Garantias...*, p. 270. Sobre as garantias mobiliárias em direito alemão, *vd.* ROLF SERICK, *Garantias Mobiliárias en Derecho Alemán*, traduzido por ÁNGEL CARRASCO PERERA, Tecnos, 1990.

³⁹⁷ O pacto comissório, através do qual o credor faz sua a coisa objecto da garantia, em caso de incumprimento, é proibido expressamente na hipoteca (art. 694.º), no penhor (art. 678.º) e na consignação de rendimentos (art. 665.º). Sobre esse tema, *vd.*, em especial, ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto...*, cit..

se, contudo, que a figura já se encontra prevista na legislação portuguesa, designadamente nos arts. 14.ºss do DL n.º 105/2004, de 08.05, que estabelece o regime jurídico dos contratos de garantia financeira³⁹⁸. À luz desse DL, a alienação fiduciária em garantia apresenta-se como uma modalidade de contrato de garantia financeira, através do qual se transfere a propriedade de determinado bem (art. 5.º) com vista a garantir o cumprimento de uma obrigação de natureza financeira³⁹⁹. Através da celebração desse negócio, o fiduciário fica vinculado à restituição da propriedade do objecto da garantia em caso de cumprimento, nos termos do art. 14.º do referido DL. Escreve-se, no preâmbulo do diploma, que *"A possibilidade de as partes convencionarem a transmissão da propriedade a título de garantia (...) constitui um dos aspectos mais inovadores do regime aprovado. Com a consagração de uma nova forma de transmissão de propriedade, ainda que a título de garantia, é alargado o numerus clausus pressuposto pelo artigo 1306º do Código Civil, o que permitirá o reconhecimento da validade das alienações fiduciárias em garantia e o fim da insegurança jurídica que resultava da necessária requalificação desses acordos como meros contratos de penhor"*⁴⁰⁰. Ora, apesar do reconhecimento neste diploma da figura em análise, a problemática da admissibilidade genérica desse tipo de negócio de alienação, no sistema português, mantém-se no que respeita a outros contratos não abrangidos no seu âmbito de aplicação.

Figura distinta é a do pacto marciano, não expressamente vedado no sistema português, pelo qual o credor apropria-se da coisa dada em garantia, devendo pagar ao devedor a diferença entre o valor da coisa e o crédito garantido. Sobre esta figura, cf. JÚLIO GOMES, "Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório, o pacto comissório autónomo e o pacto marciano", in CDP, n.º 8, Out-Dez, 2004, p. 57ss.

³⁹⁸ Com as alterações introduzidas até ao DL 85/11, de 29.06 (que o republicou). O diploma transpõe a Directiva n.º 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 06.06, relativa aos acordos de garantia financeira. Sobre o regime deste tipo de contratos, vd. MENEZES CORDEIRO, *Manual...*, cit., p. 614ss.

³⁹⁹ A noção é de ANTÓNIO VIEIRA CURA - "A «fidúcia» Romana e a Alienação Fiduciária em Garantia do Direito Actual", in *O sistema contratual romano: de Roma ao Direito actual*, FDUL, 2010, p. 204.

⁴⁰⁰ ANTÓNIO VIEIRA CURA tece duras críticas ao preâmbulo do diploma. Segundo este autor, *"(...) sendo uma garantia real das obrigações, a «fidúcia» não é um direito real de garantia. O que se transmite (...) é o direito de propriedade sobre determinados bens, pelo que não se constitui qualquer outro direito real, designadamente um ius in re aliena (ao contrário do que sucede no caso do penhor financeiro, aí disciplinado, e nas outras garantias reais)"*. Nesse sentido, para o autor, a referência que se faz no preâmbulo ao alargamento do *numerus clausus* (art. 1306.º CC) não é rigorosa e assenta num erro grave: *"o de que esse pretenso alargamento do numerus clausus resulta da «consagração de uma nova forma de transmissão de propriedade, ainda que a título de garantia», quando a forma de transmissão (a alienação fiduciária em garantia) é um contrato e não é a forma de aquisição ou constituição de um direito real que define o tipo de ius in re de que se trata e se ele corresponde ou não aos previstos na lei"*. Por fim, segundo o autor, uma coisa é o contrato de alienação fiduciária em garantia e outra a garantia real constituída através dele ("fidúcia") - in "A «fidúcia»...", cit., p. 206.

Para PESTANA DE VASCONCELOS, o referido DL não inova por prever a alienação fiduciária em garantia, pois entende o autor que já existiam no sistema português várias figuras traduzidas em verdadeiros negócios fiduciários, admissíveis como negócios atípicos, designadamente as alienações em garantia. Considera o autor que o diploma inova no que respeita ao regime previsto para a retransmissão do objecto de garantia e a insolvência - *Direito das Garantias*, ob. cit., p. 533. Sublinhe-se ainda que, segundo o citado autor, não existe, nos negócios fiduciários que tenham por objecto coisas móveis corpóreas (ex. automóvel), qualquer criação de um novo direito real sobre ela, pois o direito de propriedade é transmitido intocado no seu conteúdo, estabelecendo-se apenas limitações ao seu exercício de carácter obrigacional - ob cit., p. 531.

Parece-nos, contudo, que se encontra aberta a porta para a admissão da celebração de negócios de alienação da propriedade em garantia, nomeadamente entre mutuantes e mutuários, adquirentes de bens a crédito^{401 402}. Poderia, eventualmente, equacionar-se a inserção nos contratos de mútuo de uma cláusula a prever uma alienação pelo mutuário da propriedade sobre o bem financiado ao mutuante, aquando da sua aquisição, em garantia do cumprimento das prestações creditícias, vinculando-se o mutuante a retransmiti-la assim que o seu crédito estivesse integralmente satisfeito⁴⁰³. Estar-se-ia, nesse caso, perante um contrato de mútuo com alienação fiduciária em garantia do bem financiado^{404 405}. Saliente-se que

⁴⁰¹ Estes negócios não estão abrangidos pelo supra citado DL. Aquele diploma aplica-se apenas aos contratos de garantia financeira que preenchem os requisitos subjectivos (art. 3.º) e objectivos, impostos à luz do art. 2.º. Nele não se incluem negócios (nomeadamente de alienação fiduciária em garantia) celebrados entre instituições de crédito e consumidores. As pessoas singulares estão excluídas do âmbito de aplicação do diploma - art. 3.º. Refira-se ainda que o n.º 2 do art. 1.º ressalva as normas aplicáveis em matéria de contratos de crédito ao consumo.

⁴⁰² Parece-nos que CATARINA MONTEIRO PIRES (*in A Alienação...*, ob. cit., p. 174ss) veio já defender uma interpretação das cláusulas de reserva de propriedade estabelecidas directamente a favor do financiador no sentido de se considerarem como cláusulas de alienação fiduciária em garantia. A autora distingue duas situações: aquela em que a reserva foi previamente estipulada a favor do vendedor e aquela em que foi directamente prevista a favor do financiador. No primeiro caso, poderia equacionar-se a existência de uma sub-rogação (art. 589.º ss) e, no segundo, de uma alienação da propriedade ao mutuante. Nas suas palavras, “*a interpretação do negócio jurídico poderá permitir concluir que o comprador mutuário pretendeu alienar o bem que comprou ao vendedor (ao) mutuante, enquanto garantia do cumprimento das obrigações emergentes do contrato de mútuo*”. Os parênteses são nossos, pois pensamos que a ausência da preposição “ao” constituiu um lapso de escrita. Note-se que a autora destaca expressamente que a qualificação do negócio como uma alienação em garantia resulta de uma interpretação e não de uma lacuna. Não partilhamos, contudo, desta solução. Um contrato de mútuo com cláusula de reserva de propriedade estipulada directamente em prol do mutuante não pode ser interpretado (n.º 1, art. 236.º), nem convertido (art. 293.º) num negócio de alienação fiduciária em garantia, porquanto, como bem refere aquela autora, o contrato com reserva de domínio e o contrato de alienação da propriedade em garantia apresentam-se como dois negócios jurídicos distintos. Através do primeiro, o alienante, proprietário, reserva para si a propriedade do bem objecto do contrato (com funções de garantia, mas não só). Pelo segundo, o alienante, proprietário, transfere a propriedade sobre determinado bem para o seu credor, como garantia do cumprimento. Ora, não nos parece, pela análise da Jurisprudência, que, na prática, a vontade das partes seja a de o devedor (mutuário) transmitir a sua propriedade em garantia para o financiador da aquisição. Parece sim que as partes pretendem evitar a aquisição da propriedade pelo mutuário aquando do pagamento do preço, reservando o direito real a favor do financiador, nos termos do art. 409.º do CC. Nem sequer se faz, nessas cláusulas de reserva de domínio, qualquer referência a uma vinculação do mutuante na retransmissão da propriedade para o mutuário em caso de cumprimento, como normalmente acontece na alienação fiduciária. No mesmo sentido, *vd.* Acs. TRP de 15.01.07, proc. 0651966 e de 26.04.10, proc. 1710/09.2TBVCD.P1. Acrescenta-se, nestes Acs., que, implicando a alienação em garantia duas transmissões, elas sempre estariam obrigatoriamente sujeitas a registo de transmissão, e não a simples reserva de propriedade, o que nunca ocorre na prática.

⁴⁰³ A imposição ao fiduciário da obrigação de restituir o bem em caso de cumprimento, insere-se no modelo da *fiducia cum creditore* do direito romano. No caso da nova transferência da propriedade ficar sujeita a uma condição resolutiva, verificada no momento do cumprimento, estaremos já perante uma fidúcia de tipo germânico. Segundo ANTÓNIO VIEIRA CURA, é este último o modelo adoptado no Direito brasileiro – Cf. “A «fidúcia»...”, cit., p. 213. Efectivamente, nos termos do art. 1.361 do CC Brasileiro pode ler-se: “*Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor*”. Para uma distinção aprofundada, cf. ALMEIDA COSTA, “Alienação...”, cit., p. 44ss, ORLANDO DE CARVALHO, *Negócio Jurídico Indirecto. Teoria Geral*, BFDC, Suplemento X, 1952, p. 119 e PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos...*, cit., p. 263ss.

⁴⁰⁴ Refere PESTANA DE VASCONCELOS, a propósito da sua análise sobre o regime do DL 105/04, que, nos casos em que a alienação em garantia faz parte de um contrato (como o mútuo com alienação fiduciária em garantia), existe “*uma coligação contratual, sob a forma de coligação funcional (e, por vezes, genética) entre*

solução idêntica é já aceite, e adoptada na prática, no ordenamento jurídico brasileiro, à luz dos arts. 1.361ss do Código Civil Brasileiro que prevêm o regime da propriedade fiduciária⁴⁰⁶.

Ora, apesar do exposto, consideramos que, dado o aceso debate que continua a existir em torno da problemática da reserva de propriedade no mútuo, mais premente do que procurar uma solução admissível no direito vigente, é legislar sobre a matéria.

De iure constituendo, a solução poderia, eventualmente, passar pela consagração de um regime jurídico, no diploma do crédito ao consumo (DL n.º 133/09), que previsse a possibilidade de inserção nos contratos de financiamento, mormente no mútuo enquanto contrato de crédito ao consumo, de uma cláusula a prever uma alienação em garantia, por parte do mutuário, do bem objecto de financiamento⁴⁰⁷, prevendo-se expressamente uma obrigação de retransmissão da propriedade para o mutuário aquando do pagamento integral das prestações creditícias, nos termos acima explicados. O mutuante ficaria, assim, protegido perante uma situação de incumprimento, sendo-lhe mais fácil recuperar o bem e o seu crédito.

*o contrato de onde emerge a obrigação garantida e a alienação fiduciária em garantia. As partes querem-nos como um conjunto, havendo «intrínseca relação económico-social» entre os negócios". Com efeito, conclui o autor, existem consequências quanto ao destino dos negócios, devendo, nomeadamente, cessar a alienação em garantia em caso de invalidade do negócio fonte do crédito garantido (mútuo) - *Direito das Garantias*, ob. cit., p. 534ss.*

⁴⁰⁵ Apesar do comprador/mutuário transmitir o seu direito de propriedade sobre a coisa, manteria a sua posse, podendo fruir das suas vantagens. O mutuante tornar-se-ia proprietário pleno, comprometendo-se a exercer o seu direito real apenas em caso de incumprimento, nomeadamente apossando-se do bem e, eventualmente, vendendo-o para satisfazer o seu crédito. Refira-se que, nesta situação, concordamos com o que defendem os autores citados na nota 397, devendo o mutuante, para que a alienação fiduciária seja válida, entregar ao mutuário um eventual excesso que possa vir a ter com a venda do bem. Note-se, contudo, que, no caso dos automóveis, é muito provável que esse excesso nunca exista, dado estarem em causa bens de rápida desvalorização no mercado.

⁴⁰⁶ No Brasil, é muito comum a celebração de contratos de mútuo bancário para financiamento de aquisições de veículos automóveis, acompanhados de uma cláusula de alienação fiduciária. A alienação fiduciária em garantia foi introduzida, para as coisas móveis, pela L n.º 4728, de 14.07.65, alterada pelo DL n.º 911, de 01.10.69 (art. 66.º) e, mais tarde, prevista também para os imóveis através da L n.º 9514, de 20.11.97 (art. 22.º). Sublinhe-se, como bem afirma ISABEL ANDRADE DE MATOS (*in O Pacto...*, p. 185), que, não se reconhecendo no sistema brasileiro validade aos negócios translativos abstractos, "a alienação fiduciária com o fim de garantir o cumprimento duma obrigação do alienante (fiduciante), é considerada uma figura com características de contornos excepcionais. Em termos estruturais, esta alienação (...) não se identifica com qualquer das formas previstas no direito brasileiro (...). Contudo, a partir do momento em que a mesma foi introduzida no ordenamento jurídico, esta figura passou a ter a sua causa expressamente prevista". Note-se, ainda, que o pacto comissório é também expressamente proibido pelo art. 1.365 do CC Brasileiro para o caso dos bens móveis. Para maiores desenvolvimentos no Direito brasileiro, *vd.*, ainda, os autores citados pela referida autora, *in ob. cit.*, p. 183, n. 344.

⁴⁰⁷ Alienação essa que ocorreria automaticamente, *ope legis*, aquando da celebração do contrato de compra e venda pelo mutuário com o fornecedor do bem e consequente aquisição do direito real de propriedade sobre aquele. E só nesse momento o mutuante ficaria obrigado a entregar a quantia emprestada ao mutuário ou ao próprio vendedor para pagamento do preço. Note-se, contudo, que o vendedor teria de suportar o facto de só poder ver o seu crédito satisfeito após a transferência do direito real de propriedade para a esfera jurídica do mutuante. Estaria aqui em causa uma relação jurídica triangular. Pensamos que a solução não poderia passar por prever no contrato de crédito uma obrigação de alienação do bem por parte do mutuário, após a aquisição da propriedade, porquanto o risco de incumprimento dessa obrigação seria também muito elevado.

E o mutuário, ficando com o automóvel adquirido a crédito na sua posse, poderia dele retirar todas as suas vantagens, tornando-se novamente proprietário aquando do pagamento das prestações creditícias⁴⁰⁸. Em última análise, um regime que expressamente permitisse a celebração de mútuos acompanhados de uma alienação fiduciária em garantia do bem adquirido a crédito.

Em relação à cláusula de reserva de propriedade, entendemos que não deverá ser permitida a sua inserção em contratos de mútuo e a favor do mutuante/financiador da aquisição de bens de consumo, sob pena de se perder a essência do instituto.

⁴⁰⁸ O mutuante, após a satisfação integral do crédito, retransmitiria a propriedade ao mutuário. Em alternativa, poder-se-ia equacionar uma solução semelhante à do Direito brasileiro, ficando a transferência da propriedade sujeita à condição resolutiva do pagamento das prestações do mútuo.

CONCLUSÕES

Da análise da realidade prática, traduzida na inserção de cláusulas de reserva de propriedade em contratos de mútuo a favor dos financiadores, bem como do estudo da Jurisprudência e Doutrina, a que nos propusemos no presente trabalho, cumpre-nos concluir o seguinte:

1) A cláusula de reserva de propriedade prevista no art. 409.º do CC, outrora inserida apenas em contratos de alienação, *maxime* em contratos de compra e venda a prestações, tende hoje, e cada vez mais, a ser aposta em contratos de mútuo por parte das instituições de crédito que concedem financiamento aos seus clientes para aquisições de bens de consumo, sobretudo de automóveis.

2) A análise da Jurisprudência permitiu-nos distinguir duas situações frequentes na prática: a que se traduz na estipulação, nos termos do disposto no art. 409.º do CC, de cláusulas de reserva de domínio directamente a favor do mutuante nos contratos de mútuo e a que se consubstancia na estipulação, também nos contratos de mútuo, da reserva a favor do vendedor com posterior sub-rogação do mutuante na sua posição, e conseqüente transmissão da reserva ao abrigo do disposto nos arts. 589.ºss do CC.

3) Situação distinta é aquela em que se prevê a reserva no próprio contrato de compra e venda condicionada ao pagamento pelo consumidor das prestações creditícias ao mutuante. Embora a Doutrina e a Jurisprudência maioritárias admitam, em regra, essa possibilidade, cremos que ela contraria o âmbito de aplicação do instituto em análise (art. 409.º CC).

4) A inclusão das cláusulas de reserva de domínio nos contratos de mútuo coloca muitas dúvidas do ponto de vista prático e teórico, porquanto o financiador nunca foi proprietário do bem financiado.

5) A Jurisprudência, confrontada com este tipo de cláusulas de reserva de propriedade, e perante a instauração pelos mutuantes de acções declarativas de resolução dos contratos de crédito, ou de acções executivas e de procedimentos cautelares com vista à apreensão do bem reservado, tem vindo a assumir posições distintas, apoiando-se em argumentos já sustentados por alguma Doutrina.

6) Em geral, são duas as orientações adoptadas nos tribunais portugueses: a que defende a reserva de propriedade a favor do mutuante inserida em contratos de mútuo e a que preconiza a invalidade dessas estipulações.

- 7) A cláusula de reserva de propriedade distingue-se do direito real de propriedade, seu objecto (art. 1302.º) e, tanto a propriedade automóvel como a reserva de propriedade sobre veículos, constituem factos sujeitos a registo ao abrigo das alíneas a) e b) do n.º 2, do art. 5.º do DL n.º 54/75, de 12.02.
- 8) Em termos históricos, a cláusula de reserva de propriedade só foi expressamente prevista na legislação portuguesa com o Código Civil de 1966, encontrando-se hoje mencionada em diversos preceitos, entre os quais se salienta o art. 409.º de onde se extrai a sua caracterização como sendo a convenção pela qual o alienante, nos contratos de alienação, reserva para si a propriedade da coisa até ao cumprimento total ou parcial das obrigações do adquirente ou até à verificação de qualquer outro evento.
- 9) A noção do *pactum reservati dominii*, numa primeira análise simples, vem, porém, a revelar algumas complexidades no que respeita à sua natureza jurídica e à posição que os contraentes envolvidos no negócio assumem durante a sua pendência.
- 10) A reserva de propriedade apresenta-se como uma excepção ao princípio da consensualidade previsto no art. 408.º do CC, sendo normalmente estabelecida através da aposição de uma cláusula nos próprios contratos, fazendo parte integrante do seu conteúdo e sujeitando-se à forma prevista para aqueles.
- 11) Nos casos em que a figura é aposta em contratos formados por extensos formulários previamente elaborados por uma das partes destinados a serem subscritos, sem prévia negociação com a contraparte, é ainda aplicável o regime jurídico das cláusulas contratuais gerais previsto no DL n.º 466/85, de 25.10.
- 12) Os elementos da interpretação permitem concluir que a reserva se apresenta como um instituto com contornos peculiares que condiciona suspensivamente o efeito da transmissão da propriedade do bem alienado, na medida em que adia a sua produção para o momento da verificação do evento condicionante.
- 13) Não rejeitamos as linhas mestras da teoria da condição suspensiva, embora pensemos que a cláusula de reserva de domínio não deva ser qualificada como uma condição suspensiva no seu sentido estritamente técnico-jurídico (art. 270.º CC).
- 14) Na pendência da reserva, o alienante é o proprietário do bem, embora limitado quanto a alguns dos seus poderes, e o comprador tem uma expectativa jurídica de aquisição do direito real entendida no sentido de verdadeiro direito subjectivo. Quanto ao risco, esse corre por conta do adquirente (n.º 3, art. 796.º).

15) A função primordial da cláusula de reserva de propriedade é de garantia do alienante perante um eventual incumprimento, pois investe-o do direito de resolução do contrato (arts. 886.º e n.º 2 do art. 801.º), conquanto não seja de excluir outros propósitos com a sua estipulação. Essa função não implica, porém, a qualificação da reserva como um direito real de garantia.

16) Quanto ao problema da eficácia da reserva em relação a terceiros (n.º 2, art. 409.º) quanto a bens móveis não registáveis, entendemos que a cláusula é oponível *erga omnes*.

17) O fenómeno do crédito ao consumo, associado ao comércio de coisas móveis e fornecimento de serviços, e representando a aquisição de veículos um dos seus campos de aplicação por excelência, encontra-se sujeito à disciplina jurídica do DL n.º 133/09, de 02.06 que revogou o DL 359/91, de 21.02.

18) A concessão de crédito ao consumo, inicialmente ligada ao vendedor a prestações, veio a assumir novos contornos com o aparecimento de um terceiro financiador. As relações, de bilaterais, trilateralizaram-se, complexificando-se, surgindo, assim, o fenómeno da compra e venda financiada.

19) No referido esquema contratual, estão em causa dois contratos distintos mas conexos.

20) Relativamente ao mutuante, normalmente ele apresenta-se como uma instituição de crédito ou sociedade financeira para aquisições a crédito (als. a) e i), art. 3.º RGICSF), que prefere o recurso à reserva de propriedade com o intuito de se garantir perante o eventual incumprimento por parte do mutuário, em detrimento das tradicionais garantias das obrigações, mais desvantajosas em termos de custos e mecanismos de recuperação do crédito.

21) No que concerne à estipulação directa da reserva a favor do mutuante, colocam-se desde logo dificuldades derivadas da existência de registos contraditórios: um a favor do mutuário e outro do mutuante. Estas estipulações são inválidas por contrariedade à norma imperativa do art. 409.º do CC cujo âmbito de aplicação se restringe aos contratos translativos do direito real de propriedade, o que não é o caso do mútuo. O negócio poderá, todavia, manter-se válido, suprimindo-se a cláusula viciada.

22) Embora a Doutrina e a Jurisprudência tendam a admitir o recurso ao instituto da sub-rogação (arts. 589.ºss CC) para defender que o mutuante, ao pagar o preço com a quantia mutuada ou ao entregar a quantia ao mutuário para o cumprimento, fica sub-rogado nos direitos do vendedor, designadamente na reserva de propriedade inicialmente estipulada em prol do alienante, consideramos que esse entendimento não é sustentável no ordenamento

jurídico português, quer por via do art. 589.º (sub-rogação pelo credor), quer pelo art. 591.º (sub-rogação em consequência de empréstimo feito ao devedor).

23) Não concordamos com a invocação dos arts. 582.º (transmissão das garantias e acessórios do direito transmitido) e 593.º do CC (aquisição pelo terceiro dos poderes que ao credor competiam) como fundamentos para a transmissão da reserva de propriedade para o mutuante com base na sua sub-rogação nos direitos do vendedor.

24) A reserva não é transmissível por via de uma sub-rogação do mutuante na posição jurídica do vendedor. A ocorrer, porém, uma sub-rogação nesses moldes, coexistirão, na esfera jurídica do mutuante, dois créditos: o da quantia mutuada e o do preço.

25) Com a sub-rogação, o mutuante não adquire o direito de resolução do contrato de compra e venda, mas apenas o crédito relativo ao preço, só podendo exercer os direitos que lhe advêm do mútuo.

26) As cláusulas que prevêm a transmissão da reserva de domínio em virtude de uma sub-rogação do mutuante nos direitos do credor são inválidas. Tais cláusulas desvirtuam a própria reserva, incidível do direito de propriedade e do contrato de alienação em que foi aposta.

27) A cessão de créditos (arts. 577.ºss) e a cessão da posição contratual (arts. 424.ºss) não se apresentam como meios alternativos à sub-rogação, para efeitos de transmissão da reserva de propriedade para o mutuante.

28) Não pode o mutuante com reserva, por via da instauração de uma acção declarativa de resolução do contrato de mútuo pretender a entrega do veículo reservado. A cláusula de reserva de domínio é nula à luz do art. 294.º do CC e o seu registo na Conservatória é também ele inválido nos termos dos arts. 16.ºss CRPred.

29) O recurso, pelo mutuante, à instauração de uma providência cautelar de apreensão de veículo automóvel ao abrigo dos arts. 15.ºss DL 54/75, de 12.02, não é juridicamente admissível. O DL em causa não confere àquele legitimidade para o efeito, nem sozinho, nem em coligação com o vendedor. Ademais, a dependência do procedimento em relação a uma acção de resolução do contrato de alienação, direito que o mutuante não possui, sustenta também o nosso entendimento.

30) No campo do recurso à acção executiva pelo mutuante com reserva de domínio, e por ser inválida a reserva de propriedade a favor do mutuante, nada impede a nomeação à penhora do veículo financiado, na medida em que ele integra o património do mutuário.

- 31) Numa acção executiva, não se pode colocar, em relação ao mutuante, a questão de saber se, coexistindo dois registos - o da reserva e o da penhora - deve o primeiro ser cancelado para que a execução prossiga. O registo da reserva a favor do mutuante é inválido, pertencendo o bem ao executado. No caso de um vendedor com reserva de propriedade, entendemos que o exequente deve cancelar o registo da reserva para que a acção prossiga.
- 32) Afigura-se ainda possível, no caso de reserva de propriedade, a penhora da expectativa jurídica do executado ao abrigo dos arts. 860.º-A e seguintes do CPC.
- 33) Do ponto de vista estritamente prático, compreendem-se as razões subjacentes à tese que admite a validade do *pactum reservati dominii* nos contratos de mútuo a favor do mutuante. Pretende-se, assim, evitar que o devedor continue a usar o veículo financiado uma vez incumprido o pagamento das prestações creditícias, protegendo-se o financiador.
- 34) Percebem-se ainda os motivos que subjazem ao recurso à cláusula de reserva de propriedade pelos mutuantes, em detrimento das garantias tradicionais, como a hipoteca. A reserva de propriedade revela-se menos onerosa e pode facilitar a satisfação do crédito do mutuante. Impede ainda que o veículo se transfira para a massa insolvente em caso de insolvência do devedor. Acresce que, para os consumidores, a prestação de garantias tradicionais pode revelar-se também ela desvantajosa.
- 35) A legislação vigente não permite fazer face à problemática objecto do presente estudo e que o aplicador do Direito não pode substituir-se ao legislador aplicando soluções não contempladas na lei. O financiador não pode vir, em face do direito actual, a beneficiar de uma reserva de propriedade.
- 36) Uma eventual solução que passasse por ceder a reserva, inicialmente constituída a favor do alienante, para o mutuante, em simultâneo com uma transmissão prévia do direito real de propriedade reservado, a um qualquer título, e de uma cessão da posição contratual pelo alienante, também não se nos afigura viável, *de iure constituto*, visto que sempre a reserva se extinguiria uma vez verificado o evento condicionante da transferência da propriedade, o pagamento do preço.
- 37) A alienação da propriedade do bem financiado em garantia pelo mutuário aquando da sua aquisição pode representar uma solução viável, para quem já defenda a admissibilidade desse tipo de negócios no ordenamento jurídico português.
- 38) É ainda controversa, no ordenamento jurídico nacional, a admissibilidade dos negócios de alienação da propriedade em garantia, dada a proibição do pacto comissório.

39) A alienação fiduciária em garantia é uma figura já presente no direito português, para os contratos de garantia financeira, nomeadamente no DL n.º 105/2004, de 08.05.

40) Embora a lei portuguesa já reconheça a validade deste tipo de negócios, a discussão em torno da sua admissibilidade mantém-se em relação a contratos não abrangidos pelo diploma supra referido.

41) O mais importante neste momento actual é legislar sobre a matéria. Assim, no Direito a constituir, pensamos que deveria ser equacionada a consagração no diploma do crédito ao consumo (DL n.º 133/09) de um regime jurídico que admitisse a inserção em contratos de financiamento, nomeadamente nos mútuos, de uma cláusula a prever a alienação em garantia da propriedade do bem financiado por parte do mutuário, com expressa previsão de uma obrigação de retransmissão da propriedade do bem para o mutuário aquando da satisfação do crédito.

42) No que à cláusula de reserva de propriedade respeita, consideramos que jamais deverá ser permitida a sua inserção em contratos não translativos do direito de propriedade.

ÍNDICE DE JURISPRUDÊNCIA

ACÓRDÃOS DO SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2011

- Acórdão de 25.10.11, processo n.º 1320/08.1YXLSB.L1.S1, *in* www.dgsi.pt (aluguer de longa duração).
- Acórdão de 12.07.11, processo n.º 403/07.0TVLSB.L1.S1, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante; possibilidade de sub-rogação).

2009

- Acórdão de 12.02.09, processo n.º 08B4052, *in* www.dgsi.pt (indenização por resolução do contrato).

2008

- Acórdão de Uniformização de Jurisprudência de 09.10.08, processo n.º 07A3965, *in* www.dgsi.pt (reserva de propriedade; acção executiva; necessidade de cancelamento do registo).
- Acórdão de 09.09.08, processo n.º 08A2123, *in* www.dgsi.pt (contrato de crédito ao consumo).
- Acórdão de 10.07.08, processo n.º 08B1480, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante; possibilidade de sub-rogação).

2007

- Acórdão de 02.10.07, processo n.º 07A2680, *in* www.dgsi.pt (reserva de propriedade; procedimento cautelar de apreensão de veículo).

2006

- Acórdão de 18.05.06, processo n.º 06A880, *in* www.dgsi.pt (reserva de propriedade; acção executiva; necessidade de cancelamento do registo).
- Acórdão de 12.05.05, processo n.º 05B538, *in* www.dgsi.pt (reserva de propriedade; inadmissibilidade de recurso ao procedimento cautelar de apreensão de veículo ainda que em coligação).
- Acórdão de 14.02.06, Colectânea de Jurisprudência/ Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, 14, 2006, 1, p. 67ss (reserva de propriedade; acção executiva; renúncia tácita);
- Acórdão de 02.02.06, processo n.º 05B3932, *in* www.dgsi.pt (reserva de propriedade; acção executiva; renúncia tácita).

- Acórdão de 02.02.06, processo n.º 3932/05, *in* Cadernos de Direito Privado, n.º 15, Jul-Set, 2006, *in* www.dgsi.pt (reserva de propriedade; acção executiva; renúncia à reserva).

ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA

2011

- Acórdão de 07.12.11, processo n.º 2164/11.9TBGMR.L1-2, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante; possibilidade de sub-rogação).
- Acórdão de 25.01.11, processo n.º 39017/03.6YXLSB-A.L1-7, *in* www.dgsi.pt (reserva de propriedade, procedimento cautelar de apreensão de veículo).

2010

- Acórdão de 14.12.10, processo n.º 1384/10.8TJLSB.L1-8, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante; inadmissibilidade da transmissão da reserva por sub-rogação).
- Acórdão de 12.10.10, processo n.º 1129/10.2TBBNV.L1-1, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade da reserva a favor do mutuante; procedimento cautelar de apreensão de veículo; possibilidade de sub-rogação).
- Acórdão de 30.05.10, processo n.º 3228/2006-7, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade de reserva a favor do vendedor para garantia do crédito do mutuante; procedimento cautelar de apreensão de veículo).
- Acórdão de 06.05.10, processo n.º 4849/05.0TVLSB.L1-8, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade da reserva a favor do mutuante; cláusulas contratuais gerais; resolução do contrato de mútuo).
- Acórdão de 25.03.10, processo n.º 6336/04.4TJLSB.L1-8, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante; impossibilidade de sub-rogação tácita).
- Acórdão de 18.03.10, processo n.º 4847/09.4TBALM-A.L1-6, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade da reserva a favor do mutuante; procedimento cautelar de apreensão de veículo).
- Acórdão de 04.03.10, processo n.º 4614/07.0TVLSB.L1-2, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante).

2009

- Acórdão de 03.12.09, processo n.º 6212/06.6TVLSB.L1-8, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade da reserva a favor do mutuante; resolução do contrato de mútuo).

- Acórdão de 26.11.09, Processo n.º 3039/05.6TVLSB.L1-6, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante).
- Acórdão de 27.10.09, processo n.º 24199/07.6YYLSB-A.L1-1, *in* www.dgsi.pt (contrato de crédito ao consumo; acção executiva; livrança; cláusulas contratuais gerais).
- Acórdão de 31.03.09, processo n.º 10306/2008-1, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante).
- Acórdão de 12.03.09, processo n.º 3184/08-2, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante; admissibilidade de reserva a favor do vendedor para garantia do crédito do mutuante).
- Acórdão de 12.03.09, processo n.º 10084/2008-6, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante).
- Acórdão de 12.03.09, processo n.º 2505/06.0TVLSB.L1-6, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade da reserva a favor do mutuante; resolução do contrato de mútuo).
- Acórdão de 12.02.09, processo n.º 10927/2008-6, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade da reserva a favor do mutuante; resolução do contrato de mútuo).
- Acórdão de 29.01.09, processo n.º 668/08.0TJLSB-8, *in* www.dgsi.pt (procedimento cautelar de apreensão de veículo).

2008

- Acórdão de 17.07.08, processo n.º 6158/2008-7, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante; admissibilidade de reserva a favor do vendedor para garantia do crédito do mutuante; procedimento cautelar de apreensão de veículo; possibilidade de sub-rogação).
- Acórdão de 06.05.08, processo n.º 3583/2008-7, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade da reserva a favor do mutuante; acção executiva; necessidade de cancelamento do registo).
- Acórdão de 15.04.08, processo n.º 2596/2008-7, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante; procedimento cautelar de apreensão de veículo).
- Acórdão de 12.02.08, processo n.º 601/2008-7, *in* www.dgsi.pt (reserva de propriedade; acção executiva; necessidade de cancelamento do registo).
- Acórdão de 31.01.08, processo n.º 405/2008-6, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade da reserva a favor do mutuante; resolução do contrato de mútuo).
- Acórdão de 22.01.08, processo n.º 7355/2007-1, *in* www.dgsi.pt (reserva a favor do vendedor para garantia do crédito do mutuante).

- Acórdão de 10.01.08, processo n.º 10958/2007-7, *in* www.dgsi.pt. (reserva a favor do vendedor para garantia do crédito do mutuante; sub-rogação).

2007

- Acórdão de 05.07.07, processo n.º 5671/2007-8, *in* www.dgsi.pt (reserva de propriedade; acção executiva; inadmissibilidade de renúncia).
- Acórdão de 31.05.07, processo n.º 3901/2007-2, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante).
- Acórdão de 22.05.07, processo n.º 4139/2007-7, *in* www.dgsi.pt. (inadmissibilidade de recurso ao procedimento cautelar de apreensão de veículo pelo mutuante; reserva directa de propriedade; possibilidade de sub-rogação).
- Acórdão de 26.04.07, processo n.º 1614/2007-6, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade de recurso ao procedimento cautelar de apreensão de veículo pelo mutuante; possibilidade de sub-rogação).
- Acórdão de 27.03.07, processo n.º 2157/2007-7, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante).
- Acórdão de 06.03.07, processo n.º 1187/2007-7, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade de recurso ao procedimento cautelar de apreensão de veículo pelo mutuante).
- Acórdão de 13.02.07, processo n.º 10441/2006-7, *in* www.dgsi.pt. (reserva de propriedade; acção executiva; inadmissibilidade de renúncia).
- Acórdão de 06.02.07, processo n.º 10411/2006-7, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade da reserva a favor do mutuante; acção executiva; admissibilidade de renúncia).

2006

- Acórdão de 15.12.06, processo n.º 10411/2006-7, *in* www.dgsi.pt. (admissibilidade da reserva a favor do mutuante; acção executiva; admissibilidade de renúncia).
- Acórdão de 23.11.00, processo n.º 0073428, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade de recurso ao procedimento cautelar de apreensão de veículo pelo mutuante).
- Acórdão de 14.11.06, processo n.º 7988/2006-7, *in* www.dgsi.pt. (reserva de propriedade; acção executiva; impossibilidade de cancelamento oficioso).
- Acórdão de 12.10.06, processo n.º 3814/2006-2, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante).
- Acórdão de 29.06.06, processo n.º 4888/2006-2, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante).
- Acórdão de 27.06.06, processo n.º 937/2006-1, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade de reserva a favor do vendedor para garantia do crédito do mutuante).

- Acórdão de 22.06.06, processo n.º 4927/2006-8, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade de recurso ao procedimento cautelar de apreensão de veículo pelo mutuante).
- Acórdão de 22.06.06, processo n.º 4667/2006-6, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade da reserva a favor do mutuante; procedimento cautelar de apreensão de veículo).
- Acórdão de 30.05.06, processo n.º 3228/2006-7, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade de reserva a favor do vendedor para garantia do crédito do mutuante).
- Acórdão de 09.05.06, processo n.º 12156/2005-7, *in* www.dgsi.pt (união de contratos).
- Acórdão de 21.03.06, Colectânea de Jurisprudência, 2006, T. II, p. 79ss (reserva de propriedade; procedimento cautelar de apreensão de veículo).

2005

- Acórdão de 20.10.05, processo n.º 8454/2005-6, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade da reserva a favor do mutuante).
- Acórdão de 13.06.05, *in* Colectânea de Jurisprudência, 2005, T. IV, p. 95 (procedimento cautelar de apreensão de veículo).
- Acórdão de 05.05.05, processo n.º 3843/2005-6, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade de reserva a favor do vendedor para garantia do crédito do mutuante; procedimento cautelar de apreensão de veículo).

2004

- Acórdão de 14.12.04, processo n.º 9857/2004-7, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante; acção executiva).
- Acórdão de 04.12.04, processo n.º 7961/2007-1, *in* www.dgsi.pt (procedimento cautelar de apreensão de veículo; inadmissibilidade de renúncia tácita).
- Acórdão de 29.04.04, Colectânea de Jurisprudência, 2004, p. 120ss (reserva de propriedade; acção executiva; renúncia tácita), *in* www.dgsi.pt.

2003

- Acórdão de 16.12.03, processo n.º 7023/2003-7, *in* www.dgsi.pt (acção executiva; necessidade de cancelamento do registo da reserva).
- Acórdão de 27.05.03, processo n.º 4667/2003-7 (reserva de propriedade; acção executiva; necessidade de cancelamento do registo).
- Acórdão de 13.03.03, *in* Colectânea de Jurisprudência, 2003, Tomo II, p. 74 (reserva a favor do vendedor para garantia do crédito do mutuante).
- Acórdão de 13.02.03, Colectânea de Jurisprudência, I, p. 103 (procedimento cautelar de apreensão de veículo).

2002

- Acórdão de 27.06.02, processo n.º 0053286, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade da reserva a favor do mutuante; admissibilidade procedimento cautelar de apreensão de veículo; possibilidade de sub-rogação).
- Acórdão de 30.04.02, Colectânea de Jurisprudência, 2002, Tomo II, p. 124 (reserva de propriedade, acção executiva; necessidade de cancelamento do registo).
- Acórdão de 20.04.02, processo n.º 0005297 (reserva de propriedade; acção executiva; necessidade de cancelamento do registo).
- Acórdão de 21.02.02, Cadernos de Direito Privado, n.º 6, 2004, p. 43 (reserva de propriedade; acção executiva com base em sentença).

1999

- Acórdão de 22.06.99, Colectânea de Jurisprudência, Tomo III, p. 119 (reserva de propriedade; acção executiva; renúncia tácita).

1998

- Acórdão de 18.06.98, Colectânea de Jurisprudência, Tomo III, p. 129 (reserva de propriedade; acção executiva; renúncia tácita).

1994

- Acórdão de 13.01.94, Colectânea de Jurisprudência, Tomo I, p. 89 (procedimento cautelar de apreensão de veículo).

ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO

2011

- Acórdão de 09.06.11, processo n.º 4873/07.8TBVLG-A.P1, *in* www.dgsi.pt (acção executiva; inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante).
- Acórdão de 24.02.11, processo n.º 935/09.5TBOAZ.P1, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade da reserva a favor do mutuante).

2010

- Acórdão de 13.10.10, processo n.º 2295/09.5TBPVZ.P1, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante; possibilidade de sub-rogação).
- Acórdão de 26.04.10, processo n.º 1710/09.2TBVCD.P1, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante).

2009

- Acórdão de 04.05.09, processo n.º 334/09.9TBGDM.P1, *in* www.dgsi.pt (reserva de propriedade; possibilidade de sub-rogação).
- Acórdão de 15.01.09, processo n.º 0837203, *in* www.dgsi.pt (reserva de propriedade; penhora de expectativa jurídica).

2008

- Acórdão de 14.07.08, processo n.º 0823346, *in* www.dgsi.pt (livrança em branco).
- Acórdão de 30.06.08, processo n.º 0853134, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante; inadmissibilidade de recurso ao procedimento cautelar de apreensão de veículo).

2007

- Acórdão de 15.01.07, processo n.º 0651966, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante).

2005

- Acórdão de 14.02.05, processo n.º 0453927, *in* www.dgsi.pt (aluguer de longa duração).

2004

- Acórdão de 01.06.04, processo n.º 0422028, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante).

2002

- Acórdão de 06.06.02, Colectânea de Jurisprudência, 2002, Tomo III, p. 193, *in* www.dgsi.pt (contrato de mútuo).

ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA

2012

- Acórdão de 14.02.12, processo n.º 2/09.1TBFVN.C1, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante).

2010

- Acórdão de 21.12.10, processo n.º 2784/09.1TBPBL.C1, *in* www.dgsi.pt (aluguer de longa duração).
- Acórdão de 19.01.10, processo n.º 3888/07.0TVLSB.C1, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante).
- Acórdão de 19.01.10, processo n.º 2112/09.6TBMGR.C1, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante).

2009

- Acórdão de 23.06.09, processo n.º 2620/08.6TBAGD.C1, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante).
- Acórdão de 13.01.09, processo n.º 2007/08.0TBFIG.C1, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade de recurso ao procedimento cautelar de apreensão de veículo pelo mutuante).

2008

- Acórdão de 18.12.08, processo n.º 3888/07.0TVLSB-A.C1, *in* www.dgsi.pt (reserva de propriedade, inadmissibilidade de recurso ao procedimento cautelar de apreensão de veículo; ainda que em coligação).
- Acórdão de 15.07.08, processo n.º 187/08.4TBAGN.C1, *in* www.dgsi.pt (admissibilidade da reserva a favor do mutuante; procedimento cautelar de apreensão de veículo).
- Acórdão de 03.06.08, processo n.º 4894/07.0TVLSB.C1, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade da reserva a favor do mutuante; procedimento cautelar de apreensão de veículo).
- Acórdão de 11.03.08, processo n.º 3291/07.2TVLSB.C1, *in* www.dgsi.pt (inadmissibilidade de recurso ao procedimento cautelar de apreensão de veículo pelo mutante).

2007

- Acórdão de 22.05.07, Colectânea de Jurisprudência, 2003, Tomo III, p. 80 (procedimento cautelar de apreensão de veículo).

2006

- Acórdão de 21.03.06, Colectânea de Jurisprudência, 2006, Tomo II, p. 80 (procedimento cautelar de apreensão de veículo).

2003

- Acórdão de 13.03.03, Colectânea de Jurisprudência, 2003, Tomo II, p. 74 (procedimento cautelar de apreensão de veículo).

2000

- Acórdão de 23.11.00, Colectânea de Jurisprudência, 2000, Tomo V, p. 99 (reserva a favor do vendedor para garantia do crédito do mutuante).

ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE ÉVORA

2009

- Acórdão de 04.06.09, processo n.º 1073/07.0TBSTR-A.E1, *in* www.dgsi.pt (reserva de propriedade; acção executiva; renúncia tácita).

1984

- Acórdão de 16.02.84, Colectânea de Jurisprudência, 1984, Tomo I, p. 293 (reserva de propriedade; acção executiva; renúncia tácita).

ACÓRDÃOS DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE GUIMARÃES

2011

- Acórdão de 26.05.11, processo n.º 936/07.8TBVVD.G1, *in* www.dgsi.pt (aluguer de longa duração).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NACIONAIS

- AAVV** - *Manual de Contratos de Direito Bancário e Financeiro*, 2ª edição, Quid Juris, 2008.
- ABRANTES, JOSÉ JOÃO** - "Algumas Notas sobre o Contrato de Mútuo", in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III, Coimbra Editora, 2007.
- ALARCÃO, RUI DE e M. HENRIQUE MESQUITA** - *Sub-rogação nos Direitos do Credor. Parecer Forense*, Rio de Janeiro, 1979.
- ALBUQUERQUE, PEDRO DE** - "Compra e Venda", in *Direito das Obrigações*, 2ª edição, Vol. III, Lições coordenadas por Menezes Cordeiro, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1991.
- ALMEIDA, Carlos FERREIRA DE** - "Transmissão Contratual da Propriedade - entre o Mito da Consensualidade e a Realidade de Múltiplos Regimes", in *Revista Themis*, Ano VI, n.º 11, 2005, p. 6ss.
- "Alienação da Propriedade em Garantia - Uma Perspectiva Prudente", in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Vol. I, Católica Editora, 2011.
- ALMEIDA, L.P. MOITINHO DE** - *O Processo Cautelar de Apreensão de Veículos Automóveis*, 5ª edição, Coimbra Editora, 1999.
- ALMEIDA, MANUEL DA SILVA** - "Sub-rogação por Pagamento", in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1954-1956, p. 220ss.
- ANDRADE, MANUEL A. Domingues DE** - *Teoria Geral da Relação Jurídica, Facto Jurídico, em Especial Negócio Jurídico*, Vol. II, Almedina, 1960.
- ASCENSÃO, José de OLIVEIRA** - *Introdução ao Estudo do Direito*, Ano Lectivo 1970/71, com Revisão parcial em 1972/73, Edição dos Serviços Sociais da Universidade de Lisboa.
- *Direito Civil. Reais*, 4ª edição, Coimbra Editora, 1983.
- *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. IV, Petrony, 1993.
- *Direito Civil. Reais*, 5ª edição, Coimbra Editora, 2012.
- BRAGA, ARMANDO** - *Contrato de Compra e Venda*, 3ª edição, Porto Editora, 1994.

- CAMPOS, Diogo LEITE DE** - “A Alienação em Garantia”, in *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal*, 150.º Aniversário (1846-1996), Lisboa, Banco de Portugal, 1988.
- CAMPOS, Isabel MENÉRES** - *Da Hipoteca - Caracterização, Constituição e Efeitos*, Almedina, 2003.
- "Algumas Reflexões em Torno da Cláusula de Reserva de Propriedade a favor do Financiador", in *Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Almedina, 2004.
 - "Cancelamento do Registo da Reserva de Propriedade - Ac. do STJ de 02.02.2006, proc. 3932/05", in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 15, Julho-Setembro, 2006, p. 53ss "
 - "Cancelamento do Registo de Reserva de Propriedade a Favor do Exequente - Ac. de Uniformização de Jurisprudência n.º 10/2008, proc. 3965/07" in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 29, Janeiro-Março, 2010, p. 25ss.
- CAMPOS, ROSELY DE MORAES**, *Alienação Fiduciária em Garantia*, Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, 1988.
- CARVALHO, ORLANDO DE** - *Negócio Jurídico Indirecto. Teoria Geral*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Suplemento X, 1952.
- *Direito das Coisas (Do Direito das Coisas em Geral)*, Policopiado, Coimbra, 1977.
- CORDEIRO, António MENEZES** - *Direitos Reais*, Vol. I, Reprint 1979, Lex, Lisboa, 1993.
- *Manual de Direito Bancário*, reimpressão da 4ª edição, Almedina, 2010.
 - *Tratado de Direito Civil Português. Introdução. Fontes do Direito. Interpretação da Lei. Aplicação das Leis no Tempo. Doutrina Geral*, T. I., 4ª edição, Almedina, 2012.
- COSTA, Mário Júlio de ALMEIDA** - *Direito das Obrigações*, 4ª edição, Coimbra Editora, 1984.
- *Direito das Obrigações*, 12ª edição, Almedina, 2011.
- CRISTAS, ASSUNÇÃO, MARIANA GOUVEIA e VITOR NEVES** - *Transmissão da Propriedade e Contrato*, Almedina, 2001.
- CRUZ, J.** - "Crédito ao Consumo", *Inforbanca*, n.º 33, Revista Inforbanca, 1997, p. 9ss.
- CURA, ANTÓNIO Alberto VIEIRA** - “Fiducia Cum Creditore – Aspectos Gerais”, in *Suplemento do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXXIV, 1990.

- "A «fidúcia» Romana e a Alienação Fiduciária em Garantia do Direito Actual", in *O sistema Contratual Romano: de Roma ao Direito actual*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.

DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO - "Reserva de Propriedade", in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. III, Coimbra Editora, 2007.

DUARTE, PAULO - "Algumas questões sobre ALD", in *Estudos de Direito do Consumidor*, Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, Centro Direito do Consumo, nº 3, 2001.

- "A Sensibilidade do Mútuo às Excepções do Contrato de Aquisição na Compra e Venda Financiada, no Quadro do Regime Jurídico do Crédito ao Consumo", in *Revista Sub Judice*, n.º 24, Janeiro-Março, 2003, p. 39ss.

DUARTE, Rui PINTO - "Alguns Aspectos Jurídicos dos Contratos Não Bancários de Financiamento de Aquisição e Uso de Bens", in *Revista da Banca*, n.º 22, Abril-Junho, 1992.

- *Curso de Direitos Reais*, Principia, 2007.

FARIA, Jorge Leite Areias RIBEIRO DE - *Direito das Obrigações*, Vol. I, Almedina, 1998.

- *Direito das Obrigações*, Vol. II, reimpressão, Almedina, 2001.

FERNANDES, Luís Alberto CARVALHO - "A Admissibilidade do Negócio Fiduciário no Direito Português", Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica* 91, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

- "Notas Breves sobre a Cláusula de Reserva da Propriedade", in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011.

- *Lições de Direitos Reais*, reimpressão da 6.ª edição, Quid Juris, 2010.

FERREIRA, Fernando AMÂNCIO - *Curso de Processo de Execução*, 13ª edição, Almedina, 2010.

FREITAS, José LEBRE DE - *A Acção Executiva. Depois da Reforma da Reforma*, 5ª edição, Coimbra Editora, 2009.

GOMES, JÚLIO M. Vieira - "Do pagamento com Sub-rogação, mormente na Modalidade se Sub-rogação Voluntária", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles*, I Volume, 2002.

- "Sobre o Âmbito da Proibição do Pacto Comissório, o Pacto Comissório Autónomo e o Pacto Marciano", in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 8, Outubro-Dezembro, 2004, p. 57ss.

GOMES, Manuel JANUÁRIO da COSTA - *Assunção Fidejussória de Dívida*, Almedina, 2000.

GOMES, ORLANDO - *Contratos*, 4ª edição, Rio de Janeiro, 1973.

GONÇALVES, CUNHA - *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, Coimbra Editora, 1934.

GRAÇA, DIOGO MACEDO - *Os Contratos de Garantia Financeira*, Almedina, 2010.

A. SANTOS JUSTO - *Direitos Reais*, 3ª ed., Coimbra Editora, 2011.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de MENEZES - *Cessão de créditos*, Almedina, 2005.

"O Crédito ao Consumo: O seu Regime Actual e o Regime Proposto pelo Anteprojecto do Código do Consumidor", in *Revista Sub Judice*, n.º 36, Julho-Setembro, 2006.

- *Garantias das Obrigações*, 2ª edição, Almedina, 2008.

- *Direito das Obrigações. Contratos em Especial*, Vol. III, 7ª edição, Almedina, 2010.

- *Direito das Obrigações. Transmissão e Extinção das Obrigações. Não cumprimento e Garantias do Crédito*, Vol. II, 8ª edição, Almedina, 2011.

- *Garantias das Obrigações*, 3ª edição, Almedina, 2012.

LIMA, PIRES de e ANTUNES VARELA - *Código Civil Anotado*, com a colaboração de Henrique Mesquita, Vols. I e II, 4ª edição, Coimbra Editora, 1997.

LOBO, Mário TAVARELA - *Temas Jurídicos. Discussão e Soluções do Novo Código Civil*, in *Separata da Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XVI, 1970, n.ºs 1-2 e 3-4, p. 14ss.

LOPES, Manuel BAPTISTA - *Do Contrato de Compra e Venda no Direito Civil, Comercial e Fiscal*, Almedina, Coimbra, 1971.

MACHADO, J. BAPTISTA, "Pressupostos da Resolução por Incumprimento", in *Estudos em Homenagem ao Prof. J.J. Teixeira Ribeiro*, II Jurídica, 1979.

MATOS, ISABEL ANDRADE DE - *O Pacto Comissório. Contributo para o Estudo do Âmbito da sua Proibição*, Almedina, 2006.

MARQUES, MARIA Manuel LEITÃO e CATARINA FRADE - "Uma Sociedade Aberta ao Crédito", in *Revista Sub Judice*, n.º 24, Janeiro-Março, 2003.

MARTINEZ, Pedro ROMANO - *Da Cessação do Contrato*, 2ª edição, Almedina, 2006.
Direito das Obrigações. Parte especial. Contratos, 2ª edição, Almedina, 2010.

- MARTINEZ, Pedro ROMANO e Pedro FUZETA DA PONTE** - *Garantias de Cumprimento*, 5ª edição, Almedina, 2006.
- MATIAS, Armindo SARAIVA** - *Garantias Bancárias Activas e Passivas*, Edições Scripto, Lisboa, 1999.
- MORAIS, Fernando de GRAVATO** - "Reserva de Propriedade a favor do financiador - Ac. do TRL de 2.10.2003, Proc. C-148/02", in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 6, Abril-Junho, 2004, pág. 43ss.
- *União de Contratos de Crédito e de Venda para o Consumo*, Almedina, 2004.
 - "A Unidade Económica dos Contratos", *Revista Sub Judice*, n.º 36, Julho-Setembro, 2006, pág.19ss.
 - *Contratos de Crédito ao Consumo*, Almedina, 2007.
 - *Crédito aos Consumidores. Anotação ao Decreto-Lei n.º 133/2009*, Almedina, 2009.
 - *Manual de Locação Financeira*, 2ª edição, Almedina, 2011.
- OLIVEIRA, Nuno Manuel PINTO** - *Contrato de Compra e Venda. Noções Fundamentais*, Almedina, 2007.
- *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra Editora, 2011.
- PERALTA, ANA MARIA Pardal** - *A Posição Jurídica do Comprador na Compra e Venda com Reserva de Propriedade*, Almedina, 1990.
- PEREIRA, J. TIMÓTEO RAMOS**, *Prontuário de Formulários e Trâmites - Procedimentos e Medidas Cautelares, com Incidentes Conexos*, Vol. II, Quid Juris, 4ª edição, 2011.
- PERISSINOTTO, Gustavo Ramos** - "Compra e Venda com Reserva de Domínio/Propriedade – Comparação dos Direitos brasileiro e português", in *Revista Themis*, Ano VI, n.º 11, 2005.
- PINHEIRO, Luís LIMA** - *A Cláusula de Reserva de Propriedade. Algumas Reflexões sobre a sua Função, Regime e Natureza Jurídica*, Almedina, 1988.
- *A venda com reserva de propriedade em Direito Internacional Privado*, Lisboa McGraw-Hill, 1991.
- PINTO, Carlos Alberto da MOTA** - *Cessão da Posição Contratual*, Colecção Teses, Almedina, 2003.
- PINTO, RUI** - "Penhora e Alienação de Outros Direitos", *Separata Themis*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, Ano IV, n.º 7, 2003.
- *A Acção Executiva depois da Reforma*, Lex, 2004.
- PIRES, CATARINA MONTEIRO** - *A Alienação em Garantia*, Almedina, 2010.

- PIZARRO, SEBASTIÃO Nóbrega** - *O Contrato de Locação Financeira*, Almedina, 2004.
- SÁ, FERNANDO CUNHA DE** - "Transmissão das Obrigações", in *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Almedina, 2007.
- SANTOS, José BELEZA DOS** - *A Simulação em Direito Civil*, Vol. I., Coimbra Editora, 1921.
- SERRA, VAZ** - "Sub-rogação nos Direitos do Credor", in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 37, 1953, p. 5ss.
- "Cessão de Créditos ou de outros Direitos", in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º especial, 1955, p. 360ss.
- "Efeitos dos Contratos (Princípios Gerais)", in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 74, 1958 p. 333ss.
- SILVA, João CALVÃO DA** - *Bolsa Banca e Seguros. Direito Europeu e Português*, T. I, Parte Geral, 2ª edição, Almedina, 2007.
- SOUSA, Miguel TEIXEIRA DE** - *Acção Executiva Singular*, Lex, 1998.
- *A Reforma da Acção Executiva*, Lex, 2004.
- TELLES, Inocêncio GALVÃO** - "Venda Obrigatória e Venda Real", in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Ano V, 1948.
- *Contratos Civis: Projecto Completo de um Título do Futuro Código Civil Português e Respectiva Exposição dos Motivos*, in *Separata da RFDUL*, Vols. IX-X, 1953-1954.
- *Direito das Sucessões*, 4ª edição, Coimbra Editora, 1980.
- *Direito das Obrigações*, 5ª edição, Coimbra Editora, 1986.
- *Direito das Obrigações*, reimpressão da 7ª edição, Coimbra Editora, 2010.
- *Manual dos Contratos em Geral*, Coimbra Editora, 4ª edição, 2010.
- VALENTE, J. A. ROSADO** - *Locação Financeira (Leasing) – Aluguer de Longa Duração (ALD)*, 2ª edição, Minerva, 1996.
- VARELA, João de Matos ANTUNES** - *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 9ª reimpressão da 10ª edição de 2000, Almedina, 2012.
- *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7ª reimpressão da 7ª edição de 1997, Almedina, 2012.
- VASCONCELOS, Luís Miguel PESTANA DE** - *A Locação Financeira*, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 45, I, Abril, p. 263ss.
- *A Cessão de Créditos em Garantia. Em Particular da Posição do Cessionário na Insolvência do Cedente*, Coimbra Editora, 2007.

- *Direito das Garantias*, Almedina, 2010.

VAZ, TERESA ANSELMO - *Alguns Aspectos do Contrato de Compra e Venda a Prestações e Contratos Análogos*, Almedina, 1995.

VENTURA, RAÚL - "O Contrato de Compra e Venda no Código Civil", in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 43, 1983.

XAXIER, V. LOBO - "Venda a Prestações – Algumas Notas sobre os Artigos 934.º e 935.º do Código Civil", in *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Ano XXI, 1974, p. 199ss.

ESTRANGEIRAS

ANELLI, FRANCO - *L'alienazione in Funzione di Gazanzia*, Giuffrè, Milão, 1996.

BIANCA, Massimo C. - *La Vendita e la Permuta*, Trattato di Diritto Civile Italiano, sob a orientação de Filippo Vassali, Vol. VII, Tomo I, Torino, Utet, 1972.

BLOMEYER - Arwed - *Studien zur Bedingungslehre. II. Teil: Uber bedingte Verfügungsgeschäfte*, Berlín, 1939.

BUCCISANO, ORAZIO - *La Surrogazione per Pagamento I*, Giuffrè, Milano, 1958.

CABRILLAC, Michel, Christian MOULLY, Séverine CABRILLAC, Philippe PETEL - *Droit des Sûretés*, 9ª edição, LITEC, Paris, 2010.

CAPOZZI, G. - *Dei Singoli Contratti*, Vol. I, Milano, 1988.

CHABAS, FRANÇOIS - *Leçons de Droit Civil*, Tomo II, 1º volume, Obligations: Théorie Générale, Paris, 8ª edição, 1991.

CHAPUT - Yves, *Les Clauses de Réserve de Propriété*, Juris - Classeur Périodique, 1981.

DINIZ, MARIA HELENA - *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais*, 3º Vol., Editora Saraiva, 2004.

GELPI, ROSA-MARIA e FRANÇOIS JULIEN-LABRUYÈRE - *História do Crédito ao Consumo. Doutrinas e Práticas*, Principia, 2000.

HARTMANN, NICOLAI - *Die Obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, 1875.

LEGEAIS, DOMINIQUE - *Sûretés et Garanties du Crédit*, L.G.D.J., 7ª edição, 2009.

LUMINOSO, Angelo - *I Contratti Tipici e Atipici, Contratti di alienazione, di godimento, di credito*, I, Milano Giuffrè, 1995.

MAGAZZÙ, ANDREA - *Surrogazione per Pagamento*, Enciclopedia del Diritto, Vol. XLIII, Milano, 1990.

- MOLINA, Susana QUICIOS** - *Efectos de las Garantías reguladas por la Ley de Ventas a Plazos de Bienes Muebles en Caso de Incumplimiento del Comprador y Concurrencia de Acreedores*, 1ª edição, Aranzi, 2006.
- PERERA, Ángel CARRASCO** - Encarna Cordero LOBATO e Manuel Jesús Marín LÓPEZ - *Tratado de los Derechos de Garantías*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2002.
- POTHIER** - in *Coutumes des Duché, Bailliage et Prévoté D'Orléans em Oeuvres de R-J. POTHIER contenant les traités du Droit Français*, nova edição por M. Dupin, VII, Bruxelles, H. Tarlier, 1833.
- PROSPERETTI, MARCO** - *Il Pagamento con Surrogazione*, in *Trattato di Diritto Privato*, dirigido por Pietro Rescigno, Vol. 9, *Obbligazioni e contratti*, Tomo primo, Utet, Torino, 1987.
- RIVERA, Manuel** - *La Posición del Comprador en la Venta a Plazos con Pacto de Reserva de Dominio*, Tirant lo blanch, Valencia, 1994.
- SASSI, ANDREA** - *Garanzia del Credito e Tipologie Commissorie*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, 1999.
- SERICK, ROLF** - *Garantias Mobiliarias em Derecho Alemán*, traduzido por ÁNGEL CARRASCO PERERA, Tecnos, 1990.
- TAMBORRINO, FRANCESCO** - *I Mutui Ipotecari*, Giuffrè, Milão, 1995.
- TULUI, Franco** - *Osservazioni sulla Natura Giuridica della Vendita con Riserva della Proprietà*, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1980.

REFERÊNCIAS ELECTRÓNICAS

- Grupo Marktest, "Crédito ao consumo tende a abrandar"** - <http://www.marktest.com/wap/a/n/id~16a3.aspx>, consultado em 31 de Março de 2012.
- Simuladores de crédito automóvel** - www.ocreditoautomovel.com/simuladores, consultado em em 31 de Março de 2012.
- Boletim dos Registos e do Notariado, n.º 5/2001, Maio de 2001** - http://www.irn.mj.pt/IRN/sections/irn/legislacao/publicacao-de-brn/docs-brn/pdf/2001-parte-1/downloadFile/attachedFile_4_f0/5_2001.pdf?nocache=1216392542.88, consultado em 31 de Março de 2012.

Central de Responsabilidades de Crédito do Banco de Portugal -

<http://www.bportugal.pt/pt->

[PT/Estatisticas/PublicacoesEstatisticas/BolEstatistico/Publicacoes/11-](http://www.bportugal.pt/pt-Estatisticas/PublicacoesEstatisticas/BolEstatistico/Publicacoes/11-)

[Emprestimos%20sector%20financeiro.pdf](http://www.bportugal.pt/pt-Estatisticas/PublicacoesEstatisticas/BolEstatistico/Publicacoes/11-Emprestimos%20sector%20financeiro.pdf), consultado em 31 de Março de 2012.

MAGRI, A. M. e ZUCCOTTI, G. C. - *Enciclopedia di Direzione e Consulenza Aziendale*,

Vol. III, V edizione, Piccin Nuova Libreria, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi,

Società Editrice Libreria: *in*

<http://books.google.com/books?id=v42O64gXJ1QC&lpg=PA2127&ots=xiEZg9Jt1b>

[&dq=riserva%20della%20propriet%C3%A0%20a%20favore%20del%20creditore&](http://books.google.com/books?id=v42O64gXJ1QC&lpg=PA2127&ots=xiEZg9Jt1b&dq=riserva%20della%20propriet%C3%A0%20a%20favore%20del%20creditore&)

[hl=pt-](http://books.google.com/books?id=v42O64gXJ1QC&lpg=PA2127&ots=xiEZg9Jt1b&dq=riserva%20della%20propriet%C3%A0%20a%20favore%20del%20creditore&hl=pt-)

[PT&pg=PA2127#v=onepage&q=riserva%20della%20propriet%C3%A0%20a%20fa](http://books.google.com/books?id=v42O64gXJ1QC&lpg=PA2127&ots=xiEZg9Jt1b&dq=riserva%20della%20propriet%C3%A0%20a%20favore%20del%20creditore&hl=pt-PT&pg=PA2127#v=onepage&q=riserva%20della%20propriet%C3%A0%20a%20fa)

[vore%20del%20creditore&f=false](http://books.google.com/books?id=v42O64gXJ1QC&lpg=PA2127&ots=xiEZg9Jt1b&dq=riserva%20della%20propriet%C3%A0%20a%20favore%20del%20creditore&hl=pt-PT&pg=PA2127#v=onepage&q=riserva%20della%20propriet%C3%A0%20a%20favore%20del%20creditore&f=false), consultado em 31 de Março de 2012.

OLIVEIRA, FERNANDO Henrique de- *in* [http://pt.scribd.com/doc/6838003/Codigo-Civil-](http://pt.scribd.com/doc/6838003/Codigo-Civil-Comentado-Completo)

[Comentado-Completo](http://pt.scribd.com/doc/6838003/Codigo-Civil-Comentado-Completo), consultado em 21 de Março de 2012.