

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

CENTRO REGIONAL DO PORTO

A ATRIBUIÇÃO DA RESERVA DE PROPRIEDADE A UM TERCEIRO
FINANCIADOR

Tese apresentada à Universidade Católica Portuguesa para obtenção do grau de
Mestre em Direito

Por **Raúl Santos de Oliveira**

Sob orientação da **Senhora Professora e Mestre Maria do Rosário Epifânio**

Faculdade de Direito | Escola do Porto

Junho de 2015

*Aos meus pais,
por todas as segundas oportunidades.*

Lista de Abreviaturas

Ac – Acórdão

art – Artigo

BGB - Bürgerliches Gesetzbuch

CC – Código Civil

CCF – Código Civil Francês

coord – Coordenação

Dir – Diretiva

DL – Decreto-Lei

ed – Edição

n – nota de rodapé

RC – Tribunal da Relação de Coimbra

RE – Tribunal da Relação de Évora

RG – Tribunal da Relação de Guimarães

RL – Tribunal da Relação de Lisboa

RP – Tribunal da Relação do Porto

ss – Seguintes

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

UJSTJ - Acórdão Uniformizador de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça

Índice

Lista de Abreviaturas.....	5
1. Introdução.....	8
2. Referência Histórica ao Instituto da Reserva de Propriedade	9
3. A Reserva de Propriedade e a Transmissão da Propriedade nos Contratos de Compra e Venda.....	10
4. Natureza Jurídica da Reserva de Propriedade	12
4.1. Tese da <i>Condição Suspensiva</i>	12
4.2. A Tese da <i>Condição Resolutiva</i>	13
4.3. O Entendimento da Reserva de Propriedade como <i>Direito Real de Garantia</i>	13
4.4. Tese da <i>Expectativa Jurídica de Natureza Real</i>	14
4.5. Tese da <i>Venda com Efeito Translativo Diferido</i>	14
5. Regime Jurídico da Reserva de Propriedade	16
5.1. O Objeto do Negócio	16
5.2. Pressupostos Gerais	16
5.2.1. Validade Formal	17
5.2.2. Validade Substancial	17
5.3. Dos Efeitos Jurídicos	18
5.3.1. A Oponibilidade do Pacto de Reserva de Propriedade a Terceiros	18
5.3.2. O Risco de Perecimento ou Deterioração da Coisa	19
5.4. Da Prescrição	20
6. Da Reserva de Propriedade a Favor de Terceiro	21
7. Avaliação Crítica.....	24
7.1. Da Interpretação Atualista do Art 409º	24
7.2. Da Nulidade do Negócio Jurídico.....	26
7.2.1. Por Violação de Norma Imperativa	26
7.2.2. Por Impossibilidade Legal	30
7.3. Da Sub-Rogação	32
7.4. Da Cessão da Posição Contratual	40
7.5. O Problema da Proibição do Pacto Comissório.....	46

8. Conclusão.....	48
Bibliografia.....	50
Jurisprudência.....	56

1. Introdução

O aumento exponencial das vendas financiadas por terceiro, associado a uma certa insatisfação com o leque de garantias existentes no nosso ordenamento jurídico, fez surgir na prática negocial hodierna uma nova forma, mais expedita, de o terceiro que financia a aquisição garantir o seu crédito com recurso ao instituto da reserva de propriedade.

A situação não suscitaria controvérsia se o financiador fosse, simultaneamente, alienante. Contudo, tornou-se comum, em sede negocial, a previsão de cláusulas contratuais que visam o aproveitamento da reserva de propriedade estabelecida sobre bens que nunca foram propriedade do financiador. Sendo que a admissibilidade deste desenvolvimento negocial tem suscitado na doutrina e na jurisprudência um longo e acoso debate, não se assemelhando, num horizonte próximo, solução que lhe venha a colocar termo.

Com o presente trabalho pretendemos agregar de forma sistemática as diferentes posições doutrinárias e jurisprudenciais que sobre a *atribuição da reserva de propriedade ao terceiro* se perfilham. Analisando, num momento posterior, a base teórico-dogmática sobre a qual se arquetam.

O presente trabalho levar-nos-á a percorrer diversos institutos do nosso ordenamento jurídico, assim como alguma legislação avulsa. Conscientes da amplitude de algumas questões circunscrevemos a nossa análise aos seus mais específicos e fulcrais elementos, aqueles que, em maior ou menor medida, contendem com a questão principal.

2. Referência Histórica ao Instituto da Reserva de Propriedade

No domínio do Direito Romano clássico¹, a transferência da *propriedade* tinha a sua origem na conjugação de um negócio causal válido com a *traditio*, entendendo-se que era totalmente oposto ao fim do contrato impedir perpetuamente a transferência da *propriedade*. Como forma de contornarem as dificuldades enunciadas, os juristas da época recorriam as mais das vezes à figura da condição, ainda que a sua eficácia retroativa a tornasse desadequada a uma transmissão diferida da *propriedade*².

O reconhecimento da reserva de propriedade como instituto autónomo surge apenas com a *Chursächsische Prozeßordnung* de 1622. Estabelecendo-se então que, na circunstância de reservar para si o domínio da coisa vendida, ao vendedor caberia o direito de ser pago à frente de todos os credores do comprador, sobre o bem vendido. Já no século XVIII, a reserva de propriedade veio a ser reconhecida no BGB, assumindo-se como uma necessidade do tráfego jurídico³.

Apesar de o pacto *reservati dominii* ser admitido nas Ordenações Filipinas, em Portugal, o recurso ao instituto da reserva de propriedade como *garantia* de um crédito é um fenómeno relativamente recente⁴. Em 1867, apesar de o Código de então não consagrar autonomamente o pacto de reserva de propriedade, era do entendimento geral a sua admissibilidade no ordenamento jurídico português. Contudo, a cláusula de reserva de propriedade só viria a ser positivada no CC de 1966, fruto das sugestões de VAZ SERRA e GALVÃO TELLES⁵.

¹ Zimmermann (1993, 276).

² Leitão (2012, 223).

³ Leitão (2012, 223).

⁴ Costa (2014, 291).

⁵ Campos (2013, 37).

3. A Reserva de Propriedade e a Transmissão da Propriedade nos Contratos de Compra e Venda

O *princípio da consensualidade*, decorrente dos princípios jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII e acolhido entre nós por influência direta do CCF⁶, encontra previsão no 408º,1 do CC⁷, determinando que a “constituição ou transferência de direitos reais sobre coisa determinada dá-se por mero efeito do contrato”. Como salienta TELLES “Se se pretende constituir ou transferir um direito real, o contrato que se celebre produz esse efeito por si (...) independentemente de nova manifestação de vontade em tal sentido.”⁸ Assim sendo, nos contratos que importem a transferência ou constituição de *direitos reais*, o momento em que a *propriedade* se transfere é o momento da “perfeição negocial”, ou seja, da conclusão do contrato⁹.

Destarte, por mero efeito de um contrato de compra e venda, o vendedor deixa imediatamente de ser titular do bem, independentemente de receber ou não o preço. Já o comprador, torna-se efetivo titular do *direito de propriedade*, tenha ou não pago o preço convencionado, podendo, nomeada e legitimamente, voltar a alienar o mesmo bem a um terceiro. A transmissão da *propriedade* opera-se imediatamente, sem necessidade de registo ou tradição da coisa em causa¹⁰. É assim manifesta a fragilidade da posição do alienante que, privado de um *instrumento de garantia* que o salvasse de um eventual incumprimento do comprador, apenas poderá recorrer à comum reclamação de créditos, digladiando-se com os demais credores daquele, na incerteza do resultado final¹¹.

A equação complica-se nas vendas a prestações¹² já que o art 886º determina que, operada a transmissão da *propriedade* da coisa “e feita a sua entrega, o vendedor não pode (...) resolver o contrato por falta de pagamento do preço.” Assim, salienta COSTA que “após a transferência da posse da coisa vendida, somente é possível ao vendedor assegurar a propriedade dela, com

⁶ Arts 1136º, 1138º e 1583º do CCF (Costa, 2014, 290).

⁷ Doravante, preceitos desacompanhados da respetiva referência legal pertencem ao CC.

⁸ Telles (2010, 7ª ed, 82-83).

⁹ Hörster (2009, 455).

¹⁰ Situação diversa da prevista no direito Espanhol (Vázquez, 1990, 29).

¹¹ Sempre dependente da condição patrimonial do comprador (Arts 601º e 604º).

¹² Bastos (1988, 193).

base no não recebimento do preço, se convencionou uma cláusula de reserva de domínio ou de reserva de resolução do contrato”¹³.

Contudo, o *princípio da consensualidade*, apesar de constituir a regra nos contratos de alienação de coisa determinada, conhece exceções, podendo as partes, ao abrigo da liberdade contratual, determinar que o efeito real resultante do contrato seja diferido para um momento posterior ao da sua celebração¹⁴. Assim acontece com o *pactum reservati dominii*¹⁵, previsto no art 409º, permitindo 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.” A cláusula de reserva de propriedade permite às partes adiar a transferência da *propriedade* para um momento diverso do da conclusão do contato, condicionando a sua realização à observância do evento, que consideram essencial à eficácia plena do contrato¹⁶. O instituto da reserva de propriedade assume-se assim como meio efetivo de *garantia* contra um eventual incumprimento por parte do adquirente¹⁷, já que, até à verificação do evento para o qual propende a transmissão da *propriedade* do bem, mantém o alienante a *propriedade* do mesmo¹⁸.

¹³ Costa (2014, 298).

¹⁴ Sottomayor (2010, 191).

¹⁵ Neto (2015, 371).

¹⁶ V.g. pagamento integral do preço (Leitão, 2012, 224).

¹⁷ No entanto, esta garantia encontra-se restringida pelo art 934º, preceito estabelecido em claro *favor debitoris*. Só podendo o vendedor resolver o contrato e requerer a restituição do bem (e a respetiva indemnização) na circunstância de o comprador incumprir duas ou mais prestações ou apenas uma prestação que exceda a oitava parte do preço (restituídas que sejam as prestações recebidas) (Proença, 2011, 347). Da necessidade da interpelação admonitória Ac STJ 28/6/2007 (PEREIRA DA SILVA).

¹⁸ Cordeiro, (1991, 39).

4. Natureza Jurídica da Reserva de Propriedade

Questão controversa e relevante pelas implicações práticas e teóricas é a da determinação da natureza jurídica da reserva de propriedade. Entre nós, alinham-se diversos entendimentos, atentemos os mais relevantes.

4.1. Tese da *Condição Suspensiva*

Sustentada pela maioria da doutrina¹⁹ e da jurisprudência nacionais²⁰, a presente tese considera que a plena eficácia do contrato fica subordinada à verificação de um acontecimento futuro e incerto – V.g. o pagamento do preço²¹. Destarte, o vendedor, na pendência da condição, continua a ser o proprietário da coisa, cabendo ao comprador apenas uma *mera expectativa de aquisição futura* daquela²². A presente tese encontra acolhimento na possibilidade de constituição do *direito de propriedade sob condição* – art 1307²³.

A construção doutrinal em Portugal alicerçou-se nas obras e escritos de autores alemães, para os quais a tese da *condição suspensiva* é, maioritariamente, o caminho a seguir. Encontrando fundamento no § 449 do BGB que, em caso de dúvida, estabelece que a *propriedade* fica sujeita a *condição suspensiva* de o preço ser pago²⁴.

¹⁹ Costa (2014, 297), Martinez (2014, 36), Telles (2010, 7ª ed, 83) e Neto (2015, 371).

²⁰ Acs STJ 10/7/2008 (BERNARDINO), 12/7/2011 (CALEJO), Ac RP 29/4/2013 (COSTA), Ac RL 18/2/2014 (GOMES).

²¹ O presente entendimento não é de todo em todo pacífico. Cristas/Gouveia/Neves, (2001, 60), entendem que o regime da condição se refere apenas a “condições “totais”, ou seja, (...) o regime dos artigos 270º e seguintes não está pensado para situações em que apenas algum ou alguns efeitos do negócio ficam dependentes da condição” – situação que se verifica na reserva de propriedade, em que apenas o efeito jurídico da transmissão da *propriedade* fica suspenso. O que faria com que alguns dos efeitos resultantes da verificação da condição não fossem aplicados – V.g. a retroatividade. Também Sottomayor (2010, 188) questiona a amplitude da tese em consideração, pois não refere se a condição é total ou parcial (se suspende apenas a transmissão da *propriedade* ou a totalidade dos efeitos do contrato). Todavia, mesmo que se aplicasse por analogia o regime da *condição suspensiva*, para a Autora ter-se-ia de aceitar que a retroatividade dos efeitos da condição - art 276º - encontrar-se-ia na livre disposição das partes. Por outro lado, Campos (2013, 252), considera que a obrigação de pagamento do preço não pode ser tida como um acontecimento futuro e incerto (uma vez que, voluntária ou coercivamente, verificar-se-á).

A tese da *condição suspensiva* também suscita divergências no seio da doutrina italiana. Como nota Bianca (1993, UTET, 107) “Contro il richiamo alla condizione si è obiettato che il pagamento del prezzo rappresenta l'andempimento di una delle prestazione principali della vendita.”

²² Leitão (2012, 233).

²³ Ascensão (2003, 358).

²⁴ Flume, *Die Rechtsstellung des vorbehaltskäufer*, AcP, 161º, 1962, 388 *Apud* Campos (2013, 246).

A tese da *condição suspensiva* foi acolhida numa grande diversidade de ordenamentos jurídicos. Assim acontece no ordenamento jurídico espanhol²⁵ e italiano²⁶.

4.2. A Tese da *Condição Resolutiva*

Apesar de não encontrar grande eco na doutrina e jurisprudência nacionais, a presente tese tem seguidores em Portugal²⁷. Afirmam os seus correligionários que, na venda com reserva de propriedade, a *propriedade* se transmite efetivamente para o comprador no momento da conclusão do contrato, encontrando-se todavia *resolutivamente condicionada* ao pagamento do preço devido. Assim, a função de *garantia* do instituto da reserva de propriedade, revelar-se-ia nos casos de incumprimento, pela possibilidade de o vendedor resolver o contrato e retroativamente haver para si a *propriedade* condicionalmente alienada²⁸.

A presente tese encontrou alguma expressão nas doutrinas italiana e alemã apesar dos numerosos reparos, desde logo, a circunstância de a letra da lei referir expressamente que a *propriedade* se transmite num momento posterior ao da conclusão do contrato²⁹. Contudo, sublinha PINHEIRO que só esta tese consegue justificar a circunstância de os riscos e poderes inerentes ao *direito de propriedade* serem suportados e exercidos pelo comprador³⁰.

4.3. O Entendimento da Reserva de Propriedade como *Direito Real de Garantia*

Com epicentro no direito germânico, estabelece que na venda com reserva de propriedade o comprador é já titular de um *direito de propriedade*, sendo reconhecido ao vendedor um *direito de penhor sem posse* sobre a coisa, que se extinguirá no momento do pagamento do preço³¹. Assim, para BLOMEYER, a reserva de propriedade deve ser equiparada ao direito de penhor, apesar de existirem algumas diferenças entre os dois institutos³².

²⁵ Cañizares (2013, 23).

²⁶ Bianca (1993, UTET, 585), Tartufari, *Della vendita e del riporto*, 5ª Edição, Torino, UTET, 1925, 229 *Apud* Greco/Cottino (1981, 432).

²⁷ Gonçalves (1925, 475 ss) defendeu a presente posição na vigência do Código de Seabra, nos casos em que a coisa é entregue ao adquirente antes do pagamento do preço.

²⁸ Pinheiro (2006, 59).

²⁹ Sobre esta questão, Bianca (1993, UTET, 587).

³⁰ Pinheiro (2006, 59).

³¹ Campos (2013, 267).

³² *Die Rechtsstellung des Vorbehaltsverkäufers*, AcP, 162º, 1963, 193 ss *Apud* Campos (2013, 267).

Esta tese foi em parte acompanhada por PINHEIRO³³ e DUARTE. Entendendo este último que, apesar dos vários problemas jurídico-reais que se levantam, na reserva de propriedade, opera-se uma partilha do *direito de propriedade*, sendo o alienante titular de *direito real de garantia*³⁴.

4.4. Tese da *Expectativa Jurídica de Natureza Real*

Sobre a natureza da reserva de propriedade, LEITÃO entende que o comprador é titular de um *direito de expectativa*, que consubstancia um *direito absoluto*, em certa medida semelhante à *propriedade*, traduzindo-se num *pré-estadio* da mesma; revestindo a posição do vendedor, atendendo à conservação da *propriedade*, a natureza de uma *garantia*³⁵⁻³⁶.

Considerando a reserva de propriedade como uma forma especial de compra e venda, PERALTA defende que o comprador é titular de uma *expectativa jurídica de natureza real*, qualificando-a como *direito real de aquisição*³⁷.

4.5. Tese da *Venda com Efeito Translativo Diferido*

Determina o presente entendimento que, nos casos de venda com reserva de propriedade, o efeito translativo decorrente da celebração do contrato é diferido, ficando dependente do pagamento do preço³⁸. Todavia, no período que medeia entre a celebração do contrato e a consumação do efeito translativo da *propriedade*, o comprador é titular de uma *posição jurídica específica*, diversa da titularidade da *propriedade* mas com *carácter real*³⁹.

Entre nós, SOTTOMAYOR e CAMPOS consideram ser esta a tese que melhor explica a figura da reserva de propriedade.

CAMPOS, arquitetando pensamento nas considerações de LEITÃO, considera a reserva de propriedade uma figura jurídica *sui generis*, na qual é possível descortinar no período que medeia entre a celebração do contrato e a transferência da *propriedade*, manifestações de carácter real e obrigacional nas posições das partes. Assim, o vendedor é titular de um direito

³³ Pinheiro (2006, 59).

³⁴ Duarte (2013, 308).

³⁵ Leitão (2014, 61).

³⁶ Veja-se ainda Vasconcelos (2013, 421).

³⁷ Peralta (1990, 165 ss).

³⁸ Greco/Cottino (1981, 433).

³⁹ Greco/Cottino (1981, 433-434), Campos (2013, 271). A natureza desse direito é objeto de querela doutrinal em Itália (Bianca, 1993, UTET, 586-587).

real diferente da *propriedade plena*, situado entre esta e o *direito real de garantia* (a *propriedade reservada*); já o comprador, além de contraparte no contrato, é titular de um *direito pessoal de gozo* e de uma *expectativa jurídica* fortemente tutelada, situada entre a *expectativa real de aquisição* e a *propriedade plena* - um pré-estadio desta (designada, *expectativa real de aquisição*)⁴⁰.

⁴⁰ Campos (2013, 295, 317, 381). Ver ainda o Ac STJ 30/9/2014 (SOTTOMAYOR).

5. Regime Jurídico da Reserva de Propriedade

5.1. O Objeto do Negócio

O art 409º CC, ao referir-se à “propriedade da coisa”, parece excluir a aplicação da cláusula de reserva de propriedade a contratos de alienação⁴¹ que tenham por objeto direitos diversos do de *propriedade*. A este argumento, aduz-se um outro, a circunstância de a cláusula ser aposta a contratos que visam a “aquisição da plena *in re potestas* por parte do comprador”⁴².

Contudo, CAMPOS entende que o contrato de compra e venda com reserva de propriedade pode ter por objeto direitos diversos da *propriedade*, como *direitos reais menores* (V.g. usufruto), *partes sociais*, *valores mobiliários*, o *estabelecimento comercial*, até mesmo, *direitos de crédito*⁴³.

A extensão da norma do art 409º, ao prever como objeto da reserva de propriedade os *bens imóveis ou móveis, sujeitos ou não a registo*⁴⁴, não tem paralelo em jurisdições próximas da nossa. Veja-se o § 449 do BGB, que apenas prevê o contrato de compra e venda com reserva de propriedade para negócios que tenham por objeto a alienação de coisas móveis⁴⁵. Em Itália, apesar de a norma sobre a reserva de propriedade se incluir na secção relativa à venda de móveis, a doutrina maioritária entendeu estendê-la aos bens imóveis⁴⁶.

5.2. Pressupostos Gerais

Tratando-se de um contrato de compra e venda ao qual é aposta uma cláusula de reserva de propriedade, torna-se claro que o *acordo das partes* em relação a esta é “condição” necessária e essencial à sua validade. Assim como essencial se apresenta o momento em que o referido acordo deverá ter lugar, sendo considerado momento oportuno a contemporaneidade à celebração do contrato⁴⁷.

⁴¹ No sentido de poderem ser objeto de pacto de reserva de propriedade, para além dos contratos de compra e venda, os contratos de doação, dação em cumprimento e permuta (Vasconcelos, 2013, 422). Sobre a questão na jurisprudência Ac UJSTJ nº10/2008 de 9/10/2008.

⁴² Campos (2013, 96).

⁴³ Neste sentido, Vasconcelos (2013, 421) e Campos (2013, 96).

⁴⁴ Leitão (2012, 227).

⁴⁵ Rolf Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, Band I, Der Einfache Eigentumsvorbehalt, Heidelberg, Recht und Wirtschaft, 1963, 98 ss *Apud* Campos (2013, 96).

⁴⁶ Bianca (1993, UTET, 107).

⁴⁷ Não faz sentido que o acordo tenha lugar num momento posterior à celebração do contrato de compra e venda, uma vez que, neste caso, a *propriedade* já foi transmitida. (Pinheiro, 2006, 14).

5.2.1. Validade Formal

Quanto à forma do negócio de alienação com reserva de propriedade a nossa lei não faz qualquer exigência especial, devendo, em obediência ao *princípio da equiparação*, aplicar-se as regras vigentes para o negócio principal do qual a cláusula é acessória⁴⁸.

Assim, estando em causa *coisas móveis* e não se exigindo forma específica para este tipo de contrato, aplicar-se-á o *princípio da liberdade de forma* - art 219º. A redução a escrito da cláusula, nestes casos, compreende-se num contexto de diligência, facilitando a prova da sua existência e, ou, prevenindo-se uma eventual situação de insolvência⁴⁹. Como salienta EPIFÂNIO nos casos de “alienação de coisa determinada (...) a cláusula de reserva de propriedade só é oponível à massa no caso de ter sido estipulada por escrito, até ao momento da entrega da coisa”⁵⁰.

Na alienação de *coisas imóveis* com reserva de propriedade, a situação é diversa. Como dispõe o art 875º, “o contrato de compra e venda de bens imóveis só é válido se for celebrado por escritura pública ou por documento particular autenticado”. Devendo a cláusula de reserva de propriedade acompanhar a forma estabelecida para este tipo de contratos⁵¹.

Não confundir a exigência de forma que apenas se observa nos contratos de alienação de *bens imóveis*, com o requisito de eficácia previsto no 409º,2. Aqui, está em causa a oponibilidade a terceiros da cláusula de reserva de propriedade, quando tenha por objeto *bens imóveis* ou *móveis sujeitos a registo*⁵².

5.2.2. Validade Substancial

Salvo os limites gerais, às partes é reconhecida a liberdade de fixação de conteúdo no contrato com reserva de propriedade. A própria formulação ampla do art 409º, referindo-se ao “evento” como condicionante da transferência da *propriedade*, permite às partes considerar o que melhor lhes aprouver⁵³ - *princípio da liberdade contratual*, arts. 405º e 406º⁵⁴.

⁴⁸ Martinez (2014, 39).

⁴⁹ Leitão (2012, 227).

⁵⁰ Epifânio (2014, 182).

⁵¹ Campos (2013, 110).

⁵² Leitão (2012, 227-228), Varela (2015, 376).

⁵³ Vasconcelos (2013, 421).

⁵⁴ Höster (2009, 59). Que compreende as liberdades de celebração, conclusão de contratos e de fixação do seu conteúdo.

5.3. Dos Efeitos Jurídicos

A aposição da cláusula de reserva de propriedade a um contrato de compra e venda cristaliza um dos principais efeitos jurídicos que da sua celebração decorre, a saber, a transferência da *propriedade*, que só se verificará num momento ulterior. Contudo, o contrato não fica assintomático, produzindo os restantes efeitos jurídicos – V.g. a obrigação de pagamento do preço e a obrigação de entrega da coisa⁵⁵. O contrato assim celebrado atribui ao comprador o direito de receber, usar e fruir da coisa, como se fosse o seu efetivo proprietário. Já o vendedor tem o direito de haver para si o preço convencionado, sendo este direito de crédito acautelado pela reserva da propriedade⁵⁶.

5.3.1. A Oponibilidade do Pacto de Reserva de Propriedade a Terceiros

5.3.1.1. *Bens Imóveis ou Móveis Sujeitos a Registo*

Relativamente aos *bens imóveis* ou *móveis sujeitos a registo*, determina o art 409º,2 CC que “só a cláusula constante de registo é oponível a terceiros”⁵⁷. Este ónus assume uma relevância fulcral, pois um ato não registado, apesar de plenamente válido e eficaz entre as partes, apenas pode ser invocado contra terceiros a partir do momento em que se dê a efetiva publicidade, operada pelo respetivo registo (meramente declarativo⁵⁸)⁵⁹.

5.3.1.2. *Bens Móveis não Sujeitos a Registo*

Relativamente às *coisas móveis não sujeitas a registo*, tem a doutrina entendido que a reserva de propriedade vale mesmo em relação a terceiros⁶⁰. Apoiando-se num argumento *a contrario sensu*, retirado do art 409º,2⁶¹.

Contudo, num sistema de publicidade escasso e impreciso como o das *coisas móveis não sujeitas a registo*, terceiros adquirentes ou credores do vendedor ou do comprador, podem

⁵⁵ Pinheiro (2006, 14).

⁵⁶ Campos (2013, 122).

⁵⁷ A este propósito, Telles (2010, 7ª ed, 84).

⁵⁸ Sottomayor (2010, 223).

⁵⁹ Fernandes, (2009, 132).

⁶⁰ O comprador pode dispor da coisa que haja adquirido sob reserva de propriedade, desde que o faça nessa condição, não prejudicando os direitos do vendedor, já que a coisa se mantém adstrita à garantia do seu crédito. Situação diversa é a sua alienação, pelo comprador, como seu efetivo proprietário (Varela, 2011, 84).

⁶¹ Costa (2014, 298). Ver Ac STJ 9/10/1986 (VIANA).

ser induzidos em erro, resultado de uma situação de aparência que poderá não ter reflexo com a realidade⁶².

No direito alemão, apesar da ausência de regulamentação específica, a tutela do terceiro credor ou adquirente de boa-fé resulta das normas gerais dos parágrafos § 932 e § 1006 do BGB, que consideram válidas as aquisições de boa-fé a *non domino* e a presunção de que o possuidor da coisa é o seu proprietário⁶³.

5.3.2. O Risco de Perecimento ou Deterioração da Coisa

Também a questão do *risco de perecimento ou deterioração* da coisa, nos casos de venda com reserva de propriedade, em que a coisa é entregue ao comprador, é objeto de divergência na doutrina nacional.

“A resposta mais direta parece ser a de, associando a propriedade ao risco nos termos do art. 796.º n.º1, fazê-lo correr por conta do vendedor, o proprietário. Esta conclusão seria ainda amparada pelo disposto no art 796.º n.º 3, segunda parte, nos termos do qual, se estivermos face a uma condição suspensiva “o risco corre por conta do alienante durante a pendência da condição.””⁶⁴

A solução é contestada por diversos Autores.

AURELIANO entende que a solução para a questão do risco deverá ser retirada do art 796º,2. Assim, apesar de não se ter transferido o direito real sobre a coisa, a sua entrega ao adquirente, visando a satisfação do seu interesse de utilização imediata da coisa, determina que o *risco de perecimento ou deterioração* da coisa, corra por sua conta⁶⁵.

Diversamente, para OLIVEIRA o art 796º,3 contém uma lacuna oculta, uma vez que, a segunda parte da norma, abrange os casos de entrega da coisa ao comprador e não os devia prever. Deve assim proceder-se a uma redução teleológica da norma, permitindo-se que os casos de venda com reserva de *propriedade* e os contratos aos quais seja aposta *condição suspensiva*, com entrega da coisa ao comprador, sejam subtraídos ao regime gravoso do nº3⁶⁶.

⁶² Neste sentido, Martinez (2014, 38).

⁶³ Dieter Medicus, *Bürgerliches Recht*, 19ª Edição, Munchen, Verlag, 2002, 366 ss *Apud* Campos (2013, 132).

⁶⁴ Vasconcelos (2013, 432). Ver ainda o Autor, sobre a possibilidade de as partes preverem solução diversa.

⁶⁵ Aureliano (2009, 351-352). Neste sentido, Bastos (1988, 198).

⁶⁶ Oliveira (2008, 65 ss).

Já LEITÃO considera que a solução que onera o vendedor com o *risco de perecimento ou deterioração da coisa* alienada com reserva de propriedade é inaceitável. O risco deve correr por conta de quem beneficia do direito, assim “a partir da entrega é por conta do comprador que o risco deve correr, não ficando este desonerado do pagamento do preço em caso de perda ou deterioração fortuita da coisa”⁶⁷. Entendimento partilhado por MARTINEZ e PINHEIRO⁶⁸.

TELLES entende que o nosso Direito, a partir de 1867, se afastou da tradição romana, segundo a qual “o risco se deslocava para o comprador pelo mero facto da celebração do contrato.” Agora a deslocação do risco ocorre com a “efetiva aquisição do domínio”⁶⁹ - *Princípio do res suo domino perit*. Assim, nas vendas com reserva de domínio, nas quais se observe a sequência “contrato, entrega, transmissão da propriedade”, tornando-se o comprador detentor da coisa antes de ser o seu efetivo proprietário, o risco dever-se-ia deslocar para este, a partir do momento em que o alienante lhe entregasse o bem⁷⁰.

Para VASCONCELOS o art 796º,3 deve ser interpretado em consonância com a sua letra. Ou seja, regula o negócio de alienação sob *condição suspensiva* em que a coisa não tenha sido entregue ao adquirente, compatibilizando-se com o regime da *condição resolutiva* ali também previsto. Se se entender que a venda com reserva de propriedade assume a natureza de *condição suspensiva*, sendo entregue a coisa, o regime aplicável será outro que não o do art 796º,3. Solução a que chega considerando as valorações globais do art 796º⁷¹.

5.4. Da Prescrição

Quanto à questão da prescrição, prevê o art 304º que, se o crédito do preço prescreve, “pode o vendedor, não obstante a prescrição, exigir a restituição da coisa quando o preço não seja pago.” Assim, assinala PINHEIRO, pode o vendedor exigir a restituição da coisa apesar de prescrito o seu crédito, uma vez que aquele continua a ser seu proprietário⁷².

⁶⁷ Leitão (2012, 229). Ver ainda Ac RP 29/4/2013 (COSTA).

⁶⁸ Pinheiro (2006, 30), Martinez (2014, 41-42).

⁶⁹ Telles (2010, 7ª ed, 472).

⁷⁰ Telles (2010, 7ª ed, 473).

⁷¹ Vasconcelos (2013, 434).

⁷² Pinheiro (2006, 33).

6. Da Reserva de Propriedade a Favor de Terceiro

Numa breve análise a ordenamentos jurídicos próximos do nosso, a questão da *atribuição da reserva de propriedade ao financiador*, encontra, por vezes, regulação legal. Assim sucede na Alemanha, prevendo o § 449, III do BGB, a nulidade da reserva de propriedade a favor de outrem que não o vendedor⁷³.

Entre nós, LEITÃO nega, desde logo, a “possibilidade de atribuir a reserva de propriedade ao financiador, uma vez que este não é o alienante, pelo que não pode reservar uma propriedade de que nunca foi titular.”⁷⁴ Visão partilhada por MORAIS para quem “o financiador nunca foi proprietário da coisa. Nunca a adquiriu para revender. Nem a alienou. Portanto, nunca o objecto passou pelas suas mãos”⁷⁵.

Também PROENÇA entende que “a redacção dada ao art. 409º, não favorece uma resposta positiva, sabendo-se que o financiador não é o proprietário do bem, nem é o alienante, como é exigido pelo teor do preceito.”⁷⁶ A própria intencionalidade subjacente ao aproveitamento da cláusula de reserva de propriedade pelo financiador encontra-se inquinada, não visando este “assegurar uma possível restituição do bem (...) **mas com o desiderato atípico de tutelar o pagamento do crédito concedido ao comprador.**”⁷⁷ O que, salienta MORAIS é igualmente realizável recorrendo-se a outras *garantias* previstas no nosso ordenamento jurídico⁷⁸.

Observa PROENÇA que “o desiderato da financiadora pode levar à constituição *contra legem* (tendo em conta o disposto no nº2 do artigo 604º) de uma garantia singular e ultra-protectora, dissimulando, mesmo, um verdadeiro pacto comissório.” O Autor parece admitir o recurso à cessão da posição contratual, como forma de contornar alguns obstáculos que a *atribuição da reserva de propriedade ao financiador* suscita – V.g. o exercício do direito de resolução pelo financiador⁷⁹.

⁷³ Leitão (2012, 226).

⁷⁴ Leitão (2012, 226).

⁷⁵ Morais (2007, 306). Neste sentido Ac STJ 31/3/2011 (RODRIGUES).

⁷⁶ Proença (2011, 349).

⁷⁷ Proença (2011, 349).

⁷⁸ Morais (2004, 52).

⁷⁹ Proença (2011, 350).

Coloca-se assim acento no elemento subjetivo do instituto da reserva de propriedade, confinando-o à figura do proprietário da coisa que pretenda garantir o seu crédito em razão da alienação⁸⁰.

PIRES considera que o texto do art 409º se encontra intimamente ligado ao contrato translativo e, em consequência, à faculdade adstrita ao alienante de resolver o contrato em causa. Contudo, a Autora considera que, nos casos em que exista um inequívoco acordo prévio de uma reserva de propriedade a favor do financiador, poder-se-á suscitar a questão da sub-rogação deste, nos direitos do vendedor perante o comprador. Todavia, admitindo que a reserva de propriedade é transmissível em conformidade com o *princípio da autonomia privada*, considera que a necessária resolução do contrato, só poderá ser operada no domínio da cessão da posição contratual⁸¹.

Já DUARTE entende que a reserva de propriedade em si mesmo considerada não é transmissível com recurso ao instituto da sub-rogação por *impossibilidade legal* nos termos do art 280º. Para o Autor a reserva de propriedade assume a natureza de cláusula contratual, não gerando um direito diverso da *propriedade*, passível de ser transmitido⁸².

Com outro fundamento - mas reconduzindo cláusula que preveja a *atribuição da reserva de propriedade ao financiador* à nulidade por *impossibilidade legal*, nos termos do art 280º - uma fração da doutrina⁸³ e da jurisprudência considera que “o mutuante não pode reservar para si o direito de propriedade sobre esse bem, pela simples razão que não é seu titular, sendo juridicamente impossível que alguém reserve um direito de propriedade que não tem”⁸⁴.

MORAIS invoca ainda o regime contido DL nº 359/91 de 21/9 (agora DL nº 133/2009 de 2/6), em especial, o regime vertido no art 12º do referido diploma que, para o Autor, visa a proteção do beneficiário do crédito, não tendo por escopo a proteção dos interesses do financiador⁸⁵. Concluindo que, uma cláusula “*em que o financiador reserva para si a propriedade de uma*

⁸⁰ Ventura (1983, 606).

⁸¹ Pires (2010, 165).

⁸² Duarte (1992, 49 ss)

⁸³ Ferreira (2009, 34).

⁸⁴ Ac RP 15/1/2007 (MARIANO). Neste sentido Ac RE 26/12/2015 (MENDES).

⁸⁵ Morais (2007, 307).

*coisa alienada pelo vendedor, porque contrária a uma disposição de natureza imperativa, é assim nula, nos termos do artigo 294º do CC*⁸⁶ e, em consequência, opera-se a “transmissão da propriedade da coisa - do vendedor para o comprador/consumidor (...) automaticamente com a celebração” do contrato⁸⁷.

Do outro lado do espectro temos CAMPOS, para quem a reserva de propriedade não é uma mera cláusula contratual. Considera a Autora que “tendo-se convencionado num contrato de compra e venda financiada por terceira entidade, a reserva de propriedade garante não o preço devido pela aquisição mas o montante do crédito concedido no quadro da mesma”. Sendo possível com recurso à “figura da sub-rogação (...) transmitir a reserva de propriedade para o financiador que adiante o pagamento do preço necessário à aquisição.” Permitindo-se assim ao financiador, no caso de inadimplemento do contrato de mútuo pelo comprador, proceder à resolução do mesmo, recuperando a coisa alienada pelo vendedor ou exigir o cumprimento coercivo das quantias em falta⁸⁸.

Primando por uma interpretação atualista do art 409º, MOTA PINTO/MONTEIRO defendem que o objetivo primordial da reserva de propriedade é a atribuição de uma posição privilegiada ao credor que dela beneficia - independentemente de ser ou não o alienante. O que permite a extensão da cláusula de reserva de propriedade ao terceiro financiador, por necessidade de tutela do crédito, no contrato de mútuo celebrado com o comprador. Outra interpretação do art 409º que restrinja o seu âmbito de aplicação apenas ao alienante esvaziará, segundo o Autor, o sentido prático do instituto da reserva de propriedade⁸⁹.

⁸⁶ Morais (2004, 52).

⁸⁷ Morais (2007, 309). Neste sentido Ac STJ 12/7/2011 (CALEJO)

⁸⁸ Campos (2013, 382).

⁸⁹ Mota Pinto/ Monteiro (2012, 66).

7. Apreciação Crítica

Cumpra agora analisar os diversos entendimentos que, sobre a questão da *atribuição da reserva de propriedade ao financiador*, se expuseram.

7.1. Da Interpretação Atualista do Art 409º

No que concerne à problemática da interpretação dos preceitos legais, o art 9º do nosso CC assumiu uma solução de compromisso entre a *doutrina subjetivista* e a *doutrina objetivista*⁹⁰. Assim, prescreve o preceito em análise que a atividade interpretativa não deve cingir-se à letra da lei, mas deve a partir dela deve reconstruir o pensamento legislativo. Como afirma MACHADO “(o enunciado linguístico) é (...) o *ponto de partida* [exercendo também] a função de um *limite*, nos termos do art. 9º,2” não podendo ser considerado de entre os possíveis sentidos da lei aquele pensamento legislativo que nela não encontre um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso⁹¹. Este limite, no dizer de CORDEIRO, permite fixar “pelo menos, a fronteira entre a interpretação e a interpretação criativa”⁹².

São ainda fatores determinantes para a atividade interpretativa, para além da unidade do sistema jurídico, as circunstâncias em que a lei foi elaborada e as condições específicas do tempo em que é aplicada⁹³. Assim, por um lado, dever-se-á atender àquilo que tradicionalmente se designa por *occasio legis*, ou seja, “o conjunto de circunstâncias existentes, aquando da feitura da lei e que, pela ordem natural das coisas, terão condicionado a sua elaboração ou interferido nela.”⁹⁴ Por outro lado, a adesão expressa do nosso legislador, ao *atualismo*⁹⁵, implica que a atividade interpretativa nunca pode descurar as “circunstâncias vigentes ao tempo em que a lei é aplicada”⁹⁶. Assim, com NEVES, dever-se-á considerar na atividade interpretativa as exigências do sistema e os seus fundamentos dogmáticos, sem nunca os encerrar “numa auto-suficiência [que implique] também a auto-subsistência de uma hermenêutica explicitante [abrindo-os antes] a uma intencionalidade materialmente

⁹⁰ Lima/Varela (2010, *Vol. I*, 58).

⁹¹ Machado (2014, 188-189).

⁹² Cordeiro (2012, 689).

⁹³ Bastos (1987, 38-39).

⁹⁴ Cordeiro (2012, 709).

⁹⁵ Lima/Varela (2010, *Vol. I*, 58). Sem descurar o recurso aos elementos históricos.

⁹⁶ Machado (2014, 190).

normativa que (...) se oriente decerto por aquelas mediações dogmáticas, mas que ao mesmo tempo as problematize e as reconstitua pela sua experimentação concretizadora”⁹⁷.

Ensina MACHADO que, para se desvendar o verdadeiro sentido e alcance dos textos legais, dever-se-á lançar mão de alguns fatores hermenêuticos, a saber: o *elemento gramatical* e o *elemento lógico* – que compreende os elementos: *racional* (ou teleológico), *sistemático* e o *histórico*⁹⁸. Note-se com CORDEIRO que a utilização conjunta destes elementos interpretativos pressupõe o não estabelecimento de uma hierarquia⁹⁹.

Uma interpretação que se cinja ao *elemento gramatical* pode, de facto, excluir perentoriamente qualquer tentativa de reconduzir o instituto da reserva de propriedade à figura de um terceiro – financiador. O texto neste sentido seria claro: o alienante, enquanto proprietário, surgiria como o único sujeito verdadeiramente legitimado a constituir a reserva de propriedade e a dela poder beneficiar. Todavia, o enunciado linguístico “é apenas um significante, portador de um sentido”¹⁰⁰.

Não temos dúvidas que o pensamento legislativo aquando da redação do art 409º se prendia com a salvaguarda dos interesses do vendedor, num momento histórico em que a venda com fracionamento de preço fazia recair sobre este o risco de um eventual inadimplemento¹⁰¹.

Agora, volvidas quase cinco décadas sobre a formulação do preceito – com génese num claro *favor creditoris* - e num contexto socioeconómico totalmente distinto, em que o risco de incumprimento num contrato de alienação com fracionamento de preço migrou da esfera jurídica do alienante para a esfera jurídica de um terceiro que financia a aquisição do comprador, afigura-se impertinente uma interpretação que, considerando “as circunstâncias vigentes ao tempo em que a lei é aplicada”, permita a esse terceiro beneficiar do regime da reserva de propriedade, inicialmente previsto para salvaguardar o alienante?¹⁰²

Uma interpretação que admitisse este aproveitamento da cláusula de reserva de propriedade pelo terceiro, acompanharia a amplitude do art 409º que, ao prever a possibilidade de o

⁹⁷ Neves (2013, 123).

⁹⁸ Machado (2014, 181).

⁹⁹ Cordeiro (2012, 682).

¹⁰⁰ Machado (2014, 182).

¹⁰¹ Em sentido diverso, Morais (2004, 52).

¹⁰² Pronunciando-se pela negativa Ac RG 12/11/2013 (ALMEIDA).

alienante reservar para si a *propriedade* da coisa até à “verificação de um qualquer outro evento” é suscetível de incluir no vasto leque de opções equacionáveis, o pagamento da quantia mutualizada pelo financiador que viabilizou a aquisição do comprador - sendo agora aquele o verdadeiro credor do preço¹⁰³. Ajustando-se assim, “o próprio significado da norma à evolução entretanto sofrida (...) pelo ordenamento em cuja vida se integra”¹⁰⁴⁻¹⁰⁵.

O entendimento segundo o qual se considera extinta a reserva de propriedade com o pagamento integral do preço pelo financiador ao vendedor, ou, aquele outro que determina a consolidação plena da *propriedade* na esfera jurídica do comprador, sem que este tenha cumprido a obrigação de pagamento do preço, parece atentar contra a coerência lógico-valorativa do nosso ordenamento jurídico e adulterar invariavelmente a *ratio* subjacente ao instituto da reserva de propriedade.

7.2. Da Nulidade do Negócio Jurídico

7.2.1. Por Violação de Norma Imperativa

Outro argumento aduzido contra a *atribuição da reserva de propriedade ao financiador* tem a sua génese no art 12º do DL nº 359/91 de 21/9, cuja *ratio* visaria unicamente a proteção do consumidor e não do financiador. Assim, uma cláusula contratual que premiasse o financiador com a reserva de “propriedade de uma coisa alienada pelo vendedor [seria nula por] contrária a uma disposição de natureza imperativa, nos termos do art 294º do CC”¹⁰⁶.

O DL 359/91 de 21/9 foi revogado e substituído pelo DL 133/09 de 2/6, todavia, apesar desta alteração ao regime jurídico dos contratos de crédito ao consumo, não deixaremos, de analisar os argumentos acima expostos à luz do DL 359/91 de 21/9.

No direito temos “ordens, proibições e concessões, ou seja, disposições que nos dizem, respetivamente: “tu deves”, “tu não deves” e “tu podes.”” Quando a ordem jurídica *ordena* ou *proíbe*, fá-lo com recurso a *normas imperativas* que, no *primeiro* caso assumem a natureza

¹⁰³ Amplitude evidenciada por Autores como Sottomayor (2010, 189) e Ascensão (2003, 358). Veja-se ainda o Ac RL 10/2/2015 (MARCOS), que considera que a expressão “qualquer outro evento”, suscetível de incluir o pagamento das prestações de um contrato de mútuo ao financiador.

¹⁰⁴ Machado (2014, 191).

¹⁰⁵ Posição contrária pode ser encontrada no Ac STJ 2/10/2007 (RAMOS).

¹⁰⁶ Morais (2004, 52).

de *normas preceptivas* e no *segundo* caso, de *normas proibitivas*¹⁰⁷, não sendo possível contornar o seu regime através da liberdade contratual¹⁰⁸.

Cumpra-se a aferir qual a disposição imperativa violada, que determina a nulidade da cláusula que *atribua a reserva de propriedade ao financiador*.

Análise ao art 408º do CC. Como vimos *supra*, a doutrina considera como regra geral do direito português que a *propriedade* se transmita por mero efeito do contrato de compra e venda. Mesmo na eventualidade de a transferência de um direito real ser diferida para um momento posterior ao da celebração do contrato, seria sempre por efeito direto deste e não de um qualquer segundo ato de disposição que aquela se operaria¹⁰⁹.

Todavia, a doutrina não se pronuncia sobre a “natureza injuntiva ou supletiva das regras sobre as quais constrói esse sistema.”¹¹⁰ Entre nós, há quem não contorne a questão. Desde logo, SOTTOMAYOR para quem a regra da consensualidade, vertida no art 408º, não passa de uma mera afirmação teórica e dogmática, podendo ser derogada, não apenas nos casos previstos na lei, mas também por convenção das partes, em observância do *princípio da liberdade contratual*¹¹¹⁻¹¹².

Também CRISTAS considera que, apesar da sua enunciação como regra geral, o *princípio do consensualismo* conhece, entre nós, diversas exceções, sendo mesmo raro, o “número situações em que a transmissão do direito real não necessita de qualquer acto a acrescer ao contrato.”¹¹³ Assim, o *princípio da liberdade contratual*, a previsão do instituto da reserva de propriedade¹¹⁴ ou o próprio sistema de registo predial que, “assente no princípio de que o acto sujeito a registo só produz efeitos perante terceiros depois de registado (art. 5ºCRPr.)”¹¹⁵, são elementos suficientes para reconduzir o art 408º, que entre nós prevê o *princípio do consensualismo*, a uma norma jurídica com natureza marcadamente dispositiva¹¹⁶. Neste

¹⁰⁷ Machado (2014, 93-94).

¹⁰⁸ Hörster (2009, 61).

¹⁰⁹ Neste sentido, Ventura (1983, 592-593) e Martinez (2014, 25-36).

¹¹⁰ Cristas/Gouveia/Neves (2001, 54).

¹¹¹ Sottomayor (2010, 183 e 184).

¹¹² No mesmo sentido, Duarte (2013, 60).

¹¹³ Cristas (2005, 427).

¹¹⁴ Cristas/Gouveia/Neves (2001, 55).

¹¹⁵ Suscetível de “ser entendido como uma excepção ao consensualismo.” (Cristas, 2005, 429).

¹¹⁶ Cristas/Gouveia/Neves (2001, 61).

mesmo sentido, ALMEIDA repara que o elenco de exceções ao *princípio do consensualismo* é de tal forma vasto que a sua aplicação se circunscreve a casos cada vez menos frequentes, em que “nenhuma outra regra se aplica”¹¹⁷. PINHEIRO chega a afirmar que, em detrimento do *princípio da consensualidade*, a firmar-se uma regra, a mesma será a da colocação convencional do momento da transferência da *propriedade*¹¹⁸.

Note-se que o presente entendimento não é, de todo em todo, estranho aos ordenamentos jurídicos próximos do nosso. FERRARI dando como exemplo a prática jurídica francesa, belga e italiana entende que “le parti possono differire il prodursi dell'effetto translativo ad un momento successivo a quello della conclusione del contratto.”¹¹⁹⁻¹²⁰

Análise ao art 409º do CC. Assumirá este preceito natureza injuntiva? O art 409º ao atribuir às partes a faculdade de adiarem a produção do efeito real para um momento posterior ao da celebração do contrato, assume, naturalmente, *natureza dispositiva*¹²¹. Com ALMEIDA não se vislumbra qualquer interesse geral que contrarie a presente qualificação, sendo que a “circunstância de a prática jurídica portuguesa actual restringir a reserva de propriedade à função de garantia do vendedor não pode obscurecer nem contrariar a amplitude da norma permissiva”¹²²⁻¹²³.

Assim, na ausência de uma norma imperativa que limite a determinação contratual das partes, afirmar-se-á em pleno o *princípio da liberdade contratual* - art 405º.

Analisando a redação do art 12º do DL 359/91 de 21/9, alguns Autores descortinam até argumentos favoráveis à *atribuição da reserva de propriedade ao financiador*. Quando o preceito faz referência à validade do contrato de compra e venda, fazendo-a depender da validade do contrato de crédito, nos casos de venda financiada por terceiro que não o vendedor, parece admitir expressamente a marcada conexão e dependência entre o contrato

¹¹⁷ Almeida (2005, 9).

¹¹⁸ Pinheiro (2006, 16).

¹¹⁹ Ferrari (1994, 91).

¹²⁰ Entendimento partilhado por Bianca (1993, UTET, 107): “Che attraverso il negozio le parti possano disporre degli effetti giuridici e che tali effetti siano prodotti dal negozio, è una notazione che trova conferma pure dal pinto di vista della legge scritta. Questa legge, infatti, riserva ai privati una sfera de autonomia negoziale attraverso la previsione del contratto quale strumento che crea, modifica o estingue posizioni di diritto.”

¹²¹ Cristas (2005, 428).

¹²² Almeida (2005, 9).

¹²³ Note-se que não raras vezes encontramos na jurisprudência decisões que atribuem ao art 409º natureza imperativa. Neste sentido o Acs RC 17/12/2014 (NETO) e RC 14/02/2012 (MARTINS).

de compra e venda e o mútuo. Uma marcada conexão que se manifesta num vínculo de natureza económica, finalística e causal, sendo assim possível, recorrendo a uma interpretação atualista do art 409º, classificar a compra e venda financiada como um contrato de alienação¹²⁴. Aceite o presente entendimento, alega-se que tudo mais se reconduziria ao *princípio da autonomia privada*.

Esta conexão encontrar-se-ia ainda no art 12º,2 do referido diploma, ao prever a possibilidade de o consumidor demandar o credor (mutuante) em caso de incumprimento ou de cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda por parte do vendedor.

Salientamos neste contexto SOTTOMAYOR que, enquanto relatora do Ac do STJ de 30/9/2014, considerou que a “ordem jurídica não pode (...) ignorar que os dois contratos – o de compra e venda e o de financiamento – coexistem e estão interligados entre si, visando a consecução de uma finalidade económica comum: a facilitação do consumo com recurso ao crédito.”¹²⁵

Também o art 6º/3 al. f) do DL 359/91 de 21/9 constituía para alguns Autores um forte argumento a favor da *atribuição da reserva de propriedade ao financiador*. Previa-se então que o contrato de crédito que tivesse por objeto o financiamento da aquisição de bens ou serviços mediante pagamento em prestações deveria conter “o acordo sobre a reserva de propriedade”. Subentendendo-se assim que, a reserva de propriedade neste tipo de contratos poderia ser aproveitada pelo financiador, não estando adstrita, exclusivamente, ao alienante¹²⁶.

Note-se que a evolução legislativa operada pelo DL 133/09 de 2/6 continuou a colocar acento na íntima conexão e interdependência entre os contratos de alienação e os contratos de financiamento que possibilitam a celebração daqueles¹²⁷⁻¹²⁸. Acompanhando a tendência contemporânea para a celebração deste tipo de contratos.

¹²⁴ Morais (2004, 51-52), inviabilizando o nexo entre o contrato de mútuo e o de compra e venda, descarta o presente entendimento.

¹²⁵ Ac STJ 30/9/2014 (SOTTOMAYOR)

¹²⁶ Entendimento rejeitado por Morais (2004, 51) que, na esteira do Ac RL 27/5/2003, entende que a disposição em causa se reporta a situações “...em que o vendedor era e continua a ser proprietário, agora sob reserva, financiando a aquisição”, através do “diferimento do pagamento, mútuo, utilização de cartão de crédito ou outro acordo de financiamento semelhante”. No mesmo sentido Ac STJ 12/7/2011 (CALEJO).

¹²⁷ Ac RP 18/12/2013 (RUÇO).

¹²⁸ Em sentido diverso Ac STJ 2/10/2007 (RAMOS).

Assim, quando MORAIS afirma que o regime contido no art 12º do DL 359/91 de 21/9 tem apenas por desiderato “a proteção do beneficiário do crédito, não podendo (...) servir os interesses peculiares do financiador”¹²⁹ parece olvidar todo um universo económico-social que permite ao consumidor com escassos recursos económicos mover-se no tráfego jurídico¹³⁰. Sem “garantias adequadas, não há concessão de empréstimo e sem concessão de empréstimo, o consumidor não pode adquirir o bem a que se propõe”¹³¹. Já com *garantias* adequadas, não só terá lugar a concessão do empréstimo como, em última análise, um crédito menos oneroso para o consumidor.

7.2.2. Por Impossibilidade Legal

A liberdade contratual encontra no nosso ordenamento jurídico diversas limitações, não só no que concerne à celebração de contratos, mas também relativamente à fixação do seu conteúdo. Limitações que ALARCÃO faz logo notar na redação do art 405º, quando o preceito refere a necessidade de a liberdade contratual respeitar os limites da lei¹³². Com HÖRSTER vemos que a liberdade contratual “encontra-se sujeita aos limites gerais da lei (...), subordinada à não violação dos princípios protegidos pelos artigos 280º ss. e, especialmente, dos negócios usurários (arts. 282º a 284º).”¹³³ No dizer de PAIS DE VASCONCELOS, artigos como os até aqui invocados “limitam a liberdade de estipulação e submetem-na à Lei, à Moral, à Ordem Pública e à Natureza.”¹³⁴

De entre as circunstâncias previstas pelo art 280º encontra-se a *impossibilidade legal*¹³⁵, determinando a nulidade dos negócios jurídicos que de alguma forma a tentem contornar. Cumpre assim aferir se existe de facto uma *impossibilidade legal* que fira de nulidade a cláusula que *atribua a reserva de propriedade ao financiador*.

Segundo HÖRSTER a nulidade dos negócios jurídicos por *impossibilidade legal* prende-se fundamentalmente com a circunstância de a ordem jurídica não prever para o objeto

¹²⁹ Morais (2007, 308).

¹³⁰ Pinheiro (2006, 20).

¹³¹ Campos (2013, 351).

¹³² Alarcão (1983, 95). Sublinhando o Autor que assim acontece, nomeadamente, no que respeita aos limites gerais do objeto, do *princípio da boa-fé* e às diversas normas imperativas que no nosso ordenamento jurídico se impõem.

¹³³ Hörster (2009, 61).

¹³⁴ Pais de Vasconcelos (2014, 364).

¹³⁵ Pinheiro (2006, 53).

contratual “tipos negociais ou meios de realização ou quando não o admite sequer em relações jurídicas privadas”¹³⁶⁻¹³⁷.

A venda com reserva de propriedade parece prever que apenas ao proprietário seria lícita a constituição e o conseqüente aproveitamento da reserva de propriedade. Todavia, não podemos olvidar o regime contido no art 405º,2 que, no domínio da liberdade contratual, proporciona às partes a possibilidade de preverem as “cláusulas que acharem convenientes (...), celebrar contratos mistos (por via da conjugação de dois ou mais contratos típicos) e ainda, concluir contratos atípicos, não nominados (não são regulados na lei).”¹³⁸ Assim, assinala PAIS DE VASCONCELOS “o Código Civil admite a livre celebração de contratos completamente diferentes dos tipos legais, contratos que correspondam a modificações dos tipos legais por inserção de cláusulas adicionais e contratos em que sejam reunidos ou misturados vários tipos.”¹³⁹ Considerando esta amplitude do 405º,2 à conjugação de diversos contratos ou até mesmo à celebração de contratos não nominados, não vemos como considerar nula por *legalmente impossível*¹⁴⁰, uma cláusula que, num contrato de venda financiada por terceiro, preveja a *atribuição da cláusula de reserva de propriedade a um terceiro*. A doutrina habitualmente designa este contrato de *compra e venda financiada*, considerando-o um verdadeiro *contrato de alienação* – para efeitos do art 409º. Todavia, em consonância com o aproveitamento da garantia proporcionada pela reserva de propriedade, optamos por designar este contrato de: *venda financiada com reserva de propriedade*¹⁴¹.

Em abono do presente entendimento frisem-se alguns dos argumentos já expostos, nomeadamente a amplitude da formulação do art 409º que, ao fazer depender a reserva da

¹³⁶ Hörster (2009, 523).

¹³⁷ Para Telles (2010, 4ª ed, 416), a impossibilidade legal do objeto do contrato prende-se fundamentalmente com a determinação da invalidade do ato jurídico, pela lei. Lima/Varela (2010, *Vol. I*, 258) avançam como exemplo o contrato-promessa de venda de coisa do domínio público.

¹³⁸ Pais de Vasconcelos (2009, 215), Hörster (2009, 58).

¹³⁹ Pais de Vasconcelos (2009, 215).

¹⁴⁰ Daí que não se acompanhe o entendimento do Ac STJ 12/7/2011 (CALEJO) que, invocando *impossibilidade legal* determina a nulidade da cláusula de transmissão da reserva de propriedade a favor do financiador, por contrária ao art 409º, Ac STJ 12/7/2011 (CALEJO).

¹⁴¹ Formando-se assim um único contrato. Por contraposição à união de contratos, que mantém diferenciados e individualizados os contratos (Telles, 2010, 7ª ed, 86-87). Neste sentido Ac RP 18/12/2013 (RUÇO).

verificação de um qualquer outro evento permite, no nosso entender, a conjugação com o contrato de mútuo¹⁴².

Não se vislumbra assim nenhuma razão imperiosa de tutela de “determinados interesses superiores” que limitem ou inviabilizem a cláusula que *atribua a reserva de propriedade ao terceiro - financiador*¹⁴³.

7.3. Da Sub-Rogação

Como vimos, CAMPOS considera que através do instituto da sub-rogação a reserva de propriedade pode ser transmitida para o terceiro que adiante o pagamento do preço necessário à aquisição, analisemos a viabilidade do presente entendimento¹⁴⁴.

Para VARELA a sub-rogação¹⁴⁵ (arts. 589º ss) 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.”¹⁴⁶ Consubstanciando uma verdadeira exceção à regra, segundo a qual, o pagamento extingue a obrigação¹⁴⁷. Opera-se assim uma modificação subjetiva na relação obrigacional¹⁴⁸, evidenciada por HENRI DE PAGE ao considerar que “uma pessoa (...) é sub-rogada a outra quando é chamada a tomar o lugar desta, a substitui-la e, conseqüentemente, a agir (...) como se fosse esta.”¹⁴⁹

¹⁴² A necessidade de adequar o instituto da reserva de propriedade às evoluções socioeconómicas pode ser observada em ordenamentos jurídicos próximos do nosso. Veja-se, no direito alemão, a criação da *Verlängerter Eigentumsvorbehalt* (que permite ao comprador vender ou transformar a coisa alienada com reserva sem que o vendedor se veja privado da sua garantia) ou a *Erweiterter Eigentumsvorbehalt* (que prevê a ampliação da reserva de propriedade, servindo de garantia não só ao crédito resultante da venda, mas a todo um conjunto de créditos resultantes da relação negocial entre as partes, chegando mesmo a abranger créditos, não apenas do vendedor, mas de outras sociedades do grupo deste último). Hansjörg Weber, *Kreditsicherheiten. Recht der Sicherungsgeschäfte*, 8ªed, C.H. Beck, Munique, 2006, §10 *Apud* Vasconcelos (2013, 427).

¹⁴³ Campos (2013, 357).

¹⁴⁴ Campos (2013, 362-382).

¹⁴⁵ A sub-rogação é uma modalidade de transmissão de créditos (Cordeiro, 2010, 225). Assim, também no direito italiano. Apesar de uma parte da doutrina entender poder estar em causa uma verdadeira novação, atendendo a que com o pagamento do *solvens* se extingue o crédito, não sendo possível a sua transmissão. (Bianca (1993, Giuffrè Editore, 356-357).

¹⁴⁶ Varela (2013, 336).

¹⁴⁷ Arnau (2000, 168). Vieira Gomes (2002, 114-157) considera que embora se diga comumente que o sub-rogado ocupa o posto deixado livre pelo credor originário, deve ter-se presente que o sub-rogado ocupa apenas a posição ativa da relação obrigacional.

¹⁴⁸ Costa (2014, 822).

¹⁴⁹ Henri de Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge, Principes, Doctrine, Jurisprudence*, Tome Troisième, Les Obligations, Seconde Partie, 3ª Edição, Bruylant, Bruxelas, 1967, 514-515 *Apud* Vieira Gomes (2002, 112).

Existem duas modalidades de sub-rogação¹⁵⁰: a *sub-rogação legal* (em que a investidura do *solvens* na posição do anterior credor ocorre *ope legis*) e a *sub-rogação voluntária* (quando a investidura decorre de uma manifestação de vontade das partes – do credor (589º) ou do devedor (590º e 591º)).

Sub-rogação voluntária pelo vendedor. O artigo 589º estabelece a necessidade de a sub-rogação nestes casos ter de observar forma expressa - “palavras, escrito ou outro qualquer meio direto de manifestação da vontade” (art 217º)¹⁵¹ – e de ocorrer “até ao momento do cumprimento da obrigação”¹⁵².

Sub-rogação voluntária pelo devedor. Nesta modalidade encontramos dois regimes distintos, dependendo a sua aplicação da atuação que o terceiro efetive junto do devedor. Elemento comum a ambos é a sua independência relativamente à vontade do credor¹⁵³.

Terceiro que cumpre a obrigação no lugar do devedor. Nestas situações o regime aplicável será o contido no art 590º que, como primeira exigência, determina a necessidade da vontade de sub-rogar ser manifestada, pelo devedor, de forma expressa - 217º¹⁵⁴. Devendo a mesma ter lugar até ao momento do cumprimento da obrigação. “[S]e a declaração de sub-rogação não tiver lugar até ao momento do cumprimento¹⁵⁵ (ou, no limite, nesse mesmo momento), o cumprimento produzirá o seu normal efeito extintivo”¹⁵⁶.

*Devedor que cumpre a obrigação com dinheiro ou outra coisa fungível emprestada por terceiro*¹⁵⁷. Situação prevista e regulada no art 591º. Nestes casos, a lei exige que a declaração de sub-rogação seja “expressa [e conste] do documento do empréstimo”¹⁵⁸, manifestando-se

¹⁵⁰ Serra (1953, 7) e Vieira Gomes (2002, 132), atribuindo o Autor a esta declaração de vontade natureza negocial.

¹⁵¹ Não se exige uma forma sacramental, sendo exequível por escrito ou sob a forma verbal (Varela, 2011, 341).

¹⁵² Não se compreenderia sequer que “o credor, depois de extinto o seu direito, pudesse *ressuscitar* o crédito, com todas as suas garantias, antepondo o novo credor a credores mais antigos e fazendo renascer responsabilidades que já se haviam extinguido” (Varela, 2011, 342).

¹⁵³ Serra (1953, 31).

¹⁵⁴ Esta declaração expressa, a realizar pelo devedor ao terceiro, não tem de ser dirigida ao credor originário (Costa, 2014, 823). Mas apresenta um carácter fundamental na medida em que “de outro modo, seria incerto o efeito da actividade do *solvens* que poderia consistir, por exemplo, numa doação” (Vieira Gomes, 2002, 131).

¹⁵⁵ Se quisermos, nas palavras de Serra (1953, 19) “[O] *mais tardar no acto de pagamento*”.

¹⁵⁶ Vieira Gomes (2002, 147).

¹⁵⁷ Faria (2001, 559).

¹⁵⁸ Veja-se o Ac STJ 31/3/2011 (RODRIGUES).

de forma clara a pretensão de sub-rogar o mutuante “nos direitos do credor”¹⁵⁹ – não se exigindo, todavia, que o documento em causa seja autêntico¹⁶⁰.

Dos Efeitos.

Como principal decorrência da sub-rogação, temos a transmissão do crédito – e não da posição contratual¹⁶¹ - que pertencia ao credor, a favor do terceiro que cumpriu em lugar do devedor ou à custa de quem a obrigação foi cumprida¹⁶²- mantendo-se a obrigação do devedor¹⁶³.

Conjuntamente com o crédito em causa transmitem-se para o sub-rogado as *garantias pessoais* ou *reais*¹⁶⁴, assim como, todos os *acessórios do crédito* que não sejam inseparáveis do primitivo credor – 582º *ex vi* 594º¹⁶⁵⁻¹⁶⁶. Assim, como salienta VARELA “se o crédito, que o terceiro satisfaz, estiver garantido por algum penhor, hipoteca, consignação de rendimentos, privilégio (...) fiança ou outra providência análoga, quer a garantia tenha sido constituída pelo devedor, quer por terceiro, o respetivo direito aproveita ao sub-rogado¹⁶⁷. Se a coisa empenhada estiver na posse do credor, deve este entregá-la ao sub-rogado”¹⁶⁸⁻¹⁶⁹. Relativamente aos *acessórios do crédito*, o Autor considera que estipulações como as que fixam juros, cláusulas penais¹⁷⁰, cláusulas limitativas de responsabilidade, compromissos

¹⁵⁹ Costa (2014, 823).

¹⁶⁰ Vieira Gomes (2002, 151).

¹⁶¹ Vieira Gomes (2002, 157).

¹⁶² Sobre a regra *nemo contra se subrogasse censetur*, Varela (2011, 348) e Ac RG 29/1/2013 (MAGALHÃES). Uma regra de difícil explicação para Arnau (2000, 63).

¹⁶³ Vieira Gomes (2002, 132).

¹⁶⁴ Já no direito romano, a sub-rogação teve como principal objetivo o aproveitamento das *garantias* do antigo credor. Cañizares (1996, 75).

¹⁶⁵ Faria (2001, 568). Sobre a perda de identidade do crédito se assim não acontecesse, Varela (2013, 323).

¹⁶⁶ Cordeiro (2010, 230), considera que, apesar de o CC nada dizer, resulta dos *princípios gerais* que dever-se-á aplicar, ainda que analogicamente, o disposto no art 585º, admitindo-se assim que o devedor possa opor ao *solvens* os meios de defesa que podia usar contra o credor primitivo. A privação do seu uso seria, para o Autor, nula em conformidade com o art 809º.

¹⁶⁷ Podendo o sub-rogado, no dizer de Telles (2010, 7ª ed, 290), “exercer os seus direitos não só contra o devedor mas contra terceiros que respondam pela dívida, pessoalmente ou com determinados bens.”

¹⁶⁸ Varela (2013, 350).

¹⁶⁹ No mesmo sentido, Cordeiro (2010, 219).

¹⁷⁰ Em relação a estas, uma parte da doutrina italiana entende que a sua transmissibilidade não é possível, fundamentando o presente entendimento na circunstância de a sub-rogação se circunscrever à função de recuperação da quantia disponibilizada pelo *solvens* (Bianca, 1993, Giuffrè Editore, 365).

arbitrais entre outras convenções que porventura integrem o regime da obrigação em causa, são transmissíveis para o *solvens*¹⁷¹⁻¹⁷².

Este aproveitamento que o instituto da sub-rogação faz da relação obrigacional originária - das *garantias e acessórios do crédito* - foi, há muito, observado por BETTI e ANDREA MAGAZZÙ¹⁷³. Assegurando-se assim ao *solvens*, como destaca BIANCA “il recupero de quanto prestato consentendogli di avvalersi delle stesse azione, garanzie e privilegi del creditore soddisfatto.”¹⁷⁴

VARELA não deixou de se pronunciar sobre as *limitações à transmissibilidade dos acessórios* que, assumindo carácter pessoal, se tornam inseparáveis da pessoa do credor - restrição resultante do art 582º *ex vi* 594º¹⁷⁵. Neste contexto, por remissão para o entendimento doutrinário da transmissibilidade dos *acessórios do crédito* para o cessionário, o Autor considera intransmissíveis determinados *direitos potestativos*. Assim existiriam *direitos potestativos* “ligados ao crédito cedido, porque gravitam em torno dele como um satélite gira em volta do astro principal; e (...) outros que, transcendendo a órbita restrita do crédito cedido, estão ligados à *relação contratual* donde o crédito emerge.”¹⁷⁶ Os primeiros transmitir-se-iam para o *solvens*, os segundos não¹⁷⁷. Como exemplos de *direitos potestativos* passíveis de ser transmitidos, FARIA enuncia o direito de interpelar o devedor, de o demandar em caso de não cumprimento ou de executar o seu património, o direito de escolher a prestação ou até o de fixar ao devedor em caso de mora deste um prazo suplementar, nos termos do art 808º¹⁷⁸. Já não seriam transmissíveis os direitos de resolver o contrato de onde

¹⁷¹ Varela (2013, 325).

¹⁷² Para Faria (2001, 532), *acessórios do crédito* são, para além das *garantias* do crédito, os direitos, convenções e as cláusulas que delimitam a extensão do crédito. Acrescentando ainda o poder de exigir o seu cumprimento, o que pressupõe, nomeadamente, o direito de interpelar o devedor ou o direito de resolver o contrato.

¹⁷³ Betti (1955, 37), Andrea Magazzù, *Surrogazione per pagamento*, Enciclopedia del Diritto, Vol. XLIII, 1990, Milano, 979 ss *Apud* Vieira Gomes (2002, 121).

¹⁷⁴ Bianca (1993, Giuffrè Editore, 346).

¹⁷⁵ Varela (2013, 350).

¹⁷⁶ Varela (2013, 325-350).

¹⁷⁷ Faria (2001, 533), “há direitos potestativos que se ligam ao crédito; há, por outro lado, direitos potestativos que se ligam à relação donde o crédito promana (...) só os primeiros direitos potestativos é que se transmitem; os segundos permanecem na titularidade do cedente.”

¹⁷⁸ Faria (2001, 533).

surgiu o crédito cedido por falta de cumprimento do devedor ou por alteração anormal das circunstâncias que integram a base contratual¹⁷⁹.

Embora considerando que o sub-rogado adquire um direito novo desancorado da posição contratual originária, BUCCISANO partilha o entendimento que inviabiliza o exercício por aquele da ação contratual de resolução por falta de pagamento¹⁸⁰. Um entendimento a que se opõe BRIGUGLIO, entendendo que o efeito do inadimplemento do devedor “si riflette proprio sul surrogato, lasciando assolutamente indifferente il venditore; ci sembra quindi giusto che al primo sia concessa l'arma dell'azione di risoluzione per inadempimento.”¹⁸¹ Entendimento partilhado por VIEIRA GOMES. Para o Autor, atendendo a que o sub-rogado sucede nos poderes do credor originário na estrita medida do seu cumprimento, seria um contrassenso excluir-se liminarmente a faculdade de resolução do contrato por falta de pagamento do preço, exigindo contudo que este poder resulte já do contrato originário¹⁸². Uma solução que conduz a resultados práticos satisfatórios, uma vez que, “se o vendedor é pago pelo sub-rogado não se vê que interesse prático é que possa ter no exercício da faculdade de resolução do contrato por falta do pagamento do preço do comprador.”¹⁸³⁻¹⁸⁴

Destaque-se o trabalho desenvolvido por MESTRE que considerando transmissível por sub-rogação a cláusula resolutiva de um contrato e, em consequência, a ação resolutiva do mesmo, entende que deve reconhecer-se ao sub-rogado o direito de valer-se da cláusula de reserva de propriedade, citando para o efeito uma decisão do Tribunal do Cairo de 20/02 de 1935¹⁸⁵.

Todavia, a questão da *atribuição da reserva de propriedade ao financiador* com recurso ao instituto da sub-rogação divide a doutrina e a jurisprudência francesa. Entendendo uma fração

¹⁷⁹ Varela (2013, 326). No mesmo sentido, Faria (2001, 534), que atribui ao cedente (logo, também o credor satisfeito na sub-rogação) o poder de usar esses direitos.

¹⁸⁰ Oracio Buccisano, *La Surrogazione per Pagamento*, I, Giuffrè, Milano, 1958, 42 *Apud* Vieira Gomes (2002, 157).

¹⁸¹ Briguglio (1958, 582).

¹⁸² Pronunciando-se favoravelmente pela inserção no domínio das *garantias* transmitidas, do direito de retenção (Vieira Gomes, 2002, 158).

¹⁸³ Vieira Gomes (2002, 158).

¹⁸⁴ Entendimento partilhado por Carbonnier (1998, 554-555), “Ce ne sont pas seulement les garanties de la créance (...) qui sont transmises (...) ce sont tous les droits du créancier: ainsi, le subrogé succède à l'action en résolution ou l'action paulienne qui pouvaient appartenir au créancier originaire.”

¹⁸⁵ Jacques Mestre, *La subrogation personnele*, tesi Axi, L.G.D.J, 1979, 548,497-498 *Apud* Ghestin (1981, Rivista di Diritto Civile, 464).

da doutrina que “la clause constituerait une garantie au profit du vendeur; accessoire de sa créance contre l’acheteur, elle la suivrait dans les mains du solvens subrogé [parce que] la clause constitue bien un accessoire de la créance, comme tel transmissible”¹⁸⁶.

Entre nós, LEITÃO considera que a transmissão da reserva de propriedade por sub-rogação é no mínimo duvidosa, uma vez que o seu exercício – V.g. a resolução do contrato - no caso de incumprimento pressupõe a qualidade de alienante. Condição que, no seu entender, só pode ser preenchida com recurso ao instituto da cessão da posição contratual¹⁸⁷.

No Ac STJ 12/7/2011 (CALEJO) considera-se que o recurso ao instituto da sub-rogação como forma de transmissão da reserva de propriedade não deve ser aceite, uma vez que, operando-se o pagamento do preço ao vendedor, a reserva de propriedade simplesmente se extinguirá¹⁸⁸. Contudo, GHESTIN considera este obstáculo transponível, nomeadamente com recurso ao *princípio da liberdade contratual*¹⁸⁹⁻¹⁹⁰. Já o Ac RP 18/12/2013 (RUÇO) considera que “ambos os contratos estão unidos por vínculos genéticos e finalísticos, não existindo um sem o outro, pelo que, ao mesmo tempo que se extingue a propriedade na esfera jurídica do vendedor, por transmissão entre sujeitos, a mesma surge na esfera jurídica do mutuante”¹⁹¹. Nas palavras de CAÑIZARES, “[e]n el momento mismo en que la deuda está pagada, y se ha extinguido, el acreedor transporta sus derechos al subrogado [así subsisten] todos los derechos que le son inherentes, a fin de asegurar al tercero que subroga la eficacia de su recurso para la recuperación de lo pagado.”¹⁹²

Também DUARTE se manifesta contra a *transmissão da reserva de propriedade para o financiador* por considerar a reserva de propriedade uma mera cláusula contratual, não gerando um direito diverso do *direito de propriedade*, passível de ser transmitido por sub-rogação¹⁹³. Já CAMPOS considera que a aposição de uma cláusula de reserva de propriedade altera o *direito de propriedade* do “vendedor, passando este a ser titular de uma *propriedade*

¹⁸⁶ “L'action résolutoire constitue une garantie au profit du vendeur non payé; sa transmission au solvens autorise par analogie celle de la clause de réserve de propriété dans les mêmes conditions” (Ghozi, 1986, 317-318).

¹⁸⁷ Leitão (2005, 332).

¹⁸⁸ Neste sentido Ac RL 28/2/2013 (COELHO).

¹⁸⁹ Ghestin (1981, Recueil Dalloz Sirey, 10).

¹⁹⁰ Neste sentido, Campos (2013, 372).

¹⁹¹ No mesmo sentido Ac RG 26/1/2012 (GUERRA).

¹⁹² Cañizares (1996, 77).

¹⁹³ Duarte (1992, 49 ss).

reservada.” Sendo esta transmissível para o financiador e não apenas a cláusula contratual que reservou a *propriedade* do bem. Assim, a *propriedade reservada* que surgiu num primeiro momento para garantir o crédito do vendedor, é acessória deste, sendo possível a sua autonomização, podendo acompanhar a obrigação de pagamento do preço. O reconhecimento do carácter acessório da reserva de propriedade reconduz a *propriedade reservada*, por similitude, às principais características de uma *propriedade fiduciária*¹⁹⁴, passível de ser transmitida como *acessório do crédito* por via da sub-rogação¹⁹⁵. Num lugar paralelo, GHOZI escreve que “le développement progressif de la fiducie en droit privé français [c’est] un encouragement à admettre le transfert de la clause de réserve de propriété qui n’en serait qu’une nouvelle manifestation.”¹⁹⁶

Mas, será esta *propriedade reservada* que atribui ao vendedor um direito situado entre a *propriedade plena* e o *direito real de garantia*, compaginável com o *princípio do numerus clausus* dos *direitos reais*?

O *princípio do numerus clausus* previsto no artigo 1306º não admite a constituição com carácter real de restrições ao *direito de propriedade* ou de outras figuras parcelares deste direito senão nos casos previstos na lei. Pretende assim obstar à constituição de situações inconvenientes de um ponto de vista económico-social, evitar ónus ou vinculações ocultas dos bens e conferir uma maior clareza, certeza e segurança jurídicas ao universo dos *direitos reais*, considerando, nomeadamente, a sua oponibilidade *erga omnes*¹⁹⁷.

Contudo, no dizer de ASCENSÃO, o *princípio do numerus clausus* deve ser interpretado no sentido de a lei ter reservado para si o “privilégio de prever, um a um, os direitos reais admissíveis [e, em consequência,] nenhuma figura a que as partes possam dar vida, pode ser considerada real se não corresponder a um modelo legal.”¹⁹⁸ Contudo, o legislador não

¹⁹⁴ Tomé/Leite de Campos (1999, 288-323), apontam como principal característica da *propriedade fiduciária*, “o facto de (...) tanto o fiduciário como o beneficiário terem direitos de propriedade sobre o bem”. Compreende-se assim o paralelismo de Campos uma vez que também na *propriedade reservada* é possível descortinar manifestações de poder de soberania nas posições do vendedor e do comprador.

¹⁹⁵ Campos (2013, 368). Para a Autora a reserva de propriedade traduz-se numa forma especial de utilização da *propriedade* em garantia.

¹⁹⁶ Ghozi (1986, 320).

¹⁹⁷ Tomé/Leite de Campos (1999, 286-287). Reconduzindo a restrição resultante de negócio jurídico à natureza meramente obrigacional.

¹⁹⁸ Sendo que, para o Autor o *princípio da taxatividade* não só não inviabiliza a qualificação de determinadas situações previstas na lei como reais, como admite até modificações aos *direitos reais* existentes. Entendendo

reservou para si a prerrogativa de qualificar como reais determinados direitos que na lei já encontrem previsão. Podendo assim o intérprete integrar no conceito de *direito real* situações que o legislador não qualificou expressamente como tais, mas que reconduz ao regime jurídico dos *direitos reais*¹⁹⁹.

Assim, CAMPOS entende que estando a reserva de propriedade prevista na lei, nada impede que o intérprete qualifique os *direitos subjetivos* que dela resultam para as partes como *direitos reais*. Acrescentando que “o direito de propriedade prefigurado na lei é um tipo aberto, o que permite às partes, de acordo com o princípio da elasticidade, moldar livremente a forma de aproveitamento da coisa e uma dessas formas de aproveitamento é a utilização da propriedade reservada com funções de garantia.”²⁰⁰⁻²⁰¹ No mesmo sentido, FERNANDES entende que a utilização da *propriedade* como garantia, nos *contratos fiduciários atípicos*, é admitida com fundamento no *princípio da liberdade contratual*²⁰².

Outra questão que a problemática da *atribuição da reserva de propriedade ao financiador* suscita no domínio dos *direitos reais* é a sua articulação com os modos de aquisição da *propriedade*. Determina o artigo 1316º que o *direito real de propriedade* apenas se adquire por contrato, sucessão por morte, usucapião, ocupação, acessão e demais modos previstos na lei. Daí, em parte, a fundamentação de ALVES no voto de vencido no Ac do STJ de 30/9/2014, alegando que, de entre os eventuais meios de transmissão da *propriedade*, não se contam a cessão de crédito ou a sub-rogação²⁰³⁻²⁰⁴.

Cumprido desde já sublinhar que a enumeração dos modos de aquisição da *propriedade* no presente artigo é meramente exemplificativa, havendo outros casos de aquisição da

que os *direitos reais* têm todo um conteúdo acessório, moldável pelas partes, mediante a substituição de normas supletivas do seu regime, configurando assim verdadeiros tipos abertos (Ascensão, 1968, 83, 94, 121-123, 332).

¹⁹⁹ Cordeiro (1993, 334-335).

²⁰⁰ Campos (2013, 305).

²⁰¹ Sobre o *princípio da elasticidade* e a possibilidade de as partes recorrerem ao *princípio da liberdade contratual*, no que aos factos constitutivos dos *direitos reais* concerne (Pais de Vasconcelos, 2009, 277 ss). Para o Autor, típico será o conteúdo do direito real, o modo como este se constitui está fora do alcance da tipicidade. Veja-se também Peralta (1990, 168).

²⁰² Fernandes (2004, 268-269). O Autor faz notar que a utilização da *propriedade* com função de garantia encontra reflexo na mais recente tipificação de um negócio fiduciário, a *alienação fiduciária em garantia* (DL 105/2004 de 8/5).

²⁰³ Da sub-rogação como forma de transmitir um crédito e não um *direito real*, leia-se o Ac RC 17/12/2014 (NETO).

²⁰⁴ Em sentido diverso Ac do RP de 18/12/2013.

propriedade previstos na lei²⁰⁵. Saliente-se, por outro lado, a amplitude do preceito em análise, que ao prever a possibilidade de a *propriedade* ser adquirida por contrato não especifica o conteúdo do mesmo, remetendo assim para as regras gerais sobre a formação dos contratos, algumas das quais temos vindo a analisar – *maxime* a compra e venda²⁰⁶.

De facto, o instituto da sub-rogação encontra previsão no âmbito das formas de transmissão de créditos e não de *direitos reais*²⁰⁷. Daí, porventura, a necessidade sentida pela então designada Direcção Geral dos Registos e Notariado aquando da emissão do parecer nº 5/2001 de 5/01 - sobre a venda financiada de veículos automóveis - de estabelecer como requisitos fundamentais, para uma efetiva transmissão da reserva de propriedade a favor do financiador, nos casos de: *sub-rogação pelo devedor*, a obrigatoriedade de a mesma ser expressa e de prever a transmissão da *propriedade reservada* a favor do financiador, por parte do vendedor; nos casos de *sub-rogação pelo vendedor*, para além de a mesma ter de ser expressa, a necessidade de prever a transmissão da *propriedade reservada* a favor do financiador, com o conhecimento do comprador. Estas exigências, previstas no referido parecer, parecem querer lançar a estrutura sobre a qual se poderia alicerçar a aquisição da *propriedade* pelo financiador no caso de resolução do contrato de financiamento por incumprimento do contrato de mútuo pelo comprador. Procurando assim antecipar e obviar os iminentes entraves jurídicos que do instituto dos *direitos reais* com toda a certeza se ergueriam. Resta saber se, à data da emissão do referido parecer, a *propriedade reservada* a que o mesmo faz referência tem como conteúdo aquele que CAMPOS preceitua.

7.4. Da Cessão da Posição Contratual

Como vimos, Autores como PROENÇA e PIRES pronunciam-se, aparentemente, pela não admissão da *atribuição da reserva de propriedade ao financiador*. Todavia, colocam a hipótese de, a ser admitida, poder recorrer-se ao instituto da cessão da posição contratual como forma de contornar alguns obstáculos – *V.g.* a resolução do contrato pelo financiador²⁰⁸. Em ordenamentos jurídicos próximos do nosso é possível observar que, sempre que o sub-rogado pretenda exercer um direito de resolução que importe a aquisição

²⁰⁵ Lima/Varela (2010, *Vol. III*, 120).

²⁰⁶ Duarte (2013, 58).

²⁰⁷ Cordeiro (2010, 225).

²⁰⁸ Proença (2011, 350), Pires (2010, 165). Ver ainda Ac RL 18/2/2014 (GOMES).

de um *direito de propriedade* que pertencia ao anterior credor, se considerem mais ajustadas as regras da cessão da posição contratual²⁰⁹.

O instituto da cessão da posição contratual encontra previsão nos arts 424º e ss e veio suprir uma necessidade no domínio das relações mercantis, a saber, a viabilidade da “transferência *ex negotio* por uma das partes contratuais (cedente), com o assentimento do outro contraente (cedido), para um terceiro (cessionário), do complexo de posições activas e passivas criadas por um contrato.”²¹⁰

A cessão da posição contratual é assim um negócio jurídico através do qual, como faz notar BETTI, se opera de forma completa a sucessão a título particular de uma relação jurídica, transmitindo-se a um terceiro a posição jurídica ativa e passiva que um contraente originário detinha, num determinado contrato²¹¹. A relação contratual base, aquela que opunha o cedente ao contraente cedido, mantém a sua identidade verificando-se apenas uma alteração subjetiva dos seus intervenientes. Todavia, pressuposto essencial à operacionalidade desta alteração subjetiva é o consentimento do contraente cedido²¹². Não ocorrendo este, não pode aquela alteração subjetiva ser tida como eficaz²¹³.

A cessão de posição contratual pressupõe dois contratos. O *contrato primordial* ou *base*, do qual decorre o complexo de direitos e deveres²¹⁴ que um dos originários contraentes pretende transmitir a um terceiro e o *contrato de cessão da posição contratual* ou de *cessão*, meio adequando àquela transmissão²¹⁵.

O *contrato de cessão* tem o seu regime definido no art 425º que remete a forma de transmissão, a capacidade de dispor e receber, a falta e os vícios de vontade, assim como as

²⁰⁹ Assim acontece, nomeadamente, em Espanha (Cañizares, 1996, 139).

²¹⁰ Pinto (2003, 71).

²¹¹ Opera-se assim “il subingresso di un terzo nella posizioni di debito e credito, proprie di una delle parti contraenti.” (Betti, 1955, 37).

²¹² Note-se com Bianca (2000, 717) que, este consentimento é fulcral não sendo uma mera adesão ao acordo celebrado entre o cedente e o cessionário.

²¹³ Um consentimento que pode ser simultâneo, posterior ou anterior ao acordo de cessão celebrado (Pinto, 2003, 71).

²¹⁴ “[S]e cada um dos contraentes apenas obtivesse direitos ou assumisse obrigações, o instituto não seria o da cessão da posição contratual, mas uma simples *cessão de créditos* ou *assunção de dívidas*, respetivamente” (Costa, 2014, 834).

²¹⁵ Faria (2001, 638).

relações entre as partes, para o negócio que serve de base à cessão – o *contrato base*²¹⁶. Todavia, nem sempre o negócio “que serve de invólucro à transmissão da posição contratual (...) [corresponde ao] tipo de negócio que serve de base à cessão”²¹⁷.

*Dos efeitos decorrentes da cessão. A trilateralidade do contrato*²¹⁸.

Entre cedente e cessionário. Efeito típico, para o qual propende qualquer *contrato de cessão* é a transmissão de todas as posições subjetivas em que uma parte estava investida por força de um contrato, a favor de um terceiro²¹⁹. Este subingresso do cessionário na posição contratual do cedente opera-se por mero efeito do *contrato de cessão* e importa, como refere VARELA “a) a perda, para o transmitente, dos *créditos*, dos *direitos potestativos* e das *expectativas* correspondentes à posição contratual cedida; b) *liberação* (...) das *obrigações*, dos *deveres* e dos *estados de sujeição* referentes à mesma posição²²⁰; c) aquisição derivada translativa, para o cessionário, dos créditos, direitos e expectativas perdidas pelo cedente e subingresso daquele nos vínculos de que este fica exonerado.”²²¹ Uma transmissão que no dizer de COSTA atinge a relação contratual básica como ela se configura no momento da cessão e não no momento imediatamente posterior à celebração do *contrato básico*²²².

São também transmitidos para o cessionário os *direitos potestativos* e eventuais *estados de sujeição*, inerentes à relação contratual, considerando a sua *funcionalidade* – V.g. a exceção de não cumprimento e o direito de resolução do *contrato base* (intransmissíveis por sub-rogação – 583º *ex vi* art 594º)²²³.

²¹⁶ “La cessione non richiede di per sé una determinata forma, la quale può invece essere necessaria in dipendenza della natura dei diritti trasferiti (es.:diritto al trasferimento di beni immobili) , o in dipendenza della causa della cessione (es.: donazione)” (Bianca, 2000, 719). Ver, Lima/Varela (2010, Vol. I, 402).

²¹⁷ Revestindo as mais das vezes a fisionomia de um contrato de compra e venda (Varela, 2011, 394).

²¹⁸ Cordeiro (2010, 251).

²¹⁹ Carbonnier (1998, 539-540).

²²⁰ Benedetti (1998, 160), “la liberazione del cedente costituisce un effetto naturale del negozio di cessione del contratto.”

²²¹ Varela (2013, 396).

²²² Costa (2014, 838).

²²³ Varela (2013, 397).

Determina o art 426º que o cedente garante ao cessionário, no momento da cessão, a existência e a validade da posição contratual transmitida²²⁴. Sendo essa responsabilidade apurada em função da natureza onerosa ou gratuita do *contrato de cessão* em causa²²⁵.

Assim, ao cedente não pode ser reconduzida a responsabilidade pelo não cumprimento da obrigação cedida²²⁶, a menos que, como o nº 2 do mesmo preceito prescreve, seja convencionada essa responsabilidade²²⁷.

Entre cedente e o contraente cedido. Como resultando imediato do *contrato de cessão*, o cedente perde os direitos e liberta-se das obrigações que dispunha e a que se encontrava vinculado perante o cedido²²⁸⁻²²⁹.

Entre o cessionário e o contraente cedido. Atendendo à substituição do cedente pelo cessionário perante a parte cedida, “estabelecem-se entre estas duas partes (...) os direitos e obrigações integrados na relação contratual cedida”²³⁰. Destarte, o cessionário assumirá os direitos e obrigações fundamentais, os deveres laterais ou secundários, as expetativas, os ónus e deveres acessórios de conduta que advinham para o cedente na *relação contratual básica*, no momento em que se opera a cessão²³¹. Assim o cedido pode opor ao cessionário os meios de defesa provenientes da *relação contratual base*²³², podendo este último recorrer ao mesmo expediente, com o mesmo fundamento – art 427º²³³.

²²⁴ “[I]l cedente è pertanto inadempiente tutte le volte in cui il cessionario non acquisisce una posizione contrattuale che non corrisponde in tutto o in parte a quella promessa” o que implica que o cedente responda “se il contratto ceduto è nullo, inesistente o annullabile.” (Bianca, 2000, 721).

²²⁵ Sobre a aplicação diferenciada dos regimes ver, Pinto (2003, 454) e Varela (2013, 399).

²²⁶ Betti (1955, 42). Como sublinha o Autor “la liberazione del cedente è un effetto naturale della cessione”.

²²⁷ Respondendo perante o cedido como “fiador, devedor solidário, garante, etc.” (Pinto, 2003, 452). Devendo recorrer-se às regras da interpretação e, eventualmente, integração da cláusula que preveja essa responsabilidade, para aferir a natureza dessa responsabilidade (Varela, 2011, 400).

²²⁸ Cordeiro (2010, 251).

²²⁹ O cedente pode continuar a ser responsável, perante o cedido e o cessionário, pelo cumprimento das obrigações derivadas do *contrato base*, possibilidade admitida em conformidade com o *princípio da liberdade contratual* (Costa, 2014, 838).

²³⁰ Pinto (2003, 486) e Faria (2001, 654).

²³¹ Varela (2013, 403).

²³² Solução idêntica à prevista no direito italiano, em que o contraente cedido pode opor ao cessionário todas as exceções derivadas do contrato base, mas não aquelas decorrentes de outras relações estabelecidas com o cedente (Bianchi, 2002, 354).

²³³ Cordeiro (2010, 252). No dizer de Betti (1955, 43), “la possibilità de opporre al cessionario le eccezioni derivati dal contratto conferma che nella specie si tratta di un caso di successione a titolo particolare nel rapporto obbligatorio.” Note-se, todavia que “Al ceduto sono invece precluse le eccezioni fondate su altri rapporti col

Ao cessionário veda-se a possibilidade de resolver ou recusar o cumprimento das obrigações do *contrato base*, com fundamento na circunstância de o cedente ter incumprido eventuais obrigações resultantes do *contrato de cessão* - a menos que o cedido consinta na oposição de tais circunstâncias ao *contrato base* (art 405º)²³⁴. Note-se que as *garantias* de cumprimento que houverem sido prestadas pelo cessionário ou pelo cedente, mantêm-se perante o cedido, com exceção das que tiverem sido prestadas por terceiro (cuja transmissão depende do seu consentimento)²³⁵.

VARELA vislumbra na cessão da posição contratual um vasto horizonte que não observa na sub-rogação – art 583º *ex vi* art 594º. Enquanto na sub-rogação apenas se transmitem para o *sub-rogado* as *garantias* e outros *accessórios* do direito transmitido que, pela sua natureza, não sejam inseparáveis da pessoa do *credor*, na cessão da posição contratual essa limitação já não se verifica. Sendo assim transmissíveis os *accessórios*, não apenas do direito de crédito, mas da relação contratual, cedida na sua globalidade – *V.g. direitos potestativos e estados de sujeição*²³⁶.

MOTA PINTO considera que a transmissão da posição contratual não se poderá abstrair de algum ou alguns dos vínculos singulares resultantes do complexo contratual, já que todos se complementam e relacionam com o fim primordial de proporcionar “a satisfação da necessidade servida no contrato.” Assim, no que aos *direitos potestativos e estados de sujeição* concerne, sublinha que cabem “ao cessionário e ao cedido os direitos de denúncia, resolução, actualização, etc., do contrato, bem como os direitos potestativos conexonados com os créditos transferidos”, o mesmo se aplicando às correspondentes *sujeições*. Ao cessionário caberá ainda a possibilidade de “resolver o contrato por inadimplemento do cedido, por alteração anormal das circunstâncias básicas do contrato, etc., e vice-versa, assim como poderá exercer a excepção de contrato não cumprido (...) [ou] invocar direito de

cedente. In particolare, il ceduto non può opporre al cessionario la compensazione per crediti vantati verso il cedente.” (Bianca, 2000, 722).

²³⁴ Faria (2001, 656-657).

²³⁵ Varela (2013, 405). Differentemente se passam as coisas no direito italiano no qual a “prevalente dottrina ritiene altresì che il naturale effetto liberatorio della cessione determini l'estinzione delle garanzie, sia reali che personali, che possono accompagnare l'obbligazione del cedente verso il ceduto, salvo che le parti non manifestino volontà contraria (...) Non avrebbe senso, del resto, che il cedente, pur liberato dalle proprie obbligazione, continui a rispondere col proprio patrimonio per il nuovo debitore a lui subentrato” (Benedetti, 1998, 160).

²³⁶ Varela (2013, 405).

retenção”²³⁷. De fora fica a possibilidade de se transmitirem para o cessionário as faculdades de anulação do *contrato base*²³⁸. Um entendimento partilhado por FARIA considerando o Autor que estamos “em face de vícios que afectam o momento genético e não funcional, e, por isso, não deve, em princípio, poder contar com eles o cessionário. Assim, se o comprador incorre em erro ou o vendedor usa de dolo em relação ao mesmo comprador, o direito potestativo de anulação do contrato de compra e venda não se transmite, no caso de cessão da posição contratual, ao cessionário. Permanece o referido direito no cedente.”²³⁹

A transmissibilidade dos *direitos potestativos e estados de sujeição* integrados na relação contratual transmitida encontra reflexo na ideia de transmissão global ínsita no art 424º e no art 427º que, referindo-se aos meios de defesa que o cedido pode opor ao cessionário, não se pronunciando pela situação inversa leva, por identidade de razão, à aplicação analógica do mesmo regime ao cessionário²⁴⁰.

CAMPOS considera que a *transmissão da reserva de propriedade ao financiador*, com recurso à cessão da posição contratual, não interessa a nenhuma das partes envolvidas no contrato, em particular ao comprador. A amplitude do instituto da cessão da posição contratual implica a transferência para o financiador “não só do crédito, dos seus acessórios e das respetivas garantias, mas também dos demais deveres e obrigações emergentes da relação contratual, [já] que a entidade financeira substitui completamente o vendedor naquele contrato, passando a responder pela garantia contratual e pelos ónus e vícios da coisa.” Formulação que não interessa ao comprador, uma vez que o vendedor se apresenta em melhor posição para “obviar à solução para o cumprimento imperfeito do contrato”²⁴¹ – V.g. substituindo ou reparando a coisa alienada. Situação que não se verifica na sub-rogação, uma vez que, sublinha VIEIRA GOMES, “o sub-rogado não assume a eventual responsabilidade do credor pelo não cumprimento ou pelo cumprimento defeituoso (...) se alguém paga ao vendedor de

²³⁷ Pinto (2003, 288-490). Solução idêntica à prevista no direito italiano (Bianca, 2000, 722).

²³⁸ A relação contratual é transferida na sua *fase funcional* e não no seu *momento genético* ou *primordial*. O que implica que fundamentos de anulabilidade ocorridos no processo gestatório da vontade do cedente, não possam, ser exercidos pelo cessionário – V.g. Dolo (Pinto, 2003, 496).

²³⁹ Faria (2001, 657-658).

²⁴⁰ Pinto (2003, 491).

²⁴¹ Campos (2013, 365).

uma coisa o preço em dívida e é sub-rogado nos direitos do vendedor, é ainda, obviamente o vendedor original o responsável pela venda de uma coisa defeituosa ou onerada.”²⁴²

A transmissão da reserva de propriedade através do instituto da cessão da posição contratual não suscita qualquer dúvida a GHESTIN. Todavia, não deixa de notar que, de facto, operando a cessão, ao terceiro caberão ainda as *garantias* a que o vendedor se encontrava adstrito, situação que contende com os melhores interesses daquele²⁴³.

7.5. O Problema da Proibição do Pacto Comissório

Como vimos, PROENÇA considera que a *atribuição da reserva de propriedade ao financiador* é suscetível de dissimular “um verdadeiro pacto comissório.”²⁴⁴

O pacto comissório “é definido como a faculdade de o credor fazer sua a coisa objeto da garantia, no caso de o devedor não cumprir”²⁴⁵.

Segundo LIMA e VARELA a *ratio* subjacente à proibição do pacto comissório é paralela à contida na proibição da usura. Fundando-se assim no “prejuízo que do pacto pode resultar para o devedor, que seria facilmente convencido, dado o seu estado de necessidade, a aceitar cláusulas lesivas dos seus interesses.”²⁴⁶ O presente entendimento suscita dúvidas a VIEIRA GOMES questionando o Autor o “porquê” da proibição do pacto comissório “*se já existe a possibilidade de alegar que um determinado negócio é usurário [e como explicar, por outro lado] a diversidade de respostas do ordenamento ao negócio usurário (que no nosso sistema é simplesmente anulável) e ao pacto comissório (que é nulo mesmo que no caso concreto não exista qualquer usura e mesmo que até seja favorável ao devedor)*”²⁴⁷. Daí que entenda que a *ratio* da proibição do pacto comissório é plúrima e complexa, visando por um lado proteger o devedor de uma possível extorsão do credor e, por outro lado evitar que sejam

²⁴² Vieira Gomes (2002, 157).

²⁴³ Apesar da obscuridade de alguns pontos do regime da cessão da posição contratual, é possível “d’observer ici que la cession du contrat de vente par le vendeur au banquier entraîne nécessairement la transmission de la clause de réserve de propriété (...) Cette transmission est malheureusement compensée par les inconvénients inhérents au mécanisme utilisé. Le banquier, totalement substitué au vendeur, devient notamment débiteur à l’égard de l’acheteur de toutes les obligations pesant sur un vendeur professionnel, et notamment de la garantie des vices cachés.” (Ghestin, 1981, Recueil Dalloz Sirey, 10).

²⁴⁴ Proença (2011, 350).

²⁴⁵ Leitão (2012, 239).

²⁴⁶ Lima/Varela (2011, 718).

²⁴⁷ V.g. quando o bem entregue seja de valor inferior ao crédito concedido. Vieira Gomes (2004, 57 ss).

falseadas as regras do jogo através da atribuição injustificada de privilégios a alguns credores em prejuízo dos demais²⁴⁸.

A *proibição do pacto comissório*, prevista no conjunto de preceitos que regulam a hipoteca, e extensível ao penhor e à consignação de rendimentos – arts. 678º e 665º – tem sido entendida como um *princípio geral* do nosso ordenamento jurídico. No dizer de MARQUES, dever-se-á considerar a *proibição do pacto comissório* extensível “a todos os casos em que se convencie que a propriedade de um bem seja transferida para o credor na hipótese de incumprimento das obrigações do devedor”²⁴⁹. Entendimento partilhado por GOMES²⁵⁰.

Cumpra assim questionar se a *proibição do pacto comissório* contende ou não com o aproveitamento efetuado pelo financiador da cláusula de reserva de propriedade entendida como garantia.

CAMPOS pronunciando-se pela negativa nota que a “própria lei admite o efeito restitutivo da resolução do contrato por incumprimento do devedor, não sendo em rigor essa restituição um pacto comissório, mas o exercício de uma prerrogativa contratual”²⁵¹. De facto, a resposta à questão da *proibição do pacto comissório* parece estar dependente daquela que se der à questão principal da *atribuição da reserva de propriedade pelo terceiro*. Se se entender que a reserva de propriedade é passível e ser transmitida então ter-se-á de aceitar o exercício pelo terceiro que a adquire, dos direitos intrinsecamente ligados àquela – V.g. a resolução do contrato e o conseqüente efeito restitutivo.

²⁴⁸ Gomes (2000, 94).

²⁴⁹ Marques, (2001, 575 ss). Sendo assim aplicável a todo tipo de *garantias atípicas*, como forma de prevenir a fraude à lei.

²⁵⁰ Gomes (2000, 94).

²⁵¹ Campos (2013, 315).

8. Conclusão

Percebemos a *tese da venda com efeito translativo diferido* como aquela que melhor explica o instituto da reserva de propriedade, acompanhando-se o desenvolvimento doutrinário de LEITÃO e especialmente o de CAMPOS relativamente às posições das partes no período que medeia entre a celebração do contrato e a transferência da propriedade.

A final, primando por uma interpretação atualista, não verificámos razões imperiosas que determinem a nulidade da cláusula que permita a *atribuição da reserva de propriedade a um terceiro* (financiador). Acompanhando-se assim a amplitude do artigo 409º que, referindo-se à possibilidade de a transferência da propriedade ficar subordinada à verificação de um qualquer outro evento, permite fazê-la depender do cumprimento do contrato de mútuo na *venda financiada com reserva de propriedade*. Assim, pago o preço ao vendedor, é possível a transmissão da reserva de propriedade deste para o *solvens* por sub-rogação.

Todavia, considerámos que dever-se-á exigir para a transferência efetiva da *propriedade reservada* o acordo de todos os interessados na *venda financiada com reserva de propriedade* - considerando as suas características reais e sublinhando a sua função de base à aquisição da *propriedade plena*, na eventualidade de exercício do direito de resolução pelo terceiro, no caso de incumprimento do contrato de mútuo.

Poder-se-á questionar a necessidade do desenvolvimento doutrinário acima exposto, nomeadamente, atendendo às garantias existentes no nosso ordenamento jurídico.

Através da cessão da posição contratual é possível a um terceiro adquirir a reserva de propriedade constituída pelo comprador. A amplitude e a circunstância de o terceiro passar a responder pela garantia contratual e pelos ónus e vícios da coisa, é um inconveniente do recurso ao instituto. Contudo, não vemos entraves a que as partes possam, em sede de negociação, prever solução diversa – V.g. a responsabilidade pelo cumprimento defeituoso se manter na esfera jurídica do vendedor (*cedente*).

Ao considerarmos possível a *atribuição da reserva de propriedade a um terceiro*, a questão da *proibição do pacto comissório* deixa, quanto a nós, de se colocar. Tudo se reconduzirá ao exercício de uma prerrogativa contratual. O instituto da reserva de propriedade pressupõe na

sua configuração genética o direito de resolução e consequente restituição do bem em caso de incumprimento do comprador.

Bibliografia

- Alarcão, Rui de, 1983, *Direito das obrigações*, Coimbra.
- Almeida, Carlos Ferreira, 2005, *Transmissão contratual da propriedade, Entre o mito da consensualidade e a realidade de múltiplos regimes*, Themis, Ano VI, Nº 11, pp 5-17.
- Ascensão, José de Oliveira, 1968, *A tipicidade dos direitos reais*, Editorial Minerva, Lisboa.
- Ascensão, José de Oliveira, 2003, *Direito civil, Teoria geral*, Vol. II, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra.
- Arnau Raventós, Lidia, 2000, *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1213 del Código civil*, Cedecs Editorial S.L, Barcelona.
- Aureliano, Nuno, 2009, *O risco nos contratos de alienação, Contributo para o estudo do direito privado português*, Almedina, Coimbra.
- Bastos, Jacinto Fernandes Rodrigues, 1987, *Notas ao código civil*, Vol. I, Lisboa.
- Bastos, Jacinto Fernandes Rodrigues, 1988, *Notas ao código civil*, Vol. II, Lisboa.
- Benedetti, Alberto Maria, 1998, *La cessione del contratto In Il diritto privato oggi, Serie a cura di Paolo Cendon*, Giuffrè Editore, Milano.
- Betti, Emilio, 1955, *Teoria generale delle obbligazioni*, Vol. III, 2, IV, Dott. A. Giuffrè, Milano.
- Bianca, Massimo, 1993, *Diritto Civile, L'obbligazione*, Vol. IV, Giuffrè, Milano.
- Bianca, Massimo, 1993, *La vendita e la permuta*, Trattato di diritto civile italiano, 2ª Edição, Vol. I, UTET, Torino.
- Bianca, Massimo, 2000, *Diritto Civile, Il contratto*, Vol. III, Giuffrè, Milano.
- Bianchi, Giorgio, 2002, *Nullità e annullabilità del contrato*, CEDAM, Milano.
- Briguglio, Marcello, 1958, *Recension da obra de Oracio Buccisano*, Rivista di Diritto Civile, Anno IV, I, pp 576-590.

Campos, Maria Isabel Helbling Menéres, 2013, *A reserva de propriedade do vendedor ao financiador*, Coimbra Editora, Coimbra.

Cañizares Laso, Ana, 1996, *El pago con subrogación*, Civitas, Madrid.

Cañizares Laso, Ana, 2013, *Perspectivas actuales del derecho de garantías*, Aranzadi, Navarra.

Carbonnier, Jean, 1998, *Droit civil, Les Obligations*, Vol. IV, 21^o Edição, PUF, Paris.

Cordeiro, António Menezes, 1991, *Direito das obrigações*, 3^o Volume (coord), 2^a Edição, Associação Académica Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa.

Cordeiro, António Menezes, 1993, *Direitos reais*, Lex, Lisboa.

Cordeiro, António Menezes, 2010, *Tratado de direito civil português, Direito das obrigações*, Vol. II, Tomo IV, Almedina, Coimbra.

Cordeiro, António Menezes, 2012, *Tratado de direito civil português, Introdução, Fontes do direito, Interpretação da lei, Aplicação das leis no tempo, Doutrina Geral*, 4^a Edição, Almedina, Coimbra.

Costa, Mário Júlio de Almeida, 2014, *Direito das obrigações*, 12^a Edição, Almedina, Coimbra.

Cristas, Assunção/ Gouveia, Mariana França/ Neves, Vítor Pereira, 2001, *Transmissão da propriedade e contrato*, Almedina, Coimbra.

Cristas, Maria de Assunção Oliveira, 2005, *Transmissão contratual do direito de crédito, Do carácter real do direito de crédito*, Almedina, Coimbra.

Duarte, Rui Pinto, 1992, *Alguns aspectos jurídicos dos contratos não bancários de aquisição e uso de bens*, Revista da Banca, n^o 22, pp 49-70.

Duarte, Rui Pinto, 2013, *Curso de direitos reais*, 3^a Edição, Principia, Cascais.

Epifânio, Maria do Rosário, 2014, *Manual de direito da insolvência*, 6^a Edição, Almedina, Coimbra.

Faria, Jorge Leite Areias Ribeiro, 2001, *Direito das obrigações*, Vol. II, Almedina, Coimbra.

- Fernandes, Luís A. Carvalho, 2004, *Estudos sobre a simulação*, Quid Juris, Lisboa.
- Fernandes, Luís A. Carvalho, 2009, *Lições de direitos reais*, 6ª Edição, Quid Juris, Lisboa.
- Ferrari, Franco, 1994, *Vendita internazionale di beni mobili, Tomo I – Art. 1-13, Ambito di applicazione, Disposizioni generali in Commentario del codice civile scialoja – branca*, Zanichelli editore, Bologna.
- Ferreira, Sara Lopes, 2009, *A cláusula de reserva de propriedade a favor de financiador – Dissertação de mestrado*, UCP, Faculdade de Direito.
- Ghestin, Jacques, 1981, *De doctrine, De jurisprudence et de législation, Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété*, Recueil Dalloz Sirey, I, pp 1-16.
- Ghestin, Jacques, 1981, *Riflessioni di un civilista francese sulla causola di riserva della proprietà*, Rivista di Diritto Civile, I, pp 440-478.
- Ghozi, Alain, 1986, *Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété*, Recueil Dalloz Sirey, pp 317-322.
- Gomes, Manuel Januário da Costa, 2000, *Assunção fidejussória de dívida – sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra.
- Gonçalves, Luís da Cunha, 1925, *Da compra e venda no direito comercial português*, Coimbra Editora, Coimbra.
- Greco, Paolo/ Cottino, Gastone, 1981, *Commentario del Codice Civile, Della Vendita*, 2º Edizione, Zanichelli Editore, Bologna.
- Hörster, Heinrich Ewald, 2014, *A parte geral do código civil português, Teoria geral do direito civil*, 5ª Reimpressão, Almedina, Coimbra.
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, 2005, *Cessão de créditos*, Almedina, Coimbra.
- Leitão, Luís Manuel Teles Menezes, 2014, *Direito das obrigações, III – Contratos em especial*, 9ª Edição, Almedina, Coimbra.
- Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes, 2012, *Garantias das obrigações*, 4ª Edição, Almedina, Coimbra.

Lima, Pires de/ Varela, Antunes, 2010, *Código civil anotado*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

Lima, Pires de/ Antunes, Varela, 2010, *Código civil anotado*, Vol. III, 2ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

Lima, Pires de/ Varela, Antunes, 2011, *Código civil anotado*, Vol. II, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

Machado, João Batista, 2014, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra.

Marques, João Paulo Fernandes Remédio, 2001, *Locação financeira repositiva, (sale and lease - back) e a proibição dos pactos comissórios – Negócio fiduciário, mútuo e acção executiva*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, nº 77, pp 575-632.

Martinez, Pedro Romano, 2014, *Direito das obrigações (parte especial), Contratos*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra.

Morais, Fernando Gravato, 2004, *Reserva de propriedade a favor do financiador, Anotação ao acórdão da Relação de Lisboa de 21.2.2002*, Cadernos de Direito Privado, Nº 6, pp 43-53.

Morais, Fernando de Gravato, 2007, *Contratos de crédito ao consumo*, Almedina, Coimbra.

Mota Pinto, Paulo/ Monteiro, António Pinto, 2012, *Teoria geral do direito civil*, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

Neto, Abílio, 2015, *Código civil anotado*, 18ª Edição, EDIFORUM, Lisboa.

Neves, António Castanheira, 2013, *Metodologia jurídica, Problemas fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra.

Oliveira, Nuno Manuel Pinto, 2008, *Contrato de compra e venda, Noções fundamentais*, Almedina, Coimbra.

Peralta, Ana Maria, 1990, *Posição jurídica do comprador na compra e venda com reserva de propriedade*, Almedina, Coimbra.

Pinheiro, Luís Lima, 2006, *Estudos de direito civil, Direito comercial e direito comercial internacional*, Almedina, Coimbra.

Pinto, Carlos Alberto da Mota, 2003, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra.

Pires, Catarina Monteiro, 2010, *Alienação em garantia*, Almedina, Coimbra.

Proença, José Carlos Brandão, 2011, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*, Coimbra Editora, Coimbra.

Serra, Adriano Paes da Silva Vaz, 1953, *Sub-rogação nos direitos do credor*, Boletim do Ministério da Justiça, N° 37, pp 5-66.

Sottomayor, Maria Clara Pereira de Sousa de Santiago, 2010, *Invalidez e registo, A protecção do terceiro adquirente de boa fé*, Almedina, Coimbra.

Telles, Inocência Galvão, 2010, *Direito das obrigações*, 7ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

Telles, Inocência Galvão, 2010, *Manual dos contratos em geral*, 4ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra.

Tomé, Maria João Romão Carreiro Vaz/ Campos, Diogo Leite de, 1999, *A propriedade fiduciária (Trust), Estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina, Coimbra.

Varela, João de Matos Antunes, 2015, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10ª Edição, Almedina, Coimbra.

Varela, João de Matos Antunes, 2013, *Das obrigações em geral*, Vol. II, 7ª Edição, Almedina, Coimbra.

Vasconcelos, Luís Miguel Pestana, 2013, *Direito das garantias*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra.

Vasconcelos, Pedro Pais de, 2009, *Contratos atípicos*, 2ª Edição, Almedina, Coimbra.

Vasconcelos, Pedro Pais de, 2014, *Teoria geral do direito civil*, 7ª Edição, Almedina, Coimbra.

Vázquez de Castro, Luis Martínez, 1990, *Pago y transmisión de propiedad (el artículo 1.160 del código civil)*, Civitas, Madrid.

Ventura, Raúl, *O contrato de compra e venda no código civil, Efeitos essenciais do contrato de compra e venda, A transmissão da propriedade da coisa ou da titularidade do direito; A obrigação de entregar a coisa*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 43.º, 1983, III, pp 587-643.

Vieira Gomes, Júlio Manuel, 2004, *Sobre o âmbito da proibição do pacto comissório autónomo e o pacto marciano – Ac. Do STJ de 30.1.2003, Rec. 3896/02*, in Cadernos de Direito Privado, nº 8, Outubro/Dezembro, pp 57-72.

Vieira Gomes, Júlio Manuel, 2002, *Do pagamento com sub-rogação, Mormente na modalidade de sub-rogação voluntária, Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. I, Almedina, Coimbra.

Zimmermann, Reinhard, 1993, *The Law of Obligations*, C.H.Beck, Munique.

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 no dia 7 de Março de 2015.

Jurisprudência

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça

- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09/10/1986 (SOLANO VIANA)
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/06/2007 (PEREIRA DA SILVA)
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 02/10/2007 (FONSECA RAMOS)
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10/07/2008 (SANTOS BERNARDINO)
- Acórdão de Uniformização de Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de 09/10/2008
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31/03/2011 (ÁLVARO RODRIGUES)
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça 12/07/2011 (GARCIA CALEJO)
- Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30/09/2014 (CLARA SOTTOMAYOR)

Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto

- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 15/01/2007 (CURA MARIANO)
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29/04/2013 (ABÍLIO COSTA)
- Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 18/12/2013 (ALBERTO RUÇO)

Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa

- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28/02/2013 (ANA DE AZEVEDO COELHO)
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07/11/2013 (MARIA TERESA PARDAL)
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14/11/2013 (GILBERTO JORGE)
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/02/2014 (MANUEL TOMÉ SOARES GOMES)
- Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10/02/2015 (PIMENTEL MARCOS)

Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães

- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 26/01/2012 (CARVALHO GUERRA)
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 29/01/2013 (FALCÃO DE MAGALHÃES)

- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 04/06/2013 (ESPINHEIRA BALTAR)
- Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 12/11/2013 (ANTÓNIO FIGUEIREDO DE ALMEIDA)

Acórdãos do tribunal da Relação de Coimbra

- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 14/02/2012 (BARATEIRO MARTINS)
- Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17/12/2014 (FREITAS NETO)

Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora

- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 10/09/2009 (JOÃO MARQUES)
- Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 26/12/2015 (ABRANTES MENDES)